

# In het voetspoor van Thorbecke

## De verankering van het Thorbecke-adagium in recht en regelgeving

**Tjeerd Schiphof** Het Thorbecke-adagium dat de overheid geen oordelaar is van kunst, is stevig verankerd in het Nederlandse recht en de regelgeving. De specifieke regelgeving voor de kunst- en cultuursector en de meer algemene regelgeving, zoals de Grondwet, bepalen de reikwijdte en marges van het cultuurbeleid.

Deze bijdrage gaat over de juridische aspecten van het Thorbecke-adagium dat de overheid geen oordelaar is van wetenschap en kunst. Onder dit adagium versta ik het normatieve beginsel dat de overheid bij de inhoudelijke bemoeienis met kunst en kunstinstellingen terughoudendheid moet betrachten. De vraag is in hoeverre het Thorbecke-adagium is verankerd in het huidige recht en de regelgeving. De vervolgvraag is hoe groot de juridische marges voor het voeren van een kunst- en cultuurbeleid zijn als het om de inhoud gaat. De antwoorden op deze vragen moeten op verschillende plaatsen in het recht worden gezocht. Ik geef daarom een beknopte analyse van de relevante regelgeving en onderzoek de (on)mogelijkheden voor inhoudelijke overheidsbemoeienis met kunst en cultuur. In die analyse passeren zowel de bestuursrechtelijke regels voor advisering en rechtsbescherming de revue, als de

ontwikkelingen die voor regelgeving in het algemeen van belang zijn geweest. Ik ga er namelijk van uit dat de verwezenlijking van het Thorbecke-principe ook bevorderd wordt door heldere, procedurele regels. Naast de cultuurspecifieke regelgeving, de Wet op het specifiek cultuurbeleid, is ook de niet-specifieke regelgeving van belang voor de kunst- en cultuursector. Ik doel dan met name op verdragsbepalingen, de Grondwet en de Algemene wet bestuursrecht.

Alvorens over te gaan tot een analyse van de juridische aspecten van het Thorbecke-adagium is het nuttig iets te zeggen over regelgeving in het algemeen. Het gaat in regelgeving niet alleen om wat er geregeld mag worden, maar ook om wie er iets mag regelen en welke procedures er gevolgd moeten worden. Uitgangspunt in de Nederlandse rechtsstaat is dat het handelen van de overheid is gebaseerd op

de wet. De wet wordt vastgesteld door de wetgever, die bestaat uit de regering en het parlement. De regels die burgers binden, worden dus gesanctioneerd door de volksvertegenwoordiging: daarmee wordt voldaan aan de eisen van een democratie. Als we het bouwwerk van regelgeving bezien, staat aan de top van de hiërarchie het verdrag. Hieronder staat de Grondwet, die op zijn beurt boven de wet gaat.

### De Grondwet en het recht op culturele ontplooiing

In feite is de Grondwet een bijzondere wet.<sup>1</sup> Bij de totstandkoming van een wet of lagere regeling moet altijd worden nagegaan of er in de Grondwet of internationale verdragen bepalingen staan waaraan deze zal moeten voldoen.<sup>2</sup> Zo zijn er verschillende verdragen die de aangesloten landen de plicht opleggen zich in te zetten voor culturele ontplooiing van burgers. Nederland is bijvoorbeeld partij bij het Internationaal verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten en erkent daarmee het in art. 15 van dit verdrag vastgelegde recht van de burger om deel te nemen aan het culturele leven (lid 1.a). Art. 15 zegt verder in het tweede lid: 'De door de Staten die partij zijn bij dit Verdrag te nemen maatregelen om tot de volledige verwezenlijking van dit recht te komen houden mede in die, welke noodzakelijk zijn voor het behoud, de ontwikkeling en de verbreiding van wetenschap en cultuur.' Het belang van deze bepaling moet echter gerelativeerd worden, omdat het hier een instructienorm voor de overheid betreft en geen recht van een individuele burger of instelling. Een culturele instelling die geen subsidie krijgt kan zich bij de rechter dus niet op deze bepaling beroepen: de norm geldt alleen tussen staten onderling en geeft de burger geen aanspraak. Als er sprake is van dergelijke normen die de overheid een opdracht geven zonder ook tegelijk de burger een recht te verstrekken, spreekt men

wel van sociale grondrechten. Er bestaan daarnaast ook klassieke grondrechten, die burgers wel harde rechten jegens de overheid toekennen.

Ook de Nederlandse Grondwet kent een sociaal grondrecht waarin de overheid opgedragen wordt om voorwaarden te scheppen 'voor maatschappelijke en culturele ontplooiing en vrijetijdsbesteding' (Grondwet art. 22 lid 3). Deze bepaling is opgenomen bij de herziening van 1983. De regering gaf als toelichting dat het ging om het ontwikkelen en instandhouden van culturele waarden door de mogelijkheden te bevorderen dat de burger kennis kan nemen van en participeren in cultuuruitingen (Tweede Kamer 1975-1976, 13873, nr. 7, 24). Verder werd gezegd dat 'de zorg voor culturele ontplooiing een overheidstaak van betekenis was geworden' en dat de bepaling een instrument kon zijn in handen van diegenen die voorzieningen wensden (Tweede Kamer 1975-1976, 13873, nr. 3, 7 en 14). Maar er kwamen kritische reacties vanuit de Tweede Kamer, gebaseerd op de gangbare opvatting dat het om een niet juridisch afdwingbare norm gaat. Zo werden de sociale grondrechten in het algemeen gekenmerkt als een 'vrome lijst politieke wensen zonder enige rechtskracht'. Anderen concludeerden dat de bepaling zonder meer overbodig was (Tweede Kamer 1975-1976, 13873, nr. 5, 4 en 19).

In de juridische literatuur wordt overwegend gewezen op de zwakke werking van de sociale grondrechten. Sommigen ontkennen zelfs hun rechtskarakter. Van der Linden spreekt ten aanzien van art. 22 lid 3 van 'een lege dop' (Van der Linden 1982). Een minderheid van de schrijvers oordeelt positief over de rechtskracht (Hoefnagel 1988, 81 e.v.).<sup>3</sup> Van belang is verder nog dat art. 22 lid 3 van de Grondwet niet de opdracht bevat om ter zake een wettelijke regeling te maken. Dat is bij

sommige andere sociale grondrechten, zoals het recht op rechtsbijstand, en de aanspraak op sociale zekerheid wel het geval.

Het lijkt me te ver gaan het rechtskarakter van de sociale grondrechten te ontkennen: daarvoor is afdwingbaarheid geen vereiste. De overheid heeft dus de plicht om een vorm van cultuurbeleid te voeren om het recht op culturele ontplooiing van haar burgers gestalte te geven, maar heeft een grote vrijheid bij de invulling daarvan. Indien zij gebruik maakt van het instrument subsidies, zullen er - onvermijdelijk - inhoudelijk keuzen moeten worden gemaakt. Het omgekeerde is ook duidelijk: de overheid kan niet aan de beoordeling van kunst ontsnappen door geen beleid te voeren. De norm is wel zwak. Er kan alleen maar effect van verwacht worden als hij een zeker gezag verwerft, als hij bijvoorbeeld een rol zou gaan spelen in het politieke debat, en dus deel gaat uitmaken van het normatieve referentiekader. Dat is tot op heden nog nauwelijks het geval.

#### **Vrijheid van expressie**

Een terrein dat veel meer is uitgekristalliseerd dan de zorg voor culturele ontplooiing, is het preventieve toezicht van de overheid op kunstuitingen. De vrijheid van expressie, ook wel uitingsvrijheid of vrijheid van meningsuiting genoemd, wordt gegarandeerd in art. 7 van de Grondwet en in enkele verdragen, waarvan het Europees verdrag voor de rechten van de mens het belangrijkste is. De vrijheid van de kunst wordt algemeen geacht in deze vrijheid op te gaan. De vrijheid van expressie is een klassiek grondrecht waar ieder individu en iedere instelling een beroep op kan doen. Er is over dat recht een uitgebreide jurisprudentie ontstaan. Het werkt, net als bij andere klassieke grondrechten zoals het briefgeheim en het recht op privacy, in wezen als een onthoudingsplicht van de overheid: deze mag in

principe niets doen dat de vrijheid van de burger op een bepaald terrein inperkt. Het is dus een wezenlijk ander recht dan het eerder genoemde sociale grondrecht, dat de overheid de opdracht geeft op een bepaald terrein juist actief op te treden. Preventief toezicht door de overheid op de inhoud van uitingen is op grond van art. 7 van de Grondwet niet toegestaan. Het begrip preventief toezicht houdt veel meer in dan alleen maar censuur. In feite is elke belemmering in grondwettelijke zin verdacht. Inbeslagname van toneelattributen of de weigering de gemeenteschouwburg te verhuren zijn strikt genomen geen censuur maar wel voorbeelden van preventief optreden.

Als het gaat om preventief toezicht is Thorbeckes adagium juridisch praktisch verwezenlijkt, want het is de overheid verboden op grond van de inhoud voorafgaande aan de uiting in te grijpen. De filmkeuring voor jongeren, het laatste restje institutionele censuur in Nederland, is in februari 2001 afgeschaft. De enige mogelijkheid die nu nog resteert is de rechter, die wel een verbod kan uitspreken. Deze zal daar echter zeer voorzichtig mee zijn.

Art. 10 van het eerder genoemde verdrag garandeert ook de uitingsvrijheid. Op grond van deze bepaling mag de overheid alleen beperkingen opleggen die 'noodzakelijk zijn in een democratische samenleving'. Op grond van dit criterium zijn al vele beperkingen die door overheid waren opgelegd in strijd met art. 10 verklaard. Het Europees Hof voor de rechten van de mens in Straatsburg, het hoogste orgaan als het gaat om de interpretatie van art. 10, heeft bepaald dat niet alleen de kunstenaar, maar ook diegenen van wie hij zich bedient onder de bescherming van art. 10 van het verdrag vallen. Dat betekent dat niet alleen de kunstenaar zelf, maar ook bijvoorbeeld musea, impresariaten, agenten en zaalexploitanten bescherming genieten. Hoewel het verbod op

preventief toezicht in een wat verwijderd verband staat tot cultuurbeleid, kan het wel degelijk een rol spelen bij het stellen van inhoudelijke voorwaarden aan subsidies, en dat raakt aan de kern van Thorbecke-adagium.

Toezicht achteraf, repressief toezicht, is wel toegestaan, maar dit moet weer bij wet zijn geregeld. Juristen maken een onderscheid tussen wet in formele zin, een product van regering en parlement, en wet in materiële zin, elk algemeen bindend voorschrift. Ik gebruik in deze bijdrage het woord 'wet' alleen in de eerste betekenis. Hierbij kan gedacht worden aan bepalingen in het Wetboek van Strafrecht of de Auteurswet. Uitingsdelicten moeten dus in de wet staan, wat betekent dat lagere regelgevers zoals de regering (bij algemene maatregel van bestuur, dus zonder medewerking van het parlement) en gemeenten geen uitingsdelicten mogen creëren. Men streeft nu naar de strafbaarstelling van virtuele kinderporno, zoals foto- of videomontages waarin gaan bestaande, maar virtuele kinderen worden misbruikt. Zo'n verbod kan alleen maar op het niveau van een wet worden ingesteld, en dat houdt een zekere garantie van zorgvuldigheid voor de burger in.

#### **Een wet**

Een wet, het product van regering en parlement, komt pas tot stand nadat de Raad van State is gehoord, en wordt ten slotte gepubliceerd in het *Staatsblad*. De wet kan nadere regelgeving overlaten aan lagere regelgevers: omdat wetgeving een moeizaam en tijdrovend proces is en er daarom bijvoorbeeld niet flexibel op veranderende omstandigheden ingespeeld kan worden, kunnen regelgevende bevoegdheden worden gedelegeerd. De eerste mogelijkheid die daartoe hiërarchisch gezien onder de gewone wet staat, is de algemene maatregel van bestuur. Dit is een besluit van de

regering dat zonder medewerking van het parlement tot stand komt. Het wordt voorgelegd aan de ministerraad en de Raad van State moet adviseren. Ook algemene maatregelen van bestuur worden in het *Staatsblad* gepubliceerd. Een voorbeeld is het Bekostigingsbesluit cultuuruitingen, dat uitwerking geeft aan de Wet op het specifiek cultuurbeleid en dat nadere regels geeft voor subsidies. Met het goedkeuren van een wet waarin dergelijke delegatiebepalingen staan, geeft de Tweede Kamer dus zijn instemmingsrecht voor het vervolg prijs. Ter compensatie wordt soms in de wet opgenomen dat de algemene maatregel van bestuur vóór inwerkingtreding en wijziging aan de Kamer wordt bekendgemaakt. Deze gang van zaken wordt 'voorhang' genoemd. De Tweede Kamer heeft dan de mogelijkheid de verantwoordelijke minister ter verantwoording te roepen voor de algemene maatregel van bestuur. Het Bekostigingsbesluit cultuuruitingen moet vóór inwerkingtreding in de *Staatscourant* worden gepubliceerd.

Een tweede vorm van delegatie is de delegatie aan een minister. Dit kan in de wet zijn geregeld, maar ook in een algemene maatregel van bestuur. In dit laatste geval is er sprake van subdelegatie. Ook ministeriële besluiten worden gepubliceerd in de *Staatscourant*. Als het gaat om individuele gevallen heet zo'n besluit een beschikking, als het gaat om een besluit van algemene aard wordt de term ministeriële verordening of regeling gebruikt. Zo machtigt art. 9 van de Wet op het specifiek cultuurbeleid de minister van Cultuur tot het oprichten van een fonds. Dat is een voorbeeld van rechtstreekse delegatie.

#### **Pseudo-wetgeving**

De bevoegdheid van een bestuursorgaan tot regelgeving, het uitvaardigen van algemeen bindende voorschriften, moet dus kunnen worden herleid tot een wet. Er is in het verleden

echter ook een ander soort regelgeving ontstaan die niet tot een wettelijke bevoegdheid herleidbaar is. Men spreekt dan van ‘pseudo-wetgeving’. Hiervan is bijvoorbeeld sprake als een bestuursorgaan regels opstelt over hoe een bevoegdheid (bijvoorbeeld tot subsidieverlening) zal worden gebruikt. Men maakt dan gebruik van een min of meer vrije bestuursbevoegdheid. In eerste instantie zullen dit soort regels voor eigen gebruik in de ambtelijke organisatie worden opgesteld, maar ze worden vervolgens vaak openbaar gemaakt. Voor de burger is niet zichtbaar dat er geen wettelijke grondslag bestaat voor dergelijke regels. Officieel binden deze pseudo-wettelijke regels de burgers ook niet, maar in het gegeven voorbeeld van de subsidieregels raakt de toepassing de aanvrager toch in een vitaal belang. Het bestuursorgaan is in de regel zelf wel aan de eigen regels gebonden, op grond van de later te bespreken algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met name het beginsel van gewekt vertrouwen en het beginsel van rechtszekerheid.

#### **Politieke betrokkenheid**

Uit het voorgaande blijkt dat de politieke betrokkenheid gradaties kent. Aan de ene kant van het spectrum staat de volledige betrokkenheid van het parlement vooraf, via wetgeving en zonder enige delegatie. Dit is de zwaarste procedure. Daarnaast bestaat de mogelijkheid van delegatie aan de regering via een algemene maatregel van bestuur, eventueel met kennisgeving vooraf aan de Kamer (voorhang). Aan de andere kant van het spectrum staat de wetgeving die delegatie aan een minister toestaat, met alleen politieke controle achteraf. Nog verder aan deze zijde van het spectrum bevinden zich pseudo-wetgeving en de fondsconstructie.

#### **Slechte kwaliteit kunstenwetgeving en de Algemene wet bestuursrecht**

In een voorstudie van het *Advies cultuurwetgeving*, vervaardigd door het Sociaal en Cultureel Planbureau, werd in 1986 vastgesteld dat met name de kunstensector een ‘weinig juridische sfeer ademde’. Er werd niet alleen veel pseudo-wetgeving aangetroffen, maar ook andere rechtsfiguren waarvan de juridische status niet altijd even duidelijk was. Dit werd negatief beoordeeld met het oog op de rechtszekerheid voor de kunst- en cultuurinstellingen (Widdershoven en Van Ballegooij 1986, 51). Aan het begin van de jaren tachtig waren er slechts twee wettelijke regelingen in de kunstensector: de Fondsenwet schepende kunsten en de Wet op de Raad voor de Kunst. Alle andere regelgeving met betrekking tot subsidies was pseudo-wetgeving. De regels die hier betrekking op hadden, hadden dus als enige basis het begrotingsartikel op grond waarvan de subsidie kon worden gegeven.

De zorgen die er in de jaren tachtig bestonden over de kwaliteit van de (subsidie)regelgeving betroffen niet alleen de kunstensector. In 1981 werd de Commissie wetgevingsvraagstukken ingesteld, ook wel de Commissie-Polak genoemd, die tot taak had advies uit te brengen over mogelijke verbeteringen in het gebruik van de verschillende vormen van regelgeving bij de centrale overheid. De commissie meende dat de opdracht voortkwam uit een ‘tamelijk algemeen gevoelen’ dat de democratisch-rechtsstatelijke grondslag van veel regelgeving beneden de maat was. De oplossing van wetgevingsproblemen zou te veel vanuit de bestuurlijke invalshoek benaderd zijn, met name door het gebruik van pseudo-wetgeving en vormen van delegatie. Regeling bij wet, oordeelde de commissie, geeft echter een maximum aan democratische grondslag en een kwalitatief goed eindproduct. Ten slotte is het goed voor de rechtszekerheid omdat een wet

niet eenvoudig gewijzigd kan worden. De commissie erkende dat er goede gronden kunnen zijn voor de wetgever om toch terug te treden, bijvoorbeeld vanwege de noodzaak tot het voeren van een zeker beleid en uit de behoefte aan snel veranderbare en aanpasbare regelgeving. In dat geval vond de commissie delegatie een aanvaardbare optie. Naarmate er meer wordt gedelegeerd neemt de snelheid van totstandkoming en de flexibiliteit van de regelgeving toe, maar wel ten koste van de openheid en mogelijk de kwaliteit. Een voordeel van pseudo-wetgeving, meende de commissie, is dat ze vaag en terughoudend kan worden geformuleerd en eenvoudig gewijzigd. Pseudo-wetgeving kan het aangewezen instrument zijn als er behoefte bestaat aan flexibiliteit en slagvaardigheid. De commissie kwam tot de conclusie dat de wetgever zelf de reikwijdte, de structurele elementen en de voornaamste, duurzame normen van een subsidieregeling zou dienen te bepalen. Bij het concipiëren van een subsidieregeling op het niveau van de centrale overheid moest dus worden nagedacht over de vraag wat in de wet zelf geregeld kon worden en wat er kon worden gedelegeerd. Naarmate meer in de wet zelf wordt geregeld, neemt niet alleen de democratische legitimering toe, maar ontstaat er ook goed inzicht in de mate van afstand die de overheid betracht (Commissie Polak 1982, 9, 14-15; Commissie Polak 1985).

Inmiddels staan in de Algemene wet bestuursrecht bepalingen over subsidies. Deze wet bevat algemene regels die voor alle overheidsorganen gelden. Er staat in dat bestuursorganen, op enkele uitzonderingen na, alleen subsidies mogen verstrekken op grond van een wettelijk voorschift dat regelt voor welke activiteiten subsidie kan worden gegeven. De Algemene wet bestuursrecht dateert uit de eerste helft van de jaren negentig.

#### **De aanloop tot de Wet op het specifiek cultuurbeleid**

In het kader van de begroting 1982 van het ministerie van Cultuur, Recreatie en Maatschappelijk Werk werd de motie-Beinema behandeld. Deze wees op ‘de zorgelijke situatie waarin de kunsten zich bevinden’, mede ontstaan ‘door de gebrekkige wijze waarop de bemoeienis van het Rijk en de andere overheden met de kunsten is geregeld’ (Widdershoven en Van Ballegooij 1986, 50-51). Hij zei dat in hetzelfde jaar waarin de Commissie-Polak was geïnstalleerd die tot taak kreeg te adviseren over verbetering in de kwaliteit van de regelgeving. De Tweede Kamer stelde naar aanleiding van de motie-Beinema dat een wettelijke regeling van het kunstenbeleid dringend noodzakelijk was, en dat in die regeling zorgvuldig rekening moest worden gehouden met de geheel eigen aard van het onderwerp. De regering werd gevraagd de mogelijkheid van een afzonderlijke wet op de kunsten te onderzoeken. Tegen dat voorstel stemden de VVD en de kleine confessionele partijen (Tweede Kamer 1981-1982, 1700 h. XVI, nr. 28).

In opdracht van de minister van Cultuur kwam het Sociaal en Cultureel Planbureau in 1986 met twee rapporten waarin een aantal juridische bezwaren tegen de toen gegroeide rechtspraktijk werd geformuleerd. Er was een duidelijke relatie met de materie die de Commissie-Polak had onderzocht. Men stelde vast dat er gebruik werd gemaakt van in de praktijk ontstane rechtsfiguren, zoals fonds, prijs, stipendium, aankoop en opdracht. De juridische vormgeving daarvan was zodanig dat er wat betreft het rechtskarakter van die figuren en de rechtsbescherming veel onduidelijk bleef. Het door elkaar gebruiken van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke financieringsmethoden veroorzaakte

bijvoorbeeld onduidelijkheid over welke rechter bevoegd was (Widdershoven en Van Ballegooij 1986, 50-51). In de belangrijkste punten uit het advies van het Sociaal en Cultureel Planbureau werd ervoor gepleit de hoofdlijnen van cultuurpolitiek in wetgeving vast te leggen. Er diende een Wet op de kunsten te komen die zes elementen zou moeten bevatten. In de eerste plaats een considerans (dat is een opgave van de belangrijkste overwegingen aan het begin van een wet) met daarin vermeld de principes van expressievrijheid, verscheidenheid, kwaliteit en afstandelijkheid. Hierin is het Thorbecke-adagium moeiteloos te herkennen. In de tweede plaats zou de minister van Cultuur de algemene verantwoordelijkheid voor het cultuurbeleid dienen te krijgen. In de derde en vierde plaats zou er in de wet een bekostigingsartikel moeten staan op grond waarvan allerlei uitkeringen gedaan konden worden, en zou de invoering van een planfiguur moeten worden aangekondigd. De fondsen zouden, in de vijfde plaats, wettelijk geregeld moeten worden en tot slot moest de advisering erin geregeld worden (SCP 1986, 272). Deze elementen waren verwerkt in een concept-Wet op de kunsten, waarin, in de considerans, ook art. 7 en art. 22 van de Grondwet vermeld stonden. Deze bepalingen betreffen de eerder besproken expressievrijheid en het recht op culturele ontplooiing (SCP 1986, 303).

Minister Brinkman, de toenmalige minister van Cultuur, reageerde op het advies van het Sociaal en Cultureel Planbureau. Hij zag niets in de suggestie dat de minister van Cultuur voor het hele cultuurterrein verantwoordelijk zou worden, ook voor die gedeelten die tot nu toe onder andere ministeries vielen. Dit was juridisch niet haalbaar en een bepaling met deze strekking zou slechts symboolwetgeving opleveren. Wel kon hij zich vinden in het idee dat het cultuurbeleid inzichtelijker diende te worden en beter gelegitimeerd. Hij kondigde de

cultuurnotacyclus aan: eens in de vier jaar zou een cultuurnota worden gepresenteerd. Deze zou geen harde juridische aanspraken geven, de op de nota gebaseerde individuele beschikkingen wel. Hij zag niets in een planfiguur, op grond waarvan wel een rechtstreekse, juridische aanspraak bestaat. Een belangrijke beweegreden voor een planfiguur, een goede rechtsbescherming, was volgens Brinkman achterhaald omdat de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen (Wet Arob) inmiddels een goede rechtsbescherming bood. Het verstrekken van subsidies diende meer genormeerd te gebeuren: in de visie van de minister alleen op basis van een subsidieregeling die de vorm van een algemene maatregel van bestuur zou hebben (het latere Bekostigingsbesluit cultuuruitingen). De Fondsenwet scheppende kunsten van 1981 zou worden geïntegreerd in de nieuwe wet (Tweede Kamer 1986-1987, 19700 h. XVI, nr. 136).

#### **Wet op het specifiek cultuurbeleid**

In 1993 werd de Wet op het specifiek cultuurbeleid van kracht, de vigerende wet waarop de huidige kunstenplansystematiek is gebaseerd. De parlementaire geschiedenis van de wet is al uitgebreid in het *Boekmancahier* beschreven door Van IJsselmuiden (1993). Ik wil hier volstaan met een typering en het accent leggen op de vraag welke inhoudelijke voorwaarden opgelegd kunnen worden bij subsidieverstrekking, een belangrijk punt als het gaat om overheid op afstand.

De wet is een technische wet waarin het grote gebaar volkomen ontbreekt. Uit de considerans blijkt dat voornamelijk drie overwegingen een rol hebben gespeeld: de verplichting de specifieke uitkeringen van het rijk een wettelijke basis te geven, de cultuurnotacyclus, en de regeling van de cultuurfondsen. Ook dit laatste moest bij wet gebeuren, omdat de

Comptabiliteitswet dat vereist. De suggesties van het Sociaal en Cultureel Planbureau kregen geen navolging: elke verwijzing naar de culturele grondrechten in de Grondwet en de Thorbeckiaanse afstandelijkheid ontbreekt. Kunstconsumenten noch kunstproducenten lijken een rol te spelen. Overwegingen in de considerans van een wet hebben weliswaar geen rechtskracht, maar kunnen wel een rol spelen bij de gedachtebepaling over de doelstelling van een wet. In dit geval zouden ze informatie verschaffen over de juridische basis van het cultuurbeleid.

Artikel 2 van de wet luidt als volgt: ‘Onze Minister is belast met het scheppen van voorwaarden voor het in stand houden, ontwikkelen, sociaal en geografisch spreiden of anderszins verbreiden van cultuuruitingen; hij laat zich daarbij leiden door overwegingen van kwaliteit en verscheidenheid.’ Deze formulering heeft in het parlement weinig discussie uitgelokt, en is dus kennelijk een codificatie van heersende opvattingen. Een aantal bepalingen betreft de Raad voor Cultuur, het vaste adviesorgaan. Art. 3 is gewijd aan de cultuurnota. Eens in de vier jaar wordt een cultuurnota aan het parlement overlegd, met daarin een verslag van de minister van Cultuur over de afgelopen periode en een beschrijving van het komende beleid. De cultuurnota kan vergezeld gaan van een of meer sectornota’s, zoals de sectornota Cultuurbeheer en de sectornota Kunsten. Deze laatste nota’s zijn niet wettelijk verplicht.

Bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel was een terugkerende vraag of het systeem van meerjarige subsidies niet de rechten van het parlement zou aantasten, met name het budgetrecht en het recht van amendement. Meerjarige verplichtingen zijn onmiskenbaar van invloed op de feitelijke uitoefening van deze bevoegdheden, maar men

heeft hier geen consequenties aan verbonden. Formeel gezien zou een koerswijziging gedurende de looptijd van een cultuurnota kunnen worden afgedwongen, maar dat zou de minister met een begrotingstekort opzadelen, omdat hij door een benadeelde instelling met een beroep op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur aan zijn toezegging kan worden gehouden. Overigens wordt tegenwoordig op de begroting wel aangegeven welke verplichtingen er voor de langere termijn zijn aangegaan (het zogenaamde kasverplichtingenstelsel), en het is verdedigbaar dat de Kamer, indien deze een begrotingspost sanctioneert, afstand doet van zijn budgetrecht. Daarmee lijkt tevens de afstand tussen overheid en kunst- en cultuursector vergroot, omdat de mogelijkheid van tussentijdse aanpassingen beperkt is.

Een van de bestaansredenen van de wet is het verschaffen van een basis voor specifieke uitkeringen. Dit zijn uitkeringen die aan lagere overheden worden gedaan, of aan instellingen die niet alleen door het rijk maar ook door een lagere overheid worden gefinancierd. ‘Onze minister kan op aanvraag ten behoeve van cultuuruitingen subsidies verstrekken,’ meldt art. 4 droogjes. Ook de cultuurfondsen vinden hun juridische basis in deze wet. De Fondsenwet scheppende kunsten uit 1981 werd afgeschaft, en tegelijk daarmee de beperking tot de scheppende kunsten. Alle fondsen, ook die welke dateren van voor de Fondsenwet, vallen nu onder Wet op het specifiek cultuurbeleid. Niet uit de wet zelf, maar uit een toelichting van de regering blijkt dat de fondsconstructie in aanmerking komt als een subsidieregeling een substantieel aantal beslissingen over incidentele activiteiten bestrijkt, er een substantieel bedrag mee gemoeid is, en als ‘het gaat om beslissingen waarbij directe politieke sturing en verantwoording niet aan de orde zijn, aangezien in zeer overwegende mate oordelen

over de artistieke (...) waarde dan wel uitvoerende handelingen in het geding zijn' (Tweede Kamer 1991-1992, 20987, nr. 12, 6). Hierin is het 'overheid op afstand'-principe opnieuw herkenbaar. Het gaat zelfs om een dubbele afstand, want de fondsbesturen maken op hun beurt gebruik van adviseurs.

Art. 8 lid 1 bepaalt dat bij algemene maatregel van bestuur regels worden gesteld voor het verstrekken van subsidies en specifieke uitkeringen. Deze regeling is het Bekostigingsbesluit cultuuruitingen. Er is voorzien in een voorhangprocedure: de regeling (en wijziging van de regeling) moet van tevoren in de *Staatscourant* worden bekendgemaakt. Belanghebbenden en de Tweede Kamer kunnen dan in principe bij de minister nog hun beklag doen.

**Inhoudelijke voorwaarden aan subsidies**  
Welke inhoudelijke eisen mogen aan een subsidieontvanger worden gesteld, die van kracht zijn nadat de subsidie is verleend? Houdt het Thorbecke-principe in dat aan een eenmaal verstrekte subsidie geen voorwaarden over de uiteindelijke programmering (repertoirekeuze) worden verbonden? Art. 8 lid 4 van de Wet op het specifiek cultuurbeleid bepaalt dat de minister aan het verstrekken van een subsidie of specifieke uitkering voorschriften kan verbinden. Het vijfde lid voegt daaraan toe dat deze voorschriften mede kunnen strekken 'ter bevordering van overheidsdoelstellingen van algemene aard'. In plaats van de wettelijke term 'verplichtingen' gebruik ik in het navolgende liever de meer gangbare term 'voorwaarden'. De discussie spitst zich toe op voorwaarden die de artistieke autonomie van instellingen kunnen beperken, met als meest pregnante voorbeeld de eis die in de *Cultuurnota 1997-2001* gesteld werd aan de orkesten: zij werden verplicht 7 procent Nederlandse muziek in het repertoire op te nemen op straffe van

vermindering van subsidie. In de wandelgangen is deze voorwaarde de 'Nuis-norm' gaan heten, naar de toenmalige staatssecretaris Aad Nuis, of de zevenprocentnorm. Hiertegen is fel geprotesteerd. Het Koninklijk Concertgebouw Orkest en het Orkest van het Oosten begonnen een juridische procedure. De eerste stap is in zo'n geval een bezwaarschrift, gericht aan de minister. Deze laatste bedient zich van een adviescommissie, in casu de Commissie voor de bezwaarschriften van OCenW. Deze commissie meende dat de norm een beperking van de vrijheid van expressie inhield en dat er een wettelijke grondslag voor een dergelijke voorwaarde moet komen. De Wet op het specifiek cultuurbeleid bepaalt in art. 8 lid 4 dat aan 'een' subsidieverstrekking voorwaarden kunnen worden verbonden, wat erop duidt dat het om individuele subsidies gaat en dat deze bepaling onvoldoende basis biedt om aan meer instellingen tegelijk dezelfde voorwaarde op te leggen. Staatssecretaris Nuis legde dit advies naast zich neer (*Staatscourant* 1997, 115). Daarop tekende het Koninklijk Concertgebouw Orkest beroep aan bij de rechtbank Amsterdam, maar trok dit weer in in de veronderstelling dat het onder staatssecretaris Van der Ploeg, de opvolger van Nuis, niet meer zo'n vaart zou lopen (*de Volkskrant* 1999). Daar heeft men gelijk in gekregen, want in het nieuwe kunstenplan komt de eis niet meer voor.

Deze zaak mag dan uitgegaan zijn als een nachtkaars, hij roept een aantal vragen op. De eerste is of de zevenprocentnorm in de wet geregeld had moeten worden, de tweede is de grondwettigheid. Omdat Nederlandse componisten met de maatregel bevoordeeld zouden kunnen worden ten nadele van buitenlandse collega's zijn er ook Europees-rechtelijke aspecten. Deze bespreek ik hier niet (zie daarover Schiphof en Hesseling 1997; Albers 1998). De vraag of de maatregel een geschikte

vorm van sturing is komt hier evenmin aan de orde (zie daarvoor Cozijnsen 1997; Cozijnsen 1999).<sup>4</sup>

#### Vastleggen in de wet?

Moeten inhoudelijke voorwaarden in de wet worden vastgelegd? De eerder genoemde adviescommissie van OCenW meende dat de voorwaarde die staatssecretaris Nuis aan de orkesten wilde stellen, niet op de bestaande tekst van de wet gebaseerd kon worden (*Staatscourant* 1997, 115). Niet alleen de tekst van de wet geeft dit aan, ook de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel is duidelijk: 'Gedoeld wordt hier op individueel bepaalde voorschriften, die op één instelling in het bijzonder van toepassing zullen zijn.' Als voorbeeld wordt gegeven het aantal voorstellingen dat de Nederlandse Opera buiten de eigen standplaats zou geven (Tweede Kamer 1988-1989, 20987, nr. 3, 19). Deze vraag houdt weer nauw verband met de volgende, want er is een opvatting dat juist een beperking van een grondrecht in de wet zou moeten worden opgenomen (Hoefnagel en Reinders 1983, 181; Commissie Polak 1985, 64).

#### Subsidievoorwaarden en culturele grondrechten

Subsidievoorwaarden die de inhoudelijke autonomie inperken van de ontvangende kunstinstelling zijn zeldzaam. De zevenprocentnorm is een uitzondering. De overheid houdt hier onmiskenbaar een Thorbeckiaanse afstandelijkheid in acht. In het mediarecht is dat anders: daar worden wel dergelijke eisen gesteld. Deze staan niet serieus ter discussie en worden juist noodzakelijk geacht om de steunverlening door de overheid te legitimeren, met name tegenover de niet gesteunde commerciële instellingen. Voorbeelden waarin inhoudelijke eisen worden gesteld en waarin ook de vrijheid van meningsuiting een rol speelt, staan in de

Mediawet. Deze bepaalt onder meer dat een persorgaan onder zekere voorwaarden financiële steun kan krijgen van het Bedrijfsfonds voor de Pers. Vereist wordt dat het ontvangende persorgaan 'in belangrijke mate nieuws, analyse, commentaar en achtergrondinformatie over een gevarieerd deel van de maatschappelijke actualiteit, mede in het belang van de politieke meningsvorming' bevat. Een ander voorbeeld is het zogenaamde 'volledig programma voorschrift': de publieke omroep is verplicht een mix van verschillende soorten programma's te presenteren. Dit voorschrift geldt nu voor de publieke omroep als geheel, maar betrof voorheen alleen de individuele omroepverenigingen, die daardoor sterk in hun autonomie werden beperkt. Een laatste voorbeeld vormen de lokale publieke omroepen, die verplicht zijn 50 procent van hun zendtijd te besteden aan cultuur, educatie en informatie. Deze voorbeelden uit de mediasfeer zijn des te relevanter omdat de overheid zich in het kunst- en cultuurbeleid voor hetzelfde dilemma geplaatst ziet als in het mediabeleid: aan de ene kant moet ze zich onthouden van inhoudelijke inmenging, op grond van de onthoudingsplicht die uit de expressievrijheid voortvloeit, zoals die is vastgelegd in onder meer art. 7 van de Grondwet. Aan de andere kant vloeit uit dezelfde norm en het recht op culturele ontplooiing voort dat het publiek recht heeft op een gevarieerd aanbod en dat de overheid dus het nodige moet doen om dat aanbod tot stand te brengen. De overheid bevindt zich dus in een soort grondrechtelijke spagaat tussen het verbod van inmenging en de plicht tot actief ingrijpen.

De vraag naar de grondrechtelijke toelaatbaarheid van inhoudelijke subsidievoorwaarden is niet eenvoudig te beantwoorden. Wat de onthoudingsplicht van de overheid betreft is er een toetsingskader voorhanden in art. 7 van de Grondwet en art. 10 van het

Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens. Er bestaat bovendien een zeer uitgebreide jurisprudentie en literatuur. In Nederland is er echter nauwelijks rechtspraak over de grondrechtelijke aspecten van subsidievoorwaarden. Het genoemde toetsingskader biedt te weinig aanknopingspunten, omdat het is toegesneden op de onthoudingsplicht. De zaak wordt nog ingewikkelder als het gaat om voorwaarden die beogen (andere) grondrechtenspraken te verwerken. Hirsch Ballin is een van de weinigen die zich hierover hebben uitgelaten. Hij is van mening dat het verstrekken van subsidie niet op vrijgevigheid berust maar – op het niveau van een subsidieregeling – is te herleiden tot een grondwettelijke plicht (Hirsch Ballin 1988, 49-50). Er is het adagium dat wie het meerdere mag, ook het mindere mag. Vertaald naar subsidies zou dat betekenen: wie subsidie mag geven, mag ook subsidie onder voorwaarden geven. Als we aannemen dat er een (grondwettelijke) plicht tot subsidiëring bestaat, gaat deze redenering niet meer op. ‘De meest afstandelijke positie ten aanzien van de gesubsidieerde activiteit neemt de subsidiegever in, wanneer hij volstaat met [sturende, TS] voorwaarden die de rechtmatigheid van de gesubsidieerde activiteit vereisen. Bij de subsidiëring van activiteiten die het karakter dragen van de uitoefening van grondrechten (dagbladen, politieke instituten) is dit de aangewezen formule,’ zegt Hirsch Ballin (1988, 56). Nu is er discussie mogelijk over de vraag of bijvoorbeeld een orkestprogrammering aangemerkt kan worden als ‘de uitoefening van grondrechten’ en op één lijn gesteld kan worden met wat dagbladen en politieke instituten doen. Ook moet worden opgemerkt dat de eerder genoemde bepalingen in de Mediawet in deze visie niet door de beugel kunnen, een uitkomst die waarschijnlijk op weinig bijval kan rekenen.

Ik kan me wel vinden in Hirsch Ballins waarschuwing voor een te ver reikende overheidsbemoeienis met de inhoud van een gesubsidieerde activiteit. Dit kan neerkomen op een niet-gelegitimeerde beperking van grondrechten, en daarmee ook contraproductief zijn ten opzichte van de reden waarom subsidiëring juist plaatshad (Hirsch Ballin 1988, 61). Inhoudelijke voorwaarden zijn in zijn visie niet ontoelaatbaar maar moeten in de wet worden opgenomen.

#### Rechtsbescherming en advisering

Een in het oog springend juridisch aspect in de marge van het kunstbeleid is de rechtsbescherming. Dit onderwerp is niet echt specifiek voor de cultuursector, want er bestaat in principe rechtsbescherming bij beslissingen in individuele gevallen, die rechtsgevolgen hebben en door een overheidsorgaan zijn genomen. Tegen algemeen verbindende voorschriften, voornemens of beleidsplannen (bijvoorbeeld wetten of de cultuurnota) staat geen beroep open. In 1976 werd rechtsbescherming tegen de overheid mogelijk op grond van de Wet Arob. In 1994 werd deze vervangen door de Algemene wet bestuursrecht. Deze bepaalt dat men eerst een bezwaarschrift kan indienen bij het orgaan dat de beslissing heeft genomen. Handhaaft dat de beslissing, dan kan men beroep aantekenen bij de arrondissementsrechtbank. Hierna is nog hoger beroep mogelijk bij de afdeling bestuursrecht van de Raad van State. Belangrijke ijkpunten voor de rechter zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Van de overheid mag men eisen dat beslissingen zorgvuldig worden genomen. Dat betekent onder andere dat de procedure correct moet zijn geweest, maar ook dat er voldoende onderzoek is gedaan en dat er een afweging van belangen heeft plaatsgevonden. Als het gaat om concrete subsidiebeslissingen in de kunstsector betekent

dat bijna altijd dat er een deskundigenadvies moet zijn. De inhoudelijke motivering in het advies hoeft overigens niet bijzonder uitgebreid te zijn. Verder is vereist dat het besluit een draagkrachtige motivering heeft, waarvan het advies deel uitmaakt. Regelmatig worden fouten rechtgezet tijdens of als resultaat van een bezwaarprocedure. Het houdt diegenen die betrokken zijn bij subsidiebeslissingen alert. Een probleem is dat de mogelijkheid van bezwaar en beroep vaak te hoog gespannen verwachtingen oproept. Om een aantal redenen verloopt een procedure voor de klager vaak teleurstellend. In de eerste plaats is het zo dat het deskundigenoordeel over de artistieke kwaliteit meestal onaantastbaar is. Als het advies procedureel deugdelijk tot stand is gekomen en niet al te onhandig is geformuleerd, heeft de rechter weinig mogelijkheden om het te passeren. Verder kan het zo zijn dat een klager in eerste instantie gelijk lijkt te krijgen omdat de motivering van een beslissing onvoldoende wordt bevonden. Het overheidsorgaan krijgt dan een herkansing en ziet vaak kans met een verbeterde motivering te komen, waardoor het oorspronkelijke besluit dus in essentie gehandhaafd kan blijven (Van der Vlies, Kamperman en Sluiter 1998).

Juridisch gezien is de advisering op microniveau, als onderbouwing van individuele subsidiebeschikkingen, het meest van belang omdat alleen op dit niveau rechterlijke toetsing plaatsvindt. De meeste punten die in de discussie over de advisering op andere niveaus door de Raad voor Cultuur een rol spelen, zoals het aantal leden of de samenstelling van de Raad, zijn in een juridische optiek eigenlijk alleen relevant voorzover ze tot een wetswijziging kunnen leiden. De uit het bestuursrecht voortvloeiende eis dat subsidiebeschikkingen mede worden gedragen door een deskundigenadvies draagt in de cultuursector bij aan de toepassing van het

#### Tjeerd Schiphof

was in 2001 als universitair docent verbonden aan de opleiding Kunst- en Cultuurwetenschappen van de Erasmus Universiteit Rotterdam.

Thorbecke-principe. Ook als de overheid geen afstand wil of kan doen van de verantwoordelijkheid voor beslissingen – zoals bij de fondsconstructie wel gebeurt – wordt de inhoudelijke beslissing door adviseurs genomen. Dit wordt wel ‘spreiding van overheidsgedrag’ genoemd. Formeel gezien houdt dit geen grotere afstand in, feitelijk gezien wel.

#### Literatuur

- Albers, H.J. (1998) ‘De “Nuis-norm” in het licht van de bepalingen van het EG-Verdrag: te ver voor de muziek uit?’ In: *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, nr. 9, september, 175-178.
- Commissie Polak (1982) *Interimrapport*. 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij/Commissie wetgevingsvraagstukken.
- Commissie Polak (1985) *Eindrapport van de Commissie wetgevingsvraagstukken: orde in de regelgeving*. 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij/Commissie wetgevingsvraagstukken.
- Cozijnsen, D.E. (1997) ‘Sturingsperikelen in de kunstwereld’. In: *Openbaar Bestuur*, 3-8.
- Cozijnsen, D.E. (1999) *In de ban van de subsidie: een rechtstheoretische analyse van de verhouding tussen juridisering en subsidiëring*. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers (Proefschrift Universiteit Utrecht).
- Hirsch Ballin, E.M.H. (1988) ‘Rechtsstaat, grondrechten en subsidieverhoudingen’. In: *Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen: preadvies Vereniging voor Administratief Recht XCIX*. Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink.
- Hoefnagel, F.J.P.M. (1988) *Wetgever en cultuur*. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
- Hoefnagel, F.J.P.M. en A. Reinders (1983) *Kunst, kunstbeleid en administratief recht: preadvies Vereniging voor Administratief Recht XC*. Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink
- ‘KCO schort procedure tegen “Nuisnorm” op’ (1999). *De Volkskrant*, 3 maart.
- Linden, A.P.M. van der (1982) ‘Maatschappelijke en culturele ontplooiing en vrijetijdsbesteding’. In: A.K. Koekkoek, W. Konijnenbelt en F.C.L.M. Crijns (red.). *Grondrechten: commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene grondwet*. Nijmegen: Ars Aequi Libri (Jeukensbundel).
- Pronk, T. (1992) ‘De grondwet als culturele opdrachtgever’. In: T. Pronk en G.A.I. Schuijt (red.). *Hoe vrij is kunst? Onderdrukking, censuur en andere beperkingen aan de vrijheid van expressie*. Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever.

- Schiphof, T.A. en L. Hesselink (1997) 'Nederlandse muziek en juridische boemerang'. In: *Boekmancahier*, jrg. 9, nr. 33, september, 319-320.
- SCP (1986) *Advies cultuurwetgeving: cultuurbeleid in historisch, beleidsanalytisch en juridisch perspectief*. Rijswijk: Sociaal en Cultureel Planbureau (Cahier; nr. 51).
- Staatscourant* (1997) 'Wettelijke grondslag nodig voor de zevenprocentnorm?', nr. 115.
- Tweede Kamer 1975-1976, 13873 nr. 3, 4, 5, 7, 14, 19, 24.
- Tweede Kamer 1981-1982, 17100 h. XVI, nr. 28. Aangenomen: *Handelingen Tweede Kamer 1981-1982*, 1832.
- Tweede Kamer 1986-1987, 19700 h. XVI, nr. 136.
- Tweede Kamer 1988-1989, 20987, nr. 3, 19.
- Tweede Kamer 1991-1992, 20987, nr. 12.
- Vlemminx, F. (1988) *Een nieuw profiel van de grondrechten*. Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink.
- Vlies, I.C. van der, A. Kamperman en I. Sluiter (1998) *De rechter en het artistieke oordeel: een onderzoek naar de rechterlijke toetsing van cultuursubsidiebeschikkingen*. Zoetermeer: Ministerie van OCenW.
- Widdershoven, R. en G. van Ballegooij (1986) *Bestaande wet- en regelgeving op het terrein van de cultuur*. Rijswijk: Sociaal en Cultureel Planbureau (Cahier; nr. 50).
- IJsselmuiden, P. van (1993) 'Gevonden waarheden: de ontstaangeschiedenis van de Wet op het specifiek cultuurbeleid'. In: *Boekmancahier*, jrg. 5, nr. 17, september, 280-292.

**Noten**

1. Voor de totstandkoming en ook voor wijziging, geldt een verzwaarde procedure.
2. Het recht van de Europese Unie blijft hier buiten beschouwing.
3. Voor een overzicht zie Vlemminx 1988, 26 e.v.; voor specifieke informatie over art. 22 lid 3 zie Pronk 1992.
4. In dit proefschrift is veel aandacht voor de juridisering van het kunstsubsidiebeleid.