



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Cultureel ondernemerschap

Een ethische en juridische benadering

van der Vlies, R.C.

Publication date

2018

Document Version

Final published version

License

Other

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

van der Vlies, R. C. (2018). *Cultureel ondernemerschap: Een ethische en juridische benadering*.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Cultureel ondernemerschap

een ethische en juridische benadering

Reyer van der Vlies

Cultureel ondernemerschap
een ethische en juridische benadering

Reyer van der Vlies

Cultureel ondernemerschap
een ethische en juridische benadering

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor
aan de Universiteit van Amsterdam
op gezag van de Rector Magnificus
prof. dr. ir. K.I.J. Maex
ten overstaan van een door het College voor Promoties ingestelde
commissie, in het openbaar te verdedigen in de Agnietenkapel
op vrijdag 2 november 2018, te 12.00 uur

door Reyer Cornelis van der Vlies
geboren te Naarden

Promotiecommissie:

Promotores: prof. dr. I.C. van der Vlies, Universiteit van Amsterdam
prof. dr. L.F.M. Besselink, Universiteit van Amsterdam

Overige leden: prof. dr. M. Bussemaker, Universiteit Leiden en oud-minister van Onderwijs, Cultuur
en Wetenschap
prof. dr. Y.M. Donders, Universiteit van Amsterdam
prof. dr. C. Mak, Universiteit van Amsterdam
prof. dr. W. den Ouden, Universiteit Leiden
prof. dr. A.A.M. Schrauwen, Universiteit van Amsterdam

Faculteit der Rechtsgeleerdheid

Woord vooraf

Schrijven over kunst en recht is dankbaar werk. Dat maakte het afronden van dit proefschrift aanzienlijk comfortabeler. Bovendien kreeg ik veel steun van mijn omgeving. Bij dezen dank ik al die mensen die bereid waren mee te lezen, inhoudelijke weerstand te geven en vragen te stellen, of anderszins veel voor me hebben betekend. Een aantal van hen noem ik graag in het bijzonder.

Om te beginnen dank ik de Boekmanstichting voor haar gastvrijheid. Vooral mijn zesde hoofdstuk is schatplichtig aan de bibliotheek aan de Herengracht.

De afgelopen jaren mocht ik profiteren van twee studiegroepen, waarin mijn conceptteksten meer dan eens werden besproken: de studiegroep overheid en recht aan de Lange Voorhout (Academie voor Overheidsjuristen en Wetgeving) en de studiegroep kunst en recht aan de keukentafel van mijn promotor. Bij die laatste groep ben ik in het bijzonder Eline en Marilix dankbaar voor hun uitgebreide commentaren.

Bij het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap vond ik van meet af aan steun bij een groot aantal collega's, zonder wie ik mijn onderzoek niet met dezelfde zorgvuldigheid en vooral niet met dezelfde gemoedsrust had kunnen afronden. Ik dank mijn oud-collega's bij de directie Wetgeving en Juridische Zaken voor hun goede zorgen toen ik destijds binnenkwam. Bij de beleidsdirecties Emancipatie en Voortgezet Onderwijs was een dag op kantoor het beste antwoord op tegenslagen in het schrijfproces. Vooral dankzij de kolder van mijn collega's in de Punt vloog de tijd vaak voorbij. Verder dank ik mijn leidinggevend en collega-juristen voor hun begrip en geduld.

Ik pleit graag voor een sterke band tussen universiteit en buitenpromovendi. In mijn geval was dat mede mogelijk dankzij Lilian en Erik. Daarnaast had ik het voorrecht gebruik te kunnen maken van de Hijmansbeurs.

Natuurlijk dank ik de leden van de promotiecommissie voor hun inspanningen: Annette Schrauwen, Chantal Mak, Jet Bussemaker, Willemien den Ouden en Yvonne Donders.

De commentaren van Anne, Mariko en Marleen waren belangrijk voor me. Dat geldt zeker ook voor het onverholen en aanstekelijke enthousiasme van laatstgenoemde. Ten slotte ben ik intens blij dat Itte en Mariko me wilden bijstaan als paranimf.

Er komen veel vrouwen voor in dit voorwoord. Een belangrijke uitzondering is mijn tweede promotor Leonard Besselink, wiens zorgvuldige commentaren zeer welkom waren. Ik heb zijn adviezen graag ter harte genomen.

Mijn dankbaarheid jegens mijn promotor en naamgenoot Inge van der Vlies is moeilijk in woorden uit te drukken. Onze vele gesprekken over recht en cultuur zijn onlosmakelijk onderdeel van dit werk. Ik voel me vereerd door de kans die zij mij gaf en de tijd die zij daarvoor vrijmaakte. Het is ook een eer dat ik haar laatste promovendus mocht zijn.

Ten slotte dank ik mijn ouders Ronald en Mineke, die me in kansen leerden denken en me onvoorwaardelijk steunden, zelfs al zagen ze me soms maar zelden.

Ik heb mijn onderzoek afgesloten op 30 april 2018.

Inhoudsopgave

<i>Woord vooraf</i>	v
<i>Inhoudsopgave</i>	vi
<i>Lijst met afkortingen</i>	ix
Hoofdstuk 1 – Inleiding	
§ 1.1 Inleiding	01
§ 1.1.1 Museum in nood	01
§ 1.1.2 Cultuurbeleid in ontwikkeling	04
§ 1.1.3 De legitimeringsparadox	09
§ 1.2 Onderzoeksvraag en opbouw	10
§ 1.3 Begripsverklaring en afbakening	11
Hoofdstuk 2 – Legitimiteit en normering	
§ 2.1 Inleiding	17
§ 2.2 Legitimiteit	17
§ 2.2.1 De juridische benadering van legitimiteit	19
§ 2.2.2 De ethische benadering van legitimiteit	20
§ 2.3 Normering	21
§ 2.3.1 Rechtsnormen	21
§ 2.3.2 Rechtsbeginselen en beleidsdoelen als bron van legitimiteit	23
§ 2.4 Grondrechten	25
§ 2.4.1 Klassieke grondrechten	25
§ 2.4.2 Positieve verplichtingen	26
§ 2.4.3 Sociale grondrechten	26
§ 2.5 Besluit	28
Hoofdstuk 3 – Culturele rechten	
§ 3.1 Inleiding	31
§ 3.2 Culturele rechten	31
§ 3.2.1 De betekenis van culturele rechten	32
§ 3.3 Typologie van de culturele rechten	33
§ 3.3.1 UVRM	34
§ 3.3.2 IVESCR	35
§ 3.3.3 IVBPR	37
§ 3.3.4 Unesco-verdrag van 2005	38
§ 3.3.5 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie	40
§ 3.3.6 EVRM	41
§ 3.3.7 De Grondwet	44
§ 3.4 Besluit	47
Hoofdstuk 4 – Rechtsbeginselen	
§ 4.1 Inleiding	49
§ 4.2 De rechtsbeginselen achter het cultuurbeleid	49
§ 4.2.1 Het vrijheidsbeginsel	50
§ 4.2.2 Het gelijkheidsbeginsel	52
§ 4.2.3 Het diversiteitsbeginsel	54
§ 4.2.4 Het subsidiariteitsbeginsel	55

§ 4.3	Kwaliteit als beleidsdoel	56
§ 4.4	Besluit	58
Hoofdstuk 5 – De economisering van het cultuurbeleid		
§ 5.1	Inleiding	59
§ 5.2	Economisering	59
§ 5.3	Chronologie van de economisering van het cultuurbeleid	60
§ 5.3.1	Inleiding	60
§ 5.3.2	De kabinetten-Lubbers I en II	60
§ 5.3.3	Het kabinet-Lubbers III	61
§ 5.3.4	Het kabinet-Kok I	63
§ 5.3.5	Het kabinet-Kok II	63
§ 5.3.6	Het kabinet-Balkenende II	66
§ 5.3.7	Het kabinet-Balkenende IV	67
§ 5.3.8	Het kabinet-Rutte I	69
§ 5.3.9	Het kabinet-Rutte II	71
§ 5.3.10	Het kabinet-Rutte III	74
§ 5.4	De creatieve economie	75
§ 5.5	Besluit	77
Hoofdstuk 6 – De economisering in perspectief		
§ 6.1	Inleiding	79
§ 6.2	De economische benadering van kunst en cultuur	80
§ 6.2.1	Economische rechtvaardigingsgronden voor overheidsbemoeienis	81
§ 6.3	De culturele benadering van kunst en cultuur	83
§ 6.4	Culturele bezwaren tegen economisering	85
§ 6.4.1	Inleiding	85
§ 6.4.2	Instrumentele en substantiële rationaliteit	85
§ 6.4.3	Eerste bezwaar: de waarde vrije markt	87
§ 6.4.4	Tweede bezwaar: de onvrije consument	88
§ 6.4.5	Derde bezwaar: de corrupterende werking van de markt	89
§ 6.4.6	Besluit	90
§ 6.5	Economisering in het licht van het recht	90
§ 6.5.1	Inleiding	90
§ 6.5.2	Economisering in het licht van vrijheid, gelijkheid en diversiteit	90
§ 6.5.3	Kritiek op de elitarisering van het cultuurbeleid	91
§ 6.6	De culturele economie	92
§ 6.6.1	Inleiding	92
§ 6.6.2	Cultureel en economisch kapitaal	93
§ 6.6.3	De cultureel-economische benadering	93
§ 6.7	Cultureel ondernemerschap	94
§ 6.7.1	Inleiding	94
§ 6.7.2	Ondernemen en cultureel ondernemen	94
§ 6.7.3	De cultureel ondernemer tussen markt en overheid	95
§ 6.7.4	Cultureel ondernemerschap als beleidsinstrument	96
§ 6.8	Besluit	96
Hoofdstuk 7 – Cultuursubsidies		
§ 7.1	Inleiding	99
§ 7.2	Grondslagen voor cultuursubsidies	99
§ 7.3	Eigen inkomsten als weigeringsgrond	101

§ 7.4	Ondernemerschap als subsidie criterium	104
§ 7.4.1	De zaak Holland Opera	106
§ 7.4.2	Stimulerende subsidies	108
§ 7.5	Analyse van de eisen aan ondernemerschap	109
§ 7.5.1	Eisen aan bedrijfsvoering en organisatie	110
§ 7.5.2	Rechtmatigheid van de eisen aan bedrijfsvoering en organisatie	113
§ 7.5.3	Spanning tussen ondernemerschap en publieke belangen	117
§ 7.5.4	Eisen aan werkgeverschap	121
§ 7.5.5	Ondernemerschap en het uitvoeren van maatschappelijke taken	123
§ 7.6	Besluit	125
Hoofdstuk 8 – Cultuur en mededinging		
§ 8.1	Inleiding	127
§ 8.2	Uitgangspunten van het Europese recht	128
§ 8.2.1	De interne markt	128
§ 8.2.2	Het vrije verkeer	129
§ 8.2.3	Beperkingen op het vrije verkeer	130
§ 8.2.4	De culturele integratiebepaling	133
§ 8.3	Staatssteun	134
§ 8.3.1	Inleiding	134
§ 8.3.2	Steunmaatregelen	135
§ 8.3.3	Ondernemingen	137
§ 8.3.4	Economische activiteiten	138
§ 8.3.5	Ongunstige beïnvloeding van het intracommunautaire handelsverkeer	142
§ 8.4	Cultuur en staatssteun	146
§ 8.4.1	De cultuurderogatie	146
§ 8.4.2	De algemene groepsvrijstelling	150
§ 8.5	Diensten van algemeen economisch belang	153
§ 8.6	Besluit	156
Hoofdstuk 9 – Besluit		
		159
<i>English summary</i>		169
<i>Bibliografie</i>		175
<i>Jurisprudentieregister</i>		191

Lijst met afkortingen

AB	AB Rechtspraak Bestuursrecht
ABRvS	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
AGV	Algemene groepsvrijstellingsverordening
amvb	algemene maatregel van bestuur
anbi	algemeen nut beogende instelling
Awb	Algemene wet bestuursrecht
Awti	Adviesraad voor wetenschap, technologie en innovatie
bbp	bruto binnenlands product
BenM	Beleid en Maatschappij
bis	culturele basisinfrastructuur
Bsc	Besluit op het specifiek cultuurbeleid
btw	belasting toegevoegde waarde
bv	besloten vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
BZK	Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
cao	collectieve arbeidsovereenkomst
CBS	Centraal bureau voor de statistiek
dab	dienst van algemeen belang
daeb	dienst van algemeen economisch belang
EC	Europese Commissie
EHRC	European Human Rights Cases
EHRM	Europese Hof voor de Rechten van de Mens
EU	Europese Unie
EVRM	Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
EZ	Minister van Economische Zaken
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (tot 1 december 2009)
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie (vanaf 1 december 2009)
iak	integraal afwegingskader
IEF	IE-forum
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
IVESCR	Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten
LAMO	Leidraad afstoting museale objecten
MvT	memorie van toelichting
NFPK	stichting Nederlands Fonds voor Podiumkunsten+
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
OCW	Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap
Pb EU	Publicatieblad van de Europese Unie
rb	rechtbank
RCE	Rijksdienst voor het cultureel erfgoed
Rsc	Regeling op het specifiek cultuurbeleid
SCP	Sociaal en Cultureel Planbureau
SER	Sociaal-Economische Raad
Sr	Wetboek van Strafrecht

Stb.	Staatsblad
Stert.	Staatscourant
Unesco	Organisatie van de Verenigde Naties voor Onderwijs, Wetenschap en Cultuur
UvA	Universiteit van Amsterdam
UVRM	Universele Verklaring van de Rechten van de Mens
V&J	Minister van Veiligheid en Justitie
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
VN	Verenigde Naties
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Wnt	Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector
WOOS	Wet overige OCW-subsidies
WRR	Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid
Wsc	Wet op het specifiek cultuurbeleid
zbo	zelfstandig bestuursorgaan
zzp	zelfstandige zonder personeel

Hoofdstuk 1

Inleiding

§ 1.1 Inleiding

§ 1.1.1 Museum in nood

In 1851 neemt een particuliere watersportvereniging met koninklijk predicaat een gebouw aan de Rotterdamse Willemskade in gebruik. Ze stelt er onder andere etnografische voorwerpen tentoon, die ze van reders, wetenschappers en verzamelaars krijgt. Zo ontstaat een collectie die het publiek een beeld geeft van overzeese handelscontacten, kolonialisme en de volkenkundige wetenschap. Wanneer het gebouw en de collectie drie decennia later in handen van de gemeente Rotterdam komen, richt zij in 1885 het Museum voor Land- en Volkenkunde op.¹ Na een ingrijpende verbouwing in 2000 heet het museum, dat dan nog altijd onderdeel is van de gemeente, voortaan Wereldmuseum Rotterdam.

Wanneer het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Rotterdam in 2001 een nieuwe directeur voor het museum benoemt, verwacht het van hem dat het museum financieel meer op eigen benen komt te staan. Er liggen plannen klaar om het museum te verzelfstandigen, opdat het ‘meer ruimte voor marktwerking’ krijgt. In een brief aan de gemeenteraad laat het college weten een directeur met ‘ondernemingszin’ te zoeken.²

Het college krijgt de directeur waar het om vraagt. In een paar jaar tijd ligt een revitaliseringsplan op tafel, waarin hij laat weten hoe hij meer geld wil verdienen met het museum. Zijn blik is gericht op commerciële nevenactiviteiten: het museum moet onder andere ruimte maken voor een restaurant, een museumwinkel en een reisbureau. Voorts moet het museum bezuinigen en meer samenwerken met marktpartijen. Het college gaat akkoord met het plan en stelt 2,9 miljoen euro beschikbaar voor een nieuwe verbouwing.³

Medio 2014 staat een opmerkelijke kop in *De Groene Amsterdammer*: “Topstukken in de ramsj. Het Wereldmuseum in Rotterdam voert al jaren een doodsstrijd.”⁴ Het artikel schetst een volstrekt ander beeld dan de rooskleurige verwachtingen van tien jaar daarvoor. Vanaf dat moment volgen de perikelen elkaar in rap tempo op. In de media verschijnen steeds meer reconstructies van de ‘ondernemingszin’ van de directeur, die op zijn hoogtepunt plannen heeft voor een hotel – met “op de bruidssuite zo’n mooi Tibetaans vruchtbaarheidsbeeld”⁵ – en een datingbureau. Vooral de ontzamelprocedure en het ontslag van conservatoren leiden tot veel ophef. De buitenwacht buitelt over een interview met de directeur uit 2013, waarin hij aankondigt de gemeentecollectie, die op dat moment uit ongeveer honderdduizend objecten bestaat,⁶ terug te willen brengen tot een ‘kern’ van tien- tot vijftienduizend objecten. Teruglopende subsidie-inkomsten nopen hem daartoe, aldus de directeur. Zijn verwachting is dat het museum in de toekomst mogelijk helemaal geen subsidie meer krijgt.⁷

¹ <https://www.wereldmuseum.nl/nl/organisatie/historie.html>.

² Rekenkamer Rotterdam 2015, p. 44-45.

³ *Ibid.*, p. 46.

⁴ ‘Topstukken in de ramsj’, *De Groene Amsterdammer* 13 augustus 2014.

⁵ *Ibid.*

⁶ Luiten 2015, p. 22.

⁷ ‘Bekijk hier de uitleg van Stanley Bremer, de directeur van het Wereldmuseum Rotterdam’, *RTV Rijnmond Youtube* 15 oktober 2013.

De Groene Amsterdammer citeert meer uitspraken van de directeur, die trots is op zijn ‘cultureel ondernemerschap’ en wars is van ‘dat volkenkundig gewauwel’: “Ik heb een antwoord bedacht op een bezuinigende overheid. Ik creëer een nieuwe economische realiteit, als overlevingsstrategie.” Niet minder opmerkelijk is de reactie van de gemeente op vragen over de ontzamelprocedure. Een woordvoerder verzekert dat het “echt bulk” betreft: “Spullen zonder cultuurhistorische waarde voor Rotterdam die je bij wijze van spreken via Marktplaats kunt verkopen.” Een conservator van het Tropenmuseum in Amsterdam spreekt dat standpunt tegen: “Het selectieproces is heel oppervlakkig en willekeurig. Er is vooral gekeken of iets er mooi uitziet en puntgaaf is, niet of het cultuurhistorische waarde heeft. Alsof je een Van Gogh wegdoet omdat er een vlekje op zit... Sommige delen van de collectie zijn elders in Nederland niet te vinden. Als die naar het buitenland gaan, is dat een groot probleem.”

De ophef leidt tot maar liefst drie onderzoeken: één naar het functioneren van het museum, één naar het bruikleenbeleid en één naar het naleven van de verzelfstandigingsafspraken tussen gemeente en museum.⁸ De conclusies liegen er niet om. Luiten stelt vast dat het museum niet volgens de museale standaard opereert. De opstelling van objecten is mager en niet geworteld in de eigen collectie: ze is afhankelijk van bruiklenen. Dat is een riskante strategie: eerder zijn langdurige bruiklenen nota bene al ingetrokken. Slechts een derde van het museum is voorts nog in gebruik als tentoonstellingsruimte.

Een aantal objecten staat bovendien in het museumrestaurant met als doel de ruimte een ‘hoogwaardige ambiance’ te geven en belangstelling te wekken voor het museum. Hoewel het volgens Luiten legitiem is om objecten dicht bij het publiek te brengen, is het geen aanvaarde praktijk om ze op te stellen in ruimten waar ook gegeten en gedronken wordt. De Ethische Code voor Musea bepaalt dat vaste opstellingen en tentoonstellingen de kwaliteit van de goede zorg voor en conservering van de collectie niet in gevaar mogen brengen.⁹

Luiten stelt vast dat er museale objecten op het privéadres van de directie stonden en in bruikleen waren gegeven aan particuliere verzamelaars, met wie het museum innige relaties onderhoudt. Daarnaast werkt het museum intensief samen met handelaren. Zij krijgen bovendien een stem bij het maken van tentoonstellingen, omdat er na een bezuiniging geen inhoudelijk gekwalificeerd personeel meer is om voor de collectie te zorgen. Dit leidt tot belangenverstrengeling, of in elk geval tot de schijn daarvan. Het ontzamelvoorstel komt bovendien grotendeels op advies van handelaren tot stand. Volgens Luiten was het museum algemeen gewaarschuwd tegen de ‘drastische uitverkoop’, die in Nederland nog niet eerder op die schaal is aangekondigd. Ze concludeert dat het ontzamelvoorstel maatschappelijke onrust veroorzaakt en op wezenlijke onderdelen in strijd is met de Leidraad afstoting museale objecten (LAMO).¹⁰ Omdat een toetsingscommissie het ontzamelvoorstel onvoldoende heeft bevonden, staat het museum voor een probleem: het had erop gerekend de huur van het depot op te kunnen zeggen, maar moet die kosten doorbetalen.

Het Wereldmuseum verliest zijn contacten met andere musea. In strijd met de LAMO biedt het af te stoten objecten tegen de marktwaarde aan andere musea aan. Ondertussen is de publieksbegeleiding in het museum gering. Luiten hekelt de keuze van het museum om zich op kapitaalcrachten te richten: voor een publiek gefinancierd museum is die doelgroep beperkt. Ondertussen dalen de bezoekerscijfers, waardoor de continuïteit van het museum in het gedrang komt. Om de korting op de subsidie op te vangen, zou het aantal bezoekers moeten verviervoudigen of de horeca-omzet moeten verdubbelen. Luiten acht beide niet realistisch.

⁸ Resp. Luiten 2015, Erfgoedinspectie 2015 en Rekenkamer Rotterdam 2015.

⁹ Luiten 2015, p. 23. Luiten stelt vast dat één object – *Monnik in balzaal* – zo hard is achteruitgegaan, dat het moest worden afgeschreven.

¹⁰ *Ibid.*, p. 26-27.

Ten slotte acht Luiten de structuur van het museum, een stichting, en de daaronder hangende besloten vennootschappen, Wereldbusiness BV en Wereldmuseumwinkel BV, niet transparant. Hoewel een dergelijke structuur op zichzelf niet ongebruikelijk is, blijven de resultaten en financiële relaties ondoorzichtig: “Dat is onwenselijk voor een organisatie die met publiek geld wordt gefinancierd en die een publieke collectie beheert. Dat wordt versterkt door het feit dat alle drie de organisaties worden geleid door dezelfde directie en financieel management. Niet alleen maakt dat het makkelijk(er) om met opbrengsten te schuiven, het creëert ook een prikkel om de resultaten gunstig te presenteren [...]”¹¹ Luiten concludeert dat de twee bv’s niet bijdragen aan de exploitatie van het museum en het museum zelfs hun verliezen moet compenseren. Ondertussen had het museum vanaf 2014 een periode geen bevoegde raad van toezicht, omdat de zittingstermijn was verstreken. Toch beëindigt het museum op aandringen van de raad van toezicht nog het dienstverband met de dochter van de directeur.

Al met al is het Wereldmuseum, “dat ooit voorloper was op educatief gebied, verworpen tot een middelmatig functionerend museum dat zwaar leunt op een beperkt programma en bruiklenen van derden. Dat heeft zijn effect op het publiek en de samenleving niet gemist: de bezoekcijfers dalen en sponsorgeld komt amper binnen. Dat is het gevolg van beleidskeuzes van het museum zelf. De aandacht is de afgelopen jaren vooral gericht geweest op de verdienfunctie: het restaurant en de banqueting. De collectie en de museale functie zijn daaraan in aandacht, middelen en belang ondergeschikt geraakt. De primaire functie als museum lijkt uit het oog verloren te zijn.” Over de rol van de gemeente staat in het rapport: “Het beleid had in aanleg steun van de Gemeenteraad. De ambitie om te komen tot een (in Nederland) nieuw model voor een museum als ‘dynamische onderneming’ dat veel minder afhankelijk is van subsidies, was aantrekkelijk en prijzenswaardig. Maar het is te optimistisch gebleken en het experiment is feitelijk mislukt.”¹²

De Rekenkamer concludeert dat de gemeente Rotterdam haar rol als metatoezichthouder in het geheel niet heeft vervuld en in haar rol als collectie-eigenaar niet heeft toegezien op een goed beheer van de collectie. Ze heeft vooral gehandeld in haar rol als subsidieverstrekker en als verhuurder, al is ze ook in de subsidierelatie soms te weinig sturend geweest. Met het oog op de forse subsidiekorting was het handelen van het Wereldmuseum verklaarbaar, aldus de Rekenkamer.¹³

In 2016 grijpt de gemeente Rotterdam alsnog in. Door aanvullende subsidie te verstrekken, garandeert ze het voortbestaan van het Wereldmuseum – in elk geval voor de komende subsidieperiode. De raad van toezicht laat weten dat de directeur “in goed overleg” heeft besloten zijn werkzaamheden als directeur neer te leggen.¹⁴ Onder leiding van een interim-directeur krijgt het museum de kans om de ‘ondernemerschapsaffaire’ van zich af te schudden.



Het Financieele Dagblad publiceert in november 2016 uitgebreid over de ‘redding’ van het Wereldmuseum.
bron: Het Financieele Dagblad

¹¹ Ibid., p. 47.

¹² Ibid., p. 8.

¹³ Rekenkamer Rotterdam 2015, p. 13-14.

¹⁴ <https://www.wereldmuseum.nl/nl/nieuws/nieuws/pers/stanley-bremer-vertrekt-als-bestuurder.html>. De raad van toezicht laat ook weten dat de voormalig directeur belast wordt met de functie van adviseur/gastcurator, zij het dat hij zijn werkzaamheden “niet vanuit het Wereldmuseum” zal verrichten.

§ 1.1.2 Cultuurbeleid in ontwikkeling

De affaire van het Wereldmuseum verhaalt van een gevestigd instituut dat zijn oorsprong vindt in een door de koning beschermd particulier initiatief dat een maatschappelijk belang behartigt. Wanneer het initiatief ophoudt, neemt de overheid de behartiging van dit belang voor haar rekening. Ruim een eeuw beheert en behoudt de gemeente de collectie, tot zij tot een ander inzicht komt en het museum verzelfstandigt. Vanaf dan treedt een nieuwe dynamiek in werking. Het museum krijgt ruimte om te ondernemen, maar worstelt om het hoofd boven water te houden. Bij het zoeken naar alternatieve inkomsten verwaarloost het zijn publieke taak. Onder druk van maatschappelijke ophef springt de overheid uiteindelijk alsnog bij.

De affaire is te beschouwen als een excès. De patstelling waar het museum voor staat, is echter niet uniek: ze staat model voor een dilemma waarmee meer culturele instellingen kampen. De overheid besteedt minder geld aan kunst en cultuur, maar verwacht wel van culturele instellingen dat zij in het publiek belang bepaalde taken uitvoeren, zoals het beheren van cultuurobjecten van de overheid. Om hun verantwoordelijkheid ook in die omstandigheden te kunnen nemen, moeten culturele instellingen noodgedwongen op zoek naar private financieringsbronnen.

De overheid neemt risico's door een publiek belang privaat te laten behartigen en de verantwoordelijkheid daarvoor van zich af te schuiven. De affaire van het Wereldmuseum illustreert die risico's, maar staat niet op zichzelf: op nationaal niveau is eenzelfde ontwikkeling zichtbaar. De rijksoverheid richt haar cultuurbeleid in toenemende mate op marktwerking en ondernemerschap. In de afgelopen jaren heeft zij daar een grote bezuiniging op kunst en cultuur tegenover gezet. Het cultuurdebat is hierdoor ingrijpend veranderd. Om die reden sluit ik deze inleidende paragraaf af met een korte verhandeling over die bezuiniging en de gevolgen daarvan.

De bezuiniging op cultuur

2011 is een bewogen jaar. Het kabinet-Rutte I is net aangetreden en hoewel het geen lang leven beschoren zal zijn, drukt het een onuitwisbare stempel op het cultuurbeleid. Nederland bevindt zich in een economische crisis. Het centrum-rechtse kabinet van VVD en CDA wil die crisis bestrijden door het 'huishoudboekje' van de staat weer op orde te brengen.¹⁵ Onder het motto 'vrijheid en verantwoordelijkheid' bereidt het kabinet – met steun van gedoogpartner PVV – een miljardenbezuiniging voor op de uitgaven van de rijksoverheid.

De cultuurbegroting ontspringt de dans niet en wordt maar liefst met twintig procent gekort. Minstens zo belangrijk is de keuze van staatssecretaris Zijlstra om de bezuiniging te verdedigen. Hij schrijft de Tweede Kamer dat het draagvlak voor cultuursubsidies afneemt; er is voorheen te weinig rekening gehouden met publiek en ondernemerschap. Daarin wil hij verandering brengen: culturele instellingen moeten minder afhankelijk worden van de overheid en een groter deel van hun inkomsten zelf verdienen. "Daarom," zo concludeert de staatssecretaris, "bezuinigt het kabinet op cultuur."¹⁶

Hierop ontketent zich een ongemeen fel cultuurdebat, dat sterk gepolariseerd is. Het kabinet en zijn gedoogpartner zetten de toon zelf op scherp: verwijten in de trant van linkse hobby's, het subsidie-influus en "de arrogantie van de juiste smaak" zijn aan de orde van de dag.¹⁷ Tegenstanders reageren aan het persoonlijk adres van de staatssecretaris en protesteren met een – in de media breed uitgemeten – 'mars der beschaving'. Die schimpkreten worden in het Tweede Kamerdebat, dat zelf niet verstoppen

¹⁵ Regeerakkoord 2010, p. 3

¹⁶ Zijlstra 2011, p. 3.

¹⁷ 'Clash der culturen', *De Volkskrant* 2 november 2012.

blijft van geëmotioneerde reacties, afgedaan als grensoverschrijdend.¹⁸ Een breed draagvlak voor cultuursubsidies ontbreekt. In de literatuur spreekt men zelfs van een culturele crisis.¹⁹

De financiering van cultuur

De staatssecretaris gebruikt de eigen verantwoordelijkheid van culturele instellingen als argument voor zijn bezuiniging op de cultuurbegroting. Daarmee laat hij zien dat hij geen eenmalige maatregel beoogt, maar op zoek is naar legitimatie voor een terughoudende overheid. Of ook sprake is van een ‘omslag’, zoals Zijlstra zelf schrijft, valt te bezien. De aandacht voor ondernemerschap bouwt voort op een trend die al in de jaren tachtig van de vorige eeuw is ingezet. Oude idealen achter het cultuurbeleid maken geleidelijk plaats voor nieuwe opvattingen over marktwerking, privatisering en verzakelijking.

De opkomst van het cultureel ondernemerschap is te verklaren door een ideologische verschuiving, schrijft schouwburgdirecteur Daamen in 2013. In een drietal spraakmakende opinieartikelen bekritiseert hij de verzakelijking van het cultuurbeleid en de geïsoleerde positie die de culturele sector zelf inneemt.²⁰ Terwijl het cultuurbeleid na de Tweede Wereldoorlog werd ingericht op basis van de verlichtingsidealen, waarin de vrijheid van de kunstenaar centraal staat, is er volgens Daamen inmiddels sprake van een herleving van de renaissance. Het cultuurbeleid richt zich meer op het stimuleren van marktwerking. Dat betekent niet dat de overheid zich minder met cultuur bemoeit. Integendeel, schrijft Daamen: door een zeker wantrouwen jegens gesubsidieerde instellingen ‘technocratiseren’ de verhoudingen. Dat uit zich bijvoorbeeld in een toename van resultaatafspraken.

Staatssecretaris Zijlstra bouwt voort op de ingezette lijn en zet die naar zijn hand. Meer dan zijn voorgangers tracht hij de verantwoordelijkheid voor de financiering van kunst en cultuur bij de sector zelf te leggen. Het probleem is echter dat de culturele sector, althans het gesubsidieerde deel daarvan, niet of slecht is voorbereid en de gevolgen van de bezuiniging niet meteen kan opvangen. Instellingen die hun subsidie plotseling verliezen, moeten vechten voor hun voortbestaan. De overgebleven gesubsidieerde instellingen zijn gedwongen hun bedrijfsvoering van de ene op de andere dag anders in te richten. Sommige zijn daarin succesvol, andere niet.²¹

De populariteit van kunst en cultuur

Terwijl culturele instellingen worstelen om zich aan de nieuwe omstandigheden aan te passen, staan kunst en cultuur, of in elk geval de beleving daarvan, volop in de belangstelling. In veel gevallen is dat positief. Ontwikkelingen als de heropening van het Scheepvaartmuseum, het Stedelijk Museum, het Rijksmuseum en het Mauritshuis in respectievelijk 2011, 2012, 2013 en 2014 dragen daaraan bij. Het

¹⁸ Zo spreekt Kamerlid Bosma (PVV): “Dat deze staatssecretaris, die ik al wat langer dan vandaag ken als een integer mens, op de voorpagina van de Volkskrant door mijnheer Arnold Grunberg wordt uitgemaakt voor, en ik citeer: «iemand die het midden houdt tussen een pompbediende en de schoenpoetser van een schrijftafelmoordenaar» gaat mij iets te ver. Want wie Mulisch heeft gelezen, weet wie de schrijftafelmoordenaar was: Adolf Eichmann. [...] Blijkbaar wordt deze staatssecretaris met de Spaanse Furie vergeleken, de moord- en verkrachtingsorgie in 1585. Er is geen artikel dat niet vermeldt dat deze staatssecretaris een fan is van Metallica. Dat is een beetje synoniem voor toch een wat minderwaardig mens. Dat gaat me allemaal veel te ver. Acties zijn leuk, maar ik vind dat er grenzen worden overschreden.” Van der Ham (D66) riposteert: “Een aantal vergelijkingen en uitingen zou ik ook niet voor mijn rekening willen nemen. Dat zijn echter acties. Als het gaat over grof taalgebruik, ken ik ook nog wel een partij in deze Kamer die daarin heel creatief is. U hebt het over beschaving. Er is een mars, die de Mars der Beschaving wordt genoemd. Of dat een mooie titel is, is «in the eye of the beholder», om met Shakespeare te spreken. U hebt forse en harde meningen over kunst en cultuur.” Bosma: “Ik kan me vergissen, maar de uitdrukking over «the eye of the beholder» is echt niet van Shakespeare. Ik zal het controleren.” Verslag van het notaoverleg van 27 juni 2011, *Kamerstukken II* 2010/11, 32 820, nr. 35.

¹⁹ Becker & Kalma 2016, p. 93.

²⁰ ‘Hofcultuur nieuwe stijl in de kunsten’, *NRC* 6 juli 2013; ‘Topballet kun je ook uit Petersburg laten overvliegen’, *NRC* 7 december 2013; en ‘Waarom het kunstdebat in Nederland zo moeizaam is’, *NRC* 21 augustus 2014. Daamen was destijds lid van de Raad voor cultuur en directeur van de Stadsschouwburg Amsterdam. Vooral de kritiek op de culturele sector zelf leidde tot veel ophef.

²¹ Zie bv. ‘De negatieve spiraal van kleine musea’, *Trouw* 13 augustus 2016, waarin de opwaartse spiraal van een aantal grotere musea en de neerwaartse spiraal van de kleinere musea wordt uitgelicht, en Raad voor cultuur 2018, p. 56.

Financieel Dagblad bericht in 2014 dat er ondanks de bezuiniging meer cultuur is gekomen: meer muziekpodia, meer theaters, meer musea, meer exposities, meer festivals, meer vriendenkringen, meer crowdfunding, meer direct contact via sociale media. Wel moeten culturele instellingen hun bestaansrecht telkens opnieuw bevestigen. Zij concurreren niet alleen met elkaar om de gunst van de bezoeker, maar ook “in de dans rond dezelfde geldschietsters”.²²

"All the News That's Fit to Print"

The New York Times

Late Edition
 Today, cloudy, afternoon snow. Tonight, snow, 1 to 3 inch
 ing wind, low 28. Tomorrow,
 wind, cold, clouds and sun. H
 Weather map appears on Pg

CLXIII . . . No. 56,451
© 2014 The New York Times
NEW YORK, TUESDAY, MARCH 25, 2014
3

RMAKER MISLED GRIEVING FAMILIES IN A LETHAL FLAW

VED HAVING PROOF

U.S.'s Black-Box Data
Confirmed Defective
Ignition in 2009

This article is by *Hilary Stout, Vasic, Danielle Ivory and*
reza R. Raiz.

It was nearly five years ago any doubts were laid to rest by engineers at General Motors about a dangerous and faulty ignition switch. At a meeting on Oct. 15, 2009, they learned that in the black boxes of Chevrolet Cobalts confirmed a potentially fatal defect existed in hundreds of thousands of cars. In the months and years that followed, as a trove of internal documents and studies emerged, G.M. told the families of accident victims and other customers that it did not have enough evidence of any defect in its cars, interviews, letters and internal documents show. Last month, G.M. recalled 1.6 million Buicks and other small cars, saying that if the switch was bumped or vibrated down it could shut off



President Obama spoke Monday at the Rijksmuseum in Amsterdam in front of the Rembrandt painting "The Night Watch."

OBAMA WILL SE LIMITS FOR N.S. ON CALL RECO

BACKS A WIDE OVER

Agency's Bulk Collec-
Would End — No
Role for Judges

By CHARLIE SAVAGE

WASHINGTON — The Obama administration is preparing a legislative proposal for a far-reaching overhaul of the National Security Agency's secret bulk phone records program that would end the practice that has most alarmed privacy advocates since its existence was leaked last year, according to senior administration officials. Under the proposal, the N.S.A. would end its systematic collection of data on Americans' calling habits. Bulk records would stay with phone companies, would not be required to be turned over to the government for any longer than normally would. And the proposal would require the N.S.A. to obtain specific records with permission from a judge in a new kind of court order. The proposal is expected to be announced in January.

Vooral het cultureel erfgoed kan rekenen op aandacht. Wanneer The New York Times in maart 2014 op haar voorpagina een foto publiceert van de Amerikaanse president Obama met op de achtergrond *De Nachtwacht*, gaat dat nieuws in Nederland niet ongemerkt voorbij. Een soortgelijke euforie doet zich voor wanneer bekend wordt dat de regering en het Rijksmuseum van plan zijn om twee huwelijksportretten van Rembrandt – *Marten Soolmans* en *Oopjen Coppit* – te kopen. De Telegraaf bericht op sensationele wijze: “Rembrandts komen thuis”.²³ Overigens kan ook het diplomatieke geschil dat al snel daarna met Frankrijk ontstaat, op belangstelling van de pers rekenen.

Ten slotte genieten succesvolle kunstenaars en cultureel ondernemers veel aanzien. De media berichten regelmatig over grote, gevestigde namen. Zelfs de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (OCW) lardeert brieven aan de Tweede Kamer met voorbeelden van succesvolle, vaak jonge kunstenaars en cultuur-

EXCLUSIEF

Rembrandts komen thuis

Nieuw in zijn
van 'Nachtwacht'
over 'Rijksmuseum'

De Rijksmuseum heeft een plan om twee huwelijksportretten van Rembrandt te kopen. Het gaat om 'Marten Soolmans' en 'Oopjen Coppit'. De aankoop zou voor 160 miljoen euro komen te staan. Dit bericht is exclusief voor de lezers van De Telegraaf.

De Rijksmuseum heeft een plan om twee huwelijksportretten van Rembrandt te kopen. Het gaat om 'Marten Soolmans' en 'Oopjen Coppit'. De aankoop zou voor 160 miljoen euro komen te staan. Dit bericht is exclusief voor de lezers van De Telegraaf.

De Rijksmuseum heeft een plan om twee huwelijksportretten van Rembrandt te kopen. Het gaat om 'Marten Soolmans' en 'Oopjen Coppit'. De aankoop zou voor 160 miljoen euro komen te staan. Dit bericht is exclusief voor de lezers van De Telegraaf.

De Rijksmuseum heeft een plan om twee huwelijksportretten van Rembrandt te kopen. Het gaat om 'Marten Soolmans' en 'Oopjen Coppit'. De aankoop zou voor 160 miljoen euro komen te staan. Dit bericht is exclusief voor de lezers van De Telegraaf.

²² ‘De grote transitie. Stand van zaken’, *Het Financieel Dagblad* 31 oktober 2014.

²³ ‘Rembrandts komen thuis’, *De Telegraaf* 21 september 2015.

producenten.²⁴ Zo bezien is de culturele sector onverminderd populair.

De keerzijde van de bezuiniging

De populariteit van cultureel ondernemerschap laat onverlet dat er veel verontrustende signalen uit de sector komen. Belangenvereniging Kunsten '92 benadrukt dat de drang om cultuur te beoordelen aan de hand van statistieken en meetbare prestaties niet tot betere cultuur leidt. Bepaalde cijfers lijken ogenschijnlijk gunstig, maar geven een verkeerde voorstelling van zaken:

“[...] de keerzijde daarvan is dat daadwerkelijke en urgente problemen niet worden aangekaart. De cultuursector krijgt daardoor steeds meer trekken van een klassiek Hollywooddecor. Van de voorkant ziet het er allemaal fantastisch en glimmend uit, maar wie door de deur naar binnenstapt, ziet dat die glimmende gevel van karton en plakband aan elkaar hangt.”²⁵

De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) waarschuwt in 2015 tegen ongewenste mattheuseffecten: een deel van de gesubsidieerde instellingen zal in staat zijn meer eigen inkomsten te genereren en het succes te herhalen of zelfs te vergroten, maar een ander deel zal dat niet zijn en daardoor in steeds grotere problemen terechtkomen. In 2016 verschijnt een gezamenlijk rapport van de Raad voor cultuur en de Sociaal-Economische Raad (SER) over de zwakke arbeidsmarkt- en inkomenspositie in de culturele sector. Hoewel de sector niet de enige is die in moeilijkheden verkeert, zijn de cijfers aanzienlijk slechter. Het aantal zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers) is in deze sector bijvoorbeeld met 20,4% toegenomen, tegenover een landelijke toename van 9,6%. De overstap van werknemer naar zzp'er is vaak uit nood geboren. Hun gemiddelde inkomen was in 2013 € 21.908, tegenover een landelijk gemiddelde van € 32.500. Beeldende kunstenaars kwamen niet verder dan € 13.990. Bovendien is de concurrentie tussen mensen die in de culturele sector willen werken zo groot, dat men vaak tegen lage tarieven of zelfs gratis werkt.

De bezuiniging van het kabinet-Rutte I brengt het cultuurdebat over de verantwoordelijkheid voor de financiering van cultuur in een stroomversnelling. Het beeld van de gevolgen van de bezuiniging is vooralsnog diffuus. Voorstanders betogen dat kwaliteit door de markt komt bovendien en dat cultureel ondernemers zich hebben losgezongen van de *l'art-pour-l'art*-gedachte en zich opnieuw tot hun publiek zijn gaan richten. Tegenstanders betogen dat de waarde van cultuur degradeert tot een marktprijs en een groot deel van het cultureel kapitaal vergaat, waardoor er geen ruimte meer is voor experimentele kunst en kunstenaars uitsluitend nog begaande paden betreden. Gretig citeren ze Oscar Wilde: “Nowadays people know the price of everything, and the value of nothing.”²⁶

Natuurlijk spelen kunstenaars op het cultuurdebat in. Zo laat theatermaker Vecht de net aangetreden minister-president Rutte in het toneelstuk *Een eerlijk mens* een toespraak voor de culturele sector oefenen. Vecht laat zijn minister-president geen moeite doen om de voorgenomen bezuiniging te verbloemen:

“Kunstbroeders- en zusters, dit land houdt niet van u. U bent niet vervekt op de glooiende weiden der verbeelding, maar op de vlakke kleigrond van het realisme. Wij zijn slechts voor twee zaken opgericht. Nut en handel. Benen op de grond en hand op de knip.

‘Het aangename met het nuttige combineren.’ Kent u één ander land waar men zich tijdens het aangename nog druk maakt om het nut? Elk land ter wereld, hoe armzalig, verdrukt of religieus ook, werpt één dag per jaar het juk van zich af. Men eet. Men drinkt. En men danst. Desnoods op de rand van de vulkaan. Maar gedanst wordt er. En wat doen wij op onze nationale feestdag? Wij slepen onze rotzooi van zolder, leggen het op een kleedje, en gaan met elkaar aan de handel. [...]

²⁴ Zie bv. Bussemaker 2013a, 2014 en 2015.

²⁵ Kunsten '92 2015, p. 7.

²⁶ *The picture of Dorian Gray*, Londen: Vintage 2007 (oorspronkelijk verschenen in 1890), p. 43. Zie ook Langenberg 1995, die over de ‘mystificatie’ van deze uitdrukking schrijft: “Een snedige uitdrukking, maar in feite alleen de beschimping van de filistijn die kunst niet naar waarde weet te schatten.”

Hoofdstuk 1 – Inleiding

*Een land dat zijn kunstenaars naar hun bestaansrecht vraagt heeft zijn besluit al genomen. In de vraag ligt het antwoord besloten. Heeft de voetballer zich ooit moeten verantwoorden waarom hij achter een bal aan rent? De bloemist waarom hij zijn boeketten schikt? De jarige waarom hij een taart bakt? Kunstbroeders- en zusters, dit land houdt niet van u. En heeft nooit van u gehouden.*²⁷

Vecht confronteert zijn publiek met de aanname dat politici zich niet met kunst en cultuur willen profileren, omdat het afbreuk doet aan hun populariteit. Handel leidt tot rendement, kunst en cultuur niet. Uit de vaderlandse toneelliteratuur is slechts één zin doorgedrongen tot het collectief geheugen, zo laat Vecht zijn minister-president verkondigen: *de vis wordt duur betaald*.²⁸

Inherente spanningen

De oriëntatie op marktwerking plaatst gesubsidieerde culturele instellingen in een spanningsveld. De overheid verwacht immers niet alleen dat zij meer private financiering zoeken, maar ook dat zij bijdragen aan bepaalde doelen die het algemeen belang dienen, zoals talentontwikkeling of cultuurspreiding. De verwachtingen zijn niet altijd met elkaar te verenigen. Een toneelgroep die door het land moet reizen, maakt kosten en kan niet tegelijkertijd een commercieel interessantere band met het eigen publiek opbouwen. Een muziekpodium handelt zakelijker door gevestigde namen te programmeren, maar biedt daarmee geen ruimte voor talentontwikkeling. Kunstenaars die in staat zijn om een groot deel van hun inkomsten zelf te verdienen, lopen het risico subsidie mis te lopen als zij te succesvol zijn, terwijl zij met die subsidie een publiek belang kunnen dienen. En wat als de rijksmuseuma – die cultuuroederen van de overheid beheren – hun toegangsprijzen zodanig verhogen, dat zij niet langer toegankelijk zijn voor mensen met een lager inkomen?

In 2014 maakt Stichting Museumnacht furore met haar Art Sellscampagne. Door de jaarlijkse museumnacht met behulp van naaktfoto's (*sex sells*) aan te kondigen, wakkert de organisatie een discussie aan over de vraag hoe ver een museum mag gaan om financieel rond te komen. De



bron: Stichting Museumnacht Amsterdam (fotografie: Govert de Roos, voor Festina Lente)

²⁷ Fragment uit N. Vecht, *Een eerlijk mens*, 2013. Het toneelstuk is uitgevoerd door theatergroep Mug met de gouden tand. De tekst van het toneelstuk is beschikbaar gesteld op www.denieuwetoneelbibliotheek.nl.

²⁸ De verwijzing naar de Nederlandse handelsgeest is ook zichtbaar in eerdergenoemde kritiek van Daamen, die de politieke en maatschappelijke isolatie van de culturele sector o.a. verklaart door het calvinisme van de koopman en de dominee, die soberheid, pragmatisme en gelijkheid hoog waarden.

campagne sluit daarmee aan op de ontwikkelingen in het cultuurdebat over de verhouding tussen markt en overheid.

§ 1.1.3 De legitimeringsparadox

De ontwikkelingen in het cultuurbeleid zijn het gevolg van veranderende opvattingen over de rol van de overheid, die meer gewicht toekent aan het economisch belang van kunst en cultuur en aan de zelfredzaamheid van de sector. Hoewel zich op andere beleidsterreinen soortgelijke ontwikkelingen voordoen,²⁹ heeft het cultuurdebat zijn eigenaardigheden. De kritiek op cultuursubsidies is niet zonder precedent. Zelfs al had men een decennium geleden niet kunnen bevroeden dat een subsidiekorting de culturele sector zo zwaar zou treffen, laat staan dat de toon van het cultuurdebat zo fel kon worden, dan nog staat de kritiek op de publieke financiering van kunst en cultuur in een langere traditie. In zijn studie naar het cultuurbeleid noemt Oosterbaan Martinius de voortdurende kritiek zelfs een ‘typerende trek’. Ondanks dat de cultuurbegroting relatief gering is, zijn er volgens hem weinig beleidsterreinen waarover zoveel discussie bestaat als over het cultuurbeleid.³⁰

De voortdurende kritiek op cultuursubsidies hangt volgens Oosterbaan Martinius samen met wat hij de ‘legitimeringsparadox’ noemt. Het cultuurbeleid is ontstaan, omdat men vond dat de markt voor kunst en cultuur niet goed functioneert. Er moest een dekkend aanbod van kunst en cultuur zijn voor de hele samenleving, maar dat kwam niet op de markt tot stand. De overheid moest daarom een helpende hand bieden.³¹ Om publieke middelen aan te wenden, heeft ze echter draagvlak nodig, zowel in de Tweede Kamer als in de samenleving zelf. En daar schuilt volgens Oosterbaan Martinius nu juist het probleem: het feit dat er onvoldoende vraag is naar bepaalde cultuuruitingen, kan immers ook wijzen op een gebrek aan draagvlak. Of met andere woorden: het ontbreken van draagvlak is zowel een argument vóór als een argument tegen cultuursubsidies.³²

De publieke financiering van kunst en cultuur is dus allerminst een rustig bezit. Telkens keert de vraag terug waarom de overheid zich met kunst en cultuur bemoeit. Een groot deel van de sector houdt toch immers de eigen broek op? Met het antwoord dat bepaalde culturele instellingen zonder subsidie niet kunnen voortbestaan, neemt niet iedereen genoegen. Een enquête van het Sociaal en Cultureel Planbureau (SCP) bevestigt dat driekwart van de Nederlandse bevolking in 2012 achter de bezuiniging op cultuur stond, al had ruim veertig procent moeite met de hoogte ervan.³³ De WRR schrijft dat het cultuurbeleid al jaren in de top drie staat van beleidsterreinen waar volgens burgers op mag worden bezuinigd.³⁴

De legitimeringsparadox loopt als een rode draad door het cultuurdebat. Het ontbreken van draagvlak voor bepaalde cultuuruitingen is recent opnieuw opgevat als argument tegen cultuursubsidies. Dit verklaart echter niet waarom de affaire van het Wereldmuseum dan toch zoveel ophef veroorzaakt. Wat beweegt de overheid om zich – ondanks alle kritiek – met kunst en cultuur te blijven bemoeien? En hoe scheidt zij in haar beleid ruimte voor opvattingen over cultureel ondernemerschap?

²⁹ Te denken is aan de privatiseringen die o.a. hebben plaatsgevonden bij nutsvoorzieningen, het openbaar vervoer, de sociale zekerheid en de zorg. WRR 2000, p. 9 e.v.

³⁰ Oosterbaan Martinius 1990, p. 33-34.

³¹ Ibid., p. 36.

³² Ibid., p. 37.

³³ Van den Broek 2012, p. 242.

³⁴ WRR 2015, p. 9.

§ 1.2 Onderzoeksvraag en opbouw

Opvattingen over goed cultuurbeleid zijn in de loop van de jaren veranderd. De hiervoor geschetste ontwikkeling laat zien dat de overheid een groter beroep doet op de zelfredzaamheid van de culturele sector en minder subsidies verstrekt. Bovendien legitimeert ze cultuursubsidies vaker met een beroep op het belang voor de economie. Door het onderscheid tussen gesubsidieerde culturele instellingen en andere economische ondernemingen te verkleinen, lijkt de overheid de legitimeringsparadox het hoofd te willen bieden. Deze ontwikkeling kan op een zeker democratisch draagvlak rekenen, maar leidt ook tot spanningen: ze wringt met bestaande opvattingen over goed cultuurbeleid. Dit roept een aantal vragen op, waarop ik in dit proefschrift een antwoord zoek.

Mijn centrale onderzoeksvraag luidt:

Hoe verhoudt het doel van de overheid om cultureel ondernemerschap te stimuleren zich tot de legitimiteit van het cultuurbeleid en welke grenzen stelt het recht aan het opleggen van eisen aan gesubsidieerde culturele instellingen om dit doel te bereiken?

Om de centrale onderzoeksvraag te beantwoorden, stel ik de volgende deelvragen:

1. Welke benaderingen zijn relevant om te beoordelen of de overheid legitiem handelt? Welke rol speelt het recht daarbij?
2. Hoe beschermt het recht het belang van kunst en cultuur? Welke taak kent het recht de overheid toe om dat belang te behartigen?
3. Welke fundamentele rechtsopvattingen liggen ten grondslag aan het cultuurbeleid?
4. Hoe veranderen de verwachtingen van de overheid ten aanzien van het ondernemerschap van gesubsidieerde culturele instellingen? Hoe ontwikkelt het cultuurbeleid zich in dit opzicht?
5. Hoe verhoudt deze ontwikkeling zich tot de fundamentele rechtsopvattingen die ten grondslag liggen aan het cultuurbeleid?
6. Hoe past cultureel ondernemerschap in die verhouding?
7. Hoe zijn de veranderende verwachtingen van de overheid in het recht verankerd?
8. Welke grenzen stelt het recht aan de ontwikkeling? Wat kunnen de gevolgen zijn, indien de overheid die grenzen overschrijdt?

De vraag naar het publiek belang van kunst en cultuur raakt de legitimiteit van het cultuurbeleid. Ik begin mijn onderzoek in hoofdstuk 2 daarom met de vraag wat legitimiteit is. Daarbij concentreer ik me op de rol van het recht bij het zoeken naar legitimiteit. De rechtsnormen die ik hier onderscheid, diep ik in de hoofdstukken 3 en 4 verder uit, voor zover ze althans relevant zijn voor het cultuurbeleid. De reden dat ik begin met de legitimiteit van het cultuurbeleid en niet met de relevante rechtsnormen, is dat het recht weliswaar een belangrijke, maar niet de enige bron van legitimiteit is. De overheid doet een beroep op meerdere bronnen. Een brede, inclusieve blik op legitimiteit maakt het mogelijk om na te gaan hoe verschillende bronnen zich tot elkaar verhouden en elkaar aanvullen. Dat inzicht is noodzakelijk om de centrale onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden. Dit betekent voorts dat ik er niet aan ontkom om andere disciplines in mijn onderzoek te betrekken.

In hoofdstuk 5 beschrijf ik eerst hoe het cultuurbeleid zich in de afgelopen decennia heeft ontwikkeld, voor zover het althans om de economische aspecten gaat. Vervolgens kijk ik per kabinetsperiode hoe de overheid geprobeerd heeft haar stempel op de ontwikkelingen te drukken. Daarna zet ik in hoofdstuk 6 twee benaderingen van het cultuurbeleid uiteen: de culturele en de economische benadering. Door die benaderingen met elkaar te vergelijken, beoog ik de ontwikkelingen in perspectief te plaatsen. In die vergelijking betrek ik tevens de rechtsnormen die relevant zijn voor de legitimiteit van het cultuurbeleid.

Ten slotte beschouw ik de ontwikkelingen in de hoofdstukken 7 en 8 in het licht van respectievelijk het subsidierecht en het Europees mededingingsrecht. Daarbij tracht ik de grenzen die het recht stelt, in kaart te brengen. Ik sluit het proefschrift in hoofdstuk 9 af met mijn conclusie.

§ 1.3 Begripsverklaring en afbakening

In dit proefschrift gebruik ik een aantal begrippen met een specifieke betekenis. Sommige daarvan licht ik toe in de paragraaf waarin ze aan de orde komen. Voor zover het om algemene, vaak voorkomende begrippen gaat, leg ik hier uit wat ik daaronder versta. In de begripsverklaringen ligt ook een afbakening van de kaders van dit proefschrift besloten.

Rijksoverheid

Ik concentreer me op het cultuurbeleid van de rijksoverheid, dat wil zeggen de centrale overheid. De rijksoverheid bestaat uit de gezamenlijke ministeries, die elk onder leiding staan van één of meer bewindspersonen: de minister en staatssecretaris. De ministers vormen tezamen met de koning de regering.³⁵ De regering is op twee manieren betrokken bij het cultuurbeleid. In de eerste plaats geschiedt de vaststelling van wetten ingevolge artikel 81 van de Grondwet door de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk. Dit betekent dat de regering als medewetgever invloed heeft op de wetgeving over cultuur. In de tweede plaats is de regering belast met het maken en uitvoeren van het cultuurbeleid. In de praktijk speelt de Minister of Staatssecretaris van OCW de belangrijkste rol. Hij is belast met de voorbereiding van cultuurwetgeving en verantwoordelijk voor het specifiek cultuurbeleid. Voor de leesbaarheid spreek ik hierna gemakshalve over de Minister van Cultuur. Alleen wanneer ik het beleid van een bepaalde bewindspersoon bespreek, benoem ik het onderscheid tussen minister en staatssecretaris.

Ook zelfstandige bestuursorganen (zbo's) worden tot de rijksoverheid gerekend.³⁶ Dat zijn voor het cultuurbeleid bijvoorbeeld de rijkscultuurfondsen, die krachtens de wet zijn opgericht en een eigen cultuurbeleid voeren. De Minister van Cultuur is verantwoordelijk voor dat beleid. Om de reikwijdte van dit proefschrift te beperken, behandel ik het cultuurbeleid van de rijkscultuurfondsen niet afzonderlijk. Wel komt casuïstiek aan bod die weliswaar het cultuurbeleid van de rijkscultuurfondsen betreft, maar relevant is voor het cultuurbeleid van de rijksoverheid.

Met de keuze voor de rijksoverheid blijven de decentrale overheden – gemeenten en provincies – buiten beschouwing. Zij voeren hun eigen cultuurbeleid. Omdat in de praktijk vaak dezelfde trends zichtbaar zijn, behandel ik waar relevant ook decentrale casuïstiek.

Publiek belang

Kunst en cultuur zijn tot op zekere hoogte aan te merken als publiek belang, dat wil zeggen een maatschappelijk belang waarvan de behartiging voor de hele samenleving gewenst is en die de overheid zich aantrekt op grond van de overtuiging dat dit belang anders niet goed tot zijn recht komt.³⁷ Tot op zekere hoogte, omdat de culturele sector in belangrijke mate private belangen nastreeft.

³⁵ Art. 42 van de Grondwet. De koning blijft hier voorts onbesproken.

³⁶ De wetgever definieert een zbo in art. 1 van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen als een bestuursorgaan van de centrale overheid dat bij de wet, krachtens de wet bij amvb of krachtens de wet bij ministeriële regeling met openbaar gezag is bekleed, en dat niet hiërarchisch ondergeschikt is aan een minister. In het zbo-register van de Algemene Rekenkamer zijn op het gebied van cultuur thans opgenomen: het Fonds Podiumkunsten, de Koninklijke Bibliotheek, het Mondriaan Fonds, de Stichting Fonds voor Cultuurparticipatie, de Stichting Nederlands Fonds voor de Film, de Stichting Nederlands Letterenfonds, de Stichting Stimuleringsfonds Creatieve Industrie en het Stimuleringsfonds Nederlandse Culturele Mediaproducties. Daarnaast bestaat nog een aantal zbo's in het mediadomein.

³⁷ WRR 2000, p. 20.

Het publiek belang betreft een politiek-normatieve indeling van zaken waarmee de overheid zich hoort te bemoeien.³⁸ Die indeling is naar haar aard niet statisch. Opvattingen over de rol van de overheid en de vraag welke maatschappelijke belangen zij moet behartigen, kunnen van tijd tot tijd verschillen. Er is onderscheid te maken tussen primaire en secundaire overheidstaken. Primaire overheidstaken worden in de Grondwet genoemd of liggen daarin impliciet besloten en behoren daarom tot de verantwoordelijkheid van de overheid. Secundaire overheidstaken zijn daarentegen uit te besteden of te verzelfstandigen, al moet de overheid steeds kunnen ingrijpen.³⁹

De culturele sector bevindt zich op het snijvlak van publiek en privaat. Dat maakt het cultuurdebat niet altijd makkelijk, zoals de legitimeringsparadox laat zien. Men wijst in dit verband vaak op het Thorbecke-adagium. Thorbecke sprak zich in 1863 niet alleen uit voor de vrijheid van kunst, maar brak ook een lans voor de bescherming van kunst door de overheid.⁴⁰ In de hoofdstukken 3 en 4 komt de opdracht van de overheid om cultuurbeleid te voeren aan de orde.

Cultuur

Het bespreken van het cultuurbeleid stuit op het probleem dat het begrip ‘cultuur’ ongrijpbaar is. Williams verwoordde dit probleem als volgt:

“Culture is one of the two or three most complicated words in the English language. This is partly because of its intricate historical development, in several European languages, but mainly because it has now come to be used for important concepts in several distinct intellectual disciplines and in several distinct and incompatible systems of thought.”⁴¹

Breed opgevat zou elk aspect van het menselijk handelen onder het begrip kunnen vallen.⁴² Die opvatting is echter niet bruikbaar om de reikwijdte van het cultuurbeleid vast te stellen: ze zou het cultuurbeleid alomvattend maken. Bovendien vragen wet- en regelgeving, waarin de kaders van het cultuurbeleid zijn vastgesteld, om duidelijke begripsbepalingen. Voor de Wet op het specifiek cultuurbeleid (Wsc) heeft de wetgever voor een pragmatische oplossing gekozen: cultuur is cultuur, als er cultuur op staat.⁴³ Daarvoor gebruikt de wetgever de term ‘cultuuruitingen’, waaronder hij alle

³⁸ Peters 2017, p. 104. Zie verder bv. Hoekema & Van Manen 1994, p. 20. De auteurs spreken over de publieke moraal, dat wil – kort gezegd – zeggen: een samenstel van formele normatieve uitgangspunten die de publieke sfeer afbakenen en materiële normatieve uitgangspunten die de waarden en doelstellingen vastleggen waarop de samenleving zich richt.

³⁹ De Ru 1987, p. 42. In de praktijk is er sprake van een ‘pendulebeweging’, waarin de overheid bepaalde publieke taken naar zich toetrekt en in een latere periode weer van zich afstoot, of andersom. Algemene Rekenkamer 2014, p. 7.

⁴⁰ De toenmalig Minister van Binnenlandse Zaken sprak in 1863 tijdens het begrotingsdebat in de Tweede Kamer de volgende woorden: “De kunst is geene regeringszaak, in zooverre de Regering geen oordeel, noch eenig gezag heeft op het gebied der kunst.” Dit verslag van de Tweede Kamerzitting van 26 november 1863 is online vindbaar op de website van de Koninklijke bibliotheek. Een kleine week eerder sprak Thorbecke: “Ik zal nimmer zuinig zijn daar waar het blijkt, dat men tot ontwikkeling van kunst of wetenschap hulp behoeft; maar aan te nemen, dat men door ruimte van materiële hulp werken van genie bevordert, ik geloof dat de ervaring het tegendeel heeft bewezen. Aan de kunstenaars een materieel voordeel verschaffen, is mijns inziens, geen bescherming. Kunst en wetenschap kunnen van staatswege worden beschermd, maar op geheel andere wijze. Kunst en wetenschap in dienst van het geld te brengen, is niet de bescherming, die kunst en wetenschap verdienen.” Aldus sprak Thorbecke tijdens de parlementaire behandeling van de begroting op 20 november 1863, zoals aangehaald door Hoefnagel & Reinders 1983, p. 17. Zie voorts De Groot e.a. 2014, p. 25 of Van der Vlies 2017, p. 191.

De wetgever heeft zich op het standpunt gesteld dat het Thorbecke-adagium met zich brengt dat de overheid zich vanuit een historische traditie niet met de inhoud van de kunst bemoeit en de vrijheid van kunst en kunstenaar het leidende principe bij het kunstbeleid is: “De overheid is geen beoordelaar van kunst, maar laat dit oordeel over aan onafhankelijke deskundigen.” *Kamerstukken II* 2011/12, 33 100, nr. 3.

⁴¹ Williams 1983, p. 87.

⁴² Ook het recht is een aspect van cultuur. Zie bv. de definitie van Edward Tylor uit 1958: “Culture [...] is that complex whole which includes knowledge, belief, art, law, custom and any other capabilities and habits acquired by man as a member of society.” Van der Vlies 2017, p. 23.

Zie voorts McGoldrick 2007, p. 449: “At one end of the spectrum is an intellectual idea of culture and the processes of its creators – the arts, literature, classical music. At the other end is an anthropological sense of culture – as a way of life.”

⁴³ M.A. Rutters, ‘Wet op het specifiek cultuurbeleid’ (hoofdstuk I.1.4.2), in: De Groot e.a. 2014, p. 158. Rutters schrijft dat het begrip ‘specifiek’ op advies van de Raad van State in de titel van de wet is ingevoegd om te voorkomen dat de indruk

uitingen op de terreinen van cultuur verstaat, waarover het beleid van de Minister van Cultuur zich uitstrekt. Welke cultuuruitingen dat precies zijn, is min of meer historisch ontstaan en afhankelijk van de keuzen van de minister.⁴⁴

In dit proefschrift sluit ik aan bij de keuze van de wetgever. Onder ‘cultuur’ versta ik de cultuuruitingen die onder de reikwijdte van het cultuurbeleid vallen. Omdat de minister de kunsten onder zijn cultuurbeleid schaarst, maak ik geen onderscheid tussen kunst en cultuur. Dit betekent overigens niet dat ik de pragmatische afbakening van de wetgever in alle gevallen als vanzelfsprekend beschouw. Zo kunnen internationale verdragen, die ik in hoofdstuk 3 behandel, afwijkende definities bevatten. Ook de Europese Commissie houdt er haar eigen opvattingen over cultuur op na, zoals in hoofdstuk 8 zal blijken.

Een aantal onderdelen van het cultuurbeleid laat ik buiten beschouwing, of komt slechts aan de orde voor zover relevant. Het gaat om onderdelen die een eigen wettelijk regime hebben: de Mediawet 2008, de Wet op de vaste boekenprijs en de Wet stelsel openbare bibliotheekvoorzieningen. Aan de Erfgoedwet besteed ik daarentegen meer aandacht, onder andere vanwege de belangrijke functie die de rijksmusea in het bestel innemen.

Hoewel de wet over cultuuruitingen spreekt, duid ik kunst en cultuur in bepaalde hoofdstukken ook anders aan. Zo spreek ik in hoofdstuk 7 over ‘culturele activiteiten’, omdat de term activiteiten voortkomt uit het subsidierecht, en in hoofdstuk 8 over ‘culturele diensten en goederen’, omdat die termen gebruikelijk zijn in het Europese mededingingsrecht.

Cultuurbeleid

Het cultuurbeleid betreft de reikwijdte en wijze waarop de rijksoverheid zich met cultuur bemoeit.⁴⁵ De wetgever maakt onderscheid tussen algemeen en specifiek cultuurbeleid. Ik beperk me tot het specifieke cultuurbeleid. Omdat het niet mogelijk is de twee vormen van cultuurbeleid geheel los van elkaar te zien, betrek ik het algemeen cultuurbeleid wel in mijn analyse van de legitimiteit van het cultuurbeleid.

Het algemeen cultuurbeleid richt zich op de verhouding tussen overheid en burger. De vrijheid van de burger, dat wil zeggen diens waarborgen tegen overheidsbemoeienis, staat daarin voorop. De waarborgen zijn vastgelegd in grondrechten, waarop burgers voor de rechter een beroep kunnen doen. Om die reden is de jurisprudentie de belangrijkste rechtsbron voor het algemeen cultuurbeleid. Alleen voor zover de wetgever gebruikmaakt van zijn bevoegdheid om grondrechten bij wet te beperken, wordt het algemeen cultuurbeleid gevormd door wetgeving in formele zin.

Het specifiek cultuurbeleid richt zich daarentegen op de verhouding tussen overheid en culturele sector, daaronder gemakshalve verstaan: kunstenaars en instellingen die zich bezighouden met kunst en cultuur.⁴⁶ De overheid biedt de culturele sector bepaalde garanties, voorwaarden of voorzieningen. De grondslagen van het specifiek cultuurbeleid staan in wet- en regelgeving, zoals de Wsc. Deze wet- en regelgeving zijn de belangrijkste rechtsbron voor het specifiek cultuurbeleid.⁴⁷

bestaat dat de wet betrekking heeft op het gehele cultuurbeleid van de rijksoverheid. Zie voorts ook Hoefnagel & Reinders 1983, p. 12: kunst is in dit kader datgene wat door de overheid als kunst wordt aangemerkt.

⁴⁴ SCP 1986, p. 11.

⁴⁵ SCP 1986, p. 179. Het SCP omschreef het cultuurbeleid destijds als de overheidsbemoeienis met de totstandkoming, verspreiding, bescherming en het behoud van geestesproducten en uitingsvormen.

⁴⁶ Geheel zuiver is dit niet, omdat het specifiek cultuurbeleid bv. ook eigenaren van rijksmonumenten aangaat. Dit zijn in de regel particulieren (burgers).

⁴⁷ SCP 1986, p. 180. De belangrijkste wetten voor het specifiek cultuurbeleid zijn de Wsc (*Stb.* 1993, 193), die de grondslag biedt voor cultuursubsidies, en de Erfgoedwet (*Stb.* 2015, 511), die – kort gezegd – regels bevat voor het beheer en behoud van cultureel erfgoed.

De wetgever heeft de Minister van Cultuur belast met het voeren van het specifiek cultuurbeleid. Die keuze is in de praktijk soms lastig, omdat het succes van de culturele sector afhankelijk is van andere wetten als de Auteurswet, het Burgerlijk Wetboek, fiscale wetten en de Omgevingswet. De wetgever heeft beoogd de Minister van Cultuur een coördinerende rol te laten spelen.⁴⁸

De Minister van Cultuur beperkt zijn cultuurbeleid tot de cultuuruitingen die naar zijn oordeel landelijke betekenis hebben. Welke cultuuruitingen dat zijn, staat voortdurend ter discussie. Volgens de wetgever brengt de permanente oordeelsvorming de noodzaak van een grote mate van flexibiliteit met zich mee: “Dit impliceert tevens dat over de precieze inhoud en reikwijdte van de verantwoordelijkheid van de cultuurminister een permanente cultuur-politieke discussie gewenst en geboden is.”⁴⁹

De minister geniet relatief veel beleidsvrijheid, dat wil zeggen een politiek bepaalde vrijheid die hem in staat stelt om op basis van bestuurlijke prioriteiten publieke belangen te behartigen.⁵⁰ De minister kan bepalen welke doelstellingen hij wil nastreven en welke instrumenten hij daarvoor inzet. Zijn beleidsvrijheid is echter niet onbegrensd. De minister moet rekening houden met bestaande verwachtingen en rechtsnormen. Zo is hij gebonden aan de omvang van de cultuurbegroting en aan de verplichting om het beleid van zijn ambtsvoorganger uit te voeren, tot een nieuwe beleidsperiode aanbreekt.⁵¹

Een beleidsperiode duurt vier jaar. De minister is ingevolge artikel 3 van de Wsc verplicht om de Staten-Generaal eens in de vier jaar te informeren over de hoofdlijnen van het cultuurbeleid. Het verstrekken van cultuursubsidies is daarvoor zijn belangrijkste instrument. Sinds 2009 wordt de groep instellingen die subsidie van de minister ontvangt, aangeduid als de culturele basisinfrastructuur (bis). In de praktijk concentreert het specifiek cultuurbeleid zich op bepaalde culturele functies, waaronder erfgoed en kunsten.

Ten slotte maakt men in de literatuur soms onderscheid tussen ‘cultuurbeleid’ en ‘cultuurpolitiek’. De WRR schrijft in 1992 dat cultuurpolitiek aan cultuurbeleid voorafgaat: eerst zet de minister de politieke koers uit, daarna werkt hij deze uit in het cultuurbeleid. Het uitzetten van een koers betekent dat de minister op hoofdlijnen richting moet geven. Daartoe moet hij “cultuurinhoudelijke vragen van waarden, betekenissen en zingeving” beantwoorden.⁵² De koers legitimeert het cultuurbeleid als uitwerking daarvan. Dit beleid is operationeel en technisch; het richt zich volgens de WRR voornamelijk “op de beheersing van middelen, organisaties en voorzieningen”.

⁴⁸ De wetgever heeft zich nadrukkelijk uitgesproken tegen het voorstel van het SCP om de Minister van Cultuur een algemene verantwoordelijkheid te geven voor alle terreinen van cultuur: “Een dergelijke bepaling zou niet alleen aanleiding kunnen geven tot competentiegeschillen, maar ook tot het ongewenst terugtreden van anderen op grond van het argument dat de «cultuurminister» immers alléén verantwoordelijk is.” In plaats daarvan is gekozen voor “een beperkte reikwijdte, waarbij die verantwoordelijkheid betrekking heeft op de cultuuruitingen op die terreinen van de cultuur waarover het beleid van de Minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur [thans OCW] zich uitstrekt [...] Te denken valt hierbij aan bijvoorbeeld de kunsten, de musea, de monumenten, de archieven, de media, het bibliotheekwerk en de internationale culturele betrekkingen op deze terreinen.” *Kamerstukken II 1988/89*, 20 987, nr. 3.

De coördinerende rol van de Minister van Cultuur blijkt bv. uit het feit dat wet- en regelgeving die het specifiek cultuurbeleid raken met de Minister van Cultuur worden afgestemd. Zo is de Wet auteurscontractenrecht (*Sib.* 2015, 257) gecontrasigneerd door de minister.

⁴⁹ *Kamerstukken II 1988/89*, 20 987, nr. 3 (*MvT*), p. 4.

⁵⁰ De Haan/Schlössels & Zijlstra 2017, p. 128. De term ‘beleidsvrijheid’ staat overigens ter discussie. In zijn jaarverslag van 2017 merkt de Raad van State op de term te vervangen door ‘beleidsruimte’, omdat het gebruik van publiekrechtelijke bevoegdheden altijd gebonden is aan het recht en de term ‘vrijheid’ dus verwarrend is. Raad van State, *Jaarverslag 2017* (online publiek), p. 61.

⁵¹ Van der Vlies 2017, p. 203.

⁵² WRR 1992, p. 23. In 2010 maakt de WRR opnieuw onderscheid tussen het politieke proces van machtsvorming en machtsuitoefening en het beleid, dat politiek vertaalt naar interventies in de markt en samenleving. WRR 2010, p. 16. Zie voorts Van den Broek 2012, p. 135. Van den Broek benadert het gebruik van de termen anders, wanneer hij stelt dat cultuurpolitiek in de loop der tijd cultuurbeleid is geworden.

De Wsc maakt onderscheid tussen het informeren van de Staten-Generaal op hoofdlijnen en het uitwerken daarvan in subsidieregels.⁵³ Daarentegen gebruikt de wetgever ook in het eerste geval de term cultuurbeleid. Omdat het onderscheid in de praktijk voorts niet gangbaar en voor dit proefschrift niet relevant is, volg ik hier de term van de wetgever.

⁵³ Geheel zuiver is het onderscheid niet altijd. Zo bemoeit de Tweede Kamer zich nu en dan met de verdeling van de cultuurbegroting op beschikkingniveau. Zie bv. de motie-Monasch (*Kamerstukken II* 2015/16, 32 820, nr. 172), waarin de regering wordt verzocht om het festival Oude Muziek en Oerol voor een bedrag van in totaal € 650.000 p.j. op te nemen in de bis. Ook wordt het concept van de subsidieregeling vooraf wel aan de Tweede Kamer toegezonden. Zie Bussemaker 2015. De rolverdeling tussen parlement en regering blijft hier verder buiten beschouwing.

Hoofdstuk 2

Legitimiteit en normering

§ 2.1 Inleiding

De rijksoverheid bemoeit zich op verschillende manieren met cultuur. Voorbeelden uit het specifiek cultuurbeleid zijn het verstrekken van cultuursubsidies, het beperken van het eigendomsrecht op rijksmonumenten en het in stand houden van vaste boekenprijzen. Het algemeen cultuurbeleid reikt vaak nog verder, met het vervolgen van kunstenaars voor strafbare gedragingen als verstrekkend voorbeeld.⁵⁴

Door cultuurbeleid te voeren, grijpt de overheid in de samenleving in. Ze maakt aanspraak op publieke middelen om subsidies te verstrekken en verdeelt de culturele sector door een deel wel en een ander deel niet te subsidiëren. Door gesubsidieerde instellingen te verplichten om meer geld te verdienen via de markt, creëert de overheid bovendien een ongelijk speelveld voor andere bedrijven die meedingen op de vrijetijdsmarkt. De nevenactiviteiten van het Wereldmuseum zijn daarvan een voorbeeld.

Wat geeft de overheid het recht om zich met cultuur te bemoeien? Waarmee moet zij rekening houden om draagvlak voor haar beleid te vinden? Zijn veranderingen in het cultuurbeleid te normeren en zo ja, hoe? Om die vragen te beantwoorden, ga ik in dit hoofdstuk in op de legitimiteit van gezagsuitoefening en de mogelijkheden om overheidshandelen te normeren. De nadruk ligt op de rol van het recht. Omdat een uitvoerige verhandeling van de theorie over legitimiteit aan het doel van dit proefschrift voorbijschiet, beperk ik me tot de handvatten die noodzakelijk zijn voor een goed begrip van de hoofdstukken die erop volgen.

In paragraaf 2.2 beschrijf ik wat legitimiteit is. Vervolgens ga ik in paragraaf 2.3 in op de normen die een rol spelen bij het zoeken naar legitimiteit. In paragraaf 2.4 behandel ik ten slotte een type rechtsnorm dat voor het cultuurbeleid zeer relevant is: de grondrechten. In paragraaf 2.5 besluit ik het hoofdstuk met een conclusie.

§ 2.2 Legitimiteit

In het vorige hoofdstuk heb ik beschreven dat de legitimeringsparadox als een rode draad door het cultuurbeleid loopt. De paradox roept vragen op over het publiek belang van kunst en cultuur en het draagvlak voor cultuurbeleid. In deze paragraaf ga ik in op de betekenis van legitimiteit. Het begrip is multidimensionaal. Er bestaat geen leidende definitie, omdat het vanuit verschillende dimensies anders is te benaderen. Het recht biedt aanknopingspunten om te beoordelen of beleid legitiem is, maar er zijn andere invalshoeken. Hoewel ik die invalshoeken wel benoem, concentreer ik me op het recht.

⁵⁴ Zie vnl. par. 3.3.6 en 3.3.7 over de vrijheid van kunst. De bijzondere omgang van de overheid met kunst blijkt bv. in rb. Amsterdam 22 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3789, waarin een speciaal vervolgingsbeleid van het Openbaar Ministerie voor kinderpornografisch materiaal in kunstwerken aan de orde komt. Befaamde zaken over de toelaatbaarheid van kunst zijn voorts de vervolging van schrijver Gerard Reve, HR 2 april 1968, ECLI:NL:HR:1968:AB3494, *NJ* 1968/373 (*Ezelproces*) en de vordering van kunstenaar Ronald Ophuis jegens de staat over zijn werk *Sweet violence*, rb. Zwolle 15 oktober 1997, ECLI:NL:RBZWO:1997:AH7335.

Legitimiteit is wel omschreven als het recht om gezag uit te oefenen, of als het uitoefenen van rechtvaardig gezag. Vooral die laatste opvatting is omstreden, omdat ze ongrijpbaar zou zijn.⁵⁵ Onder andere Simmons maakt daarom onderscheid tussen legitiem en rechtvaardig gezag. Rechtvaardigheid hangt zijns inziens samen met de rationele of morele aanvaardbaarheid van gezagsuitoefening.⁵⁶ De multidimensionale benadering van het legitimiteitsbegrip komt naar voren bij Fallon en Bokhorst. Zij laten zien dat het weliswaar mogelijk is om legitimiteit juridisch te benaderen, maar dat de juridische benadering alleen tekortschiet om de legitimiteit van beleid te analyseren.

Fallon gaat uit van een juridische, sociologische en ethische benadering.⁵⁷ Elke benadering gebruikt haar eigen bronnen en normen om legitimiteit te toetsen. Terwijl de sociologische en ethische benadering naar respectievelijk aanvaarding en morele rechtvaardigheid kijken, draait de juridische benadering om rechtsnormen. Fallon benadrukt dat de benaderingen niet los van elkaar zijn te zien. Ze staan met elkaar in verbinding en zijn tot op zekere hoogte van elkaar afhankelijk. Voor de naleving van een wettelijke norm is het bijvoorbeeld belangrijk dat burgers de norm aanvaarden, of die althans niet negeren, terwijl het vastleggen van normen in de wet kan bijdragen aan de aanvaarding daarvan.⁵⁸ Het recht “does not rest on a single rock of legitimacy, as many appear to assume, but on sometimes shifting sands”, aldus Fallon.⁵⁹

Bokhorst beschrijft vier dimensies van legitimiteit. Volgens haar is legitimiteit het gerechtvaardigde, wettelijke, politiek erkende en maatschappelijk geaccepteerde recht om gezag uit te oefenen. De mate waarin gezag ethisch gerechtvaardigd, juridisch gewettigd, door allen politiek erkend en door ondergeschikten maatschappelijk geaccepteerd is, bepaalt de legitimiteit van dat gezag.⁶⁰ Bokhorst omschrijft de vier dimensies die in deze definitie tot uiting komen als volgt:

ethisch: de mate waarin normstelling gerechtvaardigd is (moreel recht);

juridisch: de mate waarin normstelling gewettigd is (formeel of geldend recht);

politiek: de mate waarin normstelling erkend is door allen (erkend recht); en

maatschappelijk: de mate waarin normstelling geaccepteerd is door degenen op wie de normen van toepassing zijn (levend of gedragen recht).

Bokhorst onderscheidt de vier dimensies in de eerste plaats in normatieve en descriptieve dimensies. De juridische en ethische dimensie zijn normatief: ze maken onderscheid tussen zijn en behoren, tussen dat wat recht *is* en dat wat recht *zou moeten zijn*. De politieke en maatschappelijke dimensie zijn daarentegen descriptief. De rechtssociologische definitie van Hoekema en Van Manen is daarvan een voorbeeld:

“Legitimiteit van gezag betekent dat gezag een zekere mate van stabiliteit en duurzaamheid heeft en de onderhorigen erop vertrouwen dat de gezagdrager door hen geaccepteerde waarden doorgaans feitelijk dient, zodat de burgers de gezagsdaad globaal en op voorhand volgen.”⁶¹

Hoewel Bokhorst opmerkt dat legitimiteit zowel een normatief als een empirisch concept is, is de vraag of het gebruik van de term ‘recht’ bij de descriptieve dimensies wel gelukkig is. Het recht is

⁵⁵ Van der Pot/Elzinga e.a. 2014, p. 53. Volgens de auteurs kan men beter spreken over ‘legitimatie’, d.w.z. de vraag hoe de overheid gehoorzaamheid en gezag verkrijgt.

⁵⁶ Simmons 1999, p. 740. Simmons ontkent zelfs dat er regeringen zijn die legitiem gezag uitoefenen, omdat daarvoor de voortdurende instemming nodig is van degenen die aan dat gezag zijn onderworpen (p. 745).

⁵⁷ Fallon 2005, p. 1790.

⁵⁸ Een vb. van een wettelijke norm die in de rechtspraktijk niet langer werd gehandhaafd, was het verbod op godslastering (art. 147 Sr, dat per 1 maart 2014 is vervallen (*Stb.* 2014, 39)). In 1968 sprak de Hoge Raad schrijver Gerard Reve in het zgn. *Ezel*-arrest vrij, waarna het niet meer tot een vervolging op grond van deze strafbepaling zou komen. L.A. van Noorloos, ‘Het einde van een tijdperk. Over godslastering, vrijheid van meningsuiting en heilige huisjes’, *Strafblad* 2013, p. 451.

⁵⁹ Fallon 2005, p. 1793.

⁶⁰ Bokhorst 2014, p. 20. Bokhorst sluit zelf aan op het werk van Beetham.

⁶¹ Hoekema & Van Manen 1994, p. 23.

immers zelf normatief: het gaat over de vraag wat burgers behoren te doen en niet wat zij feitelijk doen. De descriptieve dimensies blijven hier buiten beschouwing, al is het belangrijk op te merken dat ze een kritische reflectie op de normatieve dimensies bieden: wat zou het recht zijn, als niemand dat feitelijk navolgt?

In de tweede plaats onderscheidt Bokhorst formele en informele dimensies. De juridische en politieke dimensie zijn formeel: ze zijn noodzakelijk om van legitimiteit te mogen spreken. De ethische en maatschappelijke dimensie zijn informeel: ze zijn wenselijk, omdat “zonder breed gedeelde opvattingen over rechtvaardigheid en maatschappelijke acceptatie de formele aanvaardbaarheid van wetten op termijn uitgehold raakt.”⁶²

Het onderscheid tussen de formele en informele dimensies keert bij Bokhorst terug in de motieven om naar legitimiteit te zoeken.⁶³ Indien de overheid het voeren van legitiem beleid als haar plicht of streven beschouwt, bijvoorbeeld omdat legitiem beleid verhevener of rechtvaardiger is, dan werkt zij vanuit een ethisch motief. Ziet zij legitimiteit daarentegen als noodzakelijke voorwaarde voor politieke stabiliteit, dan gaat zij uit van een realistisch motief.

Er kan sprake zijn van een combinatie of zelfs van oneigenlijk gebruik van motieven. In dat laatste geval streeft de overheid andere belangen na, dan zij zegt te doen. Zo is er kritiek op de nadruk die de overheid legt op de eigen verantwoordelijkheid van burgers, of in dit geval culturele instellingen. Volgens sommigen is dit een verkappt motief om bezuinigingen door te voeren en taken bij burgers over de schutting te gooien.⁶⁴

Ik beperk me hierna tot de juridische en ethische benadering van legitimiteit. Dit betekent dat ik legitimiteit vanuit een normatieve invalshoek benader en het recht als zowel een formele als informele voorwaarde voor legitimiteit beschouw.

§ 2.2.1 De juridische benadering van legitimiteit

De juridische benadering gaat uit van het recht als bron van legitimiteit. Het recht is een normatieve orde die het overheidshandelen normeert. De kern van de rechtsstaat is dat de overheid aan het recht gebonden is: volgens Zijlstra is zij zelfs principieel onvrij te handelen “anders dan ter verwezenlijking van recht, op basis van het recht en in overeenstemming met het recht.”⁶⁵

Het recht kent de overheid geen algemene bestuursbevoegdheid toe: elke bevoegdheid moet te herleiden zijn tot een wettelijke grondslag of wettelijke taak.⁶⁶ De juridische benadering betreft de wettigheid van overheidshandelen: de legaliteit. Over de betekenis van het legaliteitsvereiste is veel geschreven. Volgens Zijlstra behoeft overheidshandelen dat ingrijpt in de rechten en vrijheden van burgers “een wettelijke grondslag die weer terug te voeren is op de Grondwet of een wet in formele zin, op straffe van onrechtmatigheid.”⁶⁷ Dit geldt ook voor feitelijk overheidshandelen en ongeacht of de burger instemt met het handelen.

Waar legaliteit vereist dat het overheidshandelen een grondslag moet vinden in de wet, liggen aan de rechtsstaat zelf ook fundamentele beginselen ten grondslag. De overheid behoort die beginselen in acht te nemen. Zijlstra spreekt in dit verband wel van vóórpositieve eisen, dat wil zeggen eisen die aan

⁶² Bokhorst 2014, p. 37.

⁶³ Ibid., p. 42 e.v.

⁶⁴ Ibid., p. 45.

⁶⁵ De Haan/Schlössels & Zijlstra 2017, p. 15. Zie voorts Van der Pot/Elzinga e.a. 2014, p. 661 en Van der Vlies 1984, p. 55.

⁶⁶ Ibid., p. 97.

⁶⁷ Ibid., p. 100-101.

het positief recht voorafgaan. Het gaat om beginselen als vrijheid, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid.⁶⁸ Het legaliteitsvereiste draagt bij aan het verwezenlijken van zulke rechtsbeginselen en maakt het overheidshandelen tot op zekere hoogte voorspelbaar, al is de voorspelbaarheid geringer naarmate de overheid meer beleidsvrijheid geniet. Voorts zijn sommige rechtsbeginselen als zodanig in het positieve recht zelf erkend. Ik beperk me hier tot de rechtsbeginselen als vóórpositieve eisen, waarop ik in paragraaf 2.3 terugkom.

§ 2.2.2 De ethische benadering van legitimiteit

De ethische benadering van legitimiteit betreft de vraag of overheidshandelen moreel of rechtvaardig is. Consensus over de rechtvaardigheid van gezag is, anders dan de wettigheid daarvan, geen noodzakelijke eis voor legitimiteit. Dat betekent niet dat de overheid het zich in algemene zin kan permitteren om onrechtvaardig te handelen.

Wat maakt overheidshandelen rechtvaardig? Het legaliteitsvereiste biedt onvoldoende aanknopingspunten om die vraag te beantwoorden. Ook gezag dat op de wet berust en conform de wet wordt uitgevoerd, kan als onrechtvaardig worden beschouwd.⁶⁹ Bij gebrek aan een eenduidig beoordelingscriterium staat de vraag of gezag rechtvaardig is, voortdurend ter discussie.

Fallon schetst een rechtvaardigheidsmodel met twee uitersten. Aan de ene kant plaatst hij de *ideal moral legitimacy* en aan de andere kant de *minimal moral legitimacy*. Volgens Fallon is het eerste uiterste niet haalbaar. Zelfs de Grondwet bereikt dat punt niet. Burgers hebben daar immers nooit daadwerkelijk mee ingestemd. Er zijn maar weinigen die nog verdedigen dat de Grondwet *perfectly just* is.⁷⁰ Fallon noemt de Grondwet daarentegen wel *reasonably just*: er bestaat consensus dat deze ten minste als minimaal moreel legitiem kwalificeert.⁷¹ Gezag dat in strijd is met de Grondwet, voldoet niet aan de minimumstandaard voor morele legitimiteit. Hoewel Fallon over de Amerikaanse Grondwet schrijft, is zijn redenering ook te gebruiken voor de Nederlandse Grondwet.

De theorie van Fallon biedt aldus een kader voor de ethische legitimiteit van gezag. Indien dat niet in overeenstemming is met de Grondwet, zal het niet als moreel legitiem gelden. De grondrechten spelen daarin een wezenlijke rol. Indien beleid verenigbaar is met de grondrechten, is het in deze optiek te kwalificeren als ten minste minimaal moreel legitiem.

Het recht biedt een kader om in de eerste plaats de legaliteit en in de tweede plaats de rechtvaardigheid van het cultuurbeleid te beoordelen. In de volgende paragrafen zet ik aan de hand van de theorie van Dworkin een aantal normtypen uiteen, dat een rol speelt bij het zoeken naar legitimiteit. Sommige normen zijn alleen geschikt voor de juridische benadering, andere ook of vooral voor de ethische.

⁶⁸ Ibid., p. 15 en 98. De genoemde beginselen betreffen overigens wat Zijlstra de liberale opvatting van de rechtsstaat noemt. Daarnaast onderscheidt hij een sociale opvatting, die ook een beginsel van sociale rechtvaardigheid met zich brengt. De idee dat de overheid sociale rechtvaardigheid moet nastreven is echter niet onomstreden. Volgens Scheltema c.s. lijkt de sociale rechtsstaat voornamelijk te worden gezien als een bijzondere vorm van de rechtsstaat. WRR 2002, p. 50.

⁶⁹ Volgens Simmons kan de kwaliteit van het overheidsgezag als zodanig niet leiden tot een gehoorzaamheidsplicht van de burger. De overheid kan daarmee wel steun verdienen: indien zij rechtvaardig en verdienstelijk is, zal zij niet worden gereduceerd tot het niveau van tirannie. Simmons 1979, p. 198.

⁷⁰ Fallon 2005, p. 1807-1808.

⁷¹ Ibid., p. 1792.

§ 2.3 Normering

§ 2.3.1 Rechtsnormen

Dworkin onderscheidt regels (*rules*), rechtsbeginselen (*principles*) en beleidsdoelen (*policy*). De eerste twee zijn rechtsnormen, die van elkaar verschillen wat betreft vorm en karakter.⁷² Regels zijn vastgelegd in een geldige rechtsbron, zoals wet- en regelgeving, en ontlene daaraan hun gelding. Rechtsbeginselen ontlene hun gelding daarentegen aan de samenleving zelf: het zijn fundamentele rechtsopvattingen die in de samenleving voorkomen. Anders dan regels hebben rechtsbeginselen geen vaststaande formulering. Zodra men een rechtsbeginsel in een rechtsbron verankert, maakt men in wezen een nieuwe regel, die door zijn formulering wordt beperkt. Het rechtsbeginsel dat aan die regel ten grondslag ligt, blijft als fundamentele rechtsopvatting in de samenleving voortbestaan.⁷³ Of de rechtspraak dit onderscheid ook zo strikt hanteert, is overigens de vraag. In de literatuur noemt men geschreven en ongeschreven rechtsbeginselen vaak in één adem.

De toepassing van regels wijkt af van die van rechtsbeginselen. Dworkin schrijft hierover:

“The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision.”⁷⁴

Indien een regel op een bepaald geval van toepassing is, moet de regel worden nageleefd. Vervolgens vraagt Dworkin zich af op welk recht een rechter zich baseert, als er geen regel van toepassing is op een rechtsvraag. Volgens hem maakt de rechter in dat geval niet met terugwerkende kracht een nieuwe regel, maar betreft hij één of meer rechtsbeginselen in zijn afweging. Rechtsbeginselen wijzen de rechter in een bepaalde richting, waarin het antwoord op de rechtsvraag moet worden gezocht. In een concreet geval kunnen er meerdere rechtsbeginselen relevant zijn. Ze kunnen elkaar zelfs tegenspreken. Een rechtsbeginsel verplicht dan ook niet tot een specifieke beslissing.

Ter illustratie gebruikt Dworkin het Amerikaanse arrest *Riggs versus Palmer* uit 1889, waarin de vraag centraal staat of een kleinkind dat zijn grootvader omwille van de erfenis vermoordt, nog aanspraak maakt op zijn erfdeel. Hoewel dat volgens de wet het geval is, beslist de rechter anders op grond van het rechtsbeginsel dat niemand voordeel mag trekken uit een door hem begane onrechtmatige daad. Dworkin ontkent niet dat er wellicht andere rechtsbeginselen waren, waarop de rechter een beroep had kunnen doen, zoals een rechtsbeginsel dat iemand niet harder mag worden gestraft dan de wetgever heeft voorgeschreven. In zulke gevallen is het niet noodzakelijk dat het eerste rechtsbeginsel prevaleert: de rechter moet een afweging maken. Rechtsbeginselen verschillen naar gelang de omstandigheden van gewicht. Indien twee of meer rechtsbeginselen met elkaar botsen, is er geen derogerende norm om vast te stellen welke voorgaat.⁷⁵ In dat geval moet de rechter telkens naar het relatieve gewicht van de rechtsbeginselen kijken.

⁷² In de praktijk is het onderscheid niet altijd op voorhand zichtbaar. Zo worden regels wel als doelvoorschriften geformuleerd, waardoor ze het karakter van een rechtsbeginsel lijken te hebben. Doelvoorschriften bepalen niet zozeer hoe burgers zich moeten gedragen, maar wat het resultaat van hun gedrag moet zijn. Zie Westerman 2008, p. 56.

⁷³ Deze opvatting is niet onomstreden. Scholten betoogt dat rechtsbeginselen die niet in een regel zijn uitgewerkt, een ‘dode letter’ zijn. Nehmelman & Noorlander 2013, p. 94. Van der Vlies merkt op dat rechtsbeginselen het legaliteitsbeginsel in zekere zin aantasten, omdat ze veronderstellen dat de legaliteit van het gezag niet uitsluitend afhankelijk is van de wet, maar ook van ongeschreven bronnen. Van der Vlies 1984, p. 70.

⁷⁴ Dworkin (1977) 2013, p. 40-41.

⁷⁵ Aangezien regels een absolute karakter hebben en al dan niet van toepassing zijn, bestaan er wel algemene derogatienormen om een regel terzijde te schuiven in geval van conflicterende rechtsregels: de superioriteitsregel (hoog gaat voor laag), de specialiteitsregel (bijzonder gaat voor algemeen) en de posterioriteitsregel (nieuw gaat voor oud).

Indien de rechter een rechtsbeginsel niet of slechts ten dele toepast, betekent dit niet dat het zijn normatieve waarde verliest. In een volgend geval – wanneer de omstandigheden anders zijn – kan het rechtsbeginsel wel doorslaggevend zijn. Dat een rechtsbeginsel onderdeel is van het recht, betekent dat het behoort te worden meegenomen in de belangenafweging.⁷⁶

In de literatuur zijn naderhand de volgende eigenschappen aan rechtsbeginselen toegeschreven:⁷⁷

1. Rechtsbeginselen worden direct ontleend aan fundamentele normen en waarden in de samenleving en hebben een fundamentele betekenis.
2. Rechtsbeginselen hebben een algemene inhoud.
3. Rechtsbeginselen staan boven het geldende recht en richten zich niet tot een bepaalde normadressaat.
4. Bij tegenstrijdige beginselen moet het relatieve gewicht ervan worden bepaald. Op basis van de context en het gewicht van beide beginselen moet worden bekeken aan welk beginsel – gezien de omstandigheden van het geval – het meeste gewicht toekomt.
5. Omdat rechtsbeginselen boven het geldende recht staan, kunnen ze verschillende gedaanten aannemen.
6. Rechtsbeginselen worden niet, zoals het geval is bij regels, op grond van een procedure door een daartoe bevoegd orgaan vastgesteld, maar ontspruiten aan de samenleving.

Omdat rechtsbeginselen aan de samenleving ontspruiten, hebben ze een bijzondere betekenis voor de legitimiteit van het recht. Cliteur en Ellian schrijven dat een rechtsorde legitimiteit verkrijgt door overeen te stemmen met het geheel van rechtsbeginselen, zoals dat in westerse samenlevingen als normatieve grondslag is aanvaard.⁷⁸ De rechtsbeginselen dienen als kritische toets voor de legitimiteit van het geldende recht.

Cliteur en Ellian benadrukken dat rechtsbeginselen geen absolute en universeel geldige principes zijn. Daarentegen zijn het ook geen “volstrekt willekeurige en voortdurend veranderende juridische constructies die door mensen zijn uitgedacht.”⁷⁹ Rechtsbeginselen zijn inziens niet zozeer het resultaat van een specifiek plan of ontwerp, maar wel van menselijk handelen. De auteurs beroepen zich op de samenleving of gemeenschap als bron van legitimiteit. Dat betekent dat rechtsbeginselen hun grondslag niet vinden in de opvattingen van een individu, die immers willekeurig zijn en niet noodzakelijkerwijs door de samenleving worden gedragen. Volgens Cliteur en Ellian geven de traditie en geschiedenis van een gemeenschap gestalte aan de rechtsbeginselen, die enerzijds in de loop der tijd door de gemeenschap als zodanig worden gevormd, maar anderzijds voldoende omljnd zijn om de legitimiteit van recht te kunnen toetsen.

Rechtsbeginselen kenmerken zich door een beperkte dynamiek. Gemeenschappelijke opvattingen kunnen in de loop der tijd weliswaar veranderen, maar van een nieuw rechtsbeginsel is niet snel te spreken. Er gaat tijd overheen voordat een veranderde opvatting ook daadwerkelijk breed gedragen is.

De opvatting dat rechtsbeginselen hun gelding aan de samenleving in plaats van aan rechtsbronnen ontlenuen, stuit ook op bezwaren. Omdat er geen eenduidige methode is om vast te stellen of er sprake is van een fundamentele rechtsopvatting in de samenleving, zijn rechtsbeginselen kwetsbaar: de erkenning kan omstreden zijn. Tegenover het standpunt van Dworkin dat een rechter geen nieuwe

⁷⁶ Dworkin (1977) 2013, p. 42.

⁷⁷ Nehmelman & Noorlander 2013, p. 94.

⁷⁸ Cliteur en Ellian 2016, p. 29 en 45. De auteurs bouwen voort op het werk van Hayek, Hume en Perelman. Het geheel van rechtsbeginselen noemen zij cultuurrecht, daarmee verwijzend naar het feit dat de rechtsbeginselen hun ontstaan en gelding aan de samenleving (cultuur) ontlenuen.

⁷⁹ Ibid., p. 32.

regel scheidt, indien hij een beroep doet op een ongeschreven rechtsbeginsel, staat het standpunt dat dit rechtsbeginsel onderdeel van het geldende recht wordt, *doordat* de rechter het als zodanig erkent. Soms is het bovendien moeilijk om rechtsbeginselen te onderscheiden van andere normen, die ogenschijnlijk het karakter van een rechtsbeginsel hebben. Zo duidt de overheid beleidsdoelen soms aan als beginselen, al zijn het geen rechtsbeginselen.⁸⁰ Ook zijn er rechtsnormen die als regels kwalificeren, omdat ze in rechtsbronnen zijn vastgelegd en derhalve een vaste formulering hebben, maar eigenlijk het karakter van rechtsbeginselen hebben. Dan gaat het bijvoorbeeld om de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, die erkend zijn in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en in de rechtspraak, en om grondrechten (zie paragraaf 2.4). Grondrechten zijn bijzondere regels, omdat ze rechtsbeginselen tot uitdrukking trachten te brengen. Daarmee doen ze af aan het alles-of-nietskarakter dat Dworkin aan regels toekent, omdat ze net als rechtsbeginselen met elkaar kunnen botsen en een relatief gewicht hebben. Tegelijkertijd bevatten grondrechten aanwijzingen voor het bestaan van fundamentele rechtsopvattingen in de samenleving, voor zover de grondwetgever die althans heeft onderkend. Om die reden behandel ik in hoofdstuk 3 eerst de grondrechten die relevant zijn voor cultuur, waarna ik in hoofdstuk 4 inga op de relevante rechtsbeginselen. Daarbij sluit ik zoveel mogelijk aan op bestaande opvattingen over rechtsbeginselen.

§ 2.3.2 Rechtsbeginselen en beleidsdoelen als bron van legitimiteit

Rechtsbeginselen bieden de overheid een kader om haar beleid in te richten en naar legitimiteit te zoeken. Daarnaast heeft zij beleidsdoelen tot haar beschikking. Er is echter een groot verschil tussen het gebruik van rechtsbeginselen en beleidsdoelen. Dworkin stelt dat beleidsdoelen doelgebonden zijn: ze wijzen bepaalde economische, politieke of sociale belangen aan als na te streven doel. Rechtsbeginselen dienen daarentegen niet in acht te worden genomen om een bepaald doel te bereiken, maar omdat ze een voorwaarde zijn voor rechtvaardigheid, eerlijkheid of moraliteit.⁸¹ Zo stellen ze voorwaarden aan het veranderen van rechten.⁸² Door een rechtsbeginsel in acht te nemen, laat de overheid zien dat ze die rechten respecteert.

Welke keuze moet de overheid maken, als zij een beslissing kan legitimeren met een beroep op zowel een rechtsbeginsel als een beleidsdoel? Dworkin beantwoordt die vraag alleen als het gaat om een rechterlijk oordeel in het voordeel van het rechtsbeginsel.⁸³ Voor de overheid ligt de keuze niet op voorhand vast. Beleidsdoelen zijn net als rechtsbeginselen richtinggevend voor het nemen van een beslissing:

“Arguments of policy justify a political decision by showing that the decision advances or protects some collective goal of the community as a whole. [...] Arguments of principle justify a political decision by showing that the decision respects or secures some individual or group right. [...] These two sorts of argument do not exhaust political argument. Sometimes, for example, a political decision [...] may be defended as an act of public generosity or virtue rather than on grounds of either policy or principle. But principle and policy are the major grounds of political justification.”⁸⁴

⁸⁰ Schlössels noemt dit beleidsmatige beginselen of beleidsprincipes. Ook dit zijn echter *doelen*. Ter illustratie noemt hij het profijtbeginsel, op grond waarvan degene die van een voorziening profiteert, wordt geacht daar ook voor te betalen. De Haan/Schlössels & Zijlstra 2010, p. 321.

⁸¹ Dworkin (1977) 2013, p. 38-39. Adams noemt rechtsbeginselen ‘proposities van politieke moraal’, die het bestaan van individuele rechten bevestigen, en citeert daarbij Dworkin zelf (*Law’s empire*, Londen: Fontana Press 1986), die het recht ziet als coherente structuur van beginselen over *justice, fairness* en *procedural due process*. Adams 2003, p. 5.

⁸² Zie ook Westerman 2012, p. 205.

⁸³ Dworkin (1977) 2013, p. 108. Dit is ook niet vreemd, aangezien de rechter de democratische legitimatie ontbeert om beleidsbeslissingen te nemen. Zie Adams 2003, p. 5.

⁸⁴ Dworkin (1977) 2013, p. 107.

Het recht is als gezegd een belangrijke bron van legitimiteit, maar niet de enige. Het instrumentele karakter van beleidsdoelen verschilt echter van het fundamentele karakter van rechtsbeginselen. Het recht heeft een gewetensfunctie, aldus Kelk, en is niet onpartijdig: “Het recht en de rechtsbeginselen dienen ter bescherming van hen, die machteloos zijn, onder gezag zijn gesteld en die het meest in de verdrukking dreigen te komen.”⁸⁵ Kelk noemt dit *law’s civilizing potential*: het recht maakt beslissingen waardevol, omdat het uiting geeft aan veel waarden.

In 1992 heeft Hoefnagel in opdracht van de WRR de betekenis van rechtsbeginselen voor het cultuurbeleid in kaart gebracht.⁸⁶ Zijn bevindingen komen in hoofdstuk 4 aan bod. Hoefnagel betoogt dat rechtsbeginselen de overheid houvast geven. Ze slaan ‘piketpaaltjes’, waarmee ze een kader creëren voor het politiek debat, zonder dat te dicteren. Zodoende zijn rechtsbeginselen behulpzaam bij het bepalen van de politieke agenda. Daarnaast brengen ze een zekere rangorde aan “in het geheel van meer en minder plausibele oplossingsrichtingen”, aldus Hoefnagel.⁸⁷

Voorts noemt Hoefnagel nog twee argumenten om het cultuurbeleid aan de hand van rechtsbeginselen te analyseren.⁸⁸ In de eerste plaats zijn rechtsbeginselen bruikbaar om te gemakkelijk aangenomen vanzelfsprekendheden te herijken. Door toedoen van de tijdgeest of maatschappelijke belangen kunnen clichés ontstaan, die met behulp van rechtsbeginselen te ontcrachten zijn. Hoefnagel noemt ter illustratie de opvatting dat de overheid zich neutraal moet opstellen tegenover kunst en cultuur of dat de overheid exclusief verantwoordelijk is voor de financiering van cultuur.⁸⁹

In de tweede plaats stellen rechtsbeginselen de overheid in staat om te bepalen voor welke culturele functies zij verantwoordelijkheid wil nemen. Bij culturele functies gaat het bijvoorbeeld om het behoud van erfgoed, cultuuronderwijs of talentontwikkeling. De overheid kan prioriteiten stellen en functies die zij niet of minder belangrijk vindt aan de markt overlaten. Hoefnagel spreekt in dat geval van marktaanvullend beleid. De overheid zou zelfs kunnen kiezen om haar beleid op voorzieningen te richten, waarin niet-culturele overwegingen een rol kunnen spelen.

Het gebruik van het recht als bron van legitimiteit is niet zonder risico's. Hoefnagel waarschuwt in de eerste plaats tegen verstarring. Regels geven vaak een antwoord op “problemen van gisteren” en vormen “de neerslag van historisch bepaalde compromissen, die niet zonder meer richtinggevend kunnen zijn voor de toekomst.”⁹⁰ Het toepassen van regels op nieuwe ontwikkelingen kan leiden tot schijnoplossingen.

In de tweede plaats is er een risico op oneigenlijke vermenging van recht en politiek. Dat risico kan zich volgens Hoefnagel op twee manieren manifesteren. Men kan het beleid te veel juridiseren, waardoor de politiek-democratische besluitvorming als autonome beleidsbron onder druk komt te staan. Of men kan politieke belangen juridisch proberen te legitimeren. Dit geldt bijvoorbeeld voor sociale grondrechten, die de overheid een globale taakstelling opleggen en geen beleidsprogramma.

⁸⁵ Kelk 1990, p. 4.

⁸⁶ In 2009 heeft Hoefnagel zijn exercitie – weer in opdracht van de WRR – herhaald, zij het dat hij nu over ‘waarden’ spreekt, dat wil zeggen: “fundamentele normatieve noties die op zeer verschillende manieren in instituties en normen kunnen worden gerealiseerd. Waarden zijn abstract en meerduidelijk en geleiden meer een oplossing dan dat zij deze bepalen. In een maatschappij als de onze, die zo sterk op doeltreffendheid en doelmatigheid is ingericht, blijven zij vaak impliciet.” WRR 2009, p. 11.

⁸⁷ WRR 1992, p. 13.

⁸⁸ Ibid., p. 14.

⁸⁹ Ibid., p. 13.

⁹⁰ Ibid., p. 34. Kelk benadrukt dat de rechtsbeginselen daarentegen juist zorgen voor een dynamische rechtsopvatting, waarin de bestaande orde zich voortdurend legitimeert in termen van waarden en beginselen. Kelk 1990, p. 3.

Indien men een oneigenlijk beroep op rechtsbeginselen doet, zijn ze niet meer dan een ‘fraai uithangbord’, dat wil volgens Hoefnagel zeggen een formele legitimatie om “iets leuks te doen”.⁹¹

Een groot deel van het geldend recht, zo stelt Hoefnagel, is niet bruikbaar om de legitimiteit van cultuurbeleid te toetsen, omdat het te instrumenteel bepaald is. Wat hem interesseert, zijn de normatieve uitgangspunten die nodig zijn om het complex van regels te begrijpen.⁹² Die zijn te vinden in internationale verdragen, de Grondwet en principiële uitspraken van zowel de wetgever als rechter. Vooral de pogingen die in de nationale en internationale rechtsorde zijn ondernomen om rechtsbeginselen vast te leggen in grondrechten, zijn hier relevant.

§ 2.4 Grondrechten

Grondrechten zijn bijzondere rechtsnormen. Ze ontleen hun gelding aan de hoogste rechtsbronnen: de Grondwet en internationale verdragen.⁹³ Ogenscheinlijk hebben grondrechten het karakter van rechtsbeginselen. Ze voldoen aan een aantal eigenschappen, waaraan rechtsbeginselen te herkennen zijn. Zo hebben grondrechten een algemene inhoud en kunnen ze in een voorkomend geval met elkaar botsen, in welk geval ze tegen elkaar moeten worden afgewogen.

Toch kwalificeren grondrechten als regels. Ze zijn verankerd in geschreven rechtsbronnen en worden als zodanig toegepast.⁹⁴ Grondrechten binden de overheid in al haar handelen. Ten slotte ontleen grondrechten hun waarde aan rechtsbeginselen: ze trachten daaraan uitdrukking te geven en dragen zo ten minste bij aan de minimale morele legitimiteit van overheidshandelen.⁹⁵

Voordat ik in hoofdstuk 3 de grondrechten bespreek die relevant zijn voor het cultuurbeleid, ga ik eerst in op het onderscheid tussen klassieke en sociale grondrechten.

§ 2.4.1 Klassieke grondrechten

Klassieke grondrechten beschermen burgers tegen overheidsbemoeienis. Ze beogen de vrijheid van de burger tot op zekere hoogte te garanderen door het overheidshandelen aan banden te leggen. Hierdoor ontstaat een staatsvrije ruimte voor de burger. Een voorbeeld van een klassieke grondrecht dat van bijzonder belang is voor kunst en cultuur, is de vrijheid van meningsuiting (zie paragraaf 3.3.6).

Klassieke grondrechten hebben zowel een subjectief als een objectief karakter. Met het subjectieve karakter wordt bedoeld dat ze individuele burgers een recht tegen de overheid geven. Burgers kunnen dat recht voor de rechter afdwingen, wanneer zij menen dat de overheid hun recht schendt. Niet elke inmenging is echter een schending. Onder welke omstandigheden een inmenging is toegestaan, verschilt per grondrecht en per geval. Vooral het toetsingskader van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) is hiervoor relevant (zie verder paragraaf 3.3.6).

Het objectieve karakter wil zeggen dat klassieke grondrechten een norm aan de overheid opleggen.⁹⁶ De overheid heeft de plicht klassieke grondrechten te eerbiedigen en zich bijvoorbeeld te onthouden van het maken van inbreuken. Haar beleid moet in overeenstemming zijn met de beschermings sfeer van de klassieke grondrechten. Voorts heeft het EHRM in zijn jurisprudentie aangenomen dat uit de

⁹¹ WRR 2009, p. 25.

⁹² WRR 1992, p. 35.

⁹³ In de literatuur worden grondrechten en mensenrechten vaak min of meer als synoniem voor elkaar gebruikt. Voor zover men onderscheid maakt, gaat men bv. ervan uit dat mensenrechten een universeel karakter hebben, terwijl grondrechten alleen voor onderdanen gelden. Omdat het onderscheid hier verder niet relevant is, gebruik ik het begrip ‘grondrechten’.

⁹⁴ Zie ook Nehmelman & Noorlander 2013, p. 95, en Van der Pot/Elzinga e.a., p. 252.

⁹⁵ Zie ook Van der Pot/Elzinga e.a. 2014, p. 278, en Mertens 2012, p. 12.

⁹⁶ Ibid., p. 454.

klassieke grondrechten in het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) niet alleen negatieve, maar ook positieve verplichtingen zijn af te leiden.⁹⁷

§ 2.4.2 Positieve verplichtingen

Positieve verplichtingen brengen met zich dat de overheid zich moet inspannen om klassieke grondrechten effectief te garanderen. Ze zijn niet met zoveel woorden in het EVRM neergelegd, maar komen voort uit de jurisprudentie van het EHRM. De eerste keer dat het EHRM oordeelde dat er sprake was van een positieve verplichting, was in 1968. In het *Belgische taal*-arrest leidt het EHRM uit het negatief geformuleerde recht op onderwijs niet alleen af dat niemand het recht op onderwijs mag worden ontzegd, maar ook dat de overheid dat recht moet waarborgen.⁹⁸ Zonder onderwijs heeft het recht immers geen betekenis.⁹⁹

Bij het vaststellen van positieve verplichtingen doet het EHRM een beroep op artikel 1 van het EVRM, op grond waarvan de overheid de rechten en vrijheden van dit verdrag moet verzekeren. Het EHRM voegt daaraan toe dat dit artikel de overheid ertoe verplicht te verzekeren dat de rechten en vrijheden *praktisch en effectief* worden beschermd.¹⁰⁰

Voorts hanteert het EHRM een aantal manieren om vast te stellen of uit een klassiek grondrecht een positieve verplichting voortvloeit. Ik beperk me hier tot een korte opmerking over de fair-balancetoets, al is die niet onomstreden.¹⁰¹ Op grond van de fair-balancetoets probeert het EHRM een evenwicht te vinden tussen het betrokken grondrecht en het belang dat de overheid nastreeft:

“In determining whether or not a positive obligation exists, regard must be had to the fair balance that has to be struck between the general interest of the community and the interests of the individual, the search for which balance is inherent in the whole of the Convention [...]”¹⁰²

Op basis van de fair-balancetoets onderzoekt het EHRM eerst welke belangen in een procedure in het geding zijn en of de overheid een redelijke afweging tussen die belangen heeft gemaakt. Daarbij neemt het EHRM in ogenschouw dat de overheid ook een belang heeft om niet tot handelen te worden gedwongen. In bepaalde gevallen zal het EHRM eerder tot het oordeel komen dat lidstaten een zekere beoordelingsruimte hebben (zie ook paragraaf 3.2.1).

Indien het EHRM aanneemt dat uit een klassiek grondrecht een positieve verplichting voortvloeit, is de overheid gehouden om maatregelen te nemen, zoals het maken van nieuwe wet- of regelgeving. In paragraaf 3.3.6 komen de positieve verplichtingen aan de orde die betrekking hebben op het cultuurbeleid.

§ 2.4.3 Sociale grondrechten

Sociale grondrechten zijn inspanningsverplichtingen of instructienormen aan de overheid.¹⁰³ Ze brengen fundamentele opvattingen tot uitdrukking over de manier waarop de overheid de samenleving moet inrichten. De idee achter sociale grondrechten is dat burgers niet veel aan hun klassieke grond-

⁹⁷ Ibid., p. 289.

⁹⁸ EHRM 23 juli 1968, ECLI:CE:ECHR:1968:0723JUD000147462 (*Belgische taal*).

⁹⁹ Gerards noemt de positieve verplichting die uit het recht op onderwijs voortvloeit, een ‘intrinsiek positieve verplichting’. Gerards 2011, p. 241.

¹⁰⁰ EHRM 31 mei 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0531JUD000751004 (*Kontrová/Slowakije*). Zie ook Gerards 2011, p. 231.

¹⁰¹ Lawson 1995, p. 728. Het EHRM gebruikt ook andere manieren om positieve verplichtingen vast te stellen, al is de fair-balancetoets volgens Gerards nog steeds de gebruikelijkste manier. Gerards 2011, p. 236.

¹⁰² EHRM 17 oktober 1986, ECLI:CE:ECHR:1986:1017JUD000953281 (*Rees/Verenigd Koninkrijk*).

¹⁰³ Barkhuysen e.a. 2009, p. 55. Zie ook Leijten 2016, p. 268.

rechten hebben, als zij niet ook in staat worden gesteld om hun leven vorm te geven. Het recht op vrijheid is bijvoorbeeld weinig waard als er niets te kiezen is.¹⁰⁴

Sociale grondrechten hebben een objectief karakter. Ze hebben geen rechtstreekse werking, dat wil zeggen dat burgers er geen rechten aan ontlenuen, waarop zij voor de rechter een beroep kunnen doen. In plaats daarvan verplichten ze de overheid om wetgeving of beleid te maken of maatregelen te treffen om een bepaald resultaat te bereiken.¹⁰⁵ Hoe de overheid aan een verplichting voldoet, is in beginsel haar eigen zaak. Sociale grondrechten bevatten geen resultaatverplichting.

Omdat ook sociale grondrechten rechtsbeginselen tot uitdrukking brengen, zijn ze belangrijk voor de legitimiteit van het overheidshandelen. In de literatuur is een aantal functies onderscheiden, die meer duidelijkheid beogen te geven.¹⁰⁶ Sociale grondrechten:

1. beschermen bestaande wetgeving tegen intrekking en leggen de overheid een strengere motiveringsplicht op, in geval zij – al dan niet financiële – prioriteiten wil stellen;
2. verplichten de overheid om voorzieningen te treffen die de maatschappelijke werkelijkheid zoveel mogelijk in overeenstemming brengen met de sociale grondrechten;
3. stimuleren de overheid om nieuwe voorzieningen te treffen;
4. vormen het uitgangspunt in het debat tussen regering en parlement; en
5. maken een stilzittende overheid verwijtbaar, indien zij haar taak niet uitvoert.

Hoefnagel en Reinders schrijven dat sociale grondrechten al bestaande zorgplichten van de overheid bevestigen en daarop een uitdrukkelijk accent leggen.¹⁰⁷ Volgens Leijten moet de overheid een minimum aan bescherming van de sociale grondrechten bieden, zelfs als de middelen beperkt zijn.¹⁰⁸

Wat het minimale beschermingsniveau is, hangt van de context af. In een welvarend land kan dat minimum hoger liggen dan in een ontwikkelingsland. Voorts kunnen gezaghebbende interpretaties van verdragscomités en rechterlijke uitspraken van instanties als het EHRM de sociale grondrechten concretiseren.¹⁰⁹

Een probleem met de sociale grondrechten is dat de invloed ervan niet of slecht meetbaar is. In de jurisprudentie komen ze nauwelijks aan bod. Bovendien verschillen sociale grondrechten onderling van aard en betekenis. Naarmate de normstelling vager is, leidt de toepassing ervan tot meer discussie. Zo is over het sociale grondrecht voor culturele ontplooiing, dat is neergelegd in artikel 22, derde lid, van de Grondwet, wel gezegd dat de doelstellingen zo ruim geformuleerd zijn, dat het rechtskarakter twijfelachtig is (zie voorts paragraaf 3.3.7).¹¹⁰

¹⁰⁴ Volgens de grondwetgever kunnen vrijheidsrechten pas optimaal functioneren, als er een sociale situatie bestaat, waarin iedereen in staat is om zijn rechten zonder sociale of financiële belemmeringen uit te oefenen. *Kamerstukken II 1976/77*, 13 872, nr. 3, p. 9-10 (*MvT*).

¹⁰⁵ In de MvT bij de grondwetswijziging van 1983 is m.b.t. de sociale grondrechten overwogen: “Allerwegen is de overtuiging gegroeid, dat vrijheidsrechten alleen optimaal kunnen functioneren wanneer niet alleen een politieke constellatie aanwezig is waarvan vrijheid en verdraagzaamheid essentialia zijn, maar wanneer ook een sociale situatie bestaat waarin een ieder in staat is zonder sociale of financiële belemmeringen zijn rechten uit te oefenen.” *Kamerstukken II 1976/77*, 13 872, nr. 3, p. 10.

Dat de burger een sociaal grondrecht niet zonder meer rechtstreeks voor de rechter kan inroepen, blijkt ook uit de schaarse jurisprudentie. Barkhuysen e.a. 2009, p. 62.

¹⁰⁶ Van Hoof 1998, p. 11-12. Zie ook Barkhuysen e.a. 2009, p. 58.

¹⁰⁷ Hoefnagel & Reinders 1983, p. 69.

¹⁰⁸ Leijten 2016, p. 275-276.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 270 e.v. Zie voorts de gradaties van rechtswerking die Gerards toeschrijft aan niet-bindende uitspraken van verdragscomités. De gradaties zijn: 1. volledige verbindendheid; 2. *res interpretata* (de gegeven uitleg moet worden gevolgd wanneer die vastligt in een vaste rechtspraaklijn); 3. *persuasive authority* van de gegeven uitleg, waarbij afwijking alleen mogelijk is als daarvoor goede redenen zijn te geven; 4. in aanmerking nemen van de uitleg als waardevol interpretatie-instrument (bij twijfel kan deze de doorslag geven); 5. bron van inspiratie naast andere bronnen, zonder ooit doorslaggevend te zijn; en 6. ontbreken van iedere juridische betekenis. Gerards 2016, p. 56-57.

¹¹⁰ Van der Pot/Elzinga e.a. 2014, p. 456.

Op hun best laten sociale grondrechten de overheid zien welke belangen behartigenswaardig zijn. De betekenis voor het cultuurbeleid is relatief. Aan de hand van de relevante grondrechten en de daarbij horende interpretaties en jurisprudentie is echter wel een beeld te schetsen van de plichten die op de overheid rusten. Dat beeld biedt vervolgens een aanknopingspunt voor de toetsing van de legitimiteit van het cultuurbeleid.

§ 2.5 Besluit

De Minister van Cultuur geniet veel beleidsvrijheid om cultuurbeleid te voeren, maar ontkomt niet aan de verplichting om zijn beleid voortdurend te legitimeren. Het recht biedt hem daarvoor een kader en handvatten. In dit hoofdstuk heb ik twee benaderingen van legitimiteit uitgewerkt, waarin het recht een rol speelt: de juridische en de ethische benadering. De juridische benadering vereist dat overheids-handelen in overeenstemming is met het geldende recht. In de democratische rechtsstaat is dit een noodzakelijke voorwaarde om van legitieme gezagsuitoefening te kunnen spreken. De ethische benadering vraagt van gezagsuitoefening dat zij in zekere mate moreel of rechtvaardig is. Ethisch legitiem overheidshandelen loopt geen of minder risico op termijn uit te hollen. Het is echter moeilijk te bepalen wanneer gezagsuitoefening ethisch legitiem is. Het recht biedt daarvoor handvatten: overheidshandelen dat in overeenstemming is met de Grondwet, voldoet aan de minimumstandaard voor moreel legitiem gezag.

Dworkin onderscheidt rechtsnormen in rechtsbeginselen en regels. Beide zijn op andere manieren te gebruiken om gezagsuitoefening te legitimeren. Daartoe kan de minister ook een beroep doen op beleidsdoelen, dat wil zeggen dat hij bepaalde economische, politieke of sociale belangen aanwijst als na te streven doel.

Regels zijn het eenvoudigst te herkennen, omdat ze zijn vastgelegd in juridische documenten. Volgens Dworkin hebben regels een alles-of-nietskarakter, dat wil zeggen dat ze op een rechtsvraag van toepassing zijn of niet, al zijn er regels – zoals grondrechten – waarvoor dat niet opgaat. Regels zijn bij uitstek geschikt om na te gaan of overheidshandelen juridisch legitiem is.

Rechtsbeginselen zijn daarentegen moeilijker te onderscheiden, omdat ze geen vaste formulering kennen: het zijn fundamentele rechtsopvattingen die de samenleving koestert. Zodra de wetgever of rechter een rechtsbeginsel in een rechtsbron tracht te verankeren, ontstaat een daarvan afgeleide regel. Rechtsbeginselen wijzen de overheid bij haar besluitvorming voorts in een bepaalde richting, maar dicteren niet wat de uitkomst moet zijn. Het is bovendien mogelijk dat er meerdere rechtsbeginselen van toepassing zijn, in welk geval de overheid ze tegen elkaar moet afwegen. Dat de overheid een rechtsbeginsel in een voorkomend geval niet toepast, betekent niet dat het zijn normatieve waarde verliest. Het gegeven dat rechtsbeginselen onderdeel zijn van het recht, betekent dat de overheid ze behoort mee te nemen in haar afwegingen.

Gelet op hun fundamentele betekenis en normatieve karakter, zijn rechtsbeginselen geschikt om de legitimiteit van gezagsuitoefening te beoordelen, in elk geval voor zover het de ethische benadering daarvan betreft. Of rechtsbeginselen geschikt zijn voor de juridische benadering, hangt ervan af wie ze toepast. Indien de rechter of wetgever zijn oordeel of besluitvorming tracht te legitimeren met een beroep op een rechtsbeginsel, is het makkelijker om dat rechtsbeginsel in het geldende recht te betrekken. In beginsel zijn rechtsbeginselen echter niet of minder geschikt voor de juridische benadering, zelfs al worden ze in de literatuur boven het geldende recht geplaatst. Rechtsbeginselen zijn ongeschreven, hebben een abstract karakter en ontleen hun gelding niet aan juridische documenten. Ik gebruik de rechtsbeginselen dan ook uitsluitend voor de ethische legitimiteitsbenadering.

Grondrechten vormen ten slotte een bijzondere categorie regels. Ze trachten rechtsbeginselen tot uitdrukking te brengen en hebben daarom een soortgelijk karakter. Ook voor grondrechten geldt dat ze kunnen bijdragen aan de ethische legitimiteit van overheidshandelen. De opvatting van Fallon brengt met zich dat indien overheidshandelen ten minste in overeenstemming is met de Grondwet, er sprake is van minimale morele legitimiteit.

In beginsel dragen grondrechten bij aan de juridische legitimiteit van overheidshandelen, al geldt dat niet in dezelfde mate voor elk type grondrecht. Klassieke grondrechten zijn afdwingbaar: ze geven burgers een recht, waar zij voor de rechter een beroep op kunnen doen. De jurisprudentie is een belangrijke rechtsbron voor de ontwikkeling van klassieke grondrechten, zoals de vrijheid van meningsuiting. Soms leiden klassieke grondrechten tot positieve verplichtingen voor de overheid. Sociale grondrechten roepen daarentegen uitsluitend verplichtingen voor de overheid in het leven. Burgers ontleen er geen rechten aan. Omdat sociale grondrechten niet afdwingbaar en vaak ruim geformuleerd zijn, geven ze de overheid veel vrijheid, zoals het geval is bij het cultuurbeleid. In het volgende hoofdstuk ga ik in op de grondrechten die relevant zijn voor het cultuurbeleid en hun betekenis voor de juridische dan wel ethische legitimiteit van het cultuurbeleid.

Hoofdstuk 3

Culturele rechten

§ 3.1 Inleiding

Het recht normeert de overheid in negatieve en positieve zin: het begrenst haar handelen en legt haar verplichtingen op. In het geval van het cultuurbeleid spelen grondrechten een voorname rol. Ze beschermen de vrijheid van kunst en erkennen kunst en cultuur als publiek belang. Het voeren van cultuurbeleid is daarom niet vrijblijvend, al geniet de minister veel beleidsvrijheid. De vraag is aan welke grenzen hij gebonden is.

De grondrechten die specifiek betrekking hebben op kunst en cultuur, zijn sociale grondrechten. Om aan te sluiten bij de terminologie in internationale verdragen, duid ik ze hierna aan als ‘culturele rechten’. Tezamen geven de culturele rechten de overheid een opdracht om cultuurbeleid te voeren. Ze bieden handvatten voor zowel de juridische als de ethische legitimiteit van het cultuurbeleid en geven inzicht in de rechtsbeginselen die daaraan ten grondslag liggen. Daarmee leggen culturele rechten een verband tussen het nastreven van rechtsbeginselen en het voeren van cultuurbeleid.

Voorts besteed ik in dit hoofdstuk aandacht aan de vrijheid van meningsuiting. Dit klassieke grondrecht heeft vooral betekenis voor het algemeen cultuurbeleid. Sommige rechtsbronnen koppelen de vrijheid van meningsuiting zelfs nadrukkelijk aan de vrijheid van kunst, die daaronder valt.

In paragraaf 3.2 ga ik dieper in op de betekenis van culturele rechten. Vervolgens geef ik in paragraaf 3.3 een typologie van de culturele rechten, de vrijheid van meningsuiting daarbij inbegrepen. Per rechtsbron kijk ik naar de reikwijdte van het culturele recht, de opdracht die daarin ligt besloten voor de overheid en naar de waarden die het tot uitdrukking tracht te brengen. In paragraaf 3.4 sluit ik het hoofdstuk af met een conclusie.

§ 3.2 Culturele rechten

De culturele rechten zijn een specifieke categorie grondrechten. In de internationale rechtsorde worden ze vaak in één adem genoemd met economische en sociale rechten, al zijn ze niet hetzelfde. Omdat nergens is vastgelegd wat culturele rechten precies zijn, duiken in de literatuur verschillende overzichten op van culturele rechten, afhankelijk van wat de auteurs onder kunst en cultuur verstaan.¹¹¹

Een brede benadering van culturele rechten omvat alle grondrechten die direct of indirect relevant zijn voor het cultuurbeleid. De vrijheid van religie en het recht op onderwijs vallen daar bijvoorbeeld onder.¹¹² Hier gebruik ik een smallere benadering: onder culturele rechten versta ik de grondrechten waarin de begrippen kunst en cultuur uitdrukkelijk worden genoemd. De smalle benadering maakt het mogelijk om het belang van kunst en cultuur in de grondrechten heel specifiek te analyseren. Het nadeel is dat ze culturele rechten ‘isoleert’ door ze af te scheiden van andere grondrechten, die relevant kunnen zijn voor het cultuurbeleid. Grondrechten moeten immers met elkaar in samenhang worden gelezen. Terwijl bijvoorbeeld het recht op onderwijs indirect relevant is voor het cultuurbe-

¹¹¹ Donders 2010, p. 18.

¹¹² Zie bv. WRR 1992, p. 21. Volgens Hoefnagel vervult het onderwijs een sociale, economische en culturele functie. De laatste betreft cultuuroverdracht. De ingrijpende beslissingen over cultuur worden z.i. in het onderwijsbeleid genomen. Die beslissingen bepalen “welke onderdelen van de cultuur, in brede en in enge zin, voorwerp zijn van een geïnstitutionaliseerde, en van een grotendeels voor alle burgers verplichte, cultuuroverdracht.”

leid, draagt het cultuurbeleid bij aan het verwezenlijken van andere grondrechten. Het belang van voorzieningen als het onderwijs ten spijt, beperk ik me hier tot de smalle kern van culturele rechten.¹¹³

§ 3.2.1 De betekenis van culturele rechten

Culturele rechten worden onderscheiden van burgerlijke, politieke, economische en sociale rechten. Conceptueel en juridisch zijn ze echter minder ver ontwikkeld.¹¹⁴ Omdat hun betekenis in de rechtspraktijk gering is, krijgen ze in de literatuur weinig aandacht: culturele rechten zijn de “failed Cinderella of the international human rights lexicon”, aldus McGoldrick: “pretty to picture but they don’t quite make it to the ball.”¹¹⁵

Hiervoor worden twee oorzaken genoemd. In de eerste plaats zou het cultuurbegrip te breed, dynamisch en complex zijn om in het recht te verankeren. In de tweede plaats kennen culturele rechten niet alleen een individuele dimensie, maar ook een collectieve dimensie, die op gespannen voet staat met andere grondrechten.

Culturele rechten zijn gebaseerd op de gedachte dat cultuur belangrijk is voor de menselijke waardigheid. Cultuur biedt individuen een referentiekader en zingeving; zij ontlenen hun identiteit aan hun cultuur. Mensen vormen hun cultuur echter gezamenlijk: ze wordt in gemeenschappen beleefd. Om die reden gaan discussies over de toepassing van culturele rechten vaak niet over de rechten van individuen, maar over die van gemeenschappen, in het bijzonder minderheden.¹¹⁶

De collectieve dimensie van cultuur kan wringen met de ontwikkeling van het individu en met diens individuele rechten botsen. Culturele rechten staan daardoor soms in een kwaad daglicht. Een bekend voorbeeld is vrouwenbesnijdenis: hoe zou een cultureel recht dit gebruik kunnen beschermen, terwijl het in strijd is met het recht op lichamelijke integriteit? Omdat het eigen is aan grondrechten dat zij met elkaar kunnen botsen, is er volgens Donders geen reden om de culturele rechten categorisch af te wijzen. In plaats daarvan is er voortdurend een afweging nodig over de grenzen die in een specifiek geval worden gesteld aan de uitoefening van een grondrecht.¹¹⁷ Een cultureel gebruik mag niet kenmerkend (*clearly*) in strijd zijn met de menselijke waardigheid en internationaal aanvaarde grondrechten. In dat geval is het gebruik volgens Donders namelijk niet te rechtvaardigen met louter een beroep op een cultureel recht. Hoewel de culturele gebruiken van een gemeenschap dus een zekere mate van bescherming genieten op grond van de culturele rechten, gaat die bescherming niet zover dat de rechten van individuen zonder meer mogen worden geschonden. Een individu heeft daarnaast altijd het recht om een gemeenschap te verlaten.¹¹⁸

¹¹³ Zie bv. Becker & Kalma 2016, p. 49. De auteurs stellen dat het cultuuronderwijs een cruciale grondslag vormt voor het cultuurbeleid, omdat het de basis legt voor cultureel burgerschap. De achterliggende waarden van deze stelling komen in de behandeling van de legitimiteit van het cultuurbeleid echter aan de orde.

¹¹⁴ Donders 2010, p. 15.

¹¹⁵ McGoldrick 2007, p. 447.

¹¹⁶ Men spreekt in dit kader ook wel over ‘collectieve rechten’, die Nollkaemper omschrijft als rechten die de belangen van bepaalde kwetsbare groepen als zodanig beschermen (in plaats van individuele leden van groepen). Door het bestaan van collectieve rechten is het mogelijk om volkeren als subject van internationaal recht te beschouwen (zij het met beperkte en kwetsbare rechtspersoonlijkheid). Nollkaemper 2014, p. 311.

¹¹⁷ Donders 2010, p. 17. Donders haalt art. 29 van de UVRM aan. In het eerste lid staat dat eenieder plichten heeft jegens de gemeenschap, zonder welke de vrije en volledige ontplooiing van zijn persoonlijkheid niet mogelijk is. In het tweede lid staat dat eenieder in de uitoefening van zijn rechten en vrijheid slechts onderworpen zal zijn aan die beperkingen, welke bij de wet zijn vastgesteld en wel uitsluitend ter verzekering van de onmisbare erkenning en eerbiediging van de rechten en vrijheden van anderen en om te voldoen aan de gerechtvaardigde eisen van de moraliteit, de openbare orde en het algemeen welzijn in een democratische gemeenschap.

¹¹⁸ Donders 2010, p. 18. Zie ook Van der Vlies 2017, p. 71, en F.M.C. Vlemminx, ‘Wetenschappelijk commentaar bij artikel 22’, *rechtsstaat.nl*.

In het verlengde hiervan hebben de culturele rechten aanleiding gegeven voor een discussie over de universele waarden van grondrechten. Cultureel relativisten betogen dat culturele diversiteit de wereld kenmerkt. Omdat ideeën over grondrechten per cultuur verschillen, kunnen ze onmogelijk universeel zijn, laat staan dat ze universeel worden toegepast. Ook in dit geval stelt Donders dat universalisme en cultureel relativisme elkaar niet uitsluiten. Culturele rechten zijn haars inziens universeel toepasbaar, ongeacht plaats of context, vanwege hun belang voor de menselijke waardigheid. De verdragen bieden de lidstaten echter een zekere beoordelingsruimte (*margin of appreciation*) bij het implementeren van de grondrechten. Die ruimte geeft lidstaten vrijheid om rekening te houden met specifieke situaties en contexten.¹¹⁹

§ 3.3 Typologie van de culturele rechten

In deze paragraaf geef ik een typologie van de culturele rechten. De meeste daarvan zijn naast andere categorieën grondrechten opgenomen in algemene grondrechtenverdragen.¹²⁰ Daarnaast behandel ik in paragraaf 3.3.1 de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (UVRM). Hoewel deze verklaring niet bindend is, is ze van grote waarde geweest voor de totstandkoming van culturele rechten. Om die reden mag ze niet ontbreken.

Voorts zijn er verdragen die uitsluitend betrekking hebben op de bescherming van cultuur. Die verdragen betreffen bijvoorbeeld de bescherming van cultureel erfgoed; ze zijn afgesloten binnen het verband van de Organisatie van de Verenigde Naties voor Onderwijs, Wetenschap en Cultuur (Unesco¹²¹) en de Raad van Europa.¹²² Hoewel deze verdragen belangrijk zijn voor de bescherming van cultureel erfgoed en het cultuurbeleid van de verdragspartijen, blijven ze hier buiten beschouwing. Een uitzondering is het Unesco-verdrag van 2005 vanwege zijn betekenis voor culturele diversiteit. Per cultureel recht komen de reikwijdte en praktische betekenis aan bod, alsmede de waarden die het tot uitdrukking tracht te brengen. Voor zover ik de inhoud van de culturele rechten beschrijf, beperk ik me telkens tot het deel van de formulering dat relevant is voor het cultuurbeleid.

¹¹⁹ Donders 2010, p. 16.

¹²⁰ Er zijn ook specifieke grondrechtenverdragen waarin culturele rechten zijn opgenomen: de artt. 5, aanhef en onder e (vi) van het Internationaal verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie, 3, 13, onder c, en 14, lid 2, onder f, van het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen, 6, leden 2, 17 en 31 van het Verdrag inzake de rechten van het kind, en 30 van het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap. Deze verdragen worden hier niet behandeld.

¹²¹ De Unesco is een *specialized agency* in de zin van art. 57 van het Handvest van de Verenigde Naties. Krachtens de oprichtingsakte is haar oogmerk “to contribute to peace and security by promoting collaboration among the nations through education, science and culture in order to further universal respect for justice, for the rule of law and for the human rights and fundamental freedoms which are affirmed for the peoples of the world, without distinction of race, sex, language or religion, by the Charter of the United Nations” (art. 1, eerste lid, van de Unesco-constitutie). Zie voorts Van der Vlies 2017, p. 65.

¹²² Genoemd kunnen bv. worden het Verdrag inzake de bescherming van culturele goederen in geval van een gewapend conflict van Den Haag uit 1954 (*Trb.* 1958, 148), het Europees cultureel verdrag van Parijs uit 1954 (*Trb.* 1955, 117), het Verdrag inzake onrechtmatige invoer, uitvoer of eigendomsoverdracht van cultuurgoederen uit 1970 (*Trb.* 1983, 66), het Verdrag inzake de bescherming van het cultureel en natuurlijk erfgoed van de wereld van Parijs uit 1972 (*Trb.* 1993, 6), het Verdrag inzake het behoud van het architectonische erfgoed van Europa van Granada uit 1985 (*Trb.* 1994, 59), het Verdrag inzake de bescherming van het immaterieel cultureel erfgoed (*Trb.* 2011, 151), het Europees verdrag inzake de bescherming van archeologisch erfgoed van Valletta uit 1992 (*Trb.* 2007, 126), het Europees landschapsverdrag van Florence uit 2000 (*Trb.* 2005, 233), het Verdrag ter bescherming van het cultureel erfgoed onder water van Parijs uit 2001 (nog niet geratificeerd) en de Kaderconventie over de waarde van cultureel erfgoed voor de samenleving van Faro uit 2005 (nog niet geratificeerd).

§ 3.3.1 UVRM

De UVRM was de eerste reactie van de internationale rechtsorde op de verschrikkingen van de Tweede Wereldoorlog. De preambule van de UVRM vermeldt dat de erkenning van de inherente waardigheid en van de gelijke en onvervreembare rechten van alle leden van de mensengemeenschap de grondslag is voor vrijheid, gerechtigheid en vrede in de wereld.

De Algemene Vergadering van de Verenigde Naties (VN) heeft de UVRM in 1948 aangenomen. Omdat het een resolutie van de Algemene Vergadering betreft, is de UVRM juridisch niet bindend.¹²³

De UVRM bevat een normatief kader dat overheden kunnen gebruiken om hun eigen juridische systeem aan te spiegelen. Aangezien het tot 1966 heeft geduurd, voordat de eerste bindende verdragen werden aangenomen – die in Nederland bovendien pas in 1979 in werking traden – is de UVRM lang het enige internationale normatieve kader geweest.

De bepalingen in de UVRM zijn gericht op zowel de mens als individueel drager van rechten en plichten als op de mens als lid van de gemeenschap. De belangrijkste bepalingen voor het culturele domein zijn te vinden in de artikelen 22 en 27. Artikel 22 bepaalt dat eenieder er aanspraak op heeft dat de economische, sociale en culturele rechten, die onmisbaar zijn voor zijn waardigheid en voor de vrije ontplooiing van zijn persoonlijkheid, verwezenlijkt worden. Dit geschiedt door nationale inspanning en internationale samenwerking, overeenkomstig de organisatie en hulpbronnen van de overheid. Artikel 27, eerste lid, bepaalt voorts dat eenieder het recht heeft om vrijelijk deel te nemen aan het culturele leven van de gemeenschap en om te genieten van kunst. Ingevolge het tweede lid heeft eenieder het recht op de bescherming van de geestelijke en materiële belangen die voortspruiten uit een letterkundig of artistiek werk, dat hij heeft voortgebracht.

Uit artikel 22 volgt dat de opstellers van de UVRM de culturele rechten aan de waardigheid en vrije ontplooiing van de mens verbinden.¹²⁴ De culturele rechten zijn te lezen in het licht van artikel 1 van de UVRM, waarin niet alleen staat dat alle mensen vrij en gelijk in waardigheid en rechten worden geboren, maar ook dat zij begiftigd zijn met verstand en geweten en zich jegens elkaar behoren te gedragen in een geest van broederschap.

In artikel 19 is voorts het recht op vrijheid van mening en meningsuiting opgenomen. Ik bespreek de vrijheid van meningsuiting nader in paragraaf 3.3.6.

De in de UVRM neergelegde grondrechten zijn naderhand uitgewerkt in het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (IVESCR) en het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR).¹²⁵ Anders dan de UVRM, zijn die verdragen wel bindend.

¹²³ De UVRM is geen verdrag of bindend besluit van de VN. Hoogstens zou kunnen worden aangevoerd dat onderdelen van de UVRM juridisch bindend zijn als internationaal gewoonterecht of op grond van verwijzingen ernaar in verdragen. Van der Pot/Elzinga e.a. 2014, p. 256.

¹²⁴ Onder waardigheid wordt door Mertens bijvoorbeeld verstaan: “een absolute, innerlijke en onvoorwaardelijke waarde die mensen ‘hebben’, simpelweg op grond van hun mens-zijn. Het gaat dus om een ‘ontologische’ eigenschap, een eigenschap van het menselijke ‘zijn’, die niet afhankelijk is van wat mensen doen. Mensen bezitten een zekere ‘kostbaarheid’ of waarde die ze onder geen enkele omstandigheid kunnen verliezen.” Volgens Mertens wordt het begrip in de moderne betekenis vnl. verbonden aan het hebben van rechten, terwijl het in de traditionele betekenis vnl. werd verbonden aan het hebben van plichten. Mertens 2012, p. 117.

¹²⁵ Het IVBPR en het IVESCR zijn beide op 11 maart 1979 in werking getreden. *Trb.* 1978, 177 en 178.

§ 3.3.2 IVESCR

Hoewel het IVESCR economische, sociale en culturele rechten bevat, is de laatste categorie beperkt tot artikel 15.¹²⁶ Het eerste lid bepaalt dat de verdragspartijen het recht van eenieder erkennen om deel te nemen aan het culturele leven en de voordelen te genieten van de bescherming van de geestelijke en stoffelijke belangen die voortvloeien uit een literair of artistiek werk, waarvan hij de schepper is. In het tweede lid is voorts bepaald dat de verdragspartijen maatregelen moeten nemen om dit recht volledig te verwezenlijken, waaronder maatregelen die noodzakelijk zijn voor het behoud, de ontwikkeling en de verbreiding van cultuur. Ingevolge het derde lid verbinden de verdragspartijen zich om de vrijheid te eerbiedigen die onontbeerlijk is voor het verrichten van scheppend werk. Ten slotte erkennen de verdragspartijen de voordelen die de stimulering en ontwikkeling van internationale contacten en van internationale samenwerking op cultureel gebied met zich brengen.

Het VN-comité voor economische, sociale en culturele rechten (het VN-comité) heeft artikel 15 van het IVESCR in een tweetal *general comments* nader toegelicht. De commentaren van het VN-comité genieten een zeker gezag en dragen daardoor bij aan de betekenis van het verdrag (zie ook paragraaf 2.4.3). Het eerste commentaar betrof de bescherming van literaire en artistieke werken, waarin het VN-comité ingaat op de relatie tussen cultuur en intellectueel eigendom.¹²⁷ Dit commentaar valt buiten het bestek van dit proefschrift.

In een commentaar uit 2009 licht het VN-comité het recht op deelname aan het culturele leven toe.¹²⁸ Daarbij werkt het VN-comité eerst drie relevante termen uit de bepaling uit. Ten eerste kan de term ‘eenieder’ zowel op een individu als op het collectief zien. Iemand kan zijn rechten daarom uitoefenen als individu, tezamen met anderen of vanuit een groep of gemeenschap als zodanig.

Ten tweede behelst de term ‘cultuur’ alle *manifestations of human existence*: het is een proces dat zich voortdurend ontwikkelt. Onder cultuur wordt in elk geval verstaan: levensstijlen, taal, mondelinge en schriftelijke literatuur, muziek en zang, non-verbale communicatie, religie en levensovertuiging, rituelen en ceremonies, sport en spel, productiemethoden en technologie, natuurlijke en door de mens gemaakte omgevingen, voedsel, kleding en onderdak en ten slotte de kunsten, gebruiken en tradities door middel waarvan individuen, groepen van individuen en gemeenschappen hun mens-zijn uiten, betekenis aan hun bestaan geven en hun wereldbeeld representeren.¹²⁹

Ten derde bestaat de term ‘deelname’ uit drie aspecten: participeren, toegang hebben tot en bijdragen aan. Het eerste aspect ziet bijvoorbeeld op het recht om vrij te kunnen handelen, een eigen identiteit te kiezen, zich met één of meer gemeenschappen te identificeren (en die keuze ook weer te veranderen) of onderdeel uit te maken van het politieke leven. Het tweede aspect ziet op het recht op onderwijs en informatie om de eigen cultuur, alsmede die van anderen te kunnen begrijpen. Het derde aspect ziet ten slotte op het recht om betrokken te zijn bij het scheppen van spirituele, materiële, intellectuele en emotionele uitingen van een gemeenschap.

¹²⁶ Zie ook McGoldrick 2007, p. 453.

¹²⁷ VN 2005. Over de bescherming van i.e.-rechten bestaat internationaal veel discussie. Zie bv. McGoldrick 2007, p. 453-454. Het VN-comité heeft in 2017 overwogen dat culturele minderheden in staat moeten zijn de i.e.-rechten op hun cultureel erfgoed, wijsheid en cultuuruitingen zelf te beheren. VN 2017, p. 8.

¹²⁸ VN 2009b.

¹²⁹ In de MvT bij de goedkeuring van het IVESCR stelt de overheid dat het begrip ‘cultureel leven’ breed te interpreteren is. Zowel Oost- als West-Europese lidstaten en Canada beschouwden als onderdeel van het culturele leven niet alleen de zorg voor cultureel erfgoed en de bevordering van kunstzinnige creativiteit, maar ook: samenlevingsopbouw, maatschappelijk welzijn, volksovoeding, permanente educatie, sport, recreatie, natuur- en landschapsbescherming, communicatie, massamedia en jeugdactiviteiten. *Kamerstukken II 1975/76*, 13 932, nr. 3 (MvT), p. 56.

Artikel 15 heeft betrekking op het voeren van cultuurbeleid in brede zin en normeert zowel het algemene als het specifieke cultuurbeleid (zie paragraaf 1.3). Het heeft in het bijzonder belang voor de positie van minderheden.¹³⁰ Dit belang blijft hier verder onbesproken.

Het VN-comité legt uit dat artikel 15 integraal onderdeel uitmaakt van de grondrechten en onlosmakelijk verbonden is aan de menselijke waardigheid en het sociale verkeer tussen individuen en gemeenschappen.¹³¹ Het artikel staat voorts niet op zichzelf, maar moet in samenhang worden gelezen met andere grondrechten, zoals het recht op onderwijs, het zelfbeschikkingsrecht van volken en het recht op een behoorlijke levensstandaard.¹³²

Het recht op deelname aan het culturele leven is volgens het VN-comité een vrijheid (*freedom*). Om naleving te garanderen, hebben de verdragspartijen zowel een onthoudings- als een inspanningsverplichting, bijvoorbeeld om de randvoorwaarden voor participatie en faciliteiten te verzekeren. De beslissing om al dan niet deel te nemen aan het culturele leven, “individually, or in association with others, is a cultural choice and, as such, should be recognized, respected and protected on the basis of equality.”¹³³

Bij alle economische, sociale en culturele rechten speelt het gelijkheidsbeginsel een belangrijke rol. Het VN-comité legt de nadruk op het verbod op discriminatie en ongelijke behandeling niet alleen in zijn commentaren op artikel 15, maar ook in andere commentaren.¹³⁴ Discriminatie ondermijnt de culturele rechten voor een significant deel van de wereldbevolking, aldus het VN-comité, terwijl non-discriminatie en gelijkheid fundamenteel zijn voor grondrechten en wezenlijk voor de uitoefening en het genot van economische, sociale en culturele rechten. In paragraaf 4.2.2 kom ik hierop terug.

Wat minderheden betreft, benoemt het VN-comité dat artikel 15 ook een recht op diversiteit bevat, dat wil zeggen “their cultural diversity, traditions, customs, religion, forms of education, languages, communication media (press, radio, television, Internet) and other manifestations of their cultural identity and membership.”¹³⁵

Volgens het VN-comité voorziet het IVESCR in de ‘progressieve realisatie’ van de in het verdrag neergelegde rechten. Van verdragspartijen wordt verwacht dat zij maatregelen nemen: het verdrag “imposes on States parties the specific and continuing obligation to take deliberate and concrete measures aimed at the full implementation of the right of everyone to take part in cultural life.”¹³⁶ Op de verdragspartijen rusten drie specifieke verplichtingen.¹³⁷ In de eerste plaats moeten zij het recht eerbiedigen. Dit betekent dat de overheid zich moet onthouden van directe of indirecte bemoeienis met het genot van het recht om deel te nemen aan het culturele leven. In de tweede plaats moeten de verdragspartijen het recht beschermen. De overheid moet maatregelen nemen om te voorkomen dat derden hier inbreuk op kunnen maken. In de derde plaats moeten verdragspartijen het recht bevorderen door bijvoorbeeld wet- of regelgeving te maken of administratieve of andere maatregelen te nemen.

¹³⁰ Zo zien de aanbevelingen van het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten m.b.t. dit art. op het recht van Roma, Sinti en ‘reizigers’ om deel te nemen aan het culturele leven (sinds de intrekking van de Woonwagenwet is er geen beleid meer voor woonwagenbewoners), de bescherming van het Papiament als minderheidstaal en de figuur Zwarte Piet als inbreuk op het recht om deel te nemen aan het culturele leven (stereotypering). Zie *Joint parallel report to the sixth periodic report of the Netherlands on the international covenant on economic, social and cultural rights (E/C.12/NLD/6)* van 29 augustus 2016, p. 48-50. Mertens betoog in dit kader dat de culturele grondrechten met zich brengen dat een (culturele) meerderheid haar wil niet ten koste van de identiteit van minderheden mag doorzetten. Mertens 2012, p. 329.

¹³¹ VN 2009b, o.v.w. 1.

¹³² Resp. artt. 13, 1 en 11 van het IVESCR.

¹³³ VN 2009b, o.v.w. 6.

¹³⁴ VN 2005, o.v.w. 19-21. Zie ook VN 2009b, o.v.w. 21-24, en VN 2017. Het VN-comité heeft in 2009 voorts een apart commentaar uitgebracht over het belang van non-discriminatie en gelijke behandeling in het geval van economische, sociale en culturele rechten. Zie VN 2009a.

¹³⁵ VN 2009b, o.v.w. 32.

¹³⁶ *Ibid.*, o.v.w. 45.

¹³⁷ In de Engelse tekst: the obligation to respect, protect and fulfil.

In artikel 16 van het IVESCR is een verplichting opgenomen voor verdragspartijen om te rapporteren over de maatregelen die zij op basis van de verdragsrechten hebben genomen. Daartoe heeft het VN-comité in 1991 een lijst opgesteld van maatregelen die daaronder kunnen vallen.¹³⁸

De Nederlandse regering heeft bij de ratificatie benadrukt dat de bepalingen in het IVESCR in het algemeen geen directe werking hebben.¹³⁹ De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft dit standpunt in stand gelaten.¹⁴⁰

Wat betreft het derde lid van artikel 15, dat verplicht tot het scheppen van een geestelijk klimaat voor het verrichten van scheppend werk, was de wetgever medio jaren zeventig van oordeel dat een dergelijk klimaat in Nederland bestaat.¹⁴¹

§ 3.3.3 IVBPR

Het IVBPR bevat burgerlijke en politieke grondrechten. Het IVBPR en het IVESCR vullen elkaar aan. Hoewel het IVBPR in beginsel niet specifiek ziet op culturele rechten, bevat het wel een aantal bepalingen die in dit kader relevant zijn.

In artikel 19, tweede lid, is de vrijheid van meningsuiting opgenomen. In dit lid is een expliciete verwijzing naar kunst opgenomen: het recht op vrijheid van meningsuiting omvat mede de vrijheid inlichtingen en denkbeelden van welke aard ook te vergaren, ontvangen en door te geven, ongeacht grenzen, hetzij mondeling, hetzij in geschreven of gedrukte vorm, in de vorm van kunst, of met behulp van andere media naar zijn keuze.

Beperkingen van de vrijheid van meningsuiting moeten ingevolge het derde lid bij wet worden voorzien en nodig zijn in het belang van de rechten of goede naam van anderen of in het belang van de nationale veiligheid of ter bescherming van de openbare orde, de volksgezondheid of de goede zeden. In artikel 20 is voorts bepaald dat de verdragspartijen alle oorlogspropaganda bij wet moeten verbieden. Het propageren van op nationale afkomst, ras of godsdienst gebaseerde haatgevoelens die aanzetten tot discriminatie, vijandigheid of geweld, wordt bij wet verboden.

Daarnaast bevat het IVBPR een bepaling die zich richt tot personen die tot een minderheid behoren.¹⁴² Ingevolge artikel 27 mag in staten waar zich etnische, godsdienstige of linguïstische minderheden bevinden, aan personen die tot die minderheden behoren niet het recht worden ontzegd in gemeenschap met de andere leden van hun groep, hun eigen cultuur te beleven, hun eigen godsdienst te belijden en in de praktijk toe te passen, of zich van hun eigen taal te bedienen.

Artikel 27 bevat een recht op een eigen identiteit, dat ziet op de uitingsvrijheid, het recht om culturele producten te maken en daarvan te genieten, het recht om aan cultuur bij te dragen en daaraan deel te

¹³⁸ Het gaat bv. om de “availability of funds for the promotion of cultural development and popular participation in cultural life, including public support for private initiative” en “the institutional infrastructure established for the implementation of policies to promote popular participation in culture, such as cultural centres, museums, libraries, theatres, cinemas, and in traditional arts and crafts”. McGoldrick 2007, p. 455.

¹³⁹ *Kamerstukken II 1975/76*, 13 932 (R1037), nr. 3 (MvT), p. 12-13. De Nederlandse regering is door het VN-comité meerdere malen kritisch aangesproken op deze categorische afwijzing van rechtstreekse werking. Y.M. Donders, ‘Europa’s voorrechten van economische en sociale rechten. Het Europees Comité voor sociale rechten’, *AA* 2014(4), p. 255. Zie voorts Van Hoof 1998, p. 17 en Vlemminx 1998, p. 81 e.v.

¹⁴⁰ ABRvS 22 januari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ7882. De ABRvS overweegt: “De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat de artikelen 13 en 15 van het IVESCR niet een ieder verbindende bepalingen als bedoeld in de artikelen 93 en 94 van de Grondwet zijn, nu deze slechts verplichtingen opleggen aan de verdragsluitende staten en zich gezien de bewoordingen, aard en strekking niet lenen voor rechtstreekse toepassing.”

¹⁴¹ *Kamerstukken II 1975/76*, 13 932 (R 1037), nr. 3, p. 57.

¹⁴² Onder minderheid moet worden verstaan een op afzonderlijke, coherente, door eigen karakteristieken onderscheiden en blijvend op het grondgebied van een staat gevestigde groepering. *Kamerstukken II 1975/76*, 13 932 (R 1037), nr. 3, p. 35.

nemen. Het Mensenrechtencomité van de VN heeft in een commentaar op het artikel gesteld dat het om een aanvullend mensenrecht gaat, dat toekomt aan individuen die tot een minderheid behoren. Ook individuen die geen burger zijn van de staat waarin zij zich bevinden, hebben het recht om hun eigen cultuur te beleven, hun religie uit te oefenen en hun taal te spreken.¹⁴³ Het Mensenrechtencomité van de VN benadrukt voorts dat artikel 27 weliswaar negatief is geformuleerd, maar dat er positieve verplichtingen voor de overheid uit voortvloeien, al benoemt het niet precies welke verplichtingen.

§ 3.3.4 Unesco-verdrag van 2005

Op 9 januari 2010 is het Verdrag betreffende de bescherming en de bevordering van de diversiteit van cultuuruitingen (het Unesco-verdrag van 2005) in Nederland in werking getreden.¹⁴⁴ Dit verdrag benadrukt het belang van culturele diversiteit en beoogt te bewerkstelligen dat verdragspartijen de culturele waarde van culturele diensten en goederen naast de economische waarde blijven erkennen.¹⁴⁵ Op het onderscheid tussen culturele en economische waarde kom ik terug in hoofdstuk 6.

De preambule vermeldt dat culturele diversiteit inherent is aan de mensheid en een rijke en gevarieerde wereld creëert, die het aantal keuzen vergroot en menselijke capaciteiten en waarden bevordert. Voorts is culturele diversiteit een noodzakelijke voorwaarde voor lokale, nationale en internationale vrede en veiligheid, die zich in een kader van democratie, tolerantie, sociale gerechtigheid en wederzijds respect tussen volken en culturen kan ontplooiën. Ten slotte is culturele diversiteit van belang voor de volledige verwezenlijking van de mensenrechten en fundamentele vrijheden die zijn afgekondigd in de UVRM en in andere universeel erkende instrumenten.

In haar verzoek tot stilzwijgende goedkeuring van het verdrag heeft de Nederlandse regering opgemerkt dat culturele diversiteit tot verrijking en dynamiek leidt, omdat ze voor vernieuwing in de culturele sector zorgt, brede publieksgroepen in het culturele leven kan betrekken en de kwaliteit van het culturele landschap als geheel verhoogt. Daarnaast zorgt culturele diversiteit haars inziens voor dynamiek in de samenleving: “Als de culturele sector zich openstelt voor het gesprek met de samenleving, kunnen kunst en cultuur een belangrijke bijdrage leveren aan dialoog en uitwisseling tussen verschillende groepen en individuen.”¹⁴⁶

In artikel 1 van het verdrag zijn de doelstellingen vastgelegd, die samenhangen met het beschermen en bevorderen van de diversiteit van cultuuruitingen. Eén van de doelstellingen betreft het erkennen van de specifieke aard van culturele activiteiten, goederen en diensten als dragers van identiteiten, waarden en betekenissen. Hierin ligt het belang van de culturele waarde naast de economische waarde verscho- len. Onder culturele activiteiten, goederen en diensten worden ingevolge artikel 4 verstaan activiteiten, goederen en diensten die gezien hun specifieke aard, aanwending of doel, vormgeven aan cultuuruitingen of deze overbrengen, ongeacht hun eventuele commerciële waarde. Culturele activiteiten kunnen een doel op zich zijn, maar ook bijdragen tot de productie van culturele goederen en diensten. Onder cultuuruitingen worden in dit geval verstaan uitingen die het resultaat zijn van de creativiteit van

¹⁴³ Dit betekent dat het recht ook aan migrantarbeiders en andere bezoekers toekomt. VN 1994, p. 3.

¹⁴⁴ *Trb.* 2007, 89 en *Trb.* 2009, 222. Het verdrag is een vervolg op de Universele verklaring betreffende culturele diversiteit van Unesco van 2001.

¹⁴⁵ Zie ook Hanania 2016, p. 575. Hanania schrijft dat het Unesco-verdrag van 2005 aanvankelijk was bedoeld om te voorkomen dat handelsverdragen het onmogelijk zouden maken om cultuurbeleid te voeren. Bij de onderhandelingen is de betekenis van het verdrag echter verzacht, waardoor het nog weinig bindende voorschriften bevat. H.i. bevat art. 20 de kern van het verdrag. Het verdrag beoogt voorts tegenwicht te bieden aan economische handelsverdragen die de mogelijkheid om cultuurbeleid te voeren, beperken (p. 585).

¹⁴⁶ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 971, nr. 1 (*Toelichtende nota*), p. 2. Een jaar eerder schreef de Staatssecretaris van Buitenlandse Zaken dat de Nederlandse regering aanvankelijk wel moeite had met de doelstellingen van het verdrag uit vrees voor ‘protectionistisch misbruik’. Dit verklaart de latere ratificatie. *Kamerstukken II* 2005/06, 22 112, nr. 427.

individuen, groepen en samenlevingen, en die een culturele inhoud hebben. De term heeft hier dus een andere betekenis dan in de Wsc het geval is. Onder culturele inhoud worden verstaan de symbolische betekenis, artistieke dimensie en culturele waarden waaraan culturele identiteiten ten grondslag liggen of die deze tot uiting brengen. De term culturele diversiteit betekent ten slotte de veelheid aan vormen waardoor de culturen van groepen en samenlevingen tot uiting komen. Die uitingen worden binnen en tussen de groepen en samenlevingen overgebracht.

In artikel 2 zijn acht ‘leidende beginselen’ erkend: respect voor de mensenrechten en fundamentele vrijheden; soevereiniteit; gelijke waardigheid van en gelijk respect voor alle culturen; internationale solidariteit en samenwerking; complementariteit van de economische en culturele aspecten van ontwikkeling; duurzame ontwikkeling; billijke toegang; en openheid en evenwicht.

Anders dan de tekst die in het Tractatenblad is gepubliceerd, bevat de tekst die later is gepubliceerd door de Raad van de Europese Unie, die het verdrag ook heeft goedgekeurd, meer uitleg over deze beginselen.¹⁴⁷ Zo beperkt het eerste beginsel de mogelijkheid om mensenrechten en fundamentele vrijheden in te perken met een beroep op één van de bepalingen in het Unesco-verdrag van 2005. Aangezien cultuur één van de drijfveren van ontwikkeling is, brengt het complementariteitsbeginsel voorts met zich dat de culturele aspecten van ontwikkeling even belangrijk zijn als de economische. Individuen en volken hebben het fundamentele recht om eraan deel te nemen en ze te genieten. De billijke toegang tot een rijk en gediversifieerd scala van cultuuruitingen van over de hele wereld en de toegang van de culturen tot de middelen om zich uit te drukken en hun uitingen te verspreiden, zijn ten slotte belangrijke elementen om de culturele diversiteit te versterken en het wederzijds begrip te bevorderen.

Volgens de Nederlandse regering betreffen de beginselen uitgangspunten, zoals die in het geldende internationale recht worden gehanteerd. Het uitgangspunt dat culturele diensten en goederen een identiteit, waarde en belang bezitten die ze meer maakt dan gewone handelsgoederen, is volgens haar één van de belangrijkste beginselen.¹⁴⁸

In artikel 6 zijn de ‘rechten van de partijen op nationaal vlak’ opgenomen, op grond waarvan de verdragspartijen in het kader van hun cultuurbeleid maatregelen kunnen nemen om de culturele diversiteit op hun eigen grondgebied te beschermen en bevorderen. Eén daarvan is het toekennen van financiële overheidssteun. Artikel 6 is interessant in het licht van de verhouding tussen cultuurbeleid en het verbod op staatssteun, waarover meer in hoofdstuk 8.¹⁴⁹ Omdat het verbod op staatssteun in het recht van de Europese Unie is neergelegd, is het belangrijk dat de Europese Unie zelf partij is bij het verdrag.¹⁵⁰

De artikelen 7 en 8 bevatten voorts verplichtingen om cultuuruitingen respectievelijk te bevorderen en beschermen. Terwijl artikel 7 uitsluitend inspanningsverplichtingen (“de partijen streven ernaar”)

¹⁴⁷ Besluit van de Raad van 18 mei 2006 inzake de sluiting, namens de Europese Gemeenschap, van het Unesco-verdrag betreffende de bescherming en de bevordering van de diversiteit van cultuuruitingen. *Pb EU* 2006, L 201/15.

¹⁴⁸ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 971, nr. 1 (*Toelichtende nota*).

¹⁴⁹ De Nederlandse regering heeft bij dit artikel destijds toegelicht geen voorstander te zijn van beschermingsmaatregelen “in een meer handelsbeperkende zin voor culturele diversiteit.” H.i. spelen de mededingingsregels vooral een rol in de audiovisuele sector. M.b.t. de publieke omroep en de filmindustrie waren daarover ten tijde van inwerkingtreding van het verdrag al regels opgesteld door de EC. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 971, nr. 1, p. 4.

¹⁵⁰ Om die reden speelt het Unesco-verdrag van 2005 ook een rol in het cultuurbeleid van de EU zelf. Bij het programma *Creatief Europa* is bv. overwogen dat het verdrag gericht is op het versterken van internationale samenwerking – met inbegrip van internationale coproductie- en codistributieovereenkomsten – en van solidariteit met het oog op het stimuleren van cultuuruitingen van alle landen en individuen. Het programma *Creatief Europa* moet om die reden in overeenstemming met het verdrag de culturele diversiteit op internationaal niveau bevorderen. Verordening (EU) nr. 1295/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2013 tot vaststelling van het programma *Creatief Europa (2014-2020)*, *Pb EU* 2013, L 347/221, o.v.w. 5.

bevat, staan in artikel 8 twee kan-bepalingen. Van der Vlies merkt op dat de juridische implicaties van het verdrag weliswaar gering zijn, maar dat de bepalingen wel belangrijk kunnen zijn voor de interpretatie van het Wereldhandelsverdrag, waarin is voorzien in toegestane handelsbeperkingen voor culturele verrichtingen.¹⁵¹

Ondanks dat het Unesco-verdrag van 2005 geen harde culturele rechten in het leven roept, is het van belang voor het cultuurbeleid. Als enige verdrag stelt het de culturele en economische waarde van culturele diensten en goederen expliciet naast elkaar. Daarnaast legt het een stevige nadruk op het belang van diversiteit.

§ 3.3.5 *Handvest van de grondrechten van de Europese Unie*

Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (het Handvest) bevat de grondrechten voor de Europese Unie. De reikwijdte ervan is ingevolge artikel 51 beperkt tot instellingen van de Europese Unie en tot haar lidstaten, voor zover zij althans EU-recht uitvoeren. Het Hof van Justitie van de Europese Unie legt de reikwijdte ruim uit.¹⁵² In zekere zin is het Handvest complementair aan het EVRM.¹⁵³ Voor zover het Handvest bijvoorbeeld rechten bevat die corresponderen met rechten in het EVRM, zijn de inhoud en reikwijdte daarvan ingevolge artikel 52, derde lid, van het Handvest dezelfde als die welke er door het EVRM aan worden toegekend.

Het Handvest kent een ambitieuze preambule: zich bewust van haar geestelijke en morele erfgoed, vestigt de Europese Unie haar grondslag op de ondeelbare en universele waarden van menselijke waardigheid en van vrijheid, gelijkheid en solidariteit. Zij berust op de beginselen van de democratie en de rechtsstaat en stelt de mens centraal in haar optreden door het burgerschap van de Europese Unie in te stellen en een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid tot stand te brengen. De Europese Unie draagt bij aan de instandhouding en ontwikkeling van die gemeenschappelijke waarden, met inachtneming van de verscheidenheid van de culturen en tradities van de volken in Europa.

Artikel 22 van het Handvest bepaalt dat de Europese Unie de culturele, godsdienstige en taalkundige verscheidenheid eerbiedigt. Dit artikel staat in het derde hoofdstuk, dat betrekking heeft op gelijkheid. Anders dan de overige bepalingen in dit hoofdstuk, richt artikel 22 zich tot de Europese Unie in plaats van tot burgers. Volgens de toelichting is het artikel gebaseerd op artikel 167, eerste en vierde lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en op artikel 3, derde lid, van het Verdrag betreffende de Europese Unie.¹⁵⁴ Die artikelen bevatten eveneens een opdracht aan de Europese Unie om de culturele verscheidenheid te eerbiedigen. In paragraaf 8.2.4 kom ik daarop terug.

Voor kunst en cultuur zijn voorts de artikelen 11 en 13 van belang. Artikel 11 bevat de vrijheid van meningsuiting en van informatie. In het tweede lid is bepaald dat de vrijheid en pluriformiteit van de media worden geëerbiedigd.¹⁵⁵ Artikel 13 bepaalt dat de kunsten vrij zijn.¹⁵⁶

¹⁵¹ Van der Vlies 2017, p. 70.

¹⁵² Zie bv. HvJ EG 18 juni 1991, C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254 (*ERT*), ro. 43.

¹⁵³ Dat heeft er mede mee te maken dat hoewel de lidstaten van de EU ook lidstaat zijn van het EVRM, de EU als zodanig nog niet tot dat verdrag heeft kunnen toetreden. Het HvJ EU adviseerde op 18 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2475, negatief over toetreding van de EU tot het EVRM.

¹⁵⁴ Toelichtingen (*) bij het Handvest van de grondrechten, *Pb EU* 2007, C 303/02.

¹⁵⁵ Het tweede lid is gebaseerd op jurisprudentie van het HvJ EU over televisie en op EU-regelgeving m.b.t. de publieke omroep. Zie HvJ EG 25 juli 1991, C-288/89, ECLI:EU:C:1991:323 (*Stichting Collectieve antennevoorziening Gouda*).

¹⁵⁶ Volgens de toelichting corresponderen de artt. 10 en 11 van het Handvest met resp. de artt. 9 en 10 van het EVRM.

De toelichting op artikel 13 is summier. Het recht vloeit voort uit de vrijheid van gedachte en de vrijheid van meningsuiting, wordt uitgeoefend met inachtneming van artikel 1, waarin staat dat de menselijke waardigheid onschendbaar is, en kan worden onderworpen aan de beperkingen die krachtens artikel 10 van het EVRM zijn toegestaan. Die laatste opmerking hangt samen met artikel 52, derde lid, van het Handvest. Ondanks dat de kunsten volgens de toelichting nadrukkelijk voortvloeien uit de vrijheid van meningsuiting, zijn ze belangrijk genoeg bevonden om in een apart artikel onder te brengen.

§ 3.3.6 EVRM

Meer dan de andere verdragen is het EVRM van invloed geweest op de Nederlandse rechtspraak. Het verdrag heeft rechtstreekse werking, waardoor burgers er voor de rechter een beroep op kunnen doen. Uiteindelijk kunnen zij zich – indien alle rechterlijke instanties in de eigen lidstaat zijn uitgeput – tot het EHRM wenden. De jurisprudentie van het EHRM is in hoge mate bepalend geweest voor de rechtsvorming in Nederland.

Hoewel het EVRM geen culturele rechten bevat, brengt het EHRM kunst en cultuur expliciet onder de reikwijdte van onder andere artikel 10, waarin de vrijheid van meningsuiting is verankerd.¹⁵⁷ Uit de negatief geformuleerde grondrechten leidt het bovendien positieve verplichtingen voor de overheid af (zie paragraaf 2.4.2). In deze paragraaf ga ik eerst dieper in op de betekenis van artikel 10 voor kunst en cultuur, waarna ik aandacht besteed aan de relevante positieve verplichtingen.

Ingevolge artikel 10, eerste lid, van het EVRM heeft eenieder recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen. De lidstaten mogen radio-, omroep-, bioscoop- of televisieondernemingen wel onderwerpen aan een systeem van vergunningen. Ingevolge het tweede lid kan de uitoefening van deze vrijheden, daar zij plichten en verantwoordelijkheden met zich brengt, worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties, die bij wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, territoriale integriteit of openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid, de goede zeden, de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen.

In *Müller* oordeelt het EHRM dat de vrijheid van artistieke expressie onder de reikwijdte van artikel 10 valt.¹⁵⁸ De vrijheid van meningsuiting, zo vervolgt het EHRM:

“constitutes one of the essential foundations of a democratic society, indeed one of the basis conditions for its progress and for the self-fulfilment of the individual. [...] it is applicable not only to ‘information’ or ‘ideas’ that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any section of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no ‘democratic society’ [...] Those who create, perform, distribute or exhibit

¹⁵⁷ Andere vrijheden waarin kunst en cultuur een rol spelen, zijn bv. de vrijheid van gedachte en godsdienst (art. 9) en de vrijheid van vereniging (art. 11). Zie bv. EHRM 10 juli 1998, ECLI:CE:ECHR:1998:0710JUD002669595 (*Sidiropoulos e.a./Griekenland*). In EHRM 27 april 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0427JUD002713804 (*Ciubotaru/Moldavië*) behandelt het EHRM een zaak over de culturele identiteit van een individu in het licht van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (art. 8).

¹⁵⁸ EHRM 24 mei 1988, ECLI:CE:ECHR:1988:0524JUD001073784 (*Müller e.a./Zwitserland*), ro. 27. Het EHRM ziet dit oordeel bevestigd in de tekst van het eerste lid van art. 10, waarin wordt verwezen naar media, die zich bezighouden met kunstzinnige activiteiten. Daarnaast wijst het EHRM op de vrijheid van artistieke expressie in art. 19, lid 2, van het IVBPR, waarin de kunsten wel expliciet zijn genoemd.

works of art contribute to the exchange of ideas and opinions which is essential for a democratic society. Hence the obligation on the State not to encroach unduly on their freedom of expression.”

Met zijn opmerking dat de vrijheid van meningsuiting van toepassing is op uitingen die aanstoot geven, schokken of verontrusten, verwijst het EHRM naar zijn arrest *Handyside*.¹⁵⁹ In datzelfde arrest laat het echter ruimte open voor lidstaten om de vrijheid van artistieke expressie te beperken, waarover hierna meer.

De artistieke vorm van een uiting weegt mee in de beoordeling van het EHRM. In *Karataş* buigt het zich over de vraag of Turkije de schrijver van een politiek georiënteerd gedicht, dat letterlijk gelezen tot haat of geweld zou kunnen aanzetten, terecht heeft veroordeeld. Daarbij neemt het de poëtische vorm van de uiting in acht. Omdat poëzie volgens het EHRM per definitie een minder groot publiek bereikt, is er minder gevaar voor de nationale veiligheid of openbare orde:

“Thus, even though some of the passages from the poems seem very aggressive in tone and to call for the use of violence, the Court considers that the fact that they were artistic in nature and of limited impact made them less a call to an uprising than an expression of deep distress in the face of a difficult political situation.”¹⁶⁰

Om te toetsen of een inmenging in de vrijheid van meningsuiting geoorloofd is, gaat het EHRM eerst na of de inmenging voorzien is bij wet,¹⁶¹ die toegankelijk (*accessible*) en voldoende nauwkeurig geformuleerd (*foreseeable*) is. Vervolgens toetst het EHRM of de inmenging een legitiem doel dient.¹⁶² De inmenging moet noodzakelijk zijn in een democratische samenleving, dat wil zeggen dat ze voorziet in een dringende maatschappelijke behoefte (*pressing social need*) en evenredig moet zijn aan het nagestreefde doel.

Het EHRM toetst niet elke inmenging integraal. Onder omstandigheden geeft het de lidstaten een zekere beoordelingsruimte (*margin of appreciation*). Dat is het geval, indien het van mening is dat de vraag of een inmenging noodzakelijk is, per lidstaat kan verschillen en de lidstaten zelf beter kunnen beoordelen of dat het geval is.¹⁶³ De beoordelingsruimte is niet onbegrensd: uiteindelijk heeft het EHRM het laatste woord over de vraag of een inmenging toelaatbaar is.

Zo kwam het EHRM in *Müller* tot het oordeel dat lidstaten beter in staat zijn te beoordelen wanneer een inmenging noodzakelijk is om de heersende *moraal* op hun grondgebied te beschermen. In dit geval laat het de beslaglegging op een schilderij van kunstenaar Josef Müller in stand, omdat de Zwitserse autoriteiten de sanctie nodig achtten om de moraal te beschermen. Dat de tentoonstelling van het werk in Duitsland niet werd afgekeurd, maakt het oordeel van het EHRM niet anders.¹⁶⁴

Waar lidstaten beoordelingsruimte toekomt, toetst het EHRM dus terughoudend. In *Müller* woog het mee dat het omstreden werk een ruwe weergave van bestialiteiten toonde en dat de ruimte waarin het werd tentoongesteld, algemeen toegankelijk was.

Het EHRM geeft lidstaten betrekkelijk veel beoordelingsruimte om te bepalen of een inmenging met een beroep op het beschermen van de moraal noodzakelijk is. Zo is in de jurisprudentie een aantal zaken vindbaar, waarin het EHRM een inmenging in de vrijheid van artistieke expressie toelaatbaar acht, omdat de lidstaat ermee heeft beoogd de religieuze gevoelens van anderen te beschermen.¹⁶⁵

¹⁵⁹ EHRM 7 december 1976, ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000549372 (*Handyside/Verenigd Koninkrijk*), ro. 49.

¹⁶⁰ EHRM 8 juli 1999, ECLI:CE:ECHR:1999:0708JUD002316894 (*Karataş/Turkije*), ro. 49 en 52.

¹⁶¹ De term ‘wet’ moet ruim worden geïnterpreteerd: ook lagere regelgeving en zelfs ongeschreven recht kan onder de reikwijdte vallen.

¹⁶² De doelen zijn genoemd in art. 10, lid 2.

¹⁶³ Zie ook Van der Pot/Elzinga e.a. 2014, p. 278-279.

¹⁶⁴ Daar leidde het in 1981 ook daadwerkelijk tot een aantal heftige reacties. Strengers 2008.

¹⁶⁵ EHRM 20 september 1994, ECLI:CE:ECHR:1994:0920JUD001347087 (*Otto-Preminger-Instituut/Oostenrijk*); EHRM 25 november 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1125JUD001741990 (*Wingrove/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 13 september 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0913JUD004257198 (*I.A./Turkije*).

Een uitzondering is *Akdaş*, waarin het EHRM oordeelt dat het verbod op de Turkse vertaling van het erotische boek *Les onze mille verges* van Guillaume Apollinaire in strijd is met artikel 10. Hoewel Turkije een zekere beoordelingsruimte toekomt, weegt het EHRM mee dat het boek al in 1907 voor het eerst was gepubliceerd in Frankrijk, dat het in verschillende talen in verschillende landen verkrijgbaar is en dat het inmiddels zelfs tot het Europese literaire erfgoed behoort. Er is daarom geen noodzaak om in een dringende maatschappelijke behoefte te voorzien.¹⁶⁶

In 2007 bevestigt het EHRM in *Vereinigung Bildender Künstler* dat kunstenaars bij het uitoefenen van hun vrijheid niet onbegrensd zijn: de reikwijdte van hun vrijheid is afhankelijk van de situatie en de middelen die de kunstenaar gebruikt.¹⁶⁷ De bescherming is bijvoorbeeld groter als het om satire gaat, dat het EHRM omschrijft als “a form of artistic expression and social commentary and, by its inherent features of exaggeration and distortion of reality, naturally aims to provoke and agitate. Accordingly, any interference with an artist’s right to such expression must be examined with particular care.” In dit arrest oordeelt het EHRM dat het verbod om het schilderij *Apocalypse* van Otto Mühl tentoon te stellen, in strijd is met artikel 10. Het verbod was ingesteld, omdat op het werk onder andere de Oostenrijkse FPÖ-politicus Meischberger in een seksuele positie was afgebeeld. Het EHRM weegt mee dat politici een hogere mate van kritiek moeten kunnen verdragen en dat het schilderij kon worden beschouwd als een reactie op de eerdere kritiek van de FPÖ op het werk van Mühl. Daarentegen oordeelt het EHRM in *Lindon* dat de schrijver van een deels fictieve en deels waarachtige roman de grenzen van het toelaatbare overschreed, door een Franse extreem-rechtse politicus zodanig te stigmatiseren, dat de roman tot haat en geweld zou kunnen oproepen.¹⁶⁸

De beoordelingsruimte voor lidstaten leidt ertoe dat de bescherming van de vrijheid van artistieke expressie per lidstaat kan verschillen. Lidstaten hebben meer ruimte om de vrijheid in te perken. Dit heeft in de literatuur tot kritiek geleid.¹⁶⁹ Nieuwenhuis en Koning betogen dat alleen artistieke uitingen die onderdeel uitmaken van het maatschappelijk of politiek debat, een relatief groot gewicht hebben. De beoordelingsruimte voor lidstaten is in die gevallen bovendien kleiner. Andere artistieke uitingen genieten daarentegen minder bescherming.¹⁷⁰

Ten slotte leidt het EHRM uit de grondrechten in het EVRM een aantal positieve verplichtingen af, die betekenis hebben voor het cultuurbeleid van lidstaten. In *Chapman* oordeelt het EHRM dat lidstaten onder omstandigheden op grond van artikel 8 van het EVRM een verplichting hebben om de cultuur van minderheden te beschermen. In artikel 8 is het recht op eerbiediging van het privé, familie- en gezinsleven neergelegd. Deze verplichting vloeit niet slechts voort uit het belang om de minderheid zelf te beschermen, aldus het EHRM, maar ook uit het belang om culturele diversiteit als waarde van de samenleving als zodanig te beschermen.¹⁷¹ In *Ciubotaru* overweegt het EHRM dat de etnische identiteit van een individu een wezenlijk aspect is van zijn privéleven en van zijn identiteit.¹⁷²

¹⁶⁶ EHRM 16 februari 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0216JUD004105604 (*Akdaş/Turkije*).

¹⁶⁷ EHRM 25 januari 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0125JUD006835401 (*Vereinigung Bildender Künstler/Oostenrijk*), ro. 26.

¹⁶⁸ Dommering, NJ 2008/443. Dommering schrijft dat de jurisprudentie van het EHRM t.a.v. de politieke expressievrijheid consistenter is dan die t.a.v. de artistieke expressievrijheid, waardoor de tweede toch een lager beschermingsniveau heeft.

¹⁶⁹ Strengers 2008; Dommering NJ 2008/443. Volgens Dommering is de jurisprudentie van het EHRM over de vrijheid van politieke expressie consistenter, waardoor de vrijheid van artistieke expressie een lager beschermingsniveau geniet.

¹⁷⁰ Nieuwenhuis & Koning 2010.

¹⁷¹ EHRM 18 januari 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0118JUD002723895 (*Chapman/Verenigd Koninkrijk*), ro. 93.

¹⁷² EHRM 27 april 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0427JUD002713804 (*Ciubotaru/Moldavië*), ro. 53. In een annotatie stelt de Raad van Europa dat art. 8 een recht geeft op het hebben van een culturele of etnische minderheidsidentiteit. Lidstaten moeten dat recht respecteren en beschermen. Raad van Europa 2011, p. 10.

In *Frăsîlă en Ciocîrlan* oordeelt het EHRM dat lidstaten op grond van artikel 10 van het EVRM maatregelen moeten treffen om de pluraliteit van de media en de vrije toegang tot informatie te beschermen. Dat betekent dat het publiek via televisie en radio toegang moet krijgen tot onpartijdige en accurate informatie en dat journalisten de gelegenheid moeten krijgen om die informatie te verstrekken.¹⁷³ De overheid moet onder omstandigheden ook voorkomen dat een machtige groepering, zoals een economische of politieke groepering, teveel zeggenschap krijgt over de audiovisuele media.¹⁷⁴

Omdat het beschermingsniveau tussen de lidstaten van het EVRM verschilt, is het overigens de vraag welke betekenis de positieve verplichtingen voor Nederland hebben. Volgens Gerards heeft het EHRM vooralsnog alleen concrete positieve verplichtingen aangenomen in ‘uitzonderlijke en zeer excessieve zaken’.¹⁷⁵ Dit geldt ook voor zaken, waarin het EHRM aanneemt dat er een algemene verplichting is om de pluriformiteit van de media te beschermen: er is bijvoorbeeld sprake van een jonge democratie, waarin private mediamaatschappijen nog maar beperkt voet aan de grond hebben gekregen,¹⁷⁶ of – zoals in *Frăsîlă en Ciocîrlan* – van een periode waarin de vrijheid van meningsuiting onder druk staat.

§ 3.3.7 De Grondwet

De Nederlandse Grondwet bevat één cultureel recht. Daarnaast is de vrijheid van artistieke expressie onderdeel van de vrijheid van meningsuiting, zoals dat ook het geval is bij het EVRM. In deze paragraaf ga ik eerst kort in op de vrijheid van meningsuiting, die in artikel 7 van de Grondwet is neergelegd. Om samenloop met de vorige paragraaf te voorkomen, behandel ik dit artikel alleen voor zover er relevante verschillen met het EVRM zijn. Vervolgens ga ik dieper in op artikel 22, derde lid, van de Grondwet, dat in paragraaf 2.4.3 al werd genoemd.

Ingevolge artikel 7, eerste lid, van de Grondwet heeft niemand voorafgaand verloop nodig om door de drukpers gedachten of gevoelens te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet. Ingevolge het tweede lid stelt de wet regels omtrent radio en televisie. Er is geen voorafgaand toezicht op de inhoud van een radio- of televisieuitzending. In het derde lid staat dat niemand voor het openbaren van gedachten of gevoelens door andere dan in de voorgaande leden genoemde middelen, voorafgaand verloop nodig heeft wegens de inhoud daarvan, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet. De wet kan het geven van vertoningen toegankelijk voor personen jonger dan zestien jaar regelen ter bescherming van de goede zeden.

Wat de drukpers¹⁷⁷ betreft, is de gedachte dat vooraf geen censuur mag plaatsvinden. Het is echter algemeen aanvaard dat beperkingen *achteraf* wel zijn toegestaan. In het Wetboek van Strafrecht is een aantal strafbepalingen opgenomen over bijvoorbeeld belediging, racistische uitlatingen en opruiing.

¹⁷³ Gerards, EHRC 2012/152. De annotator benoemt de ogenschijnlijke contradictie dat de overheid enerzijds de vrije media moet respecteren en anderzijds zou moeten ingrijpen om pluriformiteit te garanderen. De positieve verplichting is h.i. begrijpelijk wanneer men bedenkt dat ook derden de mediavrijheid kunnen bedreigen.

¹⁷⁴ EHRM 7 juni 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0607JUD003843309 (*Centro Europa 7 S.r.l. en Di Stefano/Italië*), EHRC 2012/188.

¹⁷⁵ Gerards, EHRC 2012/152. In Nederland schiet art. 7 van de Grondwet (zie par. 3.3.7) h.i. tekort, omdat het niets zegt over de pluriformiteit van de media. De plicht om pluriformiteit te *eerbiedigen* is iets anders dan die te *beschermen*. Het eerste betekent dat de overheid op afstand moet blijven en rekening moet houden met de pluriformiteit, bv. bij het verdelen van etherfrequenties of zendtijd. Het beschermen van pluriformiteit biedt daarentegen een grondslag om actief op te treden, indien de verscheidenheid van de media in gevaar komt.

¹⁷⁶ EHRM 17 september 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0917JUD001393602 (*Manole e.a./Moldavië*).

¹⁷⁷ De term ‘drukkers’ moet ruim worden uitgelegd. Zie bv. HR 24 januari 1967, NJ 1967/270 (*Nederland ontwapent*) waarin de HR oordeelde dat ook op een pand aangebrachte neonletters als drukkpers in de zin van art. 7 moeten worden aangemerkt.

Artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek biedt burgers bovendien de mogelijkheid om de civiele rechter een beperking op te laten leggen in geval van een onrechtmatige daad.

In het arrest *APV Tilburg* heeft de Hoge Raad onderscheid gemaakt tussen het openbaren en verspreiden van uitingen.¹⁷⁸ Het recht om openbaar te maken ziet op de eigenlijke inhoud, terwijl het recht om te verspreiden een onmisbaar connex recht is, dat aan andere regels dan het eigenlijke recht zelf kan worden onderworpen.¹⁷⁹ Alleen de wetgever mag beperkingen opleggen aan de inhoud.

Wat de in het tweede lid genoemde radio en televisie betreft, is in de Mediawet 2008 een vergunningstelsel geregeld. De systematiek van deze wet blijft hier verder onbesproken. Het derde lid luidt voorts dat voor het openbaren van gedachten of gevoelens *door andere dan in de voorgaande leden genoemde middelen* niemand voorafgaand verlof nodig heeft *wegens de inhoud daarvan*, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet. Ter bescherming van de goede zeden kan de wet regels stellen voor het geven van vertoningen die toegankelijk zijn voor personen jonger dan zestien jaar. Het derde lid is bijvoorbeeld van toepassing op moderne informatiedragers.¹⁸⁰ De Grondwet maakt aldus onderscheid naar gelang het medium dat men gebruikt en biedt de drukpers meer bescherming. Ten slotte is artikel 7 ingevolge het vierde lid niet van toepassing op het maken van handelsreclame.

In de rechtspraak heeft de jurisprudentie van het EHRM over artikel 10 van het EVRM het belang van artikel 7 van de Grondwet enigszins gerelativeerd. Daarbij speelt mee dat de rechter wettelijke voorschriften niet aan de Grondwet mag toetsen, maar ingevolge artikel 94 van de Grondwet wel aan eenieder verbindende bepalingen in verdragen.

Een advies om de Grondwet te actualiseren en de vrijheid van meningsuiting techniekonafhankelijk te maken, is in 2011 door de regering van de hand gewezen.¹⁸¹

In artikel 22, derde lid, van de Grondwet is bepaald dat de overheid voorwaarden schept voor maatschappelijke en culturele ontplooiing en voor vrijetijdsbesteding. Uit de grondwetsgeschiedenis volgt dat de ‘maatschappelijke ontplooiing’ ziet op de zorg voor het maatschappelijk welzijn van de mens. Daaronder kan worden verstaan het zo goed mogelijk laten functioneren van relaties van mens tot mens, in gezin, werk en samenleving.¹⁸² Voorts spreekt het volgens de grondwetgever vanzelf dat eenieder zelf behoort te kunnen beslissen hoe hij zijn vrije tijd wil besteden en aan welke cultuuruitingen hij wil deelnemen. Om die beslissing op bevredigende wijze te kunnen nemen, moeten er echter wel adequate keuzemogelijkheden bestaan. Daartoe dient het derde lid. De grondwetgever noemt als mogelijke voorwaarden: planologische maatregelen, zoals het ontsluiten of behouden van bepaalde gebieden voor recreatieve doeleinden.¹⁸³ Daarnaast maakt de bevordering van kunst een belangrijk deel uit van deze ‘tak van overheidszorg’.¹⁸⁴

¹⁷⁸ HR 28 november 1950, NJ 1951/137 (*APV Tilburg*).

¹⁷⁹ Van der Pot/Elzinga e.a. 2014, p. 345.

¹⁸⁰ Voorbeelden zijn: videobanden, mondelinge uitingen, straatfotografie, het gebruik van geluidswagens voor een politieke campagne, het houden van een persconferentie, etc. Van der Pot/Elzinga e.a. 2014, p. 354.

¹⁸¹ Rapport Staatscommissie Grondwet, bijlage bij *Kamerstukken I* 2011/12, 31 570, nr. A. De staatscommissie adviseerde de tekst van art. 7 als volgt te wijzigen: 1. Niemand heeft voorafgaand verlof nodig om gedachten en meningen te openbaren, behouders ieders verantwoordelijkheid volgens de wet. 2. Het ontvangen van informatie is vrij, behoudens beperkingen bij de wet gesteld. 3. De overheid eerbiedigt de pluriformiteit van de media.

De kabinetsreactie is te vinden onder *Kamerstukken II* 2011/12, 31 570, nr. 20. De Minister van BZK overweegt: “Het kabinet ziet weinig meerwaarde in de door de staatscommissie voorgestelde wijzigingen van de artt. 7 en 10 van de Grondwet ten opzichte van de huidige formulering van de grondwetsbepalingen en de verdragsrechten (respectievelijk de artt. 10 en 8 van het EVRM). Beide bepalingen kennen open begrippen waarmee zowel de wetgever als de rechter afdoende uit de voeten kunnen om de vrijheid van meningsuiting [...] te beschermen.”

¹⁸² *Kamerstukken II* 1975/76, 13 873, nr. 3, p. 14.

¹⁸³ In administratief beroep werd in 1990 m.b.t. o.a. art. 22, tweede lid, evenwel besloten: “Deze grondwettelijke bepalingen laten echter de bevoegdheid van GS om, in het kader van de hun in de Wet op de Ruimtelijke Ordening opgedragen taak hun

Volgens Vlemminx is het onderscheid tussen vrijetijdsbesteding en culturele ontplooiing erin gelegen dat de eerste geen ‘ontplooiende elementen’ kent.¹⁸⁵ De Lange stelt dat het derde lid van artikel 22 net als de eerste twee leden, die betrekking hebben op volksgezondheid en woongelegenheid, een minimumniveau van welbevinden van burgers betreft.¹⁸⁶ De terminologie is echter anders. Waar bij volksgezondheid wordt gesproken over ‘het treffen van maatregelen ter bevordering’ en bij woongelegenheid over ‘de bevordering als voorwerp van zorg van de overheid’, gaat de grondwetgever in het derde lid minder ver met ‘het scheppen van voorwaarden’. Dit duidt erop dat initiatieven en activiteiten niet in de eerste plaats van de overheid zelf moeten komen, maar van de maatschappij.

De betekenis van artikel 22, derde lid, van de Grondwet voor de rechtspraak is omstrede. Bunschoten is bijvoorbeeld sceptisch: “Dit lid is van een zodanige onbestemdheid dat het nauwelijks betekenis heeft.”¹⁸⁷ Het sociale grondrecht heeft inderdaad niet in de weg gestaan aan bezuinigingen op de cultuurbegroting, al is dat bij andere sociale grondrechten niet anders geweest.¹⁸⁸ De opdracht van de grondwetgever aan de overheid is echter niet zonder betekenis. Zoals in paragraaf 2.4.3 aan de orde is gekomen, hebben sociale grondrechten een aantal belangrijke functies. Ondanks dat artikel 22, derde lid, juridisch niet afdwingbaar is, moet de regering het sociale grondrecht steeds in acht nemen. De Tweede Kamer kan haar daarop aanspreken. Vlemminx stelt zelfs dat het uitvoeren van de opdracht van de grondwetgever niet volledig ter discretie van de overheid staat. Zijns inziens is de samenhang met de waarborgnormen van de klassieke grondrechten relevant:

“Het gegeven dat een norm voor een burger een waarborg behelst impliceert immers dat de overheid de instructie krijgt op haar tellen te passen. Van de andere kant gaat er, al dan niet onder bepaalde voorwaarden, *van iedere norm, dus ook van een ‘instructienorm’, een waarborg uit, aangezien iedere norm de rechtsubjecten bindt.* Kortom, het gaat niet om een onoverbrugbare tegenstelling, maar om twee begrippen die elkaar aanvullen.”¹⁸⁹

Reinders stelt dat het sociale grondrecht overheidshandelen vergt. Doet de overheid dan niet, dan riskeert ze dat het normatieve karakter van de Grondwet als zodanig devalueert.¹⁹⁰

Mijns inziens gaat van artikel 22, derde lid, van de Grondwet een belangrijke ethische functie uit. De bepaling schept een kader, op basis waarvan de Tweede Kamer en de samenleving het cultuurbeleid van de minister kunnen toetsen. Een aantal auteurs voegt daaraan toe dat ook de rechter een rol zou moeten spelen bij het toetsen van dergelijke sociale grondrechten. Zo stelt Fleuren op basis van de grondwetsgeschiedenis dat de mogelijkheid van rechterlijke toetsing nadrukkelijk geboden is, al zal die toetsing vanwege de beleidsvrijheid van de overheid niet snel tot het oordeel leiden dat een besluit in strijd is met de Grondwet.¹⁹¹ Een sociaal grondrecht stelt grenzen aan het beleid, bijvoorbeeld wanneer de overheid stilzit, voorzieningen op de lange baan schuift of slechts een onbetekenend gedeelte regelt. Volgens Van Wissen is het niet onmogelijk dat sociale grondrechten, ondanks dat hun rechtskracht niet groot is, aan rechtskracht kunnen winnen, wanneer daar regelmatig een beroep op wordt gedaan bij de rechter. In dat geval zou er zijns inziens een zekere normverdrinking kunnen

ter goedkeuring voorgelegde bestemmingsplannen al dan niet goed te keuren, onverlet.” Uitspraak KB 10 mei 1990, *AB* 1990/500.

¹⁸⁴ *Kamerstukken II 1975/76*, 13 873, nr. 3, p. 15.

¹⁸⁵ F.M.C. Vlemminx, ‘Wetenschappelijk commentaar bij artikel 22’, *rechtsstaat.nl*.

¹⁸⁶ Van der Pot/Elzinga e.a. 2014, p. 469-470.

¹⁸⁷ Bunschoten, in: Bovend’Eert e.a. 2009, art. 22.

¹⁸⁸ F.M.C. Vlemminx, *Een nieuw profiel van de grondrechten. Een analyse van de prestatieplichten ingevolge klassieke en sociale grondrechten*, Den Haag: Bju 2002, in: Barkhuysen e.a. 2009, p. 60.

¹⁸⁹ Vlemminx 1990, p. 202.

¹⁹⁰ Hoefnagel & Reinders 1983, p. 71. Reinders haalt Burkens aan: “Men kan niet zomaar wat fraais in de Grondwet neerschrijven en dan er maar het beste van hopen.”

¹⁹¹ Fleuren 2008, p. 622. Fleuren omschrijft de toetsing van besluiten aan sociale grondrechten als een “inschatting van het constitutionele en politieke fatsoen van de regelstellende en bestuurlijke organen van de overheid” (p. 623).

optreden.¹⁹² Pronk stelt ten slotte dat de burger aan de inspanningsverplichting een ‘recht op kunst’ ontleent.¹⁹³

Tot op heden is in het register van de rechtspraak geen jurisprudentie over artikel 22, derde lid, van de Grondwet te vinden. Van normverdichting is daarom nog geen sprake. Dat laat onverlet dat de overheid steeds in overeenstemming met het sociale grondrecht behoort te handelen of – indien zij dat niet doet – moet verantwoorden waarom zij anders handelt. Ten slotte is uit de formulering van artikel 22, derde lid, af te leiden dat de overheid het initiatief voor de totstandkoming van kunst en cultuur niet zelf dient op te pakken, maar aan de samenleving moet overlaten. In tegenstelling tot andere sociale grondrechten, heeft de grondwetgever kunst en cultuur niet tot ‘voorwerp van zorg’ van de overheid gemaakt. Evenmin heeft hij de overheid opgedragen om maatregelen te treffen. In paragraaf 4.2.4 kom ik hierop terug.

§ 3.4 Besluit

De grondrechten spelen een cruciale rol voor het cultuurbeleid: ze beschermen de vrijheid van kunst en erkennen kunst en cultuur als publiek belang. Tezamen geven de culturele rechten de overheid zowel een opdracht als een grondslag om cultuurbeleid te voeren. Ze geven inzicht in de rechtsbeginselen die aan het cultuurbeleid ten grondslag liggen en bieden handvatten om de juridische en ethische legitimiteit te beoordelen.

Het voeren van cultuurbeleid is daarom niet vrijblijvend, al geniet de Minister van Cultuur veel beleidsvrijheid. In dit hoofdstuk heb ik een analyse gemaakt van de culturele rechten, dat wil zeggen de grondrechten waarin kunst en cultuur specifiek worden genoemd. Daarnaast heb ik de vrijheid van meningsuiting meegenomen in de analyse, omdat de vrijheid van kunst in een aantal verdragen en in de jurisprudentie nadrukkelijk met deze vrijheid in verband wordt gebracht. Dit klassieke grondrecht heeft vooral via het EVRM veel invloed op de rechtspraktijk gekregen. Ten slotte kan het EHRM uit klassieke grondrechten positieve verplichtingen afleiden, die eveneens relevant zijn voor het cultuurbeleid van lidstaten.

In vergelijking met andere grondrechtcategorieën zijn culturele rechten conceptueel en juridisch minder ver ontwikkeld. Bovendien kennen ze zowel een individuele als een collectieve dimensie. Omdat de collectieve dimensie soms botst met andere grondrechten, zijn culturele rechten soms omstreden. Telkens is echter een afweging nodig over de grenzen aan de uitoefening van een grondrecht. Een cultureel gebruik is niet te rechtvaardigen met louter een beroep op een cultureel recht, als dat gebruik individuele grondrechten schendt.

De volgende grondrechtenverdragen zijn in deze paragraaf aan de orde gekomen: het IVESCR, het IVBPR, het Unesco-verdrag van 2005, het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en het EVRM. Ter introductie is ook de UVRM aan bod geweest. Ten slotte heb ik de Grondwet behandeld. Hoewel het IVESCR slechts één cultureel recht bevat, maken vooral de interpretaties van het VN-comité de betekenis en reikwijdte van dit recht inzichtelijk. Het recht op deelname aan het culturele leven is een breed begrip en verbonden aan de menselijke waardigheid en het sociale verkeer tussen individuen en gemeenschappen. Vrijheid en gelijkheid, dat wil zeggen het verbod op discriminatie en ongelijke behandeling, zijn belangrijke uitgangspunten. Voorts bevat het recht op deelname aan het

¹⁹² G.J.M. van Wissen, *Grondrechten*, Zwolle: Tjeenk Willink 1992, p. 29.

¹⁹³ Pronk 1992, p. 89. Zie ook Hoefnagel & Reinders 1983, p. 66. Reinders leidt het recht op kunst terug tot artikel 60 van de Staatsregeling van het Bataafse Volk van 1798, waarin staat dat verlichting en beschaving zoveel mogelijk worden bevorderd. Hiermee tracht hij het recht op kunst in een lange traditie te plaatsen.

culturele leven volgens het VN-comité een recht op diversiteit. De overheid moet maatregelen nemen om het culturele recht te eerbiedigen, beschermen en bevorderen.

Culturele diversiteit wordt in het Unesco-verdrag van 2005 voorts erkend als belang voor de volledige verwezenlijking van mensenrechten en fundamentele vrijheden. Daarnaast is in het verdrag vastgelegd dat culturele en economische waarden complementair zijn aan elkaar. Dat betekent dat de verdragspartijen bijvoorbeeld bij het sluiten van handelsverdragen rekening moeten houden met het feit dat zij ook cultuurbeleid moeten kunnen voeren.

Het EVRM is van bijzonder belang vanwege de doorwerking in het nationale recht: de grondrechten hebben rechtstreekse werking, waardoor burgers er een beroep op kunnen doen bij de rechter. Er zijn geen culturele rechten opgenomen in het EVRM. De jurisprudentie van het EHRM, vooral die over de vrijheid van meningsuiting, is van groot belang geweest voor het algemeen en specifiek cultuurbeleid. In de eerste plaats erkent het EHRM nadrukkelijk dat de vrijheid van artistieke expressie onderdeel is van de vrijheid van meningsuiting, al geniet deze vrijheid niet steeds hetzelfde beschermingsniveau als bijvoorbeeld de vrijheid van politieke uitlatingen. Dit heeft er mee te maken dat het EHRM lidstaten een zekere beoordelingsruimte geeft om te bepalen of een inmenging noodzakelijk is om de goede zeden te beschermen. In de tweede plaats leidt het EHRM uit de klassieke grondrechten in het EVRM positieve verplichtingen af voor de lidstaten. Zo moet de overheid maatregelen nemen om de cultuur van minderheden te beschermen.

Ten slotte gebiedt de Grondwet de overheid om voorwaarden te scheppen voor culturele ontplooiing. Hoewel de betekenis van deze bepaling omstrede is, vormt ze het uitgangspunt voor de dialoog tussen parlement en minister. De formulering van deze bepaling biedt bovendien aanleiding om aan te nemen dat de overheid niet zelf het initiatief moet nemen om kunst en cultuur te maken, maar dat aan de samenleving moet overlaten.

Hoofdstuk 4

Rechtsbeginselen

§ 4.1 Inleiding

Uit de analyse van de culturele rechten volgt dat het belang van kunst en cultuur in het recht is erkend als een publiek belang, waarvoor de overheid verantwoordelijkheid moet nemen. Die opdracht heeft een fundamenteel karakter: ze komt voort uit de opvatting dat kunst en cultuur verbonden zijn aan de menselijke waardigheid. Bij het voeren van cultuurbeleid dient de overheid zich daarvan rekenschap te geven.

Aan de culturele rechten liggen rechtsbeginselen ten grondslag, die de overheid houvast bieden dankzij hun legitimerende en richtinggevende functie (zie paragraaf 2.3.2). Hoewel rechtsbeginselen abstract en daardoor praktisch vaak minder makkelijk toepasbaar zijn dan beleidsdoelen,¹⁹⁴ is het fundamentele karakter een aanbeveling voor de overheid om zich op de rechtsbeginselen te beroepen. In dit hoofdstuk behandel ik de rechtsbeginselen die ten grondslag liggen aan de culturele rechten. Voor het onderscheiden van die rechtsbeginselen zijn aanwijzingen te vinden in de formulering van de bepalingen, in de totstandkomingsgeschiedenis dan wel in de uitleg van de culturele rechten in de jurisprudentie of door andere, gezaghebbende instanties. Daarnaast heb ik zoveel mogelijk willen voortbouwen op de literatuur over de legitimiteit van het cultuurbeleid. In 1992 heeft Hoefnagel in opdracht van de WRR vijf rechtsbeginselen onderscheiden, die zijns inziens belangrijk zijn voor het cultuurbeleid. In dit hoofdstuk houd ik de volgorde van zijn bevindingen aan, zij het dat ik er waar nodig van afwijk. Redenen om af te wijken zijn gelegen in ontwikkelingen in het recht en het gebruik van een ander theoretisch kader.

In paragraaf 4.2 sta ik kort stil bij de rechtsbeginselen die Hoefnagel onderscheidt, waarna ik de rechtsbeginselen bespreek die mijns inziens relevant zijn voor het cultuurbeleid. In paragraaf 4.3 ga ik in op het belang van kwaliteit voor het cultuurbeleid en de reden waarom ik dit belang niet als rechtsbeginsel onderscheid. Ten slotte volgt in paragraaf 4.4 de conclusie.

§ 4.2 De rechtsbeginselen achter het cultuurbeleid

In 1992 onderscheidde Hoefnagel vijf rechtsbeginselen, die relevant zijn voor het cultuurbeleid: vrijheid, gelijkheid, pluriformiteit, ontplooiing en kwaliteit.¹⁹⁵ Tezamen roepen deze rechtsbeginselen zijns inziens “het cultuurpolitieke handelingsperspectief op van een maatschappij waarin alle burgers tot een eigen culturele zelfnormering en participatie in staat zijn en waarin hen ook feitelijk een pluriform en kwalitatief hoogwaardig geheel van keuzemogelijkheden wordt geboden.”¹⁹⁶

¹⁹⁴ Zie ook Winsemius 1999, p. 52. Winsemius kijkt voor een praktisch handvat naar Oosterbaan Martinius, die in zijn onderzoek naar de verantwoording van het cultuurbeleid drie beleidsdoelen onderscheidt, die de rijksoverheid in de periode van 1946 tot 1989 in verschillende fasen heeft nagestreefd: schoonheid, welzijn en kwaliteit. De idee van schoonheid werd vanaf 1946 tot ongeveer 1960 nagestreefd, die van welzijn van 1960 tot begin jaren zeventig en kwaliteit vanaf de jaren zeventig. Oosterbaan Martinius 1990, p. 65 e.v.

¹⁹⁵ Hoefnagel hanteert vier criteria waaraan de rechtsbeginselen moeten voldoen. Een rechtsbeginsel moet (1) impliciet of expliciet deel uitmaken van het in ons land geldende positieve recht, (2) de inhoud van het Nederlandse cultuurbeleid mede bepalen, (3) in alle (in zijn studie aan de orde zijnde) culturele sectoren een (potentiële) rol spelen, en (4) een zekere zelfstandigheid hebben.

¹⁹⁶ WRR 1992, p. 12.

De rechtsbeginselen geven de minister ruimte voor een eigen afweging en invulling. Het gewicht dat hij toekent aan de rechtsbeginselen, kan – afhankelijk van zijn politieke opvattingen – verschuiven. Hoefnagel legt uit dat liberalen, sociaal-democraten en christen-democraten de rechtsbeginselen in de praktijk anders hebben afgewogen en ingevuld. Zo streven liberalen naar een terughoudende overheid. Ze leggen meer nadruk op het vrijheidsbeginsel en beschouwen marktwerking niet alleen als typerend voor het economische domein, maar ook voor het culturele en sociale domein.¹⁹⁷

In dit hoofdstuk borduur ik voort op de rechtsbeginselen uit het WRR-rapport. Daarin breng ik de volgende wijzigingen aan. Ten eerste schaar ik ‘ontplooiing’ onder het vrijheidsbeginsel. Ten tweede vervang ik ‘pluriformiteit’ door ‘diversiteit’. Ten derde beschouw ik ‘kwaliteit’ niet als rechtsbeginsel, maar als beleidsdoel. Omdat het als zodanig indirect relevant is voor de onderzoeksvraag, kom ik hierop terug in paragraaf 4.3. Ten slotte voeg ik aan het vrijheids-, gelijkheids- en diversiteitsbeginsel een vierde rechtsbeginsel toe: het subsidiariteitsbeginsel.

In de hierna volgende paragrafen zet ik de rechtsbeginselen nader uiteen. Omdat een uitgebreide verhandeling het doel van dit proefschrift voorbij zou schieten, beperk ik me tot de hoofdlijnen.

§ 4.2.1 Het vrijheidsbeginsel

Aan alle culturele rechten ligt een rechtsopvatting over de vrijheid van de mens – als individu of als lid van de gemeenschap – ten grondslag. De overheid moet die vrijheid eerbiedigen, beschermen dan wel bevorderen en daarvoor onder andere cultuurbeleid voeren. Het vrijheidsbeginsel staat aan de basis van die opdracht en heeft een overkoepelend karakter: zoals ik hierna nog uiteen zal zetten, zijn de andere rechtsbeginselen te herleiden tot het vrijheidsbeginsel.

Berlin heeft vrijheid in twee varianten onderscheiden. Ik sluit hier aan op zijn opvatting, waarin sprake is van een *privaat* en een *publiek* domein.¹⁹⁸ De eerste variant is *negatieve* vrijheid, dat wil zeggen “het domein waarbinnen iemand ongestoord door anderen dat kan doen of zijn wat in zijn vermogen ligt”.¹⁹⁹ De mens heeft recht op een zeker staatsvrij, *privaat* domein. De negatieve vrijheid beschermt dit domein. De overheid kan slechts onder bepaalde voorwaarden inbreuk maken op het *private* domein (zie bijvoorbeeld paragraaf 3.3.6).²⁰⁰

Negatieve vrijheid komt onder andere tot uitdrukking in artikel 27 van de UVRM, artikel 15 van het IVESCR, artikel 27 van het IVBPR, artikel 13 van het Handvest en voorts in alle bepalingen waarin de vrijheid van meningsuiting is opgenomen. Ze heeft betrekking op zowel het genieten van en deelnemen aan cultuur, als op het maken van kunst.

De tweede variant is *positieve* vrijheid, die verder reikt dan alleen het *private* domein. Mensen moeten zelfstandig en weloverwogen richting kunnen geven aan hun leven en – samen met anderen – hun

¹⁹⁷ WRR 1992, p. 69.

¹⁹⁸ Berlin (1958) 2010, p. 15. Waar de grens tussen beide domeinen ligt, staat niet op voorhand vast, maar is onderwerp van debat. De domeinen zijn bovendien niet één op één van elkaar te scheiden, omdat mensen van elkaar afhankelijk zijn: hun gedrag heeft invloed op anderen.

¹⁹⁹ Blokland 2010, p. 107. Zie ook Mertens 2012, p. 136. Volgens Mertens kan niet zonder meer worden gesteld dat “waar de staat regelend optreedt, vrijheid wordt beknofd”. Verplichtingen kunnen de vrijheid nl. ook bevorderen. Als voorbeeld noemt hij verkeersregels, die de negatieve vrijheid op het eerste gezicht lijken te beperken, maar op het tweede gezicht bijdragen aan de vrijheid om veilig aan het verkeer te kunnen deelnemen.

²⁰⁰ Overigens maken regels over cultuurbehoud, zoals de bescherming van erfgoed, op hun beurt eveneens inbreuk op een vrijheid, nl. het eigendomsrecht. WRR 1992, p. 40.

samenleving.²⁰¹ Dit betekent dat zij in staat moeten zijn zich te ontplooiën en autonoom te handelen. Om zichzelf te ontplooiën, zijn mensen afhankelijk van anderen: anders dan negatieve vrijheid, speelt positieve vrijheid zich daarom mede in het publieke domein af.

In de culturele rechten is autonomie verbonden aan de menselijke waardigheid. Hieraan ligt een kantiaanse opvatting ten grondslag dat mensen met rede begaafde wezens zijn, die waardigheid bezitten en respect verdienen. De opvatting van Kant voert te ver om hier uitvoerig te bespreken. Kort gezegd staat vrij handelen in zijn opvatting gelijk aan autonoom handelen. Om vrij te kunnen handelen, moet de mens zichzelf – met behulp van zijn rede – normen opleggen. Het tegenovergestelde is heteronoom handelen. Handelt een mens bijvoorbeeld om een behoefte als honger of een verslaving te bevredigen, dan gehoorzaamt hij aan verlangens en handelt hij niet werkelijk vrij. Om die reden beschouwt Kant de keuzevrijheid van consumenten bijvoorbeeld niet als vrijheid (zie ook paragraaf 6.4.4). Hiermee wijkt hij fundamenteel af van de opvatting dat vrijheid gelijkstaat aan het recht om zelf te kunnen kiezen.

Positieve vrijheid in de zin van autonomie wordt door velen beschouwd als één van de belangrijkste rechtsbeginselen.²⁰² Het komt eveneens tot uitdrukking in de jurisprudentie van het EHRM, die het recht op autonomie onder de reikwijdte van artikel 8 van het EVRM schaart. Zo oordeelt het EHRM in *Pretty* dat de autonomie van burgers een belangrijk rechtsbeginsel is, dat ten grondslag ligt aan de interpretatie van de grondrechten in het EVRM.²⁰³

Er zijn risico's verbonden aan de opdracht aan de overheid om bij te dragen aan positieve vrijheid. Berlin waarschuwt dat de overheid haar opdracht kan misbruiken om bepaalde opvattingen over het 'goede leven' aan burgers op te leggen. Het verleden leert volgens hem dat de overheid het begrip 'vrijheid' zo kan manipuleren, dat het de betekenis krijgt, die zij wenst.²⁰⁴

Dit betekent dat positieve vrijheid de overheid voor een dilemma stelt. Enerzijds moet zij burgers in staat stellen zich te ontwikkelen; anderzijds mag zij haar eigen opvattingen niet aan burgers opleggen onder het vaandel van vrijheid. De grondrechten bieden haar een leidraad. Vlemminx stelt dat het fundament van sociale grondrechten is gelegen in de plicht om de autonomie van burgers te respecteren. De plicht om de autonomie van burgers daarnaast te ondersteunen, kan zijns inziens nooit verder reiken dan dat fundament.²⁰⁵ Bij het voeren van cultuurbeleid is de overheid voorts, zoals ik in paragraaf 4.2.4 zal betogen, gebonden aan het subsidiariteitsbeginsel, dat haar inmenging met de inhoud van kunst en cultuur aan banden legt.

Hoefnagel categoriseert ontplooiing als apart rechtsbeginsel, dat hij omschrijft als "het tot leven brengen van wat bij mensen in potentie aanwezig is."²⁰⁶ Zijns inziens komt het beginsel nadrukkelijk tot uiting in het recht op onderwijs. De overheid kan ervoor kiezen om het cultuurbeleid daarop aan te

²⁰¹ Blokland 2010, p. 108. Een soortgelijke opvatting over positieve vrijheid is vindbaar in de capabiliteitsbenadering van Nussbaum. Haar benadering is gericht op de mens als doel op zichzelf en diens keuze of vrijheid: "het cruciale goed dat samenlevingen voor hun bevolking dienen te bevorderen, bestaat uit een reeks kansen, of substantiële vrijheden, waarvan mensen vervolgens in hun handelen al dan niet gebruik kunnen maken: de keuze daartoe is aan hen." Nussbaum 2015, p. 38.

²⁰² Zie bv. Harel 2015, p. 39.

²⁰³ EHRM 29 april 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:0429JUD000234602 (*Pretty/Verenigd Koninkrijk*). Zie voorts Koffeman 2010, p. 55.

²⁰⁴ Berlin (1958) 2010, p. 29.

²⁰⁵ Vlemminx 1994, p. 150.

²⁰⁶ WRR 1992, p. 48. In 2009 gaat Hoefnagel in een nieuw WRR-rapport in op het onderscheid. Hij schrijft dan dat het consumentenfalen, d.w.z. "het onvermogen om ook de kwalitatief hoogwaardige culturele uitingen te kunnen waarderen", niet wordt weggenomen door nieuwe economische en technologische ontwikkelingen. Bij positieve vrijheid gaat het er z.i. niet alleen om dat men wordt 'opgevoed tot vrijheid', maar ook dat men afwijkende culturele keuzen van anderen kan plaatsen en tot op zekere hoogte kan waarderen. WRR 2009, p. 12-15.

sluiten. In dat geval kiest ze voor ‘aanvullend educatief beleid’ en gaat ze ervan uit dat bepaalde cultuuruitingen bijdragen aan de ontplooiing van burgers. Ze kan die cultuuruitingen aantrekkelijker maken door ze gericht te stimuleren, bijvoorbeeld door lagere prijzen mogelijk te maken. Een nadeel van deze keuze is dat ze naar paternalisme neigt.

De overheid kan er echter ook voor kiezen om haar cultuurbeleid in te richten als ‘recreatief beleid’. In dat geval beschouwt ze publieksvoorkeuren als maatgevend. Een nadeel van deze keuze is dat ze de legitimiteit van het cultuurbeleid ondermijnt. Waarom zou de overheid cultuuruitingen stimuleren, waar al veel vraag naar is? In dat geval heeft zij geen reden om zich te bemoeien met particuliere initiatieven.

Hoefnagel stelt dat aanvullend educatief en recreatief beleid met elkaar te combineren zijn. In dat geval erkent de overheid de educatieve functie van cultuur en kan zij haar beleid legitimeren vanuit de gedachte dat de culturele sector het onderwijs veelzijdiger maakt en scholen ontlast. Om die reden stimuleert de overheid publieke vrijetijdsvoorzieningen. Daarnaast gebruikt zij de recreatieve functie om haar cultuurbeleid draagvlak te geven. Hoefnagel noemt als voorbeeld de openbare bibliotheek. Door zich te richten op de voorkeuren van haar bezoekers, kan zij hen aansporen om ook kennis te nemen van hoogwaardige, maar moeilijk toegankelijke literatuur.²⁰⁷

In deze paragraaf heb ik in vogelvlucht willen laten zien dat vrijheid op verschillende manieren een cruciaal element is in rechtsopvattingen over de menselijke waardigheid. De culturele rechten leggen voorts een verbinding tussen het vrijheidsbeginsel en het cultuurbeleid, dat een rol speelt bij het eerbiedigen, beschermen en bevorderen van vrijheid. In de volgende paragrafen komen de overige drie rechtsbeginselen aan bod, die alle nauw samenhangen met de rechtsopvattingen over vrijheid.

§ 4.2.2 Het gelijkheidsbeginsel

Aan de culturele rechten ligt voorts een rechtsopvatting over gelijkheid ten grondslag. Net als het geval is bij het vrijheidsbeginsel, is het gelijkheidsbeginsel van grote betekenis voor de grondrechten als zodanig.²⁰⁸ Daarnaast heeft het voor het cultuurbeleid een specifieke betekenis.

Het gelijkheidsbeginsel kent een formele en een materiële variant. Het formele gelijkheidsbeginsel heeft betrekking op gelijke behandeling: de overheid moet gelijke gevallen gelijk behandelen en mag niet discrimineren. Het materiële gelijkheidsbeginsel gaat een stap verder en stelt dat de overheid zich moet inspannen om ongelijkheid tegen te gaan. Beide varianten van het gelijkheidsbeginsel hebben een basis in het recht, al zijn de inhoud en reikwijdte van het materiële gelijkheidsbeginsel onderwerp van discussie.²⁰⁹ In deze paragraaf beperk ik me tot een korte toelichting op de formele variant en tot de betekenis van de materiële variant voor het cultuurbeleid.

²⁰⁷ WRR 1992, p. 50. Deze argumentatie is nog steeds gangbaar in de discussie over het cultuurbeleid. N.a.v. het wetsvoorstel van staatssecretaris Dekker (mediabeleid) tot wijziging van de Mediawet 2008 i.v.m. het toekomstbestendig maken van de publieke mediadienst (*Kamerstukken II* 2014/15, 34 264, nr. 2) ontstond discussie over de merites van de plannen om amusement uit het programma van de publieke omroep te schrappen, omdat het uitzenden van amusement niet tot de doelstellingen van de publieke omroep zou horen. Chavannes schreef in NRC dat juist met amusement een breed publiek kan worden getrokken, dat vervolgens in aanraking kan worden gebracht met ‘vormende programma’s’. Voetbal op een commerciële zender is m.a.w. niet hetzelfde als voetbal op de publieke omroep. Door het bereik van de publieke omroep verder te laten verschromelen, wordt het latere bewindspersonen bovendien makkelijker gemaakt om de publieke taak steeds verder uit te kleden. ‘Dekkers creatieve sloop van de publieke omroep vordert’, *NRC* 27 augustus 2015.

²⁰⁸ Zo bepaalt art. 3 van het IVESCR dat de verdragspartijen zich verbinden om het gelijke recht van mannen en vrouwen op het genot van de economische, sociale en culturele rechten te verzekeren. De tegenhanger voor burger- en politieke rechten is opgenomen in art. 3 van het IVBPR.

²⁰⁹ Verplaatse & Delmotte 2017, p. 134. De auteurs spreken van een *essentially contested concept*.

Het formele gelijkheidsbeginsel ziet op de gelijkwaardigheid van mensen en bevat een gebod om gelijke gevallen gelijk te behandelen en een verbod om te discrimineren. Het gebod brengt met zich dat de overheid zonder aanzien van de persoon moet handelen. De verplichting om burgers in gelijke gevallen gelijk te behandelen, geeft hen het recht ongelijk te zijn en in bepaalde opzichten toch gelijk te worden behandeld.²¹⁰ Zowel het gebod als het verbod komen tot uitdrukking in bijvoorbeeld artikel 1 van de Grondwet.

Het discriminatieverbod is in het vorige hoofdstuk al kort benoemd. Het vormt de grondslag voor veel grondrechten, zoals die in het IVESCR (zie paragraaf 3.3.2).²¹¹ Ook is het neergelegd in artikel 14 van het EVRM, dat een rechtstreeks verband legt tussen het discriminatieverbod en de andere grondrechten: het genot van de – in het EVRM genoemde – rechten en vrijheden moet worden verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook. Burgers kunnen zich rechtstreeks op dit artikel beroepen. In zijn jurisprudentie definieert het EHRM discriminatie als “treating differently, without an objective and reasonable justification, persons in relevantly similar situations; in other words, there is discrimination if the distinction at issue does not pursue a legitimate aim or the means employed to achieve it do not bear a reasonable relationship of proportionality to it”.²¹²

Hoefnagel stelt dat het gelijkheidsbeginsel een belangrijke maatstaf is voor het cultuurbeleid, omdat het niet alleen verbiedt om ongerechtvaardigd onderscheid te maken, maar ook voorschrijft welke onderscheidende criteria wel zijn toegestaan. In het cultuurbeleid is het noodzakelijk om keuzen te maken (zie voorts de paragrafen 4.2.4 en 4.3).²¹³

Ten slotte is het gelijkheidsbeginsel in het Nederlandse recht erkend als één van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In die hoedanigheid is het een handelingsnorm voor de overheid en een toetsingsnorm voor de rechter. De overheid dient het gelijkheidsbeginsel bij al haar besluitvorming in acht te nemen.²¹⁴

Formele gelijkheid betreft vooral rechtsgelijkheid. Een dergelijke vorm van ongelijkheid is juridisch vast te stellen en te corrigeren. Wanneer ongelijkheid daarentegen het product is van economische of sociale omstandigheden,²¹⁵ is het moeilijker te benoemen of zij ongeoorloofd is. De mogelijkheid om de ongelijkheid op te heffen, is dan bovendien niet in het recht te vinden; ze moet worden gezocht in de sfeer van de economische of sociale omstandigheden. Het gaat dan bijvoorbeeld om welvaart en cultureel of sociaal kapitaal als voorwaarde voor gelijkheid.²¹⁶ In hoofdstuk 6 kom ik daarop terug. Het materiële gelijkheidsbeginsel brengt met zich dat de overheid zich moet inspannen om gelijkheid te bereiken. Het cultuurbeleid kan daaraan bijdragen.

Volgens Hoefnagel legitimeert het gelijkheidsbeginsel actief cultuurbeleid. Waar negatieve vrijheid het culturele domein vrijwaart van overheidsbemoeienis, brengt gelijkheid het culturele domein juist

²¹⁰ Van der Pot/Elzinga e.a., p. 297.

²¹¹ Als gezegd heeft het VN-comité een commentaar geweid aan het discriminatieverbod. Zie VN 2009a.

²¹² Zie bv. EHRM 11 juni 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:0611JUD003604297 (*Willis/Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 13 november 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:1113JUD005732500 (*D.H. e.a./Tsjechië*).

²¹³ WRR 1992, p. 42. Discriminatie is te onderscheiden van differentiatie en distinctie. Differentiatie is het aanbrengen van een rechtmatig onderscheid. Distinctie is een neutraal begrip, waaruit nog niet blijkt of sprake is van differentiatie of discriminatie. Discriminatie is het aanbrengen van een onrechtmatig onderscheid. Donders 2010, p. 16-17. De materie wordt complexer op het moment dat discriminatie wordt verdeeld in gerechtvaardigde en ongerechtvaardigde discriminatie.

²¹⁴ In dit kader kan het gelijkheidsbeginsel een rol spelen in bestuursrechtelijke beroepsprocedures tegen besluiten, zoals subsidiebeschikkingen. Zie bv. de annotatie van Drahmman in *AB* 2014, 387. Schlössels betoogt dat een beroep op het gelijkheidsbeginsel slechts in beperkte gevallen slaagt. De Haan/Schlössels & Zijlstra 2017, p. 388. In hoofdstuk 7 kom ik terug op het verstrekken van cultuursubsidies.

²¹⁵ Verplaatse & Delmotte 2017, p. 139.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 157.

gedeeltelijk in het publieke domein door de overheid een inspanningsverplichting op te leggen om voor *alle* burgers reële voorwaarden voor cultuurdeelname te scheppen.²¹⁷

In dit opzicht lijken gelijkheid en positieve vrijheid veel op elkaar. Hoefnagel versterkt die gelijkheid door toegankelijkheid als uitgangspunt van het gelijkheidsbeginsel te noemen. Bij toegankelijkheid gaat het om het wegnemen van ongelijke maatschappelijke omstandigheden van financiële, ruimtelijke of sociaal-culturele aard die de vrije keuze belemmeren.

Maatregelen om zulke ongelijke maatschappelijke omstandigheden weg te nemen, zijn niet onomstreden. Zo heeft de overheid beperkte mogelijkheden om via het cultuurbeleid in te grijpen. Voorts is een veelgestelde vraag of de minister met het verstrekken van cultuursubsidies wel de juiste doelgroep bereikt (zie hierover ook paragraaf 6.5.3). Ten slotte is er een risico op paternalisme, dat tot spanning kan leiden met het vrijheidsbeginsel: door burgers te stimuleren om bepaalde cultuuruitingen hoger te waarderen dan zij feitelijk doen, probeert de overheid invloed op hen uit te oefenen (zie ook paragraaf 6.2).²¹⁸

§ 4.2.3 *Het diversiteitsbeginsel*

Naast vrijheid en gelijkheid is diversiteit het derde rechtsbeginsel dat als een rode draad door de culturele rechten heen loopt. Het diversiteitsbeginsel stelt verschillende culturen en cultuuruitingen op gelijke hoogte met elkaar. Als zodanig vloeit het voort uit het vrijheidsbeginsel en hangt het nauw samen met het gelijkheidsbeginsel.

De inwerkingtreding van het Unesco-verdrag van 2005 heeft recent een belangrijke impuls gegeven aan het diversiteitsbeginsel. Dit verdrag heeft onder andere en nadrukkelijk tot doel de diversiteit van cultuuruitingen te beschermen en bevorderen en voorwaarden te scheppen waarin culturen zich kunnen ontplooiën en vrij met elkaar in wisselwerking kunnen staan. Omdat de term ‘diversiteit’ mede door deze ontwikkeling gangbaar is in het cultuurbeleid, wijk ik hier af van het WRR-rapport, waarin ‘pluriformiteit’ wordt gebruikt.²¹⁹

In artikel 4, eerste lid, van het verdrag is culturele diversiteit omschreven als de veelheid aan vormen waardoor de culturen van groepen en samenlevingen tot uiting komen. Hoefnagel spreekt – in het kader van pluriformiteit – over “verschillen in levensbeschouwing, leefstijl, smaak, wijzen van en stijlen in kunstzinnige expressie” en “verschillen in denken en gedrag die sterk bepaald worden door etnische en regionale afkomst, door sekse en leeftijd.”²²⁰ In 2009 merkt hij op dat culturele vrijheid een open en ontspannen samenleving veronderstelt, die tegen een stootje kan en waarin partijen met elkaar in discussie zijn, in plaats van dat zij elkaar vijandbeelden voorhouden.²²¹ In het licht van een open, vrij debat is diversiteit een noodzakelijke voorwaarde.²²²

Het diversiteitsbeginsel benadrukt dat de overheid rekening moet houden met cultuuruitingen van minderheden. McGoldrick schrijft dat het bijvoorbeeld uitkomst biedt in het multiculturele debat,

²¹⁷ WRR 1992, p. 43.

²¹⁸ WRR 1992, p. 44.

²¹⁹ Taalkundig is het onderscheid tussen ‘diversiteit’ (verscheidenheid) en ‘pluriformiteit’ (veelvormigheid) gering. De begrippen zijn dan ook nauw aan elkaar verwant. Het pluriformiteitsbegrip is vooral gebruikelijk in het mediabeleid. In art. 2.1, lid 2, van de Mediawet 2008 is bv. neergelegd dat het media-aanbod o.a.: a) evenwichtig, pluriform, gevarieerd en kwalitatief hoogstaand moet zijn en zich moet kenmerken door een grote verscheidenheid naar vorm en inhoud; en b) op evenwichtige wijze een beeld van de samenleving moet geven en de pluriformiteit van onder de bevolking levende overtuigingen, opvattingen en interesses op maatschappelijk, cultureel en levensbeschouwelijk gebied moet weerspiegelen.

²²⁰ WRR 2009, p. 17.

²²¹ Hoefnagel 2009, p. 13.

²²² Zie ook Dommering 2016, p. 377.

waarin culturele diversiteit wordt gepresenteerd als een tegenhanger van vrijheid of gelijkheid. Diversiteit heeft hier vaak de betekenis van een recht op culturele zelfbeschikking.²²³

Het nastreven van het diversiteitsbeginsel kan botsen met andere rechtsbeginselen of beleidsdoelen. Hoefnagel merkt op dat de overheid daarnaast ook kan streven naar doelmatig cultuurbeleid en daarom gebaat kan zijn bij het ondersteunen van culturele instellingen met een grote achterban of breed publieksbereik. Zulke instellingen dragen immers bij aan het vergroten van het draagvlak voor het verstrekken van cultuursubsidies. Het diversiteitsbeginsel brengt daarentegen met zich dat de overheid rekening moet houden met cultuuruitingen die een minder groot publiek trekken.

Voorts kan een inspanningsverplichting om diversiteit te bevorderen volgens Gerards op gespannen voet staan met de vrijheid van meningsuiting.²²⁴ Indien de overheid voor het publieke mediabestel bijvoorbeeld een vergunningstelsel gebruikt om diversiteit te waarborgen, bevordert zij de vrijheid van groepen die anders niet aan bod zouden zijn gekomen, maar beperkt zij de vrijheid van meningsuiting van een televisiezender die daardoor een vergunning misloopt. Dit argument gaat echter uitsluitend op, indien de betreffende meningen elders niet tot uitdrukking zouden komen. Diversiteit brengt in dit geval juist met zich dat verschillende soorten televisiezenders een vergunning krijgen, waardoor een breede reeks van meningen te horen is.

Het diversiteitsbeginsel is in zekere zin een afgeleide of verfijning van het vrijheidsbeginsel en het discriminatieverbod, zij het met een eigen karakter. Het respecteren van culturele vrijheid, de gelijke behandeling van uitingen van die vrijheid en de waardering van diversiteit liggen in elkaars verlengde. Waar gelijkheid ten slotte bijdraagt aan positieve vrijheid voor burgers die geen toegang hebben tot de middelen om zich ten volle te kunnen ontwikkelen, draagt diversiteit bij aan positieve vrijheid voor burgers die tot een minderheid behoren.

§ 4.2.4 *Het subsidiariteitsbeginsel*

Ten slotte ligt aan het cultuurbeleid een opvatting over subsidiariteit ten grondslag. In algemene zin brengt dit rechtsbeginsel met zich dat de rijksoverheid verantwoordelijkheden waar mogelijk bij decentrale overheden of maatschappelijke organisaties laat of legt. Zij dient zich zoveel mogelijk te beperken tot onder andere het scheppen van randvoorwaarden, het stellen van minimumeisen, het verzekeren van institutionele voorwaarden en het tegengaan van ongewenste resultaten.²²⁵

Het subsidiariteitsbeginsel komt tot uitdrukking in artikel 22, derde lid, van de Grondwet, dat onder andere bepaalt dat de overheid voorwaarden schept voor culturele ontplooiing. In specifieke zin legt het rechtsbeginsel het initiatief voor de totstandkoming van cultuuruitingen bij de samenleving, in het bijzonder bij de culturele sector.²²⁶ De overheid dient dat initiatief te respecteren; zij treedt pas op, wanneer “particuliere krachten falen”.²²⁷ Daarbij dient de overheid zich niet te bemoeien met de

²²³ McGoldrick 2007, p. 448-449.

²²⁴ Gerards, *EHRC* 2012/152.

²²⁵ Zie hoofdstuk 6.2.3 van het integraal afwegingskader (iak). Het iak is een ‘handleiding’ van de rijksoverheid voor het maken van beleid, wet- en regelgeving en is vindbaar via de website van het Kenniscentrum Wetgeving en Juridische zaken: www.kcwj.nl.

De rijksoverheid kan het subsidiariteitsbeginsel o.a. naleven door alternatieven voor regelgeving mogelijk te maken, zoals zelfregulering. In het cultuurbeleid zijn daarvan inmiddels een aantal voorbeelden beschikbaar, waarover meer in hoofdstuk 7.

²²⁶ Het subsidiariteitsbeginsel heeft in dit verband dus betrekking op de relatie tussen overheid en maatschappelijke organisaties, niet tussen centrale overheid en decentrale overheden.

²²⁷ Oosterbaan Martinius 1990, p. 36.

inhoud van cultuuruitingen.²²⁸ Oosterbaan Martinius merkt in dit kader op dat Nederland bijvoorbeeld geen staatsomroep of rijksopera kent.²²⁹ Alleen de rijksmusea bestaan nog in naam, al rust op hen een wettelijke taak om cultuurgoederen van de staat te beheren.²³⁰

Het subsidiariteitsbeginsel heeft een ander karakter dan de hiervoor genoemde rechtsbeginselen. Het normeert de wijze waarop de overheid zich tot de culturele sector behoort te verhouden. Wel komt het voort uit het vrijheidsbeginsel; het maakt het culturele domein in hoge mate staatsvrij. In zekere zin doorbreekt het de “in het maatschappelijk verkeer veelal vanzelfsprekende band tussen betalen en bepalen van [...] culturele activiteiten.”²³¹

Dit betekent niet dat de overheid zich in het geheel niet met kunst en cultuur mag bemoeien. Het voeren van cultuurbeleid brengt immers onvermijdelijk met zich dat zij keuzen moet maken.²³² Hier is sprake van een wankel evenwicht: enerzijds moet de overheid de totstandkoming van het culturele aanbod overlaten aan de sector, anderzijds moet zij kiezen welke cultuuruitingen zij wil steunen. Blokland betoogt dat de overheid het midden moet houden tussen het volgen van de publieke opinie en het vormen daarvan.²³³ Gesubsidieerde cultuuruitingen moeten kunnen steunen op een zeker maatschappelijk draagvlak. Zodra burgers menen hierin geen reflectie, verdieping of troost meer te vinden, ebt het draagvlak weg. Aan de kant mogen culturele instellingen hun oren niet teveel laten hangen naar publieksvoorkeuren. Ze moeten burgers immers ‘verleiden’ om bijvoorbeeld kennis te nemen van andere opvattingen.

§ 4.3 Kwaliteit als beleidsdoel

Bij het maken van keuzen is kwaliteit een belangrijk criterium.²³⁴ In afwijking van het WRR-rapport uit 1992 heb ik kwaliteit niet aangemerkt als rechtsbeginsel, omdat het mijns inziens geen voorwaarde is voor rechtvaardigheid, eerlijkheid of moraliteit. In de culturele rechten zijn evenmin aanwijzingen te vinden dat kwaliteit als zodanig een fundamentele rechtsopvatting betreft. Dit laat onverlet dat de overheid kwaliteit als beleidsdoel kan nastreven om goed en doelmatig cultuurbeleid te voeren. Zowel het belang van kwaliteit voor het cultuurbeleid als de manier waarop de overheid kwaliteit moet beoordelen, staan echter ter discussie.

Er zijn verschillende opvattingen over de vraag of de overheid al dan niet uitsluitend kwalitatief goede kunst behoort te subsidiëren. Hoefnagel stelt dat het gesubsidieerde aanbod tot op zekere hoogte

²²⁸ Zie ook WRR 1992, p. 39. Hoefnagel merkt op dat de culturele sector zich als zodanig naar autonome wetten zou moeten kunnen ontwikkelen, zonder te worden overheerst door economische of politieke aspecten.

²²⁹ Oosterbaan Martinius 1990, p. 33. Een bekende uitspraak is afkomstig van oud-minister Van der Leeuw uit 1947, volgens wie de staat “een van de oudste en belangrijkste voortbrengselen der beschaving” is. Omdat de staat een cultuurgod is, kan hij de cultuur niet beheersen. Dat laat z.i. onverlet dat cultuur wel een staatszaak is. Afkomstig uit G. van der Leeuw, *Nationale cultuurtaak*, Den Haag: D.A. Daamen Uitg. 1947, zoals geciteerd in: O.F.M.S. Stokman, ‘Boekbespreking’, *Katholiek staatkundig maandschrift* 1947, p. 306-307 (online publiek: catalogus Boekman Stichting).

De onafhankelijkheid van de publieke omroep in Nederland is overigens niet onomstreden. Een aantal recente maatregelen heeft de vrijheid van de publieke omroep onder druk gezet. Hins 2016. Het mediabeleid blijft verder buiten beschouwing.

²³⁰ De wettelijke taak is vastgelegd in artikel 2.8, eerste lid, van de Erfgoedwet.

²³¹ WRR 1992, p. 41.

²³² Volgens Blokland is de noodzaak om beleidskeuzen te maken de bestaansreden van de politiek. Daarmee bekritiseert hij het aanhalen van het Thorbecke-adagium, voor zover men dat doet om te verdedigen dat de overheid cultuursubsidies moet verlenen zonder zich met de besteding te mogen bemoeien. Blokland 2007.

De ABRvS oordeelt dat uit de Wsc niet volgt dat de minister niet bevoegd is het functioneren van een culturele instelling inhoudelijk te beoordelen. Ook mag de minister beoordelen of een aanvraag aan inhoudelijke criteria voldoet. ABRvS 20 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3095 (*MOTI*).

²³³ Blokland 1997, p. 129.

²³⁴ Kwaliteit geldt sinds de jaren tachtig als een *conditio sine qua non*. Bunnik 2016, p. 49; Oosterbaan Martinius 1990, p. 72 e.v.

deugdelijk of zelfs voortreffelijk moet zijn. De overheid behoort zijns inziens geen publieke middelen ter beschikking te stellen voor kunst van geringe kwaliteit.²³⁵ Het is echter niet gezegd dat zulke kunst geen reflectie, verdieping of troost kan bieden. Om die reden sluit Van der Vlies niet uit dat de overheid ook kwalitatief minder goede kunst zou kunnen subsidiëren.²³⁶

Op de vraag of kunst van geringe kwaliteit al dan niet kan bijdragen aan het nastreven van een vrije, gelijke en diverse samenleving, ga ik hier niet in. Het is belangrijk dat de overheid zoveel mogelijk voorkomt dat zij op gespannen voet met het subsidiariteitsbeginsel handelt. Dat betekent dat zij zich, de rechtsbeginselen in acht nemend, moet afvragen welke cultuuruitingen belangrijk zijn en zonder haar steun niet of onvoldoende tot stand zouden komen. Het kwaliteitscriterium is daarbij op zijn minst een praktisch selectiecriterium. In artikel 2 van de Wsc is bovendien vastgelegd dat de minister zich mede laat leiden door overwegingen van kwaliteit.

Kwaliteit betreft in de eerste plaats de artistiek-inhoudelijke kwaliteit van cultuuruitingen. Daarnaast zijn er nog twee aspecten van kwaliteit te onderscheiden, die tegenwoordig een belangrijkere rol spelen: maatschappelijke en zakelijke kwaliteit.²³⁷ De grens tussen deze aspecten is niet altijd hard; bepaalde gegevens of overwegingen kunnen in meerdere gevallen relevant zijn.

De minister beoordeelt de kwaliteit van kunst en cultuur niet zelf, maar laat zich daarover adviseren door de Raad voor cultuur.²³⁸ De manier waarop kwaliteit moet worden beoordeeld, staat ter discussie.²³⁹ De vraag is – onder andere – of de overheid daarbij moet uitgaan van kwalitatieve of van kwantitatieve normen. Die vraag is mede relevant bij het stellen van eisen aan ondernemerschap (zie hoofdstuk 7).

Hoewel kwaliteit een subjectief criterium is, heeft de overheid behoefte aan zo objectief mogelijke criteria om subsidieaanvragen met elkaar te kunnen vergelijken. Het gaat dan in de regel om cijfers over bijvoorbeeld de omzet, bezoekersaantallen of producties per jaar. Het gebruik van zulke cijfers brengt echter risico's met zich. Daarom wordt er vaak om maatwerk gevraagd.²⁴⁰

Witteveen waarschuwt dat kwaliteit niet goed te beoordelen is op basis van kwantitatieve normen, omdat ze niet altijd rekening houden met de specifieke omstandigheden van een geval:

“Als sturing van een praktijk het oogmerk is, is het een betere wetgevingsstrategie om kwalitatieve normen in te zetten die wél op verschillende manieren kunnen worden ingevuld, omdat ze impliciet altijd naar de redelijkheid verwijzen. Tegenover de harde norm van het geval staat de open norm van het tot denken aanzettende criterium [...] Een kwantitatieve norm kan geen alziend oog zijn dat de praktijk in ogenschouw neemt en de regels aan de eisen van die praktijk aanpast.”²⁴¹

De groeiende aandacht voor bezoekersaantallen en eigen inkomsten, die in hoofdstuk 7 aan de orde komen, maken de waarschuwing van Witteveen zeer relevant.

²³⁵ Zie bv. WRR 2009, p. 21. Volgens Hoefnagel is het belang van kwalitatief hoogwaardige kunst erin gelegen, dat ze existentiële vragen aan de orde stelt, oproept tot reflectie, helpt bij het bepalen van onze identiteit of ons bevrijdt van de fixatie op het hier en nu. Cultuuruitingen van geringe kwaliteit doen dat z.i. niet of onvoldoende.

²³⁶ Van der Vlies 2017, p. 228.

²³⁷ Bunnik 2016, p. 49 e.v.

²³⁸ Art. 2a van de Wsc. De wettelijke taak van de Raad voor cultuur plaatst de minister op afstand, zodat hij zich niet hoeft uit te spreken over de inhoud van kunst en cultuur. De tussenkomst van de Raad voor cultuur is echter evenmin onomstreden. Blokland betoogt bv. dat het cultuurbeleid hierdoor democratisch minder makkelijk te controleren is. Ook kan het cultuurbeleid zijn draagvlak verliezen, indien deskundigen teveel aan hun eigen opvattingen vasthouden en geen rekening houden met bv. traditie en beleving. Blokland 1997, p. 118. Minister Van Engelsehoven heeft te kennen gegeven te willen onderzoeken of publieksvoorkeuren een rol kunnen spelen bij het toekennen van cultuursubsidies. *Kamerstukken II* 2017/18, 34 775-VIII, nr. 55. De positie van de Raad voor cultuur en het belang van publieksvoorkeuren blijven hier verder buiten beschouwing.

²³⁹ Zie Van der Vlies 2017, p. 225 e.v.

²⁴⁰ Zie bv. Bunnik 2016, p. 25-26.

²⁴¹ Witteveen 2014, p. 208-209.

§ 4.4 Besluit

Rechtsbeginselen geven de overheid houvast bij het zoeken naar legitimiteit voor en het voeren van cultuurbeleid. In dit hoofdstuk heb ik vier rechtsbeginselen onderscheiden, die in dit kader relevant zijn: vrijheid, gelijkheid, diversiteit en subsidiariteit.

Het vrijheidsbeginsel is het primaire rechtsbeginsel; de andere zijn in zekere zin alle afgeleid van dit rechtsbeginsel. Vrijheid is te onderscheiden in twee varianten: negatieve en positieve vrijheid. Negatieve vrijheid betreft het private domein, waarin mensen – binnen de grenzen van het recht – ongestoord kunnen doen wat binnen hun vermogen ligt. Positieve vrijheid betreft de mogelijkheden van mensen om autonoom te handelen en zich te ontplooien. Mensen hebben elkaar daarvoor nodig. Om die reden heeft positieve vrijheid in belangrijke mate betrekking op het publieke domein. Terwijl negatieve vrijheid de overheid vraagt zich van bemoeienis te onthouden, vergt positieve vrijheid dat zij zich inspant om bijvoorbeeld voorwaarden te scheppen.

Het gelijkheidsbeginsel is te onderscheiden in een formele en een materiële variant. Formele gelijkheid bevat een gebod om gelijke gevallen gelijk te behandelen en een verbod om te discrimineren. Materiële gelijkheid vraagt de overheid zich in te spannen om ongelijkheid zoveel mogelijk tegen te gaan, bijvoorbeeld door voorwaarden te scheppen waardoor burgers die zich in een ongelijke positie bevinden, toch kunnen deelnemen aan kunst en cultuur.

Diversiteit heeft ten slotte betrekking op de verscheidenheid aan culturen en cultuuruitingen, die met elkaar op gelijke voet staan. In het mediabeleid wordt in dit kader gesproken over pluriformiteit. De overheid moet voorwaarden scheppen om ervoor te zorgen dat burgers niet slechts toegang hebben tot een beperkt aantal cultuuruitingen, bijvoorbeeld die van de meerderheid of populaire cultuuruitingen.

Ten slotte brengt het subsidiariteitsbeginsel met zich dat de overheid het initiatief voor de totstandkoming van kunst en cultuur bij de samenleving neerlegt en zich niet bemoeit met de inhoud daarvan. Wel moet de overheid keuzen maken tussen cultuuruitingen. De rechtsbeginselen bieden haar daarbij een handvat. In het cultuurbeleid is kwaliteit voorts een belangrijk criterium om onderscheid te maken.

Hoofdstuk 5

De economisering van het cultuurbeleid

§ 5.1 Inleiding

Hiervoor heb ik uiteengezet welke rechtsnormen relevant zijn bij het beoordelen van de ethische en juridische legitimiteit van het cultuurbeleid. Deze rechtsnormen maken het mogelijk ontwikkelingen in het cultuurbeleid te toetsen. Eén van die ontwikkelingen is in hoofdstuk 1 aan de orde gekomen. De overheid wil meer ruimte maken voor marktwerking door eisen te stellen aan het ondernemerschap van gesubsidieerde instellingen en bezuinigt op cultuursubsidies.²⁴² Daarbij doet ze een groter beroep op het economisch belang van kunst en cultuur om haar beleid te legitimeren.

In dit hoofdstuk analyseer ik deze ontwikkeling, die ik hier aanduid als ‘economisering’. In paragraaf 5.2 zet ik dit begrip nader uiteen. Vervolgens behandel ik in paragraaf 5.3 per kabinetsperiode hoe de opeenvolgende bewindspersonen hiermee zijn omgegaan. Daarbij richt ik me primair op de beleidsnota’s, waarin zij hun opvattingen aan de Tweede Kamer mededelen. Secundair gebruik ik de literatuur over het cultuurbeleid en waar nodig rapporten van onder andere de Raad voor cultuur.

In paragraaf 5.4 ga ik kort in op het beleid voor de creatieve economie, dat nauw samenhangt met het cultuurbeleid en typerend is voor de economische benadering van kunst en cultuur. Ten slotte sluit ik het hoofdstuk in paragraaf 5.5 af met een conclusie.

§ 5.2 Economisering

Onder economisering versta ik alle aspecten die te maken hebben met de economische benadering van kunst en cultuur. In deze paragraaf schets ik de theoretische hoofdlijnen van het begrip; in paragraaf 6.2 ga ik dieper in op de economische benadering.

Economisering hangt samen met de opkomst van het marktdenken, of anders gezegd: ze komt voort uit het geloof dat de markt het beste instrument is om het maatschappelijk belang te behartigen.²⁴³ De overheid streeft vaker naar economische doelmatigheid. Voor zover overheidsbemoeienis geoorloofd is, moet ze in dienst staan van de vrije markt, waar consumenten zelf kunnen beslissen welke waarde zij toekennen aan diensten en producten.²⁴⁴ Hoewel het geloof in de vrije markt tegenwoordig op meer kritiek stuit,²⁴⁵ zijn in het cultuurbeleid voldoende aanwijzingen te vinden voor een zekere mate van

²⁴² Ter illustratie: in de periode 2009-2012 was € 530 miljoen beschikbaar, verdeeld over 205 culturele instellingen en 8 rijkscultuurfondsen. In de periode 2017-2020 was dit bedrag nog € 380 miljoen, verdeeld over 88 culturele instellingen en 6 rijkscultuurfondsen. Zie resp. Plasterk 2008b en Bussemaker 2016a.

Ondanks dat het kabinet-Rutte III de cultuurbegroting verhoogd heeft, wordt het oude niveau niet meer gehaald: in 2018 en 2019 komt er resp. € 25 en € 50 miljoen p.j. bij en vanaf 2020 jaarlijks structureel € 80 miljoen. Regeerakkoord 2017, p. 59.

²⁴³ Ontleend aan Sandel 2016, p. 19. Reijngoud schrijft dat economisering zich kenmerkt doordat men de markt – i.p.v. de politiek – gebruikt als model voor de aanpak van maatschappelijke vraagstukken. Deze opvatting is z.i. verraderlijk, omdat ze zelf is ingebed in het politieke neoliberalisme (zie ook par. 6.2). Reijngoud 2012, p. 26.

²⁴⁴ Throsby 2010, p. 34. Voor zover de overheid andere doelstellingen nastreeft, maakt zij zich volgens aanhangers van deze – neoliberale – opvatting schuldig aan paternalisme. Zie bv. Sandel 2013, p. 74.

²⁴⁵ Volgens Gielen en Lijster is de neoliberale opvatting dat de vrije markt de sleutel is tot vrijheid en welvaart debet aan de opvatting dat elk domein van de samenleving moet worden geleid door marktwerking, zelfs in domeinen waar voorheen geen echte markt bestond, zoals in het onderwijs of de gezondheidszorg. Gielen & Lijster 2015, p. 43. Zie voorts Ankersmit 2012, p. 145. Ankersmit betoogt dat het neoliberalisme niet gezien kan worden als vorm van liberalisme, omdat het neoliberalisme het bestaan van publieke belangen ontkent. In hoofdstuk 6 kom ik terug op de kritiek op de economische benadering van het cultuurbeleid.

economisering. Relevante ontwikkelingen zijn bijvoorbeeld de bezuiniging op kunst en cultuur, commercialisering, privatisering en verzakelijking.

Vanuit de overheid gezien is economisering te omschrijven als het doen van een groter beroep op marktwerking in plaats van op publieke normen om de samenleving te coördineren.²⁴⁶ Economisering van het cultuurbeleid veronderstelt dat de overheid zich het belang van kunst en cultuur in mindere mate aantrekt als haar eigen verantwoordelijkheid (zie paragraaf 1.3) en het behartigen ervan overlaat aan de samenleving, in het bijzonder aan individuen die daarbij belang hebben.²⁴⁷ Doordat de overheid afstand neemt, verschuift het belang van kunst en cultuur van het publieke naar het private domein.

§ 5.3 Chronologie van de economisering van het cultuurbeleid

§ 5.3.1 Inleiding

Als startpunt voor de chronologische verhandeling van de economisering van het cultuurbeleid neem ik het aantreden van het kabinet-Lubbers I in 1982. Terwijl men in het cultuurbeleid tot die tijd nauwelijks aan economische waarden refereert,²⁴⁸ vangt vanaf dat moment een nieuwe periode aan, die Pots de ‘nieuwe zakelijkheid’ noemt.²⁴⁹ Bijna twintig jaar later noemt de Raad voor cultuur economisering één van de belangrijkste tendensen die onze leefomgeving beïnvloeden en hun weerslag hebben op cultuur.²⁵⁰

De economisering zet zich voort ongeacht de politieke kleur van de verschillende bewindspersonen. Twee jaartallen zijn van bijzonder belang. Het eerste is 1999, wanneer het begrip cultureel ondernemerschap zijn intrede doet. Het tweede is 2011, wanneer de aangekondigde bezuiniging op kunst en cultuur de dynamiek in het cultuurdebat verandert en daarmee de weg plaveit voor meer aandacht voor economische waarde. Op beide jaartallen kom ik terug.

§ 5.3.2 De kabinetten-Lubbers I en II

Na de Tweede Wereldoorlog ligt de nadruk in het cultuurbeleid op de spreiding van cultuur (1945-1965) en het ideaal van de maakbare samenleving (1965-1982). Dat verandert door de komst van minister Brinkman.²⁵¹ Onder zijn bewind begint de “economisering van de kunst en het kunstbeleid met de nadruk op beheer en management”.²⁵² De koerswijziging van Brinkman valt samen met een economische recessie. Het kabinet-Lubbers I richt zich op het terugdringen van het begrotingstekort en kiest door middel van decentralisatie, deregulering en privatisering voor een terughoudende opstelling.²⁵³

²⁴⁶ Deze definitie is gebaseerd op Bovenberg en Van de Klundert, die onderzochten wat de gevolgen kunnen zijn van een groeiend vertrouwen in de markt als antwoord op maatschappelijke problemen. Hun definitie luidt: het doen van een groter beroep op het marktmechanisme en de figuur van volledige contracten bij het oplossen van coördinatievraagstukken in de samenleving. Bovenberg & Van de Klundert 1999, p. 45.

²⁴⁷ Zie ook Sandel 2016, p. 20.

²⁴⁸ (Hoge) cultuur en economie werden zelfs als tegenpolen beschouwd. WRR 2015, p. 20. In de jaren zestig besteedt men in de literatuur wel enige aandacht aan de economische aspecten van kunst. Het verschijnen van *Performing arts: the economic dilemma* van Baumol en Bowen in 1966 was bv. invloedrijk (en stond mogelijk zelfs aan de kiem van de economische analyse van kunst). J. Heilbrun, ‘Baumol’s cost disease’, in: Towse 2011, p. 67. Zie verder Elshout 2016, p. 150-151 over het kabinet-Van Agt I (vanaf 1977).

²⁴⁹ Pots 2010, p. 323. Ook internationaal komt de opvatting dat de culturele sector tevens een economische sector is, vanaf de jaren tachtig in zwang. Throsby 2015, p. 56.

²⁵⁰ Raad voor cultuur 2004.

²⁵¹ L.C. (Elco) Brinkman was in de kabinetten-Lubbers I en II namens CDA Minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur van 4 november 1982 tot 7 november 1989.

²⁵² Kuypers 1999, p. 10.

²⁵³ Regeerakkoord 1982, p. 68.

Brinkman laat zich bij het verstrekken van cultuursubsidies leiden door het criterium kwaliteit (zie paragraaf 4.3).²⁵⁴ Zijn beleid is gericht op het scheppen van voorwaarden voor het aanbod van kunst en cultuur en op het publiek in plaats van op welzijnsidealén.²⁵⁵ In zijn beleidsnota besteedt hij voorts een aparte paragraaf aan de economische aspecten van het cultuurbeleid. Volgens Brinkman moet dit beleid gericht zijn op het benutten en versterken van de mogelijkheden “die binnen de samenleving en dus ook binnen de markt voorhanden zijn.”²⁵⁶ In deze opvatting klinkt het subsidiariteitsbeginsel door. Brinkman wil dat gesubsidieerde instellingen beter gebruik maken van hun mogelijkheden om via de markt inkomsten te verdienen. Dit betekent zijns inziens echter niet dat de overheid minder subsidie hoeft te verstrekken: een verhoging van private inkomsten betekent zijns inziens een verbreding van de mogelijkheden *bij gelijk blijven van het overheidsvolume*. Brinkman haast zich te zeggen dat hij gesubsidieerde instellingen, die erin slagen meer eigen inkomsten te verdienen, niet wil straffen door hen minder subsidie te verstrekken. Evenmin wil hij afbreuk doen aan de eigen verantwoordelijkheid van de overheid.

Brinkman besteedt veel aandacht aan doelmatigheid. Daarmee bedoelt hij zowel de doelmatigheid van zijn eigen beleid als die van de bedrijfsvoering van gesubsidieerde instellingen. Het verstrekken van subsidie is zijns inziens pas aan de orde, als culturele instellingen zich daarvoor hebben ingespannen, anders dan door het aanvragen van subsidies.

Voorts erkent Brinkman dat publieke belangstelling niet altijd een zuivere graadmeter is voor de waarde van cultuur. De overheid moet er zijns inziens voor zorgen dat bepaalde cultuuruitingen de kans krijgen zich te bewijzen tegen onverschilligheid of zelfs aanvankelijke afwijzing door het publiek. Dan is het volgens Brinkman wel belangrijk dat er sprake is van kwaliteit. Alleen wanneer de kwaliteit van een cultuuruiting door een deskundige positief is beoordeeld, hoeft de mate van publieke belangstelling niet langer doorslaggevend te zijn.²⁵⁷

Brinkman breekt aldus een lans voor de economische waarde van kunst en cultuur en plaveit de weg voor een doelmatigheidstoets van zowel het cultuurbeleid zelf als van de bedrijfsvoering van culturele instellingen. In de opvatting van Brinkman komt het stimuleren van marktwerking echter niet in plaats van, maar in aanvulling op subsidie.

§ 5.3.3 *Het kabinet-Lubbers III*

In navolging van Brinkman legt ook minister d’Ancona²⁵⁸ nadruk op marktwerking en publieksbereik. Haars inziens heeft het cultuurbeleid “een marktaanvullende of zelfs marktcorrigerende werking”.²⁵⁹ De minister toont belangstelling voor de vraagkant van cultuur, al betekent dat haars inziens niet dat de markt steeds leidend moet zijn. Volgens Kuypers zijn sociaaldemocratische idealen als spreiding en emancipatie bij d’Ancona nog sterk aanwezig.²⁶⁰ Voor het beoordelen van subsidieaanvragen gebruikt

²⁵⁴ Pots 2010, p. 325.

²⁵⁵ Brinkman 1985, p. 19. Het voorwaardenscheppende karakter van het cultuurbeleid t.a.v. het publiek komt bv. tot uiting in de cultuureducatie en -participatie (amateurkunst).

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 25.

²⁵⁷ Brinkman 1987, p. 6.

²⁵⁸ H. (Hedy) d’Ancona was in het kabinet-Lubbers III namens PvdA Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Cultuur van 7 november 1989 tot 15 juli 1994.

²⁵⁹ d’Ancona 1992, p. 26.

²⁶⁰ Kuypers 1999, p. 10. De focus op de vraagzijde is volgens Kuypers een ‘breuk’ met de periode ervoor, waarin de focus op de aanbodzijde lag.

zij kwaliteit en verscheidenheid als criteria;²⁶¹ naderhand zijn deze opgenomen in artikel 2 van de Wsc, die in 1993 in werking is getreden.

In haar streven om de vraagkant van kunst en cultuur te benadrukken, reageert d'Ancona kritisch op het bestel waarin deskundigen subsidieaanvragen beoordelen. Haars inziens betekent dit dat cultuur in zekere zin alleen aan zichzelf verantwoording is verschuldigd. Deskundigen zijn volgens d'Ancona eerder uitgekeken op het min of meer bekende, ook als dat kwalitatief hoogstaand is. Bovendien zijn ze onvoldoende op de hoogte van wat er buiten hun vakkring speelt. Publieksbereik is daarom een zinvoller criterium, al schrijft de minister daarbij niet alleen te denken aan bezoekersaantallen, maar ook “aan de mogelijkheden die televisieregistraties bieden en aan het uitspelen van succesvol gebleken repertoire.”

Ook d'Ancona wil dat culturele instellingen meer eigen inkomsten verdienen “teneinde op die manier hun maatschappelijk functioneren te stimuleren.” Het verstrekken van subsidie moet meer het karakter van een investering krijgen. Wat betreft het stimuleren van de ‘cultuurindustrie’ als zodanig, wil de minister meer samenwerken met de Minister van Economische Zaken.²⁶² Dit voornemen krijgt een decennium later formeel gestalte door het creatieve-economiebeleid (zie paragraaf 5.4).

Ondanks haar aandacht voor de vraagkant van cultuur, stelt d'Ancona vast dat het cultuurbeleid vooral aanbodbeleid is. Haars inziens blijft de kern het creëren van gunstige voorwaarden voor het scheppen en behouden van cultuur. Kuypers is het daarmee echter niet eens en meent dat er wel degelijk een verschuiving plaatsvindt naar de vraagzijde van cultuur.

Evenals het geval was bij minister Brinkman, stuit ook het marktgerichte cultuurbeleid van d'Ancona op kritiek. Zo schrijft Van Stokkum:

“De nota (...) is kenmerkend voor de houding waarmee een land van kooplieden de kunsten bejegt: hoogwaardige kunst is geboden maar het artistieke bedrijf moet wel rendabel blijven. Zaalbezetting, inkomstenverwerving en marketing krijgen veel aandacht in de nota, maar de educatieve en emanciperende aspecten van kunst en cultuur worden veronachtzaamd.”²⁶³

De nadruk op bedrijfsmatig handelen komt ten slotte aan bod in de toelichting op de Wet verzelfstandiging rijksmuseumse diensten,²⁶⁴ waarin de minister schrijft:

“Mijn generale verantwoordelijkheid betreft het museale bestel als geheel. Invalshoek voor ondersteuning vanuit de generale verantwoordelijkheid is de kwaliteit van de uitoefening van museale functies en niet de tekorten in beheer en exploitatie van individuele musea. [...] Met mijn beleid sluit ik aan bij een ontwikkeling [...] die ik zou willen kenschetsen als de professionalisering van het museum als bedrijf. Musea gaan steeds meer bedrijfsmatig opereren. Dat is vooral van belang omdat de producten van het museum daardoor in kwaliteit kunnen toenemen. Het is echter ook noodzaak om te kunnen overleven op de markt van cultuur en vrije tijd, waar de concurrentie steeds scherper wordt.”²⁶⁵

²⁶¹ d'Ancona 1992, p. 35. Volgens d'Ancona is het kwaliteitsbeginsel een *inhoudelijk* beginsel: “Hiermee komt de opvatting tot uitdrukking dat de overheid zich bij haar beleidsmatige keuzen in belangrijke mate laat leiden door overwegingen van inhoudelijke kwaliteit.” Daarbij zij opgemerkt dat kwaliteit politiek en levensbeschouwelijk neutraal is: ze wordt beoordeeld op basis van artistieke en cultuurhistorische overwegingen. Verscheidenheid ziet in het cultuurbeleid in overwegende mate op artistiek-inhoudelijke en cultuurhistorische waarden. Daarin ligt volgens d'Ancona een verschil met pluriformiteit, dat vooral op normatieve, ethische en levensbeschouwelijke gronden wordt gewaardeerd. d'Ancona kijkt naar verscheidenheid per discipline (letteren, podiumkunsten, et cetera) en vervolgens naar de functie die een aanvrager meent te vervullen.

²⁶² d'Ancona 1992, p. 51.

²⁶³ B. van Stokkum, ‘Het grote publiek laat zich niet verleiden door lage prijzen en een breed aanbod, het moet voor de kunst gewonnen worden’, *Binnenlands bestuur*, 28 augustus 1992, p. 30-31.

²⁶⁴ *Stb.* 1993, 398. De wet is inmiddels ingetrokken (art. 10.1, onder f, van de Erfgoedwet). Zie voorts de intrekking van de Wet van 26 mei 1870 tot regeling van het onderwijs van Rijkswegen in de beeldende kunsten; *Stb.* 2000, 25. De wetgever meldt in de MvT: “De privatisering van de Rijksakademie van beeldende kunsten ligt in het verlengde van de diverse – succesvolle – privatiseringen die reeds zijn verwezenlijkt op het terrein van de cultuur.” *Kamerstukken II* 1999/00, 26 843, nr. 3.

²⁶⁵ d'Ancona 1990.

Zodoende heeft minister d’Ancona de ‘nieuwe zakelijkheid’ van haar voorganger voortgezet. Dat de twee bewindspersonen een andere politieke kleur hebben, heeft daaraan niet in de weg gestaan.

§ 5.3.4 Het kabinet-Kok I

Anders dan zijn voorgangers legt staatssecretaris Nuis²⁶⁶ geen nadruk op de verhouding tussen cultuur en markt. In beschouwingen over de economisering van het cultuurbeleid blijft hij ongenoemd. In *Pantser of ruggengraat. Cultuurnota 1997-2000*²⁶⁷ richt Nuis geen ruimte in voor de economische aspecten van cultuur. Zijn aandacht gaat met name uit naar het kunstonderwijs en de positie van kunstenaars. Wel toont de staatssecretaris zich voorstander van ondernemerschap. Op de vraag of de overheid zich moet bemoeien met de bemiddeling tussen toneelgezelschappen en podia, schrijft Nuis:

“Gevreesd wordt dat te veel nadruk op bemiddeling de relatie tussen aanbieder en afnemer vertroebelt. Als gesubsidieerde bemiddeling het ondernemerschap van de podia in de weg zou staan, zou ik die scepsis delen. Voor producties die zich goed lenen voor spreiding en die dat ook nodig hebben voor hun bedrijfsvoering, acht ik het risico echter gering.”²⁶⁸

Ook elders spreekt de staatssecretaris van ‘artistieke ondernemers’. Hiermee lijkt hij de aanvullende rol van de overheid te onderstrepen. Zij mag het ondernemerschap van kunstenaars en culturele instellingen niet verstoren. Nuis richt zijn cultuurbeleid dan ook op de taken die de overheid zijns inziens *wel* behoort uit te voeren.

In vergelijking met het beleid van zijn voorgangers zijn de beleidsnota’s van staatssecretaris Nuis al met al zeer terughoudend waar het aspecten van economisering betreft.

§ 5.3.5 Het kabinet-Kok II

Staatssecretaris Van der Ploeg²⁶⁹ heeft bij uitstek een economische kijk op kunst en cultuur. In zijn opvatting leidt subsidie niet tot meer culturele vrijheid: kunstenaars zijn vrij, indien zij in staat zijn te leven van de inkomsten van hun eigen werk, zonder afhankelijk te zijn van de overheid. Ook de culturele sector is een economische sector, aldus Van der Ploeg, waarin mensen vaker voor eigen rekening en risico werken en als ondernemers hun *human capital* ter beschikking stellen. Hierdoor verliest het verstrekken van subsidie zijn status als officiële erkenning.²⁷⁰

Door de nadruk op ondernemerschap en kunstenaars als *human capital* te leggen, plaveit Van der Ploeg – die zelf ook econoom is – het pad voor de opkomst van de creatieve economie als onderwerp van beleid. Van der Ploeg benadrukt het verband tussen cultuur en economie en spreekt van een ‘culturele industrie’. Voor Nederland geldt dat in 1995 zeven procent van alle in Nederland gevestigde bedrijven actief was in de culturele industrie en drie procent van de werknemers daar werkte, een cijfer dat vergelijkbaar is met de horeca.²⁷¹ Die cijfers spreken de staatssecretaris aan. Hij vreest dat het gesubsidieerde deel van de sector achterblijft bij de groei die de culturele industrie in zijn geheel doormaakt, omdat dit deel zich onvoldoende aangesproken voelt om in te spelen op ontwikkelingen.

²⁶⁶ A. (Aad) Nuis was in het kabinet-Kok I namens D66 Staatssecretaris van Cultuur van 22 augustus 1994 tot 3 augustus 1998.

²⁶⁷ Nuis 1996.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 36.

²⁶⁹ F. (Rick) van der Ploeg was in het kabinet-Kok II namens PvdA Staatssecretaris van Cultuur van 3 augustus 1998 tot 22 juli 2002.

²⁷⁰ Van der Ploeg 1999b, p. 4.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 5.

Om het verband tussen cultuur en economie te bevestigen, introduceert Van der Ploeg het begrip ‘cultureel ondernemerschap’ in het cultuurbeleid.²⁷² Dit begrip is afkomstig uit de literatuur, waarover meer in paragraaf 6.7. Het is de moeite waard om de opvattingen van de staatssecretaris over cultureel ondernemerschap hier aan te halen. Hij omschrijft dit begrip als volgt:

“Onder de noemer van cultureel ondernemerschap wil ik cultuurmakers en –bemiddelaars beter toerusten voor de maatschappij van vandaag. Cultureel ondernemerschap is allereerst een houding die erop is gericht zoveel mogelijk kunstzinnig, artistiek-cultureel, zakelijk en maatschappelijk rendement te halen uit culturele voorzieningen. Cultureel ondernemerschap vereist durf, een open en naar buiten gerichte opstelling, alertheid op het benutten van kansen en mogelijkheden, gebruik maken van instrumenten en technieken uit de commerciële sector, niet schromen nieuwe en onconventionele wegen te bewandelen, ontsluiten van culturele schatten voor nieuwe publieksgroepen, en open verbindingen leggen tussen gesubsidieerde en niet gesubsidieerde segmenten van het culturele leven. Oogmerk is het beste populair te maken en het populaire beter. Cultureel ondernemerschap is dan ook een middel, en geen op zichzelf staand doel.

Een cultureel ondernemer bevindt zich in het spanningsveld tussen enerzijds artistieke ambities en anderzijds verkoopbaarheid, toegankelijkheid en publieksvoorkeuren. De culturele ondernemer die mij voor ogen staat, is niet het prototype van de zakenman of manager. Hij is scheppend of uitvoerend kunstenaar, of conservator, ontwerper, filmproducent, of theaterregisseur. Ondernemerschap appelleert aan creativiteit, inventiviteit, durf en risico. Ik noem hem cultureel, omdat hij bijdraagt aan de verbetering van het culturele klimaat.”²⁷³

Cultureel ondernemerschap is volgens Van der Ploeg een instrument om meer rendement te halen uit culturele voorzieningen en het gesubsidieerde en het niet-gesubsidieerde deel van de culturele sector dichter bij elkaar te brengen. Volgens de staatssecretaris verenigen zich in de cultureel ondernemer twee hoedanigheden:

“De *culturele*, omdat hij in hoge mate kennis en gevoel heeft voor de kunsten, voor de creatieve processen, een neus voor het creatieve talent. De *ondernemende*, omdat hij zijn publiek kent, alert is op nieuwe kansen en gebruik weet te maken van marketinginstrumenten uit de commerciële sector.”²⁷⁴

Volgens Van der Ploeg zijn deze hoedanigheden wel van elkaar te onderscheiden, maar niet van elkaar te scheiden. Elke cultureel ondernemer handelt als kleine zelfstandige en heeft te maken “met een steeds kritischer en mondiger publiek, dat vluchtiger, grilliger en minder trouw is, op een vrijetijdsmarkt die steeds competitiever en beweeglijker wordt en waarin het steeds meer aankomt op snelheid, innovatie, differentiatie, maatwerk.” Hij beaamt dat de kans op mislukkingen groot is:

“Dat is niet erg, want zonder experiment zijn er geen interessante successen. Cultureel ondernemerschap uit zich dan ook zeker niet in het onderdrukken van experimenteerdrang die aan elke culturele prestatie van belang vooraf gaat. Cultureel ondernemerschap komt wel om de hoek kijken bij het aan de man brengen van geslaagde experimenten. [...] Natuurlijk zal de ware cultureel ondernemer daarbij trouw blijven aan zijn artistieke missie en integriteit.”

In zijn behandeling van cultureel ondernemerschap verwijst Van der Ploeg naar het overheidsbeleid om ondernemerschap te versterken.²⁷⁵ Daarin staan drie uitgangspunten: een open markt, zo weinig en zo transparant mogelijke wetten en regels en een vruchtbaar ondernemersklimaat. Volgens de staatssecretaris zijn deze algemene uitgangspunten ook geschikt voor cultureel ondernemers.

Om cultureel ondernemerschap te bevorderen, wil Van der Ploeg in de eerste plaats projectsubsidies verstrekken aan beeldend kunstenaars, die zich daarvoor moeten verantwoorden. In de tweede plaats wil hij bij de verlening van basisstipendia een zwaarder gewicht toekennen aan professionaliteit naast de artistiek-inhoudelijke kwaliteit.²⁷⁶ In de derde plaats wil hij dat musea ten minste vijftien procent

²⁷² Zie Van der Ploeg 1999a en vooral 1999b.

²⁷³ Van der Ploeg 1999b, p. 3.

²⁷⁴ Ibid., p. 8.

²⁷⁵ *De ondernemende samenleving: meer kansen, minder belemmeringen voor ondernemerschap* (Beleidsnota van de Staatssecretaris van Economische Zaken), bijlage bij *Kamerstukken II 1998/99*, 26 736, nr. 1.

²⁷⁶ Van der Ploeg 1999b, p. 12. Een basisstipendium is een bijdrage aan het inkomen van een beeldend kunstenaar of vrije vormgever ter bevordering van de artistieke ontwikkeling. Zie bv. art. 1, aanhef en onder o, van de (per 1 januari 2014

van hun financiering via publieksinkomsten verdienen. Ten slotte legt de staatssecretaris veel nadruk op *cultural governance* (zie ook paragraaf 7.4).²⁷⁷

In de literatuur is Van der Ploeg onder andere omschreven als de bewindspersoon die het 'primaat van de markt' definitief heeft gevestigd. Van kunstenaars heeft hij cultureel ondernemers gemaakt; de populaire cultuur, dat wil zeggen kunst en cultuur die de voorkeur van het publiek genieten, krijgen ruim baan. Kuypers merkt het beleid van de staatssecretaris daarom aan als neoliberal. ²⁷⁸

In veel opzichten geeft staatssecretaris Van der Ploeg aanleiding voor deze conclusie. Dit laat onverlet dat hij de vrije markt vooral ziet als een *instrument* voor meer financieel en maatschappelijk draagvlak voor cultuur. Het cultuurbeleid als zodanig zet hij niet onder druk. Integendeel, met het oog op cultureel ondernemerschap schrijft hij een nieuw doel te willen toevoegen: toerusting. Daaronder verstaat hij:

“het toerusten van kunstenaars en culturele instellingen in inhoudelijk, financieel, fiscaal en commercieel opzicht, zodat zij in het cultureel ondernemerschap hun artistieke en maatschappelijke bestaansrecht kunnen bewijzen. Subsidies zijn in dat licht te beschouwen als investeringen in het bestaansrecht van de cultuur, niet zozeer als zoals het altijd wordt gezien als correcties op de markt. De markt hoeft helemaal niet gecorrigeerd te worden, hoogstens aangevuld en al helemaal niet uitgeschakeld. Integendeel: de cultuur moet meer dan voorheen leren hoe ze het marktmechanisme moet bedienen.”²⁷⁹

De overheid moet volgens Van der Ploeg niet alleen optreden als subsidiegever, maar ook als makelaar, coach en investeerder. Andere voorzieningen die zij kan treffen, zijn fiscale faciliteiten, het stimuleren van opdrachtgeverschap en sponsoring en het aantrekken van particulier kapitaal via matchingconstructies. Zulke voorzieningen moeten leiden tot positieve prikkels voor cultureel ondernemerschap.

Desondanks is Kuypers kritisch. Volgens hem wijkt Van der Ploeg niet af van zijn voorgangers door de manier waarop hij naar de betekenis van cultuur voor de samenleving kijkt, maar door de manier waarop hij de samenleving in relatie tot de markt ziet. Van der Ploeg ziet de maatschappij niet langer als sociale gemeenschap, aldus Kuypers, maar als markt van vraag en aanbod, waarin cultuur is verworden van “combinatie van praktijken, ideeën, rituelen en instituties” tot “een bedrijf, dat geleid wordt door professionele krachten, die als ondernemers in dat bedrijf opereren.”²⁸⁰

Kuypers verbaast zich erover dat Van der Ploeg iedereen in de culturele sector aanmerkt als cultureel ondernemer, ongeacht of het om een kunstenaar of zakelijk directeur gaat. Die keuze past volgens hem in een mensbeeld, waarin maatschappelijk handelen instrumenteel wordt benaderd. Kunst en cultuur staan daar zijns inziens haaks op (zie ook paragraaf 6.4.2).²⁸¹

In het algemeen leidt de omslag van Van der Ploeg aanvankelijk tot veel ophef. Veelzeggend is een vroege reflectie uit juni 1999 in dagblad Trouw:

“Opschudding. Dat is wat staatssecretaris Rick van der Ploeg (PvdA) het afgelopen jaar nastreefde. Want volgens hem is het cultuurwereldje een vastgeroest bolwerk van een kleine elite, waar jongeren en allochtonen niet te zoeken hebben. [...] Vanaf zijn allereerste toespraak [...] bracht hij de politiek en de kunst in rep en roer. Reacties, uiteenlopend van geamuseerde verbazing (vooral na wéér een citaat van Oscar Wilde) tot regelrechte woede, waren zijn deel. [...] Eén van zijn stokpaardjes was het cultureel ondernemerschap. De kunstenaar moet zich oriënteren op de smaak van het publiek, in plaats van op het subsidieloket, vindt hij. [...] Door de vele plannen en plannetjes schiep

vervallen) Nieuwe regeling stimuleringsubsidies 1 voor beeldend kunstenaars, vormgevers, beoefenaars van de bouwkunst en bemiddelaars van het voormalige Fonds voor beeldende kunsten, vormgeving en bouwkunst (*Stcrt.* 2011, 4697).

²⁷⁷ Van der Ploeg 1999b, p. 27.

²⁷⁸ Kuypers 1999, p. 10.

²⁷⁹ Van der Ploeg 1998.

²⁸⁰ Kuypers 1999, p. 11-12.

²⁸¹ Kuypers 1999, p. 18.

*Van der Ploeg ook verwarring over zijn bedoelingen. Wil hij de kunst nu uitleveren aan de markt of juist aan de overheid?, vroeg kunstminnend Nederland zich af. Want enerzijds wil Van der Ploeg dat kunstenaars zich meer richten op de markt (cultureel ondernemerschap), anderzijds wil hij kunstenaars en instellingen doelstellingen opleggen (een groter publiek bereiken). Het antwoord is: beide. Van der Ploeg wil meer markt én meer overheid. Hij is niet liberaal, hij is niet socialistisch, maar paars, zegt hij zelf. Want: hoe meer markt je toelaat, hoe meer overheid je nodig hebt.”*²⁸²

De vraag is of Van der Ploeg met die laatste opmerking ook doelde op een grotere bureaucratie. Volgens Pots waren de publieke reacties feller dan anders.²⁸³ In de berichtgeving uit 2000 is te lezen dat kunstenaars – “omgeven door toeters, rookbommen en vuurwerkfakkels” – bijvoorbeeld in en voor het Theater Instituut Nederland in Amsterdam demonstreerden tegen de voorgenomen plannen.²⁸⁴

Samenvattend zet Van der Ploeg de economisering van het cultuurbeleid voort en voegt hij daaraan een nieuw element toe: cultureel ondernemerschap. Zijn bereidheid om te veranderen leidt tot ophef, maar getuigt ook van een visie op wat er buiten het cultuurbeleid gebeurt. Van der Ploeg zoekt een verbinding tussen cultuur en economie. In paragraaf 6.7 kom ik terug op het cultureel ondernemerschap.

§ 5.3.6 Het kabinet-Balkenende II

Een kortstondige periode van LPF-staatssecretaris Van Leeuwen²⁸⁵ buiten beschouwing latend, richt staatssecretaris Van der Laan²⁸⁶ haar beleid onder andere op het economisch belang van cultuur. Samen met de Minister en Staatssecretaris van Economische Zaken is ze bovendien verantwoordelijk voor de totstandkoming van beleid voor de creatieve economie, waarover meer in paragraaf 5.4.

In haar eerste beleidsnota werkt staatssecretaris Van der Laan het begrip cultureel ondernemerschap niet verder uit, al noemt ze de term wel. Een bloeiende cultuur draagt haars inziens bij “aan het creatief en innovatief vermogen van de samenleving, de ondernemingszin, het aanzien van ons land, en heeft ook een samenbindend vermogen.”²⁸⁷ Instellingen die in aanmerking willen komen voor subsidie, moeten onder andere voldoen aan een bedrijfsmatigheidstoets en aan eisen van governance.²⁸⁸

Van der Laan verwacht van culturele instellingen dat zij doelmatig handelen. In ruil belooft ze de regeldruk voor subsidies te verminderen. Haar uitgangspunt is dat zij weliswaar verantwoordelijk is voor een goede en gerichte controle op de besteding van subsidie, maar dat instellingen zelf verantwoordelijk zijn voor hun beheer, bestuur en toezicht.²⁸⁹

Voorts doet Van der Laan een expliciet beroep op het economische belang van cultuur. Niet alleen is cultuur haars inziens zelf een cruciale productiefactor in een kenniseconomie, ook staat culturele innovatie aan de bron van het commercieel succes van veel diensten en producten:

²⁸² ‘Rode draad van Van der Ploeg nu zichtbaar’, *Trouw* 11 juni 1999.

²⁸³ Pots 2010, p. 338.

²⁸⁴ ‘Kunstenaars weer op de barricaden’, *NRC Handelsblad* 21 oktober 2000. De demonstraties richtten zich o.a. op het voornemen om gesubsidieerde culturele instellingen te verplichten om drie procent van hun begroting aan jongeren en allochtonen te besteden.

²⁸⁵ C.H.J. (Cees) van Leeuwen was in het kabinet-Balkenende I namens LPF Staatssecretaris van Cultuur van 22 juli 2002 tot 27 mei 2003.

²⁸⁶ M.C. (Medy) van der Laan was in het kabinet-Balkenende II namens D66 Staatssecretaris van Cultuur van 27 mei 2003 tot 3 juli 2006.

²⁸⁷ Van der Laan 2003b en 2004.

²⁸⁸ Van der Laan 2003a.

²⁸⁹ Van der Laan 2003a, p. 4.

“Cultuur draagt bij aan nationaal prestige en een reputatie van creativiteit, ondernemingszin en beschaving. Bedrijven nemen het culturele klimaat van een stad mee in hun beslissing zich ergens te vestigen. Werknemers vinden het op hun beurt belangrijk dat de stad waarin ze werken een hoogwaardig cultureel aanbod biedt. De culturele sector heeft bovendien belangrijke economische uitstralingseffecten op belendende sectoren als het toerisme, de horeca en de middenstand. Niet toevallig hebben musea, monumenten, de podiumkunsten en de film een lange traditie van particulier mecenaat en initiatief. Hoewel de rol van de overheid in delen van de cultuur prominent is, behoeft het geen betoog dat de vitaliteit en dynamiek van de sector gebaat is bij de voelbare aanwezigheid van particulieren en bedrijfsleven, die vanuit betrokkenheid investeren in cultuur.”²⁹⁰

Van der Laan schrijft vervolgens in samenwerking met de Minister van Economische Zaken maatregelen te willen treffen om de economische kracht van cultuur te versterken, zoals dat volgens haar ook in andere Europese landen de praktijk is.

Opvallend aan het beleid van Van der Laan is dat zij kunst en cultuur vooral in een breder economisch perspectief plaatst. Voor zover zij aandacht besteedt aan cultureel ondernemerschap, ligt de nadruk op doelmatigheid.

§ 5.3.7 Het kabinet-Balkenende IV

In 2007 geeft minister Plasterk²⁹¹ het begrip cultureel ondernemerschap een nieuwe impuls. In zijn cultuurnota *Kunst van leven* stelt de minister waarde te hechten aan goed bestuur, ondernemerschap en professionalisering. Hij wil zijn beleid daarom richten op het versterken van die aspecten.²⁹² Daartoe stelt hij de Commissie Cultuurprofijt in, die hij verzoekt onderzoek te doen naar het maatschappelijk draagvlak voor cultuur, in het bijzonder naar: 1) de mogelijkheden om verbindingen te leggen tussen de culturele sector en andere maatschappelijke sectoren, waarbij wordt uitgegaan van de eigen kracht en intrinsieke waarde van cultuur; en 2) de mogelijkheden van zakelijke verbetering bij culturele instellingen. Wat betreft het tweede punt, verwijst de minister naar de begroting van het regeerakkoord *Samen werken, samen leven*, waarin een post ‘profijtbeginsel’ is opgenomen.²⁹³ Plasterk definieert dit begrip niet, maar schrijft in *Kunst van leven* dat het te maken heeft met marketing en efficiëntere productie.

De commissie waarschuwt tegen het afkalven van het maatschappelijk draagvlak voor kunst en cultuur. Die neergang heeft negatieve gevolgen voor de legitimiteit van het cultuurbeleid. Om meer draagvlak te creëren, adviseert de commissie ondernemerschap te bevorderen. De commissie schrijft dat de overheid daarvoor duidelijke doelstellingen moet formuleren en schetst drie opties:²⁹⁴

1. het overdragen van de verantwoordelijkheid voor overheidsfinanciering aan andere partijen, zoals particulieren of het bedrijfsleven;
2. het versterken van culturele organisaties; en
3. het versterken van het maatschappelijk draagvlak.

De commissie raadt de eerste doelstelling af. Daarentegen zou het “zeer geëigend” zijn een combinatie van de tweede en derde doelstelling na te streven. Om die te bereiken, stelt de commissie voor om

²⁹⁰ Van der Laan 2003b, p. 10-11.

²⁹¹ R.H.A. (Ronald) Plasterk was in het kabinet-Balkenende IV namens PvdA Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap van 22 februari 2007 tot 23 februari 2010. De kortstondige periode waarin minister M.J.A. (Maria) van der Hoeven namens CDA de portefeuille cultuur onder haar hoede had tussen 3 juli 2006 en 22 februari 2007 (het overgangskabinet-Balkenende III) komt hier niet aan bod.

²⁹² Plasterk 2007, p. 21.

²⁹³ Regeerakkoord 2007. Opmerkelijk is dat het “profijtbeginsel cultuur” alleen in de begroting (bijlage) wordt genoemd en niet nader wordt uitgewerkt.

²⁹⁴ Cultuurprofijt 2008, p. 14.

negatieve prikkels in subsidieregelingen te vervangen door positieve prikkels die ondernemerschap stimuleren, zoals het toestaan van het opbouwen van reserves.²⁹⁵

Voorts pleit de commissie voor het vaststellen van een eigeninkomstennorm voor bis-instellingen. De eigeninkomstennorm is het percentage dat een instelling minimaal aan eigen inkomsten moet hebben gegenereerd ten opzichte van het totaal aan ontvangen subsidies. Die norm zou tussen de twintig en 25 procent moeten kunnen liggen.²⁹⁶ De eigeninkomstennorm kan dan tevens als uitgangspunt worden genomen voor het bepalen van eventuele overheidsbezuinigingen.²⁹⁷

De commissie doet meer aanbevelingen om ondernemerschap een plek te geven in het cultuurbeleid. Zo moet de overheid investeren in een programma dat culturele instellingen op weg helpt om meer eigen inkomsten te verdienen. Ook kan de overheid het mecenaat aantrekkelijker maken door fiscaal gunstige wetgeving. Het beleid voor de creatieve economie moet worden voortgezet, omdat het bijdraagt aan innovatie via ondernemerschap. In het verlengde daarvan stelt de commissie dat haar belangrijkste aanbeveling is om het cultuurbeleid te verbinden aan andere beleidsterreinen en het domein ‘cultuur en economie’ verder te ontwikkelen. Dit betekent volgens de commissie dat de “verkokering op ambtelijk niveau” moet worden doorbroken en samenwerking nodig is “om te helpen bevorderen dat de cultuursector niet onnodig opgesloten wordt in het subsidiedomein”.²⁹⁸

Minister Plasterk onderschrijft de aanbevelingen van de commissie en neemt deze in hoofdlijnen over. Zijns inziens is ondernemerschap geen doel op zich, maar een middel om maatschappelijk engagement te bereiken. De eigen inkomsten die instellingen verdienen, zijn volgens hem een graadmeter voor maatschappelijk draagvlak.²⁹⁹

Plasterk neemt vervolgens een aantal maatregelen om ondernemerschap te versterken. In de eerste plaats introduceert hij de eigeninkomstennorm en het ondernemerschapscriterium.³⁰⁰ In de tweede plaats voert hij twee tijdelijke subsidieregelingen in: de Tijdelijke regeling aanvulling eigen inkomsten cultuurinstellingen³⁰¹ (ook wel: de matchingsregeling) en de Subsidieregeling innovatie cultuuruitingen.³⁰² De eerste regeling biedt een aanvulling op de instellingssubsidies die verband houdt met de hoogte van de eigen inkomsten: hoe hoger die zijn, hoe groter de aanvullende matchingssubsidie. Met de tweede regeling worden deskundigheid en samenwerking in de sector bevorderd. In hoofdstuk 7 ga

²⁹⁵ Er gold een terugstortverplichting van niet gebruikte subsidiemiddelen voor culturele instellingen.

²⁹⁶ Daarbij zij wel opgemerkt dat er rekening moet worden gehouden met uitzonderingen en groeimodellen. Zo varieerden de eigen inkomsten bij musea in 2005 tussen 1,37 en 67,68 procent. Cultuurprofijt 2008, p. 17.

²⁹⁷ Ook hier adviseert de commissie nadrukkelijk dat bij het bepalen van de hoogte van het kortingspercentage rekening moet worden gehouden met instellingen waarbij op grond van zwaarwegende argumenten moet worden aangenomen dat zij de eigeninkomstennorm niet kunnen halen.

²⁹⁸ Cultuurprofijt 2008, p. 43. De strekking van het rapport viel volgens Pots ook in de kunstwereld goed. Pots 2010, p. 346. Zie ook ‘Kunstsubsidie maakt lui en gemakzuchtig’, *NRC* 1 februari 2008. Volgens artistiek leider Klamer van Het Toneel maakt subsidie “ook lui, arrogant en gemakzuchtig. Het is de plicht van elke gezelschap om kwaliteit te spiegelen aan het aantal toeschouwers. Voor lege of halflege zalen maak je geen toneel. Toneel moet ondernemerschap zijn.” Belangenvereniging Kunsten '92 waarschuwt dat ook de overheid voor een cultuuromslag staat: “Het beleid moet niet telkens wisselen, het moet realistisch zijn en niet leiden tot onverantwoorde kortingen.”

²⁹⁹ Plasterk 2008a. De gedachte dat ‘maatschappelijke waarde’ – naast criteria als kwaliteit, pluriformiteit en participatie – een nieuwe legitimatie voor cultuursubsidies zou zijn, is in 2013 overigens bekritiseerd door Blokland, die van mening is dat maatschappelijke waarde hoe dan ook, d.w.z. onder alle omstandigheden en voor alle beleidsterreinen, legitimerend is voor publieke besluitvorming en het verstrekken van publieke middelen. In zoverre kan dit dus onmogelijk een nieuw criterium zijn. Wat z.i. wel is veranderd is de aandacht voor marktwerking en eigen inkomsten als onderdeel van dit criterium. H. Blokland, ‘Laat cultuurbeleid over aan de politiek’, *BenM* 2013(4).

³⁰⁰ Zie de wijziging van de Regeling subsidies en uitkeringen cultuuruitingen, *Stert.* 2007, 206.

³⁰¹ *Stert.* 2009, 42.

³⁰² Regeling van de Minister van OCW houdende regels voor subsidieverstrekking t.b.v. vernieuwende activiteiten om het maatschappelijk draagvlak voor cultuuruitingen te verdiepen en verbreden; *Stert.* 2009, 110.

ik dieper in op de eigeninkomstennorm en het ondernemerschapscriterium; in paragraaf 7.4.2 komen de twee tijdelijke subsidieregelingen nog eens aan de orde.

Het cultuurbeleid van minister Plasterk laat een zekere continuïteit zien ten opzichte van dat van zijn voorgangers.³⁰³ Opvallend is de bijzondere positie die cultureel ondernemerschap in zijn cultuurbeleid inneemt. Mede doordat de minister de aanbevelingen van de Commissie Cultuurprofijt ter harte neemt, kan het begrip zich verder ontwikkelen in het beleid.

§ 5.3.8 *Het kabinet-Rutte I*

Het cultuurbeleid van staatssecretaris Zijlstra³⁰⁴ luidt een periode van verdergaande economisering in. Het regeerakkoord van het kabinet-Rutte I bevat een duidelijke boodschap:

“Het kabinet wil meer ruimte geven aan de samenleving en het particulier initiatief en de overheidsbemoedienissen beperken. Kunst en cultuur zijn tenslotte ook van en voor de samenleving. Bij verstrekking van subsidies wordt voortaan eerst gekeken naar de mogelijkheden eigen inkomsten te verwerven. Er komt meer aandacht voor de verdien capaciteit van cultuur.”³⁰⁵

Naast de in paragraaf 1.1.2 besproken bezuiniging³⁰⁶ wil het kabinet de tijdelijke subsidieregelingen van Plasterk (zie paragraaf 5.3.7) schrappen, een ‘Geefwet’ tot stand laten komen en rijkscultuurfondsen samenvoegen.

In *Meer dan kwaliteit* legt Zijlstra veel nadruk op de economische waarde van kunst en cultuur en het belang van de culturele sector om zelf inkomsten te verdienen. Niet alleen merkt de staatssecretaris op dat cultuur een economische kracht is, maar hij stelt ook dat de creatieve sectoren harder groeien dan de rest van de economie. De economische betekenis van cultuur en creativiteit voor andere sectoren en het woon- en vestigingsklimaat staat zijns inziens meer in de belangstelling. Dat geldt ook voor de aantrekkingskracht van cultuur op het toerisme.

De opvatting dat deskundigen moeten bepalen welke instellingen subsidie krijgen, is volgens Zijlstra achterhaald door maatschappelijke ontwikkelingen als individualisering en keuzevrijheid. Hierdoor is het maatschappelijk en politiek draagvlak voor cultuursubsidies afgenomen. Het kabinet staat volgens Zijlstra voor een omslag:

“De overheid treedt te veel op als financier en bij de verlening van subsidies is nu te weinig aandacht voor publiek en ondernemerschap. Het kabinet wil dat culturele instellingen en kunstenaars ondernemender worden en een groter deel van hun inkomsten zelf verwerven. Culturele instellingen moeten minder afhankelijk worden van de overheid en daardoor flexibeler en krachtiger worden.”³⁰⁷

Zijlstra heeft een sterke, dat wil zijns inziens zeggen ondernemende en innovatieve culturele sector voor ogen, die “net zo creatief is in het bereiken en aan zich binden van nieuw publiek als in het aanbieden van kwalitatief hoogstaande cultuur”. Zijn visie is geënt op marktwerking: daar komt het grootste deel van het cultuuraanbod tot stand. Om die reden spitst Zijlstra zijn beleid – in navolging van Plasterk – toe op eigen inkomsten en ondernemerschap.³⁰⁸

³⁰³ Zie ook Pots 2010, p. 348.

³⁰⁴ H. (Halbe) Zijlstra was in het kabinet-Rutte I namens VVD Staatssecretaris van Cultuur van 14 oktober 2010 tot 5 november 2012.

³⁰⁵ Regeerakkoord 2010, p. 28.

³⁰⁶ Zie ook Cultuur in beeld 2014. In een interview zegt Zijlstra over de bezuiniging: “Als je zou kiezen voor maar zes procent, zal de culturele wereld proberen de bezuinigingen op te vangen binnen de bestaande kaders. Als je écht een omslag wil maken, is een onse eraf niet genoeg.” ‘Halbe Zijlstra: Niet Raad voor Cultuur maar publiek moet bepalen wat goede kunst is’, *Vrij Nederland* 12 januari 2011.

³⁰⁷ Zijlstra 2011.

³⁰⁸ Zijlstra 2011, p. 12.

Zijlstra begint met een eigeninkomstennorm van 17,5 procent als toetredingsnorm voor de bis. Die norm geldt althans voor cultuurproducerende instellingen; van podiumkunstinstanties verwacht hij een niveau van 21,5 procent. Zijn bedoeling is de eigeninkomstennorm jaarlijks met één procent te verhogen. Vanaf 2017 zou de norm dan 21,5 procent voor cultuurproducerende instellingen en 25,5 procent voor podiumkunstinstanties zijn.³⁰⁹ In paragraaf 7.3 kom ik hierop terug.

De Raad voor cultuur waarschuwt in 2011 dat ondernemerschap niet zomaar van de grond komt: het vraagt om een nieuwe werkwijze van culturele instellingen, waarin marketing een grotere rol speelt dan zij gewend zijn.³¹⁰ De overheid moet daarom consistente regels maken, die cultureel ondernemerschap stimuleren in plaats van hinderen. De raad schrijft zich daarom te verbazen over het plan om de matchingsregeling van minister Plasterk af te schaffen.

Voorts waarschuwt de raad dat de eigen inkomsten in de culturele sector niet zullen stijgen in een periode van economische recessie. De staatssecretaris moet het tempo waarmee hij zijn bezuiniging doorvoert daarom koppelen aan realistische inschattingen. Van het bedrijfsleven en particulieren kan bovendien niet worden verwacht dat zij de lacunes die de overheid achterlaat, gelijk zullen opvullen.

In zijn advies pleit de raad voor een overgangperiode. Een betekenisvolle verhoging van de eigen inkomsten kan zijns inziens niet ‘overnight’ worden gerealiseerd; een abrupte beëindiging van het aanbod blijft bovendien niet zonder omvangrijke personele en rechtspositionele gevolgen. Zijlstra neemt dit voorstel niet over, omdat het niet in de vierjarensystematiek van het subsidiestelsel past en met de Tweede Kamer is afgesproken dat de nieuwe bis per 1 januari 2013 zou ingaan.

Om de gewijzigde koers en de bezuiniging op te vangen, doet de raad nog een aantal voorstellen. Hij stelt bijvoorbeeld voor onderzoek te doen naar de voor- en nadelen van eigendomsoverdracht van gebouwen³¹¹ en fiscale maatregelen te nemen om de overgang mogelijk te maken. Het kan dan gaan om belastingvoorzieningen die het vestigingsklimaat voor ondernemers in de creatieve sector aantrekkelijker maken, om belastingvoordelen voor het geven aan of beleggen in cultuur³¹² of om het openstellen van zogenaamde tateagaathregelingen voor culturele instellingen.³¹³ Ten slotte moet de overheid oog hebben voor andere instrumenten dan subsidies, zoals leningen, borgstellingsregelingen en investeringsfondsen. In andere sectoren is volgens de raad ervaring opgedaan met bijvoorbeeld vouchers, innovatiegericht aanbesteden en opdrachtgeverschap. Zonder extra overheidsmaatregelen is het streven naar meer cultureel ondernemerschap geen haalbare doelstelling.

In zijn afsluitende betoog over de relatie tussen de bezuiniging en de nadruk op ondernemerschap en eigen inkomsten, schrijft de raad in een spraakmakende overweging:

“Op zich is het niet onlogisch een economische crisissituatie te gebruiken om maatregelen te nemen op gebied van efficiency en effectiviteit, of – zoals al langer het voornemen is – om het verwerven van eigen inkomsten van culturele instellingen sterker te stimuleren. Het argument dat daarvoor nu wordt gebruikt, is echter curieus: de kunst dient te worden teruggegeven aan de samenleving. Curieus omdat kunst en cultuur integraal deel uitmaken van het dagelijks

³⁰⁹ In de toelichting op de Subsidieregeling culturele basisinfrastructuur 2013-2016 schrijft Zijlstra dat podiumkunstinstanties moeten voldoen aan een hogere norm, omdat voor deze sector al eerder beleid is ingezet om meer eigen inkomsten te verdienen. *Stert*. 2011, 19431.

³¹⁰ Raad voor cultuur 2011, p 17-19.

³¹¹ In december 2013 maakt minister Bussemaker per brief aan de Tweede Kamer kenbaar dat de gebouwen waarin de rijksmusea zijn gevestigd, eigendom van de staat blijven. Om de musea toe te rusten op hun taak als cultureel ondernemer om de rijkscollectie optimaal te beheren en tentoon te stellen, waarbij de huisvesting een essentieel onderdeel is, krijgen zij wel meer zeggenschap, die m.n. een rol kan spelen bij bouwactiviteiten (bv. waar het aankomt op contractsvrijheid). Bussemaker 2013c.

³¹² Op 1 januari 2012 is de Geefwet (*Stb*. 2011, 641) in werking getreden. Deze wet blijft hier buiten beschouwing.

³¹³ Een tateagaathregeling (ook wel ‘durkapitaal’) is een eenvoudige lening voor startende ondernemers, waarbij de uitlener aanspraak maakt op fiscale voordelen of rentevrijstelling, mits de lening aan een aantal (door de Belastingdienst) goedgekeurde voorwaarden voldoet. Een gebruikelijke voorwaarde is dat de rente niet hoger dan de wettelijke rente mag zijn.

leven van miljoenen Nederlanders, als publiek én als beoefenaars, en de directe en indirecte economische spin-off van culturele activiteiten is bijzonder groot [...] Bovendien is kunst een succesvol exportartikel. De vraag is met andere woorden wat precies aan wie moet worden teruggegeven. Indien het kabinet met ‘samenleving’ eigenlijk doelt op de markt en op een ruimere plek voor marktwerking in de cultuursector, dan zij ten overvloede opgemerkt dat culturele instellingen hun bedrijfsvoering al langer serieus nemen en indien nodig nog serieuzer dan tot nog toe. De instellingen dienen de relatie met hun publiek te begrijpen als een centraal aspect van hun beleid, zo meent het kabinet. Maar het kabinet dient te begrijpen dat de markt niet geacht mag worden garant te kunnen staan voor de instandhouding van de culturele infrastructuur, noch voor de innovatieve kracht van de kunstsector, zoals dat ook niet het geval is voor de wereld van het onderwijs en het wetenschappelijk onderzoek.”³¹⁴

Staatssecretaris Zijlstra legt een deel van het advies, waaronder dat met betrekking tot het invoeren van een overgangstermijn, naast zich neer. Dit leidt tot het opstappen van de voorzitter van de raad.³¹⁵

Samenvattend gaat staatssecretaris Zijlstra een stap verder dan zijn voorgangers door de economische benadering van het cultuurbeleid voorop te stellen. Hij legt het zwaartepunt bij de economische waarde van kunst en cultuur en laat culturele instellingen weten dat zij in het vervolg minder van de overheid hoeven te verwachten. Uit zijn beleidsnota’s is bovendien op te maken dat Zijlstra de lat voor bijvoorbeeld de eigen inkomsten steeds hoger had willen leggen.

§ 5.3.9 *Het kabinet-Rutte II*

Minister Bussemaker³¹⁶ heeft een andere kijk op het belang van kunst en cultuur dan haar voorganger, maar krijgt met dezelfde begroting te maken. Hierdoor ‘normaliseert’ de toon van het cultuurdebat, terwijl de kritiek aanhoudt. Anders dan Zijlstra had aangekondigd, verhoogt de minister de eigeninkomstennorm voor de periode 2017 tot en met 2020 niet. Zij schrijft van culturele instellingen te verwachten dat zij werk blijven maken van het vergroten van hun maatschappelijk draagvlak, dat zich deels vertaalt in eigen inkomsten. Daarnaast wil zij instellingen de ruimte geven om te innoveren en met nieuwe vormen te experimenteren. Omdat zulke inspanningen niet altijd meer eigen inkomsten opleveren, komt de beoogde jaarlijkse groei van de eigeninkomstennorm te vervallen.³¹⁷

Hiermee geeft de minister indirect meer armslag aan culturele instellingen: zij kunnen zich meer richten op vernieuwing in plaats van op rendement. Ondernemerschap blijft echter een belangrijk subsidiecriteria. Bussemaker noemt een investering in goed ondernemerschap een investering in de toekomst van de culturele sector. Ze onderschrijft de resultaten van het programma Ondernemerschap cultuur, dat door Zijlstra was opgezet en haars inziens het ondernemerschap van een nieuwe generatie makers en programmeurs heeft versterkt en heeft bijgedragen aan een oriëntatie op andere geldstromen dan subsidies.³¹⁸

Daarbij heeft de minister hoge verwachtingen van de opkomst van microkrediet, dat wil zeggen leningen op maat met een gunstige afbetalingsregeling. Lenen op maat is te zien als een investering in de beroepspraktijk, die bijdraagt aan meer opdrachten, een groter professioneel netwerk en een verbetering van de inkomenspositie.³¹⁹

Bussemaker schrapt ‘ondernemerschap’ als zelfstandig subsidiecriteria (zie voorts paragraaf 7.4), maar neemt het op als onderdeel van het subsidiecriteria ‘maatschappelijke waarde’. Het vergroten van maatschappelijk draagvlak is haars inziens niet alleen een financieel-economische kwestie.

³¹⁴ Raad voor cultuur 2011, p. 19.

³¹⁵ ‘Voorzitter Raad van Cultuur vertrekt, commissie Podiumkunsten stapt op’, *De Volkskrant* 1 juli 2011.

³¹⁶ M. (Jet) Bussemaker was in het kabinet-Rutte II namens PvdA Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap van 5 november 2012 tot 26 oktober 2017.

³¹⁷ Bussemaker 2015, p. 20.

³¹⁸ *Ibid.*, p. 15.

³¹⁹ *Ibid.*, p. 16.

Instellingen moeten ook in staat zijn om artistieke projecten mogelijk te maken door “mensen en middelen te bewegen”. Publieksbereik is een belangrijke graadmeter voor maatschappelijk draagvlak, zowel in kwantitatieve als in kwalitatieve zin.³²⁰

De wijze waarop Bussemaker ondernemerschap in termen van maatschappelijke waarde beschrijft, valt samen met de plaats die zij aan het belang van cultuur toekent als onderdeel van een brede maatschappelijke agenda.³²¹ Ze stelt dat cultuur een sterke impuls geeft aan het toerisme en bijdraagt aan de economische groei van een stad. Culturele evenementen dragen voorts bij aan het welzijn van inwoners en moedigen de samenwerking van gemeenten met ondernemers en het bedrijfsleven aan. De minister wil instellingen de ruimte geven om de samenwerking met andere ‘maatschappelijke aandachtsgebieden’ te versterken. Eind 2014 zegt Bussemaker in een toespraak:

“The final step is that we need to stimulate our cultural and creative industries to add value to society. We have to take them beyond the boundaries of the cultural world and help them to connect with other areas of society, such as healthcare, infrastructure and environmental sustainability. This goal is rooted in our growing awareness of how fruitful these crossovers can be, both today and in the future.”³²²

Naast de positieve visie van Bussemaker voor kunst en cultuur, valt haar beroep op het economisch belang van de culturele sector op. In een beleidsnota over cultuuronderwijs schrijft ze dat deze vorm van onderwijs niet alleen de nieuwsgierigheid en verbeeldingskracht van kinderen ontwikkelt, maar ook dat meer aandacht voor creativiteit in het onderwijscurriculum goed is voor de concurrentiepositie van Nederland. Een dynamische arbeidsmarkt vraagt haars inziens om een flexibele beroepsbevolking. Het cultuuronderwijs moet mede daarom worden verbeterd.³²³

Om haar cultuurbeleid te legitimeren, doet de minister zowel een beroep op het economisch belang van kunst en cultuur als op het belang van kunst en cultuur voor andere beleidsterreinen. De WRR waarschuwt in 2015 dat het cultuurbeleid geen instrument moet worden “om effecten of waarde op andere beleidsterreinen, zoals economie, zorg, welzijn en democratie, te bereiken.”³²⁴ Er is dan sprake van ‘*policy attachment*’, dat wil zeggen het verbinden van een beleidsterrein aan een ander beleidsdomein, dat vaak een prominentere plaats inneemt en een grotere begroting heeft. Dit nodigt volgens de WRR uit om kunst en cultuur vooral te bezien in relatie tot dat andere beleidsterrein, waardoor de zelfstandige waarde van kunst en cultuur in het geding komt.³²⁵

De WRR gaat in zijn rapport ook in op een aantal aspecten van economisering. Hij onderscheidt een artistiek, sociaal en economisch perspectief op kunst en cultuur, waarin respectievelijk verbeelden, verspreiden en verdienen centraal staan.³²⁶ Het artistieke perspectief gaat uit van eigenschappen die de culturele sector zelf aan kunst en cultuur toeschrijft, zoals schoonheid, ontroering, inspiratie of verzoening. De overheid vertaalt het artistieke perspectief in maatregelen die kunstenaars in staat stellen hun artistieke werk te doen. Kwaliteit is daarvoor het doorslaggevende criterium; de autonomie van de kunstenaar een voorwaarde.³²⁷ De nadruk op die autonomie verhoudt zich echter slecht met commerciële overwegingen. Inmiddels heeft de cultureel ondernemer de idee van de ‘zichzelf opofferende kunstenaar’ terzijde geschoven.

³²⁰ Toelichting bij de Subsidieregeling culturele basisinfrastructuur 2017-2020, *Stcrt.* 2015, 37135.

³²¹ Bussemaker 2014a.

³²² Toespraak Bussemaker tijdens de afsluiting van de Asia Europe Meeting op 21 oktober 2014. Raadpleegbaar op www.rijksoverheid.nl.

³²³ *Kamerstukken II* 2016/17, 32 820, nr. 215.

³²⁴ WRR 2015, p. 18.

³²⁵ *Ibid.*, p. 19.

³²⁶ WRR 2015, p. 22.

³²⁷ Van oudsher is de autonome positie van de kunstenaar beschermd door wet- en regelgeving, waarvan de Beeldende kunstenaarsregeling en de Wet werk en inkomen kunstenaars exemplarisch waren.

Het sociale perspectief is volgens de WRR altijd belangrijk geweest in het cultuurbeleid, dat bijvoorbeeld is ingezet als beschavingsoffensief of om vorm te geven aan een nationale identiteit. Daarnaast is cultuur populair als instrument ter bevordering van de gezondheid of het onderwijs of ter bestrijding van criminaliteit. Eigen aan het sociale perspectief is de aandacht voor de toegang tot cultuur. Uit onderzoek blijkt volgens de WRR dat veel burgers hun vrije tijd niet of nauwelijks aan cultuur besteden.³²⁸ Het consumptiegedrag van bezoekers verandert bovendien. Het toenemende belang van publieksbereik maakt het culturele instellingen lastig, omdat bezoekers zich moeilijk laten sturen. Financiële prikkels werken nauwelijks en de overheid heeft weinig invloed op factoren als opleiding en thuismilieu. Culturele instellingen hebben een zware taak aan het inspelen op de wensen van hun publiek. De WRR vraagt zich daarom af of de overheid de culturele sector niet overvraagt door te verlangen dat de sector bijdraagt aan het realiseren van allerlei sociale doelen, zoals het bevorderen van de gezondheid of het versterken van sociale cohesie in de buurt.³²⁹ De positieve effecten van cultuurdeelname zijn ten slotte nog niet overtuigend bewezen, aldus de WRR.

Ten slotte wint het economische perspectief aan invloed. Die ontwikkeling roept echter een paar vragen op. Zo hebben sponsors en het mecenaat niet gebracht, wat de overheid ervan verwachtte. Populaire initiatieven als crowdfunding zijn vooralsnog van beperkte betekenis gebleven. De WRR waarschuwt tegen verschillen in het verdienvermogen van culturele instellingen. Het succes van eigen inkomsten is deels afhankelijk van ondernemerschap, maar er zijn andere factoren die even goed een rol spelen: locatie, type aanbod, de schaal waarop culturele instellingen actief zijn en het publiek dat zij aantrekken.³³⁰ Zo hebben grote, gunstig gelegen instellingen met een specifiek profiel hun financiële positie flink kunnen verbeteren, omdat ze veel bezoekers krijgen, naamsbekendheid genieten en op een groter netwerk van bijvoorbeeld kapitaalkrachtige vrienden en donateurs kunnen steunen. In de literatuur spreekt men in dit verband van een ‘mattheuseffect’, dat wil zeggen het effect dat men meer geeft aan degene die al veel heeft.³³¹ In het cultuurbeleid betekent dit dat de culturele instellingen die de publieke middelen het minst nodig hebben, daarvan het meest profiteren.

In *Ruimte voor cultuur* schrijft de minister de belangrijkste aanbevelingen van de WRR over te nemen. Onder verwijzing naar een uitspraak van Gerrit Komrij dat kunstenaars geen ezels zijn die pakjes dragen, stelt zij dat cultuur een eigen waarde heeft, die niet uitsluitend is te vatten in termen van sociale en economische effecten. Haars inziens vloeien belangrijke maatschappelijke en economische waarden voort uit de intrinsieke waarde van kunst en cultuur.³³²

Samenvattend zet minister Bussemaker de verzakelijking van het cultuurbeleid verder door, al is ze kritisch op de toon die haar voorganger heeft aangeslagen tegenover de culturele sector. De minister heeft relatief veel oog voor het economisch en sociaal belang van kunst en cultuur. Ondernemerschap blijft een belangrijk onderdeel van haar beleid.

³²⁸ WRR 2015, p. 30.

³²⁹ Ibid, p. 34.

³³⁰ Ibid, p. 36.

³³¹ De Museumvereniging spreekt van het ‘Rijksmuseumeffect’: “Musea klaagden in de gesprekken over de vele en soms ook tegenstrijdige eisen die overheden aan hen stellen, terwijl tegelijkertijd de middelen om die eisen te realiseren teruglopen. De verwachtingen zijn vaak torenhoog en weinig realistisch, omdat de grote successen (‘het Rijksmuseumeffect’) de toon zetten. ‘Hoe beter die grote musea het doen, hoe hoger ook de lat voor [middelgrote en kleine musea] wordt gelegd. En hoe beter je het een bepaald jaar doet, hoe meer er een volgend jaar van je wordt gevraagd.” Museumvereniging 2014, p. 23.

³³² Bussemaker 2015, p. 7.

§ 5.3.10 Het kabinet-Rutte III

Bij het afronden van dit proefschrift was de beleidsnota *Cultuur in een open samenleving* van minister Van Engelshoven³³³ net verschenen. Tegenover de Tweede Kamer sprak zij zich eerder uit tegen de opvatting dat een groter publieksbereik meer inkomsten moet opleveren. Om nieuwe doelgroepen aan te spreken, is laagdrempelige toegang geboden. Volgens Van Engelshoven is de eigeninkomstennorm van 25 procent redelijk haalbaar: het ophogen ervan zou haars inziens tot een verschraling van het aanbod leiden. In plaats daarvan richt zij haar aandacht liever op vernieuwing, die juist voortkomt uit cultuuruitingen die niet meteen een groot publieksbereik hebben. Voorts spreekt Van Engelshoven van een ‘redelijk gezonde mix’ in de huidige situatie en is zij voornemens te kijken of publieksvoorkeuren een rol kunnen spelen bij de toekenning van subsidieaanvragen.³³⁴

In *Cultuur in een open samenleving* doet de minister geen nadrukkelijk beroep op de economische waarde van kunst en cultuur. Wel stelt zij dat het belang van kunst en cultuur onder andere is gelegen in hun maatschappelijke functie. Volgens Van Engelshoven kan cultuur de tijdgeest vangen en daartegenin gaan:

“In onze tijd zijn die maatschappelijke functies van cultuur onmisbaar. Als rationalisering en rendement dominante thema’s zijn in een samenleving, is cultuur als tegenkracht van cruciaal belang.”³³⁵

De aandacht voor eisen aan werkgeverschap en opdrachtgeverschap (zie voorts paragraaf 7.5.4) is ook bij Van Engelshoven aanwezig, al veronderstelt zij dat hier geen nieuws onder de zon is: onder verwijzing naar een rapport van belangenvereniging Kunsten ’92 over de arbeidsmarkt in de culturele sector, stelt de minister dat goed werkgeverschap, goed opdrachtgeverschap en goed ondernemerschap “het nieuwe normaal” zijn geworden in de sector.³³⁶ Daar hoort haars inziens wel een redelijke beloning bij. Om die reden wil de minister bijdragen aan scholing en de verdere ontwikkeling van honoreringsrichtlijnen. Vanaf 2012 moet het naleven van onder andere de Fair practice code een regulier onderdeel worden van de bedrijfsvoering van culturele instellingen en van de voorwaarden in het subsidiebeleid.

Aan het begin van de bewindsperiode van Van Engelshoven brengt de Raad voor cultuur ten slotte een toekomstverkenning uit. Daarin stelt de raad dat in de Wsc een duidelijke omschrijving van algemene doelstellingen ontbreekt. Omdat artikel 2 van de Wsc zijns inziens te abstract en ruim is geformuleerd, is het onduidelijk waar de verantwoordelijkheid en de taken van de overheid beginnen en eindigen. Met het oog op verschillende maatschappelijke perspectieven³³⁷ adviseert de raad de minister om heldere doelstellingen te formuleren en die bij voorkeur wettelijk te verankeren. De raad stelt daarbij vier doelstellingen voor:

1. Creatieve en kunstzinnige talenten krijgen kansen en mogelijkheden om zich artistiek te ontplooiën.
2. Iedereen heeft, ongeacht leeftijd, culturele achtergrond, inkomen en woonplaats, toegang tot cultuur.
3. Er is een pluriform aanbod van cultuur, waarin het bestaande wordt gekoesterd en het nieuwe wordt omarmd.

³³³ I.K. (Ingrid) van Engelshoven was in het kabinet-Rutte III namens D66 Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap vanaf 26 oktober 2017.

³³⁴ *Kamerstukken II* 2017/18, 34 775-VIII, nr. 55, p. 52-53 (verslag van een wetgevingsoverleg).

³³⁵ Van Engelshoven 2018, p. 3.

³³⁶ *Ibid.*, p. 21.

³³⁷ De raad onderscheidt een creërend, receptief, historisch en maatschappelijk perspectief, d.w.z. het perspectief van resp. de maker, de toeschouwer, de cultuurgeschiedenis dan wel cultuurvernieuwing en de samenleving.

4. Er is een veilige haven voor cultuur om te kunnen reflecteren op de samenleving en haar burgers, waarop ook kritiek geleverd kan worden.³³⁸

In de voorgestelde doelstellingen weerklinken het vrijheids-, gelijkheids- en diversiteitsbeginsel, alsmede de culturele rechten. Om de opdracht van de minister om cultuurbeleid te voeren duidelijker te formuleren, ben ik met de raad van mening dat het verstandig is om zulke doelstellingen, waarin de rechtsbeginselen tot uitdrukking komen, op te nemen in de wet. De verschillende beleidsdoelen van de minister, zoals de economische beleidsdoelen, zullen in dat geval eveneens beter te beoordelen zijn in hun context.

§ 5.4 De creatieve economie

De belangstelling van de bewindspersonen voor de economische waarde van kunst en cultuur blijkt niet alleen uit het cultuurbeleid zelf, maar ook uit een belendend beleidsterrein: dat voor de creatieve economie. Dit beleidsterrein is relatief jong en betreft een samenwerking van de Minister van Cultuur met zijn ambtgenoot van Economische Zaken. Hoewel het cultuurbeleid en het beleid voor de creatieve economie naast elkaar staan, zijn ze niet los van elkaar te zien. Het beleid voor de creatieve economie draait om de economische waarde van creativiteit. Dat begrip omvat de kunsten, maar reikt verder: kunst is het resultaat van creativiteit, maar niet alle creativiteit leidt tot kunst.³³⁹ De overheid erkent het belang van creativiteit voor de economie en de rol die kunst daarin speelt. Haar belangstelling voor de creatieve economie laat daarom zien dat zij kunst mede opvat als onderdeel van haar economische beleid. Om die reden stel ik het hier beknopt aan de orde.

Opvattingen over de creatieve economie, ook wel aangeduid als creatieve industrie, krijgen in 2005 een plaats in het beleid van de rijksoverheid. In 2005 schrijven staatssecretaris Van der Laan en haar ambtgenoot van Economische Zaken de economische potentie van cultuur en creativiteit te willen versterken.³⁴⁰ Creativiteit is huns inziens essentieel voor de kenniseconomie. Hun beleid is erop gericht de creatieve sectoren en andere economische sectoren te verbinden: het bedrijfsleven is gebaat bij creativiteit, terwijl de creatieve sectoren kunnen leren hun kansen op de markt beter te benutten.³⁴¹ De bewindspersonen onderschrijven dat culturele voorzieningen bijdragen aan de lokale economie en de aantrekkingskracht van steden op toeristen en de creatieve klasse.³⁴² Zij definiëren de creatieve economie door een opsomming te maken van de branches, waarop zij haar beleid richt. Dit levert in 2005 de volgende tabel op:³⁴³

³³⁸ Raad voor cultuur 2017.

³³⁹ Zie bv. Gielen & Lijster 2015, p. 31. De auteurs benadrukken dat alleen kunstenaars creativiteit omwille van de creativiteit zelf gebruiken. In andere beroepen is creativiteit een instrument om een ander doel te bereiken.

³⁴⁰ EZ/OCW 2005.

³⁴¹ Ook Klamer spreekt van een win-winsituatie: in de culturele sector is z.i. de creativiteit aanwezig, die de economie zo hard nodig heeft. Klamer, in: *MMNieuws* 2006, 4/5, p. 10.

³⁴² De term is ontleend aan Florida, die de 'creative class' omschrijft als mensen die hoofdzakelijk worden betaald om creatief werk te verrichten en nieuwe ideeën te bedenken, zoals mensen in de wetenschap, architectuur, design, het onderwijs en kunst en entertainment, maar ook professionals in bv. de financiële of juridische wereld. Florida 2004, p. 8.

³⁴³ EZ/OCW 2005, p. 13. In 2009 schrijft het kabinet zich ervan bewust te zijn dat 'de' creatieve economie niet bestaat, maar dat het om diverse spelers gaat, die vaak zijn in te delen in verschillende subsectoren. EZ/OCW 2009, p. 12.

Branches binnen de creatieve industrie

<i>Creatie</i>	<i>Materiële productie</i>	<i>Distributie en detailhandel</i>
Kunsten <ul style="list-style-type: none"> • Beeldende kunst en fotografie • Podiumkunsten: muziek, dans, theater • Recreatiecentra, organisatie van culturele evenementen 	<ul style="list-style-type: none"> • Beeldende kunst en fotografie • Productie van podiumkunsten: muziek, dans, theater • Reproductie en uitgeverij van CD's en DVD's • Recreatiecentra, evenementenhallen 	<ul style="list-style-type: none"> • Musea en expositieruimtes, tentoonstellingen, kunstveiling, kunsttuitleen, galeries • Schouwburgen en concertgebouwen, evenementenhallen • CD- en DVD-winkels • Recreatiecentra, culturele evenementen, evenementenhallen
Media en entertainment <ul style="list-style-type: none"> • Film: Scenario, Scriptwriting en andere pre-productie. • Idem bij radio- en televisie • Schrijven: romans, poëzie, non-fictie • Journalistiek 	<ul style="list-style-type: none"> • Filmproductie, incl. ondersteunende activiteiten • Productie van radio- en televisieprogramma's • Uitgeverij en boekdrukkerij • Uitgeverij en drukkerij dagbladen 	<ul style="list-style-type: none"> • Filmdistributie, bioscopen, filmtheaters, videotheken • Omroeporganisaties • Openbare bibliotheken, boekhandels • Openbare bibliotheken, winkels in boeken, tijdschriften en kranten
Creatieve zakelijke dienstverlening <ul style="list-style-type: none"> • Industriële vormgeving, modeontwerp, grafisch ontwerp • Creatieve ICT: games, nieuwe media • Architectuur, stedenbouwkundig ontwerp, landschapsarchitectuur • Reclame 	<ul style="list-style-type: none"> • Vervaardiging van meubels, kleding, brilmonturen, auto's, enzovoorts, enzovoorts... • Creatieve ICT: games, nieuwe media • Algemene burgerlijke en utiliteitsbouw, projectontwikkeling • Drukkerijen 	<ul style="list-style-type: none"> • Handel in kleding, brillen, meubels, auto's, enzovoorts, enzovoorts... • Handel in computers en software • Projectontwikkeling, handel in onroerend goed • Overige reclamediensden

<i>Toelichting</i>
Beperkte definitie: creatie
Ruime definitie: creatie, materiële productie, distributie en detailhandel
Niet behorend tot de creatieve bedrijfstakken

De kolommen stellen drie stadia voor: initiële creatie, materiële productie en distributie. De betekenis van creativiteit voor het toevoegen van waarde is het grootst in het eerste stadium en neemt daarna af. De stadia zijn overigens niet altijd goed van elkaar te scheiden.

De bewindspersonen maken geen normatief onderscheid tussen de culturele sector en andere sectoren in de creatieve economie. Vanuit de economische benadering doet de vraag of een sector al dan niet artistieke waarde toevoegt, huns inziens niet ter zake.³⁴⁴

In latere beleidsnota's over de creatieve economie wijzen de verantwoordelijke bewindspersonen opnieuw op het belang van de creatieve economie voor economische groei.³⁴⁵ De creatieve sectoren hebben niet alleen "een eigen culturele en economische waarde, zij dragen ook bij aan de dynamiek, vitaliteit en groei in andere sectoren."³⁴⁶ De bewindspersonen willen daarom werken aan innovatieve en ondernemende creatieve sectoren, waarvan de producten en diensten breed worden benut: niet alleen in economisch, maar ook in cultureel en maatschappelijk opzicht.

In een gezamenlijke verkenning noemen de Raad voor cultuur en de Adviesraad voor wetenschap, technologie en innovatie de creatieve economie een hybride ecosysteem, dat meer omvat dan alleen een economische topsector. Uiteindelijk gaat het volgens de raden om het creatieve talent van makers. Om hun potentieel in te kunnen zetten voor de samenleving en de economie, moet de overheid dat talent ruimte bieden en tot bloei laten komen. De raden adviseren aandacht te schenken aan zowel de culturele en maatschappelijke als aan de economische waarde van creatief ondernemerschap.³⁴⁷

³⁴⁴ EZ/OCW 2005, p. 7.

³⁴⁵ Resp. EZ/OCW 2009 en EZ/OCW 2015.

³⁴⁶ EZ/OCW 2009, p. 11.

³⁴⁷ Raad voor cultuur & Awti 2015, p. 6.

De minister kijkt ook in het kader van zijn cultuurbeleid jaarlijks naar de bijdrage van de culturele en creatieve sector aan het bruto binnenlands product (bbp) en het economisch belang van cultuuroeris-me.³⁴⁸ Op die manier sijn cijfers over het economisch belang van deze sectoren door in het cultuurdebat.

§ 5.5 Besluit

In het cultuurbeleid is sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw een zekere mate van economisering gaande. De overheid doet een groter beroep op marktwerking in plaats van op publieke normen om de samenleving te coördineren. Ze toont meer belangstelling voor de economische waarde van kunst en cultuur, stelt eisen aan de zakelijke kwaliteit en het ondernemerschap van gesubsidieerde instellingen en legitimeert haar beleid vaker met een beroep op het economisch belang van kunst en cultuur. Dit brengt met zich dat het belang van kunst en cultuur gestaag van het publieke naar het private domein verschuift.

Alle bewindspersonen die sinds 1982 verantwoordelijk zijn geweest voor het cultuurbeleid, hebben hieraan in mindere of meerdere mate bijgedragen. Dit betekent dat de ontwikkeling niet aan één politieke partij of kleur is toe te schrijven: onder de bewindspersonen bevinden zich politici van zowel de linker- als de rechterkant van het Nederlandse politieke spectrum.

Voor zover bewindspersonen een persoonlijk stempel hebben proberen te drukken, betreft dat vooral de toon van het cultuurdebat en de aandacht voor andere dan alleen de economische waarde van cultuur. Naast de opkomst van de ‘nieuwe zakelijkheid’ van Brinkman in 1982, zijn 1999 en 2011 belangrijke jaartallen. In 1999 introduceert staatssecretaris – en econoom – Van der Ploeg het cultureel ondernemerschap in het cultuurbeleid. Met dit criterium vestigt hij een nieuwe maatstaf in het cultuurbeleid, die door zijn opvolgers verder is uitgewerkt, zij het met andere accenten. In 2011 voert staatssecretaris Zijlstra een grootschalige, omstreden bezuiniging op kunst en cultuur door. Daarmee dwingt hij culturele instellingen die deels of geheel afhankelijk zijn van subsidie om zich op de markt te oriënteren. Zijn aandacht is niet slechts gericht op private inkomsten als *aanvulling* op overheidsfinanciering; deze inkomsten zouden ook ter *vervanging* kunnen dienen.

Naast het cultuurbeleid voert de Minister van Cultuur samen met zijn ambtgenoot van Economische Zaken beleid voor de creatieve economie. Dit beleidsterrein richt zich op creativiteit als economische bron. Kunst en cultuur spelen daarin een belangrijke rol. Er is sprake van een zekere overlap tussen de beleidsterreinen, zij het dat de benadering afwijkt. Toch zijn de overwegingen die de overheid maakt in het kader van haar beleid voor de creatieve economie, vergelijkbaar met de overwegingen die zij in het licht van de economisering van het cultuurbeleid maakt. De belangstelling voor de economische waarde van kunst en cultuur is een gemeenschappelijke deler.

Op de vraag wat deze ontwikkeling betekent voor de legitimiteit van de overheid om zich met kunst en cultuur te bemoeien, ga ik in het volgende hoofdstuk in.

³⁴⁸ Cultuur in beeld 2015, deel 2, p. 9-10. Onder de ‘culturele en creatieve sector’ verstaat de rijksoverheid hier de “cultuursector en de creatieve industrie in hun volle breedte”, dat wil zeggen: cultureel erfgoed, kunsten, film, creatieve industrie, letteren en bibliotheken. Tussen 1995 en 2014 is het percentage dat de sectoren aan het bbp bijdragen redelijk stabiel gebleven: het gaat om ongeveer 2,25%. De cijfers zijn afkomstig van het CBS. M.i.v. 2018 is de publicatiereeks *Cultuur in beeld* van de minister overigens vervangen door een nieuwe publicatiereeks van het SCP. Zie *Kamerstukken II* 2017/18, 32 820, nr. 219.

Hoofdstuk 6

De economisering in perspectief

§ 6.1 Inleiding

De hiervoor beschreven ontwikkeling voegt een nieuw hoofdstuk toe aan het cultuurbeleid. De overheid verstrekt subsidies vaker met een beroep op het economisch belang van kunst en cultuur en vult haar eigen rol soberder in. Juridisch gezien roept deze ontwikkeling in eerste instantie geen vragen op. De overheid geniet veel vrijheid om haar beleid naar eigen inzicht in te richten; de inhoud en reikwijdte van haar verantwoordelijkheid zijn permanent onderwerp van debat (zie paragraaf 1.3). De overheid kan een beroep doen op beleidsdoelen, zoals het behartigen van economische belangen, om haar beleid te legitimeren (zie paragraaf 2.3.2). Culturele rechten staan die beleidsdoelen in beginsel niet in de weg; ze leggen de overheid slechts een inspanningsverplichting op. Juridisch gezien is er daarom geen reden om aan te nemen dat de overheid de economische waarde van kunst en cultuur niet zou mogen erkennen, laat staan dat zij het economische belang daarvan niet naast andere belangen zou mogen nastreven. Dit betekent niet dat de juridische benadering geen rol meer speelt. In de hierna volgende hoofdstukken zal ik uiteenzetten dat het recht in de weg staat aan bepaalde interpretaties of uitvoeringen van de ontwikkeling (hoofdstuk 7) en dat het een zeer relevante factor is om rekening mee te houden bij het verder doorzetten ervan (hoofdstuk 8).

Ethisch gezien moet het cultuurbeleid ten minste verenigbaar zijn met de grondrechten, in dit geval met name de culturele rechten, om te kwalificeren als minimaal moreel legitiem (zie paragraaf 2.2.2). De conclusie dat het nastreven van economische belangen juridisch niet in strijd is met de culturele rechten, is in dit verband echter mager. Ondanks dat de culturele rechten juridisch niet afdwingbaar zijn, normeren ze de samenleving immers wel. Kunst en cultuur vormen een zeker maatschappelijk belang, dat de overheid zich behoort aan te trekken. De economisering lijkt een tegengestelde beweging teweeg te brengen en legt daarmee de achilleshiel van het cultuurbeleid bloot: de legitimeringsparadox (zie paragraaf 1.1.3). Waarom zouden burgers niet zelf beslissen aan welke cultuuruitingen zij waarde toekennen? Biedt de markt geen beter alternatief voor het tot stand komen van kunst en cultuur dan overheidsbemoeienis?

Om vanuit de ethische benadering meer te kunnen zeggen over de economisering van het cultuurbeleid, analyseer ik in dit hoofdstuk hoe deze ontwikkeling zich verhoudt tot de culturele rechten en rechtsbeginselen. In aanvulling op de juridische discipline maak ik daarvoor gebruik van twee andere disciplines: de economie en de sociologie. In paragraaf 6.2 bespreek ik de economische benadering van kunst en cultuur; in paragraaf 6.3 volgt wat ik de culturele benadering noem. Op basis van deze benaderingen ga ik in paragraaf 6.4 in op een aantal fundamentele bezwaren tegen de economische benadering. Omdat ik hier buiten het domein van de juridische discipline treed, beperk ik me tot het beschrijven van de relevante opvattingen in de literatuur. Het doel van de paragrafen is een kader te scheppen, van waaruit het mogelijk is de ontwikkelingen in het cultuurbeleid te toetsen.

In paragraaf 6.5 beschouw ik de economisering van het cultuurbeleid in het licht van de culturele rechten en de daaraan ten grondslag liggende rechtsbeginselen. Vervolgens behandel ik in paragraaf 6.6 een derde benadering van het cultuurbeleid: de cultureel-economische benadering. Vanuit die benadering ga ik in paragraaf 6.7 in op het begrip cultureel ondernemerschap, dat in paragraaf 5.3.5 al aan de orde kwam. Ik sluit het hoofdstuk in paragraaf 6.8 af met een conclusie.

§ 6.2 De economische benadering van kunst en cultuur

De economisering van het cultuurbeleid draait om de economische benadering van kunst en cultuur. In deze paragraaf behandel ik de hoofdlijnen van de neoklassieke economie, een economische discipline waarin marktwerking centraal staat en waarvan kunsteconomen gebruikmaken.³⁴⁹ In het bijzonder behandel ik het boek *De Nachtwacht in het donker* van De Grauwe, wiens werk model staat voor de neoklassiek-economische benadering.³⁵⁰

Het uitgangspunt van de economische benadering is dat de vrije markt tot optimale allocatie van diensten en goederen – en daarmee tot de meeste welvaart voor consumenten – leidt.³⁵¹ Consumenten profiteren van vrije mededinging.³⁵² De prijs die zij bereid zijn te betalen voor een dienst of goed, bepaalt de waarde daarvan. Die prijs is uit te drukken in een financieel getal. Indien er voor een dienst of goed geen interesse bestaat, is de prijs nul, ongeacht de tijd en moeite die de productie ervan heeft gekost. Omdat de waarde van diensten en goederen uitsluitend is te bepalen op basis van de prijs die consumenten daarvoor willen betalen, is er in de economische benadering geen ruimte voor andere waarden.

In een systeem van volledige marktwerking bemoeit de overheid zich niet met vraag en aanbod. De vraag bepaalt het aanbod; consumenten kiezen zelf voor welke diensten en goederen zij willen betalen. Om inkomsten via de markt te verdienen, moeten aanbieders rekening houden met de voorkeuren van consumenten.

Vanuit dit uitgangspunt keert De Grauwe zich tegen cultuursubsidies, die de markt zijns inziens ongeoorloofd verstoren. Een kunstenaar ‘registreert’ volgens hem niet slechts wat er in de samenleving gebeurt, maar speelt daarop ook in en voegt waarde toe met nieuwe ideeën, voor zover het publiek daarvoor althans wil betalen: “Een schilderwerk, een toneelstuk, of boek dat door niemand gewaardeerd wordt, is waardeloos. De Nachtwacht in het donker bestaat niet.”³⁵³ Omdat de waarde van kunst zonder publiek niet is vast te stellen, zijn kunst en economie volgens De Grauwe niet van elkaar te scheiden.

De Grauwe verzet zich tegen de opvatting dat cultuur een ‘verheven’ doel heeft. In de eerste plaats overdrijft men zijns inziens vaak het verschil tussen de motieven van kunstenaars en ondernemers. Een ondernemer hoeft niet uitsluitend uit te zijn op het maken van winst; een kunstenaar heeft niet alleen oog voor artistieke kwaliteit. Dat veel grote schilders niet vies waren van geld, vermindert de kwaliteit van hun kunst niet. De Grauwe stelt dat het oogmerk niet relevant is voor de discussie over kunst en commercie.³⁵⁴ De verspreiding van ‘lagere’ kunst belet die van ‘hogere’ kunst niet: de markt laat een brede waaier van voorkeuren toe. De Grauwe ziet zijn betoog bevestigd in het feit dat de markt rijkdom en prestige heeft gebracht voor succesvolle schilders en aan veel creatief talent heeft bijgedragen.

³⁴⁹ De uitgangspunten van de neoklassieke economie liggen ten grondslag aan het neoliberalisme, dat ze koppelt aan een politieke opvatting over de rol van de overheid. Throsby 2010, p. 34. Reijngoud noemt de neoliberale opvatting expliciet als kenmerk van economisering. Reijngoud 2012, p. 26. Zie par. 5.2.

³⁵⁰ Ik spreek hier verder van de economische benadering.

³⁵¹ Allocatie is te omschrijven als de plaatsing of inzet van productiefactoren, waarbij consumptie het doel van productie is. ‘Optimaal’ betekent in deze context dat er geen verbetering meer mogelijk is. Een markt is het geheel van vraag en aanbod van diensten of goederen. Kerkmeester & Kanning 2008, p. 22 en 30.

³⁵² De Grauwe 1990, p. 40; Throsby 2010, p. 18.

³⁵³ De Grauwe 1990, p. 25. Een miskend kunstenaar resteert volgens De Grauwe slechts de troost dat een toekomstige generatie zijn kunst wellicht wel zal waarderen. Zie ook Langenberg 1995.

³⁵⁴ *Ibid.*, p. 69.

In de tweede plaats is de sociale positie van mensen sterk bepalend voor hun artistieke smaak, aldus De Grauwe. Elke groep beschouwt zijn eigen kunstbeleving als superieur en zet zich af tegen de smaak van de groep die een trede lager op de sociale ladder staat. Volgens De Grauwe is het verspreiden van kunst daarom gedoemd te mislukken. De markt beoordeelt kunst daarentegen niet in relatie tot maatschappelijke klassen.³⁵⁵

Hoewel De Grauwe het verstrekken van cultuursubsidies bekritiseert, keert hij zich niet tegen het cultuurbeleid als zodanig. Hij pleit ervoor cultuuronderwijs te bekostigen in plaats van subsidie te verstrekken aan culturele instellingen.³⁵⁶ Op die manier kan de overheid kunst en cultuur namelijk wel bevorderen: hoe meer het publiek profiteert van cultuuronderwijs, hoe meer kennis van zaken het heeft om te beslissen welke kunst het wil kopen of welke kunstenaar het wil steunen.

Er is volgens De Grauwe één omstandigheid waaronder het verstrekken van cultuursubsidies wel te rechtvaardigen is. Dat is het geval wanneer de te subsidiëren activiteiten een *collectieve* component hebben.³⁵⁷ De Grauwe begeeft zich met dit argument – net als veel andere kunsteconomen – voorzichtig in het domein van de welvaartseconomie. Welvaartseconomen nemen aan dat de vrije markt niet onder alle omstandigheden tot optimale welvaart leidt. Overheidsbemoeyenis kan dan gerechtvaardigd zijn.

De welvaartseconomie geeft echter geen eensluidend antwoord op de vraag welke omstandigheden overheidsbemoeyenis rechtvaardigen en wanneer die omstandigheden zich voordoen. In de volgende paragraaf ga ik – aan de hand van de indeling van de kunsteconoom Van Klink³⁵⁸ – in op de economische rechtvaardigingsgronden.

§ 6.2.1 Economische rechtvaardigingsgronden voor overheidsbemoeyenis

In deze paragraaf behandel ik vier rechtvaardigingsgronden: collectieve goederen, positieve externe effecten, meritgoederen en ontwikkelingseffecten. Over het antwoord op de vraag of cultuursubsidies onder de reikwijdte van één of meer van deze rechtvaardigingsgronden vallen, bestaat in de literatuur geen overeenstemming. Ik tracht daarom globaal weer te geven, hoe over de beantwoording van die vraag kan worden gedacht.

De eerste rechtvaardigingsgrond voor overheidsbemoeyenis betreft collectieve of publieke goederen. Collectieve goederen zijn in de eerste plaats *niet-exclusief*: ze zijn algemeen toegankelijk en niemand kan van het profijt ervan worden uitgesloten. In de tweede plaats zijn ze *niet-rivaliserend*: het consumeren ervan gaat niet ten koste van de mogelijkheden van een ander om dat ook te doen.³⁵⁹ Welvaartseconomen erkennen dat collectieve goederen niet op de markt tot stand kunnen komen en niet verhandelbaar zijn.

Voorbeelden van collectieve goederen zijn traditionele overheidstaken als defensie of de rechtspraak. Het is niet vanzelfsprekend om cultuuruitingen als zodanig aan te merken, omdat die meestal exclusief en rivaliserend – en dus verhandelbaar – zijn. Zo is het aantal beschikbare plaatsen voor tentoon- of voorstellingen beperkt of garanderen intellectuele-eigendomsrechten een zekere mate van exclusiviteit.

³⁵⁵ Ibid., p. 72-73.

³⁵⁶ Ibid., p. 164.

³⁵⁷ Ibid., p. 20-21.

³⁵⁸ Deze indeling komt grotendeels ook terug bij Oosterbaan Martinius. Voor een enigszins afwijkende indeling, zie W.J. Baumol, 'Application of welfare economics', in: Towse 2011, p. 9.

³⁵⁹ Throsby 2010, p. 19; Oosterbaan Martinius 1990, p. 39.

Daarentegen zijn monumenten en beeldende kunst in de publieke ruimte doorgaans wel niet-exclusief en niet-rivaliserend.³⁶⁰ Toch is het de vraag of het daarom ook collectieve goederen zijn. Volgens Van Klink betekent het gegeven dat voorbijgangers gratis kunnen genieten van deze goederen, die theoretisch exclusief te maken zijn, eerder dat zij aan te merken zijn als positief extern effect.³⁶¹

De tweede rechtvaardigingsgrond betreft de verwachting dat overheidsbemoeienis een positief extern effect met zich brengt, dat wil zeggen een effect dat het individuele belang van de consumptie van een goed of dienst overstijgt. Onderwijs is hiervan een voorbeeld: de bekostiging van scholen heeft het karakter van een investering die zichzelf op lange termijn terugbetaalt.

Wat betreft de vraag of er een economische rechtvaardigingsgrond is voor cultuursubsidies, bestaat er over de verwachting van positieve externe effecten de meeste discussie.³⁶² Blokland verdedigt de opvatting dat een investering in kunst en cultuur positieve externe effecten met zich brengt. Zijns inziens spelen kunst en cultuur een rol bij het opleven van een cultuur, kunnen zij mensen – als individu of als groep – bevrijden van ingesleten of beperkende opvattingen en dragen zij bij aan het vergroten van wederzijds begrip.³⁶³

De overheid verdedigt haar beleid vaker met het argument dat kunst en cultuur bijdragen aan onder andere het toerisme, innovatie en de productiviteit van de economie als geheel. Er verschijnen vaker onderzoeken naar het economisch belang van de culturele sector.³⁶⁴ Dit beroep op het economische belang van kunst en cultuur is vanuit de economische benadering aan te merken als een verwachting van positieve externe effecten.

De opvatting dat kunst en cultuur waarde toevoegen, omdat zij bijvoorbeeld tot de verbeelding spreken of inspireren, is echter ook omstrede. Volgens sommige economen getuigt ze van een niet te berekenen of verifiëren overtuiging of geloof. Daarmee trekken zij het causaal verband tussen de subsidie en het voorgestelde positieve externe effect in twijfel. Voorts betogen critici dat eventuele positieve externe effecten zich beperken tot een beperkte groep, terwijl anderen juist nadeel van een subsidie ondervinden. Subsidies leiden immers ook tot hogere belastingen, waardoor mensen die geen gebruikmaken van het gesubsidieerde aanbod, daarvoor wel moeten betalen.³⁶⁵

De derde rechtvaardigingsgrond betreft meritgoederen, dat wil zeggen goederen waarvan consumenten het belang overschatten, zoals het geval is bij alcohol of tabak, of onderschatten. In het laatste geval kan de overheid haar verantwoordelijkheid nemen door een grotere productie tot stand te laten komen dan op de markt het geval zou zijn geweest.

De rechtvaardigingsgrond geniet in de literatuur over het cultuurbeleid bekendheid. Zo schrijft Pots in zijn geschiedenis van het cultuurbeleid dat de overheid cultuur onverkort als meritgoed aanmerkt, op grond waarvan zij “de verschillende vitale onderdelen van onze cultuur” beschermt tegen “het vrije spel van de markt”.³⁶⁶

³⁶⁰ Towse 2011, p. 5. Ook de publieke omroep hoort in dit rijtje; zie daarover ook Dommering 2016, p. 47 en 444.

³⁶¹ Van Klink 2005, p. 18. In navolging van Abbing noemt Van Klink als voorbeelden ook carillonbespelingen en straatmuzikanten. Zie ook Kerkmeester & Van den Bergh, in: Kanning & Kerkmeester 2008, p. 142. In het geval van positieve externe effecten is de feitelijke productieomvang volgens de auteurs kleiner dan de maatschappelijk optimale productieomvang, omdat er gebruikers zijn die niet meebetalen, maar indirect wel van een dienst of goed profiteren.

³⁶² Dit betreft o.a. de mate waarin dgl. effecten meetbaar zijn. Zie bv. Langenberg 1995.

³⁶³ Blokland 1995.

³⁶⁴ M.n. een onderzoek dat in 2015 in het Verenigd Koninkrijk is uitgevoerd, is de moeite waarde. Arts Council England, *Contribution of the arts and culture industry to the national economy*, juli 2015 (online publiek: catalogus Boekman Stichting). Bekend is voorts ook het onderzoek dat het Rijksmuseum zelf heeft laten uitvoeren naar zijn economische waarde en impact: *Rijksmuseum. Bijzonder binnenlands product. De economische waarde en impact van het nieuwe Rijksmuseum* (augustus 2013), te raadplegen via www.rijksmuseum.nl.

³⁶⁵ Oosterbaan Martinius 1990, p. 40. Zie ook Throsby 2010, p. 35.

³⁶⁶ Pots 2010, p. 359-360. Zie ook WRR 2015, p. 24.

Blokland bepleit dat kunst en cultuur meritgoederen zijn. Volgens hem gaan economen te makkelijk uit van consumentenvoorkeuren, terwijl zij zich zouden moeten afvragen hoe die voorkeuren tot stand komen en of die in een andere context ook anders zouden zijn geweest. Aspecten als opvoeding, onderwijs en media (zie ook paragraaf 6.4.4) spelen daarbij een rol. Omdat kunst en cultuur belangrijk zijn voor autonomie en ontplooiing, zijn zij inziens als meritgoederen aan te merken.³⁶⁷ Ook dit standpunt is omstreden. Kritische economen doen de opvatting af als “restcategorie van goede bedoelingen, een beknopte herformulering van het probleem dat hiervoor als de legitimeringsparadox is aangeduid.”³⁶⁸

Ten slotte noemt Van Klink ontwikkelingseffecten als vierde rechtvaardigingsgrond. Daarmee bedoelt hij dat de markt een evenwicht tussen vraag en aanbod creëert, maar geen rekening houdt met trends die niet in de pas lopen met dat evenwicht.³⁶⁹ Zo lopen experimenterende kunstenaars met hun kunst vooruit op het publiek, dat hun vernieuwende kunst in het begin niet zal waarderen. Dit rechtvaardigt volgens sommigen het verstrekken van cultuursubsidies. Anderen stellen daar vraagtekens bij, omdat het vanuit de economische rationaliteit moeilijk te onderbouwen is. Volgens Van Klink is de correlatie tussen het aanbod van cultuur en de productiviteit van de samenleving speculatief.

De literatuur biedt geen eensluidend antwoord op de vraag of cultuursubsidies te rechtvaardigen zijn met een beroep op de economische rechtvaardigingsgronden. Tegenover de opvatting dat kunst en cultuur bijvoorbeeld positieve externe effecten met zich brengen, staat dat normatieve opvattingen over kunst en cultuur bij sommige economen weinig of geen weerklank vinden en op argwaan jegens overtuiging of speculatie stuiten.

§ 6.3 De culturele benadering van kunst en cultuur

De toegenomen invloed van de economische benadering van kunst en cultuur is relevant voor het cultuurbeleid, dat van oudsher is ingebed in een andere benadering, die ik hier aanduid als de culturele benadering. De twee benaderingen bestaan naast elkaar en sluiten elkaar in beginsel niet uit.³⁷⁰ Omdat ze op een fundamenteel punt van elkaar afwijken, kan er echter wrijving ontstaan. De benaderingen verschillen namelijk in de wijze waarop ze kunst en cultuur waarderen.

In deze paragraaf zet ik de culturele waarde uiteen, die men vanuit de culturele benadering aan kunst en cultuur toekent. Daarbij zij vast opgemerkt dat de term ‘culturele waarde’ een simplificatie van de werkelijkheid betreft: hieronder schaar ik een brede waaier van verscheidene waarden. Het is bijvoorbeeld mogelijk de culturele waarde te categoriseren als artistieke of culturele, eigen of intrinsieke en sociale of publieke waarden.³⁷¹ De econoom Klamer maakt onderscheid tussen sociale, gemeenschappelijke en culturele waarden.³⁷² Een uitgebreide verhandeling van de literatuur gaat aan de reikwijdte

³⁶⁷ Blokland 1995.

³⁶⁸ Oosterbaan Martinius 1990, p. 42. Zie ook Langenberg 1995.

³⁶⁹ Van Klink 2005, p. 22.

³⁷⁰ Marktwerking is tot op zekere hoogte wenselijk en onvermijdelijk, schrijft Blokland: “Omdat marktprocessen altijd optreden, heeft het geen zin om tegen de markt te zijn – men kan zich net zo goed tegen de winter verklaren. Op het moment dat er een aanbod van en/of een vraag naar een bepaald goed is, is er een markt, daar komt zelfs de kunst niet onderuit.” Blokland 1997. Ook Raes benadrukt dat artistieke en culturele handelingsvormen evident een economische dimensie hebben. Raes 1992, p. 124.

³⁷¹ De term ‘publieke waarde’ wordt breder gebruikt als doelstelling voor de (semi)publieke sector (nl. het creëren van publieke waarde, to. het creëren van commerciële waarde door de private sector). Zie bv. Löfgren 2016, p. 91. De idee dat een instelling publieke waarde toevoegt, vereist ook subsidiëring, aldus Löfgren (p. 97).

³⁷² Klamer 2011b, p. 88 en Klamer 2016, p. 56-57. Sociale waarden zien op de mens en zijn directe leefomgeving. Hierbij draait het bijvoorbeeld om vriendschap, intimiteit, status en familie. Gemeenschappelijke waarden zien op opvattingen over bijvoorbeeld rechtvaardigheid, vrijheid, emancipatie of veiligheid. Culturele waarden zien ten slotte op opvattingen die boven

van dit proefschrift voorbij. Het doel van deze paragraaf is te laten zien waar de culturele en de economische benadering van elkaar afwijken. Daarbij is het uitgangspunt dat de benaderingen naast elkaar bestaan. De culturele benadering trekt niet in twijfel dat cultuuruitingen *onder andere* economische diensten of goederen zijn, maar stelt daar een andere hoedanigheid tegenover. Cultuur is niet uitsluitend te waarderen op basis van een prijs, maar heeft meer waarden, die niet zijn uit te drukken in een financieel getal.

Anders dan de economische waarde verwijst de culturele waarde naar *opvattingen* van mensen. Appiah vergelijkt haar met wensen:

“[...] when we appeal to what we take to be universal values in our discussions with one another – the value of art or of democracy or of philosophy – we’re talking about things we want everyone to want. If exposure to art is valuable, then, roughly, we’d like everyone to want to experience it. If we say democracy is valuable, then, roughly again, we want everyone to live in a democracy.”³⁷³

Zulke waarden hebben een normatief karakter. Ze kenmerken zich door een zekere mate van gemeenschappelijkheid, zoals ook het geval is bij rechtsbeginselen (zie paragraaf 2.3.1). Kunst en cultuur spelen volgens Appiah een belangrijke rol bij het herkennen van waarde:

“Folktales, drama, opera, novels, short stories; biographies, histories, ethnographies; fiction or nonfiction; painting, music, sculpture, and dance: every human civilization has ways to reveal to us values we had not previously recognized or undermine our commitment to values that we had settled into. [...] All this is part of the truth about human life.”³⁷⁴

De opvatting dat kunst en cultuur nauw verbonden zijn aan de menselijke waardigheid (zie hoofdstuk 3), is hier van belang. Vanuit de culturele benadering benadrukt men dat kunst en cultuur mensen gelegenheid geven hun leven waardevol te maken³⁷⁵ en bijdragen aan het beleven of vormen van een gemeenschappelijke identiteit.³⁷⁶ Voor zover de economische benadering dit belang niet kan waarderen, schiet ze tekort. Zo is de gemeenschappelijke identiteit vrijwel niet in een prijs uit te drukken, terwijl ze wel als waardevol wordt erkend en zelfs de politieke agenda beïnvloedt.³⁷⁷

Throsby geeft drie voorbeelden van waardering voor cultuuruitingen die moeilijk te plaatsen zijn in de economische benadering: *existence value*, dat wil zeggen het waarderen van kunst omwille van haar bestaan; *option value*, dat wil zeggen het waarderen van kunst omwille van mogelijke toekomstige consumptie; en *bequest value*, dat wil zeggen het waarderen van kunst om die door te kunnen geven aan volgende generaties.

De culturele waarde is niet vast te stellen op basis van meetbare indicatoren, maar door te kijken naar de diepere betekenis van menselijke motieven, opvattingen en wensen.³⁷⁸ Het nadeel hiervan is dat de culturele waarde moeilijk vast te stellen en dus slecht ‘tastbaar’ is.

de mens en zijn gemeenschap uitstijgen, zoals artistieke, historische en wetenschappelijke waarden. Hieronder verstaat Klamer ook morele waarden.

³⁷³ Appiah 2006, p. 21.

³⁷⁴ Ibid., p. 30.

³⁷⁵ Gielen & Lijster 2015, p. 22.

³⁷⁶ Throsby 2010, p. 16. Throsby maakt een nader onderscheid binnen de culturele waarde tussen de esthetische, sociale, historische, symbolische, authentieke en locationele waarde van culturele diensten en goederen. P. 112-113. Löfgren verdeelt de waarden van Throsby in vier lagen, van klein naar groot: *art value*, *cultural value*, *public value* en *democracy value*. Löfgren 2016, p. 98.

³⁷⁷ Throsby 2010, p. 20.

³⁷⁸ Blokland 2006, p. 22.

§ 6.4 Culturele bezwaren tegen economisering

§ 6.4.1 Inleiding

Cultuuruitingen kunnen zowel culturele als economische waarde hebben. De overheid is zich daarvan bewust bij het voeren van cultuurbeleid. In hoofdstuk 5 is aan de orde gekomen dat de Minister van Cultuur in de loop van de tijd een groter beroep is gaan doen op het economisch belang van kunst en cultuur. In de periode van staatssecretaris Zijlstra (zie paragraaf 5.3.8) is er korte tijd sprake geweest van een overwicht van de economische waarde.

Neoklassieke economen als De Grauwe juichen de bezuiniging op cultuursubsidies toe. Naarmate de overheid minder geld aan kunst en cultuur besteedt, wordt marktwerking immers belangrijker voor de totstandkoming ervan. Vanuit de culturele benadering is er daarentegen reden om de ontwikkelingen kritisch te volgen. In de eerste plaats schept de overheid door subsidie te verstrekken ruimte voor niet-economische waarden in het culturele domein. Gesteld dat de overheid een beroep zou kunnen doen op een economische rechtvaardigingsgrond, is het probleem echter nog niet opgelost. De economische benadering kan de culturele benadering in de tweede plaats namelijk verdringen op het moment dat zij dominant wordt.

In deze paragraaf behandel ik de fundamentele bezwaren die vanuit de culturele benadering tegen de economisering van het cultuurbeleid zijn aan te voeren. Omdat deze bezwaren voor een belangrijk deel te begrijpen zijn vanuit een sociologische opvatting over menselijk handelen, licht ik die eerst toe. Ik beperk me tot de hoofdlijnen die relevant zijn om de bezwaren te begrijpen. Daarnaast is het noodzakelijk om een voorbehoud te maken. De term ‘cultuuruitingen’ is een containerbegrip, dat ik in navolging van de wetgever gebruik (zie paragraaf 1.3). Ze verschillen wezenlijk van elkaar, niet in de laatste plaats in de mate waarin ze culturele dan wel economische waarde hebben.³⁷⁹ Het gaat aan de strekking van dit hoofdstuk voorbij om onderscheid te maken tussen cultuuruitingen. Van belang is het besef dat cultuuruitingen in het algemeen niet zuiver cultureel of economisch te benaderen zijn.

§ 6.4.2 Instrumentele en substantiële rationaliteit

Om sociale handelingen van mensen beter te begrijpen, maken sociologen gebruik van het begrip rationaliteit. Kort gezegd onderscheiden zij twee vormen van rationaliteit: instrumentele en substantiële rationaliteit.³⁸⁰

Instrumenteel handelen betekent handelen om een doel te bereiken. Van instrumentele rationaliteit is sprake als handelingen zo zijn georganiseerd, dat zij met zo min mogelijk kosten een vooraf bepaald doel bereiken. Men kiest zijn middelen met andere woorden “door berekening en afweging van alternatieven in het licht van het te bereiken doel.”³⁸¹ Het doel komt voort uit een bepaalde oriëntatie op de samenleving. Voorbeelden daarvan zijn de bureaucratie en het kapitalisme. Doelmatigheid en voorspelbaarheid staan hierin voorop.

Substantieel handelen betekent handelen om het handelen zelf. Niet het resultaat, maar de intentie om te handelen is relevant. Van substantiële rationaliteit is sprake als men inzicht heeft in de relaties

³⁷⁹ In paragraaf 1.1.1 kwam het ontzamelplan van het Wereldmuseum Rotterdam ter sprake. De lage economische waarde van een deel van de collectie – die volgens de toenmalig directeur niet opwoog tegen de huurkosten van het depot – staat in schril contrast met het recordbedrag van \$ 450 miljoen waarvoor veilinghuis Christie’s het aan Da Vinci toegeschreven schilderij *Salvator mundi* in 2017 verkocht. ‘Masters and pieces’, *The New Yorker* 27 november 2017.

³⁸⁰ Blokland 2006, p. 80. Het onderscheid tussen functionele en substantiële rationaliteit is aan Mannheim ontleend. Weber spreekt daarnaast van instrumentele en waarderationaliteit. Specifiek voor het economische domein gebruikt hij de termen formele en substantiële rationaliteit. Aangezien een dergelijke uitgebreide behandeling het doel van deze paragraaf voorbij-schiet, houd ik hier gemakshalve de termen instrumentele en substantiële rationaliteit aan.

³⁸¹ Frankema 2000, p. 22.

tussen handelingen en daarover een eigen oordeel kan vormen door de substantiële waarden die in een gegeven situatie relevant zijn, tegen elkaar af te wegen. Substantiële waarden geven het leven betekenis, zingeving en samenhang en bevorderen de dynamiek van een cultuur. De culturele waarde is daarvan een voorbeeld.

De neoklassieke economie gaat uit van een instrumentele rationaliteit.³⁸² Omdat de intentie van een handeling niet relevant is, kent ze geen plaats toe aan substantiële waarden. In een markteconomie levert dit op zichzelf geen probleem op: naast de instrumenteel-rationele markt is er immers een substantieel-rationeel publiek domein, waarin substantiële waarden wel een rol spelen.

Op het moment dat het domein van de substantiële rationaliteit moet plaatsmaken voor dat van de instrumentele rationaliteit, ontstaat er een ander beeld. De instrumentele rationaliteit verdringt dan de substantiële waarden, die betekenis geven aan sociaal handelen. Sandel beschrijft de economisering van de samenleving als een overgang van *markteconomie* naar *marktsamenleving*.³⁸³ De in het vorige hoofdstuk beschreven economisering van het cultuurbeleid is hiervan een voorbeeld. In plaats van dat de overheid zich het maatschappelijk belang van kunst en cultuur aantrekt, laat ze de behartiging ervan over aan het systeem van marktwerking.

Kunst en cultuur bevinden zich deels in het semipublieke domein, waarin substantiële waarden belangrijk zijn. Economisering van het cultuurbeleid kan ertoe leiden dat die substantiële waarden geen rol meer spelen, omdat kunst en cultuur dan geheel onderdeel uitmaken van een instrumentele rationaliteit.³⁸⁴

Weber waarschuwt bovendien dat de instrumentele rationaliteit een ‘ijzeren kooi’ kan vormen: onder druk van het systeem verricht men handelingen, die men eigenlijk niet aanvaardbaar vindt, maar waartoe men zich gedwongen ziet. Dit geldt volgens Weber bij uitstek voor het kapitalistische systeem, waarnaar mensen zich moeten voegen.³⁸⁵ In een dergelijk systeem kan creativiteit bovendien onder druk komen te staan.³⁸⁶

Omdat mensen in een instrumenteel-rationeel systeem handelen om vooraf bepaalde doelen na te streven, leidt een afname van de substantiële rationaliteit er volgens Weber toe dat men niet langer nadenkt waarom zij die doelen nastreven. Ze blijven zoeken naar optimale manieren om hun doelen te bereiken, zonder dat zij die proberen te begrijpen. In paragraaf 6.4.5 ga ik hierop dieper in.

De economische benadering heeft dus het vermogen om substantiële waarden te verdringen. Economisering vergroot het geloof dat marktwerking de optimale manier is om kunst en cultuur tot stand te laten komen. Dat wil echter niet zeggen dat de markt ‘neutraal’ is. De prijs drukt het belang uit van diegenen die daarop invloed kunnen uitoefenen.

³⁸² Zie bv. Blokland 2006, p. 4. Volgens Blokland is het economisch denken zelfs de ‘katalysator’ van de instrumentele rationaliteit.

³⁸³ Sandel 2012, p. 16.

³⁸⁴ Volgens Bovenberg en Van de Klundert gaat het te ver om te zeggen dat economisering sociaal kapitaal uitholt, omdat marktwerking mensen ook kan leren rekening te houden met de belangen van anderen en kan bijdragen aan het aanleren van waarden als initiatief, arbeidsethos, discipline en verantwoordelijkheidsgevoel. H.i. vereist het bekritisieren van economisering als uitholling van normen een expliciet normatief uitgangspunt van buiten de economie. Bovenberg & Van de Klundert 1999, p. 43.

³⁸⁵ Overigens keert Weber zich niet tegen de vrije markt, die hij in veel opzichten aantrekkelijker acht dan andere kapitalistische systemen. Ideeën over vrije mededinging en innovatie kunnen de handelingsvrijheid immers bevorderen.

³⁸⁶ Frankema 2000, p. 10. In de culturele sector zijn voorbeelden te vinden van dgl. ijzerenkooiconstructies. Zo was recent sprake van een debat tussen kunstenaars en musea over het vergoeden van kunstenaars voor het tentoonstellen van hun werk. Musea verweerden zich niet met het argument dat de geboden vergoedingen redelijk waren, maar met het argument dat zij uit eigen behoud geen hogere bedragen wilden bieden. Het debat heeft geleid tot een richtlijn voor kunstenaarshonoraria: zie www.kunstenaarshonorarium.nl. De richtlijn betreft zelfregulering en beoogt “kunstenaars – onder voorwaarden – te belonen voor hun werk ten behoeve van tentoonstellingen en andere prestaties, los van vergoeding voor onkosten.” In de preambule staat voorts o.a. dat de wijze van honoreren vaak weinig professioneel is en de onderhandelingspositie van kunstenaars zwak.

Weber stelt dat marktwerking berust op opvattingen over de vraag hoe diensten en goederen in de samenleving moeten worden verdeeld, ook al wordt ze vaak gepresenteerd als de uitkomst van kwantitatieve berekeningen. De prijs van een dienst of goed is geen objectief gegeven, maar het resultaat van machtsverhoudingen.³⁸⁷

De opvatting dat de markt niet neutraal is, vindt weerklank bij Bourdieu. Hij verdeelt de samenleving in domeinen, waarin machtsstructuren beslissend zijn.³⁸⁸ Voorbeelden van zulke domeinen zijn het culturele en het economische domein (zie verder paragraaf 6.6.2). Succesvolle ‘spelers’ kunnen de spelregels van een domein in hun voordeel gebruiken, machthebbende spelers kunnen die naar hun hand zetten. Dat is niet anders bij de totstandkoming van prijzen. Machthebbende spelers in het economische domein hebben volgens Bourdieu baat bij een economische benadering van de samenleving. De neoklassieke economie biedt hen gelegenheid om voorwaarden te scheppen waaronder zij tegen lagere kosten meer kapitaal kunnen verdienen, maar die voorwaarden te presenteren als economisch rationeel.³⁸⁹

§ 6.4.3 Eerste bezwaar: de waardevrije markt

Het eerste bezwaar tegen een zuiver economische benadering van kunst en cultuur is hiervoor al kort aan de orde gekomen. Door economisering legt de instrumentele rationaliteit meer druk op de samenleving, ten koste van substantiële waarden. Handelingen zijn vaker gericht op het bereiken van economische doelen, terwijl intenties minder vaak ter zake doen. De markt biedt echter geen ruimte aan normatieve opvattingen. Iemand die zijn heroïneverslaving najaagt, is daar net zo ‘vrij’ als iemand die kennisneemt van wetenschap of geniet van kunst om zichzelf te ontplooiën (zie ook paragraaf 4.2.1). In de economische benadering zijn burgers consumenten: de markt vraagt zich niet af “wie of wat een bepaalde consument is, wat zijn relaties tot zijn omgeving zijn of hoe zijn voorkeuren en behoeften tot stand zijn gekomen.”³⁹⁰

De markt biedt geen garanties om de samenleving in te richten naar bepaalde opvattingen (zie verder paragraaf 6.5). In het economische domein is dat niet problematisch. De vrije markt is geschikt voor de allocatie van diensten en goederen. In domeinen waarin substantiële waarden een rol spelen, ligt dat anders. De markt biedt geen garantie voor het behartigen van het *maatschappelijk* belang van kunst en cultuur.

Zoals hiervoor aan de orde kwam, komt de prijs bovendien niet neutraal tot stand, maar drukt ze het belang uit van degenen die daarop invloed kunnen uitoefenen. Nu de overheid zich – in elk geval ogenschijnlijk (zie verder hoofdstuk 7 over de eisen die zij blijft stellen aan culturele instellingen) – terugtrekt, ontstaat hierover in het cultuurdebat vaker ophef. Musea liggen in het bijzonder onder een vergrootglas. Naar aanleiding van de ophef die eind 2017 ontstond over het vertrek van directeur Ruf van het Stedelijk Museum (zie ook paragraaf 7.5.3), waarschuwt Velthuis voor het ‘ambigue en gevaarlijke spel’ dat ‘artistieke smaak, groot geld en brute macht’ met elkaar spelen:

“Dubbele petten en belangenverstrengeling zijn daar eerder regel dan uitzondering: verzamelaars blijken vaak vooral investeerders te zijn, curatoren treden stiekem ook op als kunstadviseur, terwijl een kleine groep megagaleries zulke goede zaken doen, dat zij steeds meer op musea beginnen te lijken. Steeds meer curatoren en museumdirecteuren

³⁸⁷ Ibid., p. 31.

³⁸⁸ Bourdieu gebruikt deze term om aan te duiden dat de samenleving door klassen (maatschappelijke groepen) in gebruik wordt genomen, die alle een eigen positie hebben. Die positie hangt af van het succes dat een klasse heeft met het concurreren om bepaalde typen kapitaal. In het economische veld concurreert men bv. om geld. In het culturele veld gaat het om cultureel kapitaal, dat bv. via formele instellingen als musea en galerieën kan worden verkregen. Hinde & Dixon 2007, p. 411.

³⁸⁹ Bourdieu 2006, p. 196-197.

³⁹⁰ Blokland 1997, p. 115.

verruilen dan ook hun publieke rol voor een private: ze gaan tentoonstellingen maken voor een van die megagaleries of nieuwe privé-musea, waar ze veel meer vrijheid en budget hebben, met een hoger salaris op de koop toe.³⁹¹ Naarmate de overheid minder subsidie verstrekt, hebben musea minder vrijheid om hun geldschietters zorgvuldig te selecteren. De noodzaak om zelf geld te verdienen kan met zich brengen dat zij in zee moeten gaan met financiers van wie de agenda niet per se te verenigen is met het maatschappelijk belang dat de musea behartigen.

§ 6.4.4 Tweede bezwaar: de onvrije consument

Het tweede bezwaar tegen de economische benadering is dat marktwerking burgers niet meer vrijheid geeft. Elchardus betoogt dat in elke samenleving sprake is van *sociale* sturing, dat wil zeggen de manier waarop burgers elkaar beïnvloeden.³⁹² Vroeger was er sprake van een sterke sociale controle. Die controle is niet verdwenen, maar vervangen door een subtielere sturing. Gedragsoriënterende factoren als smaak, opvattingen en emoties worden tegenwoordig meer beïnvloed door onderwijs, media en reclame.³⁹³ Andere sturingsmethoden als gedragsvoorschriften worden daarentegen vaker als oubollig gezien.

Volgens Elchardus ontlenen burgers hieraan de illusie dat zij meer keuzevrijheid hebben. Dit is zijns inziens echter onjuist, omdat de werkelijkheid tot meer standaardisatie leidt. Individuele keuzen worden sterk beïnvloed door collectieve identiteiten, al omarmen burgers die gedachte liever niet. Het betekent namelijk dat zij voorspelbaarder zijn dan zij zelf willen geloven: “Individualisme, het geloof dat we zelf vrij kiezen en daarin ook nog origineel zijn, maakt deel uit van het hedendaagse zelfbeeld. Het bewustzijn van een sterke invloed op ons denken en voelen zit daarom ongemakkelijk.”³⁹⁴ We moeten ons hierdoor niet laten misleiden: achter ideeën over authenticiteit en zelfexpressie gaat vaak juist een groeiend conformisme schuil.³⁹⁵

Elchardus verzet zich tegen de opvatting dat individualisme tot vrijheid leidt, ook als het om negatieve vrijheid gaat. Weliswaar pleiten neoklassieke economen tegen overheidsbemoeienis, maar zij gaan eraan voorbij dat burgers door andere burgers worden beïnvloed. Hier speelt het argument van Weber en Bourdieu dat de markt niet neutraal is, opnieuw een rol: machthebbende spelers kunnen de samenleving via media en reclame beïnvloeden. Tegen die invloed staan burgers volgens Elchardus nagenoeg machteloos. In een marktsysteem zijn zij namelijk geen burgers, maar consumenten. Het verschil zit er volgens Elchardus in dat burgers debatteren en stemmen over de manier waarop de samenleving er huns inziens moet uitzien, terwijl consumenten slechts kopen of niet kopen.³⁹⁶

Om te voorkomen dat het aanbod van kunst en cultuur in handen van één groep kan komen, pleit Raes ervoor het cultuurbeleid in te richten op het tegengaan van onvrijheid, manipulatie en verleiding.³⁹⁷ Hij betoogt dat we de economische benadering van kunst en cultuur niet als zodanig moeten veroordelen, maar dat we ervoor moeten zorgen dat die benadering geen ‘ultieme standaard’ wordt om kunst en cultuur te beoordelen.³⁹⁸

³⁹¹ ‘Belangenverstrengeling is regel in kunstwereld’, *De Volkskrant* 20 december 2017.

³⁹² Elchardus 2015, p. 40.

³⁹³ Elchardus 2002, p. 47. Zie ook Sandel 2016, p. 119-120. Terwijl reclame mensen aanmoedigt om dingen te willen hebben en aan die verlangens te voldoen, moedigt onderwijs hen aan daarover na te denken.

³⁹⁴ Elchardus 2002, p. 51.

³⁹⁵ Becker en Kalma 2016, p. 115.

³⁹⁶ Hier mag de opvatting van Bourdieu niet onvermeld blijven dat ook culturele voorkeuren en de koop en keuze voor bepaalde cultuuruitingen gebaseerd is op academisch kapitaal, d.w.z. de opleiding en opvoeding die iemand genoten heeft. Zie Bourdieu (1984) 2010, p. 15. Ook hier is sprake van een zekere ‘voorkeurencollectiviteit’ i.p.v. individuele keuzen.

³⁹⁷ Raes 1992, p. 127.

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 125. Volgens Raes berust de economische waardenstandaard zelf op een subjectivistische waardenleer, volgens welke waarderings “van welke aard ook niets meer en niets anders vertolken dan individuele preferenties.”

In de kantiaanse opvatting over vrijheid (zie paragraaf 4.2.1) is marktvrijheid of de keuzevrijheid van consumenten bovendien niet aan te merken als vrijheid, omdat ze draait om het bevredigen van verlangens, waarvoor men niet zelf heeft gekozen. Er is daarom geen sprake van autonoom handelen, maar van heteronoom handelen. Iemand die zijn verlangens bevredigt, handelt op basis van een doel dat buiten hem om is gegeven.³⁹⁹ Vrij handelen is in deze zin niet het kiezen van de beste middelen om een gegeven doel te bereiken, maar het kiezen van het doel zelf omwille van dat doel.⁴⁰⁰

§ 6.4.5 Derde bezwaar: de corrumperende werking van de markt

Het derde bezwaar tegen economisering is wat Sandel de ‘corrumperende werking van de markt’ noemt.⁴⁰¹ Door cultuuruitingen op de markt aan te bieden, kent men daaraan een prijs toe. Het worden dan diensten en goederen *die door geld vervangbaar zijn*. Op de lange termijn kan dit proces ertoe leiden dat men uitsluitend nog oog heeft voor de prijs van een cultuuruiting en niet meer voor de culturele waarde ervan.⁴⁰²

Corruptie betreft dus niet alleen het onrechtmatig verkrijgen van geld of goederen, maar ook het minder hoog aanslaan van goederen of sociale praktijken dan gepast is.⁴⁰³ Stel bijvoorbeeld dat het parlement een toegangsprijs zou vragen. Volgens Sandel is dat een vorm van corruptie: men behandelt het instituut daardoor als bron van gewin in plaats van als instituut dat het volk vertegenwoordigt en het publiek belang behartigt. Dat het niet onrechtmatig zou zijn om een toegangsprijs te vragen en dit transparant zou gebeuren, doet daaraan niet af.

Sandel onderscheidt *gebruik en respect*.⁴⁰⁴ Er is sprake van corruptie als men goederen en sociale praktijken die respect verdienen, gebruikt als handelswaar. In het economische domein is de markt een effectief instrument om productieve activiteit te organiseren, aldus Sandel. Zodra marktwerking echter doordringt in niet-economische domeinen, vormen sociale relaties zich naar het evenbeeld van de markt.⁴⁰⁵ Ter illustratie noemt Sandel de ruilhandel die ontstond voor toegangskaarten van de openluchtvoorstelling van *The merchant of Venice*, die in 2010 in New York werd opgevoerd. De kaarten werden gratis aangeboden, omdat het theater het toneelstuk breed toegankelijk wilde maken, ook voor mensen die zich geen dure kaarten konden veroorloven. Omdat het toneelstuk populair was, ontstond een lange rij om de gratis kaarten te bemachtigen. Als gevolg hiervan ontstond er een nieuwe handel: een aantal ‘gelukkigen’ bood hun kaarten tegen betaling aan via internet, als ‘tegenprestatie’ voor het langdurig in de rij staan. Hoewel de handel vanuit de economische benadering niet is aan te merken als kwalijk, treedt deze de morele opvatting met voeten.⁴⁰⁶

Cultuuruitingen verdienen enerzijds respect, bijvoorbeeld omdat ze samenhangen met de menselijke waardigheid (zie paragraaf 3.2.1). Anderzijds lenen ze zich voor gebruik als handelswaar.⁴⁰⁷ Het argument dat het vaststellen van een prijs de waarde van cultuuruitingen devalueert, gaat daarom niet

³⁹⁹ Zie ook Sandel 2013, p. 127.

⁴⁰⁰ Ibid., p. 131.

⁴⁰¹ Zie ook Klamer 1996, p. 24. Klamer stelt dat een commerciële transactie een goed devalueert, als de waarde daarvan eigenlijk *beyond measure* is.

⁴⁰² Zie bv. Blokland 1995. Voor de opvatting dat mensen ‘verblind’ raken door de prijs van kunst en daardoor vergeten dat een kunstwerk meer waarden heeft, verwijst hij naar Karl Marx. Andersom menen Bovenberg en Van de Klundert dat er bewijs ontbreekt voor de stelling dat de economisering van de samenleving sociaal kapitaal uitholt: h.i. prikkelen marktwerking en contracten mensen ook om rekening te houden met de belangen van anderen en kunnen ze bijdragen aan het aanleren van waarden als initiatief, arbeidsethos, discipline en verantwoordelijkheid. Bovenberg & Van de Klundert 1999, p. 43.

⁴⁰³ Sandel 2012, p. 37-38. Ook Hoefnagel betoogt dat een sterke commercialisering van kunst en cultuur het risico met zich brengt dat culturele vrijheid gelijk wordt gesteld met economische vrijheid, waardoor “kunst en cultuur worden teruggebracht tot producten die primair goed verkoopbaar zijn.” Hoefnagel 2009, p. 12.

⁴⁰⁴ Sandel 2013, p. 117.

⁴⁰⁵ Sandel 2012, p. 16.

⁴⁰⁶ Ibid., p. 31.

⁴⁰⁷ Zie bv. Langenberg 1995.

zonder meer op.⁴⁰⁸ Als gezegd kunnen cultuuruitingen culturele en economische waarde hebben. Pas wanneer de economische benadering dominant wordt, ontstaat er frictie tussen beide.

§ 6.4.6 Besluit

De culturele en economische benadering kennen fundamenteel andere manieren om kunst en cultuur te waarderen. Cultuuruitingen zijn bijzonder, omdat ze zowel culturele als economische waarde kunnen hebben. In beginsel staan de benaderingen elkaar niet in de weg. Op het moment dat de economische waarde, die is uit te drukken in een prijs, echter dominant wordt, komt de culturele waarde onder druk te staan. In deze paragraaf heb ik beschreven hoe die druk tot stand komt en wat de risico's ervan zijn. Daarbij heb ik de literatuur over het cultuurbeleid vanuit economisch en sociologisch perspectief in acht genomen. Die literatuur biedt ook een oplossing voor de impasse die tussen de culturele en economische benadering kan ontstaan. Daarop kom ik terug in paragraaf 6.6. In de volgende paragraaf toets ik de economisering van het cultuurbeleid eerst aan de culturele rechten en rechtsbeginselen.

§ 6.5 Economisering in het licht van het recht

§ 6.5.1 Inleiding

De manier waarop de culturele en economische benadering zich tot elkaar verhouden, is relevant voor de vraag hoe de economisering van het cultuurbeleid zich verhoudt tot het vrijheids-, gelijkheids- en diversiteitsbeginsel. In de vorige paragrafen zijn twee uitgangspunten naar voren gekomen. Ten eerste kunnen cultuuruitingen culturele en economische waarde hebben. Ten tweede zijn vanuit de culturele benadering bezwaren aan te voeren tegen de *economisering* van het cultuurbeleid, voor zover de culturele waarde althans onder druk komt te staan.

Er zijn parallellen te trekken tussen de culturele waarde en rechtsbeginselen. In beide gevallen is er sprake van normatieve, gemeenschappelijk gedeelde opvattingen, die niet in een prijs zijn uit te drukken. Rechtsbeginselen zijn net als de culturele waarde aan te merken als substantiële waarden (zie paragraaf 6.4.2). De hiervoor behandelde bezwaren tegen de economisering van het cultuurbeleid zijn daarom ook in het licht van de rechtsbeginselen relevant.

§ 6.5.2 Economisering in het licht van vrijheid, gelijkheid en diversiteit

De markt streeft geen waarden na, anders dan dat haar werking mogelijkheden creëert om geld te verdienen. Omdat alle waarde in de economische benadering tot een financieel bedrag is te herleiden, kent ze geen zelfstandige waarde toe aan fundamentele normen als rechtsbeginselen. Indien consumenten het belangrijk vinden dat een dienst of goed blijft voortbestaan, moet dat belang tot uitdrukking komen in de consumptie ervan.

Het instrumentele karakter van de markt botst met de substantiële waarde van de rechtsbeginselen. Als zodanig 'erkennt' de markt het fundamentele belang van de rechtsbeginselen niet; ze biedt geen garantie voor een vrije, gelijke en diverse samenleving. Stel bijvoorbeeld dat het voortbestaan van een bepaalde cultuuruiting van een minderheid in het gedrang komt, omdat ze onvoldoende betalend publiek trekt. Moet de overheid die cultuuruiting dan beschermen? Nee, antwoordt De Grauwe. Als er onvoldoende vraag is naar een cultuuruiting, is die kennelijk niet waardevol genoeg. De minderheid

⁴⁰⁸ Frey betoogt dat het omgekeerde ook waar kan zijn: het bieden van een hoge prijs voor een kunstwerk kan de kunstenaar aanzien geven. Frey 1995. Sandel ontkent dit niet, maar noemt het een risico.

heeft dan twee mogelijkheden om de cultuuruiting te behouden. Zij moet meer betalen voor wat zij waardevol vindt, of zij moet anderen ertoe bewegen dat ook te doen.⁴⁰⁹

Bovendien dreigt het gevaar dat de grens tussen kunst en commercie vervaagt. In de woorden van de Amerikaanse kunstcriticus Cotter:

“The reality is that, directly or indirectly, in large ways and small, the current market system is shaping every aspect of art in the city: not just how artists live, but also what kind of art is made, and how art is presented in the media and in museums.”⁴¹⁰

Deze uitspraak sluit aan op het argument van Sandel dat sociale relaties zich naar het evenbeeld van de markt vormen (zie paragraaf 6.4.5). Om dit te voorkomen, is het belangrijk dat de overheid een publiek domein onderhoudt, waarin andere waarden een rol spelen.⁴¹¹

Zijn burgers – in hun hoedanigheid van consument – zelf niet in staat rechtsbeginselen na te streven in een systeem van marktwerking? Zij kunnen inderdaad subjectieve doelen nastreven. De praktijk laat bovendien zien dat op de markt een groot cultuuraanbod tot stand kan komen. Toch stuit de gedachte op een aantal bezwaren. In de eerste plaats is de vraag of consumenten op de vrije markt ‘vrij’ zijn, omstreden (zie paragraaf 6.4.4). Ook daar wordt hun gedrag beïnvloed. Terwijl burgers stemrecht hebben en het cultuurbeleid tot een democratisch debat kan leiden, biedt de markt zulke waarborgen niet. In de tweede plaats sluit de markt ongelijkheid niet uit. De prijs van cultuuruitingen stijgt naar gelang hun populariteit. Dit betekent dat cultuuruitingen luxeproducten kunnen worden, waartoe slechts rijkere consumenten toegang hebben. Een *groot* aanbod betekent in de derde plaats niet noodzakelijk ook een *divers* aanbod. Omdat de culturele sector op de markt rekening moet houden met consumentenvoorkeuren, is het mogelijk dat culturele diensten en goederen in hoge mate identiek zijn.

De rechtsbeginselen komen tot uitdrukking in de culturele rechten, waarin een opdracht aan de overheid is neergelegd. Dit betekent dat kunst en cultuur een publiek belang vormen, dat de overheid tot op zekere hoogte moet behartigen. Gesteld dat de overheid zich financieel uit het culturele domein terugtrekt, is van het behartigen van een publiek belang nauwelijks sprake meer. Weliswaar is de indeling van publieke belangen niet in beton gegoten (zie paragraaf 1.3), maar met het oog op de culturele rechten is het weinig bevredigend, indien de overheid zich van haar taak kwijt, zonder ervoor te zorgen dat het maatschappelijk belang van kunst en cultuur ten minste op een andere manier verzekerd is. Het beroep dat onder andere staatssecretaris Zijlstra op het mecenaat heeft gedaan, heeft voorslagnog niet tot een adequaat alternatief geleid. In hoofdstuk 7 komt bovendien aan de orde dat de overheid wel degelijk meer eisen is gaan stellen aan gesubsidieerde instellingen om het publiek belang van kunst en cultuur te verzekeren. Hierin schuilt een tegenstrijdigheid.

Uit voorgaande is nadrukkelijk niet af te leiden dat gesubsidieerde kunst ‘hoogwaardiger’ is dan commerciële kunst. Integendeel, er komen ontegenzeggelijk kwalitatief hoogstaande cultuuruitingen tot stand op de markt, terwijl er geen reden is om aan te nemen dat gesubsidieerde kunst niet kan mislukken. Waar het om gaat, is dat marktwerking geen garantie biedt voor het nastreven van rechtsbeginselen.

§ 6.5.3 Kritiek op de elitarisering van het cultuurbeleid

De Grauwe bekritiseert cultuursubsidies, omdat er zijns inziens geen economische rechtvaardigingsgrond van toepassing is (zie paragraaf 6.2). Cultuursubsidies zijn aldus ondoelmatig en dragen niet bij

⁴⁰⁹ De Grauwe 1990, p. 25.

⁴¹⁰ ‘Lost in the Gallery-Industrial Complex. Holland Cotter Looks at Money in Art’, *The New York Times* 17 januari 2014.

⁴¹¹ Zie ook Blokland 1997, p. 135.

aan een gelijkere samenleving.⁴¹² Met dit argument betoogt De Grauwe dat het verband tussen subsidie voor culturele instellingen en het nastreven van rechtsbeginselen niet vanzelfsprekend is. Hoewel de vraag wat de beste manier is om invulling te geven aan de culturele rechten, buiten de reikwijdte van dit proefschrift valt, is het relevant kort stil te staan bij het argument van De Grauwe.

Wanneer de overheid subsidie verstrekt om cultuur gratis of tegen lagere tarieven toegankelijk te maken, profiteert in beginsel iedereen daarvan: ook degenen voor wie hogere tarieven geen belemmering zijn. Toch heeft vooral de culturele elite belang bij het verstrekken van cultuursubsidies, aldus De Grauwe. Zij beschouwt haar eigen smaak als superieur.⁴¹³ Omdat massaconsumptie de sociale functie van haar cultuur ondermijnt, kiest zij voor duurdere kunstvormen. De Grauwe stelt dat juist die kunstvormen vaak voor subsidie in aanmerking komen. Terwijl mensen met een lager inkomen dus commerciële tarieven moeten betalen voor cultuuruitingen die zij zelf hoger waarderen, geniet de culturele elite tegen gereduceerd tarief van haar eigen kunstvormen. Daarbij komt dat zij de beste mogelijkheden heeft om het cultuurbeleid te beïnvloeden.⁴¹⁴

In wezen stelt De Grauwe dat de overheid andere doelen nastreeft, dan zij zegt te doen. Soortgelijke kritiek is te vinden bij Raes, die deze als ‘elitarisering’ karakteriseert: een “gedemocratiseerde voorziening komt in de eerste plaats maatschappelijke groepen ten goede die er best wat voor zouden kunnen betalen terwijl de voorziening betaald wordt met belastinggelden van sociale groepen die er nauwelijks gebruik van maken.”⁴¹⁵

De Grauwe legt zijn vinger op een zere plek in het cultuurbeleid. Op het moment dat de legitimiteit en de uitvoering van het cultuurbeleid uiteenlopen, verliest het draagvlak. Voor zover De Grauwe echter tracht te betogen dat de overheid in het geheel geen gelijkheid kan nastreven, slaagt zijn kritiek niet. Daarbij speelt een rol dat hij het cultuurbeleid zuiver economisch benadert. Omdat hij aan de culturele waarde geen zelfstandige plaats toekent, maakt hij evenmin onderscheid tussen het bevredigen van verlangens en het nastreven van hogere doelen, die hij zelfs ontkent.⁴¹⁶ Anders dan De Grauwe meent, is de ‘elitarisering’ niet inherent aan het cultuurbeleid. Zijn kritiek betreft een bepaalde *uitvoering* ervan. Om die reden is het belangrijk dat de overheid haar keuzen motiveert en culturele instellingen de opdracht en vrijheid geeft een zo groot en divers mogelijk publiek te trekken.

§ 6.6 De culturele economie

§ 6.6.1 Inleiding

Het cultuurbeleid zit in een voortdurend spanningsveld. De culturele sector bevindt zich zowel in het semipublieke als in het private domein. Enerzijds wijzen de culturele rechten kunst en cultuur aan als publiek belang, anderzijds zijn kunst en cultuur verhandelbare diensten en goederen. Zonder private middelen komen ze slechts nog in geringe mate tot stand.

De culturele en economische benadering van kunst en cultuur verschillen van elkaar. Onder omstandigheden kunnen ze met elkaar botsen. De WRR waarschuwt dat economisering ertoe kan leiden dat ook het cultuurbeleid instrumenteel gaat werken ten gunste van het economisch beleid. Dat

⁴¹² De Grauwe 1990, p. 103-104.

⁴¹³ *Ibid.*, p. 156.

⁴¹⁴ Niet alleen consumenten kunnen slecht geïnformeerd zijn of misleid worden, aldus De Grauwe: dat geldt ook voor de overheid, die het slachtoffer kan worden van opdringerige lobbyisten. De Grauwe 1990, p. 109.

⁴¹⁵ Raes 1992, p. 122.

⁴¹⁶ Daarentegen schrijft Sandel bv. dat we hogere genoegens ontleen aan het ideaal van de menselijke waardigheid, die onafhankelijk is van noden en verlangens. Die genoegens zijn niet hoger, omdat we er de voorkeur aan geven, maar we geven er de voorkeur aan, omdat we ze als hoger erkennen. Sandel 2013, p. 68.

is zonde, omdat de beleidsterreinen elkaar wederzijds kunnen versterken. Om dat te bereiken, is het noodzakelijk dat de overheid de beleidsterreinen gelijkwaardig behandelt.⁴¹⁷

Een aantal kunsteconomen heeft geprobeerd de culturele en de economische benadering dichter tot elkaar te brengen in een cultureel-economische benadering. Voordat ik hierop dieper inga, behandel ik eerst het onderscheid dat Bourdieu maakt tussen cultureel en economisch kapitaal.

§ 6.6.2 Cultureel en economisch kapitaal

In paragraaf 6.4.2 is aan de orde gekomen dat Bourdieu de samenleving in domeinen verdeelt. Hij plaatst het culturele domein als afzonderlijk domein naast het economische domein. Elk domein heeft een eigen machtsstructuur en een vorm van kapitaal. In het culturele domein is dat cultureel kapitaal, zoals de vaardigheid om bepaalde kennis te waarderen en produceren. Het verwerven van cultureel kapitaal is mogelijk via formele kanalen, zoals het onderwijs of culturele instellingen, of via informele kanalen, zoals familiebanden.

Ondanks dat het culturele domein een afzonderlijk domein is, vindt er wel een uitwisseling plaats van kapitaal met het economische domein. Cultureel kapitaal is namelijk om te zetten in economisch kapitaal: een cultuuruiting levert bij verkoop geld op. Andersom kan men geld investeren in cultureel kapitaal, zoals cultuuronderwijs.

De uitwisseling tussen beide vormen van kapitaal leidt tot een *culturele economie*. Op zichzelf staan beide kapitaalvormen hier naast elkaar. Volgens sommigen is het echter waarschijnlijk dat het economisch kapitaal op langere termijn de overhand krijgt. Geld is namelijk eenvoudiger te waarderen en over te dragen en daarom makkelijker te beheren en controleren.⁴¹⁸ De economisering van het cultuurbeleid getuigt ervan dat het economisch kapitaal inderdaad terrein wint.

De theorie van de culturele economie rekent af met de opvatting dat kunst een onafhankelijk domein (*l'art pour l'art*) is en maakt het eenvoudiger om de verhouding tussen de culturele en economische benadering te begrijpen.⁴¹⁹ Er is sprake van twee afzonderlijke domeinen, die steeds meer met elkaar verstrengeld raken, getuige ook de opkomst van de creatieve economie (zie paragraaf 5.4). Tegelijkertijd spoort Bourdieu aan om beide domeinen van elkaar te blijven onderscheiden. Zeggen dat cultureel kapitaal naar geld te vertalen is, is iets anders dan zeggen dat cultureel kapitaal geld is.

§ 6.6.3 De cultureel-economische benadering

Verschillende kunsteconomen proberen de culturele en economische benadering met elkaar te verzoenen.⁴²⁰ De cultureel-economische benadering onderscheidt zich van de economische benadering, doordat ze de culturele waarde erkent als zelfstandige waarde naast de prijs. Vanuit de overtuiging dat de culturele economie om een brede benadering vraagt, onderscheidt Klamer drie kenmerken van een cultureel-economische benadering: kwaliteit komt in de plaats van kwantiteit, mensen kunnen substantiële waarden nastreven en substantiële waarden kunnen veranderen.⁴²¹ De

⁴¹⁷ WRR 2009, p. 26. De WRR schrijft verder dat de verschillen tussen de normatieve referentiekaders intact moeten blijven: “Zo zal vanuit het cultuurbeleid extra gekeken moeten worden naar die vormen van kunst en cultuur die naar hun aard veel minder van deze economisering profiteren en in hun voortbestaan kwetsbaar blijven, maar die wel een belangrijke culturele functie vervullen.”

⁴¹⁸ Hinde & Dixon 2007, p. 417.

⁴¹⁹ Zie ook Pang 2015, p. 47.

⁴²⁰ O.a. Frey schrijft in 1995 dat beide domein elkaar kunnen versterken en dat het belangrijk is om de benaderingen dichter tot elkaar te brengen. Frey 1995. Throsby beschrijft hoe het creatieve proces, dat aan de totstandkoming van culturele diensten en goederen voorafgaat, zowel culturele als economische waarde tot uitdrukking brengt. Throsby 2010, p. 30. In deze par. richt ik me vnl. op Klamer.

⁴²¹ Klamer 2011b, p. 88-89.

culturele sector berust zijns inziens niet in vooringenomen voorkeuren van consumenten, maar moet hen ook op andere gedachten kunnen brengen.

Om een cultuuruiting te beoordelen, heeft de economische benadering cijfers nodig. Een voorstelling is bijvoorbeeld te beoordelen door naar de kaartverkoop te kijken. Klamer stelt dat de nadruk meer zou moeten liggen op kwalitatieve aspecten, zoals het gesprek (*discours*) over kunst en cultuur:

“Door te denken in termen van gesprekken, gaan mensen eerder denken wat een kunstwerk of voorstelling teweegbrengt dan wat het oplevert in termen van prijzen en omzet. De maker van een voorstelling wil ongetwijfeld kaarten verkopen, maar zal vooral willen dat collega’s, recensenten en zo veel mogelijk andere mensen over de voorstelling spreken en schrijven. Wat is er nu mooier dan als mensen jaren later nog steeds naar de voorstelling verwijzen. Commercieel succes, zo blijkt keer op keer, is allesbehalve een garantie op een dergelijk duurzaam effect op de gesprekken die mensen voeren.”⁴²²

Cultureel ondernemerschap is als instrument geschikt om met een cultureel-economische blik naar kunst en cultuur te kijken. Het begrip maakt sinds de periode van staatssecretaris Van der Ploeg onderdeel uit van het cultuurbeleid (zie paragraaf 5.3.4). Verschillende bewindspersonen hebben het begrip naderhand echter op hun eigen manier geïnterpreteerd, waardoor de beleidsmatige ontwikkeling niet per se meer overeenkomt met de oorspronkelijke betekenis. In de volgende paragraaf ga ik op die betekenis in.

§ 6.7 Cultureel ondernemerschap

§ 6.7.1 Inleiding

Cultureel ondernemerschap bevat aspecten van zowel de culturele als de economische benadering. Daarnaast heeft het tegenwoordig een zekere juridische betekenis, waarop ik in hoofdstuk 7 terugkom. Toen Van der Ploeg het begrip in 1999 als uitgangspunt voor zijn cultuurbeleid aannam, was er al sprake van een conceptuele ontwikkeling in de literatuur, zij het een voorzichtige.⁴²³ Die ontwikkeling laat zich het best begrijpen vanuit de cultureel-economische benadering. De term ‘ondernemerschap’ komt uit de economie, maar het bijvoeglijk naamwoord ‘cultureel’ brengt met zich dat het een vorm van ondernemerschap betreft, die specifiek is voor de culturele economie. Dit bijvoeglijk naamwoord is daarom niet willekeurig: in samenhang met ‘ondernemerschap’ vormt het een nieuw, op zichzelf staand begrip. Men spreekt daarom van *cultureel* ondernemerschap en niet over het *culturele* ondernemerschap: er is sprake van een versteend begrip met een vaststaande betekenis, die meer is dan de som van de twee componenten.

§ 6.7.2 Ondernemen en cultureel ondernemen

In de theorie over cultureel ondernemerschap zijn de economische aspecten van kunst en cultuur complementair aan de culturele.⁴²⁴ DiMaggio beschrijft in 1982 hoe aan het einde van de negentiende eeuw een groep ontstaat, die hij *cultural capitalists* noemt:

“I use the term in two senses to describe the capitalists [...] who founded the museums and the symphony orchestras that embodied and elaborated the high-cultural ideal. They were capitalists in the sense that their wealth came from the management of industrial enterprises from which they extracted a profit, and cultural capitalists in that they invested some of these profits in the foundation and maintenance of distinctly cultural enterprises. They also – and this is the second sense in which I use the term – were collectors of what Bourdieu has called ‘cultural capital’,

⁴²² Ibid., p. 89.

⁴²³ Kuhlke, Schramme & Kooyman 2015, p. 8. De auteurs geven een kort overzicht van de belangrijkste literatuur die tot ongeveer 2005 aanwezig was op het gebied van kunst, cultuur en economie.

⁴²⁴ De theorievorming sluit hiermee aan op het complementariteitsbeginsel uit het Unesco-verdrag van 2005 (zie par. 3.3.4).

knowledge and familiarity with styles and genres that are socially valued and that confer prestige upon those who have mastered them [...].⁴²⁵

De culturele kapitalist van DiMaggio is nog geen cultureel ondernemer in de huidige zin van de term, maar hij pleit de weg voor verdere theorievorming. Klamer omschrijft de culturele kapitalisten van DiMaggio als succesvolle, in kunst geïnteresseerde zakenlieden die bereid zijn om verantwoordelijkheid te nemen door in cultuur te investeren.⁴²⁶ Daarin ligt een onderscheid met reguliere ondernemers die op de culturele markt handelen, zoals kunsthandelaren.⁴²⁷ Deze ondernemers zijn gericht op het maken van winst, waarbij cultuur een middel is.

Dat geldt niet voor de cultureel ondernemer, voor wie de culturele inhoud vooropstaat. Om zijn culturele doelen te financieren, kan hij zowel een beroep op de markt als op de overheid doen (zie verder paragraaf 6.7.3). Het gaat hem om de culturele inhoud en het creatieve proces zelf. Terwijl cultuur voor een ondernemer een middel kan zijn om zijn winst te vergroten, ziet de cultureel ondernemer cultuur als het doel zelf:

“the real challenge for the cultural entrepreneur will be to contribute to the common good that art is. A cultural good or an artistic process has cultural value because it is common property in some sense. A cultural good needs to function in the art conversation in order to qualify as art.”⁴²⁸

De markt is een instrument om culturele waarden na te streven. Volgens Hagoort werkt de cultureel ondernemer vanuit een culturele visie, waarbij hij balanceert tussen ‘kunstzinnige ambities’ en economische mogelijkheden.⁴²⁹ De cultureel ondernemer verkrijgt met andere woorden economisch kapitaal om cultureel kapitaal te creëren. Markttransacties zijn belangrijk, maar altijd ondergeschikt aan de sociale interacties, waarin culturele waarde wordt gecreëerd.⁴³⁰

§ 6.7.3 De cultureel ondernemer tussen markt en overheid

De cultureel ondernemer kan zijn inkomsten via de markt of via de overheid krijgen.⁴³¹ In het eerste geval gaat het om private middelen, in het tweede om publieke middelen. Onder publieke middelen versta ik hier: financiële middelen die de overheid via het cultuurbeleid verstrekt. Hieronder vallen bijvoorbeeld subsidies en garanties. Onder private middelen versta ik: financiële middelen anders dan publieke middelen. Daaronder vallen bijvoorbeeld inkomsten uit de verkoop van diensten en goederen of schenkingen van particulieren (mecenaat) en sponsors. Het is irrelevant welke keuze een cultureel ondernemer maakt, zolang hij zijn culturele doel maar zo goed mogelijk dient. De keuze om subsidie aan te vragen betekent dus niet dat hij ‘minder’ cultureel ondernemer is.

Hagoort benadrukt dat cultureel ondernemerschap geen reden voor de overheid mag zijn om zich terug te trekken als financier of wetgever. De betrokkenheid van de overheid is zijns inziens van groot belang om de culturele waarde te beschermen. Daarbij pleit hij ervoor dat het cultuurbeleid een zelfstandig beleidsterrein blijft.⁴³²

⁴²⁵ Dimaggio 1982, p. 35.

⁴²⁶ Klamer 2011, p. 145.

⁴²⁷ Aan het onderscheid tussen cultureel ondernemers en ondernemers ligt geen moreel oordeel ten grondslag. Naar gelang tijd, plaats en context worden aan het begrip ondernemerschap als zodanig diverse kwalificaties toegekend. In de westerse cultuur geniet ondernemerschap veel status. Lounsbury en Glynn schrijven dat verhalen over ondernemers in de Verenigde Staten doorgaans worden gevierd in bijvoorbeeld de media, het handelsverkeer en de wandelgangen en tot inspiratie van anderen moeten leiden. Lounsbury & Glynn 2001, p. 545. Klamer schrijft over ondernemers: “The entrepreneur comes with qualifications that are either good or bad. For those who consider the entrepreneur the good guy, being without initiative is bad, obviously, while risk taking is good. So is dreaming about the impossible, being adventurous, risking failure, being alert, and being creative.” Klamer 2011, p. 144.

⁴²⁸ Klamer 2011, p. 154.

⁴²⁹ Hagoort 2011, p. 439.

⁴³⁰ Zie ook Hagoort 2007, p. 27.

⁴³¹ Blokland 1997, p. 114.

⁴³² Hagoort 2011, p. 439.

Een cultureel ondernemer moet zich telkens afvragen welke geldstroom op een gegeven moment het best bij zijn culturele doel past. Zowel private als publieke middelen brengen risico's met zich voor zijn handelingsmogelijkheden.⁴³³ In het eerste geval kunnen commerciële overwegingen de culturele waarde onder druk zetten, in het tweede moet de cultureel ondernemer voldoen aan subsidieregels. In hoofdstuk 7 komt aan bod dat de overheid op die manier invloed uitoefent op de activiteiten en zelfs op de bedrijfsvoering van culturele instellingen.

§ 6.7.4 Cultureel ondernemerschap als beleidsinstrument

Sinds 1999 hebben alle opeenvolgende bewindspersonen cultureel ondernemerschap in hun cultuurbeleid toegepast. Van een consistent gebruik is echter geen sprake: de bewindspersonen hebben het al naar gelang hun beleidsdoelen naar hun eigen hand gezet. Staatssecretaris Van der Ploeg sloot in 1999 aan op de conceptuele ontwikkeling van het cultureel ondernemerschap door het culturele doel voorop te stellen en kansen op de markt als middel te zien om dat doel te bereiken. Hoewel critici zijn cultuurbeleid als neoliberaal aanmerkten, lag zijn focus sterk op het samengaan van cultuur en economie. Van der Laan en Plasterk hebben deze lijn grotendeels voortgezet, al lag de focus van Van der Laan op professionaliteit en governance.

Dit lag anders bij staatssecretaris Zijlstra, voor wie cultureel ondernemerschap de betekenis van regulier ondernemerschap of alternatief voor subsidie leek te hebben.⁴³⁴ Die interpretatie sluit echter aan op een zuiver economische benadering in plaats van een cultureel-economische benadering. Door nadrukkelijk veel belang te hechten aan commercieel succes en het subsidiebeleid daarop af te stemmen, had het cultuurbeleid van Zijlstra eerder het karakter van compensatiebeleid om tekortkomingen op de markt te vergoeden.

Er zijn twee redenen waarom het belangrijk is dat de overheid cultureel ondernemerschap consistent toepast. In de eerste plaats schept dat meer rechtszekerheid voor culturele instellingen, die afhankelijk zijn van subsidie. Zoals in het volgende hoofdstuk aan de orde komt, heeft de toepassing van het criterium gevolgen voor hun activiteiten en bedrijfsvoering. In de tweede plaats kan het gebruik van cultureel ondernemerschap verwarring wekken over het beleidsdoel dat de minister aan zijn beleid ten grondslag legt. Indien hij aansluit op de cultureel-economische betekenis, kent hij eenzelfde of groter gewicht toe aan substantiële waarden als de culturele waarde of rechtsbeginselen. Sluit hij daarentegen aan op de economische betekenis, dan komt cultuur in het teken te staan van haar bijdrage aan de economie.

Ik pleit er niet voor cultureel ondernemerschap in een te strak keurslijf te steken; dit zou onwenselijk zijn voor het cultuurdebat en de beleidsvrijheid van de minister. Een te hybride begrip loopt echter het risico zijn betekenis te verliezen, terwijl het juist een relevant instrument kan zijn om twee rationaliteiten met elkaar te verenigen. Daarvoor is het wel noodzakelijk de cultureel-economische benadering te omarmen, die recht doet aan alle waarden.

§ 6.8 Besluit

Om inhoudelijk meer te kunnen zeggen over de economisering van het cultuurbeleid, heb ik in dit hoofdstuk twee benaderingen van kunst en cultuur uiteengezet: de culturele en de economische. De benaderingen kennen elk een eigen manier om kunst en cultuur te waarderen. De economische waarde is de prijs, die consumenten bereid zijn voor een dienst of goed te betalen. De economische

⁴³³ Hagoort 2007, p. 34.

⁴³⁴ Zie ook Becker & Kalma 2016, p. 79.

benadering gaat uit van de vrije markt: de overheid mag zich daarmee niet bemoeien, tenzij zij een beroep kan doen op een rechtvaardigingsgrond. Het is echter de vraag of en in hoeverre cultuursubsidies onder één van de rechtvaardigingsgronden vallen.

De culturele waarde komt voort uit opvattingen van mensen over wat belangrijk is voor hen of de samenleving. Deze waarde heeft een normatief karakter. Kunst en cultuur hangen samen met de menselijke waardigheid; ze geven bijvoorbeeld zin aan het leven en dragen bij aan het beleven en vormen van een gemeenschappelijke identiteit. De culturele waarde is niet in geld uit te drukken.

Dit betekent dat kunst en cultuur zowel culturele als economische waarde hebben. Zolang die waarden naast elkaar kunnen bestaan, is dat geen probleem. De economisering van het cultuurbeleid kan het evenwicht echter verstoren. Indien de economische waarde dominant wordt, kan zij de culturele waarde verdringen. De economische benadering gaat namelijk uit van een instrumentele rationaliteit, waarin substantiële waarden als de culturele waarde geen rol spelen. De culturele benadering gaat daarentegen uit van een substantiële rationaliteit, waarin de culturele waarde wel relevant is. Naarmate marktwerking meer invloed krijgt op de samenleving, neemt de ruimte voor substantiële waarden af.

Hiertegen zijn vanuit de culturele benadering fundamentele bezwaren aan te voeren. De markt is minder neutraal dan sommige economen willen doen geloven. De prijs drukt de belangen uit van degenen die daarop invloed kunnen uitoefenen. Bovendien zijn consumenten minder vrij dan zij zelf willen geloven. Uiteindelijk worden ze altijd beïnvloed: als het niet door de overheid is, dan wel door reclame, media of anderen. Het verschil is dat burgers invloed kunnen uitoefenen op de overheid via democratische controles. Ten slotte heeft de markt een zekere corrumperende werking. Indien alles een prijs heeft, dat wil zeggen door geld vervangbaar is, zullen mensen het ook als zodanig waarderen. Omdat substantiële waarden daardoor over het hoofd dreigen te worden gezien, ontstaat er een risico dat mensen de samenleving op langere termijn niet genoeg zullen waarderen.

Net als de culturele waarde hebben culturele rechten en rechtsbeginselen een gemeenschappelijk en normatief karakter. Er zijn daarom parallellen te trekken. De markt kent geen zelfstandige waarde toe aan rechtsbeginselen. Consumenten kunnen zelf bepalen waar zij hun geld aan willen besteden en zich eventueel verenigen, maar de markt biedt geen antwoord op de vraag wat er gebeurt, als het aanbod te duur wordt voor bepaalde groepen, of als alleen populaire cultuuruitingen nog tot stand komen. Op de markt voegt het culturele aanbod zich naar de vraag, terwijl het cultuurbeleid beoogt het aanbod van bepaalde cultuuruitingen te garanderen en toegankelijk te maken.

Een botsing tussen economische belangen en culturele rechten is bezwaarlijk. Op de lange termijn kan dit de legitimiteit van het cultuurbeleid uithollen. Het is mogelijk om de culturele en economische benadering met elkaar te verzoenen. Dat betekent dat de culturele waarde een zelfstandige plek moet krijgen. De cultuur-economische benadering biedt daarvoor ruimte. Cultureel ondernemerschap past in die benadering. Het uitgangspunt is dat cultureel ondernemers een cultureel doel nastreven; daarvoor kunnen zij gebruik maken van commerciële verdienmodellen, maar ook van overheidsfinanciering. Welke van beide financieringsvormen het geschiktst is, kan per instelling en per project verschillen.

De overheid heeft cultureel ondernemerschap in haar cultuurbeleid omarmd. Eerder is al aan de orde gekomen dat niet alle bewindspersonen het begrip op dezelfde manier interpreteren en toepassen. In de periode van staatssecretaris Zijlstra leek het onderscheid met regulier ondernemerschap soms zelfs ver te zoeken. Zijn interpretatie brengt een eenzijdige, economische benadering van kunst en cultuur met zich, die in het licht van de culturele rechten en rechtsbeginselen ethisch moeilijk te verdedigen is. In het volgende hoofdstuk komt ter sprake dat de overheid bij het toepassen van cultureel ondernemerschap bovendien rekening moet houden met de grenzen van haar bevoegdheid.

Hoofdstuk 7

Cultuursubsidies

§ 7.1 Inleiding

De Minister van Cultuur is vrij om zijn eigen doelen en prioriteiten te stellen bij het behartigen van het publiek belang van kunst en cultuur (zie paragraaf 1.3). Vergaande economisering zet dit publieke belang onder druk. Daartegen zijn ethische bezwaren aan te voeren, maar het recht verbindt er geen juridische conclusies aan. Wel stelt het recht grenzen aan de bevoegdheid van de minister om eisen te stellen aan culturele instellingen die voor subsidie in aanmerking willen komen.

Het verstrekken van subsidie is het belangrijkste instrument van de minister voor het voeren van cultuurbeleid. Hiermee kan hij culturele instellingen in staat stellen een aanbod van kunst en cultuur tot stand te brengen. De minister mag tot op zekere hoogte eisen stellen aan die instellingen. Hierdoor kan hij invloed uitoefenen op de doelen die zij nastreven of de maatschappelijke taken die zij daarbij uitvoeren.

In de afgelopen jaren heeft de minister verschillende maatregelen getroffen om ervoor te zorgen dat culturele instellingen hun commerciële mogelijkheden beter benutten. De rigoureuze maatregel was het bezuinigen op kunst en cultuur (zie paragraaf 1.1.2). Dat een bezuiniging niet zonder risico's is, laat de affaire van het Wereldmuseum zien. Niet elke instelling is in staat het hoofd boven water te houden, zonder haar culturele doel te verliezen. Een subsidiekorting kan leiden tot verwaarlozing van de kerntaak. Indien dat ten koste gaat van de kwaliteit van gesubsidieerde cultuur, kan dit weer gevolgen hebben voor het draagvlak voor cultuursubsidies.

Voorts stelt de minister regels om bijvoorbeeld te bevorderen dat culturele instellingen meer eigen inkomsten verdienen of anderszins cultureel ondernemen. Instellingen die voor subsidie in aanmerking willen komen, moeten die regels naleven. In dit hoofdstuk analyseer ik welke regels de minister in dit kader stelt en hoe die regels zich in de loop van de tijd hebben ontwikkeld. Vervolgens ga ik na hoe die regels zich verhouden tot het recht, in dit geval de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en het subsidierecht.

In paragraaf 7.2 behandel ik eerst de bevoegdheid van de minister om cultuursubsidies te verstrekken. Vervolgens zet ik in de paragrafen 7.3 en 7.4 uiteen voor welke maatregelen de minister heeft gekozen om zijn doelen na te streven. Die maatregelen staan soms op gespannen voet met de bevoegdheid om subsidie te verstrekken en zijn onder omstandigheden tegenstrijdig aan doelen om het publiek belang van kunst en cultuur te beschermen en bevorderen. Deze frictie komt in paragraaf 7.5 aan de orde. Ik sluit het hoofdstuk in paragraaf 7.6 af met een conclusie.

§ 7.2 Grondslagen voor cultuursubsidies

In deze paragraaf bespreek ik de juridische grondslag voor het verstrekken van cultuursubsidies. Het legaliteitsvereiste (zie paragraaf 2.2.1) speelt daarbij een belangrijke rol. Ik beperk me tot de bis-subsidies, dat wil zeggen de subsidies die de minister verstrekt aan culturele instellingen die hij tot de

landelijke basisinfrastructuur (zie paragraaf 1.3) rekent. De reden hiervoor is dat de regels die voor dit hoofdstuk relevant zijn, daar aan de orde zijn.⁴³⁵

Onder subsidie wordt ingevolge artikel 4:21, eerste lid, van de 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. Een bestuursorgaan verstrekt ingevolge artikel 4:23, eerste lid, slechts subsidie op grond van een wettelijk voorschrift dat regelt voor welke activiteiten subsidie kan worden verstrekt.⁴³⁶

Ingevolge artikel 4 van de Wsc kan de minister ten behoeve van cultuuruitingen subsidies verstrekken.⁴³⁷ De bevoegdheid is discretionair: de minister is niet verplicht ervan gebruik te maken.⁴³⁸ In artikel 2a van de Wsc is voorts bepaald dat er een Raad voor cultuur is, die tot taak heeft de regering en beide kamers der Staten-Generaal te adviseren over algemeen verbindende voorschriften of te voeren beleid van de rijksoverheid op het terrein van de cultuur. De raad adviseert de minister onder andere over subsidieaanvragen voor de bis.

De Wsc bevat voorts één inhoudelijke bepaling over het verstrekken van cultuursubsidies: ingevolge artikel 2 laat de Minister van Cultuur zich bij het scheppen van voorwaarden voor het in stand houden, ontwikkelen, sociaal en geografisch spreiden of anderszins verbreiden van cultuuruitingen leiden door overwegingen van kwaliteit en verscheidenheid. De wetgever heeft in de artikelen 4a en 8 van de Wsc voorts twee delegatiebepalingen opgenomen, waarin het vaststellen van nadere regels is opgedragen aan respectievelijk de minister en de regering. Artikel 8 bepaalt dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur (amvb) regels worden gesteld voor het verstrekken van subsidies op grond van de Wsc. De bedoelde amvb is het Besluit op het specifiek cultuurbeleid (Bsc).⁴³⁹ Het Bsc blijft hier buiten beschouwing, al behandel ik in paragraaf 7.4.2 twee subsidieregelingen die hun grondslag in het Bsc vonden.

Artikel 4a, eerste lid, van de Wsc bepaalt voorts dat de minister bij ministeriële regeling eens in de vier jaar regels vaststelt voor het verstrekken van subsidies in de op die periode volgende periode van vier kalenderjaren.⁴⁴⁰ Het tweede lid bepaalt dat de ministeriële regeling onder andere de criteria moet bevatten die de minister hanteert bij het verlenen van subsidie. Daarop kom ik in paragraaf 7.4 terug.

⁴³⁵ Dit laat onverlet dat andere grondslagen voor subsidie relevant zijn om culturele instellingen in staat te stellen hun werk te doen. Zo kan de minister ingevolge art. 7.1 van de Erfgoedwet subsidie verstrekken t.b.v. het behoud van cultureel erfgoed en verstrekt hij ingevolge art. 7.2 subsidie aan instellingen die belast zijn met een wettelijke taak om te zorgen voor het beheer van museale cultuurgoederen van o.a. de staat. Voor zover musea cultuurgoederen van de staat beheren, betekent dit dat zij voor het uitvoeren van hun wettelijke taak niet uitsluitend afhankelijk zijn van een bis-subsidie.

⁴³⁶ Art. 4:23, lid 1, bevat een legaliteitsvereiste. Ontbreekt een wettelijk voorschrift, dan is de subsidieverstrekking in beginsel onrechtmatig, al zijn in het derde lid enkele uitzonderingen opgenomen. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 40 (MvT). Zie ook De Haan/Schlössels & Zijlstra 2017, p. 100-101. Overigens heeft de Minister van Cultuur altijd een 'alternatieve' grondslag voor subsidieverstrekking achter de hand: op grond van art. 2, lid 1, aanhef en onder c, van de Wet overige OCW-subsidies (WOOS) is hij eveneens bevoegd om cultuursubsidies te verstrekken. De WOOS heeft o.g.v. art. 3 in beginsel echter alleen aanvullende werking: de minister verstrekt geen subsidies o.g.v. deze wet, als hij daarvoor al een andere wettelijke grondslag heeft. Interessant is evt. nog art. 3, lid 2, aanhef en onder c, op grond waarvan de minister subsidie kan verstrekken die voortvloeit uit een wijziging van die andere wettelijke grondslag. In dat geval gelden wel de aanvullende voorwaarden van het derde lid.

⁴³⁷ Voorafgaand aan de inwerkingtreding van art. 4:23 van de Awb op 1 januari 1998 werd bij de totstandkoming van de Wsc, die op 16 april 1993 in werking trad, door de wetgever al overwogen dat de hoofdlijnen voor het verstrekken van cultuursubsidies in de wet verankerd moeten zijn. *Kamerstukken II* 1988/89, 20 987, nr. 3, p. 13-14.

⁴³⁸ Hier wijkt de bevoegdheid om cultuursubsidies te verstrekken overigens af van een aantal andere, niet-discretionaire subsidiebevoegdheden van de minister. Zo *verstrekkt* hij een aanvulling op de rijksbijdrage van de Koninklijke Bibliotheek (art. 19 van de Wsob) en *stelt* hij jaarlijks de rijksmediabijdrage vast voor de bekostiging van onder andere publieke media-instellingen (art. 2.143, lid 2, van de Mediawet 2008; in art. 2.144 is een minimaal subsidieplafond opgenomen).

⁴³⁹ Het Bsc is op 10 april 2010 in werking getreden (*Stb.* 2010, 169) ter vervanging van het Bekostigingsbesluit cultuuruitingen.

⁴⁴⁰ De wetgever heeft met dit artikel beoogd het begin van de aanvraagprocedure – vanuit een oogpunt van zorgvuldigheid en rechtszekerheid – met een ministeriële regeling te markeren. *Kamerstukken II* 2006/07, 30 847, nr. 3 (MvT).

De regels voor het verstrekken van cultuursubsidies zijn neergelegd in de Regeling op het specifiek cultuurbeleid (Rsc).⁴⁴¹ De regeling bestaat thans uit zes hoofdstukken; het derde bevat specifieke bepalingen voor vierjaarlijkse instellingssubsidies die de minister op grond van artikel 4a van de Wsc verstrekt. De minister stelt dit hoofdstuk eens in de vier jaar opnieuw vast. Omdat de Rsc in 2010 in werking is getreden, is dit voor het eerst voorgekomen met de inwerkingtreding van de Subsidie-regeling culturele basisinfrastructuur 2013-2016 in 2011.⁴⁴² In 2015 is het hoofdstuk gewijzigd door de Subsidieregeling culturele basisinfrastructuur 2017-2020.⁴⁴³ Omdat de minister het derde hoofdstuk eens per vier jaar opnieuw vaststelt, vormen de regels een actuele afspiegeling van het cultuurbeleid. In het derde hoofdstuk staan onder andere de weigeringsgronden en de criteria voor het beoordelen van subsidieaanvragen.⁴⁴⁴ Daarnaast bevat het hoofdstuk bijzondere regels voor verschillende kunstsoorten, die in categorieën zijn onderverdeeld: podiumkunsten, musea, beeldende kunst, film, letteren, creatieve industrie en bovensectorale ondersteunende instellingen. De belangrijkste maatregelen die de minister in het kader van cultureel ondernemerschap heeft genomen, zijn het verscherpen van de hier genoemde weigeringsgronden en het toevoegen van een subsidie criterium.

§ 7.3 Eigen inkomsten als weigeringsgrond

Om in aanmerking te komen voor een bis-subsidie, moet een culturele instelling er niet alleen voor zorgen dat haar aanvraag inhoudelijk in orde is, maar ook dat de weigeringsgrond niet van toepassing is. In artikel 3.5, eerste en tweede lid, van de Rsc is namelijk bepaald dat culturele instellingen een bepaald percentage aan eigen inkomsten moeten verdienen. Indien een instelling niet aan de drempel voldoet, komt zij niet in aanmerking voor subsidie. Hoe hoog de drempel is, hangt af van de categorie waartoe de instelling behoort.

Om te bepalen of een subsidieaanvrager aan de eigeninkomstennorm voldoet, zet de minister de eigen inkomsten van de aanvrager af tegen het totale subsidiebedrag – inclusief subsidies van andere bestuursorganen – dat de aanvrager ontvangt. De begripsbepaling voor eigen inkomsten staat in artikel 3.1, tweede lid, van de Rsc. De minister heeft gekozen voor een opsomming van baten, die in de jaarrekening aan de batenkant van de exploitatierekening zijn terug te vinden. Het gaat om publieksinkomsten en overige inkomsten. Dat laatste begrip kent een ingewikkelde opbouw: het gaat om directe opbrengsten, dat wil zeggen sponsorinkomsten en – opnieuw – overige inkomsten, indirecte opbrengsten en overige bijdragen. In het derde lid is opgesomd welke baten *niet* onder eigen inkomsten moeten worden begrepen. Het gaat om subsidies, overige bijdragen uit publieke middelen, rentebaten, bijdragen in natura, kapitalisatie van vrijwilligers, de waardering van vrijkaarten en overige baten die geen relatie hebben met cultureel ondernemerschap.⁴⁴⁵

De begripsbepaling roept vragen op, al was het maar door het veelvuldige gebruik van de term ‘overige’. In eerste instantie lijkt de minister een onderscheid te hebben willen maken tussen inkomsten uit private en publieke bron. Alleen private inkomsten tellen mee als eigen inkomsten. De

⁴⁴¹ De Rsc is op 29 april 2010 in werking getreden (*Stcrt.* 2010, 6444). Tot die datum was de Regeling subsidies en uitkeringen cultuuruitingen van kracht. Omdat ministeriële regelingen als de Rsc naar hun aard eenvoudiger te wijzigen en vernummeren zijn, zijn de artikelnummers, zoals van toepassing op het moment van schrijven, hierna in de voetnoot vermeld.

⁴⁴² *Stcrt.* 2011, 19431.

⁴⁴³ *Stcrt.* 2015, 37135.

⁴⁴⁴ Resp. artt. 3.5 en 3.6.

⁴⁴⁵ De lijst van baten die niet onder eigen inkomsten worden begrepen, is met inwerkingtreding van de Subsidieregeling culturele basisinfrastructuur 2017-2020 langer geworden: de kapitalisatie van vrijwilligers (e) en waardering vrijkaarten (f) zijn erbij gekomen. In de artikelsgewijze toelichting staat hierover vermeld dat de definitie inhoudelijk gelijk is gebleven, maar dat nu ter verduidelijking expliciet is aangegeven dat deze twee aspecten niet als baten onder de eigen inkomsten mogen worden aangemerkt.

vraag is dan echter waarom bijvoorbeeld rentebaten of bijdragen in natura niet worden meegerekend als eigen inkomsten. In zoverre legt de minister de term ‘eigen inkomsten’ beperkt uit.

Voorts wijkt de manier waarop de minister de term ‘cultureel ondernemerschap’ gebruikt in artikel 3.1, derde lid, van de Rsc, af van de betekenis die men daaraan toekent in de literatuur (zie paragraaf 6.7). Terwijl die betekenis betrekking heeft op het zoeken van de juiste financieringsbronnen om het culturele doel te bereiken, ongeacht of het om private of publieke middelen gaat, beperkt de minister de term tot het verdienen van inkomsten via de markt. Hij sluit baten die geen relatie hebben met cultureel ondernemerschap immers uit als eigen inkomsten. Daarnaast neemt de minister in dit kader alleen kwantitatieve aspecten in beschouwing. In de oorspronkelijke betekenis is het begrip cultureel ondernemerschap echter grotendeels kwalitatief en staan de culturele en economische waarde naast elkaar. Door de term ‘cultureel ondernemerschap’ op te nemen in de begripsbepaling van de eigen inkomsten, doet de minister afbreuk aan die betekenis.

Toen staatssecretaris Zijlstra de eigeninkomstennorm eind 2011 als weigeringsgrond in de Rsc opnam, bedroeg deze 17,5%. Zijn doel was om de drempel jaarlijks met gemiddeld één procent te verhogen. In de jaren 2013, 2014 en 2015 zouden culturele instellingen aan een norm van 19,5% moeten voldoen, met uitzondering van de podiumkunsten, waarvoor de staatssecretaris een norm van 23,5% wilde opleggen. In 2011 sprak hij zich bovendien al uit over zijn verwachtingen voor de subsidieperiode 2017-2020. Voor die periode had hij een eigeninkomstennorm van 21,5% - en voor de podiumkunsten: 25,5% - in gedachten.⁴⁴⁶

De eigeninkomstennorm voor de periode 2017-2020 werd door zijn opvolger echter vastgesteld op hetzelfde niveau.⁴⁴⁷ Voor podiumkunsten en festivals geldt een percentage van 23,5%, berekend over een periode van drie jaar voorafgaand aan de subsidieperiode 2017-2020 en afgezet tegen het totaal ontvangen bedrag aan structurele exploitatiesubsidies.⁴⁴⁸ Voor jeugdtheaters, productiehuisen, musea en presentatie-instellingen geldt een eigeninkomstennorm van 19,5%.⁴⁴⁹

Artikel 3.5, zesde lid, bepaalt dat de minister bij het vaststellen van het percentage eigen inkomsten bepaalde inkomsten buiten beschouwing kan laten, indien deze door de instelling in de jaarrekening zijn verantwoord op een wijze die het karakter vertoont van oneigenlijk gebruik van de regeling. Ook kan de minister bepaalde bedragen beschouwen als onderdeel van de exploitatiesubsidies, indien die bedragen onderdeel uitmaken van een subsidiebeschikking die later is ingetrokken of ten nadele van de subsidieontvanger is gewijzigd op grond van de artikelen 4:48 of 4:50 van de Awb. In de toelichting merkt de minister dat hij wil voorkomen dat een instelling louter door boekhoudkundige kunstgrepen eigen inkomsten opvoert. Voorts is het onwenselijk dat het eigeninkomstenpercentage automatisch hoger wordt als onbedoeld neveneffect van bijvoorbeeld een tussentijdse verlaging van de subsidie.

De wens van de minister om oneigenlijk gebruik van de regeling tegen te gaan, is op zichzelf begrijpelijk. Toch zijn twee kanttekeningen op hun plaats. In de eerste plaats getuigt de bepaling van een zeker wantrouwen jegens de culturele sector. De minister werpt niet alleen een drempel op voor subsidieaanvragers, maar behoudt zich ook het recht voor om hun boekhouding nauwgezet te controleren. Dit komt overeen met het beeld dat de relatie tussen overheid en culturele sector zich in toenemende mate kenmerkt door wantrouwen en resultaatverplichtingen (zie ook paragraaf 1.1.2).

⁴⁴⁶ Zijlstra 2011.

⁴⁴⁷ Bussemaker 2015, p. 4.

⁴⁴⁸ De eigeninkomstennorm van 23,5% geldt voor: theater, dans, muziek en muziektheater, symfonieorkesten, opera, festivals en filmfestival. Uitgezonderd zijn jeugdtheater, productiehuisen en symfonieorkesten met begeleidingsactiviteiten voor dans.

⁴⁴⁹ Voorts gelden nog specifieke regels in geval er sprake is van rechts- of feitelijke opvolging of van fusie. Deze blijven hier verder onbesproken.

In de tweede plaats roept de bepaling een risico in het leven dat een subsidieaanvrager in de afgelopen periode – om wat voor reden dan ook – te maken heeft gehad met een korting op een andere subsidie, nu nogmaals wordt gestraft, doordat zijn nieuwe aanvraag niet kan worden gehonoreerd. De subsidieaanvrager is ten slotte niet meer in staat om de situatie te verbeteren. Hooguit kan hij zijn situatie aan de minister voorleggen, in de hoop dat die zijn bevoegdheid op grond van artikel 3.5, zesde lid, niet toepast. In dat geval riskeert de minister overigens dat hij – als hij zijn keuze niet goed motiveert – een precedent schept voor soortgelijke gevallen.

In artikel 3.5, zevende lid, is een hardheidsclausule opgenomen voor het geval een instelling in de drie voorgaande jaren⁴⁵⁰ naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid grotendeels niet in staat is geweest publieksactiviteiten te ontplooiën. Volgens de toelichting is daarvan bijvoorbeeld sprake, indien een instelling geruime tijd in het geheel niet of zo goed als niet toegankelijk is geweest vanwege een grootschalige verbouwing.⁴⁵¹

In artikel 3.5, negende lid, is ten slotte bepaald dat een instelling bij de subsidieaanvraag in het activiteitenplan en de begroting aannemelijk moet maken dat zij gedurende de periode 2017-2020 aan de eigeninkomstennorm blijft voldoen. Dit artikellid is door minister Bussemaker toegevoegd en vergt mijns inziens veel van subsidieaanvragers, zeker als zij naar hun aard meer moeite hebben om eigen inkomsten te genereren. Door de bepaling te beperken tot de periode waarvoor de subsidie is verleend, voorkomt de minister wel dat deze in strijd met het recht is. In de zaak *Utrechts Centrum voor de kunsten*, waarop ik in paragraaf 7.5.2 dieper inga, moest de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) uitspraak doen over een soortgelijke subsidieverplichting die het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Utrecht had opgelegd aan Stichting Utrechts Centrum voor de kunsten.⁴⁵² Het college had de stichting voor 2014 een subsidie van € 2,5 miljoen verleend en daaraan de verplichting verbonden om een sluitende meerjarenbegroting tot en met 2017 op te stellen. Die verplichting was er mede op gericht dat het college in de gaten kon houden of de stichting een beoogde subsidiekorting na 2014 zou kunnen opvangen. De Afdeling oordeelt echter dat de subsidieverplichting onrechtmatig is, omdat ze feitelijk neerkomt op een plicht om bezuinigingsmaatregelen te nemen. De stichting moest bij het sluitend maken van de meerjarenbegroting immers rekening houden met de teruglopende subsidie-inkomsten. Ten slotte was de verplichting in strijd met artikel 4:39 van de Awb, omdat deze betrekking had op meer jaren dan alleen het jaar waarvoor de subsidie was verstrekt.

Anders dan in voornoemde casus, vraagt de minister niet om bescheiden die betrekking hebben op kalenderjaren, die buiten de subsidieperiode vallen. De bepaling kan echter veel administratieve lasten met zich brengen. Culturele instellingen moeten vooruitdenken en aannemelijk maken dat hun baten gedurende een periode van vier jaar voldoende zullen blijven om de eigeninkomstennorm te halen.

In 2016 kwam de toepassing van de eigeninkomstennorm in opspraak bij de beoordeling van een subsidieaanvraag van Theater Utrecht. De Raad voor cultuur had de minister geadviseerd om het gevraagde subsidiebedrag van € 1,6 miljoen volledig af te wijzen, omdat het theatergezelschap over de jaren 2013, 2014 en 2015 gemiddeld niet voldeed aan de eigeninkomstennorm van 23,5%. Afgezien

⁴⁵⁰ Voor de subsidieperiode 2017-2020 resp. 2013, 2014 en 2015.

⁴⁵¹ *Stcrt.* 2011, 19431. Bij het opnemen van de hardheidsclausule heeft de staatssecretaris waarschijnlijk de recente reeks van museumverbouwingen in het achterhoofd gehad. Overigens zou een mogelijkheid tot ontheffing daarvoor een geschikter instrument zijn geweest. Zoals mede in aanwijzing 5.25 van de Aanwijzingen voor de regelgeving staat vermeld, onderscheidt een hardheidsclausule zich van een ontheffingsbepaling, doordat vooraf niet precies te voorzien is of een afwijking van de regels nodig zal zijn en zo ja, om welke gevallen het dan zal gaan. Een verbouwing van een museum is in het algemeen te voorzien.

⁴⁵² ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3563 (*Utrechts Centrum voor de kunsten*), AB 2016/31.

daarvan had de raad de subsidieaanvraag echter zeer positief beoordeeld, ook wat betreft het criterium ondernemerschap. Toenmalig voorzitter Daalmeijer van de Raad voor cultuur liet zich in de media dan ook niet onbetuigd:

“Dat gezelschap heeft de afgelopen jaren de eigen inkomstennorm niet gehaald. Het is in 2012 bijna failliet gegaan. De nieuwe leiding kan daar niets aan doen. Hun toekomstplannen boezemen vertrouwen in, maar die inkomstennorm is een knock-outcriterium. In dit geval zou de minister de hardheidsclausule kunnen toepassen. Maar ik weet niet hoe haar juristen daarover denken.”⁴⁵³

Minister Bussemaker laat uiteindelijk weten alsnog subsidie te willen toekennen aan een middelgrote theaterinstelling in de gemeente Utrecht, omdat ze het met het oog op geografische spreiding belangrijk vindt dat hier een ‘aanbod van algemeen theater’ is. Hiervoor past zij echter niet de hardheidsclausule toe, maar artikel 3.7, eerste lid, van de Rsc.⁴⁵⁴ Op grond van deze bepaling kan de minister in het belang van geografische spreiding een uitzondering maken, indien geen van de aanvragen uit een bepaalde regio aan alle vereisten voldoet. In dat geval kan de minister alsnog ervoor kiezen om één van de betreffende aanvragen toe te kennen.⁴⁵⁵

De mogelijkheid om het belang van geografische spreiding in een voorkomend geval te laten prevaleren boven bijvoorbeeld de eigeninkomstennorm, laat enerzijds zien dat de minister aan dit criterium een groot gewicht toekent. Anderzijds opent het de deur voor een zekere willekeur: culturele instellingen kunnen zich niet voegen naar een discretionaire bevoegdheid van de minister om de regels niet toe te passen. Theater Utrecht profiteert, maar de eigeninkomstennorm blijkt minder hard te zijn dan voorgesteld.

Met het opleggen van een eigeninkomstennorm als weigeringsgrond heeft de minister gekozen om zijn doel mede na te streven met een kwantitatieve norm. De norm houdt echter geen rekening met de culturele waarde die instellingen scheppen en gaat voorbij aan de verschillen tussen instellingen, die niet alle onder dezelfde voorwaarden marktactiviteiten kunnen ontplooiën. De norm is generiek en kan bovendien een rigoreus karakter krijgen, indien de minister de hoogte ervan spiegelt aan de best presterende culturele instellingen.⁴⁵⁶ Dit brengt een risico met zich dat subsidies voorbehouden blijven aan instellingen die onder betere voorwaarden werken om meer publiek aan te trekken.⁴⁵⁷ De casus van Theater Utrecht laat zien dat de norm kan botsen met andere, kwalitatieve subsidiecriteria. De minister is bevoegd om een uitzondering te maken, indien de beoordeling van de eigen inkomsten zijns inziens niet tot een gewenst resultaat leidt, maar creëert daarmee ook een zekere mate van ongelijkheid en rechtsonzekerheid.

§ 7.4 Ondernemerschap als subsidie criterium

Instellingen die in aanmerking willen komen voor subsidie, moeten laten zien dat zij voldoen aan het subsidie criterium ondernemerschap. Voor de subsidieperiode 2013-2016 was ondernemerschap als zelfstandig subsidie criterium opgenomen in artikel 3.6 van de Rsc.⁴⁵⁸ Minister Bussemaker heeft de

⁴⁵³ ‘Ik hoop eigenlijk dat de minister er wat bij doet’, *NRC* 20 mei 2016.

⁴⁵⁴ Bijlage bij *Kamerstukken II* 2015/16, 32 820, nr. 208.

⁴⁵⁵ Op grond van het tweede lid moet een instelling in elk geval wel aan het criterium ‘artistieke kwaliteit’ voldoen.

⁴⁵⁶ De Museumvereniging waarschuwt dat de overheid zich blind kan staren op het succes van grotere musea en daardoor torenhoge en weinig realistische verwachtingen van kleinere musea kan hebben. *Museumvereniging* 2014, p. 23.

⁴⁵⁷ Het potentieel publieksbereik is bv. groter voor instellingen die internationale bekendheid genieten en zijn gevestigd in steden waar veel toeristen komen. Musea die over een grote, bekende collectie beschikken – die zij vaak in bruikleen krijgen van de overheid – hebben meer kansen om succesvol te ondernemen.

⁴⁵⁸ Het onderscheid tussen de eigeninkomstennorm als weigeringsgrond en ondernemerschap als beoordelingscriterium is min of meer de juridische vertaling van het onderscheid dat staatssecretaris Zijlstra maakte tussen zijn kwantitatieve eis aan de eigen inkomsten en zijn kwalitatieve weging van ondernemerschapsactiviteiten. *Zijlstra* 2011.

lijst van subsidiecriteria daarna ingekort en ondernemerschap als zelfstandig criterium geschrapt; het maakt sindsdien onderdeel uit van het criterium ‘maatschappelijke waarde’. Volgens Bussemaker is het vergroten van maatschappelijk draagvlak meer dan alleen een financieel-economische kwestie: ook de kwaliteit telt. Naast bezoekersaantallen is bijvoorbeeld de samenstelling van het publiek belangrijk.

De Raad voor cultuur zet in zijn rapporten uiteen hoe hij de subsidiecriteria van de minister nader invult. Voorafgaand aan de periode 2013-2016 schreef de raad:

“Ondernemerschap is meer dan het halen van de eigen inkomstennorm. Van culturele instellingen in de basisinfrastructuur verwacht de raad dat zij een ordelijke, toekomstbestendige bedrijfsvoering hebben en, zoveel als redelijkerwijs mogelijk is, middelen aanboren uit andere bronnen dan alleen overheidsfinanciering.”⁴⁵⁹

De raad besteedt het beoordelen van subsidieaanvragen aan het ondernemerschapscriterium uit aan externe advieskantoren. Voor de periode 2013-2016 heeft hij RebelGroup en Kwink Groep gevraagd een analyse uit te voeren.⁴⁶⁰ Zij hebben zowel naar kwalitatieve als naar kwantitatieve aspecten gekeken. Bij kwalitatieve aspecten ging het bijvoorbeeld om de positionering van de instelling, samenwerking, marketing, governance en het verdienmodel.

Op basis van de externe adviezen heeft de raad geconcludeerd dat cultureel ondernemerschap bij veel instellingen weliswaar een integraal onderdeel van de visie uitmaakt, maar dat een praktische vertaling daarvan nog ontbrak. Volgens de raad moeten instellingen hun artistieke visie direct koppelen aan publieksgroepen, samenwerkingsverbanden en nieuwe producten.

Voor de subsidieperiode 2017-2020 verdeelt de raad het criterium onder in twee subcriteria: publieksbereik en ondernemerschap.⁴⁶¹ Publieksbereik betreft de doelgroepen die een culturele instelling bereikt en de wijze waarop. De raad verwacht van instellingen dat zij in hun aanvraag een onderbouwde en concrete prognose geven.⁴⁶² Ondernemerschap betreft de financiële en bedrijfsmatige gezondheid van een instelling. Aspecten waarop de raad let, zijn:

- de financiële positie in de periode 2013-2016 in relatie tot de begroting voor 2017-2020;
- personeelsbeleid en goed werkgeverschap, in relatie tot de geleverde en verwachte activiteiten;
- marketingactiviteiten en prijsstrategie;
- financieringsmix en onderliggend verdienmodel;
- een strategie bij tegenvallende inkomsten; en
- de wijze waarop de Governance Code Cultuur wordt nageleefd.

De bedrijfseconomische analyse is voor de periode 2017-2020 opnieuw uitbesteed. De raad vraagt aandacht voor de volledigheid en het realiteitsgehalte, waaronder hij verstaat “of door onderbouwing met concrete activiteiten en cijfers is vast te stellen of de plannen realistisch en geloofwaardig zijn”.⁴⁶³

De raad geeft ondernemerschap voor de periode 2017-2020 een minder prominente rol en relateert het

In de periode voorafgaand aan de Rsc was in bijlage IV van de Regeling subsidies en uitkeringen cultuuruitingen bepaald dat ondernemerschap deel moest uitmaken van het activiteitenplan. Zie *Stert*, 2007, 206. T.o.v. deze periode is de juridische status van het begrip met het opnemen van een subsidiecriteria verduidelijkt.

⁴⁵⁹ Raad voor cultuur 2012, p. 16.

⁴⁶⁰ Ingevolge art. 2:4, lid 2, van de Awb moet de raad ertegen waken dat voor hem werkzame personen die een persoonlijk belang hebben bij een besluit, de besluitvorming beïnvloeden. Dit vraagt bij derden die vaker adviseren voor en over de culturele sector, zoals RebelGroup en Kwink Group, om verhoogde aandacht bij het vaststellen van de adviezen.

⁴⁶¹ Raad voor cultuur, Beoordelingskader basisinfrastructuur 2017-2020, p. 12.

⁴⁶² Zie ook Raad voor cultuur 2016a, onder ‘Aantekeningen per beoordelingscriterium’. De raad is in het algemeen positief over de wijze waarop culturele instellingen in de afgelopen periode hebben geprobeerd om dalende bezoekersaantallen tegen te gaan en nieuwe doelgroepen aan te trekken. Omdat festivals bijvoorbeeld succesvol zijn in het bereiken van een breed publiek, bepleit de raad deze functie meer ruimte te geven in de bis.

⁴⁶³ Raad voor cultuur 2016, onder ‘Aantekeningen per beoordelingscriterium’. In het licht van het rapport *Verkenning arbeidsmarkt cultuursector* van de Raad voor cultuur en de SER besteedt de raad bijzondere aandacht aan werkgeverschap en opdrachtgeverschap.

criterium aan het ‘profiel’ van de subsidieaanvrager. In het beoordelingskader merkt de raad alleen artistieke kwaliteit aan als *conditio sine qua non*.⁴⁶⁴ Dit betekent dat een negatieve beoordeling van het ondernemerschap van een aanvrager niet noodzakelijk hoeft te leiden tot een negatief subsidieadvies.

Ondernemerschap vraagt als subsidiecriteria om andere vaardigheden van zowel subsidieaanvragers als van de raad. Afhankelijk van het perspectief van de minister, kan de toepassing van het criterium per subsidieperiode verschillen. Indien een bewindspersoon de nadruk legt op de mogelijkheid om met cultuur te verdienen, is het waarschijnlijk dat hij het criterium zakelijker interpreteert dan indien hij vanuit een sociaal perspectief naar de verbindende rol van cultuur kijkt. De raad lijkt in zijn adviezen op zoek te zijn naar een constante, door bijvoorbeeld te wijzen op de kwalitatieve en kwantitatieve aspecten van ondernemerschap. Indien de bedrijfseconomische resultaten doorslaggevend worden in de beoordeling, kan het evenwicht daartussen uit balans raken.

Het is mijns inziens belangrijk dat de minister het ondernemerschapscriterium cultureel-economisch benadert. Daarmee voorkomt hij dat de bedrijfseconomische aspecten een te grote rol krijgen en de subsidieaanvrager daardoor zijn culturele doel uit het oog kan verliezen. Door het criterium bovendien duidelijk en consistent toe te passen, vergroot de minister de rechtszekerheid voor gesubsidieerde instellingen. In paragraaf 7.5 licht ik toe, waarom een zuiver economische en kwantitatieve benadering van ondernemerschap juridisch voorts problematisch is.

§ 7.4.1 De zaak Holland Opera

Tegen de afwijzing van een subsidieaanvraag staat rechtsbescherming open. Indien de aanvrager beroep instelt tegen het besluit op bezwaar inzake de afwijzing van zijn subsidieaanvraag, toetst de bestuursrechter dat besluit in beginsel terughoudend: hij gaat uitsluitend na of het genomen besluit *rechtmatig* is. Daarmee voorkomt de bestuursrechter dat hij op de stoel van het bestuur gaat zitten. Uiteindelijk bepaalt de bestuursrechter in een voorkomend geval echter zelf hoe indringend hij een besluit toetst.⁴⁶⁵ Onder omstandigheden kan het daarom voorkomen dat hij een keuze van de minister uitvoeriger toetst dan de minister verwacht.

In de jurisprudentie zijn vooralsnog niet veel voorbeelden beschikbaar van uitspraken waarin het ondernemerschapscriterium aan de orde is. Een belangrijke uitzondering is de uitspraak van de Afdeling in de zaak *Holland Opera*.⁴⁶⁶ De zaak betreft het beroep van Stichting Holland Opera tegen de afwijzing van haar subsidieaanvraag door Fonds Podiumkunsten. De uitspraak is bijzonder, omdat de Afdeling uitvoerig toetst of het fonds het ondernemerschap van de stichting – volgens haar eigen criteria – op de juiste manier heeft beoordeeld. Uiteindelijk besluit de Afdeling zelf in de zaak te voorzien. Mede om die reden heeft de uitspraak veel teweeggebracht in de rechtspraak en is zij ook relevant voor het beleid van de minister.⁴⁶⁷

Fonds Podiumkunsten had de subsidieaanvraag van de stichting afgewezen, omdat het subsidieplafond was bereikt. Op basis van de punten die een adviescommissie aan de aanvraag had toegekend, was de stichting als vierde in de ranglijst geëindigd. Omdat er binnen het subsidieplafond geen ruimte was om

⁴⁶⁴ Raad voor cultuur, Beoordelingskader basisinfrastructuur 2017-2020, p. 11.

⁴⁶⁵ De Haan/Schlössels & Zijlstra 2017, p. 133.

⁴⁶⁶ ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258 (*Holland Opera*), AB 2016, 453. Zie voorts de uitspraak van de rb. Amsterdam 17 september 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4679 (*Holland Opera*), AB 2015, 167.

⁴⁶⁷ De andere reden waarom de uitspraak veel heeft teweeggebracht, is het oordeel van de ABRvS dat een subsidieverstrekker onder omstandigheden gehouden is om een subsidieaanvrager in het kader van de beroepsprocedure inzicht te verstrekken in concurrerende subsidieaanvragen. Indien het subsidieplafond namelijk is verdeeld op basis van rangschikking (de zgn. tenderprocedure, zie ook Hardy 2016), kan een afgewezen aanvrager belanghebbende zijn bij een toegekend besluit van een concurrerende aanvrager.

vier subsidieaanvragen toe te kennen, had de adviescommissie geadviseerd slechts subsidie aan de stichting te verlenen voor zover de beschikbare middelen dat toelieten.

In beroep trekt de stichting de punttoekenning in twijfel. Volgens haar heeft de adviescommissie haar ondernemerschap ten onrechte als ‘goed’ in plaats van ‘zeer goed’ beoordeeld. Hierdoor heeft zij punten misgelopen. De stichting betoogt dat uit de toelichting op de subsidieregeling van het fonds volgt dat als de adviescommissie geen kritische kanttekeningen plaatst bij de beoordeling van een criterium, zij het oordeel ‘zeer goed’ met bijhorende puntenwaardering moet geven.⁴⁶⁸ Het fonds betoogt daarentegen dat er wel kritische kanttekeningen zijn te plaatsen bij de aanvraag. De stichting wil namelijk veel producties maken, terwijl het efficiënter is om minder te produceren en bestaande producties vaker te herhalen. Omdat er volgens het fonds veel vraag is naar jeugdtheater, is er voor de stichting geen noodzaak om veel producties te maken.

Volgens de stichting gaat het fonds eraan voorbij dat veel van haar voorstellingen wel degelijk in reprise gaan. Dit duurt in het algemeen echter twee jaar. Omdat het fonds dit betoog niet weerspreekt, oordeelt de Afdeling, gelet op de toelichting op de subsidieregeling, dat het fonds de aanvraag van de stichting inderdaad als ‘zeer goed’ had moeten beoordelen.

Vervolgens voert de stichting aan dat het fonds teveel punten heeft toegekend aan de aanvraag van Stichting Tafel van Vijf, een concurrerende subsidieaanvrager. Het fonds heeft namelijk geen rekening gehouden met de kritische kanttekeningen die de adviescommissie heeft gesteld bij het ondernemerschap van Tafel van Vijf. Volgens het fonds kan de aanvraag van Tafel van Vijf echter niet worden vergeleken met die van de stichting, omdat Tafel van Vijf een klein gezelschap met een projectmatige bedrijfsvoering is, zonder vaste personeelslasten en met een bescheiden begroting. Hoewel dit op zichzelf juist is, gaat de Afdeling niet mee in het verweer van het fonds. In de toelichting op de subsidieregeling staat namelijk dat aanvragen inhoudelijk niet met elkaar worden vergeleken. Het fonds had het ondernemerschap van Tafel van Vijf dus op zichzelf moeten beschouwen. Dit betekent volgens de Afdeling onvermijdelijk dat het ondernemerschap van Tafel van Vijf met ‘ruim voldoende’ in plaats van ‘goed’ had moeten worden beoordeeld en dus een punt minder had moeten krijgen.

Zodoende komt de Afdeling tot het besluit dat de stichting een plaats hoger in de ranglijst had moeten eindigen. Omdat de andere subsidieverstrekkings niet meer in rechte kunnen worden aangetast, brengt de uitspraak met zich dat het fonds de subsidie uit andere middelen alsnog moet toekennen.

De zaak *Holland Opera* draait om de vraag of het fonds het ondernemerschapscriterium juist heeft toegepast. De Afdeling deinst er niet voor terug om de beoordeling van het criterium door het fonds heel kritisch na te lopen, ongeacht de gevolgen daarvan voor het subsidieplafond. Hiermee geeft de Afdeling een stevige waarschuwing af.⁴⁶⁹ In de eerste plaats kan de overheid zich niet te makkelijk verschuilen achter het advies van een adviescommissie. In de tweede plaats kan de bestuursrechter een systeem om punten toe te kennen zelfstandig toepassen. Zijn toetsing kan ertoe leiden dat de overheid een eerder afgewezen subsidieaanvraag alsnog moet toekennen.

Fonds Podiumkunsten heeft bij het opstellen van de subsidieregeling per abuis in zijn eigen staart gebeten. Toch is het verkeerd om op basis van *Holland Opera* te concluderen dat het onverstandig is om de beoordelingssystematiek op voorhand vast te stellen en openbaar te maken. Duidelijkheid en

⁴⁶⁸ *Stcrt.* 2011, 19636.

⁴⁶⁹ Zie ook rb. Amsterdam 6 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7276 (*LeineRoebana*), waarin de rb. het advies van de adviescommissie kritisch onder de loep neemt en oordeelt dat het advies op verkeerde feiten leunt en niet te begrijpen is, voor zover de commissie adviseert dat eiseres – een dansgezelschap – eenzijdig op publieke middelen leunt. Voorts laat de rb. verweerder – ook hier Fonds Podiumkunsten – het advies van de commissie niet zelf aanvullen, omdat het advies de beslissing van het fonds zelfstandig moet dragen. Zie ro. 45 t/m 61.

transparantie komen de rechtszekerheid en daarmee de kwaliteit van subsidieaanvragen immers ten goede. De vraag is alleen in hoeverre het de moeite waard is om het criterium te ‘objectiveren’. De Minister van Cultuur heeft zich alleen op hoofdlijnen uitgelaten over het ondernemerschapscriterium. In de toelichting op de Rsc is geen puntensysteem opgenomen. De raad beperkt zich in zijn advies over de basisinfrastructuur 2017-2020 tot een algemene beschrijving van het criterium.⁴⁷⁰

In paragraaf 7.5 analyseer ik de spanningen, die de toepassing van het ondernemerschapscriterium met zich kan brengen. In de volgende paragraaf beschrijf ik eerst welke rol dit criterium speelde bij de stimuleringsregelingen van minister Plasterk, die in paragraaf 5.3.7 al genoemd zijn. Deze regelingen laten zien dat er een alternatief is voor de huidige toepassing van het ondernemerschapscriterium.

§ 7.4.2 Stimulerende subsidies

Op advies van de Commissie Cultuurprofijs heeft minister Plasterk geprobeerd om ‘negatieve prikkels’ voor cultureel ondernemerschap te vervangen door positieve prikkels. Dit heeft geresulteerd in twee subsidieregelingen: de Tijdelijke regeling aanvulling eigen inkomsten cultuurinstellingen, ook wel bekend als de ‘matchingsregeling’, en de Subsidieregeling innovatie cultuuruitingen.

De matchingsregeling was bedoeld om culturele instellingen te stimuleren meer eigen inkomsten te verdienen. De minister deed dit door de eigen inkomsten van een instelling aan te vullen (‘matchen’) met subsidie. Het subsidiebedrag was gelijk aan de eigen inkomsten die een instelling in de periode 2009-2012 verdiende in verhouding tot haar gemiddelde eigen inkomsten in de periode 2005-2008. De regeling bevatte een brede opvatting van het begrip ‘eigen inkomsten’, die later door opvolgers van Plasterk is aangescherpt.⁴⁷¹ Ook indirecte opbrengsten vielen eronder, zoals de verhuur van onroerend goed, de horeca die ‘losstaat’ van voorstellingen en vergoedingen voor het uitlenen van personeel. Op die manier wilde de minister ondernemerschap in brede zin stimuleren.⁴⁷²

Aangezien de matchingsregeling een *aanvulling* op de instellingssubsidie was, had de nadruk op eigen inkomsten en ondernemerschap een ander karakter dan de eigeninkomstennorm en het huidige ondernemerschapscriterium. Het ging om een stimulans – de ‘positieve prikkel’ – voor cultureel ondernemerschap in de zin van het zoeken naar gepaste financieringsvormen. Instellingen hoefden de subsidie niet aan te vragen: de minister berekende en verstrekke deze ambtshalve op basis van de jaarverantwoording van de instellingssubsidies. Bergman spreekt om die reden ook wel van een achteraf toegekende bonus.⁴⁷³

De Subsidieregeling innovatie cultuuruitingen was bedoeld om instellingen die op grond van de Wsc al een jaarlijkse of vierjaarlijkse subsidie ontvingen, in staat te stellen activiteiten te ontplooiën om de

⁴⁷⁰ Raad voor cultuur 2016a, p. 12-13.

⁴⁷¹ Onder ‘eigen inkomsten’ werden de volgende baten verstaan: publieksinkomsten, inkomsten uit het VSBfonds en andere eigen inkomsten, niet zijnde publieksinkomsten of inkomsten uit het VSBfonds, te weten: directe opbrengsten als sponsorinkomsten en overige inkomsten, indirecte opbrengsten en overige subsidies en bijdragen, voor zover het bijdragen uit private middelen betreft. Onder ‘eigen inkomsten’ werd niet verstaan: subsidies die door de Minister van OCW, een provincie of gemeente zijn verstrekt, overige subsidies en bijdragen, voor zover het subsidies uit publieke middelen betreft, rentebaten en overige baten die geen relatie met cultureel ondernemerschap hebben. De inkomsten uit het VSBfonds zijn blijkens de toelichting als aparte categorie opgenomen, omdat de (vaak substantiële) bijdrage uit dit fonds destijds naar verwachting in de meeste gevallen zou afnemen.

De latere aanscherping heeft o.a. te maken gehad met het verwarrende gebruik van het subsidiebegrip, dat ingevolge art. 4:21 van de Awb is gereserveerd voor financiële bijdragen door de overheid.

⁴⁷² *Stcr.* 2009, 42. In de toelichting is tevens opgemerkt dat de minister zich voor de categorisering van de eigen inkomsten heeft aangesloten bij de indeling in het Handboek verantwoording cultuursubsidies 2009-2012.

⁴⁷³ A. Bergman, ‘Publiek-publieke en publiek-private samenwerking’, in: Van der Vlies 2012, p. 148.

maatschappelijke waarde van hun cultuuruitingen te vergroten. De subsidie werd alleen verstrekt, indien de activiteiten werden uitgevoerd in samenwerking met één of meer culturele instellingen, ondernemingen of maatschappelijke organisaties.

De Adviescommissie Innovatie cultuuruitingen moest de minister adviseren over subsidieaanvragen. Tot de subsidiecriteria behoorden onder andere netwerkvorming en kosteneffectiviteit. Daaronder werd respectievelijk verstaan: de mate waarin de activiteiten verbindingen leggen tussen culturele instellingen en andere organisaties of ondernemingen en de mate waarin de gevraagde bijdrage redelijk is, gelet op het te verwachten effect van de activiteiten.

De Subsidieregeling innovatie cultuuruitingen was bedoeld als tijdelijke stimulans om culturele instellingen mogelijkheden te bieden naar nieuwe vormen te zoeken om zich met hun producten in de samenleving te manifesteren.⁴⁷⁴ Hoewel de regeling niet rechtstreeks was gekoppeld aan eigen inkomsten of ondernemerschap, bood deze wel de mogelijkheid om te experimenteren met nieuwe manieren om bijvoorbeeld een nieuw publiek te bereiken. In zoverre was de regeling aan te merken als een positieve prikkel om ondernemerschap te stimuleren.

Beide subsidieregelingen was een kort leven beschoren. Met ingang van 17 november 2010 is de Subsidieregeling innovatie cultuuruitingen door staatssecretaris Zijlstra ingetrokken en is het subsidieplafond van de matchingsregeling – die officieel nog tot 1 januari 2018 van kracht was – vanaf 2010 op € 0 vastgesteld.⁴⁷⁵ Bergman bekritiseert het voortijdig buiten werking stellen van de matchingsregeling, omdat culturele instellingen hierdoor voor niets hadden geïnvesteerd in maatregelen om meer eigen inkomsten te genereren.⁴⁷⁶

De reden om de subsidieregelingen alsnog te behandelen, is dat ze getuigen van een andere manier om ondernemerschap te bevorderen. Ze wierpen geen drempels op om voor subsidie in aanmerking te komen, zoals de eigeninkomstennorm en het ondernemerschapscriterium wel doen, maar bevatten positieve prikkels om instellingen te stimuleren hun kansen op de markt te benutten. Daartegenover staat dat de minister harder kan ingrijpen door drempels te gebruiken; het zijn immers voorwaarden om überhaupt tot de bis te mogen toetreden. Om die reden hebben ze een indringender karakter dan de positieve prikkels om aanvullende subsidie te verkrijgen.

§ 7.5 Analyse van de eisen aan ondernemerschap

Op basis van de eigeninkomstennorm en het ondernemerschapscriterium stelt de minister eisen aan de bedrijfsvoering en organisatie van culturele instellingen, die voor subsidie in aanmerking willen komen. In beginsel sluiten eisen aan de inhoud van een aanvraag en eisen aan ondernemerschap elkaar niet uit. De minister kan van culturele instellingen verwachten dat zij enerzijds cultuuruitingen maken of programmeren die bijvoorbeeld bijdragen aan vrijheid, gelijkheid of diversiteit in de samenleving en anderzijds dat zij zich op de markt oriënteren en hun bedrijfsvoering op orde hebben.

Er kan echter ook spanning ontstaan. In de eerste plaats beperken eisen aan ondernemerschap de handelingsvrijheid van culturele instellingen. Doordat de minister negatieve prikkels gebruikt en ondernemerschap en eigen inkomsten beperkt opvat, zijn gesubsidieerde instellingen niet geheel vrij om naar eigen inzicht te bepalen op welke manier zij hun culturele doel willen nastreven. Dit staat in contrast met de oorspronkelijke betekenis van cultureel ondernemerschap, die juist uitgaat van vrijheid voor culturele instellingen om gebruik te maken van hun mogelijkheden, ongeacht of die zich voordoet in het private dan wel in het publieke domein. In de paragrafen 7.5.1 tot en met 7.5.4 licht ik

⁴⁷⁴ *Stcrt.* 2009, 110.

⁴⁷⁵ *Stcrt.* 2010, 17924.

⁴⁷⁶ A. Bergman, 'Publiek-publieke en publiek-private samenwerking', in: Van der Vlies 2012, p. 149.

het spanningsveld toe tussen de beperkingen die voortvloeien uit de eisen van ondernemerschap en de vrijheid van ondernemerschap.

In de tweede plaats zijn de bedrijfsvoering, organisatie en het verdienmodel van instellingen niet goed los te zien van hun activiteiten. Een instelling die afhankelijk is van subsidie, moet bij het maken en programmeren van haar activiteiten rekening houden met eisen die de overheid stelt. Om succesvol te ondernemen, moet zij echter rekening houden met de wensen van consumenten. Omdat de overheid vooral subsidie verstrekt voor activiteiten die op de markt niet of niet op de door haar gewenste manier tot stand komen, zijn die wensen niet zonder meer met elkaar te verenigen. Eisen aan ondernemerschap hebben onvermijdelijk gevolgen voor de inhoud van culturele activiteiten. Zo had de zaak *Holland Opera* betrekking op de vraag of een instelling haar voorstellingen vaker in reprise moest laten gaan. Het herhalen van cultuuruitingen kan commercieel aantrekkelijk zijn, maar ook vernieuwing in de weg staan. In paragraaf 7.5.5 licht ik het spanningsveld toe tussen de eisen aan ondernemerschap en de culturele doelen van gesubsidieerde instellingen.

§ 7.5.1 Eisen aan bedrijfsvoering en organisatie

Met een beroep op het ondernemerschapscriterium oefent de minister invloed uit op de bedrijfsvoering en organisatie van subsidieaanvragers. Om het criterium nader in te vullen, beoordeelt de Raad voor cultuur hun financiële en bedrijfsmatige gezondheid, alsmede de mate waarin zij financieel, bedrijfsmatig en organisatorisch in staat zijn het activiteitenplan uit te voeren.⁴⁷⁷ De raad kijkt naar de financiële positie van de afgelopen subsidieperiode in relatie tot de begroting voor de aangevraagde periode, naar het personeelsbeleid en goed werkgeverschap (zie verder paragraaf 7.5.4), naar marketingactiviteiten en prijsstrategie, naar de financieringsmix en het onderliggend verdienmodel, naar een strategie bij tegenvallende inkomsten en naar de wijze waarop de instelling de Governance code cultuur naleeft.⁴⁷⁸

In de praktijk heeft dit beoordelingskader tot een aantal verrijkende adviezen aan de minister geleid. Door die adviezen te volgen, legt de minister soms expliciet, maar vaak ook impliciet beperkingen op aan de bedrijfsvoering of organisatie van subsidieaanvragers, die soms in vergaande mate ingrijpen in de autonomie van culturele instellingen.

In deze paragraaf licht ik de beperkingen toe aan de hand van drie voorbeelden van adviezen voor de periode 2017-2020. Om de juridische problematiek scherper te kunnen formuleren, werk ik het laatste voorbeeld uit.

Het eerste voorbeeld betreft het advies van de raad over de subsidieaanvraag van Opera Zuid. De raad schrijft zich zorgen te maken over het ondernemerschap, omdat het gezelschap is overgestapt van een tweekoppige directie naar een model met één bestuurder, die zowel zakelijk als artistiek verantwoordelijk is. De instelling vereenzelvigd zich daarmee teveel met één persoon, van wie zij afhankelijk is,

⁴⁷⁷ De invulling van de raad wekt overigens verwarring, omdat het ondernemerschapscriterium in deze optiek lijkt aan te sluiten op art. 4:35, eerste lid, van de Awb, waarin de wetgever een aantal niet-limitatieve gronden noemt, op grond waarvan de minister kan weigeren subsidie te verlenen. Dat is bv. het geval, indien er een gegronde reden is om aan te nemen dat de activiteiten niet of niet geheel zullen plaatsvinden. De in art. 4:35 genoemde gronden werken aanvullend op de weigeringsgronden in een specifieke subsidieregeling als de Rsc. Om een aanvraag te kunnen weigeren, moet volgens de MvT sprake zijn van een "een grote mate van waarschijnlijkheid" dat een intrekkingsgrond zich zal voordoen. Louter het bestaan van een risico is daarvoor niet voldoende. T.C. Borman, 'Commentaar op art. 4:35 Awb', in: *Tekst & Commentaar Algemene wet bestuursrecht* 2015. Het ondernemerschapscriterium moet in een ander, breder licht worden gezien en is niet slechts bedoeld om na te gaan of een culturele instelling wel of niet in staat zal zijn de activiteiten uit te voeren. De woorden van de raad lijken daarop wel te wijzen. In zoverre moet de minister echter wel rekening houden met art. 4:35, eerste lid.

⁴⁷⁸ Raad voor cultuur 2016.

aldus de raad, die dit model onwenselijk vindt en de minister adviseert om hierover in gesprek te gaan met Opera Zuid.

In een reactie stelt de bestuurder van Opera Zuid het advies serieus te zullen nemen. Er klinkt echter ook verontwaardiging: volgens haar is de situatie het resultaat van de subsidiekorting van vier jaar daarvoor. De raad van toezicht zou voor het model hebben gekozen, omdat er te weinig mensen in dienst waren om met meer directeuren te werken.⁴⁷⁹ In een aanvullend advies beoordeelt de Raad een nieuw plan van Opera Zuid uiteindelijk positief.⁴⁸⁰

Een stap verder gaat het tweede voorbeeld: het advies over de aanvraag van Philharmonie zuidnederland. Volgens de raad gaat de fusie van Het Brabants Orkest met het Limburgs Symfonie Orkest, waaruit Philharmonie zuidnederland is voortgekomen, niet ver genoeg: de orkesten fungeren zijns inziens nog steeds als twee verschillende orkesten met aparte standplaatsen. Op basis van de reactie van Philharmonie zuidnederland heeft de raad de aanvraag alsnog positief beoordeeld, mits de instelling een plan indient om beide orkesten volledig te integreren en een strategie om het publieksbereik en de eigen inkomsten te vergroten. In zijn laatste advies schrijft de raad dat Philharmonie zuidnederland een ‘constructieve manier’ heeft gevonden om met de kritiek van de raad om te gaan, al ligt er nog geen concreet voorstel.⁴⁸¹

Het derde voorbeeld betreft het advies van de raad over de subsidieaanvragen van Het Gelders Orkest en het Orkest van het Oosten. De raad adviseert het beschikbare subsidiebedragen voor twee orkesten in de regio Oost in de loop van de subsidieperiode te bundelen, zodat één volwaardige symfonische voorziening overblijft:

“Het Gelders Orkest en het Orkest van het Oosten vervullen nu als twee zelfstandige orkesten de symfonische muziekvoorziening in Oost-Nederland. Naar de mening van de raad is het financiële perspectief te somber en niet toereikend voor twee zelfstandige orkesten in de regio; Het Gelders Orkest en het Orkest van het Oosten zitten beide naar de mening van de raad bovendien aan de benedengrens van de capaciteit die nodig is om op een verantwoorde manier symfonisch repertoire te kunnen uitvoeren. [...] De twee orkesten hebben de afgelopen BIS-periode structureel bezuinigd op hun personeel; de musici hebben een arbeidscontract van maximaal 60 procent bij Het Gelders Orkest, respectievelijk maximaal 70 procent bij het Orkest van het Oosten. [...] De raad vindt het onwenselijk om verder te bezuinigen op de contracten van de musici of de omvang van het orkest; er moet immers een breed symfonisch aanbod in de regio blijven. [...] Op basis van [...] de verwachting dat er in de toekomst geen structurele subsidie bij komt, adviseert de raad om de aanvragen van beide orkesten niet te honoreren, tenzij Het Gelders Orkest en het Orkest van het Oosten, onder leiding van een externe deskundige, binnen twee jaar gezamenlijk een plan ontwikkelen en uitvoeren dat voorziet in één duurzame symfonische voorziening in de regio Oost, die ingaat in 2019. Deze symfonische voorziening zal alle zalen in het oosten van het land moeten kunnen blijven bespelen.”⁴⁸²

De raad lijkt te zoeken naar een pragmatische oplossing voor twee instellingen die sinds 2013 in financieel zwaar weer verkeren. Zijn advies kan echter verstrekkende gevolgen hebben voor de bedrijfsvoering en organisatie van de instellingen. In wezen beoogt het advies immers een fusie te bewerkstelligen. Aangezien de minister de adviezen van de raad in beginsel overneemt en beide instellingen mede afhankelijk zijn van subsidie, is niet te zeggen dat het advies vrijblijvend is.⁴⁸³ Ik kom daarop terug.

⁴⁷⁹ Uitzending AvondGasten van 30 mei 2016, <https://11.nl/baas-van-opera-zuid-over-subsidiestop-2824>.

⁴⁸⁰ Aanvullend advies van de Raad voor cultuur van 2 december 2016: bis2017-2020.cultuur.nl/adviezen/podiumkunsten/opera/opera-zuid.

⁴⁸¹ Aanvullend advies van de Raad voor cultuur van 14 juli 2016 en 27 december 2017: bis2017-2020.cultuur.nl/adviezen/podiumkunsten/symfonieorkesten/philharmonie-zuidnederland.

⁴⁸² Raad voor cultuur 2016a, p. 158.

⁴⁸³ De raad had ook kunnen adviseren om slechts voor één orkest geld beschikbaar te stellen. De orkesten hadden in dat geval voor de keuze gestaan om gezamenlijk een aanvraag in te dienen of het risico te lopen om bot te vangen.

Uit de voorbeelden blijkt op welke manier de raad meekijkt in de keuken van subsidieaanvragers. Hij schroomt er niet voor aanwijzingen te geven en de minister te adviseren geen subsidie toe te kennen, tenzij de aanvrager die aanwijzingen opvolgt. Daarnaast valt op dat een aantal conclusies van de raad betrekking heeft op bedrijfsmatige keuzen van de subsidieaanvrager, die het gevolg zijn van pogingen om een eerdere subsidiekorting op te vangen. Dit brengt culturele instellingen in een lastig parket. Zij moeten vindingrijk zijn om meer eigen inkomsten te verdienen en tegelijkertijd zorgvuldig afwegen hoe zij een korting op hun subsidie opvangen, zonder het risico te lopen dat de Raad een volgende aanvraag negatief beoordeelt.

In elk geval doen instellingen er verstandig aan de Governance code cultuur⁴⁸⁴ in acht te nemen, voor zover de minister hen daartoe niet al verplicht.⁴⁸⁵ Deze code bevat een normatief kader voor het bestuur van en toezicht op culturele instellingen. Een voordeel van de code is dat deze tot stand is gekomen op basis van zelfregulering en duidelijkheid verschaft over normen waarvan instellingen vinden dat zij deze kunnen en zouden moeten naleven.

Bij het nemen van een besluit op een subsidieaanvraag mag de minister afgaan op het advies van de raad.⁴⁸⁶ Wat betreft de aanvragen van Het Gelders Orkest en het Orkest van het Oosten, schrijft minister Bussemaker de Tweede Kamer:

“Ik heb met beide orkesten en de bestuurlijke partners gesproken. Ik vraag beide orkesten om mij voor 1 november 2016 een door mij goed te keuren, gezamenlijk opgesteld en gezamenlijk gedragen procesplan voor te leggen. Dit plan moet voorzien in één duurzame en kwalitatief hoogwaardige symfonische voorziening in de regio Oost, die start op 1 september 2019. Verder verplicht ik de orkesten om voor 1 juni 2018 het definitieve ontwerp van de symfonische voorziening in de regio oost aan te leveren. In afwijking van het advies van de Raad leg ik niet de verplichting op om de opstelling en begeleiding van dit plan in handen te geven van een externe deskundige. Het is belangrijk dat de orkesten zelf de verantwoordelijkheid nemen om in samenwerking een plan op te stellen dat op brede steun van alle betrokkenen kan rekenen.”⁴⁸⁷

De minister volgt het advies van de raad op en kent de orkesten subsidie toe voor de periode 2017-2020, mits zij een ‘fusieplan’ schrijven en uitvoeren.⁴⁸⁸ Daarmee beperkt de minister de vrijheid van de orkesten om hun eigen bedrijfsvoering en organisatie in te richten. Omdat de orkesten afhankelijk zijn van subsidie en de opgelegde eis onlosmakelijk samenhangt met de subsidierelatie, is er geen sprake van ‘vrijwillige’ deelname aan het gesprek met de minister of van gelijkwaardige afspraken.⁴⁸⁹

⁴⁸⁴ De Governance code cultuur is vindbaar op www.governancecodecultuur.nl.

⁴⁸⁵ Art. 2.21 van de Rsc. Andere voorbeelden van codes zijn de Ethische code voor musea (zie par. 1.1.1), de Richtlijn kunstenaarshonoraria, de Code culturele diversiteit en de Fair practice code (zie par. 7.5.4).

⁴⁸⁶ Zie bv. ABRvS 11 februari 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AO3350 (*Dutch Jazz Orchestra*), waarin de Afdeling het niet onaanvaardbaar acht dat de minister (in casu: de staatssecretaris) bij zijn oordeelsvorming afgaat op een advies van de raad, mits dat op zorgvuldige wijze tot stand is gekomen.

⁴⁸⁷ Bussemaker 2016a. De opmerking over de orkesten is onderdeel van een informerende brief over de subsidiebeschikkingen voor de periode 2017-2020. De reden dat de minister specifiek ingaat op de orkesten, is dat de Tweede Kamer haar verzocht heeft beide orkesten in staat te stellen “om in samenwerking vorm te geven aan een nieuwe rol van een symfonische voorziening” en om een plan te maken dat op brede steun van alle betrokkenen kan rekenen. De motie-Van Toorenburg/Dik-Faber en de motie-Monasch/Pechtold zijn vindbaar onder *Kamerstukken II 2015/16*, 32 820, nrs. 193 en 196.

⁴⁸⁸ Overigens kent de minister ook de aanvragen van Philharmonie zuidnederland en Opera Zuid toe, al maakt ze over die aanvragen verder geen opmerkingen. Eind 2017 geeft de minister wel inzicht in haar omgang met Philharmonie zuidnederland, wanneer zij Kamervragen beantwoordt over het besluit van de provincie Noord-Brabant om te korten op haar subsidie voor het orkest. *Aanhangsel Handelingen II 2017/18*, 188.

⁴⁸⁹ Afgaande op berichten uit de media, lijken de orkesten zich moeizaam te kunnen vinden in de bemoeienis van de minister. De directeur van Het Gelders orkest noemt het advies van de raad bv. een teleurstelling, die als een bom zou zijn ingeslagen bij de musici. “Directeur Gelders Orkest over gedwongen fusie: is dit nu de beloning voor onze opofferingen?”, *Omroep Gelderland* 19 mei 2016. Later stelt de orkestleiding zich, ondanks de woorden van de minister, te willen beperken tot een ‘nauwe samenwerking’ i.p.v. een fusie. ‘Gelders Orkest: fusie niet nodig’, *Omroep Gelderland* 20 september 2016. Ook bij het Orkest van het Oosten zou men niets zien in een ‘gedwongen huwelijk’, maar wel voor verdergaande samenwerking zijn. ‘Subsidie nog niet binnen, maar Orkest van het Oosten is optimistisch’, *RTV Oost* 3 december 2016. Arnhem Direct bericht dat minister Bussemaker de wens van de orkesten om zelfstandig te blijven snapt, maar hun financiële positie daarvoor te

De eis roept veel vragen op. Hoe is deze juridisch te duiden? Wat is de precieze reikwijdte? Wat gebeurt er, indien de orkesten de eis niet naleven? Hoe verhoudt de eis zich tot de grondslag van de minister om cultuursubsidies te verstrekken?

§ 7.5.2 *Rechtmatigheid van de eisen aan bedrijfsvoering en organisatie*

Culturele instellingen zijn in beginsel vrij om hun bedrijfsvoering en organisatie zelf in te richten.⁴⁹⁰ Hoewel die vrijheid niet absoluut is, stelt het recht grenzen aan de mogelijkheden van de overheid om beperkingen op te leggen.⁴⁹¹ Op basis van het hiervoor gegeven voorbeeld van de twee orkesten, onderzoek ik in deze paragraaf of en in hoeverre de minister in het kader van zijn bevoegdheid om cultuursubsidies te verstrekken, eisen mag opleggen aan de bedrijfsvoering en organisatie van culturele instellingen. Daartoe toets ik het voorbeeld aan het subsidierecht en de relevante algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

De eerste vraag is hoe de eis, die de minister de orkesten oplegt, juridisch te kwalificeren is. Er kan sprake zijn van een voorwaardelijke subsidieverlening of van een subsidieverplichting. Hierna licht ik toe waarom er mijns inziens sprake is van een subsidieverplichting.

De minister is bevoegd om een subsidie onder opschortende of ontbindende voorwaarde te verlenen. Een voorwaarde is een toekomstige, onzekere gebeurtenis, waarvan de werking van een rechtshandeling – in dit geval: de subsidieverlening – afhankelijk is gesteld.⁴⁹² De mogelijkheden om voorwaarden te stellen is echter bij wet beperkt. In artikel 4:33 van de Awb is bepaald dat de minister een subsidie niet kan verlenen onder de voorwaarde dat uitsluitend hij of de subsidieontvanger een bepaalde handeling verricht.⁴⁹³ In dit geval is er sprake van handelingen die de orkesten als subsidieontvangers moeten uitvoeren. Indien de eis zou kwalificeren als voorwaardelijke verlening, zou de verlening mijns inziens uitsluitend afhankelijk zijn van handelingen die de orkesten moeten verrichten en daarom in strijd zijn met artikel 4:33. Dat de minister de handelingen moet goedkeuren, doet daaraan mijns inziens niet af. De essentie ligt immers in de keuze van de orkesten om al dan niet te handelen.

De reden dat voorwaarden waarvan de vervulling uitsluitend afhankelijk is van een handeling van de subsidieontvanger, niet zijn toegestaan, is dat de minister op die manier verplichtingen zou kunnen opleggen aan de subsidieontvanger zonder de beperkingen van afdeling 4.2.4 van de Awb in acht te nemen.⁴⁹⁴ Deze afdeling bevat regels voor het opleggen van subsidieverplichtingen. Ik zal er hierna van uitgaan dat de eis, die de minister aan de orkesten oplegt, als subsidieverplichting is aan te merken.

kwetsbaar vindt: “Ik zie ook liever dat men samen gaat werken dan dat er van bovenaf iets opgelegd wordt, maar in dit geval is druk nodig”. ‘Minister eens met fusie Het Gelders Orkest en Orkest van het Oosten’, *Arnhem Direct* 13 oktober 2017.

⁴⁹⁰ De autonomie van ondernemers om hun onderneming in te richten is te kwalificeren als ‘vrijheid van ondernemerschap’. Raaijmakers leidt uit het ontbreken van een recht op vrijheid van ondernemerschap in de Grondwet af, dat deze in Nederland inmiddels voldoende vanzelfsprekend is. Raaijmakers 2005, p. 261. In art. 16 van het Handvest (zie ook par. 3.3.5) is verankerd dat de vrijheid van ondernemerschap overeenkomstig het recht van de EU en de nationale wetgeving en praktijken wordt erkend. De vrijheid van ondernemerschap omvat de vrijheid om een economische of handelsactiviteit uit te oefenen, contractsvrijheid en de vrije mededinging. De vrijheid is voorts niet absoluut, maar moet worden beschouwd in relatie tot haar maatschappelijke functie. HvJ EU 22 januari 2013, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28 (*Sky Österreich*), *EHRC* 2013/90. Daarnaast moet de vrijheid in balans zijn met andere fundamentele rechten en vrijheden. *FRA* 2015, p. 24.

⁴⁹¹ Zo moeten beperkingen op de uitoefening van de in het Handvest erkende rechten en vrijheden ingevolge art. 52, eerste lid, van het Handvest bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen.

⁴⁹² Den Ouden e.a. 2011, p. 63-64. De bevoegdheden om een subsidie onder voorwaarde te verlenen, is volgens de wetgever gebaseerd op art. 3:38 jo. 3:59 BW. Een voorbeeld van een opschortende voorwaarde in het cultuurbeleid is te vinden in art. 2 van de Subsidieregeling indemniteit bruiklenen 2016.

⁴⁹³ Uitzonderingen hierop zijn de voorwaarde dat de subsidieontvanger meewerkt aan het tot stand komen van een uitvoeringsovereenkomst of dat de subsidieontvanger aantoonde dat een gebeurtenis, niet zijnde een handeling van het bestuursorgaan of van de subsidieontvanger, heeft plaatsgevonden.

⁴⁹⁴ Den Ouden e.a. 2011, p. 64.

De wetgever onderscheidt drie soorten subsidieverplichtingen: verplichtingen die onder één van de in artikel 4:37, eerste lid, van de Awb genoemde categorieën vallen, overige verplichtingen die strekken tot verwezenlijking van het doel van de subsidie (artikel 4:38) en overige verplichtingen die niet strekken tot verwezenlijking van het doel van de subsidie (artikel 4:39).

Van een subsidieverplichting in de zin van artikel 4:37, eerste lid, is in het geval van de fusieplicht geen sprake. De vraag is daarom of de verplichting strekt tot verwezenlijking van het doel van de subsidie. Is dat het geval, dan kan de verplichting ingevolge artikel 4:38, tweede lid, bij *of krachtens* wettelijk voorschrift worden opgelegd, indien de subsidie zelf op een wettelijk voorschrift berust. Voor cultuursubsidies is dat laatste het geval.

Uit de wetgeschiedenis blijkt niet heel precies wanneer een subsidieverplichting strekt tot verwezenlijking van het doel van de subsidie. Volgens de wetgever kunnen alleen die verplichtingen worden opgelegd, die redelijkerwijs noodzakelijk en geschikt zijn om het met de subsidie nagestreefde doel te verwezenlijken.⁴⁹⁵ Indien een verplichting niet strekt tot verwezenlijking van het doel van de subsidie, moet deze ingevolge artikel 4:39 bij – en niet: krachtens – wettelijk voorschrift zijn opgelegd en verband houden met de gesubsidieerde activiteiten. In de literatuur worden dergelijke verplichtingen ook wel oneigenlijke of nevenverplichtingen genoemd.⁴⁹⁶ De overheid gebruikt haar bevoegdheid om subsidie te verstrekken in dat geval mede voor een ander doel, dan waarvoor die bevoegdheid haar is toegekend.

In de toelichting is overwogen dat de overheid terughoudend moet zijn met het opleggen van zulke verplichtingen, omdat het minder gewenst is dat ze via een subsidiërelatie doelstellingen nastreeft die – hoe belangrijk op zichzelf ook – geen verband houden met de doelstelling van de subsidiëregeling zelf. Tegelijkertijd heeft de wetgever het opleggen van oneigenlijke verplichtingen niet helemaal willen uitsluiten. Om het opleggen van oneigenlijke verplichtingen met waarborgen te omkleden, heeft de wetgever in artikel 4:39 een formele (bij wettelijk voorschrift) en een materiële (verband met subsidieactiviteiten) eis neergelegd. Ter illustratie schrijft de wetgever:

“Dat betekent, dat bijvoorbeeld van [...] een museum, indien daartoe aanleiding is en een toereikende wettelijke grondslag bestaat, nog wel kan worden geëist dat de eigen activiteiten waar mogelijk op milieuvriendelijke wijze worden verricht, maar niet dat wordt medegewerkt aan het verspreiden van folders over het milieubeleid van het subsidiërend bestuursorgaan.”⁴⁹⁷

Oneigenlijke subsidieverplichtingen staan op gespannen voet met het verbod van détournement de pouvoir.⁴⁹⁸ Dit verbod hangt samen met het specialiteitsbeginsel, dat grenzen stelt aan de belangen die de minister mag afwegen bij het voeren van zijn beleid, en houdt in dat de minister zijn bevoegdheid niet mag gebruiken voor een ander doel dan waarvoor deze is verleend.⁴⁹⁹ De wetgever heeft het verbod van détournement de pouvoir vastgelegd in artikel 3:3 van de Awb.

De Afdeling moest zich in *Utrechts Centrum voor de kunsten* uitlaten over een verplichting die het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Utrecht had opgelegd aan Stichting Utrechts Centrum voor de kunsten. Het college had de stichting subsidie verleend voor het kalenderjaar 2014 en daarbij de verplichting opgelegd om een sluitende meerjarenbegroting tot en met 2017 op te stellen en daarover tussentijds te rapporteren. Hiermee beoogde het college “inzicht te krijgen in de financiële situatie van de stichting bij teruglopende subsidie-inkomsten om het voortbestaan van de stichting te waarborgen.”

⁴⁹⁵ *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 65 (MvT).

⁴⁹⁶ Den Ouden e.a. 2011, p. 88.

⁴⁹⁷ *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 66-67 (MvT).

⁴⁹⁸ Den Ouden, *AB* 2016/31.

⁴⁹⁹ De Haan/Schlössels & Zijlstra 2017, p. 369.

De Afdeling wijst het standpunt van het college af dat er sprake is van een subsidieverplichting in de zin van artikel 4:37, eerste lid, onder c, omdat de verplichting verder gaat dan alleen het overleggen van gegevens en bescheiden. Aangezien de stichting in de toekomst opnieuw te maken zou krijgen met een subsidiekorting, brengt de verplichting feitelijk met zich dat de stichting bezuinigingsmaatregelen moet nemen. Er is daarom sprake van een oneigenlijke verplichting, waarvoor geen wettelijke grondslag aanwezig is en die onvoldoende verband houdt met de subsidieactiviteiten, voor zover de verplichting althans betrekking heeft op andere jaren dan 2014. Dat de stichting al in 2014 aan de verplichting moest voldoen en dat de verplichting niet is opgelegd voor in navolgende jaren te verlenen subsidies, laat volgens de Afdeling onverlet dat deze op een ander tijdvak ziet dan waarvoor de subsidie is verleend. De verplichting heeft daarom geen betrekking op de wijze waarop of de middelen waarmee de gesubsidieerde activiteiten worden verricht. Den Ouden waarschuwt terecht dat de overheid zorgvuldig te werk moet gaan bij het opleggen van nevenverplichtingen, omdat de bestuursrechter niet bang is haar terug te fluiten.

De kritische houding van de Afdeling tegenover oneigenlijke subsidieverplichtingen blijkt ook uit *Novadic-Kentron*. Hier was een verplichting aan de orde op grond waarvan de subsidieontvanger zijn medewerkers geen beloning mocht verstrekken die meer bedroeg dan de Wnt-norm.⁵⁰⁰ De Afdeling oordeelt dat deze subsidieverplichting onrechtmatig is, omdat ze niet strekt tot verwezenlijking van het doel van de subsidie. De verplichting houdt bovendien onvoldoende verband met de gesubsidieerde activiteiten: al zijn de medewerkers betrokken bij het uitvoeren van de activiteiten, de verplichting zelf heeft betrekking op hun inkomens. Om die reden kan de verplichting niet worden aangemerkt als een geoorloofde subsidieverplichting in de zin van artikel 4:39, tweede lid, van de Awb. De Afdeling overweegt dat de subsidieverstrekker er in dit geval voor had kunnen kiezen om de kosten boven de Wnt-norm niet subsidiabel te stellen, in plaats van een algemeen verbod op te leggen. In elk geval beperkt de bestuursrechter de ruimte van de overheid om via een subsidierelatie inkomenspolitiek te voeren.⁵⁰¹

Bij het opleggen van een subsidieverplichting als de fusieplicht moet de overheid zich drie vragen stellen. Indien het antwoord telkens negatief is, is het opleggen van de verplichting onrechtmatig.

- 1) Valt de verplichting onder artikel 4:37, eerste lid?
- 2) Zo nee, strekt de verplichting tot het verwezenlijken van het doel van de subsidie?
- 3) Zo nee, is de verplichting gebaseerd op een wettelijk voorschrift en houdt deze verband met de gesubsidieerde activiteiten?

Het antwoord op de eerste vraag luidt ontkennend. Wat de tweede vraag betreft, lijkt het doel om een ‘fusieplicht’ op te leggen – afgaande op de overwegingen van de raad en de minister – erin gelegen te zijn de continuïteit van een symfonische voorziening in de regio Oost te garanderen. In wezen gebruikt de minister zijn bevoegdheid om subsidie te verstrekken hier om de culturele sector, of in elk geval het aanbod van symfonische voorzieningen, te herschikken. Dit doel reikt mijns inziens aanzienlijk verder dan de grondslag van de minister om subsidie te verstrekken *ten behoeve van cultuuruitingen* (artikel 4 van de Wsc). Weliswaar is de minister ingevolge artikel 2 van de Wsc belast met het scheppen van voorwaarden voor onder andere het in stand houden van cultuuruitingen, maar die taak rechtvaardigt het opleggen van een fusieplicht niet. In paragraaf 3.3.7 is aan de orde gekomen dat het ‘scheppen van

⁵⁰⁰ ABRvS 25 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2348 (*Novadic-Kentron*), AB 2014, 326. ‘Wnt’ staat voor Wet normering topinkomens; deze wet heeft betrekking op de maximale bezoldiging in de publieke en semipublieke sector (zie verder par. 7.5.3).

⁵⁰¹ Zie ook Benhadi 2014.

voorwaarden' restrictief moet worden uitgelegd. De minister kan de sector financieel steunen bij het tot stand laten komen van kunst en cultuur, maar een ingrijpende verplichting als de fusieplicht valt naar mijn idee buiten het bereik van die opdracht.

In bredere zin is het de vraag of het opleggen van verplichtingen om de bedrijfsvoering of organisatie aan te passen, strekt tot verwezenlijking van het doel van de subsidie. Het is moeilijk om hierover in het algemeen een antwoord te geven, omdat de omstandigheden en de inhoud van de verplichtingen kunnen verschillen. Met het oog op *Utrechts Centrum voor de kunsten* en *Novadic-Kentron* meen ik dat de wens om culturele instellingen beter toe te rusten voor een nieuwe tijd, waarin cultuursubsidies minder vanzelfsprekend zijn, te breed is om over de band van een subsidieverlening verplicht te stellen. De minister streeft hier immers een ander doel na. Mijns inziens hebben de instellingen zelf een verantwoordelijkheid om hun bedrijfsvoering of organisatie zo in te richten, dat zij in staat zijn om de subsidieactiviteiten uit te voeren. Dit laat onverlet dat de minister een faciliterende rol zou kunnen spelen om culturele instellingen te helpen – bij wijze van positieve prikkel – bij hun cultureel ondernemerschap.⁵⁰²

Wat het voorbeeld van de orkesten betreft, rust de verplichting niet op een wettelijk voorschrift. De Wsc voorziet niet in een bepaling, op grond waarvan de minister rechtstreeks mag ingrijpen in de inrichting van de culturele sector. Omdat de fusieplicht langdurige of permanente gevolgen heeft, is het – in het licht van de jurisprudentie van de Afdeling – niet goed te verdedigen dat de verplichting voldoende verband houdt met de gesubsidieerde activiteiten, zeker niet voor zover zij betrekking heeft op de periode na afloop van de subsidieperiode.

De conclusie dat de fusieplicht onrechtmatig is, brengt met zich dat de minister naar andere manieren moet zoeken om ervoor te zorgen dat er een goede symfonische voorziening in de regio Oost behouden blijft. De combinatie van bezuinigen en vergaand ingrijpen in de bedrijfsvoering is niet de juiste. Omdat culturele instellingen eens in de vier jaar opnieuw subsidie moeten aanvragen, lopen zij steeds het risico bij een volgende subsidieperiode nul op rekest te krijgen. Om die reden kunnen zij de wensen van de minister niet geheel naast zich neerleggen, willen zij een volgende periode opnieuw voor subsidie in aanmerking komen. Het recht biedt hen wel enige bescherming.

Aangezien de Afdeling kritisch kijkt naar het opleggen van oneigenlijke subsidieverplichtingen, kan het voor bestuursorganen aantrekkelijk zijn om de 4:39-jurisprudentie te omzeilen, bijvoorbeeld door eisen niet neer te leggen in een subsidieverplichting, maar in een weigeringsgrond. De Afdeling heeft deze sluiproute inmiddels aan banden gelegd met een beroep op het verbod van détournement de pouvoir. In de zaak *Cinop*, waarin een oneigenlijk verplichting was opgelegd in de vorm van een weigeringsgrond, overweegt de Afdeling eerst.⁵⁰³

“De in artikel 4:35 van de Awb genoemde gronden om een subsidie te weigeren, zijn niet limitatief. De minister voert terecht aan [...] dat een subsidie ook op beleidsmatige gronden die in een bijzondere subsidieregeling zijn opgenomen, kan worden geweigerd. [...] kan de minister voorts worden gevolgd in het betoog dat hem in dit geval veel beleidsruimte is gegeven. Dit betekent echter niet dat die ruimte onbegrensd is en elke weigeringsgrond toelaatbaar is. De in de beleidsregels opgenomen weigeringsgrond moet binnen de kaders van wet- en regelgeving blijven, inhoudelijk niet onredelijk zijn en niet in strijd zijn met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.”

Vervolgens beschouwt de Afdeling de weigeringsgrond in het licht van artikel 3:3 van de Awb:

“Het gaat hier niet om een aan de subsidie verbonden verplichting, waardoor artikel 4:39 van de Awb toepassing mist, maar om een criterium waaraan moet zijn voldaan om voor subsidie in aanmerking te komen. Gelet op artikel

⁵⁰² Een voorbeeld van een maatregel die de minister als ‘facilitator’ heeft genomen, is het Programma Ondernemerschap Cultuur, bestaande uit een leiderschapsproject, activiteiten voor kleine instellingen en zzp'ers, het adviseren en trainen van culturele anbi's over financiën en fondsen en de campagne *Cultuur, daar geef je om*. Het programma is in 2017 geëvalueerd: ‘Ondernemerschap in cultuur. Evaluatie van het Programma Ondernemerschap Cultuur 2013-2016’, bijlage bij *Kamerstukken II 2017-18*, 32 820, nr. 217.

⁵⁰³ ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1774 (*Cinop*), AB 2017, 248.

3:3 van de Awb geldt echter ook voor zo'n criterium dat het voldoende verband moet houden met het met de subsidie beoogde doel. Aan het uitgangspunt dat ten grondslag ligt aan artikel 4:39 van de Awb, dat een beperking die niet strekt tot verwezenlijking van het doel van de subsidie slechts aan de subsidie kan worden verbonden voor zover dit bij wettelijk voorschrift is bepaald, kan in het licht van artikel 3:3 van de Awb niet voorbij worden gegaan, door deze beperking in de vorm van een subsidievoorwaarde of drempelcriterium op te leggen aan de voorkant van de subsidieprocedure. [...] Deze strijdigheid met artikel 3:3 van de Awb kan alleen bij wet in formele zin worden weggenomen. [...] Een grondslag in een algemene maatregel van bestuur [...] of in een ministeriële regeling [...] is ontoereikend om de strijdigheid weg te nemen, aangezien de Awb als wet in formele zin hoger in rang staat.”

Bij wijze van alternatief voor een subsidieverplichting, zou de minister de fusieplicht dus niet zonder meer als onderdeel van een weigeringsgrond mogen opnemen. In algemene zin moeten de eigeninkomstennorm en het ondernemerschapscriterium – in de woorden van de Afdeling – binnen de kaders van wet- en regelgeving blijven en mogen ze niet inhoudelijk onredelijk of in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn. In de toelichting op artikel 4a van de Wsc staat dat de minister zowel formele als materiële criteria kan opleggen. Daarbij staat voorop dat de artistiek-inhoudelijke kwaliteit van de ingediende plannen van voldoende niveau moet zijn. Aanvullende materiële criteria kunnen het maatschappelijk bereik van de voorgenomen activiteiten betreffen, de evenwichtige samenstelling van het te subsidiëren aanbod in een sector en een voldoende landelijke spreiding van het cultuuraanbod. Ook vermeldt de toelichting dat een subsidieaanvrager “aan de normen van een bedrijfsmatigheidstoets moet kunnen voldoen, dat wil zeggen voldoende aannemelijk moet kunnen maken dat de voorgestelde activiteiten daadwerkelijk en binnen de begroting uitgevoerd kunnen worden.”⁵⁰⁴ De criteria die de minister hanteert voor het beoordelen van subsidieaanvragen, kunnen dus evengoed betrekking hebben op een bedrijfsmatige of financiële beoordeling. Die beoordeling moet wel verband houden met de activiteiten waarvoor de subsidie wordt verleend, omdat zij anders in strijd kan zijn met het verbod van détournement de pouvoir. Hoewel ik meen dat de eigeninkomstennorm en het ondernemerschapscriterium als zodanig binnen de beleidsvrijheid van de minister vallen, is het mogelijk dat de raad die criteria onder omstandigheden zo invult, dat de beoordeling alsnog verder strekt dan toegestaan.

De Afdeling kijkt kritisch of de eisen die een bestuursorgaan aan een subsidieontvanger oplegt, in strijd zijn met het verbod van détournement de pouvoir. Daarbij is het belangrijk op te merken dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet alleen van toepassing zijn op publiekrechtelijke besluitvorming, maar ook op het verrichten van feitelijke handelingen en het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten.⁵⁰⁵ Het verbod van détournement de pouvoir normeert daarom zowel het opleggen van subsidieverplichtingen als het voeren van gesprekken, zoals in dit geval met de twee orkesten is gedaan.

Gezien zijn grondwettelijke opdracht is het doel van de minister om te voorkomen dat er in de toekomst geen kwalitatief hoogstaande symfonische voorziening meer is in de regio Oost, legitiem. In plaats van in te grijpen in de autonomie van de orkesten, had de minister een keuze kunnen maken tussen één van beide orkesten of de sector anderszins kunnen helpen om die voorziening tot stand te brengen. Een dergelijke positieve maatregel had in het licht van het subsidiariteitsbeginsel (zie paragraaf 4.2.4) in de rede gelegen, omdat de minister het initiatief daarmee bij de sector had gelegd.

⁵⁰⁴ Kamerstukken II 2006/07, 30 847, nr. 3 (MvT).

⁵⁰⁵ De Haan/Schlössels & Zijlstra 2017, p. 363.

§ 7.5.3 *Spanning tussen ondernemerschap en publieke belangen*

De bis-instellingen behoren tot de semipublieke sector: het zijn private instellingen, die subsidie ontvangen voor het behartigen van een maatschappelijk belang (zie paragraaf 1.3). In de afgelopen jaren heeft de overheid maatregelen getroffen om de handelingsvrijheid van semipublieke instellingen te beperken. Sommige van die maatregelen zijn het gevolg geweest van maatschappelijke ophef over problemen en incidenten in de semipublieke sector, waarbij bijvoorbeeld sprake was wanbestuur.⁵⁰⁶ Volgens de regering schaden zulke incidenten het vertrouwen van burgers in de publieke zaak: werken voor het maatschappelijk brengt haars inziens een morele verantwoordelijkheid met zich.⁵⁰⁷ Een affaire als die van het Wereldmuseum (zie paragraaf 1.1.1) laat zien dat incidenten zich ook in het culturele domein voordoen.

In deze paragraaf ga ik op basis van twee voorbeelden in op de inherente spanning die bestaat tussen maatregelen van de overheid om de handelingsvrijheid van semipublieke instellingen te beperken en eisen van de Minister van Cultuur aan het ondernemerschap en de eigen inkomsten van culturele instellingen die voor subsidie in aanmerking willen komen. Beide voorbeelden hebben betrekking op regels voor het besteden van publieke middelen.

De maatregelen die ik in deze paragraaf behandel, hebben met de voorbeelden uit de vorige paragraaf gemeen dat ze niet los te zien zijn van de subsidierelatie tussen de Minister van Cultuur en de culturele instellingen. Het verschil is dat de maatregelen geen onderdeel uitmaken van de subsidierelatie zelf: het gaat om algemene normen, die van toepassing zijn op bepaalde semipublieke instellingen, waaronder bis-instellingen.

De eerste maatregel waaruit blijkt dat de overheid semipublieke instellingen onderwerpt aan strengere eisen dan zuiver private instellingen, is de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector (Wnt).⁵⁰⁸ De Wnt stelt grenzen aan de bezoldiging die bepaalde instellingen in de publieke en semipublieke sector mogen verstrekken aan topfunctionarissen.⁵⁰⁹ Volgens de memorie van toelichting is de wet opgesteld naar aanleiding van zorgen over de hoogte en ontwikkelingen van ‘topinkomens’:

“Het kabinet is van mening dat organisaties die een publieke taak hebben en die bekostigd worden met publiek geld, hun bestuurders ordentelijk behoren te betalen. Ordentelijk betekent: evenwichtig, maatschappelijk verantwoord en niet exorbitant. Overigens moet wel rekening worden gehouden met de wens om vacatures te vervullen met kandidaten met kwaliteit en met de wens om die mensen ook een redelijke tijd voor de organisatie te behouden. [...]”⁵¹⁰

Voorts staat in de toelichting dat de wet drie doelen tracht na streven. In de eerste plaats is de wet een democratisch gelegitimeerd instrument om de bezoldiging van topfunctionarissen in de publieke en semipublieke sector te normeren. In de tweede plaats bakent de wet af welke instellingen tot de publieke en de semipublieke sector worden gerekend. In de derde plaats beoogt de wet te verhinderen dat instellingen rechtens in staat zijn hogere bezoldigingen toe te kennen dan op grond van de Wnt is toegestaan.

⁵⁰⁶ Commissie Behoorlijk Bestuur 2013, p. 5.

⁵⁰⁷ *Kamerstukken II* 2012/13, 28 479, nr. 68 (reactie op advies Commissie Behoorlijk Bestuur).

⁵⁰⁸ De Wnt is in werking getreden op 24 november 2012.

⁵⁰⁹ Onder een ‘topfunctionaris’ wordt ingevolge art. 1, onder b, onder 5°, van de Wnt verstaan: de leden van de hoogste uitvoerende en toezichthoudende organen van een rechtspersoon of instelling [...] alsmede de hoogste ondergeschikte of de leden van de groep hoogste ondergeschikten aan dat orgaan en degene of degenen belast met de dagelijkse leiding van de gehele rechtspersoon of de gehele instelling.

⁵¹⁰ *Kamerstukken II* 2010/11, 32 600, nr. 3 (MvT).

De Wnt is om twee redenen relevant. Ten eerste somt de wetgever in de bijlage van de wet op welke rechtspersonen of instellingen hij tot de semipublieke sector rekent. Dit geldt onder andere voor de bis-instellingen.⁵¹¹ Hoewel de bijlage specifiek is gekoppeld aan de Wnt, komt hierna nog aan de orde dat de lijst naderhand bij andere maatregelen als voorbeeld is genomen.

Ten tweede beperkt de Wnt de vrijheid van ondernemerschap. Zoals vermeld in de toelichting, moeten bis-instellingen bij het opvullen van vacatures voor topfunctionarissen rekening houden met de Wnt. Dit betekent dat zij geen topfunctionarissen kunnen aantrekken of behouden door hen salarissen in het vooruitschiet te stellen, die in strijd zijn met de Wnt.

Een verdere verhandeling van de Wnt gaat aan de strekking van deze paragraaf voorbij. De reden dat ik de Wnt hier behandel, is dat deze wet duidelijk maakt dat de overheid verschillende verwachtingen heeft van de bis-instellingen. Enerzijds ziet de overheid hen als semipublieke instellingen, die subsidie ontvangen om een maatschappelijk belang te behartigen en daarom zwaardere regels moeten naleven bij het besteden van hun middelen, en anderzijds ziet de Minister van Cultuur hen als ondernemers, die meer inkomsten via de markt moeten verdienen. Omdat de minister bovendien minder subsidie verstrekt, moeten de bis-instellingen dus met minder publieke middelen aan zwaardere publieke eisen voldoen.⁵¹²

De tweede maatregel die ik hier als voorbeeld gebruik, betreft twee normenkaders van de Minister van Financiën: het Gemeenschappelijk normenkader voor financieel beheer, verantwoording en intern toezicht (het Gemeenschappelijk normenkader) en het Beleidskader derivaten.⁵¹³ De normenkaders zijn niet bindend; de ministers dienen de uitgangspunten in hun eigen domeinen om te zetten in wet- en regelgeving. Voor welke instellingen de normenkaders moeten gelden, is volgens de Minister van Financiën afhankelijk van de context. Wat betreft het Beleidskader derivaten, beoogt hij aan te sluiten bij de reikwijdte van de Wnt.⁵¹⁴ Hierdoor krijgt de Wnt-lijst steeds meer het karakter van een niet-officiële lijst van semipublieke instellingen.

Het Gemeenschappelijk normenkader bevat de uitgangspunten waaraan een doelmatige en rechtmatige uitoefening van de publieke taak zou moeten voldoen. Semipublieke instellingen behoren volgens dit normenkader een ordentelijk en sober financieel beheer te voeren. Risicomanagement en het voorkomen van misbruik en oneigenlijk gebruik van wet- en regelgeving zijn daarvan belangrijke onderdelen.

Het Beleidskader derivaten bevat voorts uitgangspunten voor het gebruik van derivaten in de publieke en semipublieke sector. Het financiële beleid en beheer van semipublieke instellingen moet dienstbaar zijn aan de publieke doelstellingen en gericht zijn op financiële continuïteit. Semipublieke instellingen mogen uitsluitend financiële derivaten aantrekken en afstoten om financiële risico's te beperken. Speculeren met derivaten is verboden.

Om het Beleidskader derivaten te implementeren, neemt de Minister van OCW voor gesubsidieerde instellingen subsidieverplichtingen op en past hij waar nodig wet- en regelgeving aan.⁵¹⁵ In de Rsc is

⁵¹¹ Art. 1.3, lid 1, onder d, jo. bijlage 1, onderdeel 20, van de Wnt.

⁵¹² Aanvankelijk leidde de Wnt in het cultuurdebat – anders dan in het mediadebat – niet tot veel discussie. Zie bv. ‘Cultuur: weinig grootverdieners’, *NRC* 23 oktober 2014. Incidenten zijn er inmiddels wel. Zo kwam Beatrix Ruf, directeur van het Stedelijk Museum Amsterdam, in 2017 in opspraak, nadat o.a. was gebleken dat zij in haar eerste jaar meer dan € 400.000 zou hebben verdiend met nevenwerkzaamheden. Ook nadat zij was opgestapt als directeur, is een onderzoek gelast naar de vraag of de Wnt was overschreden. Zie ‘Grapperhaus: Waarom geen onderzoek naar toezicht Stedelijk Museum?’, *f-site.nl* 23 oktober 2017.

⁵¹³ Resp. bijlage bij *Kamerstukken II* 2013/14, 33 822, nr. 1 en bijlage bij *Kamerstukken II* 2013/14, 33 489, nr. 14.

⁵¹⁴ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 822, nr. 2.

⁵¹⁵ *Kamerstukken II* 2014/15, 33 489, nr. 20. Voor het onderwijs is in de onderwijswetten een grondslag opgenomen om bij ministeriële regeling regels te kunnen stellen over het uitzetten van gelden, het aangaan van geldeningen en het aangaan van verbintenissen voor financiële producten door het bevoegd gezag. *Stb.* 2015, 284. De Regeling beleggen, lenen en derivaten

vooral nog alleen bepaald dat de subsidieontvanger in het bestuursverslag een toelichting moet geven op zijn financiële positie. Daarbij dient hij in te gaan op zijn beleggingsbeleid, voor zover de instelling of een gelieerde instelling beleggingen heeft.⁵¹⁶ In de toelichting merkt de minister op dat dit voorschrift te maken heeft met het verscherpte beleid voor beleggingen door instellingen die voor een substantieel deel worden gefinancierd door de overheid.⁵¹⁷ Omdat de minister drie jaar later heeft opgemerkt dat de regeling voor het beleggingsbeleid van onderwijsinstellingen van overeenkomstige toepassing zal worden verklaard voor culturele instellingen, ligt het in de rede dat zijn beleid voor beleggingen door bis-instellingen strenger zal worden. Ondertussen heeft de minister via het bestuursverslag inzicht in de financiële positie van gesubsidieerde instellingen, waarvan een preventieve werking kan uitgaan.

In de culturele sector is, voor zover althans bekend, geen bestendige beleggingspraktijk. Eisen aan het financiële beleid en beheer van gesubsidieerde instellingen ontmoedigen dat zij via de geldmarkt inkomsten genereren. Daarmee worden zij echter beperkt in hun mogelijkheden om te ondernemen. De volgende casus geeft een beeld van wat er achter die beperking schuil kan gaan.

In 2014 ging er veel media-aandacht naar de aankoop van het beeldhouwwerk *Femme à la voilette* van Medardo Rosso door Museum Boijmans Van Beuningen, dat subsidie ontvangt van de gemeente Rotterdam. De aankoop was bijzonder, omdat het museum met de verkoper een prijs in dollars was overeengekomen en daarbij had bedongen dat het een half jaar de tijd kreeg om geldschieters te vinden. Om te voorkomen dat het museum een financieel risico zou lopen, doordat de dollarkoers in de tussentijd kon stijgen, besloot het een optie te kopen om dit risico af te dekken. Daarvoor betaalde het museum € 22.000. Het museum slaagde erin geldschieters te vinden en bleek vervolgens een gelukkige keuze te hebben gemaakt door de optie te kopen: die was op dat moment € 123.000 waard. De winst werd gebruikt voor de financiering van de sculptuur.



Medardo Rosso – *Femme à la voilette*
bron: collectie.boijmans.nl

Aanvankelijk deden de media de aankoop af als speculatie. De voorzitter van de raad van toezicht antwoordde als volgt op de ophef:

“Ik zou het geen speculatie willen noemen, maar goed Rotterdams zakendoen. De financiële specialisten in de raad voorzagen dat de dollarkoers zou stijgen. Met de optie vermeden we vooral het risico dat het beeld duurder zou worden.”⁵¹⁸

Naderhand werd de beeldvorming bijgesteld: volgens een aantal kenners kon geen sprake zijn van speculatie, omdat speculeren betrekking heeft op het nemen van grote risico's met het uitsluitende doel om geld te maken. In dit geval was de optie juist bedoeld om een risico af te kopen.⁵¹⁹ Daarmee was de lucht echter niet geklaard: het museum had nog altijd de koopsom van € 22.000 in de waagschaal gesteld. Een commentator schrijft in *NRC Handelsblad*:

OCW 2016 geldt niet voor culturele instellingen. In de toelichting schrijft de minister dat de voorwaarden in de regeling voor o.a. culturele instellingen in de subsidievoorwaarden van overeenkomstige toepassing worden verklaard. *Stcrt.* 2016, 30576.

⁵¹⁶ Art. 2.15, tweede lid, onder b. De minister laat overigens na om uit te leggen wat hij onder een 'gelieerde instelling' verstaat.

⁵¹⁷ *Stcrt.* 2013, 35319.

⁵¹⁸ 'Boijmans speculeerde met optie voor aankoop van sculptuur', *NRC Handelsblad* 3 december 2014.

⁵¹⁹ 'De krant komt op een zaak terug - en soms op zichzelf', *NRC Handelsblad* 13 december 2014. In 'Grenswacht tussen cultuur en commercie', *Het Financieel Dagblad* 14 maart 2015, werd wel weer van speculeren gerept.

“Een museum moet zakelijk worden geleid, maar is daarmee nog geen bedrijf. Directie en toezichhouders werken niet met hun eigen geld en hun eigen bezit, maar met subsidies en met kunst die de samenleving aan hen heeft toevertrouwd. [...] De achterban van Boijmans Van Beuningen bestaat ook niet uit aandeelhouders, maar uit burgers. Om dan 22.000 euro te besteden aan dat optiecontract, terwijl het héle kunstaankoopbudget maar 50.000 euro is, lijkt me een wanverhouding.”⁵²⁰

Hoewel Museum Boijmans Van Beuningen geen bis-instelling is, illustreert het voorbeeld goed dat culturele instellingen zich als semipublieke instellingen in een moeilijke positie kunnen bevinden. Zij krijgen publieke middelen om een publieke taak uit te voeren, maar om daarop aanspraak te maken, moeten zij voldoende private middelen verdienen en ondernemerschap laten zien. De overheid beperkt hun mogelijkheden daartoe met het oog op de publieke taak.

Geredeneerd vanuit het publieke belang dat semipublieke instellingen behartigen, zijn de beperkingen die de overheid oplegt, goed te verdedigen, al gaat er een zeker wantrouwen van uit. Geredeneerd vanuit de opdracht om meer eigen inkomsten te verdienen, is dat niet het geval, omdat de beperkingen die opdracht tegenwerken. Dit geldt temeer, indien de minister de opdracht zuiver opvat als noodzaak voor instellingen om hun subsidiekorting op te vangen. Vanuit de economische benadering is het immers minder goed mogelijk om overheidsingrijpen te verdedigen. Om het publiek belang van kunst en cultuur een zelfstandige rol te geven, is het nodig de opdracht vanuit de cultureel-economische invalshoek te benaderen.

Daarbij komt dat de beperkingen om het publiek belang te beschermen, geen garantie geven. De beperkingen hebben betrekking op het besteden van publieke middelen. Dit betekent dat instellingen wel risico's kunnen nemen met hun eigen middelen. Naar aanleiding van een groot project in China leed het Van Gogh Museum in 2017 een verlies van € 350.000 (een bedrag “waar een middelgroot museum in de provincie failliet van zou gaan”). Het museum benadrukt dat het ondernemingsrisico niet met subsidie is gefinancierd, al laat het de minister wel weten dat cultureel ondernemerschap meer is dan het voeren van een efficiënte bedrijfsvoering: “Als je de opbrengsten wilt verhogen, dan moet je ook risico nemen. En wij kunnen dat gelukkig dragen.”⁵²¹

§ 7.5.4 Eisen aan werkgeverschap

Met het oog op hun maatschappelijke verantwoordelijkheid, stelt de Minister van Cultuur eisen aan het werkgeverschap van gesubsidieerde culturele instellingen. Die eisen hangen samen met de nadruk die de minister legt op het naleven van zelfregulering (zie ook paragraaf 7.5.1) en komen voort uit het cultuurdebat over de arbeidsmarkt- en inkomenspositie van kunstenaars. In 2016 hebben de Raad voor cultuur en de SER gezamenlijk een verkenning uitgevoerd, waarin zij de gevolgen beschrijven van de economische crisis en de bezuiniging op kunst en cultuur voor de arbeidsmarkt in de culturele sector (zie ook paragraaf 1.1.2).⁵²² Terwijl de inzet van zelfstandigen, deeltijdwerknemers, stagiairs en vrijwilligers flink is toegenomen, is het aantal banen naar verhouding juist sterk gedaald. De inkomens zijn laag en werknemers hebben een zwakke onderhandelingspositie ten opzichte van werkgevers en opdrachtgevers. Honoraria gaan omlaag en exploitatievergoedingen komen volgens de raad en de SER niet of onvoldoende bij de maker terecht.

⁵²⁰ ‘Lekker speculeren? Niet met museumgeld’, *NRC Handelsblad* 9 december 2014.

⁵²¹ ‘Strop in Beijing voor het Van Gogh’, *NRC Handelsblad* 14 september 2017.

⁵²² Raad voor cultuur & SER 2016. De verkenning is opgevolgd door het rapport *Passie gewaardeerd. Versterking van de arbeidsmarkt in de culturele en creatieve sector* van april 2017. Consumenten, bedrijven en de politiek bepalen wat de samenleving over heeft voor kunst en cultuur, aldus de Raad en de SER, die concluderen dat de politieke en maatschappelijke verwachtingen die aan de gesubsidieerde culturele sector worden gesteld, niet altijd realistisch zijn.

In paragraaf 6.4.2 kwam het debat over de honoraria van kunstenaars al aan de orde. Instellingen bevinden zich in een ‘ijzeren kooi’: ze zitten vast in een systeem waarin ze geen rekening kunnen houden met bijvoorbeeld goed werkgeverschap, omdat ze daarvoor kosten moeten maken, die ze niet kunnen dragen. De economische rationaliteit van het voortbestaan van de instellingen schuift het debat over de morele toelaatbaarheid van bepaalde praktijken zo terzijde.

De verkenning heeft geleid tot meer debat en tot aanbevelingen van de raad.⁵²³ In samenwerking met de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en op verzoek van de Tweede Kamer⁵²⁴ heeft de Minister van Cultuur uiteindelijk geld beschikbaar gesteld om onder andere een code op te laten stellen voor goed opdrachtgeverschap, goed werkgeverschap en een goede omgang met vrijwilligers.⁵²⁵ Bussemaker merkt in haar beleidsreactie op een balans te zoeken om ondernemerschap en flexibiliteit in de sector te houden en tegelijkertijd het inkomen en zekerheden van mensen in loondienst en zzp'ers te verbeteren.⁵²⁶

In oktober 2017 is de Fair practice code gepubliceerd, die – in aanvulling op de Governance code cultuur en de Code culturele diversiteit – de positie van ‘culturele professionals’ moet verbeteren. De Fair practice code beoogt de maatschappelijke verantwoordelijkheid van culturele instellingen te benadrukken. Omdat de minister het naleven van zelfregulering verplicht kan stellen voor gesubsidieerde instellingen, gaat er toch een zekere mate van overheidsbemoediging van uit.

Op basis van vijf waarden behoren culturele instellingen zich op grond van de Fair practice code in te zetten voor een eerlijke, duurzame en transparante bedrijfsvoering en respectvol, solidair en in vertrouwen rekening te houden met elkaars belangen, ten dienste van een sterke sector die de potentie en kansen van creatieven en kunstenaars ten volle benut en doet renderen.⁵²⁷ De code bevat normen voor bijvoorbeeld de betaling van zelfstandigen, auteursrechtvergoedingen en secundaire arbeidsvoorwaarden.

Net als de rechtsnormen over het besteden van publieke middelen (zie paragraaf 7.5.3) beperken eisen aan werkgeverschap de vrijheid van culturele instellingen om te ondernemen. Er bestaat een inherente spanning tussen de wens dat culturele instellingen ondernemen om inkomsten te verdienen en de wens dat zij hun maatschappelijke belang verantwoord behartigen. Om die spanning weg te nemen, moet de minister zijn eisen aan eigen inkomsten en ondernemerschap afstemmen op andere publieke normen. Daarbij dient de minister zich mede af te vragen in hoeverre de problemen die zijn ontstaan op de arbeidsmarkt van de culturele sector, mede het gevolg geweest zijn van de bezuiniging, waar de sector – in de woorden van de Raad voor cultuur en de SER – veel last van heeft gehad.⁵²⁸ Voor zover

⁵²³ Raad voor cultuur 2016b.

⁵²⁴ *Kamerstukken II* 2015/16, 34 300 VIII, nr. 188 (amendement-Van Veen c.s.).

⁵²⁵ Bussemaker 2016b.

⁵²⁶ Wanneer de minister de Tweede Kamer in maart 2017 informeert over de voortgang, merkt zij op: “[De inkomens- en arbeidsmarktpositie] is voor de gemiddelde kunstenaar nooit sterk geweest, mede door de economie van de culturele sector en de intrinsieke motivatie van kunstenaars. Volgens de analyse van de raden hebben de economische crisis en de bezuinigingen van Rutte I de positie van kunstenaars verder verslechterd. Dit heeft onder andere geresulteerd in een daling van de werkgelegenheid, een sterke stijging van het aantal zelfstandigen, lage inkomens en beperkte toegang tot essentiële voorzieningen zoals scholing, verzekeringen en pensioen. De bezuinigingen van het vorige kabinet moeten worden gezien in de context van de economische crisis, maar ook als een uiting van onvoldoende waardering voor kunst en kunstenaars in Nederland. Samen met de cultuursector heb ik de afgelopen vier jaar hard gewerkt aan een meer positieve benadering.” Bussemaker 2017.

⁵²⁷ Fair practice code versie 1.0, p. 7. De waarden zijn: solidariteit, transparantie, duurzaamheid, diversiteit en vertrouwen.

De vraag is overigens in hoeverre een pleidooi tot samenwerking tussen instellingen in de culturele sector verenigbaar is met het mededingingsrecht. In juni 2016 heeft de vakbond de regering verzocht zelfstandig kunstenaars meer ruimte te geven om collectief op te kunnen komen voor betere tarieven. De Autoriteit Consument en Markt houdt toezicht op dgl. acties, omdat ze de mededinging kunnen vervalsen. Zie FNV KIEM 28 juni 2016, ‘Tweede Kamer: Laat zelfstandige kunstenaars onderhandelen over arbeidsvoorwaarden’, fnv-kiem.nl. De vraag valt verder buiten het bereik van dit proefschrift.

⁵²⁸ Raad voor cultuur & SER 2016, p. 29.

daarvan sprake is, past het de minister eerder voorzieningen te treffen om de sector bij te staan dan om de sector door middel van zwaardere eisen verder te belasten.

§ 7.5.5 Ondernemerschap en het uitvoeren van maatschappelijke taken

Hiervoor is aan de orde gekomen dat de overheid bis-instellingen in hun handelingsvrijheid beperkt. Die beperkingen kunnen invloed hebben op het culturele doel en de activiteiten van instellingen. De affaire van het Wereldmuseum en het geschil in de zaak *Holland Opera* laten zien dat bepaalde eisen aan ondernemerschap kunnen botsen met eisen aan de artistieke kwaliteit of maatschappelijke taak.⁵²⁹ Commerciële doelen kunnen het culturele doel verdrrukken, indien een instelling het evenwicht niet kan bewaren. Ook kan de overheid te hoge verwachtingen stellen aan het verdienvermogen van culturele instellingen.

De wijze waarop de minister het ondernemerschap van subsidieaanvragers beoordeelt, kan instellingen dwingen om bepaalde keuzen te maken. Bij het beoordelen kan de minister zijn doel voorbijschieten. Dat is het geval, indien de beoordeling leidt tot tegenstrijdige of onuitvoerbare verplichtingen.⁵³⁰ Het beginsel van formele rechtszekerheid brengt met zich dat de bis-instellingen moeten weten waar zij aan toe zijn.⁵³¹ Dit is bij de eisen aan ondernemerschap niet steeds het geval. Met het oog op de formele rechtszekerheid ga ik in deze paragraaf nader in op het spanningsveld tussen de eisen aan ondernemerschap en de eisen aan de maatschappelijke taak van de bis-instellingen.

De minister subsidieert culturele instellingen onder andere om één of meerdere maatschappelijke taken uit te voeren, die samenhangen met het publiek belang van kunst en cultuur. Onder omstandigheden kunnen die taken haaks staan op de opdracht om meer eigen inkomsten te verdienen, bijvoorbeeld omdat ze instellingen beperken in hun mogelijkheden om te ondernemen en omdat de uitvoering ervan geld kost. Ter illustratie behandel ik twee maatschappelijke taken: spreiding en talentontwikkeling.

Geografische spreiding is een belangrijk uitgangspunt in het cultuurbeleid. Tot 2013 legde de minister theatergezelschappen een verplichting op om hun voorstellingen verspreid over theaters in Nederland te spelen. Deze reisverplichting was omstreden, omdat ze tijds- en arbeidsintensief en dus ook duur was. Inmiddels is ze vervangen door nieuw beleid, waarin de minister zich bij het verstrekken van subsidies op kernpunten richt.⁵³² Voor één theaterinstelling die zich internationaal onderscheidt door een excellent uitvoeringsniveau, is bovendien extra subsidie beschikbaar.⁵³³

Het intrekken van de verplichting heeft gesubsidieerde theatergezelschappen meer ruimte gegeven om te ondernemen. Er is echter ook kritiek.⁵³⁴ Een Tweede Kamerlid verweet Toneelgroep Amsterdam te weigeren door het land te reizen. Theatergezelschappen zouden hun publiek zoveel mogelijk moeten

⁵²⁹ Zie ook C. Bunnik & K. Putters, 'Het meten van kwaliteit in veranderende tijden', in: Kunsten '92 2015, p. 20. Volgens de auteurs is er vaak sprake van cofinanciering met bijbehorende subsidievoorwaarden, waardoor conflicterende eisen kunnen ontstaan.

⁵³⁰ In zijn beroemd geworden voorbeeld van de denkbeeldige koning Rex, die met goede moed de wetten in zijn land wilde hervormen, schrijft Fuller over acht basisbeginselen voor goede wetgeving, waar zijn koning Rex per abuis tegenaan liep. Tot verbijstering van zijn onderdanen, die protesteren tegen zijn tegenstrijdige regels: "This time the king made himself clear – in both directions." Of tegen zijn onuitvoerbare regels: "To command what cannot be done is not to make law; it is to unmake law, for a command that cannot be obeyed serves no end but confusion, fear and chaos." Fuller 1969, p. 36-37.

⁵³¹ De Haan/Schlössels & Zijlstra 2017, p. 379.

⁵³² Op grond van art. 3.1 van de Rsc worden de volgende gemeenten als kernpunt aangemerkt: Amsterdam, Arnhem, Brabantstad (Den Bosch, Eindhoven of Tilburg), Den Haag, Groningen, Maastricht, Rotterdam en Utrecht.

⁵³³ Art. 3.10, tweede lid, van de Rsc.

⁵³⁴ 'Subsidietoneel wil het land niet in', *De Telegraaf* 19 mei 2014; 'Shakespeare naar de provincie!', *Vrij Nederland* 30 augustus 2014.

opzoeken en vaker buiten de Randstad moeten optreden: “Halina Reijn zou ook eens in Stadskanaal moeten optreden.”⁵³⁵

Theatergezelschappen moeten naast eisen aan ondernemerschap ook andere verplichtingen nakomen. Zo moet Toneelgroep Amsterdam rekening houden met het feit dat de minister van haar verlangt dat zij zichzelf in het buitenland profileert én met het feit dat de gemeente – van wie zij eveneens subsidie ontvangt – wil dat zij voorstellingen in de Amsterdamse Stadsschouwburg speelt.

In 2015 heeft de Raad voor cultuur geadviseerd om het cultuurbeleid te richten op toegankelijkheid voor het publiek in plaats van op spreiding. Daarbij suggereert de raad om reisverplichtingen op te leggen of eventueel een reisgezelschap in de bis op te nemen.⁵³⁶ Indien de minister op enig moment gehoor zou geven aan de eerste suggestie, zou hij die maatregel – die een beperkende werking op het ondernemerschap van theatergezelschappen kan hebben – niet als budgetneutraal mogen zien. Om ervoor te zorgen dat gesubsidieerde instellingen een maatschappelijke, maar commercieel onaanneembare taak goed kunnen uitvoeren, ligt het in de rede dat de minister hen daarvoor compenseert.

Gedeeltelijk vergelijkbaar met spreiding is talentontwikkeling. Hoewel de sector zelf belang heeft bij talentontwikkeling, kan zij als maatschappelijke taak botsen met eisen aan ondernemerschap. Anders dan voorheen⁵³⁷ legt de minister de verantwoordelijkheid tegenwoordig bij de bis-instellingen zelf neer.⁵³⁸ Zij moeten daarvoor beleid voeren. De vraag is wat de verschuiving van verantwoordelijkheid betekent voor het ondernemende vermogen van de bis-instellingen. Omdat gevestigde acteurs of zangers in de regel een groter publiek aantrekken dan jong, onbekend talent, kan een plicht om talentontwikkeling voorrang te geven haaks staan op commerciële doelen.

Minister Bussemaker heeft voor de periode 2017-2020 extra middelen ter beschikking gesteld voor talentontwikkeling in de podiumkunsten- en filmsector.⁵³⁹ In een brief aan de Tweede Kamer laat ze weten in alle subsidiebeschikkingen voor de bis een extra passage te hebben opgenomen, waarin staat dat de Tweede Kamer gesubsidieerde instellingen heeft opgeroepen om verantwoording af te leggen over hun ambities op het vlak van onder andere het bereiken van een nieuw en divers samengesteld publiek, talentontwikkeling, ondernemerschap en goed werkgeverschap. De minister schrijft van instellingen te verwachten dat zij jaarlijks in hun bestuursverslag opnemen hoe zij deze ambities in resultaten hebben omgezet.

Spreiding en talentontwikkeling laten zien dat eisen aan ondernemerschap zich niet altijd goed verhouden tot verplichtingen om maatschappelijke taken uit te voeren. Om te voorkomen dat de bis-instellingen tegenstrijdige eisen moeten nakomen, wat niet van hen mag worden verwacht, dient de minister instellingen voldoende te compenseren. Dat gebeurt niet alleen door subsidie te verstrekken, maar ook door eisen aan ondernemerschap bij te stellen indien instellingen meer taken moeten uitvoeren die commercieel niet aantrekkelijk zijn. Op die manier kan de overheid gerichter onderscheid maken tussen gesubsidieerde instellingen die meer eigen inkomsten kunnen genereren,

⁵³⁵ ‘Gesubsidieerd toneel moet meer reizen’, *NRC Handelsblad* 23 mei 2014.

⁵³⁶ Raad voor cultuur 2015, p. 30.

⁵³⁷ Tot 2013 was de verantwoordelijkheid voor talentontwikkeling in de podiumkunsten deels ondergebracht bij de productiehuisen. Zijlstra wilde deze instellingen niet langer subsidiëren, omdat talentontwikkeling z.i. een verantwoordelijkheid is van het kunstvakonderwijs, podiumkunstinstituten, rijkscultuurfondsen en de markt. De grote instellingen hebben z.i. vooral de taak om talent door te laten stromen naar de grote zaal. Zijlstra 2011, p. 15. Wat betreft de verantwoordelijkheid van Fonds Podiumkunsten, overweegt de staatssecretaris dat ook Fonds Podiumkunsten geen productiehuisen meer mag stimuleren, maar in plaats daarvan activiteitensubsidies beschikbaar zal stellen voor het maken van producties: “De eigen verantwoordelijkheid van makers komt daarbij voorop te staan. Jong talent wordt niet meer ‘geadopteerd’ door een productiehuis, maar koopt desgewenst zelf diensten in van productiehuisen die als producent kunnen optreden.”

⁵³⁸ Resp. artt. 3.8, 3.13, 3.15, 3.20 en 3.21 van de Rsc. Het gaat om theater- en dansinstellingen, symfonieorkesten en operainstellingen.

⁵³⁹ Bussemaker 2015 en 2016.

omdat ze minder of commercieel aantrekkelijkere maatschappelijke taken moeten uitvoeren, en gesubsidieerde instellingen voor wie dat niet geldt.

§ 7.6 Besluit

De Minister van Cultuur is bevoegd om subsidie te verstrekken voor cultuuruitingen. De regels daarvoor legt hij eens in de vier jaar vast in een ministeriële regeling: de Rsc. Om ervoor te zorgen dat culturele instellingen minder afhankelijk worden van subsidie en meer eigen inkomsten verdienen, stelt de minister twee eisen vast.

In de eerste plaats verlangt hij van subsidieaanvragers dat zij voldoen aan een generieke norm voor eigen inkomsten. Subsidieaanvragers die de drempelwaarde niet halen, komen niet voor subsidie in aanmerking. De minister beschikt over mogelijkheden om van de norm af te wijken, bijvoorbeeld op basis van de hardheidsclausule. In voorkomende gevallen kan hij andere belangen daardoor zwaarder laten meewegen dan de eigeninkomstennorm. Het nadeel van zulke mogelijkheden is dat ze ter beoordeling van de minister staan en de aanvrager geen rechtszekerheid bieden. In de tweede plaats worden subsidieaanvragen op basis van het subsidie criterium ondernemerschap beoordeeld. De Raad voor cultuur maakt bij het beoordelen van dit criterium gebruik van externe deskundigen, die in dat kader de bedrijfsmatige en financiële gezondheid van de aanvrager analyseren.

Met het stellen van deze eisen kiest de minister ervoor subsidieaanvragers die niet aan de normen voldoen te straffen, in plaats van goed presterende instellingen te belonen. Het voordeel van die keuze is dat hij subsidieaanvragers op die manier effectief kan dwingen aan de normen te voldoen dan wel buiten de bis te houden. De keuze heeft echter ook belangrijke nadelen. Ten eerste laat de kwantitatieve eigeninkomstennorm geen ruimte voor een kwalitatieve beoordeling van de inkomsten van een instelling in relatie tot haar culturele doel. In de praktijk kan dit leiden tot ongewenste uitkomsten, die de minister aanleiding kunnen geven zich te wenden tot uitzonderingsmogelijkheden, zoals de casus van Theater Utrecht laat zien. Bovendien roept de norm een risico in het leven dat instellingen commerciële activiteiten vooropstellen om aan de norm te kunnen voldoen. Omdat de subsidie is bedoeld voor het uitvoeren van maatschappelijke activiteiten, is dat risico een perverse prikkel te noemen.

Ten tweede beperken de drempels instellingen in hun handelingsvrijheid. Bij het beoordelen van ondernemerschap bemoeit de minister zich met de bedrijfsvoering en organisatie van de aanvrager. Die bemoeienis gaat in de praktijk zelfs zo ver, dat hij instellingen verplicht tot fuseren. Dergelijke verplichtingen zijn – in elk geval in het gegeven voorbeeld van Het Gelders Orkest en het Orkest van het Oosten – niet te verenigen met de Awb, in het bijzonder met het verbod van détournement de pouvoir.

Ten derde bestaat er een inherente spanning tussen de drempels en andere eisen van de overheid aan de maatschappelijke verantwoordelijkheid van gesubsidieerde instellingen. Het gaat dan bijvoorbeeld om eisen die de overheid stelt aan het besteden van publieke middelen door semipublieke instellingen, waaronder bis-instellingen. Terwijl zij enerzijds meer inkomsten moeten verdienen en ondernemen, moeten zij anderzijds voldoen aan zwaardere publieke normen, die hun handelingsvrijheid verder beperken. De Minister van Cultuur dient bij het stellen van eisen aan ondernemerschap in ogenschouw te nemen dat gesubsidieerde instellingen niet in dezelfde omstandigheden verkeren als andere marktpartijen, maar zich in een semipubliek domein begeven, waarin meer beperkende regels gelden. Subsidie is dan ook niet te zien als noodzakelijke aanvulling op een ‘tekortkoming’ in de markt (zie bijvoorbeeld paragraaf 5.3.2), maar als compensatie voor het behartigen van een maatschappelijk belang.

Hoofdstuk 8

Cultuur en mededinging

§ 8.1 Inleiding

De economisering van het cultuurbeleid creëert een nieuwe dynamiek voor de culturele sector. Omdat de overheid minder subsidie verstrekt, moeten culturele instellingen vaker op zoek naar alternatieve verdienmodellen. Daarbij slaan zij nieuwe wegen in, die soms tot ophef leiden. Affaires als die van het Stedelijk Museum (zie de paragrafen 6.4.3 en 7.5.3) en het Wereldmuseum (zie paragraaf 1.1.1) dragen bij aan het formuleren van de juiste vragen. Hoeveel invloed mogen particulieren met een eigen belang bijvoorbeeld hebben op culturele instellingen met een publieke taak? En hoe ver mogen culturele instellingen gaan om geld te verdienen?

De WRR waarschuwt dat er een voortdurend risico bestaat dat publiek gefinancierde instellingen in hun feitelijk functioneren afglijden “naar het niveau van een gewone marktorganisatie, waardoor de ratio van overheidssteun achter de horizon verdwijnt.” Voor culturele instellingen is dit risico zelfs groter, omdat zij zowel activiteiten moeten verrichten die buiten de preferenties van het grote publiek liggen, als een breed publiek moeten bereiken.⁵⁴⁰ De affaire van het Wereldmuseum laat zien wat de gevolgen kunnen zijn, indien de overheid de financiële verantwoordelijkheid voor het maatschappelijk belang van kunst en cultuur van zich afschuift. Waar ligt de grens? Wanneer is er met andere woorden sprake van een culturele instelling die commerciële nevenactiviteiten ontplooit om een cultureel doel na te streven en wanneer van een commerciële instelling die culturele activiteiten ontplooit om een commercieel doel na te streven? Maakt het uit of er sprake is van het één of het ander?

De overheid spreekt zich bovendien sterker uit over het economisch belang van de culturele sector. De economische ontwikkelingen staan bijvoorbeeld prominent vooraan in *Cultuur in beeld*, de jaarlijkse rapportage van de Minister van Cultuur over de ontwikkelingen in de sector. Het gaat dan bijvoorbeeld om de bijdrage van de culturele sector aan het bbp, om het economisch belang van cultuurtoerisme of om de werkgelegenheid in de culturele én creatieve sector (zie ook paragraaf 5.4).

Al met al ontstaat een diffuus beeld van een sector die steeds meer overlap krijgt met andere commerciële sectoren. Culturele instellingen wedijveren met elkaar en met niet-culturele instellingen op de ‘vrijtijdsmarkt’ naar de gunst van de consument.⁵⁴¹ Publiek gefinancierde instellingen moeten meer eigen inkomsten verdienen om hun publieke taak te kunnen uitvoeren, maar kunnen ook publieke middelen gebruiken om commerciële activiteiten te ontplooiën.

In dit hoofdstuk analyseer ik de economisering van het cultuurbeleid vanuit het Europese recht, in het bijzonder het mededingingsrecht. Het Europese recht bevat onder andere regels voor de interne markt. Toen minister Brinkman eind jaren tachtig een verkenning liet uitvoeren naar de betekenis van deze regels voor het cultuurbeleid, sprak hij nog van een ‘grijs gebied’: de gevolgen ervan zouden “voor een niet onaanzienlijke periode onduidelijk en onzeker blijven.”⁵⁴² De ontwikkelingen die zich in de afgelopen decennia hebben voorgedaan (zie hoofdstuk 5), nopen mijns inziens inmiddels tot een andere benadering.

⁵⁴⁰ WRR 2015, p. 26.

⁵⁴¹ Het Nederlands Bureau voor Toerisme en Congressen stelde in 2017 vast dat het Rijksmuseum en het Van Goghmuseum op resp. de tweede en derde plek staan van de 50 best bezochte dagattracties in Nederland. Alleen pretpark De Efteling doet het beter. Zie www.nbtc.nl/nl/homepage/top50-nederlandse-dagattracties-bekend.htm.

⁵⁴² Brinkman 1989, p. 21-22.

Om uiteen te kunnen zetten waarom het Europese recht belangrijk is voor het nationale cultuurbeleid, behandel ik in paragraaf 8.2 eerst de uitgangspunten van de interne markt. Daarbij betrek ik een aantal aspecten die specifiek relevant zijn voor het cultuurbeleid. Vervolgens ga ik in paragraaf 8.3 in op het deel van het mededingingsrecht dat zich tot de overheid richt. Het mededingingsrecht reguleert de vrijemarkteconomie en bestaat uit twee normencomplexen. Het eerste richt zich tot *ondernemingen*. Hierin zijn regels opgenomen om te voorkomen dat ondernemingen de vrije markt beperken of verstoren, bijvoorbeeld door middel van kartelvorming of machtsmisbruik. Ik beperk me als gezegd echter tot het tweede normencomplex, dat het verbod op staatssteun omvat. In paragraaf 8.4 behandel ik de bijzondere regels die in dit kader zijn opgenomen voor cultuur. In paragraaf 8.5 ga ik vervolgens nog in op diensten van algemeen economisch belang, waarna ik het hoofdstuk in paragraaf 8.6 afsluit met een conclusie.

§ 8.2 Uitgangspunten van het Europese recht

§ 8.2.1 De interne markt

De Europese Unie is bevoegd om beleid te voeren voor de interne markt, dat wil zeggen voor de eenwording van de markten van de lidstaten.⁵⁴³ Die bevoegdheid is neergelegd in het Verdrag betreffende de Europese Unie (het Unieverdrag) en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (het Werkingsverdrag). In artikel 3 van het Unieverdrag is bepaald dat de Europese Unie een interne markt tot stand brengt en zich inzet voor de duurzame ontwikkeling van Europa, op basis van – onder andere – een evenwichtige economische groei, van prijsstabiliteit en van een sociale markteconomie met een groot concurrentievermogen die gericht is op volledige werkgelegenheid en sociale vooruitgang.⁵⁴⁴

De opdracht aan de Europese Unie is nader uitgewerkt in artikel 26 van het Werkingsverdrag, waarin is bepaald dat de Europese Unie maatregelen vaststelt om de interne markt tot stand te brengen en de werking ervan te verzekeren. De interne markt omvat volgens het tweede lid een ruimte zonder binnengrenzen, waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd volgens de bepalingen van de verdragen.

Het Europese recht beoogt handelsbeperkingen tussen de lidstaten van de Europese Unie zoveel mogelijk weg te nemen.⁵⁴⁵ Het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal vormt de kern van de interne markt.⁵⁴⁶ Lidstaten mogen ondernemingen uit andere lidstaten niet discrimineren of anderszins belemmeren. Dit verbod moet ruim worden uitgelegd: om de interne markt goed te laten werken, moeten directe en indirecte belemmeringen van het grensoverschrijdende handelsverkeer worden weggenomen en moet nationale wet- en regelgeving die direct of indirect van invloed is op het handelsverkeer worden afgestemd op de uitgangspunten van de interne markt.⁵⁴⁷ Het Europese recht

⁵⁴³ De bevoegdheid van de EU t.a.v. de interne markt is officieel niet exclusief, maar gedeeld met de lidstaten. Op het moment dat de EU besluit haar bevoegdheid aan te wenden, kunnen de lidstaten deze echter niet meer doorkruisen. Sinds het Verdrag van Lissabon (*Trb.* 2008, 11) vindt de besluitvorming over culturele zaken plaats bij stemming met gekwalificeerde meerderheid (i.p.v. met eenparigheid van stemmen). Zie *Trb.* 2008, 11, onder punt 126. De EU kan echter geen wet- en regelgeving harmoniseren.

⁵⁴⁴ In ditzelfde artikellid is ook bepaald dat de EU de rijke verscheidenheid van cultuur en taal eerbiedigt en toeziet op de instandhouding en ontwikkeling van het Europese culturele erfgoed. Zie par. 8.2.4.

⁵⁴⁵ Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen omschreef de gemeenschappelijke markt in 1982 als “de afschaffing van alle belemmeringen van het intracommunautaire handelsverkeer teneinde de nationale markten te verenigen tot één enkele markt die de omstandigheden van een binnenlandse markt, zoveel mogelijk benadert.” HvJ EG 5 mei 1982, 15/81, ECLI:EU:C:1982:135 (*Gaston Schul Douane*), ro. 33.

⁵⁴⁶ De vrijheden zijn nader uitgewerkt in resp. de art. 28 t/m 37 (goederen), 45 t/m 55 (personen), 56 t/m 62 (diensten) en 63 t/m 66 (kapitaal) van het Werkingsverdrag.

⁵⁴⁷ Eijsbouts e.a. 2015, p. 76.

staat gerechtvaardigde beperkingen toe. Een aantal daarvan vloeit voort uit het Werkingsverdrag, een aantal uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (het Hof).

Het Werkingsverdrag is van toepassing op het handelsverkeer tussen de lidstaten. Indien er sprake is van een zuiver interne situatie, omdat het feitencomplex zich binnen de grenzen van een lidstaat afspeelt, dan is het Werkingsverdrag in beginsel niet van toepassing. Lidstaten zijn namelijk bevoegd hun binnenlandse aangelegenheden zelf te regelen. Dit laat onverlet dat het vaak moeilijk te bepalen is of er sprake is van een zuiver interne situatie.⁵⁴⁸ In paragraaf 8.3.5 kom ik hierop terug.

§ 8.2.2 *Het vrije verkeer*

In deze paragraaf behandel ik het vrije verkeer. Hoewel het vrije verkeer van personen en kapitaal relevant kan zijn voor het cultuurbeleid,⁵⁴⁹ beperk ik me tot het vrije verkeer van goederen en diensten. Om het onderwerp inzichtelijk te maken, gebruik ik voorbeelden waaruit blijkt dat kunstvoorwerpen en culturele activiteiten onder de reikwijdte van het vrije verkeer vallen, in elk geval voor zover zij economisch worden geëxploiteerd.

Vrije verkeer van goederen

Het begrip ‘goederen’ is niet gedefinieerd in de verdragen. De jurisprudentie van het Hof biedt wel aanknopingspunten. In *Italiaanse kunstschaten* definieert het Hof goederen als “de waren die op geld waardeerbaar zijn en als zodanig het voorwerp van handelstransacties kunnen vormen”. Dit geldt in beginsel voor voorwerpen van artistiek of historisch belang (zie verder paragraaf 8.2.3).⁵⁵⁰

Om de doelstelling van het vrije verkeer van goederen na te streven, moet de overheid zich onthouden van een aantal maatregelen. Ingevolge artikel 30 van het Werkingsverdrag zijn heffingen van gelijke werking,⁵⁵¹ in- en uitvoerrechten en douanerechten van fiscale aard verboden. Ingevolge de artikelen 34 en 35 van het Werkingsverdrag zijn kwantitatieve in- en uitvoerbeperkingen en maatregelen van gelijke werking verboden. Artikel 36 bevat een aantal rechtvaardigingsgronden voor een verbod op of beperking van de invoer, uitvoer of doorvoer van goederen. Dit betreft onder andere de bescherming van het nationaal artistiek, historisch en archeologisch bezit. In paragraaf 8.2.3 kom ik hierop terug.

⁵⁴⁸ Conform vaste rechtspraak van het HvJ EU kan de toepassing van de regels inzake het vrije verkeer van goederen niet worden uitgesloten om de enkele reden dat alle elementen in een concreet geval binnen één lidstaat gesitueerd zijn: “Ook in een dergelijke situatie kan de toepassing van de nationale maatregel namelijk gevolgen hebben voor het vrije verkeer van goederen tussen [lidstaten], met name wanneer die maatregel de verhandeling van goederen van nationale oorsprong begunstigt ten nadele van die van ingevoerde goederen. Alsdan wordt door de enkele toepassing van de maatregel, zelfs indien deze uitsluitend voor nationale producenten zou gelden, een verschil in behandeling tussen die twee categorieën goederen gecreëerd en gehandhaafd, waardoor de intracommunautaire handel, althans potentieel, wordt belemmerd.” HvJ EG 7 mei 1997, C-321-324/94, ECLI:EU:C:1997:229 (*Pistre e.a.*), ro. 44 en 45.

⁵⁴⁹ Zie bv. HvJ EU 18 december 2014, C-87/13, ECLI:EU:C:2014:2459 (*Staatssecretaris van Financiën/X*). Volgens het HvJ EU staat art. 49 VWEU niet in de weg aan een wet die t.b.v. het nationaal cultuurhistorisch erfgoed een belastingvoordeel voor de kosten van monumenten voorbehoudt aan eigenaren van monumenten die zich op het eigen grondgebied bevinden, mits het belastingvoordeel openstaat voor eigenaren van monumenten die zich weliswaar op het grondgebied van een andere lidstaat bevinden, maar desondanks verband houden met het cultuurhistorisch erfgoed van de eigen lidstaat.

⁵⁵⁰ HvJ EG 10 december 1968, 7/68, ECLI:EU:C:1968:51 (*Commissie/Italië*). In een ander klassiek geworden uitspraak oordeelde het HvJ EG dat zelfs afvalstoffen als goederen zijn aan te merken. Het gaat nl. om “voorwerpen die in het kader van handelstransacties over een grens worden vervoerd”. HvJ EG 9 juli 1992, C-2/90, ECLI:EU:C:1992:310 (*Commissie/België*).

⁵⁵¹ Conform vaste rechtspraak van het HvJ EU is “elke eenzijdig opgelegde geldelijke last, ongeacht de benaming of de structuur ervan, die wegens grensoverschrijding over goederen wordt geheven en geen douanerecht stricto sensu is, een heffing van gelijke werking”. Zie bv. HvJEG 2 april 1998, C-213/96, ECLI:EU:C:1998:155 (*Outokumpu Oy*), ro. 20. Een heffing van gelijke werking is onrechtmatig, ook als ze niet-discriminatoir is en geen protectionistische bedoelingen heeft. Belastingheffing is daarentegen niet verboden. Een dergelijke last is volgens het HvJ EU daarom niet als heffing van gelijke werking aan te merken, indien hij behoort tot “een algemeen stelsel van binnenlandse belastingen waardoor categorieën producten stelselmatig worden getroffen volgens objectieve, onafhankelijk van de oorsprong van de producten toegepaste criteria”.

Vrije verkeer van diensten

Artikel 57 van het Werkingsverdrag definieert diensten als dienstverrichtingen, welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden, voor zover de bepalingen over het vrije verkeer van goederen, kapitaal en personen daarop niet van toepassing zijn. Diensten omvatten met name werkzaamheden van industriële of commerciële aard en van het ambacht en de vrije beroepen.

Voorts definieert de Dienstenrichtlijn, die nadere regels bevat voor lidstaten om het vrije verkeer van diensten te bevorderen, een dienst als elke economische activiteit (zie verder paragraaf 8.3.4), anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt.⁵⁵² De vraag of een activiteit een dienst is, moet volgens de rechtspraak van het Hof per geval worden beoordeeld in het licht van alle kenmerken van de activiteit, met name de manier waarop zij wordt verricht, georganiseerd en gefinancierd. Een wezenlijk kenmerk van een vergoeding is dat zij een economische tegenprestatie voor de dienst vormt. Er is geen sprake van een vergoeding in geval een activiteit zonder economische tegenprestatie wordt verricht door of namens de overheid in het kader van haar taken op onder andere cultureel gebied. In dat geval is er doorgaans dus geen sprake van een dienst.

Uit artikel 57 van het Werkingsverdrag volgt dat het vrije verkeer van diensten een restvrijheid is. Het onderscheid met de andere vrijheden is niet altijd duidelijk.⁵⁵³

Culturele activiteiten zijn aan te merken als diensten, indien zij economisch worden geëxploiteerd. In *Sacchi* oordeelt het Hof dat televisie-uitzendingen van de publieke omroep in beginsel onder het vrije verkeer van diensten vallen.⁵⁵⁴ Volgens de Italiaanse overheid vielen televisiediensten niet onder de reikwijdte van het mededingingsrecht, omdat haar publieke omroep RAI geen economische activiteiten zou verrichten, maar een openbare dienst van culturele, recreatieve en informatieve aard:

“Het brengen van reclame op televisie is louter utilitair en bijkomstig en heeft ten doel om zonder verhoging van de bijdrage de kosten van de dienst te bestrijden.”

Het Hof oordeelt echter dat het uitzenden van een televisiebericht naar zijn aard moet worden beschouwd als een dienstverrichting. Hoewel het mededingingsrecht zich er niet tegen verzet dat lidstaten aan ondernemingen bijzondere of uitsluitende rechten verlenen en zij om niet-economische overwegingen van openbaar belang radio- en televisie-uitzendingen aan de vrije mededinging mogen onttrekken, blijven de discriminatieverboden onverminderd van toepassing.

Het gegeven dat de overheid met reclameopbrengsten geen economisch belang nastreeft, doet er niet aan af dat het Hof naar de aard van een reclame-uitzending kijkt om te beoordelen of er al dan niet sprake is van een dienst. Pas daarna komt het Hof toe aan een oordeel over de vraag of voor het niet-economische belang een bijzonder of uitsluitend recht mocht worden verleend.

§ 8.2.3 *Beperkingen op het vrije verkeer*

Lidstaten mogen in beginsel geen maatregelen nemen die het handelsverkeer tussen de lidstaten beperken. Hierop bestaat een uitzondering, indien zij een beroep kunnen doen op één van de rechtvaardigingsgronden, die in het Werkingsverdrag of in de jurisprudentie van het Hof zijn erkend. In deze paragraaf behandel ik de rechtvaardigingsgronden die betrekking hebben op culturele belangen.

Ingevolge artikel 36 van het Werkingsverdrag kunnen verboden of beperkingen van invoer, uitvoer of doorvoer gerechtvaardigd zijn uit hoofde van de bescherming van onder andere het nationaal artistiek

⁵⁵² Art. 4, onder 1, van Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *PbEU* 2006, L 376/36.

⁵⁵³ Als vuistregel zou kunnen gelden: een dienst “kun je niet uit je handen laten vallen”. Eijsbouts e.a. 2015, p. 81.

⁵⁵⁴ HvJ EG 30 april 1974, 155/73, ECLI:EU:C:1974:40 (*Sacchi*).

historisch en archeologisch bezit, mits de verboden of beperkingen geen middel tot willekeurige discriminatie of een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten vormen. In *Italiaanse kunstschaten* moest het Hof zich uitspreken over de vraag of de heffing van een uitvoerrecht op de waarde van voorwerpen van artistiek of historisch belang in strijd was met het Europese recht.⁵⁵⁵ Ter bescherming van zulke voorwerpen had de Italiaanse overheid in 1939 bij wet regels gesteld over de uitvoer daarvan.

In de eerste plaats rekent het Hof af met het betoog van de Italiaanse overheid dat het verdrag niet van toepassing zou zijn, omdat de wet betrekking heeft “op een bepaalde categorie van voorwerpen, die niet gelijk mogen worden gesteld met verbruiksgoederen dan wel goederen welke in het algemeen voor gebruik bestemd zijn”. Volgens het Hof zijn voorwerpen van artistiek of historisch belang wel degelijk aan te merken als goederen, omdat ze op geld waardeerbaar zijn en daarom het voorwerp van handelstransacties kunnen zijn.

In de tweede plaats hanteert het Hof een strikte interpretatie van artikel 36 van het Werkingsverdrag, omdat het een uitzondering op het vrije verkeer betreft. In dit geval is de bepaling volgens het Hof niet van toepassing, omdat de maatregel geen kwantitatieve beperking betreft. Anders dan de Italiaanse overheid stelt, heeft de maatregel namelijk uitsluitend tot gevolg dat de betreffende goederen worden belast, zonder dat de overheid daarmee ook haar beoogde doel bereikt. De heffing is daarom niet met het verdrag te verenigen.

De mogelijkheid voor de overheid om verboden of beperkingen van het interstatelijke handelsverkeer op te leggen met het oog op de bescherming van het nationaal artistiek historisch of archeologisch bezit dient dus strikt te worden bekeken.⁵⁵⁶

Daarnaast zijn er niet-verdragsrechtelijke rechtvaardigingsgronden, die in de literatuur bekend staan als ‘dwingende redenen van algemeen belang’ of ‘*rule of reason*’. Het leerstuk van de dwingende redenen van algemeen belang komt voort uit de jurisprudentie van het Hof,⁵⁵⁷ die het – kort gezegd – als volgt formuleert: om te weten of een beperking gerechtvaardigd is, moet worden onderzocht of ze objectief te rechtvaardigen is door legitieme belangen die door het EU-recht zijn erkend.⁵⁵⁸ In de Dienstenrichtlijn staat een niet-limitatief aantal van zulke belangen opgesomd.⁵⁵⁹ Overweging 40 luidt, voor zover hier relevant:

“Het begrip dwingende redenen van algemeen belang [...] is gaandeweg door het Hof van Justitie ontwikkeld in zijn rechtspraak betreffende de artikelen 43 en 49 van het Verdrag, en kan zich nog verder ontwikkelen. Dit begrip [...] omvat ten minste de volgende gronden: [...] bescherming van intellectuele eigendom; culturele beleidsdoelen, met inbegrip van het waarborgen van de vrijheid van meningsuiting, in het bijzonder ten aanzien van de sociale, culturele,

⁵⁵⁵ HvJ EG 10 december 1968, 7/68, ECLI:EU:C:1968:51 (*Commissie/Italië*). T.t.v. de uitspraak waren de desbetreffende bepalingen nog neergelegd in de art. 30 t/m 34 en 36 van het EEG-verdrag. Omwille van de leesbaarheid ga ik uit van het huidige VWEU.

⁵⁵⁶ Hoofdstuk 4 van de Erfgoedwet bevat bv. regels t.a.v. de bescherming van erfgoed.

⁵⁵⁷ Volgens Eijsbouts c.s. hing de invoering van het leerstuk samen met de gedachte dat de in het verdrag neergelegde rechtvaardigingsgronden een limitatief karakter hebben en niet uit te breiden zijn. Om die reden moest het HvJ EU een uitweg zoeken om de ruim geïnterpreteerde vrijheden praktisch houdbaar te maken. Eijsbouts e.a. 2015, p. 107.

⁵⁵⁸ HvJ EU 16 december 2010, C-137/09, ECLI:EU:C:2010:774 (*Josemans*). In 1979 verwoordde het Hof de *rule of reason* nog als volgt: “Belemmeringen van het intracommunautaire verkeer als gevolg van dispariteiten van de nationale wettelijke regelingen op de verhandelingen der betrokken produkten, moeten worden aanvaard voor zover dringende behoeften, onder meer verband houdend met de doeltreffendheid der fiscale controles, de bescherming van de volksgezondheid, de eerlijkheid der handelstransacties en de bescherming van consumenten, ze noodzakelijk maken.” HvJ EG 20 februari 1979, 120/78, ECLI:EU:C:1979:42 (*Rewe-Zentral*).

Wat betreft het cultuurbelang, zie bv. HvJ EG 25 juli 1991, C-288/89, ECLI:EU:C:1991:323 (*Stichting Collectieve antennevoorziening Gouda*), HvJ EG 3 februari 1993, C-148/91, ECLI:EU:C:1993:45 (*Veronica Omroep organisatie*) of HvJ EG 5 oktober 1994, C-23/93, ECLI:EU:C:1994:362 (*TV10*).

⁵⁵⁹ Erfgoed en cultuurbeleid worden in de definitiebepaling van ‘dwingende redenen van algemeen belang’ (art. 4, lid 8, van de Dienstenrichtlijn) opnieuw nadrukkelijk genoemd.

religieuze en filosofische waarden van de maatschappij; de noodzaak om een hoog niveau van onderwijs te waarborgen, behoud van de diversiteit van de pers en bevordering van de nationale taal; behoud van het nationaal historisch en artistiek erfgoed [...]’

Via het leerstuk van de dwingende redenen van algemeen belang biedt het Hof meer ruimte aan de lidstaten om verboden of beperkingen van het interstatelijke handelsverkeer op te leggen met een beroep op het cultuurbeleid. In een aantal gevallen verwijst het Hof bij het aannemen van dwingende redenen van algemeen belang naar de grondrechten, zoals de vrijheid van meningsuiting. Op die manier betreft het Hof de grondrechten in het beleid voor de interne markt.

Een uitspraak van het Hof die relevant is voor het cultuurbeleid, is *UPC Belgium*.⁵⁶⁰ In deze zaak boog het Hof zich over de vraag of een lidstaat kabeldistributeurs mag verplichten televisieprogramma’s uit te zenden van particuliere omroeporganisaties, aan wie de lidstaat een zogenaamd ‘must-carrystatuut’ had toegekend. De Belgische overheid had de doorgifteplicht in het leven geroepen, omdat zij het pluralistische en culturele karakter van het kabelaanbod in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad en de toegang daartoe van alle kijkers wilde waarborgen. Particuliere omroeporganisaties die bereid waren in dit kader bepaalde verplichtingen op zich te nemen, konden als tegenprestatie het statuut verkrijgen. Volgens de kabeldistributeurs is de doorgifteplicht een ongerechtvaardigde belemmering van het vrije verkeer van diensten, omdat ze buitenlandse omroeporganisaties in een ongunstigere onderhandelingspositie brengt.

Het Hof herhaalt eerst dat een televisie-uitzending een dienst in de zin van het Werkingsverdrag is. Voorts overweegt het Hof dat het vrije verkeer van diensten:

“niet alleen de afschaffing van iedere discriminatie van de in een andere lidstaat gevestigde dienstverrichter op grond van dienst nationaliteit vereist, maar tevens de opheffing van iedere beperking – ook indien deze zonder onderscheid geldt voor nationale dienstverrichters en dienstverrichters uit andere lidstaten – die de werkzaamheden van de dienstverrichter die in een andere lidstaat is gevestigd en aldaar rechtmatig gelijksoortige diensten verricht, verbiedt, belemmert of minder aantrekkelijk maakt”.⁵⁶¹

Ondanks dat het Hof niet kan vaststellen of het must-carrystatuut is voorbehouden aan Belgische omroeporganisaties, is het van oordeel dat dit statuut hen eerder zal worden toegekend, omdat het een maatregel voor cultuurbeleid betreft, dat ertoe strekt Belgische burgers toegang te geven tot lokale en nationale informatie en tot hun eigen cultuur. Dat er in de praktijk geen buitenlandse omroepen waren, die een statuutaanvraag hadden ingediend, vindt het Hof daarom niet relevant.

Wat betreft het beroep van de Belgische overheid op het cultuurbeleid als dwingende reden van algemeen belang, oordeelt het Hof dat de beperking samenhangt met de vrijheid van meningsuiting (zie ook paragraaf 3.3.6). Het Hof erkent dat de doorgifteplicht een algemeen belang nastreeft, omdat het tot doel heeft het pluralistische karakter van het programma-aanbod in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad te vrijwaren. De plicht past volgens het Hof in het cultuurbeleid van de overheid om in de audiovisuele sector de vrijheid van meningsuiting van de verschillende – met name sociale, culturele, taalkundige, godsdienstige en filosofische – stromingen in dat gebied te behouden. De doorgifteplicht is bovendien een geschikt middel om het beoogde culturele doel te bereiken.

Een beperking van het vrije verkeer van diensten is volgens het Hof kortom gerechtvaardigd, indien deze een doelstelling van algemeen belang nastreeft, zoals het behoud van het pluralistische karakter van het programma-aanbod, en niet onevenredig is aan die doelstelling. De modaliteiten voor de toepassing ervan moeten dan wel voorwerp zijn van een transparante procedure, die is gebaseerd op criteria die objectief, niet-discriminerend en vooraf kenbaar zijn.

⁵⁶⁰ HvJ EG 13 december 2007, C-250/06, ECLI:EU:C:2007:783 (*UPC Belgium*).

⁵⁶¹ Ro. 28. In *Josemans* overweegt het HvJ EU: “[...] verbiedt het beginsel van gelijke behandeling, waarvan artikel 49 EG een bijzondere uitdrukking is, niet alleen zichtbare discriminaties op grond van nationaliteit, maar ook alle verkapte vormen van discriminatie die, door toepassing van andere onderscheidingscriteria, in feite tot hetzelfde resultaat leiden. HvJ EU 16 december 2010, C-137/09, ECLI:EU:C:2010:774 (*Josemans*), ro. 58.

In een procedure over Italiaanse toeristengidsen erkent het Hof opnieuw dat een algemeen belang, dat verband houdt met het behoud van nationaal historisch en artistiek bezit, een dwingende reden van algemeen belang kan zijn, die een beperking van het vrije verkeer van diensten rechtvaardigt. In deze zaak gaat de vergunningplicht, die de Italiaanse overheid heeft opgelegd om toeristen uit andere lidstaten als gids te mogen begeleiden, volgens het Hof verder dan noodzakelijk.⁵⁶²

Culturele beleidsdoelen kunnen dus rechtvaardigen dat een lidstaat inbreuk maakt op de vrijheden van de interne markt. Gezien het belang van de interne markt voor de eenwording van de Europese Unie en de historisch sterk gerichte focus van de Europese Unie op de economische aspecten van haar beleid, is dat gegeven bijzonder. Het Unieverdrag en het Werkingsverdrag bevatten bovendien een aantal bepalingen en overwegingen die specifiek betrekking hebben op cultuur en het belang daarvan verder inkleuren.

§ 8.2.4 De culturele integratiebepaling

In de preambule van het Unieverdrag wordt overwogen dat het verdrag wordt geacht te zijn geïnspireerd door de culturele, religieuze en humanistische tradities van Europa, die ten grondslag liggen aan de ontwikkeling van de universele waarden van de onschendbare en onvervreembare rechten van de mens en van vrijheid, democratie, gelijkheid en de rechtsstaat. In artikel 3, derde lid, is voorts bepaald dat de Europese Unie haar rijke verscheidenheid van cultuur en taal eerbiedigt en toeziet op de instandhouding en ontwikkeling van het Europese culturele erfgoed. Ten slotte is in artikel 22 bepaald dat de Europese Unie de verscheidenheid van cultuur, godsdienst en taal eerbiedigt. Dit artikel is opgenomen in titel III (gelijkheid) en staat tussen bepalingen over gelijkheid voor de wet, non-discriminatie en de gelijkheid van vrouwen en mannen. De gelijkheid van de verschillende culturen in de lidstaten is daarmee in het kader van het EU-recht een belangrijk uitgangspunt.

De Europese Unie kan de gezagsuitoefening van haar lidstaten ten aanzien van cultuur ondersteunen, coördineren of aanvullen, bijvoorbeeld door stimuleringsmaatregelen te treffen of aanbevelingen te doen. In dat kader spreekt men wel van *soft law*. De Europese Unie is hier niet exclusief of gedeeld bevoegd; haar bevoegdheid is *aanvullend* op die van de lidstaten. Het gaat om zogenaamd flankerend beleid. De grondslag is neergelegd in artikel 6, aanhef en onder c, van het Werkingsverdrag. De bevoegdheid is uitgewerkt in artikel 167 van het Werkingsverdrag, de zogenaamde integratiebepaling. Het eerste lid luidt:

De Unie draagt bij tot de ontplooiing van de culturen van de lidstaten onder eerbiediging van de nationale en regionale verscheidenheid van die culturen, maar tegelijk ook de nadruk leggend op het gemeenschappelijk cultureel erfgoed.

In het tweede tot en met vijfde lid is de aanvullende bevoegdheid van de Europese Unie voorts nader uitgewerkt.

In het verlengde van artikel 167 speelt artikel 165 een rol, waarin de aanvullende bevoegdheid van de Europese Unie voor het onderwijs is vastgelegd. De Europese Unie draagt ingevolge het eerste lid bij tot de ontwikkeling van onderwijs van hoog gehalte door samenwerking tussen de lidstaten aan te moedigen en zo nodig door hun activiteiten te ondersteunen en aan te vullen, met volledige eerbiediging van de verantwoordelijkheid van de lidstaten voor de inhoud van het onderwijs en de opzet van het onderwijsstelsel *en van hun culturele en taalkundige verscheidenheid*. Uit die laatste toevoeging blijkt dat onderwijs en cultuur zich in het EU-recht nauw tot elkaar verhouden.

⁵⁶² HvJ EG 26 februari 1991, C-180/89, ECLI:EU:C:1991:78 (*Commissie/Italië*).

De integratiebepaling brengt in de eerste plaats met zich dat de Europese Unie bevoegd is om tot op zekere hoogte zelfstandig cultuurbeleid te voeren. Het EU-programma *Creatief Europa* is daarvan een voorbeeld.⁵⁶³ In de tweede plaats dient de Europese Unie in haar overige beleid, bijvoorbeeld dat voor de interne markt en mededinging, rekening te houden met de doelstelling van de integratiebepaling. Dat geldt zelfs indien het betreffende beleidsterrein geen verwijzing naar cultuur bevat.⁵⁶⁴ Dit wil niet zeggen dat de doelstellingen van de integratiebepaling ook telkens voorrang hebben.

Ingevolge artikel 167 van het Werkingsverdrag is de Europese Unie nadrukkelijk niet bevoegd om harmonisatiemaatregelen te nemen. Toch kan de Europese Unie indirect invloed uitoefenen op het cultuurbeleid van de lidstaten. Juist omdat de Europese Unie gehouden is om rekening te houden met de doelstellingen van de integratiebepaling, kan het voorkomen dat zij zich in een ander kader moet uitspreken over het cultuurbeleid van de lidstaten. Dat is bijvoorbeeld het geval bij het vaststellen van uitzonderingen op het mededingingsrecht, waarop ik hierna inga.

§ 8.3 Staatssteun

§ 8.3.1 Inleiding

De vrije mededinging is de kern van de westerse vrijemarkteconomie, die door Jones en Sufrin wordt omschreven als een:

“economic system in which the allocation of resources is determined by supply and demand in free markets and is not directed by government regulation. States which adopt a market economy do so because they consider it to be the form of economic organisation which brings the greatest benefits to society. The basis of a free market is competition between firms, and competition is considered [...] to deliver efficiency and welfare.”⁵⁶⁵

Aan het mededingingsrecht ligt een aantal belangrijke waarden ten grondslag. Houdijk noemt er vier: allocatieve en productieve efficiëntie, economische vrijheid, consumentenwelvaart en marktintegratie, dat wil zeggen de eenwording van de markten van de EU-lidstaten.⁵⁶⁶

Vanuit dit perspectief is mededinging de ‘motor’ van marktwerking; het is “het proces van onderlinge rivaliteit op grond waarvan ondernemingen afhankelijk van elkaar dingen naar de gunst van de consument.”⁵⁶⁷ Dit ‘proces’ wordt gereguleerd door het mededingingsrecht, waarin het uitgangspunt is dat de vrije markt niet mag worden beperkt of verstoord. Daaraan ligt een streven naar welvaart en doelmatigheid ten grondslag. Welvaart en doelmatigheid zijn echter niet de enige ‘erkende’ doeleinden.⁵⁶⁸ In deze paragraaf komt cultuur als niet-economisch belang aan de orde.⁵⁶⁹

Oorspronkelijk was het mededingingsrecht geen onderscheiden rechtsgebied, maar een onderdeel van het Europese internemarktbeleid.⁵⁷⁰ Door de omvang en complexiteit ervan is het mededingingsrecht echter een leerstuk op zichzelf geworden. Dat beide rechtsgebieden niet los van elkaar kunnen worden

⁵⁶³ Een ander voorbeeld is het door de EU georganiseerde evenement *Culturele hoofdsteden van het jaar*; zie bv. het Besluit van het EP en de Raad van 16 april 2014 tot vaststelling van een actie van de Unie voor het evenement «Culturele hoofdsteden van Europa» voor de periode 2020 tot 2033, *Pb EU* 2014, L132/1.

⁵⁶⁴ De Vries 2001, p. 6.

⁵⁶⁵ Jones & Sufrin 2014, p. 2.

⁵⁶⁶ Houdijk 2009, p. 17-18.

⁵⁶⁷ Houdijk 2009, p. 16.

⁵⁶⁸ Volgens Jones en Sufrin is de vraag welke andere doeleinden kunnen worden nagestreefd echter wel ‘*extremely controversial*’. Jones & Sufrin 2014, p. 1.

⁵⁶⁹ In de literatuur wordt benadrukt dat het onderscheid tussen economische en niet-economische belangen vooral juridisch van aard is: “Het onderscheid tussen mededingingsbelangen die als ‘economische’ belangen worden gezien en belangen die als ‘niet-economische’ belangen worden aangemerkt (zoals cultuur, milieu, werkgelegenheid, consumentenbescherming, sociaal beleid) wordt echter met name juridisch begrepen. Economen maken dit onderscheid over het algemeen niet.” A. Gerbrandy, ‘Duurzaamheidsbelangen in het mededingingsrecht. De positie van ACM ten opzichte van het Hof van Justitie en de Europese Commissie’, *NiER* 2013/9.

⁵⁷⁰ Eijsbouts e.a. 2015, p. 179. In Protocol nr. 27 bij het VEU, *PbEU* 2008, C 115/309, is expliciet overwogen dat de interne markt “een regime omvat dat verzekert dat de mededinging niet wordt verstoord”.

gezien, blijkt uit het feit dat unierechtelijke begrippen als ‘economische activiteit’ en ‘onderneming’ in beide rechtsgebieden op dezelfde manier worden toegepast.⁵⁷¹

Het normencomplex van het Europese mededingingsrecht dat tot de lidstaten is gericht, is opgenomen in de artikelen 107 tot en met 109 van het Werkingsverdrag. Deze artikelen hebben betrekking op steunmaatregelen door de lidstaten, of kort gezegd: staatssteun. In beginsel is staatssteun verboden, dat wil zeggen: onverenigbaar met de interne markt. Ingevolge artikel 107 zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen behoudens de afwijkingen waarin de verdragen voorzien, onverenigbaar met de interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.

In het tweede lid van artikel 107 zijn steunmaatregelen genoemd die met de interne markt verenigbaar *zijn*. In het derde lid zijn steunmaatregelen genoemd die als verenigbaar met de interne markt *kunnen worden beschouwd*. In artikel 107, derde lid, onder d, zijn genoemd: steunmaatregelen om de cultuur en de instandhouding van het culturele erfgoed te bevorderen, wanneer door deze maatregelen de voorwaarden inzake het handelsverkeer en de mededingingsvoorwaarden in de Europese Unie niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad.

§ 8.3.2 Steunmaatregelen

Er is op grond van artikel 107 van het Werkingsverdrag sprake van een steunmaatregel, indien een maatregel:

1. door de staat of met staatsmiddelen wordt bekostigd,
2. het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt,
3. één of meer ondernemingen een selectief voordeel verschafft, en
4. de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen.⁵⁷²

Volgens vaste rechtspraak van het Hof betekent het in artikel 107 gemaakte onderscheid tussen ‘steunmaatregelen van de staten’ en ‘steunmaatregelen in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd’ niet dat alle door een staat verleende voordelen steunmaatregelen zijn. Het wil alleen zeggen dat het begrip ‘steunmaatregel’ zowel voordelen betreft, die rechtstreeks door de staat worden toegekend, als voordelen die worden toegekend door een van overheidswege ingesteld of aangewezen publiek- of privaatrechtelijk lichaam.⁵⁷³

Eijsbouts hanteert de vuistregel dat er doorgaans sprake is van staatssteun “wanneer die betrekking heeft op de overdracht van geld door de overheid aan het bedrijfsleven of de overheid op een andere manier, direct of indirect, geld kost.”⁵⁷⁴ De steunmaatregel moet dus op geld waardeerbaar zijn. Uit de jurisprudentie van het Hof volgt dat niet alleen positieve prestaties kunnen worden aangemerkt als steunmaatregel, maar ook maatregelen die de lasten verlichten die normaliter op de begroting van een onderneming drukken en daardoor – zonder subsidies in strikte zin te zijn – van gelijke aard zijn en tot identieke gevolgen leiden.⁵⁷⁵ Dit geldt bijvoorbeeld voor staatsgaranties⁵⁷⁶ en belastingvoordelen.⁵⁷⁷

⁵⁷¹ Houdijk plaatst enige reserve bij het overeenkomstig toepassen van begrippen uit het vrijeverkeersrecht op het mededingingsrecht, omdat niet met absolute zekerheid gesteld kan worden dat het HvJ EU dezelfde betekenis zal toekennen. Houdijk 2009, p. 22. Gelet op de verwevenheid tussen beide rechtsgebieden, worden de definities elders in de literatuur niettemin aangehouden.

⁵⁷² De criteria zijn uitgewerkt in de rechtspraak van het HvJ EU. Zie bv. HvJ EU 27 juni 2017, C-74/16, ECLI:EU:C:2017:496 (*Congregación de Escuelas Pías*), ro. 38.

⁵⁷³ Zie bv. HvJ EG 5 maart 2009, C-222/07, ECLI:EU:C:2009:124 (*UTECA*), ro. 43.

⁵⁷⁴ Eijsbouts e.a. 2015, p. 205.

⁵⁷⁵ HvJ EG 23 maart 2006, C-237/04, ECLI:EU:C:2006:197 (*Enirisorse*), ro. 42.

Een maatregel dient tot op zekere hoogte selectief te zijn om als steunmaatregel te kunnen worden aangemerkt. Een steunmaatregel moet bepaalde ondernemingen of een groep ondernemingen begunstigen. Algemene maatregelen die aan alle ondernemingen in gelijke mate ten goede komen, zijn niet als zodanig aan te merken.⁵⁷⁸ In het geval van schaarse rechten is er al gauw sprake van selectiviteit. Een subsidieregeling kan bijvoorbeeld weliswaar algemeen toegankelijk zijn, dat wil zeggen dat een vooraf onbepaalde groep ondernemingen een subsidieaanvraag kan indienen, maar voor zover de minister uiteindelijk slechts een beperkt aantal aanvragen toekent, is er wel degelijk sprake van selectiviteit.

Voorts moet de selectieve maatregel een niet-marktconform voordeel inhouden. Steunmaatregelen onderscheiden zich daarin van normale investeringen in ondernemingen. Om te bepalen of er sprake is van een marktconform voordeel, heeft de Europese Commissie het private-investeerdprincipe geïntroduceerd. Indien de overheid in ondernemingen investeert op dezelfde wijze en onder gelijke voorwaarden als private investeerders, beschouwt de Europese Commissie die investering niet als staatssteun. Indien een particuliere investeerder onder dezelfde omstandigheden zijn geld niet in die onderneming zou hebben gestoken, dan is er volgens de Europese Commissie wel sprake van staatssteun.⁵⁷⁹

In het algemeen is van staatssteun dus sprake in geval van:

- het verstrekken van subsidie;
- het vrijstellen, verlagen of kwijtschelden van belastingen of sociale lasten;
- het kwijtschelden van schulden of het bieden van lichtere terugvorderingsmogelijkheden; en
- het bieden van niet-marktconforme verkoop- of verhuurprijzen.

Het mededingingsrecht kent voorts een financiële ondergrens om steunmaatregelen als staatssteun aan te kunnen merken. In de De-minimisverordening is bepaald dat steunmaatregelen niet voldoen aan alle criteria van artikel 107 van het Werkingsverdrag, indien een onderneming niet meer dan € 200.000 ontvangt, verdeeld over een periode van drie belastingjaren.⁵⁸⁰ De gedachte achter de ondergrens is dat steunmaatregelen van een dergelijk beperkte omvang geacht worden de mededinging niet merkbaar te kunnen beïnvloeden. Het bedrag betreft de totale steun voor een onderneming, daarbij inbegrepen de steun die de onderneming eventueel ontvangt van andere overheden.

Voor de instellingen die tot de bis zijn toegelaten en subsidie ontvangen van de Minister van Cultuur, is de De-minimisverordening doorgaans niet relevant. Zij ontvangen vrijwel zonder uitzondering subsidiebedragen die boven de ondergrens liggen.⁵⁸¹

⁵⁷⁶ HvJ EG 17 september 1980, 730/79, ECLI:EU:C:1980:209 (*Philip Moris*); HvJ EU 3 april 2014, C-559/12, ECLI:EU:C:2014:217 (*Frankrijk/Commissie*).

⁵⁷⁷ Zo overweegt de EC in haar beslissing over de Regeling cultureel beleggen dat de Nederlandse rijksoverheid een belastingvoordeel toekent aan particulieren die in cultuurfondsen beleggen en daarmee afziet van bepaalde belastinginkomsten. EC 29 oktober 2003, C(2003)3886, N 68/2003 (*Steun voor cultuurbeleggingsfondsen*). De genoemde 'Regeling cultureel beleggen' is uiteindelijk in werking getreden als de Regeling cultuurprojecten 2004, *Stcrt.* 2003, 248.

⁵⁷⁸ Een vb. waarin de EC geen selectiviteit aanneemt, is de toetsing van de Geefwet aan het Werkingsverdrag; EC 20 maart 2013, C(2013)1502, SA. 34357 (*Multiplier giftenaftrek*). De belastingvoordelen voor schenkingen aan cultuur kunnen nl. ten goede komen aan alle ondernemingen die inkomstenbelasting moeten betalen.

⁵⁷⁹ Eijsbouts e.a. 2015, p. 206.

⁵⁸⁰ Verordening nr. 1407/2013 van de Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun; *Pb EU* 2013 L 352/1. Er is een specifiek de-minimisregime voor daeb (zie par. 8.5).

⁵⁸¹ Zie bv. de lijst van aanvragen voor de bis-periode 2013-2016, bijlage bij *Kamerstukken II* 2011/12, 32 820, nr. 55. Slechts 4 aanvragers vroegen een subsidiebedrag van onder de de-minimisgrens aan (het African Roots Festival: € 64.000; Imagine IC: € 115.000; Vincent van Goghhuus: € 200.000; en Nationaal Glasmuseum Leerdam: € 165.000). In de uiteindelijke toekenningen heeft slechts 1 aanvrager (Nationaal Glasmuseum Leerdam: € 159.621) een bedrag onder de de-minimismnorm gekregen. Bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 32 820, nr. 65. Niet onderzocht is of en zo ja, in hoeverre het Glasmuseum andere subsidies (bv. van de gemeente) ontvangt.

In de hierna volgende paragrafen behandel ik de begrippen ‘onderneming’ en ‘economische activiteit’, die relevant zijn voor de vraag of sprake is van een steunmaatregel. Voorts ga ik in paragraaf 8.3.5 in op de vraag wanneer maatregelen het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden. De reden dat ik dit criterium afzonderlijk behandel, is dat het – meer dan de andere criteria – een belangrijke rol speelt in de beslissingspraktijk van de Europese Commissie over steunmaatregelen voor cultuur.⁵⁸²

§ 8.3.3 Ondernemingen

Het begrip ‘onderneming’ staat niet alleen in de omschrijving van het begrip ‘steunmaatregel’, maar is ook relevant in het kader van de interne markt. Het is een zogenaamd unierechtelijk begrip, dat wil zeggen dat de betekenis autonoom moet worden uitgelegd en niet afhangt van de betekenis die het nationale recht van de lidstaten daaraan geeft. Het Werkingsverdrag bepaalt niet wat een onderneming is. Het Hof heeft het begrip in *Höfner en Elser* wel nader omschreven.⁵⁸³ Een onderneming is “elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd”. Voorgaande leidt tot drie conclusies:⁵⁸⁴

1. De status die het nationale recht toekent aan een eenheid, is niet relevant; van belang is of de eenheid een economische activiteit (zie paragraaf 8.3.4) uitoefent.
2. De toepassing van het staatssteunrecht hangt niet af van de vraag of een onderneming al dan niet een winstoogmerk heeft: ook non-profitorganisaties vallen onder de reikwijdte van artikel 107 van het Werkingsverdrag.⁵⁸⁵
3. Het aanmerken van een eenheid als onderneming is gerelateerd aan een specifieke economische activiteit. Indien een eenheid zowel economische als niet-economische activiteiten verricht, is de eenheid uitsluitend met betrekking tot de economische activiteiten een onderneming.

Afzonderlijke eenheden kunnen gezamenlijk een onderneming vormen. Dat is het geval, indien één centrale leiding het beleid bepaalt en de afzonderlijke eenheden geen reële eigen commerciële autonomie hebben.⁵⁸⁶ Het Hof kijkt in dit kader onder andere naar het bestaan van economische of organische verhoudingen. Het onderbrengen van commerciële activiteiten in een afzonderlijke eenheid, zoals een stichting of bijzondere vennootschap, leidt er dus niet noodzakelijkerwijs toe dat de niet-commerciële eenheid niet langer mede als onderneming kan worden aangemerkt.

Uit de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie volgt dat particulieren niet als onderneming zijn aan te merken, indien het bijvoorbeeld om belastingaftrek voor giften aan cultuur gaat.⁵⁸⁷

§ 8.3.4 Economische activiteiten

⁵⁸² De andere criteria spelen bij vragen over maatregelen voor cultuur een minder aanwezige rol. Een uitzondering zijn bv. de uitspraken van het Gerecht in de zaak *CELF/SIDE*, waarin de EC van mening is dat een subsidie ter compensatie van de kosten van de uitvoer van Franstalige boeken – ter ‘verbreding van de Franse cultuur’ – verenigbaar is met de interne markt, maar het Gerecht de besluiten van de EC tot driemaal toe vernietigt, o.a. omdat de EC de relevante markt onjuist zou hebben afgebakend. Volgens annotator Mok moet dat oordeel worden gezien in het licht van het vierde criterium dat een maatregel de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen. Zie Gerecht EU 28 februari 2002, T-155/98, ECLI:EU:T:2002:53 (*CELF/SIDE*) en de annotatie van M.R. Mok bij HvJ EU 11 maart 2010, C-1/09, ECLI:EU:C:2010:136, NJ 2010/365.

⁵⁸³ HvJ EG 23 april 1991, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (*Höfner en Elser*).

⁵⁸⁴ Zie ook EC 2016, p. 5.

⁵⁸⁵ Zie bv. HvJ EG 16 november 1995, C-244/94, ECLI:EU:C:1995:392 (*FFSA*).

⁵⁸⁶ HvJ EG 24 oktober 1996, C-73/95, ECLI:EU:C:1996:405 (*Viho Europe*).

⁵⁸⁷ Zie bv. EC 20 maart 2013, C(2013)1502, SA. 34357 (*Multiplier giftenaftrek*) en EC 29 oktober 2003, C(2003)3886, N 68/2003 (*Steun voor cultuurbeleggingsfondsen*).

Een economische activiteit is volgens het Hof “iedere activiteit bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt”.⁵⁸⁸ Het begrip moet breed worden opgevat. Zo is het niet relevant of een activiteit met een winst oogmerk wordt uitgevoerd. Een natuurbeschermingsorganisatie is bijvoorbeeld aan te merken als onderneming, voor zover zij economische activiteiten verricht. Naast het beheer en behoud van natuurlijk erfgoed als kerntaak kan zij via nevenactiviteiten – zoals de verkoop van hout en de uitgifte van jacht- en visserijvergunningen – namelijk inkomsten verdienen.⁵⁸⁹ Op de vraag of particuliere kunstenaars aan te merken zijn als onderneming, antwoordde de Europese Commissie in 1978 als volgt:

“De Commissie staat [...] op het standpunt dat kunstenaars ondernemingen zijn [...] wanneer zij hun artistieke prestaties economisch exploiteren. Weliswaar is daarbij vooral van betekenis de vraag of een door een kunstenaar gesloten overeenkomst merkbare werking op de concurrentie heeft. In een groot aantal gevallen, met name bij weinig bekende kunstenaars, zal men de merkbaarheid gewoonlijk ontkennen. Daarentegen ligt zij bij kunstenaars die zeer veel succes hebben voor de hand.”⁵⁹⁰

Activiteiten die zijn voorbehouden aan de overheid – de zogenaamde ‘overheidsprerogatieven’ – zijn geen economische activiteiten. Welke activiteiten als zodanig zijn aan te merken, is op voorhand niet te zeggen. Ten eerste veranderen opvattingen over de publieke zaak mettertijd (zie paragraaf 1.3). Ten tweede kunnen overheidsprerogatieven per lidstaat verschillen. De Europese Commissie heeft in 2016 medegedeeld dat activiteiten die intrinsiek tot de overheidsprerogatieven behoren en die de overheid op zich neemt, haars inziens in het algemeen – en tenzij de overheid besloten heeft marktwerking te introduceren – geen economische activiteiten zijn.⁵⁹¹ De Europese Commissie noemt zeven voorbeelden van activiteiten die volgens haar tot de overheidsprerogatieven behoren. Het gaat bijvoorbeeld om activiteiten van leger en politie. De voorbeelden van de Europese Commissie zijn limitatief noch statisch en lijken in elk geval de taken van de klassieke nachtwakersstaat te omvatten.⁵⁹²

Het Hof heeft geoordeeld dat onderwijsactiviteiten geen economische activiteiten zijn, voor zover de bekostigde instellingen deel uitmaken van een openbaar onderwijsstelsel en volledig of hoofdzakelijk uit overheidsmiddelen worden gefinancierd. Bij de organisatie en handhaving van een dergelijk openbaar onderwijsstelsel, dat in de regel wordt gefinancierd uit de staatskas en niet door de leerlingen of hun ouders, heeft de staat volgens het Hof niet de bedoeling om tegen vergoeding activiteiten te verrichten, maar vervult hij *zijn sociale, culturele en opvoedkundige taak*.⁵⁹³ In een procedure over een belastingvrijstelling voor de aula van een schoolgebouw, waarin de katholieke kerk als eigenaar zowel niet-economische onderwijsactiviteiten als andere, wel economische activiteiten verrichtte, oordeelt het Hof dat zulke instellingen een gescheiden boekhouding moeten voeren met betrekking tot de verschillende financieringen die zij ontvangen, zodat elk risico van kruissubsidiëring van haar economische activiteiten uit de overheidsmiddelen die zij voor haar niet-economische activiteiten ontvangt, is uitgesloten.⁵⁹⁴ Het is aan de nationale rechter om na te gaan voor welke activiteiten de aula is bedoeld, of dat sprake zal zijn van gemengd gebruik. De belastingvrijstelling valt onder de staatssteunregels, voor zover de aula wordt gebruikt voor economische activiteiten.

⁵⁸⁸ HvJ EG 18 juni 1998, C-35/96, ECLI:EU:C:1998:303 (*Commissie/Italië*).

⁵⁸⁹ Gerecht EU 12 september 2013, T-347/09, ECLI:EU:T:2013:418 (*Duitsland/Commissie*). De Nederlandse rijksoverheid nam tijdens de procedure aan de zijde van Duitsland stelling tegen de aanwijzing van natuurbeschermingsorganisaties als ondernemingen. Tegen de uitspraak van het Gerecht is hoger beroep ingediend (*Kamerstukken II 2013/14, aanhangselnr. 127, Bericht gelijkberechtigting en staatssteun in natuurbeheer*).

⁵⁹⁰ Beschikking 78/516/EEG inz. *RAI/UNITEL, PbEG 1978, L 157/39*.

⁵⁹¹ EC 2016, p. 5.

⁵⁹² De ‘nachtwakersstaat’ komt voort uit de klassieke liberale opvatting dat de rol van de overheid beperkt dient te zijn; het aantal publieke taken is teruggebracht tot een minimum. Zijlstra noemt de handhaving van de veiligheid (openbare orde), defensie en rechtsbedeling (de rechtspraak). De Haan/Schlössels & Zijlstra 2010, p. 17.

⁵⁹³ HvJ EG 11 september 2007, C-76/05, ECLI:EU:C:2007:492 (*Schwarz en Gootjes-Schwarz*), ro. 39.

⁵⁹⁴ HvJ EU 27 juni 2017, C-74/16, ECLI:EU:C:2017:496 (*Congregación de Escuelas Pías*), ro. 51.

In haar mededeling uit 2016 vermeldt de Europese Commissie voorts onder welke omstandigheden zij culturele activiteiten⁵⁹⁵ al dan niet als economisch beschouwt. Hoewel het Hof uiteindelijk het laatste woord heeft over de uitleg van de verdragen, biedt de mededeling van de Europese Commissie wel houvast, die bijdraagt aan de rechtszekerheid.

De Europese Commissie schrijft dat bepaalde culturele activiteiten niet-economisch van aard zijn, omdat ze vanwege hun bijzondere karakter op niet-commerciële wijze worden georganiseerd. In dat geval is overheidsfinanciering mogelijk geen staatssteun. Zo dient overheidsfinanciering van een culturele activiteit die kosteloos toegankelijk is voor een breed publiek een zuiver maatschappelijke en culturele doelstelling die niet-economisch van aard is. Het vragen van een financiële bijdrage die slechts een fractie van de reële kosten dekt, doet niet af aan het niet-economische karakter van die activiteit, omdat die bijdrage niet te beschouwen is als een echte vergoeding voor de geleverde dienst. Daarentegen zijn culturele activiteiten die overwegend tot stand komen met bezoekers- of gebruikersvergoedingen of met andere commerciële middelen, volgens de Europese Commissie wel als economisch aan te merken. Dat geldt ook voor culturele activiteiten die uitsluitend ten goede komen aan bepaalde ondernemingen in plaats van aan het brede publiek, zoals bijvoorbeeld het geval is bij een restauratie van een historisch pand dat door een particuliere onderneming wordt gebruikt.

Volgens de Europese Commissie zijn veel culturele activiteiten objectief gezien niet-substitueerbaar. Als voorbeeld noemt ze publiek toegankelijke archieven die unieke documenten bezitten. Het bestaan van een echte markt valt hierdoor uit te sluiten. Ook die activiteiten zijn niet-economisch van aard, aldus de Europese Commissie. Indien een instelling zowel niet-economische als economische culturele activiteiten verricht, valt overheidsfinanciering volgens de Europese Commissie alleen onder de staatssteunregels als deze de kosten dekt die aan de economische activiteiten verbonden zijn.⁵⁹⁶

Wat betreft het gemengd gebruik van economische en niet-economische activiteiten, legt de Europese Commissie uit dat overheidsfinanciering haars inziens volledig buiten de reikwijdte van de regels over staatssteun valt, indien de economische activiteit zuiver ondersteund is aan de niet-economische activiteit. Dit betekent in elk geval dat de economische activiteit rechtstreeks verband moet houden met de niet-economische activiteit. Ondersteunende activiteiten moeten beperkt in omvang blijven. Volgens de Europese Commissie beïnvloedt overheidsfinanciering voor ‘gebruikelijke faciliteiten’ die vrijwel uitsluitend worden gebruikt voor een niet-economische activiteit, het handelsverkeer tussen de lidstaten in de regel niet (zie ook paragraaf 8.3.5). Haars inziens is het weinig waarschijnlijk dat zulke faciliteiten, zoals restaurants of winkels, meer dan een marginaal grensoverschrijdend effect hebben.⁵⁹⁷

Specifiek voor culturele instellingen merkt de Europese Commissie op:

“Evenzo is de Commissie van mening dat overheidsfinanciering voor gebruikelijke faciliteiten die beschikbaar worden gesteld in het kader van niet-economische activiteiten op het gebied van cultuur en instandhouding van erfgoed (bijv. een winkel, café of garderobe tegen betaling in een museum), normaal gesproken geen invloed heeft op het handelsverkeer tussen de lidstaten.”⁵⁹⁸

Ten slotte maakt de Europese Commissie gebruik van een openbaar gemaakt werkdocument, waarin zij preciezer uitlegt hoe zij kijkt naar de financiering van cultuur en cultureel erfgoed.⁵⁹⁹ Wat betreft het verrichten van zowel economische als niet-economische activiteiten, merkt de Europese Commis-

⁵⁹⁵ Hieronder verstaat de EC een ‘breed scala van doelstellingen en activiteiten’, zoals “musea, archieven, bibliotheken, kunstencentra en cultuurcentra of artistieke of culturele locaties, theaters, operahuizen, concerthallen, archeologische vindplaatsen, monumenten, historische locaties en gebouwen, traditionele gebruiken en ambachten, festivals en tentoonstellingen, maar ook culturele en artistieke educatie.” EC 2016, p. 8.

⁵⁹⁶ EC 2016, p. 8-9.

⁵⁹⁷ EC 2016, p. 45-46. Hoewel de Europese Commissie de opmerkingen over gemengd gebruik van economische en niet-economische activiteiten maakt in het kader van infrastructuurprojecten, verwijst zij naar deze opmerking in haar par. over culturele activiteiten.

⁵⁹⁸ EC 2016, p. 9.

⁵⁹⁹ EC, Infrastructure analytical grid for culture, heritage and nature conservation, te raadplegen via ec.europa.eu.

sie op dat er in elk geval sprake is van zuiver ondersteunde (*purely ancillary*) activiteiten, indien de omzet daarvan jaarlijks niet meer bedraagt dan twintig procent van de totale omzet.

Samenvattend maakt de Europese Commissie bij het beantwoorden van de vraag of een culturele activiteit al dan niet economisch is, onderscheid op basis van toegankelijkheid. Indien een culturele activiteit voor een breed publiek toegankelijk is om niet of tegen een bijdrage die slechts een fractie van de werkelijke kosten dekt, is zij niet-economisch. Indien een culturele activiteit daarentegen *overwegend* tot stand komt op basis van commerciële middelen of op basis van de financiële bijdragen van de bezoeker of deelnemer, of indien zij slechts ten goede komt aan bepaalde ondernemingen, is zij wel economisch. Instellingen die geen economische activiteiten verrichten, zijn geen onderneming in de zin van het Werkingsverdrag. Indien een instelling zowel economische als niet-economische activiteiten verricht, is zij slechts onderneming voor zover het de economische activiteiten betreft. Indien de economische activiteiten zuiver ondersteunend zijn aan de niet-economische activiteiten, is het verbod op staatssteun alsnog niet van toepassing op de instelling.

In *EYE Filmmuseum* moest de voorzieningenrechter zich uitlaten over de vraag of een lening met staatsgarantie aan Stichting Film Instituut Nederland aan te merken is als staatssteun in de zin van artikel 107 van het Werkingsverdrag. Om tot een oordeel te komen, kijkt de rechter uitvoerig naar de hiervoor behandelde mededeling van de Europese Commissie. Op basis daarvan concludeert hij dat de stichting geen onderneming is. De stichting is namelijk belast met een wettelijke taak om een museale collectie te beheren, behouden en publiekelijk tentoon te stellen.⁶⁰⁰ De opbrengst van de museum- en filmkaartjes wordt benut voor de uitvoering van die wettelijke taken en dekt slechts een gering deel van de kosten. Weliswaar verricht de stichting commerciële activiteiten, zoals de verhuur van haar gebouw voor evenementen en de exploitatie van horeca en een museumwinkel, maar die activiteiten zijn volgens de rechter onlosmakelijk verbonden aan haar niet-economische activiteiten. Voorts overweegt de rechter met inachtneming van het werkdocument van de Europese Commissie dat de omvang van de commerciële activiteiten minder dan twintig procent is en daarmee onder de grens van de Europese Commissie blijft.

De norm van twintig procent die de Europese Commissie hanteert om te bepalen of economische activiteiten zuiver ondersteunend zijn, is niet onomstreden.⁶⁰¹ Volgens advocaat-generaal Kokott is het in het licht van het rechtszekerheidsbeginsel noodzakelijk een drempelwaarde vast te stellen die als vuistregel kan dienen voor ondernemingen en nationale autoriteiten. Haars inziens is er geen aanwijzing te vinden dat er een algemene norm van twintig procent bestaat. De norm van twintig procent is relatief hoog en komt voort uit een specifieke context, die in andere omstandigheden niet zonder meer is toe te passen, aldus Kokott. Tegenover de norm van de Europese Commissie plaatst zij een norm van tien procent, die beter aansluit op de algemeen gebruikelijke drempelwaarden.⁶⁰² Het Hof heeft zich vooralsnog echter nog niet uitgelaten over de norm.

Ondertussen hanteert de Minister van Cultuur een hogere eigeninkomstennorm als weigeringsgrond (zie paragraaf 7.3). Zijn norm lijkt geenszins te zijn afgestemd op die van de Europese Commissie, laat staan op de norm die Kokott voorstelt. Uit het feit dat staatssecretaris Zijlstra zich bijvoorbeeld

⁶⁰⁰ Rb. Den Haag (vzr.) 3 april 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:9251. Overigens neemt de vzr. in zijn uitspraak in acht dat de Erfgoedwet op 1 januari 2017 in werking is getreden, terwijl de stichting al langer was belast met de zorg voor cultuuroederen van de staat. Volgens de vzr. komt de wettelijke taak in de plaats van de vroegere beheersovereenkomsten en is de aard van de activiteiten niet gewijzigd. Zie par. 8.5 over de wettelijke taak.

⁶⁰¹ Zie ook Mohammad & Al Khatib, *AB* 2017/387. Mohammad en Al Khatib plaatsen kanttekeningen bij de norm. H.i. gaat de EC er zonder goede basis van uit dat de 20%-norm niet tot merkbare beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten leidt, terwijl particuliere ondernemers in bepaalde sectoren hebben gewezen op concurrentieverstorende effecten.

⁶⁰² Concl. A-G J. Kokott, ECLI:EU:C:2017:135, bij HvJ EU 27 juni 2017, C-74/16 (*Congregación de Escuelas Pías*). Zie ovv. 55-58.

voornam om de eigeninkomstennorm jaarlijks te verhogen, blijkt dat het onwaarschijnlijk is dat de minister rekening heeft gehouden met de mogelijkheid dat de economische activiteiten van culturele instellingen door het opleggen van de eigeninkomstennorm niet langer aan te merken zijn als zuiver ondersteunend. Daarbij komt dat hoe meer eigen inkomsten culturele instellingen moeten verdienen, hoe commerciëler hun verdienmodel moet zijn. Waar de Europese Commissie activiteiten als het exploiteren van een museumwinkel onder omstandigheden nog als zuiver ondersteunend beschouwt, hoeft dat niet te gelden voor het exploiteren van ‘zwaardere’ economische activiteiten. In dat geval ontstaat er een risico op kruissubsidies.

De brede reikwijdte van het ondernemingsbegrip brengt met zich dat culturele instellingen al snel als zodanig zijn aan te merken, voor zover zij althans economische activiteiten verrichten.⁶⁰³ De economisering van het cultuurbeleid maakt het moeilijker om economische en niet-economische activiteiten van elkaar te onderscheiden. Terwijl culturele instellingen meer private middelen nodig hebben om hun taken te kunnen blijven uitoefenen, wordt het ook moeilijker te bepalen in hoeverre zij publieke middelen aanwendt om commerciële activiteiten te kunnen verrichten. Zo biedt het Van Gogh Museum onder de naam *Van Gogh Consultancy* tegenwoordig zijn expertise als betaalde dienst op de markt aan, variërend van het restaureren van kunst en het presenteren van collecties tot klimaatbeheersing, belichting, veiligheid en het optimaliseren van bezoekersstromen.⁶⁰⁴ Daarmee legt het museum beslag op zijn personeelscapaciteit, dat mede wordt betaald met publieke middelen.

De Europese Commissie heeft niet uitgelegd wat zij verstaat onder culturele activiteiten die *overwegend* tot stand komen op basis van financiële bijdragen van bezoekers of deelnemers. Aannemelijk is dat het ten minste om vijftig procent gaat,⁶⁰⁵ maar zeker is dat niet. Wel stelt de Europese Commissie dat de kosten van economische en niet-economische activiteiten duidelijk van elkaar te scheiden moeten zijn.

Ten slotte kan er sprake zijn van zogenaamde externe of spill-overeffecten. Zulke effecten doen zich voor, wanneer uit een transactie een voordeel of nadeel voortvloeit voor derden, dat door de betrokken partijen niet in acht is genomen.⁶⁰⁶ De Europese Commissie neemt externe effecten in beschouwing, zo blijkt bijvoorbeeld uit haar beslissing in de zaak *Aviodrome*.⁶⁰⁷ Aviodrome verricht zowel museale als commerciële activiteiten. De Europese Commissie geeft die activiteiten als volgt weer:

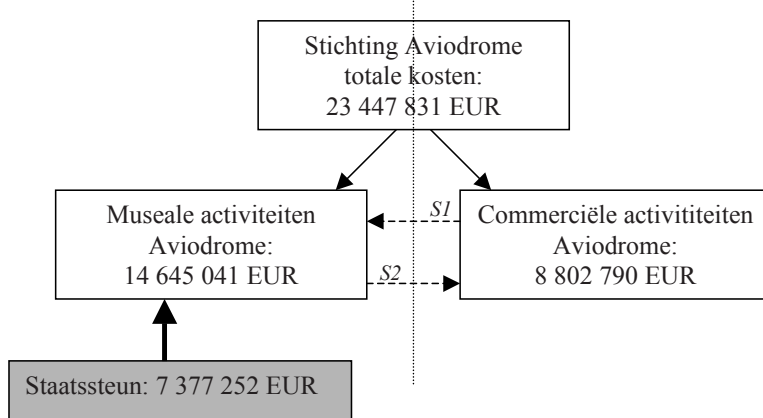
⁶⁰³ Zie ook De Vries 2001, p. 2.

⁶⁰⁴ ‘Van Gogh Museum gaat met nieuwe dienst zijn expertise vermarkten’, *Het Financieele Dagblad* 7 april 2016.

⁶⁰⁵ Zie ook Saanen 2016, p. 311.

⁶⁰⁶ De definitie betreft een vertaling van de door Houdijk aangehaalde Engelstalige definitie van Veljanovski. Houdijk 2009, p. 25.

⁶⁰⁷ EC 15 oktober 2003, C(2003)3521, N 221/2003 (*Steun voor Aviodrome*).



Volgens de Nederlandse regering waren de museale en commerciële activiteiten afhankelijk van elkaar. De externe effecten van de commerciële naar de museale activiteiten (de lijn S1) werden in dit geval gemeten op € 334.000. Andersom waren de effecten van de museale naar de commerciële activiteiten slechts indirect en daarom niet meetbaar. De Europese Commissie neemt hier, ondanks de gedetailleerde uitsplitsing, geen genoegen mee. Er bestaat immers een risico dat de commerciële onderneming een sterkere positie verkrijgt door de subsidie aan de museale activiteiten. De Europese Commissie betreft deze afweging in haar overweging of sprake is van nadelige beïnvloeding van het intracommunautaire handelsverkeer, waarop ik hierna inga.

§ 8.3.5 Ongunstige beïnvloeding van het intracommunautaire handelsverkeer

Er is pas sprake van staatssteun, indien een steunmaatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten, ook wel het intracommunautaire handelsverkeer genoemd, ongunstig beïnvloedt. In *Grundig/Consten* overwoog het Hof dat het voor de toepassing van dit criterium vooral belangrijk is om vast te stellen of de maatregel direct of indirect, terstond dan wel slechts potentieel, de vrijhandel tussen de lidstaten op zodanige wijze kan beïnvloeden, dat de verwerkelijking van de doelstellingen van de interne markt wordt geschaad.⁶⁰⁸ In *Bagnasco* heeft het Hof naderhand een nuancering op deze ruime opvatting aangebracht door te oordelen dat er sprake moet zijn van een *realistische mogelijkheid* tot nadelige beïnvloeding van het intracommunautaire handelsverkeer.⁶⁰⁹ De vaste rechtspraak van het Hof luidt tegenwoordig:

“[...] hoeft voor de kwalificatie van een nationale maatregel als staatssteun niet te worden vastgesteld dat de betrokken steun het handelsverkeer de lidstaten werkelijk heeft beïnvloed en de mededinging daadwerkelijk heeft vervalst, maar dient enkel te worden onderzocht of die steun dat handelsverkeer ongunstig kan beïnvloeden en de mededinging kan vervalsen [...]. In het bijzonder moet, wanneer steun van een lidstaat de positie van bepaalde ondernemingen in het intracommunautaire handelsverkeer versterkt ten opzichte van andere concurrerende ondernemingen, dit handelsverkeer worden geacht door de steun te worden beïnvloed [...]. Het is niet noodzakelijk dat de begunstigde ondernemingen zelf aan het intracommunautaire handelsverkeer deelnemen. Wanneer een lidstaat steun toekent aan ondernemingen kan de binnenlandse activiteit immers in stand blijven of stijgen, met als gevolg dat de kansen van in andere lidstaten gevestigde ondernemingen om in die lidstaat op de markt te komen, afnemen.”⁶¹⁰

Een maatregel is aldus aan te merken als staatssteun, indien er een realistische mogelijkheid is dat deze het handelsverkeer tussen de lidstaten nadelig beïnvloedt, of indien buitenlandse investeerders de

⁶⁰⁸ HvJ EG 13 juli 1966, 56 en 86/64, ECLI:EU:C:1966:41 (*Grundig/Consten*).

⁶⁰⁹ HvJ EG 21 januari 1999, C-215-216/96, ECLI:EU:C:1999:12 (*Bagnasco*).

⁶¹⁰ Zie bv. HvJ EU 8 mei 2013, C-197 en 203/11, ECLI:EU:C:2013:288 (*Libert e.a.*), ro. 76-78.

markt van de lidstaat daardoor moeilijker kunnen betreden. Op grond van deze criteria, hebben mijns inziens vrijwel alle bis-subsidies invloed op het intracommunautaire handelsverkeer. Hierna zal ik acht beslissingen van de Europese Commissie over cultuursubsidies behandelen. In een aantal daarvan stelt zij vast dat er geen sprake is van staatssteun, omdat het handelsverkeer tussen de lidstaten volgens haar niet nadelig was beïnvloed. Mijns inziens zijn die gevallen echter niet kenmerkend voor de bis-subsidies.

Zo merkt de Europese Commissie steun voor lokale musea op het Italiaanse eiland Sardinië niet als staatssteun aan, omdat ze het onwaarschijnlijk acht dat buitenlanders naar Italië komen om die musea te bezoeken.⁶¹¹ Tegelijkertijd merkt de Europese Commissie echter wel op dat die redenering niet noodzakelijkerwijs opgaat voor de grote, internationaal gerenommeerde musea.

In het geval van een Spaanse subsidieregeling voor Baskische theaterproducties beslist de Europese Commissie dat de gesubsidieerde activiteiten naar hun aard een relatief minder grote invloed op het intracommunautaire handelsverkeer hebben.⁶¹² Aangezien de theaterproducties in het Baskische gebied van Spanje moeten worden opgevoerd, is het potentiële publiek beperkt tot een taalkundig en geografisch gebied. Dat er in Frankrijk ook theaters zijn waar de Baskische stukken opgevoerd zouden kunnen worden, doet volgens de Europese Commissie in dit geval niet ter zake, omdat de kortste afstand tussen zulke theaters in Spanje en Frankrijk vijftig kilometer is. Dat is ver genoeg om niet van beïnvloeding van het handelsverkeer tussen deze twee landen te kunnen spreken. Bovendien neemt de Europese Commissie in overweging dat het om kleinschalige theaterproducties met een lokaal karakter gaat:

“It should thus be distinguished from aid measures directed, for instance, at the development of major theatre productions or festivals, which involve internationally renowned theatre companies and aim at a national, or even an international market. The latter type of measures are typically widely promoted outside the region in which they are located and may thus attract tourists from other Member States and affect trade between Member States.”

Voorts neemt de Europese Commissie mee in haar afweging dat het onwaarschijnlijk is dat de Baskische theaterproducties in het buitenland opgevoerd zouden kunnen worden, laat staan dat ze daar met andere producties kunnen concurreren. De taalbarrière en de geringe omvang van de subsidie zijn daarbij doorslaggevend.

Terwijl kleinschalige culturele activiteiten het handelsverkeer tussen de lidstaten volgens de Europese Commissie dus niet snel beïnvloeden, omdat buitenlanders niet speciaal voor zulke activiteiten naar het buitenland reizen, doen grootschaligere culturele activiteiten dat in beginsel wel. Het aantrekken van toeristen speelt nadrukkelijk mee in de afweging, net als het lokale of internationale karakter van een culturele activiteit.

De overweging dat culturele activiteiten alleen inspelen op de lokale vraag en niet beogen bezoekers uit het buitenland aan te trekken, speelt ook een rol in de beslissing van de Europese Commissie over een Nederlandse subsidie voor de Bataviawerf.⁶¹³ De Europese Commissie merkt op dat de werf wordt bezocht door inwoners van Lelystad en het daaromheen liggende gebied. De wetenschappelijke en culturele activiteiten zijn gewijd aan de lokale en Nederlandse maritieme geschiedenis. De werf geniet geen internationale bekendheid. De Europese Commissie acht het daarom onwaarschijnlijk dat toeristen naar Nederland komen om alleen de Bataviawerf te zien. De bezoekerijfers bevestigen dit beeld. Ten slotte merkt de Europese Commissie op dat de sponsors bestaan uit individuen en lokale ondernemingen. Naar verwachting levert sponsoring dus slechts op lokale schaal commerciële voordelen op.

⁶¹¹ EC 18 februari 2004, C(2004)317, N 630/2003 (*Steun voor lokale musea in de regio Sardinië*).

⁶¹² EC 27 juni 2007, C(2007)3035, N 257/2007 (*Steun voor Baskische theaterproducties*).

⁶¹³ EC 28 november 2007, C(2007)5635, N 377/2007 (*Steun voor Bataviawerf*).

De Europese Commissie merkt subsidie voor de totstandkoming van een centrum voor visuele kunst en onderzoek in Cyprus niet aan als staatssteun, omdat de activiteiten van het centrum op de culturele historie van het land zijn gericht en de permanente tentoonstelling exclusief bestaat uit voorwerpen die betrekking hebben op die historie. De kans dat de subsidie het handelsverkeer tussen de lidstaten beperkt,⁶¹⁴ is daarom zeer klein. Opnieuw overweegt de Europese Commissie dat er een onderscheid bestaat met subsidie voor grote, nationale musea en attracties die internationale bezoekers aantrekken en ver buiten de regio worden aangeprezen.⁶¹⁵

De Europese Commissie is onder omstandigheden van mening dat subsidies met een ogenschijnlijk lokaal karakter het intracommunautaire handelsverkeer mogelijk toch beïnvloeden. In het geval van een Slowaakse subsidieregeling voor publicaties over de cultuur van nationale minderheden, merkt ze op dat de publicaties weliswaar bedoeld zijn voor een beperkte lezerskring in gebieden met een sterk lokale dimensie, maar dat het niet is uitgesloten dat de subsidie het handelsverkeer tussen de lidstaten beïnvloedt, omdat de projecten moeten worden gepresenteerd in de taal van de nationale minderheden die in Slowakije leven.⁶¹⁶ Anders dan in voornoemde voorbeelden, stelt de Europese Commissie in dit geval dat ze niet zeker is over de mogelijke gevolgen voor het intracommunautaire handelsverkeer.

In haar afweging over een Praagse subsidieverordening overweegt de Europese Commissie dat de verordening weliswaar een geografische beperking bevat, maar dat niet is uitgesloten dat de subsidies een intracommunautair effect kunnen hebben. Internationale culturele activiteiten komen namelijk voor subsidie in aanmerking. Vervolgens maakt de Europese Commissie wel onderscheid naar gelang de gesubsidieerde activiteiten. Theaters en literatuurproducties zijn naar hun aard en gezien de linguïstische beperkingen bijvoorbeeld nauwelijks in staat om het handelsverkeer tussen de lidstaten te beïnvloeden. Muziek en dans hebben die beperkingen niet of minder. Fotografie, grafische kunst en non-verbale kunst kunnen ten slotte wel toeristen aantrekken en lenen zich voor uitvoering in het buitenland, aldus de Europese Commissie.⁶¹⁷ Ze concludeert dat de subsidieverordening *als zodanig* het handelsverkeer tussen de lidstaten kan beïnvloeden.

In het geval van een subsidie voor de bouw van een voetbalmuseum in Dortmund laat de Europese Commissie het nemen van een beslissing of de maatregel het intracommunautaire handelsverkeer kan beïnvloeden achterwege.⁶¹⁸ De Europese Commissie kan niet uitsluiten dat het museum toeristen zal aantrekken, maar overweegt ook dat Dortmund een grote stad is, die om meerdere redenen vaak wordt bezocht. Omdat ze de subsidie anderszins verenigbaar acht met artikel 107 van het Werkingsverdrag, besluit ze dit criterium verder niet te beoordelen. Dat betekent ook dat de Europese Commissie geen uitspraak doet over de vraag of de komst van een nieuw museum zou kunnen bijdragen aan het aantrekken van meer toeristen uit het buitenland, wat niet is uitgesloten.

In haar beslissing over Aviodrome (zie paragraaf 8.3.4) sluit de Europese Commissie niet uit dat Aviodrome, ondanks het sterk lokale karakter van activiteiten als het restaurant en het filmtheater, in de toekomst actief wordt of kan worden in sectoren waar concurrentie en handelsverkeer tussen de lidstaten bestaat, zoals de commerciële organisatie van internationale airshows en luchtvaartbeurzen of het aanbieden van diensten van internationale congressen. Het bundelen van projectactiviteiten kan bovendien juist buitenlandse toeristen aantrekken, aldus de Europese Commissie, zelfs voor activiteiten die in beginsel een lokaal karakter hebben.⁶¹⁹

⁶¹⁴ De EC merkt overigens niets op over de Turks-Griekse grens op Cyprus. Gezien het feit dat Turkije geen lidstaat van de EU is, zou dit juridisch ook geen verschil hebben gemaakt.

⁶¹⁵ EC 7 november 2012, C(2012)7563, SA.34466 (*Steun voor het Centrum voor visuele kunst en onderzoek*).

⁶¹⁶ EC 12 december 2014, C(2014)9473, SA.37409 (*Steun voor de cultuur van minderheden in Slowakije*).

⁶¹⁷ EC 15 juni 2011, C(2011)3880, SA.32599 (*Praagse cultuursubsidieverordening 2010-2015*).

⁶¹⁸ EC 21 september 2010, C(2010)6443, N 158/2010 (*Steun voor Fußballmuseum Dortmund*).

⁶¹⁹ EC 15 oktober 2003, C(2003)3521, N 221/2003 (*Steun voor Aviodrome*).

De Europese Commissie heeft een aantal keren benadrukt dat kleinschalige culturele activiteiten het handelsverkeer tussen de lidstaten niet beïnvloeden. Daarbij benadrukt ze telkens dat dit anders kan zijn voor grootschaligere culturele activiteiten. In 2016 deelt ze hierover mede dat haars inziens alleen overheidsfinanciering voor grote, gerenommeerde culturele instellingen en evenementen, waarvoor buiten de thuisregio breed promotie wordt gevoerd, het potentieel heeft om het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig te beïnvloeden.⁶²⁰

De Raad van de Europese Unie schrijft in de preambule van de Machtigingsverordening dat hij ervan uitgaat dat gesubsidieerde culturele instellingen dikwijls grote ondernemingen zijn.⁶²¹ Die conclusie strookt mijns inziens voor zover het in elk geval de bis-instellingen betreft.

Dat het niet verstandig is om te snel aan te nemen dat een subsidie geen gevolgen zal hebben voor het intracommunautaire handelsverkeer, blijkt ook uit een uitspraak van de Afdeling in de zaak *Martiniplaza*. Volgens de Afdeling is een subsidie voor het nieuwe Martiniplaza-complex wel degelijk aan te merken als staatssteun: “in aanmerking nemend de actieradius van de met de subsidieverlening gediende economische activiteit – het houden van beurzen – en de betrekkelijk korte afstand van de locatie van de accommodatie tot de grens met Duitsland.”⁶²²

In *Ouddorp Duin* baseert de Afdeling haar oordeel of er sprake is van beïnvloeding van het intracommunautaire handelsverkeer op de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie. Zij leidt hieruit af dat maatregelen geen effect hebben op het handelsverkeer tussen de lidstaten, als wordt aangetoond dat 1) de steun niet leidt tot het aantrekken van investeringen in de betrokken regio, 2) de door de begunstigde onderneming geproduceerde goederen of diensten een lokaal karakter of geografisch beperkt aantrekkingsgebied hebben, 3) er niet meer dan een marginaal effect is op consumenten uit naburige lidstaten en 4) het marktaandeel van de begunstigde onderneming, ongeacht de gehanteerde definitie van de relevante markt, minimaal is en de begunstigde geen deel uitmaakt van een grotere groep van ondernemingen.⁶²³

Gelet op de jurisprudentie van het Hof en de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie moet worden aangenomen dat de subsidies die de minister verstrekt aan bis-instellingen, of in elk geval de Rsc als zodanig, het intracommunautaire handelsverkeer nadelig kunnen beïnvloeden. Daarbij speelt mee dat de minister subsidie toekent aan instellingen met een nationale of internationale uitstraling.⁶²⁴ Veel bis-instellingen kennen internationale faam, trekken toeristen uit het buitenland aan of spelen uitvoeringen in het buitenland.⁶²⁵ Dit betekent dat bis-subsidies doorgaans als staatssteun zijn aan te merken.⁶²⁶

⁶²⁰ EC 2016, p. 43.

⁶²¹ Verordening 733/2013, *PbEU* 2013, L 204/11, o.v.w. 5. De Machtigingsverordening trad in augustus 2013 in werking. Hierin is de eerste stap gezet voor de groepsvrijstelling voor cultuursteunmaatregelen.

⁶²² ABRvS 17 december 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AO0234 (*Martiniplaza*).

⁶²³ ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1245 (*Ouddorp Duin*).

⁶²⁴ Zie bv. Zijlstra 2011, waarin het beheer van een rijkscollectie dan wel aanbod van (inter)nationale betekenis als criterium wordt genoemd, of Bussemaker 2015, p. 21: “Bij de rechtstreeks door de Rijksoverheid gefinancierde BIS-instellingen gaat het om instellingen met een (inter)nationaal belang, zoals musea met een Rijkscollectie en orkesten.”

⁶²⁵ Voor recente voorbeelden, zie bv. ‘Rijksmuseum wins European Museum of the Year award’, *museumsassociation.org* 20 mei 2015; ‘Concertgebouworkest op één na beste orkest ter wereld’, *De Volkskrant* 3 september 2015; ‘Toneelgroep Amsterdam, nu ook in de bios?’, *NRC* 26 april 2016; ‘De Nationale Opera wint internationale operaprijs’, *NRC* 15 mei 2016. Ook Hessel concludeert dat de cultuursubsidies vaak zijn beperkt tot de grotere culturele instellingen die contacten met het buitenland onderhouden of uitbreiden. Hessel 2014, p. 19.

⁶²⁶ Hessel en Vidal menen dat dit ook geldt voor veel cultuursubsidies die door de decentrale overheden worden verstrekt. Hessel & Vidal 2014, p. 7.

§ 8.4 Cultuur en staatssteun

Culturele activiteiten zijn niet onder alle omstandigheden aan te merken als economische activiteiten, zoals hiervoor uiteen is gezet. Voor zover een instelling culturele activiteiten verricht, die niet zijn aan te merken als economische activiteiten, is zij geen onderneming in de zin van het Europese recht. De regels voor staatssteun zijn in dat geval niet van toepassing.

Voorts bevat het mededingingsrecht bijzondere regels voor steunmaatregelen voor kunst en cultuur. Hierna ga ik eerst in op de uitzondering die is opgenomen in het Werkingsverdrag. Daarna behandel ik de vrijstelling die geldt voor de aanmeldplicht voor steunmaatregelen. Ten slotte eindig ik met een aantal opmerkingen over diensten van algemeen economisch belang.

§ 8.4.1 De cultuurderogatie

Ook voor zover culturele instellingen zijn aan te merken als onderneming, hoeft het verstrekken van subsidie aan die ondernemingen nog niet onverenigbaar te zijn met de interne markt. In artikel 107, derde lid, onder d, van het Werkingsverdrag is neergelegd dat steunmaatregelen om de cultuur en de instandhouding van het culturele erfgoed te bevorderen als verenigbaar met de interne markt *kunnen* worden beschouwd.⁶²⁷ De in het derde lid, onder d, gestelde voorwaarde is dat de steunmaatregelen de voorwaarden inzake het handelsverkeer en de mededingingsvoorwaarden in de Europese Unie niet zodanig mogen veranderen, dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad.

De in artikel 107, derde lid, onder d, van het Werkingsverdrag opgenomen uitzondering voor culturele steunmaatregelen staat bekend als de cultuurderogatie.⁶²⁸ De uitzondering past in het systeem van de culturele integratiebepaling (zie paragraaf 8.2.4), op grond waarvan de Europese Unie bij haar optreden uit hoofde van andere verdragsbepalingen – bijvoorbeeld die met betrekking tot de interne markt en de mededinging – rekening houdt met de culturele aspecten, met name om de culturele verscheidenheid te eerbiedigen en te bevorderen. Volgens Hofmann en Micheau is de cultuurderogatie bedoeld om de economische exploitatie van culturele diensten en goederen met hun culturele waarde te verzoenen:

“Indeed, it is quite evident that a cultural product may also be exploited economically. As a consequence, cultural policy and cultural derogations overlap with competition and industrial policies. Therefore, the cultural derogation may be regarded as an attempt to strike a balance between different goals which are unlikely to be compatible.”⁶²⁹

Culturele steunmaatregelen zijn niet onder alle omstandigheden verenigbaar met de interne markt. In deze paragraaf behandel ik de omstandigheden waaronder dat het geval is. Daarbij is het vast relevant op te merken dat de manier waarop de Minister van Cultuur zijn nationale cultuurbeleid inricht, van invloed is op de beantwoording van die vraag.⁶³⁰

De cultuurderogatie is in 1993 met het Verdrag van Maastricht geïntroduceerd. Psychogiopoulou kwalificeert de totstandkoming ervan als een keerpunt in de manier waarop in het mededingingsrecht naar cultuur wordt gekeken: omdat de Europese Unie hier een aanvullende bevoegdheid heeft, moest

⁶²⁷ Anders dan het derde lid, zijn in het tweede lid steunmaatregelen genoemd die met de interne markt verenigbaar zijn. De Vries vermeldt dat Duitsland tijdens de onderhandelingen over het Unieverdrag (het Verdrag van Maastricht van 1992) heeft geprobeerd om de uitzondering voor cultuur ook in het tweede lid op te nemen, hetgeen zou hebben betekend dat culturele steunmaatregelen *prima facie* met de interne markt verenigbaar waren geweest. De Vries 2001, p. 5.

⁶²⁸ De EC spreekt zelf over de term cultuurderogatie in EC 30 januari 2008, C(2008)318, N 97/2007 (*Steun voor het Ahoycomplex*). Zie voorts bv. Bergman 2011.

⁶²⁹ Hofmann & Micheau 2016, p. 301. Zie ook Psychogiopoulou 2006, p. 4.

⁶³⁰ Hofmann & Micheau 2016, p. 307.

er voor nationale culturele maatregelen op één of andere manier een erkenning worden geregeld in het mededingingsrecht.⁶³¹

Indien een maatregel als steunmaatregel is aan te merken, kan een lidstaat een beroep doen op de cultuuroderogatie. De Europese Commissie let nauwgezet op de doeleinden van een steunmaatregel in verhouding tot de mogelijke marktverstoring, zo blijkt uit haar beschikkingenpraktijk. Voor een geslaagd beroep op de cultuuroderogatie moet volgens de Europese Commissie aan de volgende eisen voldaan zijn:

“Therefore aid may be compatible if it has a genuine cultural objective, it is necessary for that objective and finally it represents a proportional way of achieving this objective (“does not affect trading conditions and competition in the Community to an extent that is contrary to the common interest”). These conditions have to be examined individually.”⁶³²

Een steunmaatregel is volgens de Europese Commissie dus verenigbaar met de interne markt, indien deze:

1. een authentiek (*genuine*) cultureel doel nastreeft;
2. noodzakelijk is voor dat doel; en
3. evenredig is om dat doel te bereiken, dat wil zeggen dat de mededinging niet zodanig mag worden verstoord, dat de steunmaatregel strijdig is met het algemeen belang.

De aangehaalde overweging is afkomstig uit de beschikking van de Europese Commissie over de Geefwet, waarin zij zich moest buigen over de vraag of een belastingvoordeel voor particulieren en ondernemingen voor het schenken aan bepaalde culturele instellingen verenigbaar is met de interne markt. Wat betreft het belastingvoordeel voor ondernemingen, is de Europese Commissie van mening dat er geen sprake is van selectiviteit (zie paragraaf 8.3.2). Wat betreft het voordeel voor culturele instellingen, overweegt ze op basis van het culturele doel, de noodzakelijkheid en de evenredigheid dat de wet onder de reikwijdte van de cultuuroderogatie valt. Daarbij weegt ze mee dat de maatregel daadwerkelijk bijdraagt aan het organiseren van een breed spectrum aan culturele activiteiten en dat het belastingvoordeel alleen bedoeld is voor giften aan algemeen nut beogende instellingen (*anbi*).⁶³³

Dat de Nederlandse overheid op voorhand niet kan vaststellen welk verlies aan belastinginkomsten met de Geefwet zal zijn gemoeid, doet volgens de Europese Commissie niet af aan de evenredigheid van de steunmaatregel om het doel te bereiken. De overheid heeft voldoende voorwaarden gesteld om te voorkomen dat de ontvangen giften de kosten van de charitatieve, culturele activiteiten overstijgen. Ook zijn er voldoende voorwaarden gesteld aan de *anbi* om zeker te zijn van hun culturele doelen. Zo mogen zij niet meer verdienen dan dat zij uitgeven. De Europese Commissie spreekt in dit verband van een “additional safeguard for the aid to genuinely serve the purpose of conservation of cultural heritage”. Op die manier worden de externe effecten tot een minimum beperkt, terwijl het culturele doel met slechts een geringe marktverstoring kan worden bereikt.

De Europese Commissie verwijst in haar beslissing over de Geefwet onder andere naar haar eerdere beslissing over een Hongaarse belastingregeling voor podiumkunsten.⁶³⁴ Ook in dat geval dient de

⁶³¹ Psychogiopoulou 2006, p. 4.

⁶³² EC 20 maart 2013, C(2013)1502, SA.34357 (*Multiplier giftenaftrek*).

⁶³³ Ingevolge art. 5b van de Algemene wet inzake rijksbelastingen is een algemeen nut beogende instelling (*anbi*) een instelling – niet zijnde een vennootschap met in aandelen verdeeld kapitaal, een coöperatie, een onderlinge waarborgmaatschappij of een ander lichaam waarin bewijzen van deelgerechtigdheid kunnen worden uitgegeven – die: 1°. uitsluitend of nagenoeg uitsluitend het algemeen nut beoogt; 2°. haar gegevens op elektronische wijze via internet openbaar maakt; 3°. voldoet aan bij ministeriële regeling te stellen voorwaarden; 4°. gevestigd is in het Koninkrijk, in een andere lidstaat van de Europese Unie of in een bij ministeriële regeling aangewezen staat, en 5°. door de inspecteur als zodanig is aangemerkt.

⁶³⁴ EC 28 oktober 2009, C(2009)8237, N 464/2009 (*Steun voor organisaties podiumkunsten*). Het betreft i.c. de podiumkunsten die worden gekenmerkt door de fysieke aanwezigheid van de artiest, daarbij inbegrepen dans, muziek (live

steunmaatregel volgens haar een authentiek cultureel doel. Dat blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat de begunstigde instellingen verantwoordingen moeten afleggen aan de overheid en er regelmatig audits plaatsvinden. Voorts is de steunmaatregel volgens de Europese Commissie noodzakelijk, omdat de begunstigde instellingen geen winstoogmerk – en daardoor een kapitaaltekort – hebben en hun eigen inkomsten niet toereikend zijn. Ze overweegt nadrukkelijk dat de podiumkunsten een dure kunstvorm zijn, terwijl het aantal bezoekers – dat fysiek aanwezig moet zijn – ‘*due to its nature*’ beperkt is. Ten slotte is de steunmaatregel evenredig, omdat het doel nauwkeurig is geformuleerd en gepaste maatregelen zijn getroffen om te verzekeren dat de steun daadwerkelijk wordt besteed aan de nagestreefde doelen. De Europese Commissie sluit af met een overweging die vergelijkbaar is met die bij de Geefwet:

“As a consequence of these arrangements the aid is well targeted and spill-over effects are kept to the minimum. Accordingly the objective of supporting culture is achieved with as little extra distortion as possible. The Commission also notes that in view of the often local character and limited market share of the assisted undertakings, the aid granted is unlikely to produce a disproportionate negative effect on intra-Community trade.”

Ook in het geval van haar beschikking op de Praagse cultuursubsidieverordening (zie paragraaf 8.3.5) trekt de Europese Commissie de conclusie dat de steunmaatregel is gericht op activiteiten ‘*with truly cultural content*’. Gelet op de doelstelling en de subsidievoorwaarden, valt de subsidieverordening haars inziens onder de reikwijdte van de cultuurerogatie. Vervolgens overweegt ze dat de subsidie noodzakelijk is, omdat de activiteiten niet winstgevend zijn. Zonder subsidie zouden ze niet worden uitgevoerd, aldus de Europese Commissie. Dat de subsidieontvangers daarnaast andere vormen van publieke of private financiering kunnen ontvangen, doet daaraan niet af. Wat betreft de evenredigheid, weegt de Europese Commissie mee dat de subsidieregeling in geringe mate in staat is het handelsverkeer tussen de lidstaten te beïnvloeden en dat ze openstaat voor meerdere aanvragers.

De subsidie voor het Fußballmuseum Dortmund (zie opnieuw paragraaf 8.3.5), die is bedoeld voor het behoud van kennis over de Duitse voetbalhistorie en –cultuur, is verenigbaar met de interne markt, omdat de overheid ermee beoogt cultureel erfgoed te behouden en culturele uitwisseling en presentatie op regionaal en landelijk niveau te bevorderen.⁶³⁵ De Europese Commissie betreft in haar overweging dat het museum financieel gescheiden wordt van het restaurant en de museumwinkel. Die scheiding verzekert de kostenscheiding en transparantie en sluit kruissubsidiëring uit. Voorts merkt de Europese Commissie op dat de museumwinkel marktconform moet zijn en het museum zonder subsidie niet tot stand zou komen.

Het gegeven dat de overheid met een steunmaatregel een cultureel doel nastreeft, betekent niet dat commerciële exploitatie in het geheel niet is toegestaan. Dit blijkt bijvoorbeeld uit een beschikking van de Europese Commissie op een Nederlandse regeling voor de instandhouding en het herstel van beschermde monumenten.⁶³⁶ De Europese Commissie overweegt dat de begunstigde monumenten renoveren die in een later stadium voor commerciële activiteiten kunnen worden gebruikt. Dat laat echter onverlet dat de subsidie is bedoeld voor een zeer specifieke categorie projecten, die zonder staatssteun economisch niet haalbaar zouden zijn. Bovendien heeft de subsidie volgens de Europese Commissie nauwelijks of geen significant effect op het intracommunautaire handelsverkeer. Ze weegt mee dat de financiering uitsluitend mag worden gebruikt voor de instandhouding of renovatie van monumenten. Kosten in verband met de verbetering van het comfort, uitbreiding van de gebouwen en commerciële activiteiten zijn niet subsidiabel. Voor zover er concurrentie van de begunstigde met

uitvoeringen), opera, drama en circus, en uitgezonderd cinema en opgenomen muziek. De EC merkt de organisaties voor podiumkunsten aan als ondernemingen (ovw. 15 en 16).

⁶³⁵ EC 21 september 2010, C(2010)6443, N 158/2010 (*Steun voor Fußballmuseum Dortmund*).

⁶³⁶ EC 15 december 2009, C(2009)9942, N 606/2009 (*Nationale regeling voor de instandhouding en het herstel van beschermde historische monumenten*).

andere vastgoedondernemingen is, is deze beperkt tot een zeer gering aantal gebouwen. Gelet op de beperkte mogelijkheden voor hergebruik en hoge renovatiekosten, zal er volgens de Europese Commissie vermoedelijk niet veel commerciële belangstelling zijn voor de gerenoveerde historische monumenten. Dit leidt uiteindelijk tot de conclusie dat de monumentensubsidies op grond van de cultuurerogatie verenigbaar zijn met de interne markt.

Tenslotte is een Nederlandse regeling voor cultureel beleggen,⁶³⁷ op grond waarvan ondernemingen een belastingvoordeel konden verkrijgen voor projecten in het belang van de Nederlandse musea of podiumkunsten, verenigbaar met de interne markt, ondanks dat de begunstigde beleggingsfondsen op winst gericht zijn en vrij kunnen bepalen in welke projecten zij beleggen.⁶³⁸ Omdat het voordeel op culturele activiteiten ziet, beslist de Europese Commissie dat aan de voorwaarden voldaan is.

Soms motiveert de Europese Commissie slechts beknopt dat de overheid met een steunmaatregel een cultureel doel nastreeft. In het geval van een Spaanse subsidie voor culturele tijdschriften overweegt zij bijvoorbeeld dat er sprake is van een cultureel doel, omdat de subsidie alleen ten goede komt van tijdschriften met een ‘*significant cultural importance*’.⁶³⁹

De beoordeling van een beroep op de cultuurerogatie kan ook negatief uitpakken. In het geval van een voorgenomen investering van de gemeente Rotterdam in het Ahoycomplex, bestaande uit onder andere tentoonstellingshallen en een congrescentrum, betwijfelt de Europese Commissie of alle activiteiten, zoals handelsbeurzen en sportevenementen, een overwegend culturele inhoud hebben.⁶⁴⁰ Om die reden stelt de Europese Commissie vast dat een diepgaander onderzoek naar de verenigbaarheid van de steunmaatregel nodig is. Daarbij merkt zij op dat de cultuurerogatie restrictief moet worden uitgelegd.

Hoewel steunmaatregelen voor films buiten het bereik van dit proefschrift vallen,⁶⁴¹ is het relevant in te gaan op een mededeling die de Europese Commissie heeft gepubliceerd over steunmaatregelen voor films en audiovisuele werken.⁶⁴² De inhoud ervan geeft namelijk weer hoe de Europese Commissie naar steun voor culturele activiteiten kijkt. Wat dat precies zijn, is volgens de Europese Commissie – gelet op het subsidiariteitsbeginsel⁶⁴³ – in de eerste plaats een verantwoordelijkheid van de lidstaten. In paragraaf 8.4.2 stel ik aan de orde dat hierop inmiddels het één en ander af te dingen is. De Europese Commissie overweegt over het culturele karakter van films voorts:

“De Commissie erkent dat bij het beoordelen van een audiovisuele steunregeling haar taak beperkt blijft tot het nagaan of een lidstaat ter zake beschikt over een relevant, effectief controlemechanisme dat kennelijke fouten kan voorkomen. Dit kan worden bereikt via een culturele selectieprocedure om te bepalen welke audiovisuele werken steun dienen te krijgen, of via een cultureel profiel waaraan alle audiovisuele werken moeten voldoen, willen zij steun kunnen krijgen. In overeenstemming met het [Unesco-verdrag van 2005] merkt de Commissie op dat het feit dat een film commercieel is, niet belet dat deze cultureel is.”⁶⁴⁴

Taalkundige diversiteit is volgens de Europese Commissie een essentieel element van culturele diversiteit. Met inachtneming van de rechtspraak van het Hof overweegt ze dat lidstaten bij het verstrekken

⁶³⁷ De Regeling cultuurprojecten 2004, die van 25 december 2003 tot 1 december 2013 van kracht is geweest. De regeling gaf uitvoering aan art. 5.18a, lid 3 en lid 6, van de Wet inkomstenbelasting 2001.

⁶³⁸ EC 29 oktober 2003 C(2003)3886, N 68/2003 (*Steun voor cultuurbeleggingsfondsen*).

⁶³⁹ Zie bv. EC 26 januari 2016 C(2016)434, SA.43878 (*Steun voor culturele periodieken*).

⁶⁴⁰ EC 30 januari 2008, C(2008)318, N 97/2007 (*Steun voor het Ahoycomplex*). De staatssteuntoets van de voorgenomen investeringen werd uitgevoerd n.a.v. een klacht van Mojo Concerts B.V. en Music Dome Exploitatie B.V.

⁶⁴¹ Het Nederlands Filmfonds is verantwoordelijk voor het verstrekken van subsidies voor film. De minister verstrekt in dit kader geen bis-subsidies.

⁶⁴² Mededeling van de Commissie betreffende staatssteun voor films en andere audiovisuele werken, *Pb EU* 2013, C 332/1.

⁶⁴³ Het subsidiariteitsbeginsel heeft in het Europese recht een specifieke betekenis, die afwijkt van het beginsel, zoals ik dat in par. 4.2.4 beschreven heb. Het betreft in dit geval vooral de bevoegdheidsverdeling tussen de Europese Unie en haar lidstaten. Zie art. 5, lid 1, van het Unieverdrag.

⁶⁴⁴ Ovw. 25.

van steun eisen mogen stellen aan de taal waarin een film wordt geproduceerd, mits vaststaat dat die eisen noodzakelijk en afdoende zijn om een culturele doelstelling in de audiovisuele sector na te streven. Dat dergelijke eisen kunnen strekken tot voordeel van filmproducenten die in de voorgeschreven taal werken, lijkt volgens de Europese Commissie inherent aan het nagestreefde doel.

Bergman stelt dat Europese films, zowel art-housefilms als grotere, commerciële producties, mede door het kleine taalgebied een beperkte afzetmarkt hebben. Om die reden is het volgens haar voor deze films zo goed als onmogelijk om volledig door de markt te worden gefinancierd.⁶⁴⁵ Ter bevordering van het Nederlandse filmproductieklimaat is voor de periode 2014-2020 een stimuleringsregeling in het leven geroepen.⁶⁴⁶ De Europese Commissie heeft deze op grond van de cultuurerogatie verenigbaar met de interne markt geacht.⁶⁴⁷

De toetsing van de stimuleringsregeling wijkt enigszins af in verband met voornoemde mededeling, waarin specifieke criteria zijn opgenomen, bijvoorbeeld met betrekking tot territoriale besteding. Wat betreft het culturele doel, overweegt de Europese Commissie dat de stimuleringsregeling een lijst van criteria bevat om het culturele karakter te bepalen, waarvan aan ten minste drie moet worden voldaan.

De mededeling over steunmaatregelen voor films en audiovisuele werken is in hoge mate relevant voor andere steunmaatregelen voor cultuur en past binnen het karakter van de cultuurerogatie. De verwijzing die de Europese Commissie maakt naar het Unesco-verdrag van 2005 is in het bijzonder relevant. Het enkele feit dat een culturele activiteit ook commercieel is, hoeft niet af te doen aan het culturele karakter. In het verdrag is dit aangemerkt als de complementariteit van culturele en economische aspecten.

§ 8.4.2 De algemene groepsvrijstelling

Indien overheidsfinanciering aan te merken is als staatssteun in de zin van artikel 107, eerste lid, van het Werkingsverdrag, moet de overheid deze ingevolge artikel 108, derde lid, aanmelden bij de Europese Commissie. Op grond van artikel 108, vierde lid, kan de Europese Commissie bepaalde soorten staatssteun vrijstellen van de aanmeldingsverplichting. Op 1 juli 2014 is de Algemene groepsvrijstellingsverordening 651/2014 (AGV) in werking getreden.⁶⁴⁸ Indien de Europese Commissie een soort staatssteun heeft vrijgesteld van de aanmeldingsverplichting, hoeft een lidstaat geen aanmeldingsprocedure meer af te wachten.

Voor de overheid betekent dit echter ook dat zij bij het verlenen van een steunmaatregel moet kunnen inschatten of de maatregel al dan niet in strijd is met het verbod op staatssteun. Achteraf kan de Europese Commissie namelijk nog steeds vaststellen dat een maatregel in strijd is met artikel 107 van het Werkingsverdrag. Om die reden bekritiseert het Europees Economisch en Sociaal Comité de onduidelijkheid die er nog steeds bestaat over het staatssteunbegrip. De voortdurende rechtsonzekerheid over de vraag of wel of geen sprake is van staatssteun, leidt er volgens het comité toe dat overheden elke steun als een steunmaatregel moeten beschouwen, met alle administratieve lasten van dien.⁶⁴⁹

⁶⁴⁵ Bergman 2011.

⁶⁴⁶ Reglement stimuleringsmaatregel filmproductie in Nederland, *Stcrt.* 2014, 14102.

⁶⁴⁷ EC 13 mei 2014, C(2014)3254, SA.38099 (*Stimuleringsmaatregel filmproductie*).

⁶⁴⁸ Verordening (EU) nr. 651/2014 van de Commissie waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard, *Pb EU* 2014, L 187/1. De AGV is o.a. bedoeld om het de EC mogelijk te maken haar handhavingscapaciteit beter te prioriteren.

⁶⁴⁹ Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over staatssteun aan ondernemingen: effectief en efficiënt?, *Pb EU* 2016, C 13/19.

Sinds de inwerkingtreding van de AGV behoort cultuur tot één van de categorieën die is vrijgesteld van de aanmeldingsverplichting. In de preambule overweegt de Europese Commissie dat cultuur een duaal karakter heeft: het is zowel een economisch goed, dat aanzienlijke mogelijkheden biedt voor het creëren van welvaart en banen, als een drager van identiteit, waarden en zingeving die een afspiegeling zijn van en een bepalende invloed hebben op onze samenleving. De staatssteunregels moeten het specifieke karakter van cultuur en de daarmee verband houdende economische activiteiten daarom erkennen. Wat dat laatste precies betekent, legt de Europese Commissie niet uit. Wel stelt ze:

“Ten algemene dienen activiteiten die weliswaar een cultureel aspect hebben, maar die een overwegend commercieel karakter hebben doordat zij een hoger risico op concurrentievervalsingen in zich dragen [...] niet onder deze verordening te vallen. Voorts mag de lijst [van doelstellingen en activiteiten die in aanmerking komen voor een vrijstelling van de aanmeldingsplicht] geen commerciële activiteiten zoals mode, design of videogames omvatten.”⁶⁵⁰

De Europese Commissie merkt voorts op dat zij zowel culturele als economische waarden in acht neemt en niet uitsluit dat de culturele sector naast culturele activiteiten ook economische activiteiten verricht. Hierin komt opnieuw het complementariteitsbeginsel tot uitdrukking, zoals dat is verankerd in het Unesco-verdrag van 2005. Er is echter wel een kantelpunt: activiteiten mogen geen overwegend commercieel karakter hebben. Als dat wel het geval is, moet een lidstaat de steunmaatregel voor die activiteiten alsnog aanmelden. Daarbij laat de Europese Commissie weten dat zij bepaalde activiteiten die de Nederlandse regeling tot de creatieve economie rekt, in elk geval beschouwt als commerciële activiteiten.⁶⁵¹

Afgaand op de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie (zie paragraaf 8.4.1), lijkt het doel van een culturele instelling doorslaggevend te zijn. De doelstelling moet authentiek (*genuine*) zijn. Zolang de nevenactiviteiten van een culturele instelling de culturele kernactiviteit ervan niet overvleugelen, lijkt het erop dat een subsidie aan die instelling van de aanmeldingsverplichting is vrijgesteld.

De bepalingen voor steunmaatregelen voor cultuur en de instandhouding van het erfgoed staan in de artikelen 53 en 54 van de AGV. Artikel 54 betreft steunmaatregelen voor audiovisuele werken, die ik hier verder niet behandel. Artikel 53 bevat een uitgebreide bepaling over de voorwaarden waaronder steunmaatregelen voor cultuur geoorloofd zijn.⁶⁵² Ingevolge het eerste lid is steun voor cultuur en de instandhouding van het erfgoed verenigbaar met de interne markt en van de aanmeldingsverplichting vrijgesteld, mits aan de voorwaarden van de AGV is voldaan.

Het tweede lid bevat een opsomming van vrijgestelde culturele activiteiten en doelstellingen, waaraan steun kan worden toegekend. Het gaat om:

- a) musea, archieven, bibliotheken, kunstcentra en cultuurcentra of artistieke of culturele locaties, theaters, operahuizen, concerthallen, andere live-performanceorganisaties, cinematografische erfgoedinstellingen, en andere vergelijkbare artistieke en culturele infrastructuurvoorzieningen, organisaties en instellingen;
- b) materieel erfgoed, waaronder alle vormen van onroerend of onroerend cultureel erfgoed en archeologische sites, monumenten, historische locaties en gebouwen; natuur erfgoed met een rechtstreekse band met cultuurerfgoed of indien dit door de bevoegde overheidsinstanties van een lidstaat formeel is erkend als cultuur- of natuur erfgoed;
- c) immaterieel erfgoed in welke vorm ook, met inbegrip van volksgebruiken en ambachten;
- d) kunst- of culturele evenementen en performances, festivals, tentoonstellingen en andere vergelijkbare culturele activiteiten;
- e) culturele en artistieke educatie alsmede de bewustmaking van het belang van de bescherming en bevordering van de diversiteit van cultuuruitingen via educatieve programma's en bewustmakingscampagnes voor het grote publiek, onder meer door middel van nieuwe technologieën;
- f) schrijven, uitgeven, productie, distributie, digitalisering en publiceren van muziek en literatuur, met inbegrip van vertalingen.

⁶⁵⁰ Ovw. 72 en 73. Voor audiovisuele werken werkt de EC specifieke criteria uit.

⁶⁵¹ De EC noemt design, mode en videogames.

⁶⁵² De uiteindelijke tekst van art. 53 wijkt enigszins af van de tekst van de ontwerpverordening (art. 6), waarin o.a. aanmeldingsdrempelbedragen (€ 70 miljoen voor investeringssteun en € 25 miljoen voor exploitatiesteun) werden genoemd. De tekst is onder *AGV II* nog terug te vinden op ec.europa.eu.

De uitvoerige opsomming van culturele doelstellingen en activiteiten is om twee redenen opmerkelijk. In de eerste plaats schrijft de Europese Commissie in haar mededeling over staatssteun voor films en audiovisuele werken (zie paragraaf 8.4.1) nog dat het Europese subsidiariteitsbeginsel met zich brengt dat het definiëren van culturele activiteiten een verantwoordelijkheid van de lidstaten is. De Europese Commissie trekt die verantwoordelijkheid nu naar zich toe.

In het verlengde hiervan creëert de Europese Commissie in de tweede plaats een eigenaardige situatie. Ingevolge artikel 6, aanhef en onder c, van het Werkingsverdrag heeft de Europese Unie ten aanzien van cultuur slechts een aanvullende bevoegdheid. Toch stelt de Europese Commissie hier in het kader van het mededingingsrecht dwingend en gedetailleerd vast onder welke omstandigheden steunmaatregelen voor cultuur verenigbaar zijn met de interne markt. Zeker aangezien het verstrekken van cultuursubsidies de belangrijkste maatregel is om cultuurbeleid te voeren, betekent dit dat de lidstaten hun cultuurbeleid moeten toesnijden op artikel 53 van de AGV, willen zij voorkomen dat hun subsidies in strijd zijn met het verbod op staatssteun.⁶⁵³ Hierdoor is het niet uitgesloten dat de AGV de facto een harmoniserend effect heeft op het cultuurbeleid van de lidstaten. Ingevolge artikel 3, eerste lid, onder b, van het Werkingsverdrag is de Europese Unie wel exclusief bevoegd om mededingingsregels vast te stellen, die nodig zijn voor de werking van de interne markt. Omdat kunst en cultuur mede economische diensten en goederen kunnen zijn, heeft de Europese Commissie zich mijns inziens terecht genoodzaakt gevoeld een kader te stellen.

De AGV maakt voorts onderscheid tussen investeringssteun en exploitatiesteun. Steunmaatregelen mogen uitsluitend worden genomen voor kosten die in artikel 53 zijn genoemd. Wat betreft de steun voor investeringen, komen op grond van het vierde lid de volgende kosten in aanmerking:

- a) kosten voor de bouw, modernisering, verwerving, instandhouding of verbetering van infrastructuur, indien jaarlijks ten minste 80% van de tijd- of ruimtecapaciteit voor culturele doeleinden wordt gebruikt;
- b) kosten voor de verwerving, met inbegrip van huur, eigendomsoverdracht of fysieke verplaatsing van cultureel erfgoed;
- c) kosten voor bescherming, instandhouding, restauratie en herstel van materieel en immaterieel cultureel erfgoed, met inbegrip van bijkomende kosten voor de opslag onder geschikte omstandigheden, speciale uitrusting, materialen en de kosten voor documentatie, onderzoek, digitalisering en publicatie;
- d) kosten om cultureel erfgoed beter toegankelijk te maken voor het publiek, met inbegrip van kosten voor digitalisering en andere nieuwe technologieën, kosten om de toegankelijkheid te verbeteren voor mensen met speciale behoeften (met name hellingbanen en liften voor mensen met een handicap, aanduidingen in braille en voel- en tastobjecten in musea) en kosten om de culturele diversiteit ten aanzien van presentaties, programma's en bezoekers te bevorderen;
- e) kosten voor culturele projecten en activiteiten, samenwerkings- en uitwisselingsprogramma's en -beurzen, met inbegrip van kosten voor selectieprocedures, promotiekosten en kosten die rechtstreeks uit het project voortvloeien.

Wat betreft de steun voor exploitatie, komen in aanmerking:

- a) de kosten van de culturele instelling of erfgoedlocatie in verband met vaste of tijdelijke activiteiten, waaronder tentoonstellingen, uitvoeringen en evenementen en vergelijkbare culturele activiteiten die plaatsvinden in het kader van hun normale activiteiten;
- b) kosten van culturele en artistieke educatie en van de bewustmaking van het belang van de bescherming en bevordering van de diversiteit van cultuuruitingen via educatieve programma's en bewustmakingscampagnes voor het grote publiek, onder meer door middel van nieuwe technologieën;
- c) kosten om de locaties en activiteiten van culturele instellingen of erfgoedlocaties beter toegankelijk te maken voor het publiek, met inbegrip van kosten voor digitalisering en het gebruik van nieuwe technologieën, alsmede kosten om de toegankelijkheid te verbeteren voor mensen met een handicap;
- d) exploitatiekosten die rechtstreeks verband houden met het culturele project of de culturele activiteit, zoals het huren of leasen van vastgoed en culturele locaties, reiskosten, materialen en leveranties die rechtstreeks verband houden met het culturele project of de culturele activiteit, architectonische structuren voor tentoonstellingen en podia, de ontleening, huur en afschrijving van werktuigen, software en uitrusting, kosten voor toegangsrechten tot auteursrechtelijk beschermde werken en andere verwante door intellectuele-eigendomsrechten beschermde content,

⁶⁵³ Zie ook Hessel 2014, p. 20. Reeds verleende cultuursubsidies die niet aan de criteria van de AGV voldoen, zijn volgens Hessel bovendien problematisch.

promotiekosten en kosten die rechtstreeks voortvloeien uit het project of de activiteit. Afschrijvingslasten en financieringskosten komen alleen in aanmerking indien deze niet werden gedekt door investeringssteun;

e) kosten voor personeel dat werkt voor de culturele instelling, de erfgoedlocatie of een project;

f) kosten voor advies- en ondersteuningsdiensten geleverd door externe consultants en dienstverrichters, die rechtstreeks voortvloeien uit het project.

De kosten moeten – kort gezegd – samenhangen met de culturele activiteit of daaruit voortvloeien. De AGV sluit niet uit dat culturele instellingen via de markt inkomsten verdienen. Exploitatiesteun mag daarvoor echter niet bedoeld zijn.

De AGV geeft inzicht in de wijze waarop de Europese Commissie beoordeelt of maatregelen voor cultuur zijn vrijgesteld van de aanmeldingsverplichting. Zolang de overheid de voorwaarden van de AGV in acht neemt, wordt de steun geacht verenigbaar te zijn met de interne markt. Omdat er altijd een risico bestaat dat de Europese Commissie achteraf beslist dat een steunmaatregel niet verenigbaar is met de interne markt, moet de overheid steeds op haar hoede zijn.

Evenals bij het beoordelen van de vraag of voldaan is aan de staatssteuncriteria (zie paragraaf 8.3), kijkt de Europese Commissie nauwgezet of een maatregel daadwerkelijk bedoeld is voor een culturele activiteit of doelstelling. In dat opzicht geeft de AGV uitdrukking aan de bijzondere positie die in de verdragen van de Europese Unie is toegekend aan cultuur. De Europese Commissie geeft enige ruimte aan het verrichten van commerciële activiteiten door culturele instellingen, maar trekt wel een grens. Activiteiten met een overwegend commercieel karakter vallen ondanks een eventueel cultureel aspect niet onder de AGV, omdat ze een hoger risico in zich dragen om de concurrentie te verstoren.

De Minister van Cultuur dient zich bij het verstrekken van cultuursubsidies – en in het bijzonder bij het opstellen van de criteria daarvoor – bewust te zijn van de mededingingsrechtelijke grenzen. Uit mijn analyse van het cultuurbeleid (zie hoofdstuk 5) volgt dat de minister enerzijds subsidie verstrekt met het oog op het maatschappelijk belang van kunst en cultuur. Dat oogmerk voldoet mijns inziens aan de uitgangspunten van de cultuurderogatie. Anderzijds heeft de minister meer aandacht voor het economisch belang van kunst en cultuur en stelt hij eisen aan de eigen inkomsten van instellingen die voor subsidie in aanmerking willen komen. Daarmee zoekt hij de grenzen op. Het feit dat de norm voor eigen inkomsten niet noodzakelijkerwijs aansluit op de grenzen in het mededingingsrecht, roept een risico in het leven dat cultuursubsidies de grens overschrijden. Dat risico wordt groter, indien de minister zijn beleid zuiver economisch benadert. Zoals in hoofdstuk 6 aan de orde is gekomen, kan een overwegend economische benadering afdoen aan het culturele doel van culturele instellingen. Hoe groter het belang van marktwerking wordt om aanvullend subsidie te kunnen verkrijgen, hoe groter het risico wordt dat een bis-subsidie wel aan de criteria voor staatssteun, maar niet meer aan de criteria voor de cultuurderogatie voldoet.

§ 8.5 Diensten van algemeen economisch belang

Overheden kunnen steunmaatregelen voor cultuur ten slotte met de interne markt verenigen door culturele instellingen te belasten met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang (daeb). Een daeb is een specifieke vorm van een dienst van algemeen belang (dab).

Bij gebrek aan een verdragsrechtelijke definitie heeft de Europese Commissie haar eigen invulling gegeven aan de begrippen dab en daeb. Een dab is een dienst die de overheid kan aanmerken als zijnde van algemeen belang en waaraan specifieke openbardienstverplichtingen zijn verbonden.⁶⁵⁴ Daarbij kan het zowel om economische als om niet-economische activiteiten gaan. De niet-economische dab

⁶⁵⁴ EC 2013, p. 22.

vallen buiten de reikwijdte van het mededingingsrecht. De economische dab zijn aan te merken als daeb, dat wil zeggen economische activiteiten die het algemeen belang dienen en die de markt, zonder het overheidsoverheidsoptreden, anders niet – of niet onder dezelfde voorwaarden inzake objectieve kwaliteit, veiligheid, betaalbaarheid, gelijke behandeling of algemene toegang – had verricht. Een openbaredienstverplichting wordt volgens de Europese Commissie aan de dienstverrichter opgelegd, met als leidraad het algemeenbelangcriterium, dat moet waarborgen dat de publieke taak goed wordt vervuld.

De Europese Unie moet – onverminderd de mededingingsregels – op grond van artikel 14 van het Werkingsverdrag ervoor zorgen dat daeb's functioneren op basis van beginselen en voorwaarden die hen in staat stellen hun taken te vervullen.⁶⁵⁵ In artikel 106, tweede lid, is voorts bepaald dat de mededingingsregels van toepassing zijn op ondernemingen die met het beheer van een daeb zijn belast, voor zover die toepassing de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert.

Er bestaat geen lijst met diensten die als daeb zijn aan te merken. Lidstaten bepalen in beginsel zelf of zij een dienst als daeb willen aanwijzen. De aanwijzing geschiedt bij wet, besluit of in een publiekrechtelijk contract met de betreffende onderneming.⁶⁵⁶ Voorts hoeven de lidstaten niet met zoveel woorden te benoemen dat een dienst is belast met een daeb. Volgens de Europese Commissie kunnen zij ermee volstaan de inhoud van de daeb, dat wil zeggen de openbaredienstverplichtingen, duidelijk te omschrijven.

De overheid mag ondernemingen die met een daeb zijn belast, daarvoor compenseren. Daaraan zijn grenzen gesteld. Het Hof heeft in *Altmark* geoordeeld onder welke omstandigheden die compensatie niet als staatssteun hoeft te worden aangemerkt.⁶⁵⁷ Dat is het geval, indien aan vier cumulatieve criteria is voldaan.⁶⁵⁸

In de eerste plaats moet de begunstigde onderneming daadwerkelijk belast zijn met het uitvoeren van openbaredienstverplichtingen. Die verplichtingen moeten duidelijk omschreven zijn. De rechter moet kunnen nagaan of een dergelijke verplichting duidelijk blijkt uit de wet of een vergunning.

In de tweede plaats moet de overheid de parameters, op basis waarvan zij de compensatie berekent, vooraf op objectieve en doorzichtige wijze vaststellen. Hiermee moet zij voorkomen dat de compensatie een economisch voordeel bevat, waardoor zij de begunstigde onderneming bevoordeelt ten opzichte van concurrerende ondernemingen.

In de derde plaats mag de compensatie niet hoger zijn dan nodig is om de kosten, die nodig zijn om de openbaredienstverplichtingen uit te voeren, geheel of gedeeltelijk te dekken. Daarbij kan de overheid rekening houden met de opbrengsten en een redelijke winst uit de uitoefening van deze verplichtingen. Met het in acht nemen van dit criterium voorkomt de overheid dat zij een begunstigde onderneming een voordeel toekent, dat de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen, omdat zij de mededingingspositie van die onderneming anders zou versterken.

Indien de overheid geen gebruikmaakt van een openbare aanbesteding⁶⁵⁹ om een onderneming te belasten met het uitvoeren van openbaredienstverplichtingen, moet zij de noodzakelijke compensatie in de vierde plaats vaststellen op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming,

⁶⁵⁵ Zie voorts protocol 26 bij het Werkingsverdrag over de dab, waarin art. 14 wordt uitgewerkt. *Pb EU* 2018, C 115/3.

⁶⁵⁶ Eijsbouts e.a. 2015, p. 202; EC 2013, p. 46.

⁶⁵⁷ HvJ EG 24 juli 2003, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 (*Altmark*), ro. 89-94.

⁶⁵⁸ Daarnaast geldt er voor steun aan daeb's een drempelbedrag (de minimis). Indien de steun minder is dan € 500.000, verdeeld over drie belastingjaren, dan wordt deze geacht niet te voldoen aan alle voorwaarden van artikel 107 van het Werkingsverdrag. Dit volgt uit artikel 2 van de Verordening nr. 360/2012 (de-minimisteun aan daeb's), *Pb EU* 2012, L 114/8.

⁶⁵⁹ Bij een openbare aanbesteding kan de overheid de kandidaat selecteren die de openbaredienstverplichtingen tegen de laagste kosten voor de gemeenschap kan leveren.

die kan voldoen aan de vereisten van de openbare dienst, zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdend met de opbrengsten en een redelijke winst uit de uitoefening van deze verplichtingen.

De Europese Commissie heeft in het Daeb-besluit vastgesteld onder welke voorwaarden staatssteun, die ter compensatie voor de openbare dienst wordt verleend aan ondernemingen die met een daeb zijn belast, verenigbaar is met de interne markt en vrijgesteld is van de aanmeldingsverplichting.⁶⁶⁰ De voorwaarden sluiten aan op de Altmarkcriteria.

De Minister van Cultuur kan culturele instellingen aanwijzen als daeb, voor zover zij economische activiteiten verrichten (zie paragraaf 8.3.4). In de praktijk heeft hij echter geen expliciet beroep op deze bevoegdheid gedaan.⁶⁶¹ Met het oog op de cultuurerogatie en de groepsvrijstelling voor cultuur, heeft hij hiervoor mogelijk geen aanleiding gezien. Wel heeft de minister de rijksmusea met een wettelijke taak belast.⁶⁶²

Op grond van artikel 2.8, eerste lid, van de Erfgoedwet kan de minister een instelling bij besluit belasten met de zorg voor het beheer van museale cultuurgoederen van de staat.⁶⁶³ Het beheer van cultuurgoederen van de staat is aan te merken als een daeb, omdat het mijns inziens duidelijk om een openbare dienstverplichting gaat.⁶⁶⁴ Dit betekent dat de minister de aangewezen instellingen – met inachtneming van de Altmarkcriteria – voor het uitvoeren van hun wettelijke taak mag compenseren. Mijns inziens is het verstrekken van subsidie op grond van hoofdstuk 7 van de Erfgoedwet aan te merken als compensatie.⁶⁶⁵

De aanwijzing van daeb is een extra mogelijkheid om subsidies voor cultuur in overeenstemming te brengen met het mededingingsrecht. Ook in dit geval geldt dat het Hof streng kijkt naar de wijze waarop de overheid instellingen compenseert voor het uitvoeren van openbare dienstverplichtingen. Door rijksmusea te belasten met een wettelijke taak, heeft de wetgever wel een onderscheid gemaakt tussen het beheer van cultuurgoederen, die zijns inziens niet aan de markt kunnen worden overgelaten, en andere culturele activiteiten, waarvoor geen wettelijke taak bestaat. Dit biedt de rijksmusea in het licht van het mededingingsrecht een extra waarborg. Op het moment dat de Minister van Cultuur de

⁶⁶⁰ Besluit van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 106, lid 2, van het Werkingsverdrag op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen (2012/21/EU), *Pb EU* 2012, L 7/3. Het besluit is onderdeel van een pakket maatregelen voor de toepassing van staatssteunregels op compensatie t.b.v. daeb's.

⁶⁶¹ *DAEB rapportage Nederland. Beschrijving van de toepassing van het DAEB-besluit en de DAEB-kaderregeling en toegekend bedrag*; te raadplegen via ec.europa.eu. Het gaat in de rapportage om bibliotheek-, circus-, dans-, erfgoed-, muziek- en theatervoorzieningen en een ondersteunings- en adviseringsfunctie. Uit de rapportage blijkt dat een aantal gemeenten wel gebruikmaakt van de mogelijkheid om daeb aan te wijzen.

⁶⁶² Een ander vb. is de publieke mediaopdracht, die is vastgelegd in art. 2.1, lid 1, van de Mediawet 2008. De publieke omroep moet o.a. op landelijk niveau publieke mediadiensten verzorgen door een media-aanbod aan te bieden op het terrein van informatie, cultuur, educatie en verstrooiing. De EC heeft de jaarlijkse financiering van de Nederlandse publieke omroep – na een aantal toezeggingen van de regering – goedgekeurd. Zij achtte o.a. belangrijk dat de publieke taak werd beperkt door het feit dat de publieke omroep een “mix van informatie, educatie en cultuur” moest zijn en merchandising, zoals de verkoop van Sesamstraatpoppen, en e-commerce, zoals het aanbieden van reizen, was uitgesloten. EC 26 januari 2010, C(2010)132 (*Jaarlijkse financiering van de Nederlandse publieke omroep*). Zie ook Gerecht EU 16 december 2010, T-231/06 en T-237/06, ECLI:EU:T:2010:525 (NOS).

⁶⁶³ De regels voor het beheer van museale cultuurgoederen van de staat zijn neergelegd in par. 2.1 van de Erfgoedwet en in de Regeling beheer rijkscollectie en subsidiëring museale instellingen (*Stcr.* 2016, 122), waarin tevens regels zijn neergelegd voor het verstrekken van subsidie o.g.v. de artt. 7.2 jo. 7.7 van de Erfgoedwet. Hoofdstuk 5 van de Comptabiliteitswet 2016 bevat voorts regels voor het beheer van publieke liquide middelen door rechtspersonen met een wettelijke taak, waaronder regels over schatkistbankieren.

⁶⁶⁴ Het gaat dan niet alleen om de tentoongestelde stukken, maar ook om de ca. 52 miljoen depotstukken. Bussemaker 2013b, p. 12. De gegevens zijn afkomstig van de Erfgoedmonitor 2009 van de RCE.

⁶⁶⁵ In het geval van de rijksmusea die zijn belast met een wettelijke taak om cultuurgoederen van de staat te beheren, kan dus onderscheid worden gemaakt tussen de subsidie die zij ontvangen o.g.v. de Erfgoedwet enerzijds en o.g.v. de Wsc anderzijds.

grenzen van de cultuurderogatie en de groepsvrijstelling zou overschrijden, kan het relevant worden dat de minister niet voor alle culturele activiteiten een beroep zou kunnen doen op een wettelijke taak.

§ 8.6 Besluit

In dit hoofdstuk heb ik een analyse gemaakt van de mogelijkheid om cultuursubsidies te verstrekken binnen het kader van het Europese mededingingsrecht, in het bijzonder het verbod op staatssteun. Daartoe heb ik eerst een uiteenzetting gegeven van de regels van de Europese Unie over de interne markt, waarbij het vrije verkeer van goederen, diensten, personen en kapitaal een cruciale rol speelt. Kunstvoorwerpen en culturele activiteiten vallen in beginsel onder de reikwijdte van het vrije verkeer, in het bijzonder het vrije verkeer van goederen en diensten. Het Hof van Justitie overweegt nadrukkelijk dat bijvoorbeeld ‘voorwerpen van artistiek of historisch belang’ op geld waardeerbaar en verhandelbaar zijn. Lidstaten van de Europese Unie hebben een beperkt aantal mogelijkheden om met het oog op hun cultuurbeleid inbreuk te maken op het vrije verkeer, mits ze daarvoor de voorwaarden in acht nemen.

Het Werkingsverdrag bevat regels inzake steunmaatregelen van de lidstaten. Een maatregel is aan te merken als een steunmaatregel, indien deze door de staat of met staatsmiddelen bekostigd wordt, het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt, één of meer ondernemingen een selectief voordeel verschafft en de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen. Steunmaatregelen zijn in beginsel onverenigbaar met de interne markt.

Culturele instellingen zijn ondernemingen, voor zover zij economische activiteiten verrichten. Dat is volgens de Europese Commissie niet het geval voor zover zij culturele activiteiten verricht, die vanwege hun aard op niet-commerciële wijze zijn georganiseerd. Culturele activiteiten die om niet of tegen een bijdrage die slechts een fractie van de werkelijke kosten dekt, toegankelijk zijn voor een breed publiek, zijn geen economische activiteiten. Komt een culturele activiteit daarentegen overwegend tot stand op basis van commerciële middelen of bijdragen van bezoekers, of komt zij slechts ten goede aan bepaalde ondernemingen, dan is zij wel economisch. Indien een instelling zowel economische als niet-economische activiteiten verricht, is zij slechts onderneming voor zover het de economische activiteiten betreft. Als de economische activiteiten bovendien zuiver ondersteunend zijn aan de niet-economische activiteiten, zijn de regels over staatssteun daarop alsnog niet van toepassing.

Economische activiteiten zijn volgens de Europese Commissie zuiver ondersteunend, indien de omzet daarvan jaarlijks niet meer dan twintig procent van de totale omzet betreft. Deze twintigprocentnorm is echter omstreden. De advocaat-generaal van het Hof van Justitie heeft een norm van tien procent verdedigd. Het hof heeft hierover vooralsnog geen uitspraak gedaan. Evenmin is duidelijk wanneer een culturele activiteit overwegend tot stand komt op basis van commerciële middelen. Het hof vraagt culturele instellingen om een gescheiden boekhouding.

Hoewel de Europese Commissie bij kleinschalige, lokale culturele activiteiten niet snel aanneemt dat er sprake is van beïnvloeding van het communautaire handelsverkeer, heeft zij meerdere malen overwogen dat dit voor grote, internationale culturele instellingen anders ligt. Omdat de Minister van Cultuur alleen instellingen met een nationale of internationale uitstraling subsidieert, is het veilig aan te nemen dat de door hem gesubsidieerde instellingen aan dit criterium voor steunmaatregelen voldoen.

In het Werkingsverdrag is een uitzondering opgenomen voor steunmaatregelen om de cultuur en de instandhouding van het culturele erfgoed te bevorderen. Een steunmaatregel kan verenigbaar worden geacht met de interne markt, indien deze een authentiek cultureel doel nastreeft en noodzakelijk en evenredig is om dat doel te bereiken, zo volgt uit de beschikkingenpraktijk van de Europese

Commissie. Wat het culturele doel betreft, moet er sprake zijn van activiteiten met een cultureel karakter. Dat is niet het geval, indien een subsidie bijvoorbeeld mede is bedoeld om beurzen en congressen mogelijk te maken. In haar mededeling over steunmaatregelen voor film heeft de Europese Commissie overwogen dat het feit dat een culturele activiteit ook commercieel is, niet hoeft af te doen aan het culturele karakter.

Voorts zijn steunmaatregelen voor cultuur vrijgesteld van de aanmeldingsverplichting. De Europese Commissie kan achteraf echter altijd nog oordelen dat een steunmaatregel haars inziens onverenigbaar is met de interne markt. Hoewel zij ook in dit verband beoordeelt of een steunmaatregel een cultureel doel nastreeft en de inrichting van het nationale cultuurbeleid hier mede een rol kan spelen, heeft de Europese Commissie in de AGV in dit kader uitvoerig beschreven onder welke omstandigheden sprake is van een steunmaatregel voor cultuur. De facto bepaalt zij daarmee welke subsidies lidstaten in het kader van hun nationale cultuurbeleid mogen verstrekken, zonder in strijd met het Werkingsverdrag te handelen.

Ten slotte kunnen de lidstaten ondernemingen met een daeb belasten, bijvoorbeeld door hen wettelijk de taak te geven een openbaredienstverplichting op zich te nemen. De overheid mag een met een daeb belaste onderneming compenseren, mits zij bepaalde voorwaarden in acht neemt. De Minister van Cultuur heeft geen culturele instellingen expliciet met een daeb belast, maar op grond van de Erfgoedwet kan hij instellingen wel het beheer van museale cultuurgoederen toewijzen.

Hoewel het Europese mededingingsrecht voorziet in verschillende mogelijkheden om subsidies voor cultuur te verstrekken, kijkt de Europese Commissie streng naar het onderscheid tussen economische en niet-economische activiteiten, het culturele karakter van steunmaatregelen en het risico dat die steunmaatregelen de interne markt verstoren. De economisering van het Nederlandse cultuurbeleid wijst daarentegen een andere kant op. De Minister van Cultuur neemt bij het verstrekken van subsidie het economisch belang van kunst en cultuur nadrukkelijk in overweging en vereist dat gesubsidieerde inkomsten aan een eigeninkomstennorm voldoen, die niet is afgestemd op de norm van de Europese Commissie, voor zover het hof in de toekomst niet zelf al een strengere norm zal opleggen.

Dit betekent dat een overwegend economische benadering van het cultuurbeleid, waarin de culturele waarde een secundaire rol speelt en commerciële inkomsten steeds relevanter worden om nog subsidie te kunnen verkrijgen, op de langere termijn in conflict kan komen met het mededingingsrecht. Daarom is het zeer belangrijk te beseffen dat cultuursubsidies zijn toegestaan bij de gratie van hun bijdrage aan het maatschappelijk belang van kunst en cultuur.

Hoofdstuk 9

Besluit

Cultureel ondernemerschap – een ethische en juridische benadering

Tot besluit beantwoord ik in dit hoofdstuk de centrale onderzoeksvraag en de deelvragen, die ik in paragraaf 1.2 heb gesteld. Daarbij vat ik de eerdere hoofdstukken samen en trek ik mijn conclusies. Op het antwoord op de centrale onderzoeksvraag kom ik terug in de slotbeschouwing. Deze vraag – die uiteenvalt in twee delen – luidde: Hoe verhoudt het doel van de overheid om cultureel ondernemerschap te stimuleren zich tot de legitimiteit van het cultuurbeleid en welke grenzen stelt het recht aan het opleggen van eisen aan gesubsidieerde culturele instellingen om dit doel te bereiken?

Om het onderwerp in te leiden, heb ik de affaire van het Wereldmuseum in Rotterdam beschreven. Schematisch is de affaire als volgt opgebouwd. Aanvankelijk subsidieert de overheid een culturele instelling voor het uitvoeren van een maatschappelijke taak. In dit geval betreft het de gemeente Rotterdam die het Wereldmuseum geld geeft om cultuurgoederen te beheren. Vervolgens verandert de overheid van opvatting en kort ze op haar subsidie voor de instelling. Dit betekent dat de culturele instelling enerzijds haar maatschappelijke taak moet blijven uitvoeren, maar anderzijds meer moet ‘ondernemen’, dat wil zeggen gebruikmaken van commerciële mogelijkheden om haar begroting op orde te krijgen. In het geval van het Wereldmuseum gaat dit mis: het museum heeft onvoldoende commerciële mogelijkheden of weet die onvoldoende te benutten en is niet in staat zijn begroting op orde te krijgen, zonder zijn maatschappelijke taak te verwaarlozen.

De affaire geeft goed weer welke spanningen zich kunnen voordoen tussen het uitvoeren van een maatschappelijke taak en het uitvoeren van een commercieel verdienmodel. Zulke spanningen zijn ook waar te nemen bij het beleid van de Minister van Cultuur, waarop ik me in dit proefschrift heb gericht.

De Minister van Cultuur krijgt steeds meer oog voor de economische waarde van kunst en cultuur en leidt daaruit af dat ook gesubsidieerde culturele instellingen in staat moeten zijn om via de markt eigen inkomsten te verdienen. Toen in 2011 een forse bezuiniging op de cultuurbegroting werd doorgevoerd, trachtte staatssecretaris Zijlstra zijn beleid zelfs te legitimeren met het argument dat cultuur op meer draagvlak in de samenleving kan rekenen, indien culturele instellingen ondernemender worden.

Ook andere beleidsterreinen, zoals huisvesting en de zorg, hebben in de afgelopen decennia te maken gekregen met een terugtred van de overheid. Het cultuurbeleid kent echter zijn eigen dynamiek. Hier wakkert de ontwikkeling een terugkerend debat aan over de vraag of de overheid zich met kunst en cultuur hoort te bemoeien. De overheid verstrekt subsidies, omdat ze wil dat er een dekkend aanbod is voor kunst en cultuur. Om die reden vult ze de markt aan, indien er te weinig vraag is naar bepaalde cultuuruitingen. Bij het zoeken naar draagvlak voor haar beleid stuit ze echter op de legitimeringsparadox: het argument dat er te weinig vraag is naar bepaalde cultuuruitingen, is immers zowel een argument vóór als een argument tegen het verstrekken van subsidie.

Ter afbakening van mijn onderzoek heb ik me als gezegd beperkt tot het cultuurbeleid van de Minister van Cultuur. In het verlengde daarvan heb ik ervoor gekozen om met het gebruik van de termen kunst en cultuur aan te sluiten op de term ‘cultuuruitingen’, zoals de wetgever die hanteert in de Wsc. In beginsel bepaalt de Minister van Cultuur welke uitingen hij als zodanig aanmerkt.

In mijn onderzoek maak ik gebruik van de termen maatschappelijk en publiek belang. Daarbij sluit ik aan op de definitie van de WRR: een publiek belang is een maatschappelijk belang, waarvan de behartiging voor de hele samenleving gewenst is en die de overheid zich aantrekt op grond van de overtuiging dat dit belang anders niet goed tot zijn recht komt.

Legitimiteit en normering

Met de eerste deelvraag heb ik beoogd inzicht te geven in de manier waarop ik de legitimiteit van overheidshandelen beoordeel. De vraag luidde: Welke benaderingen zijn relevant om te beoordelen of de overheid legitiem handelt? Welke rol speelt het recht daarbij? Het antwoord dat ik in hoofdstuk 2 heb geformuleerd, heeft een methodologisch karakter.

Legitimiteit is een multidimensionaal begrip, dat op verschillende manieren te benaderen is. Er is geen leidende definitie van legitimiteit: de benaderingen kunnen sterk van elkaar verschillen, al zijn ze tot op zekere hoogte ook van elkaar afhankelijk. Ze gaan bovendien uit van verschillende bronnen van legitimiteit. De overheid moet die verschillende benaderingen en bronnen van legitimiteit in acht nemen, maar kan ze ook gebruiken bij het legitimeren van haar handelen. Dit laat onverlet dat al haar handelen gebonden is aan het recht.

Dit onderzoek beperkt zich tot twee benaderingen van legitimiteit, waarin het recht een rol speelt: de ethische en de juridische benadering. De benaderingen hebben met elkaar gemeen dat ze normatief zijn, dat wil zeggen dat ze onderscheid maken tussen wat recht is en wat recht zou moeten zijn. De juridische benadering is voorts formeel, dat wil zeggen dat ze noodzakelijk is om van legitimiteit te mogen spreken, terwijl de ethische benadering informeel is: onrechtvaardig overheidshandelen kan de formele aanvaardbaarheid ervan op termijn uithollen.

De juridische benadering gaat uit van het recht als enige bron van legitimiteit. Overheidshandelen moet voldoen aan het legaliteitsvereiste om juridisch legitiem te zijn. In de ethische benadering speelt het recht als bron van legitimiteit een andere rol. Het biedt hulp bij het beoordelen van de ethische legitimiteit, al betekent de conclusie dat overheidshandelen op de wet berust niet noodzakelijk dat het ook moreel of rechtvaardig is. In de ethische benadering spelen met name fundamentele rechtsnormen een rol. Zo is te verdedigen dat overheidshandelen in ieder geval *minimaal* moreel legitiem is, indien het in overeenstemming is met de Grondwet, in het bijzonder de grondrechten.

Op basis van de theorie van Dworkin heb ik drie normen onderscheiden, waarop de overheid een beroep kan doen: regels, rechtsbeginselen en beleidsdoelen. De eerste twee zijn rechtsnormen. Regels zijn bruikbaar voor de juridische benadering, omdat ze zijn vastgelegd in een geldige rechtsbron, waaraan ze hun gelding ontlelen. Rechtsbeginselen zijn fundamentele rechtsopvattingen die in de samenleving voorkomen en daaraan hun gelding ontlelen. In mijn onderzoek heb ik veel aandacht besteed aan rechtsbeginselen, omdat ze de overheid een duidelijk kader bieden om haar beleid in te richten en naar ethische legitimiteit te zoeken. Door een beroep te doen op rechtsbeginselen, laat de overheid weten dat zij een zekere mate van rechtvaardigheid nastreeft en bepaalde rechten respecteert. Tegelijkertijd kan de overheid een beroep doen op beleidsdoelen om haar beleid te legitimeren. Zij kan met haar handelen bijvoorbeeld economische belangen nastreven. Hoewel er een verschil is tussen het nastreven van beleidsdoelen, die een instrumenteel karakter hebben, en het in acht nemen van rechtsbeginselen, die een fundamenteel karakter hebben, is op voorhand niet te zeggen dat de overheid het één of het ander moet doen. In het geval van het cultuurbeleid geniet de minister bovendien een grote mate van beleidsvrijheid.

Het antwoord op de eerste deelvraag is dat er verschillende benaderingen zijn om te beoordelen of de overheid legitiem handelt. Het recht speelt als bron van legitimiteit een rol in de ethische en juridische

benadering. Die rol is echter niet in beide benaderingen gelijk. In de juridische benadering is het recht de enige bron van legitimiteit. Dat is niet het geval in de ethische benadering. Daar bieden bepaalde fundamentele rechtsnormen, zoals grondrechten, hulp bij het beoordelen van de minimale morele legitimiteit van overheidshandelen.

Hoewel de overheid een beroep kan doen op rechtsnormen om haar handelen te legitimeren, is het belangrijk op te merken dat zij in de praktijk evengoed of zelfs liever een beroep doet op bepaalde beleidsdoelen, zoals het nastreven van economische belangen. Dit laat onverlet dat het recht van grote betekenis kan zijn voor het cultuurbeleid, zoals hierna aan de orde komt.

Culturele rechten

Met de tweede en derde deelvraag heb ik beoogd uiteen te zetten wat de betekenis van het recht is bij het beoordelen van de legitimiteit van het cultuurbeleid. De tweede deelvraag luidde: Hoe beschermt het recht het belang van kunst en cultuur? Welke taak kent het recht de overheid toe om dat belang te behartigen? In internationale verdragen en in de Grondwet zijn verschillende grondrechten verankerd die betrekking hebben op het belang van kunst en cultuur voor de samenleving en voor individuen. Grondrechten zijn bijzondere regels: ze ontleen hun gelding aan een rechtsbron, maar hebben het karakter van rechtsbeginselen en trachten daaraan bovendien uitdrukking te geven. In hoofdstuk 3 heb ik een analyse gemaakt van de culturele rechten, dat wil zeggen de grondrechten waarin kunst en cultuur nadrukkelijk genoemd zijn. Het gaat om sociale grondrechten, die de overheid bepaalde inspanningsverplichtingen opleggen. Daarnaast heb ik de vrijheid van meningsuiting, waarvan de vrijheid van kunst onderdeel is, meegenomen in de analyse.

In artikel 15 van het IVESCR is een recht op deelname aan het culturele leven erkend. Het VN-comité gaat daarbij uit van een brede interpretatie van het cultuurbegrip: dat betreft zijns inziens alle manifestaties van het menselijk bestaan. Deelname wil hier zeggen: het recht om deel te nemen aan, toegang te hebben tot en bij te dragen aan het culturele leven. Het verdrag legt zowel een onthoudings- als een inspanningsverplichting op aan de overheid om naleving van het recht te garanderen.

Voorts wordt de vrijheid van kunst nadrukkelijk genoemd in artikel 19 van het IVBPR, waarin de vrijheid van meningsuiting is vastgelegd. Artikel 27 bevat daarnaast een collectief recht op een eigen identiteit van minderheden, dat ziet op uitingsvrijheid, het recht om culturele producten te maken en daarvan te genieten, het recht om aan cultuur bij te dragen en daaraan deel te nemen.

Het Unesco-verdrag van 2005 benadrukt het belang van culturele diversiteit. Eén van de doelstellingen van het verdrag betreft het erkennen van de specifieke aard van culturele activiteiten. Het verdrag gaat uit van een complementariteitsbeginsel, op grond waarvan de culturele en economische aspecten van ontwikkeling elkaar aanvullen. In de artikelen 7 en 8 zijn bepalingen opgenomen om cultuuruitingen te bevorderen en beschermen.

Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie bevat eveneens een aantal culturele rechten, dat zich mede tot de Europese Unie richt. Het gaat bijvoorbeeld om het eerbiedigen van culturele verscheidenheid. Ten slotte heb ik het EVRM behandeld. De jurisprudentie van het EHRM is relevant voor het cultuurbeleid, omdat het EHRM hierin niet alleen de reikwijdte en toepassing van de vrijheid van meningsuiting (artikel 10 van het EVRM) nader heeft uitgewerkt, maar uit een aantal klassieke grondrechten ook positieve verplichtingen voor de overheid heeft afgeleid. Een kanttekening daarbij is dat de positieve verplichtingen een zeker minimumniveau beogen te garanderen, waaraan Nederland in beginsel voldoet.

In artikel 22, derde lid, van de Grondwet is bepaald dat de overheid voorwaarden moet scheppen voor maatschappelijke en culturele ontplooiing en vrijetijdsbesteding. De betekenis van dit artikel is omstreden. Het legt de overheid een niet-afdwingbare inspanningsplicht op en kan dienen als basis voor de dialoog met het parlement. Indien de overheid maatregelen wil nemen die afbreuk kunnen

doen aan het grondrecht, moet zij motiveren waarom zij daarvan afwijkt. Voorts brengt het grondrecht tot uitdrukking dat het initiatief voor het maken van kunst en cultuur in de samenleving ligt, waarover hierna meer.

Het antwoord op de tweede deelvraag is dat het belang van kunst en cultuur in internationale verdragen en in de Grondwet erkend is in een aantal sociale grondrechten, die ik heb aangeduid als culturele rechten, en in een klassiek grondrecht, de vrijheid van meningsuiting. De culturele rechten dragen de overheid op om cultuurbeleid te voeren, zij het dat het om abstracte inspanningsverplichtingen gaat, die juridisch niet afdwingbaar zijn. De overheid geniet bovendien veel vrijheid om haar taak zelf in te vullen.

Rechtsbeginselen

Met behulp van de culturele rechten heb ik vervolgens gekeken naar de rechtsbeginselen die aan het cultuurbeleid ten grondslag liggen. De derde deelvraag luidde: Welke fundamentele rechtsopvattingen liggen ten grondslag aan het cultuurbeleid? Het antwoord op die vraag maakt inzichtelijk waarom de overheid cultuurbeleid mag of zelfs behoort te voeren. Tot op zekere hoogte beantwoorden de culturele rechten de deelvraag al, omdat ze tenslotte uitdrukking trachten te geven aan de rechtsbeginselen die daaraan ten grondslag liggen.

In dit proefschrift heb ik vier rechtsbeginselen onderscheiden, die nauw met elkaar samenhangen: vrijheid, gelijkheid, diversiteit en subsidiariteit. Vrijheid is in dezen het primaire rechtsbeginsel, waarvan de andere in zekere zin zijn afgeleid. De eerste drie rechtsbeginselen betreffen de wijze waarop de overheid de samenleving behoort in te richten. Ze brengen – kort gezegd – met zich dat zij ernaar moet streven om burgers enerzijds zoveel mogelijk vrijheid te geven om ongestoord te kunnen doen wat in hun vermogen ligt, zoals het maken van kunst of het deelnemen aan cultuur. Anderzijds moet zij burgers in staat stellen zich te ontplooien, bijvoorbeeld door hen de kans te geven kennis te nemen van een zeker aanbod van kunst en cultuur. De overheid moet zich voorts inspannen om burgers die zich in een ongelijke positie bevinden, bijvoorbeeld omdat zij minder te besteden hebben, toch zoveel mogelijk toegang te geven tot dat aanbod. Om te voorkomen dat het aanbod eenzijdig wordt en uitsluitend nog de cultuuruitingen van bijvoorbeeld de meerderheid toegankelijk zijn, moet zij zich inspannen voor culturele diversiteit.

Op grond van het subsidiariteitsbeginsel behoort de overheid niet zelf een aanbod van kunst en cultuur tot stand te brengen, maar dat aan de samenleving over te laten: zij schept slechts de voorwaarden die daarvoor noodzakelijk zijn. Het subsidiariteitsbeginsel staat er niet aan in de weg dat de overheid keuzen maakt bij het toekennen van subsidieaanvragen.

Het antwoord op de derde vraag is dat aan het cultuurbeleid rechtsbeginselen van vrijheid, gelijkheid, diversiteit en subsidiariteit ten grondslag liggen. Deze rechtsbeginselen zijn weliswaar niet juridisch afdwingbaar, maar maken het – net als de culturele rechten – wel mogelijk om het cultuurbeleid ethisch te normeren.

Ontwikkelingen in het cultuurbeleid

Met het beantwoorden van de eerste drie deelvragen heb ik het kader geschetst om ontwikkelingen in het cultuurbeleid met behulp van het recht ethisch te beoordelen. Met de vierde deelvraag keer ik terug naar het verhaal, waarmee ik de inleiding begon: Hoe veranderen de verwachtingen van de overheid ten aanzien van het ondernemerschap van gesubsidieerde culturele instellingen? Hoe ontwikkelt het cultuurbeleid zich in dit opzicht?

In hoofdstuk 5 heb ik me primair gericht op de beleidsnota's van de bewindspersonen, die sinds 1982 verantwoordelijk zijn geweest voor het cultuurbeleid. De beleidsnota's geven bij uitstek weer hoe zij

denken over het uitvoeren van hun taak en wat hun prioriteiten zijn. Ik heb alleen de ontwikkelingen beschreven, die relevant zijn voor mijn onderzoeksvraag. Deze ontwikkelingen heb ik samengevat als de ‘economisering’ van het cultuurbeleid, die ik – vanuit de overheid bezien – omschrijf als het doen van een groter beroep op marktwerking in plaats van op publieke normen om de samenleving te coördineren. In deze zin veronderstelt economisering van het cultuurbeleid dat de overheid zich het belang van kunst en cultuur in mindere mate aantrekt als haar eigen verantwoordelijkheid en het behartigen ervan meer overlaat aan de samenleving, in het bijzonder aan individuen die daarbij belang hebben.

Als vertrekpunt voor mijn chronologische verhandeling heb ik het aantreden van het eerste kabinet-Lubbers in 1982 genomen. In de literatuur is de periode van dit kabinet bekend komen te staan als de ‘nieuwe zakelijkheid’. In totaal heb ik het cultuurbeleid van negen bewindspersonen geanalyseerd. Zij kwamen van verschillende politieke partijen: CDA (Brinkman), D66 (Nuis, Van der Laan, Van Engelshoven), PvdA (d’Ancona, Van der Ploeg, Plasterk, Bussemaker) en VVD (Zijlstra).

In mijn analyse heb ik gekeken naar de aandacht van de bewindspersonen voor verschillende aspecten van economisering, zoals aandacht voor marktwerking en ondernemerschap, het economische belang van kunst en cultuur, privatisering en verzakelijking van bijvoorbeeld de verhouding tussen overheid en gesubsidieerde culturele instellingen. Opmerkelijk is dat de economisering van het cultuurbeleid zich ongeacht politieke scheidslijnen heeft voortgezet. Naast de verzakelijking van minister Brinkman in 1982 zijn 1999 en 2011 belangrijke jaartallen. In 1999 introduceerde staatssecretaris Van der Ploeg het begrip cultureel ondernemerschap in het cultuurbeleid. In 2011 deed staatssecretaris Zijlstra een beroep op culturele instellingen om hun maatschappelijk draagvlak te vergroten door meer inkomsten te verdienen via de markt. Om dit beroep kracht bij te zetten, sloeg hij een bres in de cultuurbegroting. Dit heeft betekend dat het verdienen van inkomsten via de markt voor gesubsidieerde instellingen een noodzakelijke voorwaarde is geworden om nog voor subsidie in aanmerking te komen, in plaats van een mogelijkheid om hun subsidie aan te vullen.

Het antwoord op de vierde deelvraag is dat de overheid meer eisen stelt aan culturele instellingen die subsidie willen ontvangen. Zij moeten ondernemerschap tonen, meer eigen inkomsten verdienen en zich vaker op basis van kwantitatieve gegevens verantwoorden over hun activiteiten en resultaten. Ondertussen hecht de minister onverminderd waarde aan het uitvoeren van de maatschappelijke taken. De minister toont voorts meer interesse in het economisch belang van kunst en cultuur, bijvoorbeeld als percentage van het bbp. Ten slotte voert hij tegenwoordig samen met de Minister van EZ beleid voor de creatieve economie, dat overlap heeft met het cultuurbeleid en het economisch belang van creativiteit onderstreept.

Cultureel-economische benadering van kunst en cultuur

Met het uiteenzetten van het ethisch-juridische kader en de economisering van het cultuurbeleid, ben ik vervolgens aan de vijfde en zesde deelvraag toegekomen: Hoe verhoudt deze ontwikkeling zich tot de fundamentele rechtsopvattingen die ten grondslag liggen aan het cultuurbeleid? Hoe past cultureel ondernemerschap in die verhouding?

De economisering van het cultuurbeleid roept in eerste instantie geen juridische vragen op. Het recht biedt de minister vrijheid om zijn beleid naar eigen inzicht in te richten. Hij kan een beroep doen op beleidsdoelen, zoals economische belangen, om dat beleid te legitimeren. De culturele rechten staan die beleidsdoelen in beginsel niet in de weg; ze leggen de minister slechts een inspanningsverplichting op.

Ethisch gezien is de conclusie dat de economisering van het cultuurbeleid juridisch niet in strijd is met de culturele rechten, echter mager. Omdat deze conclusie steunt op de argumentatie dat de culturele

rechten te vaag geformuleerd en niet afdwingbaar zijn, is het zelfs de vraag of daarmee een antwoord te geven is op de vraag of de ontwikkeling minimaal moreel legitiem is. Om die vraag te kunnen beantwoorden, is het belangrijk het fundamentele en normatieve karakter van de culturele rechten en de daaraan ten grondslag liggende rechtsbeginselen in ogenschouw te nemen. De ontwikkeling dient in dat licht te worden beoordeeld.

Terwijl de culturele rechten bepalen dat de overheid zich moet inspannen voor kunst en cultuur, lijkt de economisering van het cultuurbeleid een tegengestelde beweging te maken: de overheid plaatst de verantwoordelijkheid voor de financiering van maatschappelijke taken die hiermee samenhangen meer bij de sector zelf. Om te kunnen beoordelen hoe deze ontwikkeling zich verhoudt tot de culturele rechten en rechtsbeginselen die aan het cultuurbeleid ten grondslag liggen, heb ik twee benaderingen van kunst en cultuur in mijn onderzoek betrokken die inhoudelijk meer inzicht geven: de economische en de culturele benadering.

De benaderingen gaan uit van verschillende manieren om kunst en cultuur te waarderen en van andere opvattingen over de rol van de overheid. De economische benadering stelt de waarde van culturele diensten en goederen gelijk met de prijs die consumenten bereid zijn daarvoor te betalen. De overheid behoort zich in beginsel niet te bemoeien met de vrije markt, tenzij één van de rechtvaardigingsgronden van toepassing is. In de literatuur is geen eensluidend antwoord te vinden of dat het geval is voor cultuursubsidies.

De culturele benadering gaat ervan uit dat de waarde van kunst en cultuur voortkomt uit opvattingen van mensen over wat belangrijk is voor hen of de samenleving. In de literatuur wordt in dit kader een brede waaier van verschillende soorten opvattingen genoemd, die verschillende benamingen hebben. Ik heb ze hier eenvoudig aangeduid als de culturele waarde, die zodoende een normatief karakter heeft en niet in geld is uit te drukken.

Dit betekent dat kunst en cultuur zowel culturele als economische waarde hebben. Zolang die waarden elkaar niet uitsluiten, is dat geen probleem. De economisering van het cultuurbeleid kan het evenwicht echter verstoren, indien de economische waarde dominant wordt en de culturele waarde verdringt. Dat heeft er mee te maken dat de benaderingen niet op dezelfde rationaliteit berusten. De economische benadering is instrumenteel-rationeel: niet de intentie van handelen is relevant, maar het doel ervan, dat voortkomt uit een bepaalde oriëntatie op de samenleving. De culturele benadering is substantieel-rationeel: de intentie van het handelen is relevant. Substantiële waarden als de culturele waarde geven betekenis aan het leven en sociale relaties.

Door verantwoordelijkheid te nemen voor het maatschappelijk belang van kunst en cultuur, creëert de overheid ruimte voor de culturele waarde. Naarmate zij meer afstand neemt en marktwerking meer invloed krijgt op het culturele domein, neemt de ruimte voor de culturele waarde af. Ik heb met het oog op de culturele benadering drie fundamentele bezwaren tegen deze ontwikkeling besproken. In de eerste plaats is de vrije markt niet neutraal. De prijs kan bijvoorbeeld het belang uitdrukken van gezaghebbende marktpartijen, die in staat zijn invloed op de prijs uit te oefenen. In de tweede plaats zijn consumenten op de markt minder vrij dan zij zelf graag geloven. Als de overheid hen niet al zou beïnvloeden, dan doen reclame, de media of anderen dat wel. In de derde plaats heeft marktwerking een zekere corrumperende werking, omdat ze met zich kan brengen dat consumenten alle waarde in een financieel getal uitdrukken, waardoor zij geen oog meer hebben voor andere waarden.

De beschouwing van de culturele en economische benadering is relevant, omdat de culturele rechten en de rechtsbeginselen net als de culturele waarde een normatief karakter hebben. Ze zijn te zien als substantiële waarden, die betekenis toekennen. De markt kent geen zelfstandige waarde toe aan de rechtsbeginselen: ze biedt geen garantie voor vrijheid, gelijkheid of diversiteit. De markt sluit niet uit dat kunst en cultuur luxeproducten worden, die ontoegankelijk zijn voor bepaalde groepen. Ook kan de markt ertoe leiden dat alleen nog cultuuruitingen van een meerderheid tot stand komen, omdat die

commercieel aantrekkelijker zijn. Anders dan het geval is bij overheidshandelen, waarop burgers via democratische controle invloed kunnen uitoefenen, hebben burgers hierin niet in gelijke mate zeggenschap. Het is niet eenvoudig een kantelpunt vast te stellen, waarop de economische benadering de culturele verdringt. Gezien de bezwaren tegen de economische benadering concludeer ik wel dat de economisering van het cultuurbeleid de legitimiteit daarvan op termijn kan uithollen.

Kunsteconomen proberen de twee benaderingen met elkaar te verzoenen door uit te gaan van een cultureel-economische benadering, waarin de culturele waarde een zelfstandige plek krijgt. Het begrip cultureel ondernemerschap – dat door de overheid is overgenomen uit de literatuur – past goed in deze benadering: in de oorspronkelijke zin gaat het om het nastreven van een cultureel doel door culturele instellingen, die daarbij op zoek kunnen gaan naar geschikte financieringsbronnen.

Het antwoord op de vijfde en zesde deelvraag is aldus dat de ontwikkeling juridisch en in beginsel ook ethisch verenigbaar is met de rechtsbeginselen en culturele rechten, tenzij de economisering van het cultuurbeleid met zich brengt dat de economische waarde van kunst en cultuur ten koste gaat van de culturele waarde. In dat geval is de ontwikkeling ethisch niet meer te verenigen met de rechtsbeginselen, omdat ze op termijn kan leiden tot het uithollen van het cultuurbeleid.

Cultuursubsidies: eigen inkomsten en ondernemerschap

In de laatste twee hoofdstukken heb ik ten slotte naar een antwoord gezocht op de zevende en achtste deelvraag: Hoe zijn de veranderde verwachtingen van de overheid in het recht verankerd? Welke grenzen stelt het recht aan de eisen die de overheid stelt om ondernemerschap in de culturele sector te stimuleren? Wat kunnen de gevolgen zijn, indien de overheid die grenzen overschrijdt? Bij het beantwoorden van de deelvragen heb ik twee rechtsgebieden in ogenschouw genomen: het subsidie-recht en het mededingingsrecht.

Om ondernemerschap bij gesubsidieerde culturele instellingen te bevorderen, stelt de Minister van Cultuur twee eisen aan subsidieaanvragers. In de eerste plaats moeten zij voldoen aan een generieke minimumnorm voor eigen inkomsten om voor subsidie in aanmerking te komen. In de tweede plaats worden zij beoordeeld op basis van het criterium ondernemerschap.

De eisen veroorzaken een aantal spanningen. De eigeninkomstennorm laat geen ruimte over voor een kwalitatieve afweging. De generieke norm gaat eraan voorbij dat culturele instellingen niet alle onder dezelfde omstandigheden handelen. Sommige culturele activiteiten zijn commercieel bijvoorbeeld aantrekkelijker dan andere. Omdat de minister niet kan differentiëren, moet hij op voorhand rekening houden met het gebruik van uitzonderingsmogelijkheden, die eigenlijk zijn bedoeld voor onvoorziene omstandigheden en de norm als zodanig weer uithollen. Bovendien houdt de norm geen rekening met het mededingingsrecht, waarover hierna meer.

Voorts beoordeelt de Raad voor cultuur het ondernemerschap van subsidieaanvragers. Omdat hij daarvoor zelf niet de juiste deskundigheid in huis heeft, maakt de raad gebruik van externen. Dit roept vragen op over belangenverstrengeling. Bij het beoordelen van ondernemerschap kijkt de raad voorts in vergaande mate mee in de keuken van subsidieaanvragers. Hij licht hun bedrijfsvoering en financiële gezondheid door en stelt daar vervolgens eisen aan, die de minister in beginsel overneemt. Die eisen kunnen ver gaan. In hoofdstuk 7 heb ik het voorbeeld uiteengezet van twee orkesten die met elkaar moesten fuseren om in de toekomst nog subsidie te kunnen krijgen. Gelet op de bevoegdheid van de minister om subsidie te verstrekken voor cultuuruitingen, is het opleggen van een dergelijke subsidieverplichting niet rechtmatig. De Awb beperkt de mogelijkheid om verplichtingen op te leggen die niet strekken tot het verwezenlijken van het doel van de subsidie, indien die verplichtingen niet bij wet zijn vastgelegd. De Afdeling kijkt zeer kritisch naar het opleggen daarvan. In recente jurisprudentie komt

zij snel tot het oordeel dat een bestuursorgaan in strijd met het verbod van détournement de pouvoir handelt. Dat is mijns inziens ook het geval bij het opleggen van een fusieplicht.

Voorts krijgen gesubsidieerde culturele instellingen te maken met regels die met elkaar op gespannen voet kunnen staan. Terwijl de minister verwacht dat zij gebruikmaken van hun mogelijkheden op de markt, stelt de overheid tegelijkertijd meer eisen aan semipublieke instellingen, waaronder de bisinstellingen, om het publiek belang dat zij behartigen veilig te stellen. Het gaat bijvoorbeeld om beperkingen aan het verstrekken van salarissen aan topfunctionarissen en aan het beleggen van gelden. Hoewel zulke beperkingen op zichzelf – geredeneerd vanuit het publiek belang – goed te rechtvaardigen zijn, brengen ze in dit geval met zich dat minder subsidie niet tot minder overheidsbemoeienis leidt. Ook in hun hoedanigheid als cultureel ondernemers hebben gesubsidieerde culturele instellingen dus met meer beperkingen te maken dan reguliere ondernemers. Omdat de beperkingen als zodanig echter goed te rechtvaardigen zijn, bevestigen zij dat de minister cultureel ondernemers niet zou mogen beschouwen als reguliere ondernemers met zuiver private belangen.

Ten slotte moet de minister ermee rekening houden dat het uitvoeren van maatschappelijke taken kosten met zich brengt. Indien hij van instellingen verlangt dat zij bepaalde activiteiten verrichten, waardoor zij minder eigen inkomsten kunnen verdienen, is het niet redelijk dezelfde inkomsteneisen te stellen. Dit geldt bijvoorbeeld voor het opleggen van verplichtingen om jong talent te programmeren of voor reisverplichtingen. Een soortgelijke redenering gaat op, indien de minister van gesubsidieerde instellingen verlangt dat zij bepaalde zelfreguleringsafspraken naleven, bijvoorbeeld door zich als goed werkgever te gedragen of redelijke vergoedingen te betalen aan kunstenaars. In dat geval dient de minister zich af te vragen of de instellingen die kosten kunnen dragen en wat de redenen kunnen zijn, waarom de instellingen die afspraken nog niet naleven. Indien die redenen bijvoorbeeld te maken hebben met een eerdere bezuiniging, is het mijns inziens redelijk de instellingen te compenseren of anderszins maatregelen te treffen.

Het antwoord op de zevende – en deels op de achtste – deelvraag is dat de Minister van Cultuur subsidieaanvragen weigert, indien de aanvrager niet aan de eigeninkomstennorm voldoet, en daarna toetst op basis van het criterium ondernemerschap. Het subsidierecht stelt grenzen aan de bevoegdheid van de minister om subsidieverplichtingen op te leggen, die niet strekken tot het verwezenlijken van het doel van de subsidie.

Cultuurbeleid en vrije mededinging

Ten slotte heb ik het Europese recht behandeld, in het bijzonder het Europese mededingingsrecht. Dit rechtsgebied bevat regels over de interne markt, waarvan de vrije mededinging onderdeel is. Uit het Unieverdrag, het Werkingsverdrag en de jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt dat culturele goederen of activiteiten in beginsel onder de reikwijdte van de regels voor het vrije verkeer en de mededinging vallen. Dit laat onverlet dat het Europese recht toestaat dat lidstaten onder voorwaarden in het kader van hun nationale cultuurbeleid regels stellen, die het vrije verkeer of de mededinging beperken.

De overheid mag in beginsel geen steunmaatregelen verstrekken, dat wil zeggen: een door de staat of met staatsmiddelen bekostigde maatregel die het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt, één of meer ondernemingen een selectief voordeel verschafft en de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen. Subsidies aan ondernemingen kunnen aan te merken zijn als steunmaatregelen. Een onderneming is gedefinieerd als elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd. Wanneer sprake is van een onderneming of economische activiteit, is af te leiden uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie. De Europese

Commissie heeft bovendien een aantal mededelingen gedaan over haar interpretatie van de begrippen, die de praktijk houvast geven.

In hoofdstuk 8 heb ik uiteengezet onder welke omstandigheden een culturele instelling is aan te merken als onderneming. De conclusie is dat veel culturele activiteiten niet onder de reikwijdte van het verbod op staatssteun vallen, omdat niet aan alle voorwaarden van het steunmaatregelbegrip is voldaan, of dat die activiteiten onder een uitzondering op het verbod op staatssteun vallen. De wijze waarop het nationale cultuurbeleid is ingericht, is van invloed op de vraag of de uitzondering voor steunmaatregelen voor cultuur – de zogenaamde cultuurderogatie – opgaat. De verdragen van de Unie gaan ervan uit dat cultuur niet alleen een economische waarde heeft en dat cultuursubsidies daarom in beginsel zijn toegestaan. Dit kan veranderen, indien de overheid zelf meent dat culturele instellingen reguliere ondernemingen zijn, die op een vrije markt meedingen. De Europese Commissie heeft in de AGV inmiddels een kader neergelegd, op grond waarvan volgens haar moet blijken wanneer sprake is van een subsidie voor cultuur.

Het mededingingsrecht biedt de Minister van Cultuur dus ruimte om cultuursubsidies te verstrekken. Die ruimte is breed, maar niet onbeperkt. Gezien de soms vergaande aandacht voor marktwerking en ondernemerschap is het niet ondenkbaar dat een culturele instelling op enig moment een onderneming in de zin van het Europese mededingingsrecht is, die overwegend economische activiteiten verricht. Dan kan voorts blijken dat een subsidie niet langer een authentiek cultureel doel dient, bijvoorbeeld omdat de minister vooral belang heeft gehecht aan de bijdrage van de instelling aan de economie, of omdat de culturele activiteiten louter nog dienen om de economische activiteiten aantrekkelijker te maken, zoals op enig moment bij het Wereldmuseum het geval leek te zijn.

Een kanttekening bij deze opmerking is dat de aandacht in het huidige cultuurbeleid weer enigszins is verschoven naar de culturele waarde, waardoor het minder waarschijnlijk is dat een dergelijk scenario zich op korte termijn voordoet. De waarschuwing blijft echter op haar plaats. Hiertegenover staat immers dat de economische benadering recent ook kort de overhand heeft gehad. Dat de economisering van het cultuurbeleid voorts ongeacht politieke scheidslijnen plaatsvindt, maakt haar des te relevanter.

Het antwoord op de achtste deelvraag is dat het recht grenzen stelt aan de ontwikkeling. De minister moet bij het stellen van eisen rekening houden met zijn bevoegdheid en met het opleggen van eisen die tot inherente spanningen leiden. Voorts brengt het mededingingsrecht met zich dat de economisering van het cultuurbeleid niet onbeperkt kan zijn. Op enig moment overschrijdt de minister de juridische grens om nog te kunnen spreken van niet-economische activiteiten of om een beroep te kunnen doen op de cultuurderogatie.

Slotbeschouwing

Bij het beantwoorden van mijn onderzoeksvraag heb ik vanuit een ethisch en een juridisch perspectief gekeken naar de economisering van het cultuurbeleid in relatie tot de legitimiteit daarvan. Vanuit het ethische perspectief is er geen aanleiding om aan te nemen dat de economisering de legitimiteit van het cultuurbeleid uitholt, zolang de economische waarde van kunst en cultuur de culturele waarde althans niet verdringt. Indien dat wel het geval is, vormt de economisering een risico voor de culturele rechten en rechtsbeginselen die aan het cultuurbeleid ten grondslag liggen en daarmee voor de ethische legitimiteit van het cultuur. Door uit te gaan van een cultureel-economische benadering, kan de overheid voorkomen dat de economische waarde dominant wordt. Cultureel ondernemerschap is in dat geval een geschikt instrument om beleid te voeren, mits de overheid er rekening mee houdt dat cultureel ondernemerschap geen gewone vorm van ondernemerschap is en het culturele doel van instellingen steeds voorop behoort te staan.

Vanuit het juridische perspectief staat het recht in beginsel niet in de weg aan de economisering van het cultuurbeleid. De Minister van Cultuur geniet beleidsvrijheid en kan een beroep doen op economische belangen om zijn beleid te legitimeren. Daar staat tegenover dat hij bij het uitvoeren van zijn beleid rekening moet houden met het subsidie- en Europese mededingingsrecht. Om ondernemerschap te stimuleren mag hij in beginsel geen verplichtingen opleggen die verder strekken dan zijn bevoegdheid om cultuursubsidies te verstrekken. Voorts moet de minister zich ervan bewust zijn dat subsidies voor culturele instellingen alleen van het verbod op staatssteun zijn uitgezonderd, voor zover die bedoeld zijn voor kunst en cultuur. Naarmate hij culturele instellingen meer regels oplegt om zich te gedragen als reguliere ondernemingen met een economisch doel, vervaagt het onderscheid. Aangezien hij in dat geval geen subsidie meer mag verstrekken, zou de Minister van Cultuur de toekomst van zijn subsidiebeleid daarmee in de waagschaal stellen.

Summary

Cultural entrepreneurship – an ethical and legal approach

In this doctoral thesis, I have made an ethical and legal analysis of what I call the ‘economization’ of cultural policy in the Netherlands. The government actively promotes cultural entrepreneurship among subsidized cultural institutions, while cutting back on subsidies for art and culture. By forcing these cultural institutions to rely more on market competition, the government aims to find more public support for its policy.

By taking into consideration the economic value of art and culture and by requiring subsidized cultural institutions to exploit their commercial potential, the government has changed its view on cultural policy. Regulations on *cultural entrepreneurship* may however lead to new difficulties. Take for example the case of *Wereldmuseum Rotterdam*. This museum focuses on ethnology and has long relied on subsidy from the municipality of Rotterdam. After a cutback to its subsidy, the museum was able to earn barely enough revenue. To avoid liquidation, the museum director radically changed the revenue model and started developing commercial activities, thereby neglecting the cultural purpose of the museum. This case led to public commotion.

The economization of cultural policy raises several questions. My central research question is: How does the goal of stimulating cultural entrepreneurship relate to the legitimacy of cultural policy and which limits does the law set on imposing regulations on subsidized cultural institutions to achieve this goal?

I have limited my research to the policy of the Minister of Culture. As for the definition of art and culture, I have used the term ‘cultural expression’ in line with the Cultural Policy Act. Briefly stated, something is a cultural expression if the Minister of Culture has indicated it as such. Furthermore, I have used the term ‘public interest’, which is defined as a social interest of which the representation is required for society and carried out by the government, because the interest would otherwise not be represented.

Chapter 2 – Legitimacy and norms

In the second chapter I set out my methodology by answering the first sub-question: Which approaches are relevant to the assessment of whether the government has acted legitimately? Although there are other approaches, I have described two of them in which the law plays a role: the ethical and the legal approach. Both approaches are normative, meaning that they distinguish between what the law is and what the law should be. The legal approach is formal: in order to act legitimately, the government *must* take it into account. In the legal approach, the law is *the* source of legitimacy. The ethical approach on the other hand is informal: the government is not required to take it into account, but by not doing so, it may erode the legitimacy of its actions in the long run. In the ethical approach, the law is *a* source of legitimacy. As it is difficult to assess whether the government has acted ethically legitimate, a practical method would be to use the idea of minimal moral legitimacy, that is to assess whether government action is at least in accordance with the Constitution.

The government can use norms to legitimize its actions. Following Dworkin, I have drawn a distinction between principles, rules and policies. The first two norms are legal norms. Rules are laid down in valid legal documents and applicable in an all-or-nothing fashion. Principles on the other hand are fundamental legal conceptions that derive their applicability from society itself. They do not prescribe a specific outcome, but rather point in a certain direction. I argue that principles play an important role

in cultural policy, as they provide a framework for the government to assess its legitimacy. By making an appeal to one or more principles, the government shows that it is pursuing some form of justice.

In addition to principles, I have paid attention to fundamental rights. These rights qualify as rules, as they are laid down in legal documents – international treaties and the Constitution – from which they derive their applicability. Fundamental rights have the character of principles however, as they are not applicable in an all-or-nothing fashion and need to be considered on a case-by-case basis. Their weight depends on the circumstances of the case. Finally, fundamental rights are useful for identifying the underlying principles they aim to express.

Because the Minister of Culture enjoys a great deal of discretion in developing cultural policy, arguments of policy play an essential role. The minister can for example make an appeal based on economic interests to legitimize his policy. There is no hierarchy between principles or policy, although they serve other purposes.

Chapter 3 – Cultural rights

In order to answer the central research question, I first had to make an ethical and legal analysis of the legitimacy of cultural policy, using law as a source. My second sub-question therefore was: How does the law protect the interests of art and culture? Which tasks does the law assign to the government to look after those interests? In the third chapter I made an analysis of the fundamental rights in treaties and the Constitution that specifically refer to art and culture. These rights are known as cultural rights and can be classified as fundamental social rights, which impose best-efforts obligations on the government. Furthermore I have looked at the freedom of expression, which is sometimes explicitly linked to artistic freedom. Unlike cultural rights, the freedom of expression is a classic fundamental right.

There are several treaties that contain cultural rights. A prime example is Article 15 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. On the basis of that article state parties recognize the right of all individuals to – among other things – take part in cultural life. Steps to be taken by state parties to achieve full realization of this right include those necessary for the conservation, development and diffusion of culture. The Committee on Economic, Social and Cultural Rights has interpreted culture as a broad, inclusive concept, encompassing all manifestations of human existence. According to the committee, the right to participate or take part in cultural life has three components: participation in, access to and contribution to cultural life.

Other treaties that I have analyzed are the International Covenant on Civil and Political Rights, the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR). Because of its impact on national law in the Netherlands, I have paid specific attention to the ECHR and the case law of the European Court of Human Rights on the freedom of expression.

Last of all I have looked at Article 22, paragraph 3, of the Constitution, according to which the government creates conditions for social and cultural development and leisure activities. The significance of that article is debated, as it is unenforceable at law. The article may however play a role as a basis for the political debate between the Minister of Culture and parliament.

The result of my analysis is that the interests of art and culture are firmly laid down in cultural rights and the freedom of expression. Cultural rights are however vaguely worded and only impose best-efforts obligations on the government; they are not legally enforceable. Although they do impose certain tasks on the government for the pursuit of cultural policy, the government is free to fill in these

tasks. On the other hand, cultural rights have an ethical basis. As they also aim to express the underlying principles, I have used them to identify the principles that underlie cultural policy.

Chapter 4 – Principles

My third sub-question was: Which fundamental legal conceptions (principles) underlie cultural policy? Knowing which principles are relevant for cultural policy can elucidate why the government is allowed to – or even should – implement cultural policy. Both cultural rights and the literature on the subject provide indications.

In the fourth chapter I have distinguished four principles that are closely connected to each other: freedom, equality, diversity and subsidiarity. Freedom is the main principle from which the other principles are derived in some way. The principles of freedom, equality and diversity concern the ways in which the government should organize society. The principle of freedom requires the government, on the one hand, to give citizens as much freedom as possible to do what is within in their power without interference, but on the other hand implies that the government should empower citizens to develop themselves, for example by giving them the chance to get acquainted with a broad range of cultural expression. The principle of equality implies that the government should make an effort to give citizens who are in an unequal position, for example because they have less money to spend, access to art and culture. To avoid the availability of cultural expression from becoming too one-sided, for example because it is dominated by the culture of the majority, the government should also make an effort to guarantee cultural diversity.

The principle of subsidiarity implies that the government should not be involved in establishing cultural expression on its own. Instead, it should empower society to create art and culture; the government only creates the conditions for society to do so.

To summarize, cultural rights and the principles of freedom, equality, diversity and subsidiarity underlie cultural policy. These rights and principles make it possible to assess the ethical legitimacy of new developments in cultural policy. Their legal function is however limited, as these rights and principles are not legally enforceable.

Chapter 5 – The economization of cultural policy

In the fifth chapter I have made an analysis of developments in cultural policy that relate to economization to answer my fourth sub-question: How do government expectations concerning cultural entrepreneurship undergo change? How does cultural policy evolve in this respect? I have primarily focused on policy notes from the various ministers who have been responsible for cultural policy since 1982. These notes give voice to their thoughts about art and culture, the implementation of their task and their priorities.

From the view of point of the government, I have defined ‘economization’ as making a greater appeal to market competition instead of public norms to coordinate society. Economization therefore implies that the government to a lesser extent takes responsibility for the interests of art and culture and to a greater extent leaves that responsibility to society itself, in particular to the individuals who have an interest in it.

The economization of cultural policy in the Netherlands first took flight in the early eighties of the twentieth century. Ever since, eight ministers have – to a greater or lesser extent – contributed to this economization, regardless of their political colors. Two years were especially important. In 1999, cultural entrepreneurship was officially introduced as a tenet of cultural policy. In 2011, the government made significant cutbacks to the culture budget, which was partly legitimized with the argument that cultural institutions should rely more on market competition rather than on the government.

Over the years since, government expectations concerning cultural entrepreneurship have increased. Cultural institutions that wish to obtain subsidies must be more entrepreneurial, generate more revenue and give more frequent accounting of their activities and results on the basis of quantitative data. Finally, the Minister of Culture pays more attention to the economic interests of art and culture, for example in relation to the gross domestic product. Since 2005 the Minister of Culture has also developed policy for the creative industries in association with the Minister of Economic Affairs. This policy overlaps with cultural policy.

Chapter 6 – Economization in perspective

My fifth sub-question was: How does this development - that is, the economization of cultural policy - relate to the principles that underlie cultural policy? In the sixth chapter, I have answered this question in combination with the sixth sub-question: How does cultural entrepreneurship fit into that relationship?

The law offers the Minister of Culture a great amount of discretion when developing policy. From a legal perspective, cultural rights do not stand in the way of representing economic interests in cultural policy. This means that aspects of economization are formally compatible with the Constitution. From an ethical perspective however, this is a meager conclusion. To assess whether economization meets the minimal standard of moral legitimacy, it is also important also to take the fundamental and normative character of cultural rights and principles into account. While these rights and principles determine that the government should show some effort for the public interests of art and culture, economization seems to indicate a movement in the opposite direction: the government seems to be trying to make cultural institutions accept financial responsibility for representing social interests.

To make an ethical assessment, I have taken two approaches to art and culture into consideration: an economic and a cultural approach. The two approaches value art and culture differently and take different views on the role of government. The economic approach considers the value of cultural goods and services to be the price that consumers are willing to pay for them. The government should refrain from interfering with the free market, unless there is good justification to do so. In the literature, there is no consensus on the question of whether this is the case for cultural subsidies.

According to the cultural approach on the other hand, the value of art and culture depends on what people think is important to themselves or society. A broad range of views could fall under this approach. This means that cultural value is normative: it cannot be reduced to a financial valuation.

In principle, the cultural and economic approaches can coexist. Art and culture can have both cultural and economic value. As long as these values are not mutually exclusive, there will be no friction between them. Economization can however disturb this balance when the economic value becomes dominant and displaces the cultural value. This is due to the fact that the two approaches are not founded upon the same rationality. While the economic approach is instrumental, the cultural approach is substantial, focusing more on the intention to act.

By taking responsibility for the social interests of art and culture, the government creates scope for cultural value. As market competition becomes more influential, due to the government distancing itself, the scope for cultural value diminishes. There are three fundamental objections to this development. In the first place, the market is not as neutral as most people would like to think. The monetary value of a cultural good or service may for example express the interests of private persons and companies who are capable of exercising influence on the price. In the second place, the idea that consumers are 'free' in a market competition situation is contestable. Even when the government is not involved, they are for example still affected by advertising or media. In the third place,

commodification has a certain corrupting effect. If consumers put a monetary value on life, other values – such as cultural value – are overlooked.

One thing that cultural value and cultural rights and principles have in common is that they are normative and substantial. Market competition does not assign an independent value to principles; it offers no guarantee for freedom, equality or diversity. For example, it does not preclude art and culture from becoming luxury products that are unavailable to people with low incomes, or only the cultural expressions of the majority from being commercially interesting. While democracy makes it possible for people to influence government action, they have no equivalent control over market competition, in which some competitors are more powerful than others. Although it might be difficult to tell when a turning point has been reached, the objections to a purely economic approach to art and culture show that the economization of cultural policy in the end will erode the legitimacy of cultural policy.

Art economists have tried to reconcile both approaches into a cultural economic approach in which cultural value has its own significance. I have argued that the idea of cultural entrepreneurship fits in with this approach, at least for as far as it concerns the original meaning of the idea. In that sense, cultural entrepreneurship is about pursuing a cultural goal. Raising finances is subordinate to that goal. Depending on the goal, cultural institutions can compete in the market, search for sponsors or patrons or apply for subsidy.

The answer to the fifth and sixth sub-question is thus that the economization of cultural policy is legally and ethically compatible with cultural rights and principles, unless it results in cultural value being displaced by economic value. In that case, economization would no longer be ethically compatible with the principles, as it would erode cultural policy in the long run.

Chapter 7 – Cultural subsidies

In the final chapters 7 and 8 I have given an answer to my seventh and eighth sub-questions: How have changed government expectations been laid down in law? What boundaries does the law set on this development and what would be the consequences if the government were to exceed these boundaries? To answer these questions, I have taken both subsidy and competition law into account.

To stimulate cultural entrepreneurship, the government has introduced two provisions that apply to cultural institutions that want to apply for subsidy. They will need to meet a generic standard for private revenue and their application will be assessed using entrepreneurship as a criterion. These provisions create tension however. The generic standard disregards for example that not all cultural institutions operate under the same circumstances. While some might carry out activities that are commercially attractive, others do not. Because the minister is prevented from making any distinction, the only way he can differentiate is by granting exemptions from the rule on the ground of hardship, which can erode the standard.

Furthermore, the Council for Culture, which is responsible for assessing subsidy applications, lacks the expertise to assess entrepreneurship. The council therefore must depend on third parties, thereby inviting questions about conflict of interest. To assess entrepreneurship, the council takes the business operations and organization of a cultural institution into account. I have analyzed a few cases in which the council has made demands that are not – or barely – compatible with subsidy law. Imposing an obligation to merge with another entity for example exceeds the boundaries of the law; this would be improper in relation to the entitlement to provide subsidy for cultural expressions.

While the Minister of Culture seems to allow subsidized cultural institutions more leeway to run their businesses, the government also imposes greater obligations on semi-public institutions to safeguard

the public interests they represent. Subsidized cultural institutions are semi-public institutions as well. For example, the government has laid down rules on salaries for top-ranking officials, and on financial investments. Although such rules can be perfectly justifiable with regard to public interests, they reduce the freedom to act which is crucial to conducting a business.

Finally the Minister of Culture should consider the costs involved in carrying out public interests. This is specifically important when he imposes obligations on subsidized cultural institutions to carry out activities that are commercially unattractive, such as requiring them to program unknown young talents or to go barnstorming across the country. Requiring subsidized institutions to fulfil standards of good employment can also impose burdens that demand compensation.

Chapter 8 – Culture and competition

At first sight, the relationship between cultural subsidies and European competition law is not particularly problematic. Although Article 107 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) states that state aid, like subsidy, is incompatible with the internal market of the European Union and therefore unlawful, a derogation is made in paragraph 3 for state aid to promote culture and cultural heritage conservation where such aid does not affect trading conditions and competition in the Union to an extent that is contrary to the common interest. Both the Treaty of the European Union (TEU) and the TFEU assume that art and culture do not merely have economic value; providing subsidy therefore should be possible.

In practice, most aid given to cultural institutions falls outside the scope of state aid, either because it does not meet all the criteria or the cultural derogation applies. Subsidized cultural institutions may carry out economic activities as long as those activities remain subordinate to the cultural activities. The scope of the derogation however partly depends on national cultural policy. It matters whether the government regards cultural institutions as regular businesses or as institutions that add cultural value. The European Commission has laid down an assessment framework in the General Block Exemption Regulation (GBER). According to the commission, state aid that meets this standard can be qualified as aid for a cultural purpose. Although the European Union is not entitled to regulate national cultural policy and the GBER only concerns the exemption from compulsory registration of state aid, it is likely to have a broader impact on national cultural policy. Acting in accordance with the GBER means that the government is ‘safe’ to subsidize cultural institutions. Should the government however regard cultural policy as an extension of its economic policy, the character of its subsidy would alter.

This means that the Minister of Culture is bound by the law in two ways: he is not entitled to impose improper obligations on cultural institutions that apply for subsidy (chapter 7) and he must continue to distinguish cultural institutions as institutions that carry out cultural, non-economic activities.

Conclusion

In order to find an answer to my central research question, I have made an ethical and legal analysis of the economization of cultural policy. From an ethical perspective, economization is no threat to the legitimacy of cultural policy as long as the economic value of art and culture does not displace their cultural value. If the economic value were to become dominant however, economization would pose a threat to the principles and cultural rights that underlie cultural policy.

From a legal perspective, the law itself does not prohibit economization. The government may use economic arguments just as it relies on cultural rights and principles to legitimize its policy. These rights and principles are not legally enforceable. When carrying out policy, the government is restricted however by subsidy and competition law. In that regard the government must bear in mind that aid for cultural purposes is permitted and cultural institutions therefore should be distinguished from regular economic businesses.

Bibliografie

Literatuur

Adams 2003

L.H.J. Adams, 'Vrijheid en gelijkheid bij Ronald Dworkin', in: *Vrijheid en gelijkheid: de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen: Maklu 2003, p. 115-146 (online publiek).

Adams & Witteveen 2014

L.H.J. Adams & W.J. Witteveen, 'Drie dimensies van de rechtsstaat', *NJB* 2014/1017.

Albers 2009

H.S.J. Albers, 'Vijf keer televisie, films en boeken - het cultuurbelang in het Gemeenschapsrecht anno 2009', *NtEr* 2009/8-9, p. 261-274.

Ankersmit 2012

F. Ankersmit, 'Het neoliberalisme brengt ons terug naar de middeleeuwen', in: T. Reijngoud (red.), *Weten is meer dan meten. Spraakmakende opinieleiders over de economisering van de samenleving*, Hilversum: Uitgeverij Lias 2012, p. 142-151.

Appiah 2006

K.A. Appiah, *Cosmopolitanism. Ethics in a world of strangers*, New York: W.W. Norton & Company 2006.

Barkhuysen e.a. 2009

T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & W.J.M. Voermans (red.), *De Nederlandse Grondwet geëvalueerd*, Alphen aan de Rijn: Kluwer 2009.

Becker & Kalma 2016

F. Becker & P. Kalma, *Kunst of koopwaar. Hoe de cultuurpolitiek uit Nederland verdween*, Amsterdam: Van Genneep 2016.

Benhadi 2014

R. Benhadi, 'De normering van topinkomens bij gesubsidieerde instellingen', *Tijdschrift voor Praktisch bestuursrecht* 2014/142.

Bergman 2011

A.C. Bergman, 'Europees filmbeleid', *NJB* 2011/1762.

Berlin (1958) 2010

I. Berlin, *Twee opvattingen van vrijheid*, Amsterdam: Boom kleine klassieken 2010 (*Two concepts of liberty* 1958).

Blokland 1995

H.T. Blokland, 'The politics of the value of culture', in: *Boekmancahier* 1995/26, p. 444-447.

Blokland 1997

H.T. Blokland, *Publiek gezocht. Essays over cultuur, markt en politiek*, Amsterdam: Boom 1997.

Blokland 2006

H.T. Blokland, *Modernization and its political consequences. Weber, Mannheim and Schumpeter*, New Haven: Yale University Press 2006 (*De modernisering en haar politieke gevolgen: Weber, Mannheim en Schumpeter* 2001).

Blokland 2007

H.T. Blokland, 'De regering is oordelaar van wetenschap en kunst', *Metropolis M: Tijdschrift over Hedendaagse Kunst*, 2007/6.

Blokland 2010

H.T. Blokland, 'Nawoord', in: I. Berlin, *Twee opvattingen van vrijheid*, Amsterdam: Boom kleine klassieken 2010, p. 87-111.

Bokhorst 2014

A.M. Bokhorst, *Bronnen van legitimiteit. Over de zoektocht van de wetgever naar zeggenschap en macht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

Bourdieu 2006

P. Bourdieu, *The social structures of the economy*, Cambridge: Polity Press 2006.

Bourdieu (1984) 2010

P. Bourdieu, *Distinction*, London: Routledge Classics 2010.

Bovenberg & Van de Klundert 1999

L. Bovenberg & Th. van de Klundert, 'Normen en waarden in de economie', in: Th. van de Klundert (red.), *Economisering van de samenleving* (congresbundel), Tilburg: Centrum voor Wetenschap en Levensbouw 1999.

Bovend'Eert e.a. 2009

P.P.T. Bovend'Eert e.a., *Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden. Tekst & commentaar*, Deventer: Kluwer 2009.

Van den Broek 2012

A. van den Broek, 'Cultuur tussen collectieve verantwoordelijkheid en consumentensoevereiniteit', in: V. Veldheer e.a. (red.), *Een beroep op de burger. Minder verzorgingsstaat, meer eigen verantwoordelijkheid. Sociaal en cultureel rapport 2012*, Den Haag: november 2012 (online publiek).

Bunnik 2016

C. Bunnik, *Naar waarde gewogen. Een nieuw model voor kwaliteitsbeoordeling bij de toekenning van cultuursubsidies*, Amsterdam: Boekmanstichting 2016.

Cliteur & Ellian 2016

P. Cliteur & A. Ellian, *Legaliteit en legitimiteit. De grondslagen van het recht*, Leiden: Leiden University Press 2016.

Dimaggio 1982

P. Dimaggio, 'Cultural entrepreneurship in nineteenth-century Boston: the creation of an organizational base for high culture in America', *Media, Culture and Society* 1982(4), p. 33-50 (online publiek).

Dommering 2007, NJ 2008/443

E.J. Dommering, annotatie bij EHRM 22 oktober 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:1022JUD002127902 (*Lindon e.a./Frankrijk*), NJ 2008/443.

Dommering 2016

E.J. Dommering, *Het verschil van mening. Geschiedenis van een verkeerd begrepen idee*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 2016.

Donders 2010

Y.M. Donders, 'Do cultural diversity and human rights make a good match?', *International Social Science Journal* 2010/61, p. 15-35.

Dworkin (1977) 2013

R.M. Dworkin, *Taking rights seriously*, London: Bloomsbury 2013.

Eijsbouts e.a. 2015

W.T. Eijsbouts, J.H. Jans, A. Prechal & L.A.J. Senden, *Europees Recht - Algemeen deel*, Groningen: Europa Law Publishing 2015.

Elchardus 2002

M. Elchardus, *De dramademocratie*, Tiel: Uitgeverij Lannoo 2002.

Elchardus 2015

M. Elchardus, 'Mijn vrijheid is van ons', in: R. Cuperus & M. Hurenkamp (red.), *Omstreden vrijheid*, Amsterdam: Uitgeverij Van Genneep 2015.

Elshout 2016

D.J. Elshout, *De moderne museumwereld in Nederland. Sociale dynamiek in beleid, erfgoed, markt, wetenschap en media* (diss. UvA) (online publiek).

Fallon 2005

R.H. Fallon, 'Legitimacy and the Constitution', *Harvard Law Review*, 2005, vol. 118, p. 1787-1853.

Florida 2004

R. Florida, *The rise of the creative class... and how it's transforming work, leisure, community & everyday life*, New York: Basis Books 2004.

Frankema 2000

E.H.P. Frankema, *Het rationaliteitsbegrip van Max Weber. Over het vrijheidsprobleem van de moderne mens*, Groningen: *Acta philosophica Groningana* 2000, nr. 30 (online publiek).

Frey 1995

B.S. Frey, 'The economics of art is definitely worthwhile', in: *Boekmancahier* 1995/26, p. 449-454.

Fuller 1969

L.L. Fuller, *The morality of law*, New Haven: Yale University Press 1969 (eerste druk verschenen in 1964).

Gerards 2011

J.H. Gerards, *EVRM – Algemene beginselen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

Gerards, EHRC 2012/152

J.H. Gerards, annotatie bij EHRM 1 augustus 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0510JUD002532903 (*Frăsilă en Ciocîrlan/Roemenië*), EHRC 2012/152.

Gerards 2016

J.H. Gerards, 'De rechtskracht van niet-bindende uitspraken van verdragscomités op het terrein van de grondrechten', in: J.H. Gerards, M.W. Scheltema & A.R. Neerhof, *Hybride bestuursrecht* (preadviezen VAR Vereniging voor bestuursrecht), Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 11-85.

Gielen & Lijster 2015

P.J.D. Gielen & T.E. Lijster, 'Culture: the substructure for a European common', in: P.J.D. Gielen (red.), *No culture, no Europe. On the foundation of politics*, Amsterdam: Valiz 2015, p. 19-64.

De Grauwe 1990

P. de Grauwe, *De Nachtwacht in het donker. Over kunst en economie*, Tiel: Uitgeverij Lannoo 1990.

De Groot e.a. 2014

B. de Groot, Q.L. van den Hoogen, B.J. Langenberg, T.A. Schiphof & W. Snijder (red.), *Cultuurbeleid. Digitaal handboek voor de kunst- en cultuursector*, Amsterdam: Reed Business 2014 (online publiek, catalogus.boekman.nl).

De Haan/Schlössels & Zijlstra 2010

R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *De Haan/Drupsteen/Fernhout. Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010.

De Haan/Schlössels & Zijlstra 2017

R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *De Haan/Drupsteen/Fernhout. Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat (onderwijseditie)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Hagoort 2007

G. Hagoort, *Cultureel ondernemerschap. Over het onderzoek naar de vrijheid van kunst maken en de vrijheid van ondernemen* (oratie), Utrecht: Hogeschool voor de Kunsten 2007.

Hagoort 2011

G. Hagoort, 'Cultureel ondernemerschap. Balanceren tussen verbeeldingskracht en klinkende munt', in: A. Schramme (red.), *Cultuurmanagement. De regels van de kunst*, Leuven: Uitgeverij LannooCampus 2011.

Hanania 2016

L.R. Hanania, 'The UNESCO Convention on the diversity of cultural expressions as a coordination framework to promote regulatory coherence in the creative economy', *International Journal of Cultural Policy* 2016, vol. 22, p. 547-593.

Hardy 2016

E.M.J. Hardy, 'De kunst van het subsidiëren. Rechtsbescherming in tenderprocedures: over belanghebbendheid en inzagerecht', *JBplus* 2016/18.

Harel 2015

A. Harel, *Why law matters*, Oxford: Oxford University Press 2015.

Hessel 2014

B. Hessel, 'De veranderingen in de Procedureverordening en de Machtigingsverordening. Belangrijke opstappen naar 2014', *Tijdschrift voor staatssteun* 2014/1, p. 17-21.

Hessel & Vidal 2014

B. Hessel & M. Vidal, 'De nieuwe Algemene groepsvrijstellingsverordening voor staatssteun (deel I)', *Gst.* 2014, 99.

Hinde & Dixon 2007

S. Hinde & J. Dixon, 'Reinstating Pierre Bourdieu's contribution to cultural economy theorizing', *Journal of Sociology* 2007, volume 43(4), p. 401-420.

Hins 2016

A.W. Hins, 'Mediavrijheid onder toezicht', *AA* 2016/09, p. 606-613.

Hoefnagel & Reinders 1983

F.J.P.M. Hoefnagel & A. Reinders, *Kunst, kunstbeleid en administratief recht* (preadvies Vereniging voor Administratief Recht), Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1983.

Hoekema & Van Manen 1994

A.J. Hoekema & N.F. van Manen, *Typen van legaliteit*, Deventer: Kluwer 1994.

Hofmann & Micheau 2016

H.C.H. Hofmann & C. Micheau, *State Aid Law of the European Union*, New York: Oxford University Press 2016.

Van Hoof 1998

G.J.H. van Hoof, 'De praktische betekenis van economische, sociale en culturele rechten van de mens in Nederland?', in: M.K.C. Arambulo, A.P.M. Coomans & B.C.A. Toebe (red.), *De betekenis van economische, sociale en culturele rechten in de Nederlandse rechtsorde*, Leiden: Stichting NJCM-boekerij 1998, p. 7-20.

Houdijk 2009

J.C.A. Houdijk, *Publieke belangen in het mededingingsrecht: een onderzoek in vijf domeinen* (diss.), Deventer: Kluwer 2009.

Jones & Sufrin 2014

A. Jones & B. Sufrin, *EU competition law. Text, cases, and materials* (5th ed.), Oxford: Oxford University Press 2014.

Kanning & Kerkmeester 2008

W. Kanning & H.O. Kerkmeester (red.), *Economie en recht*, Groningen: Noordhoff Uitgevers 2008.

Kelk 1990

C. Kelk, 'Rechtsbeginselen en het gezondheidsrecht', *Tijdschrift voor gezondheidsrecht* 1990(2).

Klamer 1996

A. Klamer, 'The value of culture', in: A. Klamer (ed.), *The value of culture. On the relationship between economics and arts*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1996, p. 13-29.

Klamer 2011a

A. Klamer, 'Cultural entrepreneurship', *Rev Austrian Econ* 2011, p. 141-156 (online publiek).

Klamer 2011b

A. Klamer, 'Kunstenaars als culturele ondernemers', in: *De kunstenaar een ondernemer?*, Leuven: LannooCampus Uitgeverij 2011.

Klamer 2016

A. Klamer, *Doing the right thing. A value based economy*, Hilversum: SEC 2016.

Van Klink 2005

P. van Klink, *Kunsteconomie in nieuw perspectief*, Groningen: K's Concern 2005.

Kuhlke, Schramme & Kooyman 2015

O. Kuhlke, A. Schramme & R. Kooyman, 'Cultural entrepreneurship as an academic discipline and professional practice', in: O. Kuhlke, A. Schramme & R. Kooyman (red.), *Creating cultural capital. Cultural entrepreneurship in theory, pedagogy and practice*, Delft: Eburon Academic Press 2015, p. 5-20.

Kuypers 1999

P. Kuypers, *Het vloeiend universum van de staat. Een beschouwing over de leerstellingen van Staatssecretaris Rick van der Ploeg* (oratie), Den Haag: Vereniging Kunsten '92 1999.

Langenberg 1995

B.J. Langenberg, 'The value of culture is not beyond measure', in: *Boekmancahier* 1995/26, p. 455-459.

Lawson 1995

R.A. Lawson, 'Positieve verplichtingen onder het EVRM: opkomst en ondergang van de 'fair balance'-test – deel II', *NJCM-Bulletin* 20(6) (1995), p. 727-750.

Leijten 2016

A.E.M. Leijten, 'De invloed van niet-rechtstreeks werkende grondrechtelijke verdragsbepalingen en de wetgever', *RegelMaat* 2016, p. 265-280.

Löfgren 2016

M. Löfgren, 'On the public value of arts and culture', in: K. Dalborg & M. Löfgren (ed.), *Perspectives on cultural leadership* (The Fika Project), Livonia Print 2016.

Lounsbury & Glynn 2001

M. Lounsbury & M.A. Glynn, 'Cultural entrepreneurship: stories, legitimacy, and the acquisition of resources', *Strategic Management Journal*, 22 (2001), p. 545-564.

McGoldrick 2007

D. McGoldrick, 'Culture, cultures, and cultural rights', in: M.A. Baderin & R. McCorquodale (red.), *Economic, social and cultural rights in action*, Oxford: Oxford University Press 2007, p. 447-473.

Mertens 2012

T. Mertens, *Mens en mensenrechten. Basisboek rechtsfilosofie*, Amsterdam: Boom 2012.

Mohammad & Al Khatib, AB 2017/387

A.H.A. Mohammad & A.A. al Khatib, annotatie bij HvJ EU 27 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:496, AB 2017/387.

Nehmelman & Noorlander 2013

R. Nehmelman & C.W. Noorlander, *Horizontale werking van grondrechten*, Deventer: Kluwer 2013.

Nieuwenhuis & Koning 2010

A.J. Nieuwenhuis & S. Koning, 'Kunst in Straatsburg. Een analyse van de jurisprudentie van het EHRM', *Mediaforum* 2010/3, p. 70-78.

Nollkaemper 2014

A. Nollkaemper, *Kern van het internationaal publiekrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

Nussbaum 2015

M.C. Nussbaum, *Mogelijkheden scheppen. Een nieuwe benadering van de menselijke ontwikkeling*, Amsterdam: Ambo|Anthos uitgevers 2015 (*Creating capabilities. The human development approach* 2012).

Oosterbaan Martinius 1990

W. Oosterbaan Martinius, *Schoonheid, welzijn, kwaliteit. Kunstbeleid en verantwoording na 1945*, Den Haag: SDU 1990.

Den Ouden e.a. 2011

W. den Ouden, M.J. Jacobs & N. Verheij, *Subsidierecht* (Mastermonografieën staats- en bestuursrecht), Deventer: Kluwer 2011.

Den Ouden, AB 2016/31

W. den Ouden, annotatie bij ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3563, AB 2016/31.

Pang 2015

L. Pang, 'Art and cultural industries: autonomy and community', in: K. Oakley & J. O'Connor (ed.), *The Routledge companion to the cultural industries*, London: Routledge Taylor & Francis Group 2015, p. 45-55.

Peters 2017

J.A.F. Peters, 'De ledigheid van de publieke taak', *AA* 2017/2, p. 104-112.

Van der Pot/Elzinga e.a. 2014

D.J. Elzinga, R. de Lange & H.G. Hoogers, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Pots 2010

R. Pots, *Cultuur, koningen en democraten. Overheid & cultuur in Nederland*, Amsterdam: Boom 2010.

Pronk 1992

T. Pronk, 'De grondwet als culturele opdrachtgever', in: T. Pronk & G.A.I. Schuijt (red.), *Hoe vrij is de kunst? Onderdrukking, censuur en andere beperkingen aan de vrijheid van expressie*, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 1992, p. 86-93.

Psychogiopoulou 2006

E. Psychogiopoulou, 'EC State Aid Control and Cultural Justifications', *Legal Issues of Economic Integration* 2006/33, p. 3-28.

Raaijmakers 2005

M.J.G.C. Raaijmakers, 'Vrijheid van ondernemerschap en 'bruikbaar ondernemingsrecht'. Alternatieven voor formele wetgeving in het ondernemingsrecht?', in: S.H.M.A. Dumoulin, M.J.G.C. Raaijmakers & A.J.S.M. Tervoort (red.), *Tussen Themis en Mercurius. Bedrijfsjuridische bijdragen aan een Europese beleidsconcurrentie ter gelegenheid van het 75-jarig bestaan van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen*, Deventer: Kluwer 2005.

Raes 1992

K. Raes, 'De herregulering van het cultuurpolitieke veld', in: D. Driels (red.), *Schoonheid, smaak en welbehagen. Kunst en culturele politiek*, Antwerpen: Dedalus 1992, p. 98-137.

Reijngoud 2012

T. Reijngoud (red.), *Weten is meer dan meten. Spraakmakende opinieleiders over de economisering van de samenleving*, Hilversum: Uitgeverij Lias 2012.

De Ru 1987

H.J. de Ru, *Staat, markt en recht. De gevolgen van privatisering voor het publiekrecht*, Zwolle: H.E.J. Tjeenk Willink 1987.

Saenen 2016

N. Saenen, 'Staatssteun. Wat is dat?', *NtEr* 2016/9, p. 311-318.

Sandel 2012

M.J. Sandel, *Niet alles is te koop. De morele grenzen van marktwerking*, Utrecht: Uitgeverij Ten Have 2012 (*What money can't buy. The moral limits of markets* 2012).

Sandel 2013

M.J. Sandel, *Rechtvaardigheid. Wat is de juiste keuze?*, Utrecht: Uitgeverij Ten Have 2013 (*Justice. What's the right thing to do?* 2009).

Sandel 2016

M.J. Sandel, *Politiek en moraal. Filosofie voor het publieke debat*, Utrecht: Uitgeverij Ten Have (*Public philosophy; Essays on Morality in Politics* 2005).

Schiphof 1992

T.A. Schiphof, 'Onder verdenking: de overheid en het theater', in: T. Pronk & G.A.I. Schuijt (red.), *Hoe vrij is de kunst? Onderdrukking, censuur en andere beperkingen aan de vrijheid van expressie*, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 1992, p. 31-42.

Simmons 1979

A.J. Simmons, *Moral principles and political obligations*, New Jersey: Princeton University Press 1979.

Simmons 1999

A.J. Simmons, 'Justification and legitimacy', *Ethics* vol 109, 1999/4, p. 739-771.

Strengers 2008

C.M. Strengers, 'Het EHRM en zijn angstvallige houding ten aanzien van de artistieke expressie', *NJB* 2008/746.

Throsby 2010

D. Throsby, *The economics of cultural policy*, Cambridge: Cambridge University Press 2010.

Throsby 2015

D. Throsby, 'The cultural industries as a sector of the economy', in: K. Oakley & J. O'connor (ed.), *The Routledge companion to the cultural industries*, London: Routledge Taylor & Francis Group 2015, p. 56-69.

Towse 2011

R. Towse (ed.), *A handbook of cultural economics* (2nd ed.), Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2011.

Verplaetse & Delmotte 2017

J. Verplaetse & C. Delmotte, *Beginselen van samenleven. Handboek ethiek en rechtsfilosofie*, Antwerpen: Maklu 2017.

Vlemminx 1990

F.M.C. Vlemminx, 'De wissel tussen wetgeving en willekeur', *NTB* 1990(7), p. 200-208.

Vlemminx 1994

F.M.C. Vlemminx, *Het profiel van de sociale grondrechten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Vlemminx 1998

F.M.C. Vlemminx, 'De Nederlandse rechter en economische, sociale en culturele rechten', in: M.K.C. Arambulo, A.P.M. Coomans & B.C.A. Toebes (red.), *De betekenis van economische, sociale en culturele rechten in de Nederlandse rechtsorde*, Leiden: Stichting NJCM-boekerij 1998, p. 71-90.

Van der Vlies 1984

I.C. van der Vlies, *Het wetsbegrip en beginselen van behoorlijke regelgeving. De verandering van het legaliteitsbeginsel in de twintigste eeuw*, Den Haag: Vuga uitgeverij 1984.

Van der Vlies 2012

I.C. van der Vlies (red.), *Kunst, recht en geld*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

Van der Vlies 2017

I.C. van der Vlies (red.), *Kunst, recht en beleid* (derde druk), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2017.

De Vries 2001

S.A. de Vries, 'Cultuur en mededinging: harmonie of dissonantie?', in: J.W. van de Gronden & K.J.M. Mortelmans, *Mededinging en niet-economische belangen. Mededingingsmonografieën deel 3*, Deventer: Kluwer 2001 (online publiek).

Westerman 2008

P.C. Westerman, 'Hoofdstuk 3. Normering via doelstelling: zorgplichten', in: P.C. Westerman & A.R. Mackor, *Vormen van (de?)regulering*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 51-72.

Westerman 2012

P.C. Westerman, *Recht als raadsel. Een inleiding in de rechtsfilosofie*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2012.

Williams (1976) 1983

R.H. Williams, *Keywords. A vocabulary of culture and society*, New York: Oxford University Press 1983.

Winsemius 1999

A. Winsemius, *De overheid in spagaat. Theorie en praktijk van het Nederlandse kunstbeleid*, Amsterdam: Thela Thesis 1999.

Witteveen 2014

W.J. Witteveen, *De wet als kunstwerk. Een andere filosofie van het recht*, Amsterdam: Boom 2014.

Parlementaire stukken

d'Ancona 1990

Toegankelijkheid en behoud van het museale erfgoed (Beleidsnota van de Minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur), *Kamerstukken II* 1990/91, 21 973, nr. 2.

d'Ancona 1992

Investeren in cultuur. Nota cultuurbeleid 1993-1996 (Beleidsnota van de Minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur), bijlage bij *Kamerstukken II* 1991/92, 22 602, nr. 1 (online publiek, catalogus.boekman.nl).

Brinkman 1985

Notitie cultuurbeleid (Beleidsnota van de Minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur), *Kamerstukken II* 1984/85, 18 990, nr. 2.

Brinkman 1987

Plan voor het kunstbeleid 1988-1992 (Beleidsnota van de Minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur), *Kamerstukken II* 1987/88, 20 263, nr. 2.

Brinkman 1989

WVC en het totstandkomen van een EG-Interne Markt (Beleidsnota van de Minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur en de Staatssecretaris van Buitenlandse Zaken), *Kamerstukken II* 1989/90, 20 596, nr. 19.

Bussemaker 2013a

Cultuur beweegt. De betekenis van cultuur in een veranderende samenleving (Beleidsnota van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap), *Kamerstukken II* 2012/13, 32 820, nr. 76.

Bussemaker 2013b

Museumbrief. Samen werken, samen sterker (Beleidsnota van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap), bijlage bij *Kamerstukken II* 2013/13, 32 820, nr. 77.

Bussemaker 2013c

Brief van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap van 13 december 2013, *Kamerstukken II* 2013/14, 32 820, nr. 98.

Bussemaker 2014a

Cultuur verbindt: een ruime blik op cultuurbeleid (Beleidsnota van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap), *Kamerstukken II* 2013/2014, 32 820, nr. 110.

Bussemaker 2014b

Talentontwikkeling in het cultuurbeleid (Beleidsnota van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap), *Kamerstukken II* 2013/14, 32 820, nr. 111.

Bussemaker 2015

Ruimte voor cultuur. Uitgangspunten cultuurbeleid 2017-2020 (Beleidsnota van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap), bijlage bij *Kamerstukken II* 2014/15, 32 820, nr. 134.

Bussemaker 2016a

Besluiten culturele basisinfrastructuur 2017-2020 (Beleidsnota van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap), *Kamerstukken II* 2016/17, 32 820, nr. 211.

Bussemaker 2016b

Brief van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap van 31 mei 2016, *Kamerstukken II* 2015/16, 29 544, nr. 721.

Bussemaker 2017

Brief van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap van 1 maart 2017, *Kamerstukken II* 2016/17, 29 544, nr. 774.

Cultuur in beeld 2014

Cultuur in beeld 2014, bijlage bij *Kamerstukken II* 2014/15, 32 820, nr. 124.

Cultuur in beeld 2015

Cultuur in beeld 2015, bijlage bij *Kamerstukken II* 2015/16, 32 820, nr. 175.

Van Engelshoven 2018

Cultuur in een open samenleving (Beleidsnota van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap), bijlage bij *Kamerstukken II* 2017/18, 32 820, nr. 221.

EZ/OCW 2005

Ons creatieve vermogen. Brief cultuur en economie (Beleidsnota van de Minister en Staatssecretaris van Economische Zaken en de Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap), bijlage bij *Kamerstukken II* 2005/06, 27 406, nr. 57.

EZ/OCW 2009

Waarde van creatie. Brief Cultuur en Economie 2009 (Beleidsnota van de Minister en Staatssecretaris van Economische Zaken en de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap), bijlage bij *Kamerstukken II* 2009/10, 27 406, nr. 154.

EZ/OCW 2015

Kabinetsreactie op het briefadvies 'De waarde van creativiteit' (Beleidsnota van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap en de Minister van Economische Zaken), bijlage bij *Kamerstukken II 2015/16*, 32 637, nr. 214 (online publiek, www.creatieveindustrieinbeeld.nl).

Hirsch Ballin 2008

Vertrouwen in wetgeving (Beleidsnota van de Minister van Justitie), *Kamerstukken II 2008/09*, 31 731, nr. 1.

Van der Laan 2003a

Brief van de Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen van 1 juli 2003, *Kamerstukken II 2002/03*, 28 989, nr. 1.

Van der Laan 2003b

Beleidsbrief cultuur 2004-2007 (Beleidsnota van de Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen), *Kamerstukken II 2003/04*, 29 314, nr. 1.

Van der Laan 2004

Meer dan de som. Cultuurnota 2005-2008 (Beleidsnota van de Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen), bijlage bij *Kamerstukken II 2004/05*, 28 989, nr. 10.

Nuis 1996

Pantser of ruggengraat. Cultuurnota 1997-2000 (Beleidsnota van de Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen), bijlage bij *Kamerstukken II 1996/97*, 25 013, nr. 1.

Plasterk 2007

Kunst van leven. Hoofdlijnen cultuurbeleid (Beleidsnota van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap), bijlage bij *Kamerstukken II 2006/07*, 28 989, nr. 44.

Plasterk 2008a

Brief van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap van 10 juni 2008, *Kamerstukken II 2007/08*, 28 989, nr. 80.

Plasterk 2008b

Brief van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap van 16 september 2008, *Kamerstukken II 2008/09*, 31 482, nr. 16.

Van der Ploeg 1998

Brief van de Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen van 2 november 1998, *Kamerstukken II 1998/99*, 26 200-VIII, nr. 8.

Van der Ploeg 1999a

Cultuur als confrontatie – uitgangspunten voor het cultuurbeleid in de periode 2001-2004 (Beleidsnota van de Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen), *Kamerstukken II 1998/99*, 26 591, nr. 1.

Van der Ploeg 1999b

Cultureel ondernemerschap (Beleidsnota van de Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen), *Kamerstukken II* 1999/00, 26 858, nr. 1.

Regeerakkoord 1982

Brief van de informateur van 30 oktober 1985, bijlage bij *Kamerstukken II* 1982/83, 17 555, nr. 7.

Regeerakkoord 2007

Brief van de informateur van 7 februari 2007, *Kamerstukken II* 2006/07, 30 891, nr. 4.

Regeerakkoord 2010

Brief van de informateur van 7 oktober 2010, *Kamerstukken II* 2010/11, 32 417, nr. 15.

Regeerakkoord 2017

Vertrouwen in de toekomst. Regeerakkoord 2017-2021, bijlage bij *Kamerstukken II* 2017/18, 34 700, nr. 34.

Zijlstra 2010

Brief van de Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap van 6 december 2010, *Kamerstukken II* 2010/11, 32 500-VIII, nr. 75.

Zijlstra 2011

Meer dan kwaliteit: een nieuwe visie op cultuurbeleid (Beleidsnota van de Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap), *Kamerstukken II* 2010/11, 32 820, nr. 1.

Rapporten

Commissie Behoorlijk Bestuur 2013

Commissie Behoorlijk Bestuur, *Een lastig gesprek*, bijlage bij *Kamerstukken II* 2013/13, 28 479, nr. 68.

Cultuurprofijt 2008

Commissie Cultuurprofijt, *Advies Meer draagvlak voor cultuur*, *Kamerstukken II* 2007/08, 28 989, nr. 65.

Dijkstal 2007

Adviescommissie rechtspositie politieke ambtsdragers (commissie-Dijkstal), *Normeren en waarden*, Breda: Koninklijke Broese & Peereboom 2007.

Bijlage bij *Kamerstukken II* 2006/07, 28 479, nr. 32.

EC 2013

Europese Commissie, *Gids voor de toepassing van de EU-regels inzake staatssteun, overheidsopdrachten en de eengemaakte markt op diensten van algemeen economisch belang, en met name sociale diensten van algemeen belang* (Werkdocument van de diensten van de Commissie) (online publiek).

EC 2016

Europese Commissie, ‘Mededeling van de Commissie betreffende het begrip “staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie’, *PbEU* 2016, C 262/1 (online publiek).

Erfgoedinspectie 2015

Erfgoedinspectie, *Rapport inspectie Wereldmuseum* (online publiek).

FRA 2015

European Union Agency for Fundamental Rights, *Freedom to conduct a business: exploring the dimensions of a fundamental right* (online publiek).

KEA 2006

KEA, *The economy of culture in Europe. Study prepared for the European Commission (Directorate-General for Education and Culture)* (online publiek).

Koffeman 2010

N.R. Koffeman, *(The right to) personal autonomy in the case law of the European Court of Human Rights* (online publiek).

Kunsten '92 2015

Kunsten '92, *Binnenste buiten. Over de achterkant van het cultuurbeleid* (online publiek).

Luiten 2015

G. Luiten, *Onderzoek Wereldmuseum Rotterdam* (online publiek).

Museumvereniging 2014

Museumvereniging, *Musea voor mensen*, Amsterdam: Museumvereniging 2014 (online publiek).

Raad van Europa 2011

Council of Europe/European Court of Human Rights, *Cultural rights in the case-law of the European Court of Human Rights*, 2011 (online publiek).

Raad voor cultuur 2004

Raad voor cultuur, *Cultuur voor culturen. Beleidsvisie voor de cultuurnota 2001-2004* (online publiek).

Raad voor cultuur 2011

Raad voor cultuur, *Advies bezuinigingen cultuur 2013-2016. Noodgedwongen keuzen* (online publiek).

Raad voor cultuur 2012

Raad voor cultuur, *Slagen in cultuur. Culturele basisinfrastructuur 2013-2016* (online publiek).

Raad voor cultuur 2015

Raad voor cultuur, *Agenda Cultuur. 2017-2020 en verder* (online publiek).

Raad voor cultuur & Awti 2015

Raad voor cultuur & Adviesraad voor wetenschap, technologie en innovatie, *De waarde van creativiteit* (online publiek).

Raad voor cultuur 2016a

Raad voor cultuur, *Culturele basisinfrastructuur 2017-2020* (online publiek).

Raad voor cultuur 2016b

Raad voor cultuur, *Advies verbeteren arbeidsmarktpositie kunstenaars* (online publiek).

Raad voor cultuur & SER 2016

Raad voor cultuur & Sociaal-Economische Raad, *Verkenning arbeidsmarkt culturele sector* (online publiek).

Raad voor cultuur 2017

Raad voor cultuur, *Cultuur voor stad, land en regio. De rol van stedelijke regio's in het cultuurbestel* (verkenning toekomst cultuurbeleid) (online publiek).

Raad voor cultuur 2018

Raad voor cultuur, *In wankel evenwicht. Sectoradvies musea* (online publiek).

Rekenkamer 2014

Algemene Rekenkamer, *Bestuur op afstand. Vier factsheets over de organisatie van publieke dienstverlening door instellingen op afstand van het Rijk*, bijlage bij Kamerstukken II 2013/14, 31 490, nr. 142.

Rekenkamer Rotterdam 2015

Rekenkamer Rotterdam, *Werelden van verschil. Onderzoek naar verzelfstandigingsafspraken Wereldmuseum* (online publiek).

SCP 1986

Sociaal en cultureel planbureau, *Advies cultuurwetgeving. Cultuurbeleid in historisch, beleidsanalytisch en juridisch perspectief*, Den Haag: Distributiecentrum overheidspublicaties 1986.

UNESCO 2009

United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, *2009 UNESCO framework for cultural statistics*, Montreal: UNESCO Institute for Statistics 2009 (online publiek).

VN 1994

Human Rights Committee, *General comment no. 23*, 1994.

VN 2005

Committee on Economic, Social and Cultural Rights of the United Nations, *General comment no. 17*, 2005.

VN 2009a

Committee on Economic, Social and Cultural Rights of the United Nations, *General comment no. 20*, 2009.

VN 2009b

Committee on Economic, Social and Cultural Rights of the United Nations, *General comment no. 21*, 2009.

VN 2017

Committee on Economic, Social and Cultural Rights of the United Nations, *General comment no. 24*, 2017.

WRR 1992

F.J.P.M. Hoefnagel, *Cultuurpolitiek: het mogen en moeten. De juridische en politiek-ideële aspecten van de bemoeienis van de Nederlandse rijksoverheid met de cultuur*, Den Haag: SDU Uitgeverij 1992 (online publiek).

WRR 2000

M. Scheltema e.a., *Het borgen van publiek belang*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2000 (online publiek).

WRR 2002

M. Scheltema e.a., *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002 (online publiek).

WRR 2009

F.J.P.M. Hoefnagel, *Een nieuwe toekomst voor het cultuurbeleid*, Den Haag 2009 (online publiek).

WRR 2010

H. Dijkstra, P. den Hoed, J.W. Holtslag & S. Schouten (red.), *Het gezicht van de publieke zaak. Openbaar bestuur onder ogen*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2010 (online publiek).

WRR 2015

E. Schrijvers, A.G. Keijzer & G. Engbersen (red.), *Cultuur herwaarderen*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2015 (online publiek).

Jurisprudentieregister

Europese Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 23 juli 1968, ECLI:CE:ECHR:1968:0723JUD000147462 (*Belgische taal*)

EHRM 7 december 1976, ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000549372 (*Handyside/Verenigd Koninkrijk*)

EHRM 17 oktober 1986, ECLI:CE:ECHR:1986:1017JUD000953281 (*Rees/Verenigd Koninkrijk*)

EHRM 24 mei 1988, ECLI:CE:ECHR:1988:0524JUD001073784 (*Müller e.a./Zwitserland*)

Bibliografie

- EHRM 20 september 1994, ECLI:CE:ECHR:1994:0920JUD001347087 (*Otto-Preminger-Instituut/Oostenrijk*)
- EHRM 25 november 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1125JUD001741990 (*Wingrove/Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 10 juli 1998, ECLI:CE:ECHR:1998:0710JUD002669595 (*Sidiropoulos e.a./Griekenland*)
- EHRM 8 juli 1999, ECLI:CE:ECHR:1999:0708JUD002316894 (*Karataş/Turkije*)
- EHRM 18 januari 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0118JUD002723895 (*Chapman/Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 29 april 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:0429JUD000234602 (*Pretty/Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 11 juni 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:0611JUD003604297 (*Willis/Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 13 september 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0913JUD004257198 (*I.A./Turkije*)
- EHRM 25 januari 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0125JUD006835401 (*Vereinigung Bildender Künstler/Oostenrijk*)
- EHRM 31 mei 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0531JUD000751004 (*Kontrová/Slowakije*)
- EHRM 22 oktober 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:1022JUD002127902 (*Lindon e.a./Frankrijk*)
- EHRM 13 november 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:1113JUD005732500 (*D.H. e.a./Tsjechië*)
- EHRM 17 september 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0917JUD001393602 (*Manole e.a./Moldavië*)
- EHRM 16 februari 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0216JUD004105604 (*Akdaş/Turkije*)
- EHRM 27 april 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0427JUD002713804 (*Ciubotaru/Moldavië*)
- EHRM 7 juni 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0607JUD003843309 (*Centro Europea 7 S.r.l. en Di Stefano/Italië*)
- EHRM 1 augustus 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0510JUD002532903 (*Frăsilă en Ciocîrlan/Roemenië*)

Hof van Justitie van de Europese Unie

- HvJ EG 13 juli 1966, 56 en 86/64, ECLI:EU:C:1966:41 (*Grundig/Consten*)
- HvJ EG 10 december 1968, 7/68, ECLI:EU:C:1968:51 (*Commissie/Italië*)
- HvJ EG 30 april 1974, 155/73, ECLI:EU:C:1974:40 (*Sacchi*)
- HvJ EG 20 februari 1979, 120/78, ECLI:EU:C:1979:42 (*Rewe-Zentral*)
- ¹ HvJ EG 17 september 1980, 730/79, ECLI:EU:C:1980:209 (*Philip Morris*)
- HvJ EG 5 mei 1982, 15/81, ECLI:EU:C:1982:135 (*Gaston Schul Douane*)
- HvJ EG 26 februari 1991, C-180/89, ECLI:EU:C:1991:78 (*Commissie/Italië*)
- HvJ EG 23 april 1991, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (*Höfner en Elser*)
- HvJ EG 18 juni 1991, C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254 (*ERT*)
- HvJ EG 25 juli 1991, C-288/89, ECLI:EU:C:1991:323 (*Stichting Collectieve antennevoorziening Gouda*)
- HvJ EG 9 juli 1992, C-2/90, ECLI:EU:C:1992:310 (*Commissie/ België*)
- HvJ EG 3 februari 1993, C-148/91, ECLI:EU:C:1993:45 (*Veronica Omroep organisatie*)
- HvJ EG 5 oktober 1994, C-23/93, ECLI:EU:C:1994:362 (*TV10*)
- HvJ EG 16 november 1995, C-244/94, ECLI:EU:C:1995:392 (*FFSA*)
- HvJ EG 24 oktober 1996, C-73/95, ECLI:EU:C:1996:405 (*Viho Europe*)
- HvJ EG 7 mei 1997, C-321-324/94, ECLI:EU:C:1997:229 (*Pistre e.a.*)
- HvJEG 2 april 1998, C-213/96, ECLI:EU:C:1998:155 (*Outokumpu Oy*)
- HvJ EG 18 juni 1998, C-35/96, ECLI:EU:C:1998:303 (*Commissie/Italië*)
- HvJ EG 21 januari 1999, C-215-216/96, ECLI:EU:C:1999:12 (*Bagnasco*)
- HvJ EG 24 juli 2003, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 (*Altmark*)
- HvJ EG 23 maart 2006, C-237/04, ECLI:EU:C:2006:197 (*Enirisorse*)
- HvJ EG 11 september 2007, C-76/05, ECLI:EU:C:2007:492 (*Schwarz en Gootjes-Schwarz*)

Bibliografie

HvJ EG 13 december 2007, C-250/06, ECLI:EU:C:2007:783 (*UPC Belgium*)
HvJ EG 5 maart 2009, C-222/07, ECLI:EU:C:2009:124 (*UTECA*)
HvJ EU 16 december 2010, C-137/09, ECLI:EU:C:2010:774 (*Josemans*)
HvJ EU 22 januari 2013, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28 (*Sky Österreich*)
HvJ EU 8 mei 2013, C-197 en 203/11, ECLI:EU:C:2013:288 (*Libert e.a.*)
HvJ EU 3 april 2014, C-559/12, ECLI:EU:C:2014:217 (*Frankrijk/Commissie*)
HvJ EU 18 december 2014, C-87/13, ECLI:EU:C:2014:2459 (*Staatssecretaris van Financiën/X*)
HvJ EU 27 juni 2017, C-74/16, ECLI:EU:C:2017:496 (*Congregación de Escuelas Pías*)

Gerecht van de Europese Unie

Gerecht EU 28 februari 2002, T-155/98, ECLI:EU:T:2002:53 (*CELF/SIDE*)
Gerecht EU 16 december 2010, T-231/06 en T-237/06, ECLI:EU:T:2010:525 (*NOS*)
Gerecht EU 12 september 2013, T-347/09, ECLI:EU:T:2013:418 (*Duitsland/Commissie*)

Hoge Raad

HR 28 november 1950, NJ 1951/137 (*APV Tilburg*)
HR 24 januari 1967, NJ 1967/270 (*Nederland ontwapent*)
HR 2 april 1968, ECLI:NL:HR:1968:AB3494, NJ 1968/373 (*Ezelproces*)

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

ABRvS 17 december 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AO0234 (*Martiniplaza*)
ABRvS 11 februari 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AO3350 (*Dutch Jazz Orchestra*)
ABRvS 22 januari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ7882
ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1245 (*Ouddorp Duin*)
ABRvS 25 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2348 (*Novadic-Kentron*)
ABRvS 20 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3095 (*MOTI*)
ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258 (*Holland Opera*)
ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3563 (*Utrechts Centrum voor de kunsten*)
ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1774 (*Cinop*)

Rechtbank

rb. Zwolle 15 oktober 1997, ECLI:NL:RBZWO:1997:AH7335 (*Sweet violence*)
rb. Amsterdam 17 september 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4679 (*Holland Opera*)
rb. Amsterdam 22 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3789
rb. Den Haag (vzr.) 3 april 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:9251 (*EYE Filmmuseum*)
rb. Amsterdam 6 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7276 (*LeineRoebana*)

