Privaat bestuur?

VAR-reeks
141

Privaat bestuur?

Verslag van de algemene vergadering
van de VAR Vereniging voor Bestuursrecht
gehouden op 23 mei 2008

Ter behandeling van de preadviezen van

Prof. mr. S.E. Zijlstra
Prof. mr. R.A.J. van Gestel
Prof. mr. A.A. Freriks

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2009

© 2009 VAR Vereniging voor Bestuursrecht

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-8974-131-8
NUR 823

www.bju.nl

Inhoud

Rede van de voorzitter, mr. B.J. van Ettekoven 7

Toelichting door de preadviseurs 15
Mr. S.E. Zijlstra
Mr. R.A.J. van Gestel
Mr. A.A. Freriks

Interventies, met reacties van de preadviseurs en zaalreacties (ochtendgedeelte) 20
Mr. J.A.F. Peters
Mr. J.M. Polak
Mr. S.K. Gabriël
Mr. A.J.C. de Moor-van Vugt
Mr. A.F.M. Brenninkmeijer

Huldiging van de winnaars van de VAR-pleitwedstrijd 38

Interventies, met reacties van de preadviseurs en zaalreacties (middaggedeelte) 41
Mr. P.J. Huisman
Mr. H.E. Bröring
Mr. M.W. Scheltema
Mr. A.M.L. Jansen
Mr. G.C.W. van der Feltz

Stellingenprocedure 72

Verslag van de secretaris over 2007 77

Bestuur en ereleden 80

Rede van de voorzitter, mr. B.J. van Ettekoven

Voor elke klus een bestuurlijke lus

Inleiding

Op maandag 23 juni aanstaande houdt de VAR een studiemiddag over het initiatiefvoorstel Wet Vermeij, Koopmans, Neppérus bestuurlijke lus Awb. Van de gelegenheid wil ik gebruikmaken bij dat wetsvoorstel alvast een paar kanttekeningen te plaatsen, als voorschot op de discussie.

Ik weet niet hoe het u bij het uitspreken van de titel van de wet vergaat, maar ik heb het er wat moeilijk mee. Ik begrijp het als de initiatiefnemers trots zijn op hun product, maar wat mij betreft hoeft dat niet tot uitdrukking te worden gebracht door alle namen van de indieners in de titel van de wet zelf op te nemen. Bij twee indieners gaat het nog net, maar bij drie of meer indieners krijgen we een probleem. Mijn voorstel is de wet vanaf nu te noemen: Wet bestuurlijke lus Awb.[1]

De aanloop

Nadat we zo'n dertig jaar over de lus hebben gepraat, ziet het ernaar uit dat hij wettelijk wordt vastgelegd, en wel in de Awb. Eerst is vooral in wetenschappelijke kring gesproken over de lus, die toen trouwens nog niet zo werd genoemd. Na de gedachten van Punt in 1975, het proefschrift van Schueler in 1994, de werkgroep Van Kemenade in 1997, het artikel van Neerhof in 1999 (A.R. Neerhof, 'Bestuurlijke lus: passend antwoord op een weeffout of lapmiddel?'), en de oratie van Polak in 2000, heeft onze vereniging aan de lus aandacht besteed tijdens de jaarvergadering van 2001. Daarna is de discussie door de politiek opgepikt. In 2004 vroegen de Kamerleden Koopmans en De Krom de regering in een motie (TK 2004/05, 29 383, nr. 2H) in de Awb de mogelijkheid te creëren om administratieve en procedurele fouten snel te herstellen.

Uit de toelichting bij het initiatiefvoorstel valt te lezen dat het de verwachting van de indieners was, gelet op het grote draagvlak voor de lus, dat die binnen afzienbare tijd zou worden ingevoerd. Dat gebeurde echter niet. Wel kwam er in 2005 een wijziging in de Wet milieubeheer (artikel 20.5a), waarbij de bestuurlijke lus werd

1. Art. 185, lid 1 van de Aanwijzingen voor de regelgeving bepaalt dat een citeertitel kernachtig wordt geformuleerd.

ingevoerd voor toetsing van het nationaal toewijzingsbesluit over broeikasgasemissierechten. Hoewel dat experiment geslaagd mag worden genoemd, bleef een algemene regeling uit.

In april 2006 zag het licht het voorontwerp Wet aanpassing bestuursprocesrecht, waarin een regeling voor de bestuurlijke lus is opgenomen. Maar dat product heeft nog steeds de status van voorontwerp. Het ontwerp zou vóór de zomer 2008 worden ingediend, maar dat moet nog gebeuren, en het zomert al aardig.

Het stilzitten bij Justitie tezamen met enkele flinke tegenvallers voor Bouwend Nederland bij de hoogste bestuursrechter, denkt u aan de vernietiging van het besluit tot verbreding van de A4 bij Leiderdorp dat sneuvelde op eisen van luchtkwaliteit (ABRvS 25 juli 2007, *Bouwrecht* 2007, 867), hebben geleid tot nieuw elan om de bestuurlijke lus nu snel wettelijk te regelen. Op 23 november 2007 heeft de ministerraad op voorstel van minister Eurlings ingestemd met invoering van de bestuurlijke lus in de Tracéwet, de Wet op de Ruimtelijke Ordening en de Spoedwet wegverbreding. Volgens de minister moet *nodeloze vertraging* worden voorkomen bij de aanleg van grote infrastructurele projecten. De bestuurlijke lus zou een eerste stap zijn om die wetgeving *robuuster* te maken.

Het besluit van de ministerraad kwam niet geheel spontaan. Het besluit werd genomen nadat de Kamerleden Vermeij en Neppérus tijdens de behandeling van de VROM-begroting erop aandrongen de bestuurlijke lus snel te regelen in de ruimtelijke ordening. Minister Cramer zegde toe te willen bekijken of, en zo ja op welke wijze, het mogelijk is de bestuurlijke lus ook op te nemen in het wetsvoorstel Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo).

Kennelijk duurde het allemaal te lang, want op 22 november 2007 dienden de Kamerleden Koopmans en Vermeij een amendement in waarmee in de Wabo de bestuurlijke lus is opgenomen (TK 2007/08, 30 844, nrs. 12 en 39). De Wet milieubeheer, de Tracéwet, de WRO, de Spoedwet wegverbreding, de Wabo, maar ook de Natuurbeschermingswet 1998 (TK 2007/08, 31 038, nr. 11) en de Waterwet (TK 2007/08, 30 818): alle regelingen moeten eraan geloven. Het devies lijkt te zijn: *voor elke klus een bestuurlijke lus*.

Eenmaal de smaak te pakken hebbend, drukken de Kamerleden Vermeij, Koopmans en Neppérus door. Op 21 februari 2008 dienen zij bij de Tweede Kamer in het initiatiefvoorstel Wet bestuurlijke lus Awb.[2] In artikel VI van dat voorstel is neergelegd dat de regeling van de bestuurlijke lus in de Wabo komt te vervallen. Net alsof de Wabo er al was, of dat hij er ooit zal komen! Verder wordt daarin een aanpassing voorgesteld van de regeling van de bestuurlijke lus inzake de broeikasgasemissierechten in de Wet milieubeheer.

Dit een en ander leidt de CDA-fractie op 4 maart 2008 in de vaste Kamercommissie tot de verzuchting dat het zicht ontbreekt op het verband tussen al die initiatieven. Verder vraagt deze fractie zich af hoe dit alles zich nu eigenlijk verhoudt tot de praktijk, waarin de bestuurlijke lus toch ook al wordt gebruikt, maar dan op informele wijze. Terechte vragen, lijkt me.

---

2. TK 2007/08, 31 352, nrs. 1-3.

Voor- en nadelen van een wettelijk geregelde bestuurlijke lus

Denkt u nu niet dat iedereen voorstander is van de bestuurlijke lus. Er zijn ook criticasters. Denk aan Marseille en Rop (preadvies Jonge VAR 2007), maar ook organisaties als de NVVR (advies 28 februari 2003) en de Raad voor de Rechtspraak (advies aan de minister van 19 oktober 2006, kenmerk UIT 9624/ONTW WR) hebben zich kritisch over de lus uitgelaten.

Zij hebben er op gewezen dat een wettelijk geregelde bestuurlijke lus:

– te formeel is en de flexibiliteit van de huidige praktijk mist;
– vooral het bestuur zal helpen, en niet de burger, zodat de gelijkwaardigheid van partijen in de procedure bij de rechter zal kunnen worden verstoord;
– de neiging zal doen ontstaan te focussen op het herstel van gebreken, waarmee de functie van een vernietiging verloren dreigt te gaan;
– het gevaar inhoudt dat de rechter zich gaat bezighouden met de gewenste inhoud van het na de vernietiging te nemen besluit;
– de doorlooptijd bij de rechter, vooral bij de rechtbanken, zal doen oplopen;
– zal leiden tot een extra belasting van de rechterlijke macht;
– de kosten van rechtspraak zal doen oplopen; en
– *onnodig* is, omdat hetzelfde effect ook nu al kan worden bereikt door beter vooronderzoek, een snelle vernietiging, vergezeld van de opdracht een nieuw besluit te nemen, met daaraan gekoppeld een termijn, zonodig versterkt met een dwangsom, en met bespreking van alle relevante beroepsgronden.

Maar de tegenstanders zijn in de minderheid. Naast genoemde wetenschappers zijn voorstander: de ministerraad, de grote politieke partijen (waaronder PvdA, CDA en VVD), de VNG, de G4 (wethouder Stadig voorop), de werkgroep Randstad Urgent, en vele geledingen uit het bedrijfsleven, waaronder Bouwend Nederland. Zij roemen de voordelen van de bestuurlijke lus, die

– *nodeloze vertraging* bij gerechtelijke procedures zal helpen voorkomen;
– de wetgeving *robuuster* zal maken;
– bestuursorganen de gelegenheid biedt fouten eenvoudig te herstellen;
– zal leiden tot versnelling en kostbare tijdwinst.

De indieners zien als voordeel van een *wettelijke* regeling nog dat deze

– helderheid verschaft over de juridische status van overwegingen in de tussenuitspraak;
– het makkelijker maakt het bestuursorgaan te binden aan termijnen, en deze te handhaven;
– de bestuursrechter stimuleert de lus ook echt te gaan gebruiken; en
– de bestuurlijke lus ook voor de buitenwereld kenbaar en controleerbaar maakt.

Volgens de indieners van het wetsvoorstel is de lus hard nodig omdat we in Nederland problemen hebben om van planvorming tot uitvoering te komen. Voor iedereen is zichtbaar, zo staat in de toelichting, dat de mobiliteit in Nederland een groot probleem is 'en ook voor onze kinderen zal er gebouwd moeten worden'.

Het is interessant om op de site van 'luspromotor' Bouwend Nederland te lezen dat er één zwakke plek in het wettelijk systeem zit, te weten: de rechter. 'Het is aan de

rechter om te beoordelen of een besluit gerepareerd kan worden. De vraag of de lus een succes zal worden, hangt daarmee geheel van de bestuursrechter af.' Kennelijk ziet deze organisatie de rechter als risicofactor bij het (sneller) realiseren van projecten. Een risico dat zich slecht laat managen. In mijn ogen is meer reëel het advies van de Commissie versnelling besluitvorming infrastructurele projecten', ook wel bekend als de commissie-Elverding. In het rapport 'Beter en sneller' van april 2008 komt deze commissie tot de conclusie dat de oorzaken voor de vertraging in de realisering van grote projecten divers zijn. De commissie wil voortaan bij grote projecten een brede verkenningsfase met alle betrokken partijen, zodat vroegtijdig kennis wordt genomen van bezwaren en weerstand tegen het voorgenomen project, en daarna een voorkeursbesluit en een opleveringstoets. Maar de commissie vraagt ook aandacht voor verbeteringen in de ambtelijke voorbereiding van besluiten en in de bestuurscultuur. Naast aanpassingen in de sectorale wetgeving bepleit de commissie invoering van ... u raadt het al ... de bestuurlijke lus.

Voor mij onverwacht is de steun voor de bestuurlijke lus van Milieudefensie. Milieudefensie vindt het prima als er flinke tijdwinst wordt geboekt. Zij vraagt wel aandacht voor zorgvuldigheid, de mogelijkheid om nadat nieuwe informatie of een nieuw besluit is afgekomen haar bezwaren nogmaals toe te lichten, en een eerlijke rechtsgang.

Opzet van de regeling

Nu iets over de inhoud van de regeling. Hoe ziet de voorgestelde regeling eruit?
Kern van de regeling is dat de rechter, als hij stuit op een gebrek in een besluit dat tot vernietiging van dat besluit moet leiden, het bestuursorgaan in de gelegenheid kan stellen, het gebrek te repareren. Het bestuursorgaan kan het gebrek repareren door een nieuw, vervangend besluit te nemen, of door een andere handeling, bijvoorbeeld door een brief te zenden aan de rechter met een aanvullende motivering, of door een nader advies of rapport in te zenden, waarin de eerder gesignaleerde gebreken worden hersteld. Anders dan nu wel gebeurt, biedt de rechter de gelegenheid tot reparatie niet meer met een (griffiers-)brief of in een 8:64-beslissing, maar giet hij de lus in de vorm van een (formele) tussenuitspraak. De rechter is bij de einduitspraak aan die tussenuitspraak gebonden. Van de tussenuitspraak is geen hoger beroep mogelijk.

Wijzigingen ten opzichte van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht (Wabp)

De indieners hebben kunnen profiteren van de kritiek die is geleverd op eerdere proeven van de bestuurlijke lus.

– In het voorstel is één regeling voor de lus opgenomen, die zowel geldt voor beroep als voor het hoger beroep. De afzonderlijke regeling van de lus voor het hoger beroep in de Wabp (artikel 8:94 Wabp) is niet overgenomen.
– Verder is de koppeling losgelaten van de tussenuitspraak aan de gegrondverklaring van het beroep (artikel 8:80a van de Wabp). Dit is een verbetering, want in die fase gaat het er niet om of het beroep gegrond is, maar of het besluit geheel of ten dele moet worden vernietigd.

– In het voorstel is duidelijk verwoord dat de bestuurlijke lus in elk stadium van de procedure bij de rechter kan worden toegepast, ook in het *vooronderzoek*, hetgeen een duidelijke verbetering is.
– Verder is in dit voorstel nu geregeld dat de rechter die de tussenuitspraak doet, daarbij ook een voorlopige voorziening kan treffen, ook ambtshalve, ten aanzien van het aangevochten besluit (artikel 8:80b, lid 3). Ook dit is een verbetering.
– Het voorstel spreekt over het herstel van 'een gebrek'. Beter was het geweest de terminologie van de Wabp te hanteren (artikel 8:80a, lid 1), waarin over de 'aangeduide gebreken' (meervoud) wordt gesproken, dit omdat de indieners graag zouden zien dat de rechter bij de tussenuitspraak in één keer alle gebreken in het besluit opsomt, *met* de wijze waarop die zouden kunnen worden hersteld.
– Weggelaten is de bepaling uit de Wabp (artikel 8:80a, lid 2) dat de lus geen toepassing vindt, indien belanghebbenden die niet als partij aan het geding deelnemen daardoor onevenredig kunnen worden benadeeld. Dit valt goed te begrijpen. Deze regel spreekt voor zich, opnemen in de wet is niet noodzakelijk.
– Verdwenen uit het voorstel is een wettelijke termijn voor de rechter (twaalf weken) waarbinnen de rechter uitspraak *moet* doen (artikel 8:80c, lid 3), nadat het bestuur heeft aangegeven op welke wijze het gebrek wordt hersteld. In het voorstel wordt de termijn aan de rechter overgelaten. Kennelijk hebben de indieners wel vertrouwen in de rechter.

Kanttekeningen

Wat van de voorgestelde regeling te denken? Ik ben er positief over, maar er zijn wel enkele kanttekeningen te plaatsen. Ik formuleer er hier vier.

1. De voorgestelde Wabp bevat, naast de regeling voor de bestuurlijke lus, ook een voorstel tot wijziging van de artikelen 6:18 en 6:19 Awb. Het voorstel van Vermeij c.s. niet. Ik hoop dat dat geen problemen oplevert, maar vrees het ergste. Mogelijk valt het mee als de rechters bereid zijn de artikelen 6:18 en 6:19 (nog) soepeler te gaan hanteren.

Wat moet worden voorkomen, is dat het na de tussenuitspraak door het bestuur genomen vervangende besluit niet in de procedure bij de rechter kan worden meegenomen, omdat het niet voldoet aan de eisen van de artikelen 6:18 en 6:19 Awb. Dat kan wat mij betreft beter worden geregeld via een aanpassing en versoepeling van de artikelen 6:18 en 6:19, waarbij ook aandacht wordt besteed aan toepassing van de lus in hoger beroep, dan via het voorstel van de indieners, die aangeven dat complicaties kunnen worden verholpen als de bestuursrechter zijn tussenuitspraak zorgvuldig formuleert.

2. Meer moeite heb ik met de bepaling (artikel 8:80a, lid 2) die voorschrijft dat de tussenuitspraak zoveel mogelijk vermeldt op welke wijze het gebrek kan worden hersteld. In de toelichting staat het als volgt omschreven:

'De bestuursrechter dient daarom in heldere – en dus niet voor enig misverstand vatbare – bewoordingen aan te geven wat het bestuursorgaan moet doen.'

Dat lijkt me principieel onjuist. De rechter toetst besluiten op rechtmatigheid aan de hand van daartegen aangevoerde beroepsgronden, behoudens aspecten van openbare orde. De rechter moet een gebrek in de besluitvorming duiden, en moet beslissen of het bestuursorgaan de gelegenheid krijgt dat gebrek tijdens de procedure te repareren. Niets minder, maar ook niets meer. Als de rechter het gebrek in de tussenuitspraak helder heeft aangeduid en heeft aangegeven welke rechtsregel is geschonden, dan zal daar doorgaans uit volgen *of* het gebrek reparabel is, en zo ja, op welke wijze het kan worden gerepareerd. Het is dan vervolgens de verantwoordelijkheid van het bestuur te beslissen of het gebrek al dan niet zal worden hersteld. Ik herinner mij een zaak over het carillon in Utrecht, waarbij de rechter keer op keer heeft aangegeven dat er gebreken in de besluiten zaten. Het bestuur heeft die uitspraken gewoon naast zich neergelegd. Het carillon klinkt nog steeds en net zo luid als vroeger. Uiteindelijk blijft het een keuze van het bestuur, wat het met uitspraken van de rechter doet.

Als de rechter bijvoorbeeld in de tussenuitspraak aangeeft dat het besluit voor vernietiging in aanmerking komt, omdat in bezwaar ten onrechte geen hoorzitting is gehouden, of omdat het ontwerpbesluit te kort ter inzage heeft gelegen, dan mag je toch hopen dat het bestuur begrijpt hoe het gebrek kan worden hersteld. Dat hoeft de rechter dan toch niet te spellen. Nadere instructies van de rechter zijn dan niet nodig. Met te vage nadere instructies schiet het bestuur ook niets op. Na een zorgvuldigheids- of motiveringsvernietiging zit niemand te wachten op de vingerwijzing van de rechter dat het nieuwe besluit zorgvuldig moet worden voorbereid en deugdelijk moet worden gemotiveerd. Gevaarlijk wordt het, want de grenzen van de Trias worden dan overschreden, als de rechter gaat bepalen welke belangen alsnog moeten worden onderzocht, hoe de weging van die belangen dient plaats te vinden, en wat daarvan de uitkomst zou moeten zijn.

De rechter toetst overheidsbesluiten op rechtmatigheid, hij moet niet (mede) verantwoordelijk worden voor het te nemen besluit en voor de reparatie van door hem geduide gebreken. Dat maakt hem ongeloofwaardig voor de burger die nadien tegen het gerepareerde besluit opkomt. Aantasting van het gezag van rechterlijke uitspraken ligt op de loer. En dat gezag is tegenwoordig toch al niet vanzelfsprekend. Overigens zal de burger zonder professionele rechtsbijstand de helpende hand van de rechter aan de tegenpartij, het bestuur, ook niet goed begrijpen.

Stelt u het zich als volgt voor. U komt in beroep op tegen een besluit met een klacht, terecht zo blijkt, de rechter geeft u gelijk, het besluit is op dat punt fout en moet worden vernietigd. Als reactie daarop geeft de rechter uw tegenpartij de kans het gebrek te herstellen, en, als klap op de vuurpijl, legt hij het bestuur ook nog uit hoe het dat moet doen. De rechter als 'legal adviser' van het bestuur. Ik zie het motto al: 'de rechtspraak'; voor herstel van alle gebreken in uw besluiten!

Als de rechter partijen gelijkwaardig moet behandelen, waarom helpt hij dan de burger ook niet bij het aanwijzen van de overige gebreken in het besluit, buiten de beroepsgronden om? Nee, dat mag niet, zo weten wij allemaal, want dan gaat de rechter buiten de omvang van het geschil om en handelt hij in strijd met artikel 8:69, eerste lid Awb. Dat brengt mij bij mijn derde kanttekening.

3. In de toelichting bij het voorstel valt het volgende te lezen: 'Wij achten het zeer wenselijk om het bestuursorgaan in een zo vroeg mogelijk stadium van de beroepsprocedure met alle gebreken van het besluit te confronteren. Deze handelwijze draagt bij aan een efficiënt verloop van de beroepsprocedure, en vergroting van het draagvlak voor bestuursrechtspraak in het algemeen.'

Er zit spanning tussen de wens van wetgever en bestuur om de rechter zo veel mogelijk *alle* gebreken in een besluit te laten aanwijzen, en de beperking van de omvang van het geschil bij de rechter tot de beroepsgronden. Los van ambtshalve te controleren punten is het niet de taak van de rechter *alle* gebreken aan te wijzen, indien de in beroep aangevoerde klachten niet aan die gebreken raken. Sinds 1994 zijn we het hierover volgens mij eens. Wie had gedacht dat het bestuur nog eens zou hunkeren naar de volle rechtmatigheidstoets?

4. Ik kom bij mijn laatste kanttekening, en die betreft de reikwijdte van de figuur van de tussenuitspraak. De tussenuitspraak, neergelegd in het voorstel (afdeling 8.2.7), is (door de koppeling met artikel 8:51a) louter bedoeld om de bestuurlijke lus vorm te geven. Dat is jammer in die zin, dat we tussenuitspraken ook goed zouden kunnen gebruiken voor bijvoorbeeld het geven van bewijsopdrachten, en voor het stellen van prejudiciële vragen. Er moet een meer algemene regeling van de tussenuitspraak in de Awb komen, maar toegegeven, dat kan ook in een later stadium.

Afronding

Het initiatief van Vermeij, Koopmans en Neppérus valt te prijzen. Een algemene regeling van de bestuurlijke lus in de Awb heeft de voorkeur boven afzonderlijke lussen voor afzonderlijke klussen. Maatwerk en finetuning kan zonodig plaatsvinden in de sectorale wetgeving.

De voorgestelde regeling kan prima werken en een bijdrage leveren aan meer finale rechtsbescherming, als de rechter soepel omgaat met het meenemen van reparatiebesluiten, als hij niet inhoudelijk gaat meeprocederen en als hij overigens verstandig met zijn bevoegdheid omgaat.

Dat betekent dat hij bij de vraag 'wel of niet lussen?' op een aantal aspecten moet letten. Ik noem er een paar.

- Wat is de aard van het gebrek: is het gebrek reparabel?
- Is reparatie aannemelijk, binnen een acceptabele termijn?
- Wat gaat sneller: lussen of vernietigen? Bij sommige bestuursorganen is vernietigen waarschijnlijk een snellere optie dan lussen; bij andere ligt dit precies andersom.
- Wat willen partijen? Wil het bestuur repareren, of wil het in hoger beroep?
- Wil het bestuur een echte tussenuitspraak? Of is een afspraak op de zitting over de herstelroute, vastgelegd in het proces-verbaal, voldoende?
- Spelen er belangen van derden, die niet aan de procedure deelnemen?
- Is een andere route voor finale geschilbeslechting aangewezen?

Om een goede keuze te kunnen maken, heeft de rechter informatie van partijen nodig, en vooral van het bestuursorgaan. Dat kan schriftelijk, maar bespreking van

de te kiezen route gaat makkelijker op een (regie-)zitting, bij voorkeur zo snel mogelijk in de procedure.

Daar kan de rechter de eisende partij ook uitleggen wat de mogelijkheden zijn: *of* nu een vernietiging, terug naar bezwaar, wachten op het nieuwe besluit, om daarna mogelijk weer beroep in te moeten stellen, *of* lussen, en binnen korte tijd (dat zal al snel drie à vier maanden worden) een vervolgbijeenkomst bij de rechter. Hopelijk begrijpt die burger dan dat de lus ook voor hem positief kan uitpakken; zelfs als de burger uiteindelijk van de rechter geen gelijk kan krijgen.

De regeling van de bestuurlijke lus in de Awb is een belangrijke verbetering, maar geen wondermiddel. Het bestuur zal zelf moeten werken aan verbetering van de kwaliteit van de besluitvorming. Immers, bij een besluit zonder gebreken hoeft de lus niet te worden toegepast, en is er ook geen vertraging. Is er wel een reparabel gebrek, dan kan de lus goede diensten bewijzen. Is de reparatie geslaagd, dan zal het nieuwe besluit de rechterlijke toets kunnen doorstaan. Op een geslaagde lus volgt dan een rechterlijke kus.

Eind goed, al goed. Dank voor uw aandacht.

Toelichting door de preadviseurs[1]

Mr. S.E. Zijlstra

Toen ik ruim tien jaar geleden universitair docent in Rotterdam was, werd ik eens ingeschakeld voor een onderzoek in opdracht van de Rijksluchtvaartdienst. Daaraan lag het volgende probleem ten grondslag. Vliegveld Beek in Limburg zou worden uitgebreid en de omwonenden zouden daardoor eventueel schade lijden. Die schade werd in juridische zin veroorzaakt door uiteenlopende besluiten: een aanwijzing van de minister op basis van de Luchtvaartwet en bestemmingsplanwijzigingen door verschillende gemeenten in de regio. Omdat de schade per saldo door één activiteit, namelijk de uitbreiding van het vliegveld, werd veroorzaakt, was de gedachte de nadeelcompensatie bestuurlijk in één hand te leggen. Of ik dat even kon organiseren.

Ik heb toen een gemeenschappelijke regeling op basis van de Wet gemeenschappelijke regelingen (Wgr) ontworpen. Daarin zouden de betrokken bestuursorganen hun bevoegdheid tot nadeelcompensatie inbrengen. Het algemeen bestuur van de gemeenschappelijke regeling zou een commissie instellen, bestaande uit een aantal schadedeskundigen, die op basis van door het algemeen bestuur van de gemeenschappelijke regeling ontworpen bepalingen de nadeelcompensatie zou gaan toekennen. Dit was het Schadeschap Vliegveld Beek; ik heb er, geloof ik, ergens nog een WordPerfectdocumentje van.

Het schadeschap is er bij mijn weten nooit gekomen, maar tot mijn verrassing las ik in 1998 in de *Staatscourant* dat er een Schadeschap Vliegveld Schiphol in het leven was geroepen. Oprichters waren de Staat, de provincie Noord-Holland en betrokken gemeenten. Overheden brachten geld en bevoegdheden in met het oog op nadeelcompensatie in verband met uitbreiding van Schiphol; voor de toekenning van de nadeelcompensatie werd een commissie ingesteld.

Hoe zit het nu met de normering van het handelen van dat schadeschap? Het is een openbaar lichaam op basis van de Wgr, dus een rechtspersoon, krachtens publiekrecht ingesteld in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). De organen van die rechtspersoon, in casu de commissie die de schadevergoeding toekent, zijn voor al hun handelen bestuursorganen. De Awb is van toepassing, de Wet openbaarheid van bestuur (WOB) is van toepassing, de Nationale ombudsman is bevoegd, de

1. De inleidende beschouwingen van de preadviseurs zijn op het programma gezet omdat de bespreking van de preadviezen door J.A.F. Peters in het Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht de abonnees dit jaar niet tijdig heeft bereikt. Zie ook het begin van de interventie van Peters, de eerste interventie in de ochtend. [Red.]

mensen die voor de gemeenschappelijke regeling werken zijn ambtenaar, het Europese aanbestedingsrecht is van toepassing en er geldt geen 'voor zover'-criterium: alle handelingen vallen in beginsel volledig onder de werking van het publiekrecht.

In dit verband wil ik een gedachte-experimentje met u doen. Stel nu eens dat de Limburgse betrokkenen destijds niet bij mij waren gekomen, maar bij de huisadvocaat, die meestal civilist is en in andere gevallen doorgaans een bestuursrechtjurist die niet zo veel verstand van de Wgr heeft. Men had dan het plan kunnen opvatten een stichting op te richten die met door de overheden ingebracht geld op verzoek van belanghebbenden nadeelcompensatie gaat toekennen. De Stichting Nadeelcompensatie Beek gaat aan het werk en krijgt een brief van iemand die meent niet het volle pond te hebben gekregen. Als de betrokkene een brief heeft teruggekregen met de mededeling dat hij ongelijk heeft, wendt hij zich tot de bestuursrechter. Wat moet de bestuursrechter nu doen?

De constructie is in strijd met de Provinciewet, met de Gemeentewet en met artikel 10:15 Awb, en komt vermoedelijk ook neer op onaanvaardbare doorkruising van de Wgr. Juridisch zit het dus niet helemaal goed, maar als we de redenering achter de bekende Silicose-jurisprudentie volgen, is het denkbaar dat de bestuursrechter de kwalificatie 'bestuursorgaan' van toepassing acht omdat hij het heel ongelukkig vindt dat de betrokkene voor een beoordeling van de beslissing omtrent de nadeelcompensatie naar de burgerlijke rechter zou moeten. Hoewel ik van een uitspraak in deze zin van de bestuursrechter geen voorbeeld heb, denk ik dat de Silicose-redenering hier zou *kunnen* worden gevolgd. Of zou daarmee toch een grens worden overschreden die in de Silicose-jurisprudentie is getrokken? We weten het niet. De grens is in ieder geval onduidelijk.

Met dit voorbeeld wil ik laten zien dat bij wat ik nu maar even platweg overheidsactiviteiten noem, de keuze voor een publiekrechtelijke of een privaatrechtelijke rechtsvorm betrekkelijk willekeurig is. Men wendt zich tot mij, of men wendt zich tot iemand anders, en dat levert een publiekrechtelijke dan wel een privaatrechtelijke rechtsvorm op. Verder wil ik duidelijk maken dat de privaatrechtelijke rechtsvorm in dit geval onnodig is, omdat de Wgr een keurig publiekrechtelijk alternatief biedt. Kortom, we moeten wat mij betreft van vermommingen van de overheid af en als de overheid zich tóch vermomt, moet de bestuursrechter dat afstraffen, terwijl eventuele tekortschietende publiekrechtelijke alternatieven moeten worden verbeterd.

Dit is, heel in het kort gezegd, de boodschap van mijn preadvies.

Mr. R.A.J. van Gestel

Mijn bijdrage zal meer een improvisatiekarakter hebben dan die van Zijlstra. Met de titel van mijn preadvies, 'In de schaduw van het bestuursrecht', wil ik het volgende zeggen. Als we naar buiten kijken, zien we dat de zon schijnt. Ik maak een vergelijking met de wereld van de planten. Er zijn planten die goed groeien in de volle zon, maar er zijn ook planten die in de volle zon verbranden, zeker als je ook nog gaat sproeien. Er zijn ook planten die het goed doen in de schaduw. Mijn preadvies gaat over figuren die in het bestuursrecht wat minder gebruikelijk en misschien wat minder bekend zijn dan vergunningen, besluiten of beschikkingen. Het gaat over

convenanten, certificeringssystemen en normalisatienormen, fenomenen die je met exotische planten zou kunnen vergelijken. In mijn preadvies heb ik me afgevraagd of die 'vreemde planten' het eigenlijk in de schaduw van het bestuursrecht erg goed doen, zodat je ze vooral daar moet laten, of dat je ze misschien uit die schaduw moet halen en meer in de zon moet zetten. De wetgever zou deze figuren als het ware meer in de zon kunnen zetten door er iets voor te gaan regelen.

Het preadvies is min of meer geschreven vanuit verwondering. Toen ik voor het eerst over het onderwerp ging nadenken, ontdekte ik dat er heel veel beleid is, dat er al sinds nota's als 'Zicht op wetgeving' op neerkomt dat we méér met figuren als convenanten, zelfregulering en certificering zouden moeten doen. Als je dan vervolgens het juridische discours bekijkt en je in bestuursrechtelijke jurisprudentie en de bestuursrechtelijke doctrine verdiept, word je eigenlijk niet veel wijzer. Vanaf eind jaren tachtig tot begin jaren negentig is er weliswaar een uitgebreide convenantendiscussie gevoerd, maar als ik die literatuur op me laat inwerken, heb ik het idee dat we er niet heel veel verder mee zijn gekomen. De gedachtewisseling had vooral betrekking op de vraag of convenanten nu privaatrechtelijke of publiekrechtelijke overeenkomsten zijn, en in mijn perceptie is de discussie op een gegeven moment gestopt zonder dat op die vraag een duidelijk antwoord was gegeven. Dat hoeft ook eigenlijk geen verwondering te wekken, want volgens mij is voor convenanten (maar ook voor andere vormen van zelfregulering) kenmerkend dat ze iets privaatrechtelijks en iets publiekrechtelijks hebben. Het zijn planten met een hybride karakter, zou je kunnen zeggen.

Als je, zoals ik heb geprobeerd te doen, door de bril van de wetgever naar zelfregulering kijkt, kun je in twee richtingen denken. Je kunt ervoor kiezen deze planten in de schaduw te laten en ervan af te blijven, of je kunt ze in de zon zetten. Van mijn kant heb ik geprobeerd ze wat meer in de zon te zetten, omdat ik van mening ben dat daarvoor goede gronden zijn. In de jurisprudentie zien we af en toe verwarring bestaan over de vraag wat we nu met die convenanten aan moeten. Zijn ze bijvoorbeeld bindend, moeten ze openbaar worden gemaakt? Hetzelfde geldt bij certificering. Daar zien we soms problemen van derde-partijen die niet bij de totstandkoming betrokken zijn geweest, maar toch op een of andere manier worden gebonden. Zulke problemen worden naar mijn idee niet echt opgelost in de Aanwijzingen voor de regelgeving, de Aanwijzingen voor convenanten en de diverse leidraden en checklists. Ik vind het goed dat ze er zijn, maar ze blijken bij scherpe beschouwing de problemen vaak eerder groter dan kleiner te maken.

Ook om een andere reden moeten we het vraagstuk van codificatie van vormen van zelfregulering op tafel brengen. Die reden ligt in het Europese domein. Op Europees niveau zien we een soortgelijke ontwikkeling als zich in Nederland heeft voorgedaan. Het beleid is erop gericht dat meer met zelfregulering wordt gewerkt. Europese richtlijnen zouden vaker moeten worden geïmplementeerd door middel van vormen van, in de Europese terminologie, *coregulering*: convenanten, certificering, normalisering. Door jurisprudentie van het Hof van Justitie wordt echter het gebruikmaken van deze figuren moeilijk gemaakt. Er worden vergelijkbare eisen gesteld als aan de meer bekende 'planten' in het bestuursrecht, op het punt van de rechtszekerheid, de afdwingbaarheid en de helderheid van de juridische status. Het is de vraag of wel aan die eisen kan worden voldaan.

In mijn preadvies ben ik, als buitenstaander in deze vereniging, vol in de aanval gegaan en heb ik geprobeerd wat regels voor zelfregulering te formuleren. Als het ware opnieuw beginnend heb ik de Awb opengebroken en wil ik er een discussie over aanzwengelen dat er best regels voor deze hybride figuren zouden kunnen komen. De aanwezigheid van het 'besluit'-begrip, het 'belanghebbende'-begrip en andere sleutelbegrippen in de Awb hoeft niet te betekenen dat we niets kunnen regelen. De totstandkoming van een regeling zou in mijn ogen het voordeel hebben dat er een doctrine ontstaat, dat de rechter méér met deze figuren gaat doen en dat er hopelijk meer duidelijkheid komt.

Al met al zou ik zeggen: lees het preadvies, lees vooral ook de samenvatting van Peters in het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, en we komen er vandaag in de discussie nog op terug.

Mr. A.A. Freriks

Allereerst dank ik het bestuur van de VAR voor de uitnodiging een preadvies te schrijven. De dankbaarheid was overigens niet op ieder moment in het traject even voelbaar. Er zijn altijd momenten waarop je denkt: waar ben ik in godsnaam aan begonnen! Uiteindelijk lag het preadvies er dan toch, als resultaat van een avontuurlijke ontdekkingsreis. Later vandaag zal ik daarop nog wel terugkomen.

Het onderwerp van mijn preadvies is *handhaving*, waarbij met name aandacht wordt besteed aan allerlei private organisaties die in relatie tot publieke normstelling ontstaan. Ik heb geprobeerd tot een antwoord te komen op de vraag of die organisaties wel zo privaatrechtelijk zijn als ze zijn bedoeld. Mijn medepreadviseur Van Gestel heeft met 'In de schaduw van het bestuursrecht' een prachtige titel gekozen, maar toen ik met mijn eigen onderwerp aan de slag ging, trof ik vooral 'de stilte van het bestuursrecht' aan. Over het onderwerp wordt betrekkelijk weinig nagedacht, althans gepubliceerd, een omstandigheid die het eens te meer leuk maakt om er vandaag over van gedachten te wisselen.

Private handhaving doet zich in allerlei varianten voor. Van Gestel en Zijlstra hebben voor een deel onderzocht hoe de verhouding ligt in gevallen waarin de overheid zich wil terugtrekken en taken aan de private sector wil overdragen of opdragen. Moeten, zo vragen mijn medepreadviseurs zich af, de handhavingsactiviteiten tot het privaatrecht worden gerekend of hebben we toch nog steeds op de een of andere manier te maken met de overheid? In mijn preadvies heb ik voor een omgekeerde benadering gekozen. Bij een bottom-upanalyse blijkt dat er in de private sector allerlei dingen aan de gang zijn. In mijn beroepsveld is heel duidelijk zichtbaar dat bepaalde sectoren van het bedrijfsleven zelf dingen gaat organiseren en voor naleving van publieke normen gaat zorgen. Binnen de productiesectoren worden allerlei private kwaliteitssystemen opgezet, waarin allerlei elementen te bespeuren zijn die buitengewoon veel op bestuursrechtelijke elementen lijken, zij het in een private context.

In het bijzonder heb ik onderzocht of er bij het opzetten van een dergelijk systeem vanuit het publiekrecht randvoorwaarden gelden. Daarbij heb ik aandacht besteed aan het EG-rechtelijk kader en aan het EVRM, maar heb ik ook bekeken wat über-

haupt de rol van de overheid bij de handhaving van publieke normstelling is. Een belangrijk punt van discussie in de praktijk is op het ogenblik dat de overheid op de achtergrond altijd aanwezig blijft, waardoor des te prominenter de vraag aan de orde komt wáár we ons nog in het publiekrechtelijk kader bevinden, waar het privaatrecht in beeld komt en waar de grenzen liggen.

De grensgeschillen heb ik in beeld gebracht door jurisprudentie van de bestuursrechters en van de Hoge Raad te schetsen waarin men buitengewoon blijkt te worstelen met de inzet van privaatrechtelijke instanties en met de vraag of, vooral ook met het oog op de gevolgen voor de toetsing door de rechter, aan het optreden van die instanties een bestuursrechtelijk karakter moet worden toegekend, of dat het iets privaats is. Aan de hand van enkele elementen van privaatrechtelijke kwaliteitssystemen ben ik nagegaan hoe je in relatie tot het bestuursrecht tegen deze figuren aan zou moeten kijken. De randvoorwaarden en de grensgeschillen zijn in het verleden al behoorlijk in beeld gebracht, maar de vraag naar de praktische invulling en de wenselijke juridische vormgeving heeft mij mijn avontuurlijke ontdekkingsreis doen maken. In allerlei beleidsstukken wordt het fenomeen *toezicht op controle* geïntroduceerd. Er wordt iets georganiseerd in de private sector en de overheid houdt toezicht op het systeem, maar we stuiten op de eerder genoemde 'stilte van het bestuursrecht', naast trouwens ook voor een belangrijk deel de 'stilte van het privaatrecht', als we proberen in kaart te brengen hoe een en ander juridisch moet uitwerken, in welk kader dat moet, welke randvoorwaarden daarbij moeten gelden, wie er eigenlijk precies in beeld moet komen en wat de meest aangewezen rechter is om geschillen te beoordelen. Eigenlijk zouden we hier zowel met bestuursrechtjuristen als met privatisten bij elkaar moeten zitten om het grensvlak verder te verkennen.

Mijn hoop is erop gericht dat we vandaag niet de geschiedenis van in het verleden verschenen jurisprudentie hoeven te herschrijven, maar een gedachtewisseling kunnen hebben over de koers die ten opzichte van de hier besproken varianten moet worden gevolgd. Er doet zich een heel duidelijke en niet te keren ontwikkeling voor, die ook *noodzakelijk* is, enerzijds vanuit het perspectief van de overheid en anderzijds vanuit het perspectief van de private sector. Het lijkt mij goed hier gezamenlijk te verkennen welke rol het bestuursrecht in dit soort discussies moet spelen.

Interventies, met reacties van de preadviseurs en zaalreacties (ochtendgedeelte)

Mr. J.A.F. Peters

In nummer 4-5 van het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* (NTB) heb ik naar aanleiding van de preadviezen een uitgebreide voorbeschouwing geschreven. Gisteren lagen bij mij de auteursexemplaren op de mat, maar blijkbaar hebben de abonnees het nummer nog niet ontvangen. Men heeft mijn beschouwing dus niet kunnen lezen, met dank aan TNT! TNT staat trouwens met het vervallen van het 'gouden aandeel' niet meer onder overwegende overheidsinvloed, zodat klagen weinig zin heeft! Was overigens het tijdschrift tijdig bij de abonnees bezorgd, dan hadden velen van de aanwezigen hier mijn bijdrage toch niet kunnen lezen. Van de voorzitter, die de gang van zaken in deze vergadering als gevolg van de late bezorging van het tijdschrift heeft aangepast[1] en die mij heeft gevraagd wat hoofdlijnen van mijn bespreking van de preadviezen in deze wat langer uitvallende interventie te verwerken, hoorde ik namelijk tot mijn niet geringe verbazing dat de VAR 1650 leden kent, een aantal dat in schril contrast staat tot het abonneebestand van het NTB. Dat er enig licht tussen zit, kan ik billijken, maar het verschil is te groot! Dus, dames en heren, voor € 143,50 bent u helemaal binnen!

In mijn bespreking in het NTB betreur ik het ontbreken van een algemeen deel bij de preadviezen. Ze staan wat losjes naast elkaar en dat is jammer, want er zitten belangrijke verbindingen tussen waarmee iedere preadviseur haar of zijn voordeel had kunnen doen. Dat wreekt zich bijvoorbeeld in het preadvies van Van Gestel, waar hij het mijns inziens met betrekking tot de bestuursrechtelijke kwalificatie van convenanten laat liggen. Zelf zegt hij hierover in de aanloop van hoofdstuk 4: 'de belangrijkste vraag [is] mijns inziens niet [...] wat de juridische status van convenanten en normalisatie- en certificatiesystemen is, maar wat bestuur en wetgever als de aangewezen functie van dergelijke alternatieve reguleringsmechanismen beschouwen en welke juridisch-bestuurlijke waarborgen daar bij horen'. Dat is een blik door een wetgevingsbril, die dan ook nog eens op de neus van een, naar zijn eigen zeggen, 'niet-Awb-mens' staat. Deze benadering valt te betreuren, want uiteindelijk

1. Zie voetnoot 3.

ligt bij de bestuursrechtelijke kwalificatie de sleutel tot de ontsluiting van het normatieve kader.

Omgekeerd hadden de andere preadviseurs weer heel wat van Van Gestel kunnen opsteken. Zijlstra en Freriks kiezen voor de bestuursrechtelijke vlucht naar voren en prediken een vergaande verbestuursrechtelijking van het private bestuur. Zij hadden in ieder geval van Van Gestel kunnen oppikken dat het buitengewoon lastig is allerlei grenzen tussen publiekrecht en privaatrecht in regulering vast te leggen. Juist in een algemeen deel hadden de verschillen die je nu kunt zien synergie kunnen opleveren. Nu blijven we, zonder dat ik de bekende Moppersmurf wil zijn, toch een beetje achter met enerzijds doorschietende idealen en anderzijds voorzichtige lege handen. Maar wellicht kunnen we hier de wetgevingsjurist Van Gestel vragen te bezien hoe je ten behoeve van concrete casusposities grenzen in regulering zou kunnen trekken. Ik denk hier bijvoorbeeld aan de casus van Stic, genoemd door Freriks.

In de preadviezen van Zijlstra en Freriks heeft 'privaat bestuur' eigenlijk een beetje een kwalijke klank. Het is de overheid *in disguise*, waarbij de vermomming duidelijk het oogmerk lijkt te hebben van iets ontlopen of iets frustreren. Dat lijkt mij niet in overeenstemming met de werkelijkheid. Het bestuur met of door particulieren is in onze maatschappij niet weg te denken. Het is een niet te ontkennen karakteristiek van onze samenleving, zowel in institutioneel verband als in individueel opzicht. Het behoort tot onze rechtscultuur dat burgers participeren in hun eigen bestuur en zich daartoe organiseren. Het overheidsbestuur maakt op zijn beurt met graagte gebruik van die maatschappelijke ordening. Daarom heb ik mijn *NTB*-beschouwing 'Privaat bestuur? Privaat bestuur!' genoemd.

In het preadvies van Freriks komt dit het meest pregnant naar voren bij de bespreking van de SKV-casus. De Hoge Raad kiest voor een oplossing waarbij hij spreekt van een verlengde arm van de overheid om via de Windmill-tweewegenleer het betrokken initiatief in de ban te doen. Deze oplossing is niet alleen qua juridische techniek, maar ook in meer beleidsmatige zin zeer laakbaar. In het geval van de SKV zette het particulier initiatief een belangrijke stap, door na de hormoonschandalen en de inzakkende markt voor kalfsvlees het voortouw te nemen. Er ontstaan dan inderdaad twee trajecten, het productschap met zijn eigen boetestelsel en het particulier initiatief van de SKV, met bijbehorende boetesystemen. Daarvan kun je zeggen: twee is te veel, één van de twee moet wijken. Het is alleen de vraag of dan per se het particulier initiatief moet sneuvelen. Bij mij leeft de vraag waarom met de opkomst en het succes van de SKV en haar private handhaving het toezicht door de productschappen zich niet heeft gewijzigd in, met een term van Freriks, *toezicht op controle*. Was er op tijd overgeschakeld op toezicht op controle, dan was er overigens ook geen zaak geweest.

Freriks schrijft: 'Deze arresten hebben grote invloed gehad op de gedachtevorming over de mogelijkheden om handhavingstaken over te laten aan de private sector.' Ik vraag mij af: wat is dan de lering die daaruit moet worden getrokken voor de private handhaving? Moeten we de SKV-jurisprudentie zien als een voorbeeld van belemmering van private handhaving door het publiekrecht? De Hoge Raad zet de SKV-casus in de sleutel van de tweewegenleer, en dat heeft consequenties voor de private handhaving, maar de wijze waarop dan private handhaving wordt belemmerd door de tweewegenleer (waarvan ik dan maar aanneem dat zij tot het publiek-

recht moet worden gerekend) is bepaald ingewikkeld en niet zonder kritiek. Via de kunstgreep van de verlengde arm wordt de SKV met de overheid vereenzelvigd, alsof het productschap de boete uitdeelt. Door de Hoge Raad is daarmee de privaatrechtelijke weg bestempeld als een weg die de overheid niet had mogen bewandelen, daar er een publiekrechtelijke optie bestond. Maar welke grote invloed is hiervan nu uitgegaan?

In de aanhef van hoofdstuk 10 van haar preadvies schrijft Freriks: 'Uit de SKV-arresten blijkt wel dat niet altijd op voorhand duidelijk is of werkzaamheden van een privaatrechtelijke rechtspersoon die als handhaving kunnen worden gekwalificeerd, in een privaatrechtelijk dan wel publiekrechtelijk kader moeten worden geplaatst.' Dat lijkt me gezien de constructie van de tweewegenleer een misvatting. De actie was privaatrechtelijk en bléép dat ook, zij het dat het ineens niet meer de SKV was die als actor gold, maar het productschap, en dat er dientengevolge sprake was van een onaanvaardbare doorkruising.

Dit zijn allemaal nadere vragen waarop de preadviseur vast wel wat antwoorden wil geven!

Ik kom ten slotte bij Zijlstra. Hij is op zoek naar de publiekrechtelijke steen der wijzen waarmee in één aanraking het private bestuur in normatieve zin plotseling publiekrechtelijk wordt. Geen luchtbruggen meer, geen analoge toepassingen, geen schakelbepalingen, geen 'voor zover'-werking meer, maar een rechtstreekse volledige onderwerping. Hij neemt daarvoor *overwegende overheidsinvloed* als criterium. En dat levert een heftig plaatje op, want de voorbeelden die hij noemt, liegen er niet om. Aan het criterium voldoen: NV Nederlandse Spoorwegen, Connexxion, de Luchthaven Schiphol, ProRail, Sdu, de Staatsloterij, Gasunie, NOVEM en het Gemeentelijk Havenbedrijf Rotterdam. Dat állemaal komt bij Zijlstra onder het begrip 'bestuursorgaan' te vallen. De vraag rijst dan natuurlijk: hoezo? Of, zoals Sjef van Oekel placht te zeggen: *waar heb dat nou allemaal voor nodig?!* Levert de enkele overwegende overheidsinvloed – dus een institutioneel aspect – een ratio op om het begrip 'bestuursorgaan' zo ver op te rekken?

Als Zijlstra betoogt dat het bovenstaande moet gelden voor echte hybride organisaties, dus voor private organisaties die openbaar gezag kunnen uitoefenen, krijgt hij mij wel mee. Daarover hebben wij trouwens ook samen geschreven in het Liber Amicorum van Ten Berge. Dat je dan in het systeem van de Awb minder rigide met a- en b-organen moet omspringen, lijkt mij nogal wiedes, maar hier gaat het veel verder. Ook heel gewone rechtspersonen uit de private sector vallen op deze manier onder het bestuursorgaanbegrip. Als je die stap neemt, moet je misschien nog wel veel méér stappen gaan nemen. In februari is het nieuwe voorstel voor de regulering van markt en overheid verschenen, een wijziging van de Mededingingswet, die nu op a-organen betrekking heeft, maar als je het begrip 'b-orgaan' zo ver wilt oprekken als Zijlstra wil doen, kom je voor de vraag te staan wat dat ruimere begrip voor de mededingingswetgeving betekent. Voor allerlei commerciële bedrijven die ik zojuist noemde, zouden publiekrechtelijke regels gaan gelden. Dat het klachtrecht voor de NS geldt, ontmoet bij mij niet zo veel bezwaar, maar het past niet voor deze bedrijven in al hun commerciële activiteiten het beginsel van integrale kostendoorberekening en het beginsel van functiescheiding te laten gelden. Het is overigens natuurlijk de vraag hoe je telkens de institutionele lijn die je nodig hebt, ontwaart. Ik noemde

zojuist TNT, met het 'gouden aandeel'. Dat gouden aandeel is een klein dingetje, dat misschien wél ineens overwegende overheidsinvloed oplevert. Hoe kun je constateren wat op dat punt de werkelijke situatie is? Weten private rechtspersonen dat zélf? Kan de rechter daarin zijn weg vinden?

Dit brengt mij op de cruciale casus in het preadvies van Zijlstra. Hij constateert een verschil tussen het geval waarin Rasti Rostelli optreedt in de gemeentelijke schouwburg en het geval waarin zo'n optreden door een stichting wordt georganiseerd. Dit werpt de vraag op of je misschien niet eerder zou moeten gaan sleutelen aan een brede diepgaande normering van de a-organen dan dat je de normering van de b-organen gaat ophogen om tot een betere balans tussen die twee te komen. Misschien is ook dat een vraag die hier aan de orde kan komen.

In de NTB-bespreking zitten nog veel méér vragen. Ik constateer dat in ieder geval de preadviseurs de bespreking hebben gelezen; niet ter controle, maar eerder ter lering ende vermaak heb ik die aan hen toegezonden.

Mr. A.A. Freriks

Van Gestel had mij al gewaarschuwd dat Peters in beeld zou komen als ik over de SKV-arresten zou gaan publiceren! Overigens denk ik dat de verschillen van mening niet echt fundamenteel zijn, maar dat wij de rol die de rechter in deze specifieke geschillen heeft aangenomen wel verschillend beoordelen. Hoewel de SKV-uitspraken in mijn preadvies een belangrijke plaats innemen, moeten we beseffen dat de problematiek rond de SKV een heel bijzondere context had omdat de Hoge Raad zich in belangrijke mate bekreunde om de consequenties in het licht van artikel 5 van de Wet op de economische delicten (WED). Nu de productschappen een dikke vinger in de pap van de stichting hadden, kun je je afvragen of er hier niet via een omweg twee overheidssancties ten tonele zouden kunnen komen, iets waaraan artikel 5 WED in de weg zou staan. Overigens is het wel aardig hierbij op te merken dat, zoals ik in een voetnoot heb opgenomen, in één van de SKV-arresten sprake is van een schikkingsvoorstel van het openbaar ministerie tegen een bedrag dat een fractie vormde van de boete die vanuit het SKV-systeem op de betrokken veehouders af kwam. Je kunt je dan ook afvragen in hoeverre we hier met een uiteindelijk wenselijke praktijkoplossing te maken hebben, maar vanuit juridisch perspectief kan ik mij de benadering van de Hoge Raad wel voorstellen. Op dit onderwerp kom ik straks nog terug, ook in het verband van *toezicht op controle*, waarover een specifieke vraag is gesteld.

Anders dan Peters zojuist veronderstelde, heb ik niet zozeer behoefte aan verbestuursrechtelijking van het private bestuur als wel aan duiding van het grensvlak. In mijn preadvies ga ik in op de vraag hoe vorm moet worden gegeven aan *toezicht op controle* in het geval van een privaat systeem met daarnaast een overheid die eveneens een handhavingstaak heeft. In de praktijk en in de onderhandelingen die tussen de sectoren en het ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit (LNV) over *toezicht op controle* worden gevoerd, blijkt nog veel onduidelijkheid over die vormgeving te bestaan. Het ministerie is blij met allerlei particuliere initiatieven en met de invulling van het *Beleidskader Toezicht op Controle* in de praktijk, maar aan de andere

kant wil het de handen vrijhouden om op ieder moment te kunnen optreden. Er is geen duidelijke werkafspraak. Hiermee pleit ik niet specifiek voor bestuursrechtelijke instrumenten en bestuursrechtelijke randvoorwaarden, maar voor duidelijkheid omtrent het grensvlak. In de kwalificatie van Peters herken ik mij niet.

Ook onderschrijf ik niet dat 'privaat bestuur' een kwalijke klank zou hebben. In mijn inleidende beschouwing van zojuist meen ik duidelijk te hebben aangegeven dat bepaalde ontwikkelingen in private sectoren onontkoombaar, maar ook noodzakelijk zijn, niet alleen voor de sectoren zelf, maar ook voor het kunnen waarborgen van de goede naam en de normstelling. Ik denk dat het een illusie is dat we hier met handhaving door de overheid zelf uit de voeten kunnen. Wat ik signaleer, is dat het juridisch kader onvoldoende duidelijk is, zonder dat ik de sectoren het ontlopen van publieke handhavingsmogelijkheden zou willen verwijten. Een knelpunt in de praktijk van het 'privaat bestuur', dat er volgens mij vooral op gericht is een aantal praktische dingen beter te organiseren, is het ontbreken van een voldoende helder juridisch perspectief.

Over de SKV-casus is opgemerkt dat zowel de te dien aanzien gehanteerde juridische technieken als de beleidsmatige consequenties daarvan onwenselijk zouden zijn. Tot op zekere hoogte is dat juist. Ik kan mij vinden in de opvatting van de Hoge Raad dat het de vraag is of een stichting op het functioneren waarvan de overheid zó veel invloed wil uitoefenen, nog wel als een privaatrechtelijk fenomeen kan worden gezien. De arresten van de Hoge Raad hebben op die vraag betrekking.

Zouden de problemen worden opgelost als je eerder zou overschakelen op *toezicht op controle*? Misschien wel. Eén van de discussiepunten van vandaag is hoe we problemen in de toekomst kunnen voorkomen. In ieder geval hebben de SKV-arresten veel invloed gehad op de discussies, ook op ministeries, over de te volgen gedragslijn. Niemand wil natuurlijk in procedures worden teruggefloten wanneer hij heel erg hard heeft gewerkt aan een systeem waarmee men een bepaald kwaliteitsniveau voor een sector probeert te realiseren en waarmee men de dingen probeert gezamenlijk goed te regelen. In het *Beleidskader* wordt duidelijk gekozen voor een ontkoppeling van de handhavingspoot van de overheid en het private systeem dat de sector opbouwt, in ieder geval in organisatorische zin. Privaatrechtelijke systemen die voorheen nog sterk onder invloed van het productschap stonden en waarin het productschap nogal wat zeggenschap had, worden ontkoppeld en in een afzonderlijke stichting ondergebracht. Er is dan sprake van een afzonderlijke regelinghouder die voor de algehele organisatie zorg draagt.

Met zo'n organisatorische ontkoppeling zijn we er natuurlijk nog niet. Terwijl in de private sector allerlei controles worden uitgevoerd en sancties worden opgelegd, blijft de overheid op de achtergrond aanwezig met een publiekrechtelijke handhavingstaak en met publiekrechtelijke bevoegdheden. Of met een organisatorische ontkoppeling aan de SKV-problematiek kan worden ontkomen, is op het ogenblik nog niet duidelijk. De eerste concrete invulling van het 'Beleidskader Toezicht op Controle' is nu vrijwel gereed, en bij de weg ernaartoe is behoorlijk geworsteld met de repercussies die de verhouding privaat-publiek in de toekomst zal gaan hebben. Het oogmerk is in ieder geval geweest dat tot opheffing wordt gekomen van de verstrengeling die voor de Hoge Raad aanleiding is geweest een sterk publiekrechtelijk karakter te signaleren, door een duidelijke organisatorische scheiding aan te

brengen, waarbij de overheid zich inhoudelijk niet met het functioneren van het privaatrechtelijk systeem bemoeit, maar zich beperkt tot het stellen van randvoorwaarden. Als aan die randvoorwaarden wordt voldaan, is de overheid bereid terughoudend te zijn in het uitoefenen van haar publiekrechtelijke bevoegdheden. Zoals ik in mijn preadvies heb aangegeven, laat dit alles onverlet dat de sporen op een gegeven moment parallel kunnen gaan lopen. De sancties in bepaalde sectoren hebben voor een heel belangrijk deel te maken met het mogen blijven aansluiten bij het systeem: als je niet aan de normen voldoet, moet je eruit, hetgeen niet wegneemt dat er aanleiding kan zijn om vanuit de publiekrechtelijke hoek sancties op te leggen. Ik denk hier bijvoorbeeld aan het stilleggen van een onderneming omdat er acute veiligheidsproblemen zijn. Die twee sporen zullen elkaar hoe dan ook blijven ontmoeten.

Ik erken dat in de SKV-casus een heel lastig probleem voor de Hoge Raad aan de orde is geweest en ik erken tevens dat deze lijn in de jurisprudentie voor de praktijk grote moeilijkheden veroorzaakt. Aan de andere kant denk ik dat het heel goed is met dat gegeven verder te gaan, iets wat men in het 'Beleidskader Toezicht op Controle' heel goed heeft geprobeerd te doen, door elementen in te bouwen die de scheiding helder kunnen maken en duidelijkheid omtrent het grensvlak kunnen bieden.

Mr. S.E. Zijlstra

Mijn dank voor de fraaie recensie, in, zoals Peters terecht heeft gezegd, ook een fraai tijdschrift. De interventie biedt voldoende gespreksstof voor de hele dag: Peters raakt de kern van alles waarover mijn preadvies gaat. Jammer genoeg heb ik bepaalde dingen kennelijk niet heel helder opgeschreven, want de weergave is niet helemaal in overeenstemming met wat ik heb bedoeld. Ik kom daar nog over te spreken.

Peters heeft het over een vergaande verbestuursrechtelijking van het private bestuur, maar dat is niet wat ik wil. Sterker nog, ik probeer in mijn preadvies juist een dam op te werpen tegen verbestuursrechtelijking van het echte particuliere initiatief. Het enige waarop ik publiekrechtelijke normering wil loslaten, is de overheid in vermomming: slechts een gering deel van de privaatrechtelijke rechtspersonen rondom de overheid. In zijn recensie vraagt Peters zich af wat er aan privaatrechtelijke rechtspersonen nog overblijft. Mijn antwoord luidt dan: het overgrote deel van de samenleving. Dat valt dus op zichzelf nog wel mee.

Voor het geval dat de formuleringen in mijn preadvies ontoereikend zijn, probeer ik nog eens puntig uiteen te zetten waar het mij om gaat. Ik wil ruimte laten voor het echte particuliere initiatief, door dit niet bestuursrechtelijk te normeren, maar het vrij te laten. Het particulier initiatief dat de overheid door middel van subsidiëring inschakelt, wil ik niet onder het bestuursrecht brengen. Zelfs ben ik geen tegenstander van het toekennen van openbaar gezag aan privaatrechtelijke rechtspersonen, mits er inderdaad sprake is van particulier initiatief, hetzij in de vorm van echte zelfregulering, hetzij in gevallen waarin het gaat om een taak waarvan de behartiging door de overheid zelf zó inefficiënt zou zijn, dat deze behartiging beter aan de markt kan worden overgelaten, eventueel in concurrentie, waarmee dan onder omstandig-

heden ook nog een kwaliteitsverbetering kan worden bewerkstelligd. Wél volledige publiekrechtelijke normering wil ik loslaten op de instellingen waarop de overheid overwegende invloed heeft. Dit betreft dan, nogmaals gezegd, slechts een klein deel van de hele discussie over privaatrechtelijke rechtspersonen die een publiek belang behartigen.

Waarom wil ik dit? *Waar heb dat nou voor nodig?* De nulvraag, die ik even kort aanstip, maar die voor de discussie essentieel is, luidt: vinden wij dat a-organen voor al hun handelingen onder publiekrechtelijke normering moeten vallen? Het systeem houdt in dat organen van rechtspersonen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld (gemeenten, provincies, de staat, et cetera) voor al hun handelen onder de Algemene wet bestuursrecht (Awb) vallen. Als men ervoor wil kiezen alleen gezagshandelingen onder publiekrechtelijke normering te laten vallen omdat men vindt dat ten aanzien van andere handelingen gerust met het privaatrecht kan worden volstaan, zitten we bij de nulvraag al op verschillende sporen. Ik ben ervan uitgegaan dat de rechtsontwikkeling met zich brengt dat a-organen volledig onder publiekrechtelijke normering moeten vallen.

Dit brengt mij bij de volgende vraag, uitgaande van bevestigende beantwoording van de nulvraag. Als de gemeentelijke schouwburg onderdeel van de rechtspersoon 'gemeente' is, valt alles wat daar gebeurt onder de Awb, maar in het geval van een Stichting Gemeentelijke Schouwburg, die volledig onder gemeentelijke controle staat, zou de Awb niet van toepassing zijn. Er zouden bij zo'n stichting wel ambtenaren werken, maar voor het overige zou er geen publiekrechtelijke normering gelden. Zo'n regiem vind ik onwenselijk, omdat we hier met een zuivere vorm van de overheid in vermomming te maken hebben. Natuurlijk is dan de vraag hoe je zoiets constateert en natuurlijk zullen zich lastige grensproblemen voordoen. Dat is waarom wij juristen het recht zo interessant vinden: wij richten ons graag op grensproblemen, maar over de voorbeelden die ik heb genoemd, kan in ieder geval geen discussie bestaan.

Mr. R.A.J. van Gestel

Ik stel naar aanleiding van het begin van de interventie van Peters vast dat het wenselijk is bij deze vereniging een reclamecode in het leven te roepen. Hoe die dan moet worden gehandhaafd, weet ik niet!

Door twee vragen voel ik mij aangesproken, in de eerste plaats door de vraag naar het algemeen deel. Zou, aldus Peters, er aan de drie preadviezen niet een overkoepelende beschouwing vooraf moeten gaan? De tweede vraag waarop ik wil ingaan, betreft de bestuursrechtelijke status van de convenanten.

Wat de eerste vraag betreft: wij hadden natuurlijk gehoopt dat Peters in zijn NTB-bespreking met een overkoepelende beschouwing zou komen, maar in onze eigen preadviezen heeft het ontbreken van zo'n algemeen deel volgens mij een praktische en een principiële verklaring. De praktische verklaring is dat ons is gevraagd vanuit verschillende expertises een bijdrage te leveren. Het onderwerp van de preadviezen is *privaat bestuur*. Mij is gevraagd er onder het aspect van de wetgeving naar te kijken, Zijlstra heeft de meer organisatierechtelijke benadering voor zijn rekening genomen

en mevrouw Freriks heeft bij het schrijven van haar preadvies de handhavingsbril op gehad. Ik denk dat het een hele toer zou zijn geweest er een algemeen dak boven te zetten en ik sluit ook niet uit dat we principieel van mening zouden kunnen verschillen over de vraag hoe dat dak eruit zou moeten komen te zien. Zelf heb ik het gevoel dat ik iets gemakkelijker geneigd ben bijvoorbeeld mixen van publieke en private arrangementen toe te staan dan mijn medepreadviseurs. Het is de vraag of je dan zonder erg veel moeite tot één algemeen deel kunt komen.

Over de bestuursrechtelijke status van convenanten wil ik twee dingen zeggen. In de eerste plaats is de vraag naar die status, zoals ook Peters zelf heeft aangegeven, niet de allerbelangrijkste. Ik heb mij enigszins laten leiden door de literatuur over dit onderwerp, die vooral aan het eind van de jaren tachtig en aan het begin van de jaren negentig is verschenen en waarin allerlei heel wijze bestuursrechtelijke specialisten zich over convenanten hebben uitgelaten. Onder anderen Zijlstra heeft erover gepreadviseerd. Ik stel vast dat niet echt duidelijk is geworden wat nu de bestuursrechtelijke status is of zou moeten zijn. Volgens mij is dat ook niet zo vreemd, want het probleem is nu juist dat het hier om hybride figuren gaat, die deels bestuursrechtelijke en deels privaatrechtelijke trekken hebben. Je kunt een convenant gemakkelijk helemaal bestuursrechtelijk definiëren, maar het is de vraag of je dat moet wíllen en welk probleem je ermee oplost. Ik heb van mijn kant wel een definitie gegeven, op bladzijde 149 van het preadvies, waar ik convenanten omschrijf als meerzijdige publiekrechtelijke rechtshandelingen, waarbij een toezegging wordt gedaan omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften door een bestuursorgaan. Hiermee ben ik al een heel eind opgeschoven in de richting van een publiekrechtelijke benadering, maar ik heb eraan toegevoegd dat het voor mij belangrijk is dat een doorwerking van privaatrechtelijke waarborgen mogelijk blijft. De kern van het beleid op het gebied van zelfregulering is dat we in de praktijk, of we dat nu leuk vinden of niet, behoefte hebben aan gemengde instrumenten die een combinatie zijn van publiek- en privaatrecht. Als je voor een goede wettelijke inkadering wilt zorgen, zul je in mijn ogen ook naar een mix van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke waarborgen toe moeten. In alternatieve systemen heb je hybriditeit en diversiteit nodig. In mijn preadvies staat de vraag centraal, hoe je daaraan nu vervolgens vorm moet geven.

Mr. J.M. Polak

Mijn opmerking betreft stelling 1 van Van Gestel: 'De Aanwijzingen voor de regelgeving schieten tekort bij het bieden van houvast voor het tot stand brengen van bijzondere bestuursrechtelijke wetgeving waarin wordt verwezen naar convenanten, private normen en certificaten.' In aansluiting hierop meen ik dat we de Aanwijzingen, wat ik op zichzelf wel betreur, voor de verdere discussie kunnen en moeten vergeten. Het gaat over de inhoud van eventuele wetgeving, en daar hebben de Aanwijzingen niet direct mee te maken. Ze bevatten vele nuttige modellen die door wetgevers kunnen worden gebruikt, maar de Aanwijzingen, die overigens ook niet naar de Tweede en de Eerste Kamer gaan, houden zich verder met de wetgeving niet bezig. Mijn voorkeur zou er dan ook naar uitgaan om als er iets aan de wetgeving

moet worden gedaan de tweede stelling van Van Gestel over te nemen en na te gaan of de Algemene wet bestuursrecht aanknopingspunten kan bieden voor wetgeving op dit belangrijke gebied. Ook andere wetgeving dan de Awb kan in aanmerking komen, maar het moet in ieder geval publiekrechtelijke wetgeving zijn.

Ik heb enigszins de neiging hier uiteen te zetten waarvoor de Aanwijzingen nu wél dienen, maar ik heb dat in ander verband al eens gedaan, en ik denk dat er zó veel te bespreken is, dat ik ermee moet volstaan de vergadering af te raden de Aanwijzingen in de problematiek van vandaag een rol toe te kennen, in het besef dat ze voor andere zaken nuttig kunnen zijn. Ik ben erkentelijk dat ik de gelegenheid heb gekregen om van de interessante preadviezen kennis te nemen en er een commentaartje bij te geven.

Mr. R.A.J. van Gestel

Ik dacht al: als je aan de Aanwijzingen komt, weet ik wel wie er in de zaal opstaat!

In mijn preadvies heb ik niet beoogd kritiek op de Aanwijzingen te leveren. Ik stel vast dat er in de Aanwijzingen veel waardevolle dingen staan, met name in paragraaf 2.1, de aanwijzingen over zelfregulering, onder meer inhoudende dat niet te snel naar wetgeving moet worden gegrepen en dat eerst moet worden nagegaan hoe het met nut en noodzaak gesteld is en of zelfregulering mogelijk is. Nu leg ik wetgevingsjuristen wel eens de vraag voor hoe zij omgaan met de vraag of er in plaats van voor een wettelijke regeling niet voor alternatieven moet worden gekozen. Meestal luidt het antwoord dat op het moment dat de wetgevingsjurist een notitie op zijn bureau krijgt, de keuze al lang is gedaan en dat de wetgevingsjurist dan wordt geacht op te schrijven dat de minister een bepaalde regeling wil hebben. Eigenlijk is dit jammer, want de betrokken aanwijzingen zijn niet voor niets vastgesteld, en er staan volgens mij verstandige dingen in.

Ook over convenanten staan in de Aanwijzingen verstandige dingen, maar deze richtlijnen bieden (ik ben dat met Polak eens) vanuit juridisch perspectief onvoldoende houvast op het moment dat het echt spannend wordt. Ontstaat er een conflict, dan heb je niet zo veel aan de betrokken aanwijzingen als je bijvoorbeeld wilt weten tot welke rechter een derde zich moet wenden, of welke materiële regels van toepassing zijn.

Zulke aspecten moeten we inderdaad niet in de Aanwijzingen willen regelen, maar misschien is het wél goed als ze ergens anders regeling vinden. Ik heb enige voorstellen geprobeerd te doen voor eventuele voorschriften in de Awb en in andere wetgeving.

Mr. S.K. Gabriël

Mijn naam is Sabine Gabriël, en ik werk voor de Universiteit van Tilburg, vakgroep Staats- en bestuursrecht. In de eerste plaats mijn dank aan het bestuur van de VAR voor de gelegenheid om tijdens het ochtendgedeelte van deze vergadering te mogen interveniëren. De afgelopen jaren heb ik gewerkt aan een proefschrift op het terrein

van de inschakeling van private partijen bij de handhaving, waarbij mijn aandacht in het bijzonder uitgaat naar het thema informatieoverdracht. Ik maak graag gebruik van het in deze vereniging nog ontbreken van een reclamecode![2]

In verband met mijn promotieonderzoek heb ik de preadviezen uiteraard met extra interesse gelezen. Ik wil mijn complimenten maken aan de preadviseurs voor de grondige, goed onderbouwde uiteenzettingen en met name de vele aspecten die zijn toegelicht door middel van beeldende voorbeelden uit de praktijk. Gezien het onderwerp van de dissertatie waaraan ik heb gewerkt zal het de vergadering niet verbazen dat ik de vragen die ik wil stellen zal richten tot mevrouw Freriks. Dit is voor mij een mooie gelegenheid om zelf nog enige vragen te stellen, want mevrouw Freriks maakt deel uit van mijn promotiecommissie. Binnenkort zijn de rollen omgedraaid!

Mijn vragen spitsen zich toe op de informatie-uitwisseling. De eerste vraag heeft betrekking op stelling 5 en op een passage uit het hoofdstuk 'Conclusies'. Volgens mevrouw Freriks is een verplichting tot actieve informatieoverdracht van privaatrechtelijke instellingen aan de overheid niet wenselijk. Als ik het goed zie, is de achterliggende gedachte daarbij dat de overheid alert moet worden gehouden en dat zo'n verplichting tot informatieoverdracht beter vorm kan worden gegeven in systemen van *toezicht op controle*. Hoe staat de preadviseur ten opzichte van het vastleggen van een verplichting tot informatieoverdracht in bijzondere wetgeving? Zij geeft zelf al aan dat het opnemen van dergelijke verplichtingen mogelijk is en ook voorkomt. Wat is voorts haar opvatting over het opnemen van een verplichting tot informatieoverdracht in een contractuele regeling, zoals is gebeurd in sommige IKB-regelingen?

Hiermee samen hangt de vraag of het bij het vastleggen van zo'n verplichting tot informatieoverdracht naar de mening van mevrouw Freriks nog verschil maakt voor welk doel de informatie die door een privaatrechtelijke instelling is vergaard door de overheid zal worden gebruikt. Wil de overheid de informatie bijvoorbeeld gebruiken ten behoeve van een differentiëring van toezichtsactiviteiten of ten behoeve van het opheffen van sancties? Dat maakt nogal verschil.

Mijn laatste vraag heeft betrekking op stelling 3. Daarin wordt gepleit voor een wijziging van de Wet openbaarheid van bestuur die het mogelijk maakt toezichts- en opsporingsinformatie over te dragen aan privaatrechtelijke instellingen zonder dat dit tot consequentie heeft dat ook anderen zonder meer aanspraak op deze informatie kunnen maken. Op de interessante vraag in hoeverre deze informatieoverdracht geoorloofd is, ga ik in mijn proefschrift niet in. In hoeverre is de overdracht van toezichts- en opsporingsinformatie aan privaatrechtelijke instellingen op basis van de huidige regeling van de Wet openbaarheid van bestuur mogelijk?

Mr. A.A. Freriks

Ik begin met het punt van de algemene verplichting tot informatieoverdracht. Bij het werken met een privaat systeem waarin controles worden uitgevoerd en sancties

2. Zie de reactie van Van Gestel op de interventie van Peters. [Red.]

worden opgelegd rijst de vraag wat er met de desbetreffende informatie gebeurt in het publiekrechtelijk kader. De overheid heeft de keuze gedaan terughoudend te zijn met het opleggen van sancties en zich terughoudend op te stellen ten aanzien van het uitvoeren van toezichtsactiviteiten, maar hoe komt zij aan de informatie om een standpunt te kunnen bepalen ten aanzien van de vraag of er nog steeds sprake van een wenselijke aanpak is? Eén van de knelpunten daarbij hangt samen met de vraag of de controle-informatie uit zo'n privaat systeem zonder meer *actief* moet worden overgedragen. Ik doel nu niet op informatieoverdracht op verzoek, want het publiekrecht biedt toezichthouders mogelijkheden om naar informatie te vragen, maar ik denk aan een verplichting tot actieve overdracht van informatie uit een privaatrechtelijke context aan toezichthouders en opsporingsambtenaren in een publiekrechtelijke context, die uiteraard ook in bepaalde gegevens geïnteresseerd zullen zijn.

Dit is een lastig punt. Het probleem dat ik in een algemene bepaling zie, is dat iedereen in het private systeem behoorlijk in de kramp zal schieten als men onder het juk van zo'n verplichting moet gaan werken. Er zal een beweging in de private context ontstaan wanneer er een publieke verplichting aanwezig is om met informatie over de brug te komen. Daarom zou ik in ieder geval vooralsnog niet voor een verplichting tot actieve informatieoverdracht willen pleiten, ook al omdat we op dit moment nog niet zo veel ervaring hebben en nog niet weten of hier echt een knelpunt ligt en hoe men er dan vanuit de publieke context mee omgaat. Ik ben vooralsnog geen voorstandster van een algemene regeling van dit soort onderwerpen in de Awb.

Een andere vraag is of je niet in het kader van bijzondere regelgeving voor specifieke informatie een dergelijke verplichting zou kunnen opnemen. Ik vind het niet ondenkbaar dat informatie in bepaalde bedrijfssectoren zó cruciaal voor het optreden vanuit de publieke context wordt gevonden, dat het in de lijn ligt een actieve informatieplicht in te voeren. Overigens kan de vraag worden gesteld of bij het alleen maar werken met zo'n actieve informatieoverdracht de overheid nog voldoende scherp is met het oog op de handhavingstaak die zij vanuit de publiekrechtelijke context zelf nog steeds heeft. Dat vind ik een punt van zorg. De sterke bewegingen om meer in een private context te gaan organiseren komen voor een deel voort uit een achterblijvend uitoefenen van de handhavingstaak door de overheid. Een heel duidelijke reden voor de totstandkoming van de SKV en de sanctionering daaromheen was indertijd dat de overheid tekort schoot. In de sector heeft men toen gezegd: voor het behoud van de sector moeten wij nu zelf iets gaan doen. Als er nu op die manier van alles op een presenteerblaadje wordt aangeboden, houd je dan de overheid nog scherp?

Al met al geldt er bij zo'n algemene regeling voor mij op twee punten een 'maar'. In de eerste plaats moet de overheid vooral ook zelf scherpte houden en moet zij zich in de materie blijven verdiepen. In de tweede plaats zal een zo specifieke verplichting in mijn ogen als een soort boemerang terugkomen; men zal in de private sector bij het leveren en genereren van informatie een terugtrekkende beweging gaan maken.

Zou je nu bij wijze van alternatief voor een wettelijke regeling contractueel kunnen regelen dat informatie moet worden overgedragen? Ik wijs erop dat dit op dit moment in de praktijk al gebeurt. Er zijn verscheidene privaatrechtelijke systemen waartoe een dergelijke verplichting behoort. Een deelnemer aan het systeem

verplicht zich mee te werken aan actieve informatieoverdracht. We moeten echter bedenken dat de overheid bij zo'n systeem geen partij is, zodat de nakoming van de verplichting alleen tussen partijen onderling kan worden afgedwongen. Als informatie niet wordt overgedragen, zal de overheid daar omheen moeten gaan via het publiekrechtelijk kader. De overheid wordt in de privaatrechtelijke context niet gebonden, maar om draagvlak voor medewerking in de sector te creëren wordt het instrument van de contractuele regeling al gebruikt.

Mevrouw Gabriël heeft ook nog gevraagd of het doel waarvoor de informatie wordt gebruikt bij het formuleren van een verplichting tot actieve informatieoverdracht een rol zou moeten spelen. Zij vraagt daarbij specifieke aandacht voor differentiatie in intensiteit van het toezicht en voor de vraag of informatie metterdaad wordt gebruikt voor het opleggen van een sanctie. Ik refereer hier opnieuw aan mijn terughoudendheid inzake een *algemene* verplichting, een terughoudendheid die wellicht in de loop van de tijd zal veranderen als er meer zicht op de gang van zaken in de praktijk is. Een nadeel van een aanpak als door mevrouw Gabriël bedoeld, is dat bij een plicht tot eerdere aanlevering mensen in de sector vaker in de kramp zouden kunnen schieten, een verschijnsel waar ik het hier al eerder even over heb gehad. Differentiëren naar doel zou het volgens mij wel wat gemakkelijker kunnen maken om vanuit de sector een stap te zetten. Als het enige doel is aan te tonen dat gedifferentieerd toezicht in deze specifieke context een goede zet van de overheid is, heeft de sector zelf een belang bij het verstrekken van informatie, namelijk het belang dat de overheid in de terughoudende rol blijft. Gaat de overheid echter de informatie gebruiken om te kijken of er een reden is om (ook) een publiekrechtelijke sanctie op te leggen, dan ligt het enigszins anders, want dan rijst in de afweging van belangen eerder de vraag of de mensen in de sector er wel zin in hebben zo'n actieve rol te spelen. Differentiëren naar doel kan in die zin van belang zijn. In mijn preadvies wijs ik op vergelijkbare situaties in het buitenland, waarin bepaalde informatie die vanuit de sectoren actief wordt aangedragen niet aan strafrechtelijke sancties ten grondslag mag worden gelegd. Het is in ieder geval zaak dat helder wordt gemaakt wat er uiteindelijk met de informatie kan gebeuren.

Tot slot iets over selectieve informatieoverdracht in het kader van de Wet openbaarheid van bestuur (WOB). Op dit moment doet zich mede naar aanleiding van jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State een probleem voor. Wanneer een verzoek tot openbaarmaking wordt gehonoreerd, is de betrokken informatie beschikbaar voor een ieder. In het kader van de belangenafweging zal de vraag aan de orde moeten komen wat het toegevoegde belang is van het verstrekken van informatie aan private controleurs en welke consequenties die verstrekking voor andere betrokken belangen zal hebben. Als gevolg daarvan zal de aanpak van de informatieoverdracht veel terughoudender worden. Willen we de samenwerking tussen de private controleurs en het publiekrechtelijke kader in de sfeer van de handhaving goed laten lopen, dan moet er naar mijn mening een vorm van informatie-uitwisseling zijn. Anders is het voor de overheid onmogelijk om steeds te blijven bepalen of de terughoudende rol terecht is.

Ook het omgekeerde geldt: als er vanuit het publiekrechtelijke kader bepaalde dingen worden gesignaleerd, moet de private controleur, die in dezelfde context zijn controles uitoefent, daarvan op de hoogte zijn, zodat hij eventueel zijn eigen

controleactiviteiten erop kan afstemmen. Tegen die achtergrond kom ik tot de conclusie dat de WOB in haar huidige vorm en gezien de interpretatie die er in de jurisprudentie aan wordt gegeven voor de samenwerking tussen private en publieke sector een heel grote belemmering vormt. Ik pleit ervoor selectieve informatie-overdracht mogelijk te maken.

Voorzitter: Mevrouw Gabriël kan verder met haar proefschrift!

Mevrouw Gabriël: Het ligt al bij mevrouw Freriks. Voor een groot deel kan ik mij vinden in de beantwoording en voor het overige bewaar ik mijn repliek tot september!

Mr. R.A.J. van Gestel[3]

Ook van mijn kant toch nog een korte reactie op de interventie van Sabine Gabriël. Naar mijn mening hebben we niet altijd wettelijke regelingen nodig. Als het om informatieoverdracht gaat, is het in een aantal gevallen heel goed mogelijk dat de toezichthouder een bedrijf te kennen geeft dat in de sfeer van differentiatie van het toezicht met dat bedrijf rekening kan worden gehouden als het bepaalde informatie verstrekt. Die verstrekking is dan niet verplicht, maar wanneer het bedrijf niet bereid is ertoe over te gaan, zal de toezichthouder niet differentiëren. Op die manier heeft de toezichthouder volgens mij een heel sterk instrument in handen.

Mr. A.J.C. de Moor-van Vugt

Op het ogenblik werk ik nog bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven, maar omdat ik binnenkort naar de Universiteit van Amsterdam ga, voel ik me eigenlijk een beetje 'van allebei'. Aangezien ik in Veldhoven woon en vaak naar Den Haag en regelmatig naar Amsterdam reis, tegenwoordig dikwijls met de trein, zie ik enerzijds Haagse ambtenaren in *casual* kledij en anderzijds, in de trein naar Amsterdam, zakenlieden in maatpakken. Toen ik de preadviezen las, vroeg ik mij af hoe het met zulke verschillende soorten mensen nu eigenlijk samen iets moet wórden. De vraag die ik wil stellen heeft daarop min of meer betrekking.

Een hoofdlijn in het preadvies van Zijlstra lijkt mij dat we geen duidelijke visie hebben op de verhouding tussen privaatrechtelijke organisatie en publiekrechtelijke organisatie. Als ik de andere preadviezen goed bekijk, hebben we eigenlijk ook geen duidelijk beeld van de taakverdeling tussen publiek en privaat. We hebben wel het idee dat het samen iets zou moeten kunnen worden, maar een goede algemene juridische structuur om daaraan vorm te geven ontbreekt. Hoewel, zoals Peters heeft gesignaleerd, bij de preadviezen een algemeen deel ontbreekt, verdienen de

3. Van Gestel heeft deze opmerking oorspronkelijk gemaakt na zijn reactie op de interventie van De Moor-van Vugt. [Red.]

preadviseurs een compliment voor hun aanpak. Een algemeen deel kan, denk ik, pas worden geschreven na het werk dat zij hebben gedaan. Achten zij het, zo luidt mijn vraag, op een redelijk korte termijn mogelijk tot zo'n algemeen kader te komen?

Er worden enige aanzetten gegeven: een pleidooi voor regeling van algemene structuur in de Awb en een betoog ten gunste van regels in bijzondere wetgeving, per sector, per onderdeel of per bijzonder onderwerp. Ik meen dat er behoefte is aan een algemeen juridisch denkkader waarin we de diverse figuren zouden kunnen plaatsen. Hoe zouden we tot zo'n denkkader kunnen komen? Moet het een wettelijk gevormd denkkader zijn?

Zolang het denkkader er nog niet is, zijn we heel instrumentalistisch aan het opereren, omdat het handig is gebruik te maken van het privaatrechtelijke systeem. Moeten we daarmee eigenlijk wel doorgaan? De vraag van Peters, *waar heb dat nou voor nodig?*, zou ik willen omdraaien. Is het eigenlijk wel nodig zo te werk te gaan als op het ogenblik gebeurt en zoals Rob van Gestel en Annelies Freriks voorstellen de weg te vervolgen? Is deze combinatie van twee systemen wel wenselijk? Zojuist was de actieve informatieoverdracht aan de orde. Bepaalde noodzakelijke waarborgen blijken niet te kunnen worden waargemaakt, blijken niet in het systeem te kunnen worden ingebakken.

Mr. R.A.J. van Gestel

Adriënne de Moor-van Vugt komt met een moeilijke, fundamentele vraag. Een probleem is dat we van die hybride figuren eigenlijk niet zo heel veel weten. Eigenlijk hebben wij juristen dat voor een deel aan onszelf te wijten. Er is, zoals ik al eerder zei, veel geschreven over de kwalificatie van het convenant als publiekrechtelijke dan wel als privaatrechtelijke figuur, maar wat ik miste toen ik begon te schrijven, is informatie over de vraag *wanneer wérken die dingen nu?* In welke omstandigheden leveren ze problemen op, wanneer gaat het goed en maakt het uit of ze gebruikt worden op het terrein van het milieu of op het terrein van het vreemdelingenrecht? Conventanten worden op allerlei gebieden gebruikt; ik heb daarvan voorbeelden gegeven.

Als ik een goede wettelijke regeling wil maken, heb ik allerlei empirische gegevens nodig om uit te maken hoe ik zulke instrumenten aan elkaar moet knopen. Ik moet méér weten over de werking ervan. In de huidige omstandigheden ben ik als het ware in het donker zittend regels gaan bedenken. Te betreuren valt dat het juridische denken geen gelijke tred houdt met het instrumentalistische denken. Er ligt een grote kloof tussen aan de ene kant het beleid, met allerlei nota's zoals het *Beleidskader Toezicht op Controle* die in de richting sturen van zelfregulering en hybride arrangementen zonder dat duidelijk is hoe dat alles juridisch moet worden ingekaderd, en aan de andere kant een wettelijke regeling. Het komt erop neer dat de problemen over de schutting worden gegooid en dat in een later stadium de rechter voor oplossingen moet zorgen. Op die manier zouden we volgens mij niet te werk moeten gaan, want dat is gevaarlijk. Het lijkt mij zo langzamerhand tijd te worden om voorzichtig maar wél beslist tot spelregels te komen voor het omgaan met convenanten en voor het aan elkaar breien van het certificeringssysteem en toezicht/handhaving. Ik denk dat het opstellen van spelregels mogelijk is, hoewel we niet moeten denken

dat we ze nu al tot vijf cijfers achter de komma kunnen uitschrijven. Dat hangt ermee samen dat we over sommige dingen wat meer weten dan over andere. Over convenanten weten we bijvoorbeeld iets meer dan over certificeringssystemen. Kortom, voordat ik een goed kader kan maken, heb ik meer empirisch materiaal nodig.

Mr. S.E. Zijlstra[4]

Adriënne de Moor mist een visie op de afgrenzing tussen het publieke en het private. Daarmee raakt zij de kern van het debat van vandaag. Je kunt hier volgens mij op twee niveaus naar kijken.

Als voor een bepaald 'arrangement' is gekozen, kunnen we de vraag stellen of we te maken hebben met overheid, met niet-overheid of met iets daartussenin. Ik heb geprobeerd daarvoor op basis van wetgeving en jurisprudentie handvatten te bieden. Een misschien nog wel veel interessantere vraag is of we voordat een arrangement is gekozen iets kunnen zeggen over de vraag wie of wat een bepaalde taak ter hand moet nemen: de overheid, 'het private' of iets daartussenin. Wat kunnen wij daarover als juristen zeggen? *In concreto* volgens mij niet zo veel.

In mijn preadvies heb ik betoogd dat het kader voor de beantwoording van deze tweede vraag wordt gevormd door de beginselen van de democratische rechtsstaat, waaruit voortvloeit dat je in beginsel dingen aan de samenleving moet overlaten terwijl de overheid pas in beeld komt als de samenleving iets niet kan doen. Dat is natuurlijk een geweldige platitude, maar het is een vertrekpunt waarmee je in heel veel gevallen zou kunnen werken. Het karakter van de beginselen van de democratische rechtsstaat brengt overigens mee dat ze bijna nooit *in concreto* een antwoord geven als het de vraag is wie of wat een bepaalde taak ter hand moet nemen: de overheid, de markt, het maatschappelijk middenveld, of nog iets anders. Het is ook maar gelukkig dat het recht die vraag niet kan beantwoorden, want als dat anders was, zouden we niet in een democratie leven. Het is nu juist het aardige van een democratie dat er gekozen volksvertegenwoordigers zijn om deze keuzen te maken.

Is dat dan het laatste woord? Nee, want als je met een privaat arrangement begint, bijvoorbeeld om iets over te laten aan de markt, kan het gebeuren dat je tot de conclusie komt dat het publieke belang zó zeer in het geding is, dat er van alles aan toezicht, controle en wat dies meer zij moet worden georganiseerd. In termen van de metafoor van de beslisboom moet je dan terug en moet je onder ogen zien dat het misschien toch beter is dat de overheid zelf optreedt. Er komt soms een moment dat je die beslissing moet nemen.

Veel meer kan het recht hierover volgens mij niet zeggen.

---

4. Deze reactie van Zijlstra is oorspronkelijk aan het begin van de middagzitting gegeven. [Red.]

Mr. A.F.M. Brenninkmeijer

Mijn naam is Alex Brenninkmeijer en ik ben Nationale ombudsman. Ik ben met de preadviezen heel gelukkig, omdat juist voor het werk van de Nationale ombudsman de drie onderwerpen van groot belang zijn. Om kort te zijn beperk ik mij tot een vraag aan Zijlstra betreffende de toepassing van het begrip 'bestuursorgaan'. Gelukkig staat dit begrip in zijn preadvies niet centraal en behandelt hij het vraagstuk *publiek/privaat* algemeen, en ook niet met een enorme overlast aan jurisprudentie.

Mijn vraag luidt of voor bepaalde functies in het bestuursrecht het begrip 'bestuursorgaan' niet te beperkt is. Ik kom tot mijn vraag doordat ik de materie vanuit mijn invalshoek als Nationaal ombudsman bekijk, waarbij het met name gaat om de beoordeling op behoorlijkheid, met als uitgangspunt: niet alles wat rechtmatig is, is ook behoorlijk. Rechtmatigheidsvragen horen met name bij de rechter thuis. Als je naar de kaft van de preadviezen kijkt, zou je kunnen zeggen dat de Nationale ombudsman de titel als *Behoorlijk privaat bestuur?* zou moeten lezen, met als probleemstelling, hoe behoorlijk privaat bestuur moet worden gerealiseerd.

In de analyse van Zijlstra in zijn preadvies kan ik mij heel goed vinden. Wél wil ik de aandacht vragen voor een probleem dat moeilijk te grijpen is en dat ook hij aan de orde stelt. Het gaat uiteindelijk om een democratische en rechtsstatelijke controle op 'de overheid', maar het begrip *overheid* is zo moeilijk te vatten. In mijn werk merk ik dat het soms ongelofelijk moeilijk is burgers uit te leggen dat dan weer ergens een stukje van wat de overheid allemaal heeft georganiseerd *niet* onder de bevoegdheid van de ombudsman valt. Dat effect mag men niet onderschatten. Burgers komen vol verwachting bij zo'n instituut als de ombudsman (ik denk dat dit ook bij de rechter of in bezwaarprocedures zo is), en dan wordt er na heel lang redeneren en heel ingewikkelde toestanden gezegd: dit is dan weer niet de overheid. Dat is voor de burger niet te begrijpen.

In dit verband is het interessant te kijken naar een NIPO-onderzoek dat de regering heeft laten uitvoeren naar de tevredenheid van de burger over de overheid. Het boeiendste van dat onderzoek is een specifieke probleemstelling die het NIPO erin tot uiting heeft gebracht, namelijk: wat is eigenlijk de overheid? Naar aanleiding daarvan wordt ineens zichtbaar wat de burger onder de overheid verstaat. Als mensen, zoals eerder in deze vergadering Peters deed, met enige wrevel constateren dat TNT Post zijn werk niet goed heeft gedaan, begrijpen ze niet dat daarop de reactie kan komen dat TNT niet tot de overheid behoort. Uit het onderzoek blijkt dat burgers helemaal niet kunnen vatten hoe die grillige structuur 'overheid/niet-overheid' vorm krijgt in enerzijds het begrip *bestuursorgaan* en anderzijds allerlei private figuren.

Een probleem dat hierbij misschien wat onvoldoende wordt belicht, benoem ik zelf als een *ketenprobleem*. Als voorbeeld kan het ophalen van vuilnis dienen, maar ook de luchthaven wordt in dit verband genoemd. Een kwestie voor de burger duikt van het publieke naar het private, weer naar het publieke, weer naar het private enzovoort, waarbij de overheid zoek raakt. Men kan dit als een conceptueel probleem definiëren, maar het is in de samenleving en in het openbaar bestuur in werkelijkheid een veel ernstiger probleem. Uiteindelijk doet zich hier ook een vraag van

aansturing voor. Wie doet wat en wie is waarvoor verantwoordelijk? In veel wat complexere zaken is de verantwoordelijkheid volstrekt onduidelijk.

Het NIPO heeft onderzoek gedaan naar levensgebeurtenissen, bijvoorbeeld het krijgen van een kind. Een zeer ernstige levensgebeurtenis die ik tegen de achtergrond van wat ik zojuist betoogde heel leerzaam vind, is dat een kind wordt vermoord. In een zaak waarin omstanders/familieleden een beroep doen op allerlei instanties om iets aan de ontstane lastige situatie te doen blijkt een heel ingewikkeld veld te bestaan van publieke en private actoren, toezichthouders en niet-toezichthouders. Iedereen doet ongelofelijk z'n best, maar er komt helemaal niets van terecht en uiteindelijk gebeuren er dramatische dingen.

In dat kader vraag je je dan af wat de rol van een behoorlijkheidstoetsing is. De burger stelt immers de vraag of men zich behoorlijk heeft gedragen. Rechtmatigheidsvragen spelen geen rol; die komen misschien in het strafrecht aan de orde als het gaat om de beoordeling van de daad zelf, maar de burger stelt gewoon de vraag: hoe zit het hier met de verantwoordelijkheden en heeft de overheid gedaan wat zij moest doen? Het geven van een antwoord is dan heel moeilijk.

In het verlengde van dergelijke ketenproblemen noem ik het fenomeen van de privatisering, die breed aan de orde komt. Als de overheid een private claim krijgt, houdt dan de behoorlijkheidstoetsing op? Moet de burger dan te horen krijgen dat *dit* stukje van het handelen dan weer niet onder de bevoegdheid van de ombudsman valt? Ik noem als voorbeeld de manier waarop het gehandicaptenvervoer is georganiseerd. Moet de ombudsman in bepaalde gevallen zeggen dat de burger niet bij hem moet zijn? Tot wie moet die burger zich dan wél wenden? Tot Arriva of Connexxion?

Ik begrijp heel goed dat Zijlstra aan het slot van zijn preadvies enig ongeduld laat zien en dat hij zegt dat de grenslijn beter moet worden doordacht, maar we moeten volgens mij vooral ook met korte keuzen tot oplossingen komen. Met de keuzen die hij voorstelt ben ik het eens en ook in mijn ogen is het urgent hiervan serieus werk te maken.

Dan nog een vraag die ik hier eveneens aan de orde wil stellen. Is het juist om voor alle functies in het bestuursrecht, ook met het oog op het klachtrecht, het begrip *bestuursorgaan* als grondslag voor bevoegdheid te kiezen? Naar mijn mening is dat niet het geval. De burger kijkt naar het goed presteren van de overheid, en daarmee moeten we ons dan ook bezighouden. Volgens de lijn van Zijlstra zou de bevoegdheid van de Nationale ombudsman zich ook uitstrekken tot de NS. Men kan hierover zeggen dat dit een ramp zou zijn omdat ons bureau zich dan alleen nog maar met klachten over de NS zou bezighouden. De redenering moet echter volgens mij niet zijn dat al die klachten bij de ombudsman zouden moeten komen. Hoofdzaak is de analyse van de problemen en is vooral ook het beginsel dat het bedrijf NS zelf goed met klachten omgaat. Dat zou een heel goede ondergrond zijn.

Mr. S.E. Zijlstra

Op bladzijde 27 van mijn preadvies schets ik dat de Nationale ombudsman al jaren met dit probleem worstelt. Laten we vooropstellen dat bij de keuze voor een ander criterium de problemen alleen maar zouden verschuiven. Ik vraag mij af of dan de

burger *wel* kan worden uitgelegd hoe de vork in de steel zit. Tegen die achtergrond heb ik in mijn preadvies geprobeerd een principiële keuze te maken. Als de overheid, met een niet geheel politiek-correcte term, 'gebruikmaakt' van private organisaties, of, anders gezegd, als publieke belangen worden toevertrouwd aan of opgepakt door private organisaties, is het verhaal daarmee niet afgelopen. Het verhaal is wat mij betreft afgelopen als het gaat om de automatische publiekrechtelijke normering, waaronder het klachtrecht bij de ombudsman. Het feit dat er een groot publiek belang in het geding is en misschien ook wel subsidies in beeld zijn, kan een goede legitimatie voor de overheid zijn om in de betrokken wetgeving een klachtregeling te eisen die aan allerlei criteria voldoet en die qua waarborgen misschien wel heel erg lijkt op het klachtrecht bij de Nationale ombudsman. Materieel gezien kunnen burgers ook bij instellingen die niet tot de overheid behoren een goede klachtprocedure hebben. De competentie van de Nationale ombudsman hoeft daarvoor niet te worden gewijzigd. Ik zou een dergelijke wijziging ook niet wenselijk vinden.

Huldiging van de winnaars van de VAR-pleitwedstrijd

De voorzitter spreekt als volgt

Zoals u weet, vindt de pleitwedstrijd altijd twee dagen vóór de jaarvergadering plaats. Dit maal zijn acht universiteiten in de arena getreden, als gast van de Universiteit van Amsterdam. De locatie werd gevormd door de Oudemanhuispoort en de Agnieten-kapel, een prachtige omgeving. Tijdens de wedstrijd is fel gestreden over uit het leven gegrepen zaken, eerst over de Verordening op de binnenwateren, daarna over een marktkoopman van de Albert Cuypmarkt die zijn boekje te buiten ging en ten slotte over een *égalité*-claim van een studente in verband met de aanleg van de Noord/Zuidlijn. Kan het mooier!

Normaal is het zo dat de maker van de ochtendcasus in persoon die casus komt toelichten om duidelijk te maken wat er allemaal voor leuks in zat. Die maker was Peter Nicolaï, maar die kon er niet bij zijn doordat hij op Aruba zat. Hij heeft toen gezorgd voor een geweldige presentatie, door een film te laten opnemen in Aruba op het strand. Na beelden van de zee en palmbomen zagen we hem in hemdsmouwen bij een aantal paaltjes met veiligheidslinten op wat hij zelf de *plaats delict* noemde. Hij had een paar schoenen in zijn hand en sprak tot ons als 'Peter N. te Aruba', die de casus bijna had opgelost, maar toch nog met enkele vraagtekens zat. Vervolgens gaf hij uit zijn blote hoofd op zestien punten een analyse van de prachtige problemen in de casus. Dat was erg leuk!

In de middag waren er de halve finale en de finale. Uiteindelijk ging de finale tussen Groningen en Leiden. Deze twee teams zitten al jaren bij de beste vier. Het team van Leiden heeft bijna een klein trauma opgelopen, doordat het de afgelopen vier jaar de tweede plaats bereikte, maar net niet de eerste. Ik zal de aanwezigen niet langer in spanning laten: dit jaar werd Leiden eerste, door nipt te winnen van Groningen.

Het team van Leiden is hier aanwezig. Ik verzoek het naar voren te komen.

(Applaus)

Voorzitter: Ik stel de leden van het team aan u voor. Met de beker in de hand Dirk van Brederode; hij is ook degene die in de finalecasus heeft gepleit. Verder ziet u Rachel van Ommeren, Sari Tupamahu, Sandra Mariç en Erwin Noordover.

Nu jullie hier helemaal naartoe zijn gekomen, wil ik jullie een paar vragen stellen. De eerste vraag is: wanneer is de samenwerking begonnen en hoeveel tijd hebben jullie als team geïnvesteerd om dit resultaat te bereiken?

Teamlid: Begin januari zijn we begonnen.

Voorzitter: Dat waren dus vier maanden van noeste arbeid, onder begeleiding van Tom Barkhuysen en Michiel van Emmerik.

Teamlid: En Willemien den Ouden.

Voorzitter: Kijk eens aan wat een deskundigheid!

Hoeveel tijd hebben jullie gehad om de finale voor te bereiden?

Teamlid: Een uurtje.

Voorzitter: En was dat genoeg?

Teamlid: Ja, dat ging wel.

Voorzitter: Hoe hebben jullie onderling uitgemaakt wie in de finale zou pleiten?

Dirk van Brederode: We hebben het één keer eerder geoefend met een Moot Court-casus, die we in drie kwartier moesten voorbereiden. Toevallig was ik degene die toen moest pleiten, en het is logisch dat ik dat dan ook maar in de finale deed.

Voorzitter: In tweede termijn trok jij ineens het arrest Staat/Leffers uit de kast. Was dat nu pure bluf, of bewuste tactiek?

Dirk van Brederode: Een beetje een combinatie van beide.

Voorzitter: Uiteindelijk kwam de jury tevoorschijn om bekend te maken dat jullie hadden gewonnen. Ik wilde eigenlijk aan jullie vragen: wat ging er toen door je heen?

Erwin Noordover: Vooral de eerste rondes waren spannend, want dan weet je niet waar je zult uitkomen, maar als je weet dat je tweede of eerste wordt, zit je al een stuk relaxter. Bij de eerste rondes zat ik in ieder geval vol met spanning. Bij de finale zelf was het ook nog wel spannend, maar ik had toen wat meer rust. Natuurlijk was ik wel heel erg blij dat we hadden gewonnen.

Voorzitter: Nu hebben jullie als team deze prestatie neergezet. Wordt die lijn in de toekomst doorgetrokken? Jullie zijn van verschillende kanten uitgenodigd om de wereld van het bestuursrecht binnen te treden. Is dit een stimulerende aanzet geweest?

Teamleden: Ja.

Voorzitter: Het komt er nog een beetje aarzelend uit, maar ik hoop het van harte, want wat jullie hebben laten zien, was zeer overtuigend.

Zoals de aanwezigen waarschijnlijk weten, worden alle deelnemers aan de VAR-pleitwedstrijd voor een jaar gratis lid van de VAR. Onder andere daarvoor worden de algemene reserves gebruikt! Het gratis lidmaatschap dient om te stimuleren dat ook de jongere garde aan het debat deelneemt, bijvoorbeeld door studiebijeenkomsten bij te wonen. Ik hoop van harte dat dit ook voor jullie zal gelden.

Bedankt voor jullie komst en voor jullie prestatie afgelopen woensdag. Heel veel succes in de toekomst!

(Applaus)

Interventies, met reacties van de preadviseurs en zaalreacties (middaggedeelte)

Mr. P.J. Huisman

Ik ben Pim Huisman, en ik ben als promovendus verbonden aan de Vrije Universiteit Amsterdam, met als onderzoeksgebied bevoegdhedenovereenkomsten. Vanuit mijn belangstelling als onderzoeker wil ik daarom ook enige vragen aan Van Gestel stellen.

In het preadvies wordt een voorstel gedaan voor het opnemen in de Awb van een regeling voor convenanten. Daarbij wordt, zoals Van Gestel al heeft aangegeven, voorgesteld het systeem van de Awb open te breken voor figuren die niet passen binnen de uitleg van het *besluit*begrip, waaronder dus ook de convenanten. Convenanten worden in de voorgestelde regeling niet onder het besluitbegrip gebracht, maar krijgen een daarvan losstaande, eigen regeling. Als in de Awb een regeling met betrekking tot overeenkomsten wordt opgenomen, ligt deze constructie mijns inziens ook het meest voor de hand. Maar regulering van convenanten in de Awb staat of valt met een goede afbakening, alsmede met het waarborgen van het eigen karakter van het convenant.

Ik kom aanstonds met een vraag die op deze aspecten betrekking heeft. Daaraan voorafgaande wil ik iets vragen over de definiëring van convenanten in de door Van Gestel voorgestelde regeling. Ik vraag mij af of het, in plaats van met een convenantsbegrip te werken, niet beter is in de eventuele regeling in de Awb de term *bevoegdhedenovereenkomst* te hanteren. Aan de term *convenant* worden in de juridische literatuur, zoals Van Gestel ook in deze vergadering al heeft gesignaleerd, en in het spraakgebruik veel verschillende betekenissen toegekend. Van Gestel stelt in feite voor de bevoegdhedenovereenkomst en niet het convenant van een regeling te voorzien. De term *bevoegdhedenovereenkomst* krijgt in de literatuur steeds dezelfde en eigenlijk een beter begrensde invulling. Is het dan niet verstandiger in een eventuele regeling in de Awb de eerstgenoemde term te hanteren?

In de tweede plaats een vraag over de rol van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming en het waarborgen van de eigen aard van convenanten. Van Gestel stelt voor, voor convenanten een eigen ingang bij de bestuursrechter, los van het besluitbegrip, te maken. Voor het geval dat dit te ver zou gaan, stelt hij gelijkstelling van convenanten voor met besluiten op het punt van bezwaar en beroep. Ik zet vraagtekens bij het

openstellen van bezwaar tegen convenanten. Uit de aard van dit overheidsinstrument volgt mijns inziens juist dat hier geen heroverweging door het bestuur in een besluitprocedure gewenst is, want de bezwaarprocedure is toegesneden op het eenzijdig vaststellen van de rechtspositie van de burger. Ik voel er meer voor om, als de bestuursrechter op dit terrein bestuursrechtelijke rechtsbescherming moet bieden, te kiezen voor de eerste optie van Van Gestel en in aanvulling op zijn voorstel de bestuursrechter toe te rusten met de instrumenten om met deze overeenkomsten uit de voeten te kunnen, aangezien het daaraan nu nog schort. Hoe ziet Van Gestel dit? Ik vraag daarbij met name aandacht voor mijn opmerking over bezwaar.

Mr. R.A.J. van Gestel

Het is duidelijk dat Huisman erover heeft nagedacht. Dat wordt een heel mooi proefschrift!

Hij heeft de vraag opgeworpen of we het convenant wel *convenant* moeten noemen en of het niet beter is de bevoegdhedenovereenkomst tot voorwerp van regeling te maken. In zijn ogen heeft mijn voorstel tot regeling ook eigenlijk meer betrekking op de bevoegdhedenovereenkomst. Op het gevaar af dat we in een woordenspel belanden...

Huisman: Het gaat niet zozeer om een woordenspel als wel om kwalificatie.

Van Gestel: Ja, maar die twee dingen zitten voor mij vrij dicht bij elkaar. Wat in de literatuur de één een beleidsovereenkomst noemt, noemt de ander een bestuursovereenkomst of een bevoegdhedenovereenkomst, en andersom. Mij gaat het erom dat we bij figuren die over de uitoefening van bevoegdheden gaan, en ook wel over het beleid, bepaalde waarborgen mogelijk maken. Ik denk dan aan waarborgen op het gebied van rechtsbescherming, maar ook aan openbaarheid. Hoe je het voorwerp van regeling daarbij noemt, vind ik niet zo belangrijk.

Huisman: Maar waar trekt u de grens dan? Gaat het om beleid, gaat het om publiekrechtelijke bevoegdheden? Is bij een beleidsovereenkomst nu juist niet het object waarover wordt gecontracteerd een vermogensrechtelijke bevoegdheid en moeten we dat op dezelfde wijze regelen als een bevoegdhedenovereenkomst?

Van Gestel: Ik heb een definitie gegeven van wat ik onder een convenant versta. Dat mag van mij ook een bevoegdhedenovereenkomst heten of een andere naam hebben. Het is in ieder geval een meerzijdige publiekrechtelijke rechtshandeling die betrekking heeft op uitoefening van bevoegdheden, maar ook wel op andere dingen, bijvoorbeeld de uitleg van wetgeving. De definitie is geïnspireerd door de omschrijving van beleidsregels. De reikwijdte van het begrip is daarmee wat breder dan alleen bevoegdheden. De keus voor de term *bevoegdhedenovereenkomst* of de term *beleidsovereenkomst* vind ik een kwestie van woorden. Mijn definitie van convenanten is breder dan wat onder bevoegdhedenovereenkomsten moet worden verstaan. Zij omvat voor

een deel ook beleidsovereenkomsten en alle dingen daartussenin die je maar kunt bedenken. Ik wil de scheiding niet zo scherp maken.

De tweede vraag van Huisman heeft betrekking op bezwaar en beroep. Wie als bestuursrechtelijke ingang voor de rechtsbescherming het convenant (of in de termen van Huisman de bevoegdhedenovereenkomst) wil kiezen, moet inderdaad het besluitbegrip in dat opzicht laten varen, maar een andere keuze, die minder ver gaat en die dichter bij het systeem van de Awb, althans het besluitbegrip, staat is het besluit-tot-het-aangaan-van. Mensen die minder ver willen gaan dan ik zullen waarschijnlijk niet kiezen voor de introductie van een meerzijdige publiekrechtelijke rechtshandeling. Zij zullen het besluit als aangrijpingspunt willen behouden en het besluit tot het aangaan van zo'n overeenkomst als ingang voor rechtsbescherming nemen. Ze hebben de meerzijdige publiekrechtelijke figuur niet nodig. Zelf vind ik dat je een stap verder moet gaan, maar dit zou een alternatief kunnen zijn. Huisman heeft er gelijk in dat openstelling van bezwaar tegen het convenant zelf niet erg voor de hand ligt. Een convenant is een meerzijdige figuur, waarbij de overheid niet eenzijdig rechten en plichten oplegt. Bij het in mijn beleving minder vergaande alternatief van het besluit-tot-het-aangaan-van zou misschien wél met bezwaar kunnen worden gewerkt. Bij een keuze voor die variant acht ik bezwaar en beroep mogelijk.

Ik heb twee modaliteiten aangereikt. Mijn voorkeur heeft het beroep tegen meerzijdige publiekrechtelijke rechtshandelingen, los van het besluitbegrip. Een minder vergaand alternatief is in ieder geval *iets* te doen door het besluit-tot-het-aangaan-van als aangrijpingspunt te nemen. Daarmee kom je nogal in de sfeer van de bevoegdhedenovereenkomst, die we in zekere zin al kennen.

Men mag kiezen!

Mr. P.J. Huisman

Wat mijn eerste vraag betreft: ik vind niet dat we een puur terminologische discussie voeren, maar ik meen dat er ook een inhoudelijke component aanwezig is. Als het object een publiekrechtelijke bevoegdheid is, moeten we het als zodanig benoemen, en ik vind het dan wél zo scherp de term *bevoegdhedenovereenkomst* te gebruiken. Beleidsovereenkomsten zien naar mijn mening toch echt inhoudelijk op een geheel ander object, namelijk een vermogensrecht met daaraan gekoppeld het realiseren van beleidsdoeleinden. Daarin zou ik misschien liever een 'knip' zien, omdat er verschillen voor regulering uit kunnen voortvloeien.

Mr. R.A.J. van Gestel

Daarover verschillen wij van mening. Ik denk dat je er met de bevoegdhedenovereenkomst alléén niet komt. Je pakt dan maar een klein stukje van de problematiek waarop de convenanten betrekking hebben. Ik zou het breder willen trekken, want anders schuif je het probleem voor een deel door. Er blijft op deze manier een onderscheid tussen bevoegdheids- en beleidsovereenkomst bestaan. In de bestuursrechtelijke literatuur spreken sommigen in termen van bevoegdhedenovereenkomsten,

met een heel beperkte definitie, terwijl anderen betogen dat je beleidsovereenkomsten helemaal in de civielrechtelijke sfeer moet trekken en er civielrechtelijke rechtsbescherming tegen moet openstellen, maar wéér anderen nemen het standpunt in dat we hier met twee kanten van dezelfde medaille te maken hebben, zodat het uit efficiencyoverwegingen het beste is alles aan de civiele rechter dan wel alles aan de bestuursrechter toe te delen. Ik heb zelf de neiging het volgende standpunt in te nemen. Ik blijf toch maar even van convenanten spreken, want in het geval van convenanten wordt bewust niet voor de term *bevoegdheidsovereenkomst* of *beleidsovereenkomst* gekozen: uit mijn voorbeelden blijkt dat we vaak met een mengeling van deze twee figuren te maken hebben. Mij lijkt het voor de hand te liggen, te constateren dat het om de uitleg van bevoegdheden, de afweging van belangen of de uitleg van wetgeving gaat, en vervolgens te kiezen voor het onderbrengen op één plek, namelijk bij de bestuursechter, aan de hand van het begrip 'meerzijdige publiekrechtelijke rechtshandeling'. Op die manier maken we het systeem van de Awb wat losser van het besluitbegrip. In die variant moet dan overigens inderdaad geen bezwaar open staan.

Huisman: Ik denk dat we over het object van mening blijven verschillen. Naar mijn mening is bij het hanteren van andere termen de afgrenzing beter.

Voorzitter: We kijken uit naar uw proefschrift!

Mr. C.J.A. Crasborn

Ik heb wat moeite met de tegenovergestelde posities die zich hier met betrekking tot die overeenkomsten aftekenen. Het kan zijn dat ik iets over het hoofd zie, maar ik neem vooralsnog het volgende standpunt in. Tegen de door Van Gestel gegeven definitie van *convenant* heb ik op zichzelf bezwaren. Wie in die definitie het element '*publiekrechtelijke* meerzijdige rechtshandeling' opneemt, maakt zich, lijkt mij, schuldig aan *begging the question*. Bovendien wordt in de definitie niet duidelijk in relatie tot wát nu precies een afweging van belangen of een uitleg van wettelijke termen tot stand komt. In de definitie van *beleidsregel* die we in de Awb aantreffen, zijn de woorden 'bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan' opgenomen. Ik zou dat kunnen kortsluiten door te spreken van: met betrekking tot het nemen van besluiten. Heb je dan überhaupt een definitie van een bevoegdhedenovereenkomst nodig? Op het moment dat de overeenkomst wordt uitgevoerd in de vorm van een besluit, is er uiteraard bestuursrechtelijke rechtsbescherming. De vraag blijft dan of je de bevoegdhedenovereenkomst of het convenant zelf moet onderwerpen aan een beoordeling door de bestuursrechter. Ik denk dat ik dat niet nodig vind, maar in ieder geval ligt dit op gelijk niveau met de vraag of je een beleidsregel aan het oordeel van de bestuursrechter wilt onderwerpen. Als je dat niet wilt doen, waarom zou je het dan bij een bevoegdhedenovereenkomst of een convenant wél doen?

Samengevat: ik zie überhaupt geen noodzaak voor een wettelijke definitie van bevoegdhedenovereenkomsten of soortgelijke figuren, omdat die figuren zich automatisch oplossen in besluiten. Het aan een beoordeling door de bestuursrechter

onderwerpen van de bevoegdhedenovereenkomst zelf wijs ik af op de grond dat ook een beleidsregel, in mijn ogen terecht, geen voorwerp van rechterlijke beoordeling kan zijn.

Mr. R.A.J. van Gestel

Crasborn vraag zich af of we de figuur van de bevoegdhedenovereenkomst wel nodig hebben, omdat dergelijke figuren zich altijd zouden oplossen in een besluit. Dat is volgens mij niet altijd het geval. Er zijn convenanten waaruit in een later stadium geen besluiten voortvloeien. In sommige gevallen kunnen besluiten worden uitgelokt. Crasborn vraagt terecht aandacht voor het onderscheid tussen algemeen-abstracte belangenafwegingen en belangenafwegingen *in concreto*. Stel dat iemand het niet eens is met het beleid dat in een convenant is neergelegd. Het is dan de vraag of hij het convenant wil aanvechten, of dat hij zich wil keren tegen een beslissing die uit het convenant is voortgevloeid. Ik denk dat het in sommige gevallen heel aantrekkelijk kan zijn het convenant zelf aan te vechten. Mijn preadvies bevat voorbeelden van gevallen waarin burgers of bedrijven hebben geprobeerd die weg te volgen, mede omdat er niet rechtstreeks een besluit uit het convenant voortvloeide.

Ik zie een moeilijkheid die mij voor een deel ook weer bij de vraag van Huisman brengt. Er is een verschil tussen convenanten en beleidsregels omdat de eerste soms verhoudingen tussen meer dan twee partijen betreffen, maar soms betrekking hebben op een individuele relatie tussen bijvoorbeeld een vergunningverlener en een individueel bedrijf. In dat laatste geval zit je in een een-op-eensituatie, met mogelijk nog een derde. Zijn er echter bij een convenant bijvoorbeeld allerlei maatschappelijke organisaties betrokken, dan heb je met een heel andere situatie te maken. Ik kan mij voorstellen dat een partij dan onder bepaalde omstandigheden zo'n convenant wil kunnen aanvechten. In het preadvies wordt het voorbeeld gegeven van een openbaarvervoersregeling waarbij de opbrengsten door middel van het convenant worden verdeeld. Wie het met de in het convenant neergelegde verdeelsleutel niet eens is, wil dat convenant kunnen aanpakken en wil niet wachten totdat er tot hem een individueel besluit wordt gericht over de aan hem toe te kennen vergoeding. Het probleem begint immers ergens anders en vraagt volgens mij al veel eerder om een aanpak.

Bij een vergelijking met beleidsregels valt inderdaad op dat daar geen rechtstreeks beroep mogelijk is, en ik kan mij voorstellen dat men dan een parallel wil trekken, maar ik zie toch problemen, omdat de convenantsfiguur ook in díé zin hybride is, dat zij soms een algemeen-abstract en soms een individueel-concreet karakter heeft.

Voorzitter: Volgens mij wil Bröring een opmerking maken die hierbij aansluit.

Mr. H.E. Bröring

Ik heb een opmerking die inderdaad aansluit bij wat zojuist is besproken: de parallel met beleidsregels die in het preadvies van Van Gestel wordt getrokken. De definitie

van convenanten op bladzijde 149 van het preadvies vertoont overeenkomst met de wettelijke definitie van beleidsregels, aangezien er sprake is van toezeggingen omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften. We hebben echter al meermalen gezien dat die toevoeging geen betekenis heeft, terwijl beleidsregels blijkens de Memorie van Toelichting ook over privaatrechtelijke rechtshandelingen kunnen gaan.

Van Gestel beschrijft vanuit het perspectief van de wetgever enige figuren die in de schaduw van het bestuursrecht staan. Ik vraag mij af of we hier überhaupt wel iets moeten willen regelen. Bepaalde verschijnselen dienen zich in de praktijk vrij massief aan, tegenwoordig wat meer dan een decennium geleden, doordat er meer publiek-private samenwerking wordt gezocht, meer aan private borging van publieke belangen wordt gedaan en meer aandacht voor de problematiek markt-overheid is. Daardoor krijgen we in de praktijk meer te maken met, in de terminologie van vanochtend, *hybride figuren*. In een bottom-upbenadering rijst vervolgens de vraag of een regeling wenselijk is. De parallel met beleidsregels is in dat verband interessant. Zodra je een regeling maakt, ben je al aan het juridificeren, en is het van belang goed te kijken wat voor effecten dat heeft. Bij de beleidsregels hebben we gezien dat er nu twee soorten zijn: beleid in de vorm van een besluit, met alle gevolgen van dien die we aanvankelijk niet hadden voorzien, en daarnaast allerlei andere vormen van beleid. Dat is een opvallende ontwikkeling geweest. Ik ben bang dat we straks twee soorten convenanten hebben.

Naar aanleiding van de stellingen 2 en 3 van Van Gestel (bladzijde 161) wijs ik er in dit verband op dat implementering van Europese richtlijnen in convenanten inderdaad een regeling vergt, maar dat er daarnaast ook altijd andere convenanten zullen blijven bestaan. Naar aanleiding van opmerkingen van mevrouw Freriks signaleer ik hier een soort transparantieparadox, met terugtrekkende bewegingen. Volgens Van Gestel moeten de bindendheid en de openbaarheid duidelijk zijn. Van de weeromstuit zal er echter vermoedelijk minder op papier komen, zal er met *side letters* worden gewerkt en zal er minder openbaarheid gelden. Men zal voor vage formuleringen gaan kiezen en uiteindelijk zal het de vraag zijn wat je hier nu mee opschiet. Om aan te sluiten bij het beeld van de planten van Van Gestel: iemand die niet weet waar een plant het het best zal doen, kiest voor halfschaduw, want daar is de kans op succes het grootst.

Kortom, een streven naar regulering kan zijn eigen dynamiek krijgen en kan ertoe leiden dat de situatie alleen maar ingewikkelder wordt. Terecht heeft Van Gestel gezegd: het is niet zo belangrijk hoe je iets noemt, het gaat er vooral om hoe het werkt. Ik kan mij voorstellen dat regulering averechts zal uitwerken.

Een ander punt is dat wellicht procesrechtelijke problemen een regeling wenselijk maken. Daarbij wordt dan overwogen dat in één dossier zowel de civiele rechter als de bestuursrechter geroepen kan zijn. Dergelijke overwegingen stemmen mij altijd buitengewoon treurig. We zijn dan aan het nadenken over oplossen van materiële problemen in de sfeer van de rechterlijke organisatie en het procesrecht, en dat is toch de omgekeerde wereld!

Samenvattend: we zullen wat mij betreft heel goed moeten overwegen of het wel wenselijk is hier iets te gaan regelen wat we nog niet helemaal goed kunnen door-

gronden. Volgens mij zal de ingewikkeldheid alleen maar toenemen. Het kan natuurlijk zijn dat sommige van de aanwezigen daar blij van worden!

Mr. R.A.J. van Gestel

Bröring komt met een buitengewoon boeiende vraag, waarmee ik ook zelf lang heb geworsteld. Hij constateert terecht dat het regelen van convenanten en zelfregulering nieuwe planten in de schaduw van de convenanten zal laten groeien. Een dergelijke ontwikkeling zien we inderdaad bij de beleidsregels optreden. Ik krijg de indruk dat Bröring dit negatief kwalificeert, terwijl je ook zou kunnen zeggen dat het helemaal niet erg is. Als we hier een stemming zouden houden over het nut van het regelen van beleidsregels in de Awb, zou vermoedelijk blijken dat de meeste bestuursrechtjuristen met de getroffen regeling best gelukkig zijn. Die regeling heeft immers problemen opgelost en dingen verduidelijkt, zonder dat dit tot een te grote juridisering heeft geleid. Dit geldt in ieder geval voor de Awb, waarin immers op dit punt maar een paar artikelen zijn opgenomen. Wél zien we, zoals door Michiel Scheltema is beschreven, een verschuivende horizon. Als je beleidsregels of convenanten gaat regelen, zie je nieuwe figuren opbloeien die aan een behoefte voldoen die de gejuridificeerde figuur niet helemaal kan dekken. Het is de vraag hoeveel problemen je met juridisering wegneemt. Ik denk dat noch Bröring, noch ik die vraag geheel kan beantwoorden. Als je voor een grote groep convenanten en convenantspartijen door juridisering een goede regeling kunt maken, heb je in ieder geval een aantal problemen te pakken. We zouden dan kunnen afwachten of er aan de zijlijnen weer allerlei ándere figuren gaan opbloeien, in welke hoeveelheid dat gebeurt en in hoeverre dat over een aantal jaren tot verdere regulering zal moeten leiden.

Niet goed te ontkennen valt dat zich problemen met convenanten voordoen en dat er veel onduidelijkheid over is, niet alleen procesrechtelijk, maar ook waar het om de toepassing van het materiële recht en om het al dan niet aanwezige bindende karakter gaat. In een aantal gevallen worden we daarmee niet alleen vanuit onze Nederlandse wetgeving of onze Nederlandse praktijk geconfronteerd, maar steeds vaker ook in Europees verband. Als een Europese richtlijn implementering door middel van een convenant mogelijk maakt, doet zich de juridische vraag voor hoe hieraan vorm moet worden gegeven. De ultieme consequentie van Brörings benadering is dat we per individuele implementatiewet maar moeten bekijken wat er op ons afkomt. Op die manier zullen waarschijnlijk enige convenantenfamilies ontstaan, wat waarschijnlijk de helderheid niet zal bevorderen.

Het procesrechtelijke probleem lijkt mij niet zo groot, zij het dat partijen het in de praktijk vaak lastig blijken te vinden of een convenant nu aan de bestuursrechter of aan de civiele rechter moet worden voorgelegd. Meestal blijkt de civiele rechter tamelijk coulant te zijn: hij gaat er vrij snel van uit dat hij bevoegd is, maar is het de vraag of het voor partijen wel zo aantrekkelijk is dat ze naar de civiele rechter moeten. Een onderscheid in beleids- en bevoegdheidsovereenkomsten, met een in mijn ogen onnatuurlijke splitsing, heeft geen wenselijke situatie tot gevolg. Als iets in de vorm van een beleidsovereenkomst is gegoten, zou men naar de burgerlijke

rechter moeten, en bij een oriëntatie die laten we zeggen 15 graden anders is, zouden we te maken hebben met een bevoegdhedenovereenkomst die onder de bestuursrechter valt. Ik zou zeggen: laten we het probleem van de convenanten op één plek regelen, ook qua procesingang, namelijk bij de bestuursrechter. Het gaat immers steeds hetzij over bevoegdheden, hetzij over het realiseren van beleidsdoelstellingen, en ook als er civiele verhoudingen in het spel zijn, zit er vaak beleid onder of achter. Leggen we nu de bevoegdheid bij de bestuursrechter, dan hebben we in ieder geval niet meer de onduidelijkheid van de praktijk.

Mr. S.E. Zijlstra

Als ik dit zo beluister, denk ik dat er misschien iets voor het maken van een facultatieve standaardregeling te zeggen is. Dat is iets heel anders dan het maken van een regeling waarbij het erom gaat *de* problemen van *de* convenanten op te lossen. In plaats van per wet een figuur te bedenken zou je wellicht in de Awb een standaardregeling kunnen neerleggen waar de bijzondere wetgever en de praktijk naar believen naar kunnen grijpen. Op die manier zijn de implicaties helder en kan de jurisprudentie een uniformerende werking hebben. Ik begin nu een beetje te begrijpen hoe dit zou kunnen worden opgelost.

Mr. H.E. Bröring

Ik ben niet helemaal overtuigd. Als alles naar de bestuursrechter gaat, blijft het mogelijk dat bepaalde afspraken als privaatrechtelijk worden gekwalificeerd. Op die manier blijven we te maken houden met een combinatie zonder dat de problemen zijn opgelost. Het is denkbaar dat een verschuiving optreedt, maar ik blijf een te groot aantal problemen zien.

Mr. R.A.J. van Gestel

Ik heb niet de pretentie dat ik alle problemen kan oplossen. Mijn uitgangspunt is dat er tamelijk veel problemen met convenanten zijn die te maken hebben met de juridische binding en met de vraag welke rechter bevoegd is. Een deel van die problemen kun je volgens mij oplossen door, ook in de lijn van wat Zijlstra zojuist opmerkte, een keuze voor 'het Awb-convenant' het gevolg te laten hebben dat men aan bepaalde spelregels gebonden is. Het is dan duidelijk bij welke rechter men moet zijn, hoe de openbaarheid geregeld is en hoe de relatie tot derden is. Op deze manier creëer je in ieder geval een beperkte mate van duidelijkheid, maar ik ben het eens met iedereen die betoogt dat je niet alles in één regeling kunt vatten en dat er alternatieven zullen blijven bestaan. Dit zien we op alle terreinen, maar ik weet niet zeker of dat nu zo erg is.

Mr. E. Steyger

Om te beginnen maak ik (iets wat volgens mij vandaag nog niet zo vaak is gebeurd) de preadviseurs complimenten voor hun werk. Een korte opmerking over de keus tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter. Met Van Gestel ben ik het eens dat een regeling van het convenant in de Awb gepaard moet gaan met bevoegdheid van de bestuursrechter. Huisman heeft er terecht op gewezen dat een bezwaarprocedure daarbij weinig zin heeft. In de telecommunicatiewetgeving is een procedure neergelegd die in dit opzicht een oplossing kan bieden, te weten de geschilbeslechtingsprocedure. Ik pleit ervoor bij het regelen van het convenant in de Awb een dergelijke procedure in te voeren. Dit houdt in dat eerst het geschil wordt beslecht, dat (vervolgens) een besluit wordt genomen en dat vervolgens een bestuursrechtelijke procedure kan worden gevolgd.

Mr. R.A.J. van Gestel

De invoering van een geschilbeslechtingsprocedure à la de telecommunicatiewetgeving zou vooral interessant zijn als daardoor het aantal procedures bij de bestuursrechter zou teruglopen. Ik maak hier een vergelijking met een andere vorm van zelfregulering. De Reclamecodecommissie neemt beslissingen waarmee men vervolgens naar de burgerlijke rechter kan gaan, maar vangt in de praktijk 90 tot 95 procent van de klachten af. Het zeer nuttige effect is dan dat de rechter wordt ontlast. Hoe ziet mevrouw Steyger dit bij haar voorstel? Als iedereen vervolgens gewoon dóórgaat, schieten we met de invoering van een geschilbeslechtingsprocedure niet erg veel op. Het komt dan alleen op extra juridisering neer.

Mr. E. Steyger

Hooguit kan ik iets uit de praktijk melden. Bij de OPTA, waar de geschilbeslechtingsprocedure plaatsvindt, ging in de eerste jaren 90 procent van de zaken door naar de rechtbank in Rotterdam. Laatst echter moest een promovenda die op dit terrein onderzoek heeft gedaan, tot haar verdriet constateren dat dit percentage is gezakt tot 25 procent! Als de rechtspraak er eenmaal is, kan een bestuursorgaan er kennelijk goed mee omgaan.

Van Gestel: Dit is interessant; ik had hier niet aan gedacht. Zo zie je maar dat ook wij leren!

Mr. F.C.M.A. Michiels

Onder convenanten kun je, ook blijkens opmerkingen die hier zijn gemaakt, van alles en nog wat verstaan. De benaming doet er niet zo veel toe, maar er zijn enige juridisch duidelijke onderscheidingen aan te brengen, en we hebben de wetenschap

om onderscheid te maken. Is het dan wel zo handig dat allemaal onder één noemer te brengen; sommigen zouden zeggen: op één hoop te gooien?

Laten we nu eens het verpakkingenconvenant als voorbeeld nemen. Overheden zitten met tal van organisaties om de tafel en zeggen, kort samengevat: als jullie ervoor zorgen dat er 10 procent minder aan verpakkingen komt, gaan wij jullie niet lastig vallen met allerlei vervelende regelgeving. Dat laatste dreigt nu trouwens wél weer te gebeuren, maar dat terzijde!

Men spreekt hier van een *convenant*, maar dat is geen beschermde term. Is dit nu een convenant dat aan de definitie van Van Gestel op bladzijde 149 voldoet? Mij lijkt van niet. Als ik gelijk heb, valt een verpakkingenconvenant niet onder de door Van Gestel voorgestelde regeling. Dat is dan wel weer erg jammer, want dit soort convenanten doen nu juist zo veel stof opwaaien. Als ook het verpakkingenconvenant onder de door Van Gestel voorgestelde regeling valt, bevestigt dat dan niet de observatie dat convenanten ongeveer de halve westerse beschaving omvatten en dat ze dan maar beter niet in de Awb kunnen worden geregeld?

Mr. R.A.J. van Gestel

Het voorbeeld van het verpakkingenconvenant roept voor mij wat problemen op, omdat mij niet direct voor de geest staat hoe de situatie wat dat betreft is. Het is waar dat convenanten, rijp en groen, op van álles betrekking hebben.

Als je in de Awb de mogelijkheid opent tot een meerzijdige publiekechtelijke rechtshandeling te komen waartegen rechtsbescherming wordt geboden en waarvoor bepaalde waarborgen gelden, zal er volgens mij, zoals ook bij beleidsregels is gebeurd, jurisprudentie komen en zal er een doctrine worden ontwikkeld, met als gevolg meer duidelijkheid over de vraag wat wél en wat niet als een 'Awb-convenant' moet worden aangemerkt. Nu is die duidelijkheid er niet. Ik ben ervan overtuigd dat het overgrote deel van de convenanten nooit bij de rechter komt, terwijl partijen zich van de Aanwijzingen voor de convenanten soms wel iets aantrekken, maar heel vaak ook niet. Je zou kunnen zeggen: ze maken er zelf een rommeltje van. Op het moment dat een convenant wordt gesloten, denkt niemand nog aan problemen, net zoals wanneer mensen gaan trouwen. Als je trouwt, denk je niet dat er ooit problemen kunnen ontstaan, maar als er enige jaren zijn verlopen, zie je bij heel veel mensen (natuurlijk niet bij mensen in deze zaal, maar bij andere mensen) wel degelijk problemen opdoemen. Het helpt dan dat er een regeling in het Burgerlijk Wetboek is die aangeeft hoe je op een nette manier uit elkaar kunt gaan.

Voor de convenanten geldt volgens mij iets soortgelijks. Ik voorspel een ontwikkeling waarbij niet alleen de rechter meer duidelijkheid gaat bieden, maar ook de doctrine structuur zal aanbrengen. Veel van de aanwezigen, zeker ook Michiels, zullen zich op het annoteren van de eerste convenantsuitspraken onder de Awb storten. Het belang van dat proces moet niet worden onderschat. Er zal via een aantal *stepping stones* meer duidelijkheid ontstaan. Bröring heeft terecht een vraag opgeworpen waarmee ook ik sterk heb geworsteld, namelijk: wat zal er nu in de *slipstream* van de Awb-convenanten gebeuren? Ik kan daarop geen antwoord geven, maar wij

kunnen dat volgens mij geen van allen. Als we met een regeling in de Awb een aantal problemen kunnen oplossen, moeten we dat doen.

In de literatuur is mij opgevallen dat ongeveer iedere vijf jaar naar aanleiding van jurisprudentie voor een regeling wordt gepleit, terwijl anderen dan weer zeggen dat het nog te vroeg is. Zo is het al vijftien jaar te vroeg, maar wanneer wordt het nu eens tijd? Zo kun je ook redeneren.

Mr. S.E. Zijlstra

Het verpakkingenconvenant valt volgens mij wel degelijk onder de definitie van Van Gestel. Het gaat namelijk over de afweging van belangen, en de bevoegdheid die in het geding is, is de regelgevende bevoegdheid, aangenomen dat er is aangekondigd dat de overheid niet met wetgeving zal komen als een bepaald resultaat wordt geboekt.

Mr. M.W. Scheltema

Mijn naam is Martijn Scheltema en ik ben advocaat in Den Haag.

Ik wil beginnen met te zeggen dat ik de preadviezen met veel plezier heb gelezen, sommige nog iets grondiger dan andere. Vooral het preadvies van Zijlstra had mijn aandacht, en ik zou daarover dan ook twee vragen willen stellen, mede in verband met zijn stellingen 2 en 3.

Mijn eerste vraag betreft wat hij zelf noemt, vrij naar Van Schilfgaarde, *piercing the private veil*. Zijlstra wil van de vermomde overheid af. Hij wil de overheid steeds onderkennen als de echte overheid en er ook alle publiekrechtelijke normen op loslaten. Dit betekent dat het begrip 'openbaar gezag' en het begrip 'bestuursorgaan' moeten worden uitgebreid, om ervoor te zorgen dat in gevallen van de vermomde overheid de publiekrechtelijke normering geldt.

Nu kan ik het eens zijn met Zijlstra's idee dat je door de vermomde overheid heen moet prikken. Het lijkt mij inderdaad niet wenselijk dat overheidstaken door een soort vermomde private rechtspersoon worden uitgevoerd. In dat verband ontstaat natuurlijk onmiddellijk discussie over de vraag, wat dan precies 'vermomde overheid' is; vanmorgen is daarover al het een en ander gezegd. Daarmee ligt een op zichzelf ook weer heel interessant afgrenzingsprobleem op tafel, maar er nu even van uitgaande dat er zoiets als een vermomde overheid bestaat, vraag ik mij af of we met het voorstel van Zijlstra ver genoeg komen. Er blijven namelijk naar mijn idee nog wel een paar problemen over die je met alleen sleutelen aan het begrip 'bestuursorgaan' niet kunt oplossen. Ik noem er twee.

Het eerste punt is de aansprakelijkheidsbeperking die bij het inbrengen van publieke taken in een private rechtspersoon kan optreden. In beginsel heeft zo'n private rechtspersoon een eigen rechtspersoonlijkheid, met als gevolg dat bij het maken van fouten bij de uitoefening van de publieke taak in beginsel alleen de rechtspersoon en niet de achterliggende overheid aansprakelijk is. Dat is een vorm van aansprakelijkheidsbeperking die in mijn ogen niet wenselijk is. Misschien kan

dat probleem worden opgelost in een mandaatsconstructie; als verantwoordelijkheden worden toegerekend aan de achterliggende overheid, kan met aansprakelijkheid misschien op dezelfde manier te werk worden gegaan, maar het is volgens het preadvies van Zijlstra nu juist wenselijk dat de mandaatsconstructie wordt verlaten.

In de tweede plaats wordt nog weer een ander probleem gecreëerd, namelijk een probleem op het terrein van het private organisatierecht. Er ontstaan, zoals ook Zijlstra in zijn preadvies signaleert, fricties met het private organisatierecht als je, wat veelal toch wenselijk wordt gevonden, probeert grip op de uitoefening van de publieke taken te houden. Ook bij de manier waarop nu met het begrip 'bestuursorgaan' wordt omgegaan zijn die fricties er al, maar ze zullen groter worden als dat begrip wordt uitgebreid. Publiekrechtelijke normering botst nu al met private rechtspersoonlijkheid en het rechtspersonenrecht. Ik denk hier aan het geven van instructies en aan de manier waarop bestuursleden worden benoemd. Op zulke punten zullen extra problemen worden gecreëerd als het begrip 'bestuursorgaan' wordt uitgebreid. Ziet Zijlstra dit ook zo of heeft hij er andere ideeën over?

Ik kom vervolgens bij de derde stelling van Zijlstra. In hoeverre zouden private rechtspersonen die een publieke taak uitoefenen gebonden moeten zijn aan publiekrechtelijke beginselen, in het bijzonder via artikel 3:14 BW? Zijlstra's conclusie is dat zowel in de bestuursrechtelijke als in de privaatrechtelijke jurisprudentie een dergelijke gebondenheid niet wordt aangenomen. Hij wijst daarbij onder andere op het *RZG/ConforMed*-arrest, waarin de Hoge Raad inderdaad heeft aangenomen dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur alleen gelden voor bestuursorganen, dus niet voor private rechtspersonen die een publieke taak uitoefenen. In deze casus ging het specifiek over de vraag of aanbestedingsnormen van toepassing waren. Het maakt daarbij niet zo veel uit of je door de hond of door de kat wordt gebeten. Weliswaar golden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet omdat er geen bestuursorgaan in het spel was, maar anderzijds kwamen via de precontractuele redelijkheid en billijkheid die beginselen in feite toch weer langs. Omdat men ervoor had gekozen meerdere partijen voor inschrijving uit te nodigen, waren de aanbestedingsbeginselen toch weer van toepassing. Per saldo maakt dit niet zo veel verschil, maar principieel natuurlijk wél, omdat wordt uitgemaakt dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur alleen voor bestuursorganen gelden. De conclusie is dan dat je via artikel 3:14 BW de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet op niet-bestuursorganen kunt loslaten.

Ik vraag mij af of dit een wenselijke conclusie is en of je dit onderscheid wel goed kunt maken. Het is denkbaar dat wordt gewerkt met rechtspersonen die gedeeltelijk bestuursorgaan zijn en die in zoverre dus aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur gebonden zijn, maar er ontstaan problemen als het gaat om activiteiten die wellicht in voldoende mate met de publieke taak samenhangen om toepassing van de algemene beginselen te rechtvaardigen. Als dan bovendien blijkt dat, zoals de Hoge Raad in het zojuist genoemde arrest heeft uitgemaakt, een rechtspersoon die zich min of meer op het publieke terrein begeeft door meerdere partijen te laten inschrijven, toch weer via privaatrechtelijke normen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur gebonden raakt, rijst de vraag of het strikte onderscheid wel wenselijk is. Misschien is het beter het criterium te zoeken in de taak die wordt uitgeoefend en in de vraag of die taak in de activiteiten van de betrokken rechtsper-

soon dominant is. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval zou tot een minder categorische invulling kunnen worden gekomen.

Mr. S.E. Zijlstra

Ik ben in mijn voorstellen niet radicaal genoeg geweest! De fricties met het privaatrechtelijk organisatierecht onderken ik, en ze blijven bestaan als je de privaatrechtelijke instellingen waarop de overheid een overwegende invloed heeft onder het bestuursorgaanbegrip brengt. Elders in mijn preadvies heb ik betoogd dat we daar eigenlijk van af moeten, maar ik had natuurlijk eigenlijk moeten zeggen: ze blijven niet meer bestaan en dus hoeven we ons ook niet meer af te vragen hoe ze moeten worden genormeerd. Dat leek me op een of andere manier toch een brug te ver. Scheltema's interventie brengt me nu toch wel weer tot de stelling dat we de bedoelde instellingen gewoon onder een publiekrechtelijke rechtsvorm moeten brengen. Ik erken dat de fricties bestaan en dat ze bij het uitvoeren van mijn voorstellen in zekere zin groter worden.

Wat de aansprakelijkheid betreft: ik heb daar, om dat maar meteen te zeggen, geen verstand van, maar ik beluister bij privatisten wel het een en ander. *Piercing the corporate veil* is een term uit het vennootschaps- en rechtspersonenrecht. Als iemand bij wijze van spreken volledig bepaalt en betaalt, kan het onder omstandigheden zo zijn dat als er één omvalt, de achterliggende 'bepaler en betaler' aan de crediteuren moet meebetalen. Dat laat zich allemaal goed denken.

Dit brengt mij op de vraag waarom we rechtspersoonlijkheid nodig hebben. In mijn preadvies behandel ik die vraag niet. Ik ben steeds uitgegaan van de situatie waarin de overheid een bepaalde taak op afstand wil laten uitoefenen. De nulvraag is natuurlijk: waarom zou je het niet zelf doen, gewoon onder volledige politieke verantwoordelijkheid? Daarop ga ik in het preadvies niet in. De standaard gang van zaken in de jaren negentig was dat bij het verzelfstandigen van overheidstaken ook altijd rechtspersoonlijkheid werd toegekend. 'Er is een <volgt naam van een instelling die een overheidstaak behartigt>. De <naam instelling> is gevestigd te <plaatsnaam> en heeft rechtspersoonlijkheid.' Dit stond standaard in de tekstverwerker van de wetgevingsjuristen op de departementen. Om de toekenning van rechtspersoonlijkheid te rechtvaardigen worden de meest rare argumenten aangevoerd. Er wordt bijvoorbeeld gesproken over zelfstandigheid als categorie, maar dat wordt dan niet onderbouwd. Ik ben een geval tegengekomen waarin wordt gezegd dat men op deze manier in civielrechtelijke gedingen zelfstandig kan optreden, maar vervolgens bleek dat men voor ieder optreden in een geding toestemming van de minister nodig had. Zo zelfstandig was het dus ook allemaal weer niet! We kenden vroeger in de Wet milieubeheer een fonds dat rechtspersoonlijkheid had en waarvan het enige orgaan de minister was; ook dat heeft met zelfstandigheid niet zo veel te maken.

De door Scheltema opgeworpen vraag over de aansprakelijkheid heeft met het begrip rechtspersoon te maken, maar ook bij publiekrechtelijke alternatieven is dezelfde vraag aan de orde. Zonder enige kennis, nogmaals gezegd, van het privaatrechtelijke aansprakelijkheidsrecht, zou ik erop willen wijzen dat overheidsinstellingen gewoon niet failliet kunnen gaan, althans dat de overheid zal moeten bijpassen,

zodat de crediteuren niet met lege handen zullen komen te staan. Ik verwijs hier ook naar de tweede druk van het prachtige boek *Gemeenschappelijk recht*.[1]

Een ander punt, dat eveneens in het zojuist genoemde boek wordt behandeld, is de werking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur via de open normen van het Burgerlijk Wetboek. Wat de *ConforMed*-zaak betreft: het kan natuurlijk gebeuren dat de Hoge Raad morgen deze lijn op instellingen met een publieke taak gaat toepassen, maar mij gaat het in de context van het preadvies, waarbij ik heb geprobeerd geldend recht en wenselijk recht goed uit elkaar te houden, vooral om de vraag welke benaderingswijze gezien de jurisprudentie de sterkste papieren heeft. Daarbij lijkt de Hoge Raad het niet wenselijk te achten dat op andere entiteiten dan bestuursorganen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn. Natuurlijk kun je het standpunt innemen dat dit wél wenselijk is. Ik heb getracht duidelijk te maken dat het begrip *publiek belang* dan ongeschikt is om instellingen in te delen in een categorie die onder publiekrechtelijke normering moet vallen en een categorie waarbij dat niet het geval is. Toepassing van dit criterium kan in mijn ogen zelfs tot heel verkeerde resultaten leiden. Als je de geschriften van Van der Hoeven, waarop men zich in dit verband vaak beroept, goed analyseert, blijkt dat hij het helemaal niet heeft over woningcorporaties en onderwijsinstellingen, maar over instellingen waarvan het behoren tot de overheid nu *in confesso* is, zoals het CBR. Ik meen dat de publieke taak ook bij Van der Hoeven niet het doorslaggevende criterium is om instellingen al dan niet onder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te brengen. Ik acht zelf in ieder geval dat criterium ongeschikt en rechtsstatelijk onjuist. Het feit dat een organisatie een maatschappelijk belang, een publiek belang, een publieke taak, behartigt, betekent niet dat daarmee de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing moeten zijn. Genoemd feit legitimeert de *wetgever* om de taakuitoefening door de instelling te normeren, en naargelang het publiek belang daarbij meer betrokken is, is er voor die wetgever legitimatie voor een indringender normering. Aan de burgerlijke rechter overlaten naar gelang van de omstandigheden de beginselen van behoorlijk bestuur toe te passen, vind ik onwenselijk, onmogelijk (bij gebrek aan een materieel criterium) en onrechtsstatelijk. Daarmee kom ik tot een nogal zwaar dictum!

Voorzitter: Wat zou volgens Martijn Scheltema het criterium voor toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op rechtspersonen moeten zijn?

Mr. M.W. Scheltema

Daarover durf ik nu bijna niets meer te zeggen!

Zijlstra heeft betoogd dat ook bij het publiekrechtelijk instellen van een rechtspersoon het probleem van de aansprakelijkheid optreedt. Naar mijn mening zou je voor een publiekrechtelijke rechtspersoon een regeling voor faillissement en aansprakelijkheid moeten maken. In feite heeft ook Zijlstra in zijn preadvies iets dergelijks

1. M. Scheltema & M.W. Scheltema, Gemeenschappelijk recht, Deventer: Kluwer 2008.

voorgesteld. Het gemakkelijker maken van het instellen van publiekrechtelijke rechtspersonen vraagt om zo'n regeling.

Dan toch iets over het criterium voor de toepassing van artikel 3:14 BW. Het probleem met open normen blijft altijd dat veel afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, hetgeen in de rechtsstaats- en de rechtszekerheidssfeer nadelen heeft. Anderzijds: uit de *ConforMed*-uitspraak blijkt dat via de open normen algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing worden verklaard. Het is lastig telkens weer te moeten bekijken hoe het zit. In het privaatrecht zijn we wel gewend met dat soort open normen te werken, maar ik begrijp dat het in de bestuursrechtelijke sfeer anders en wat gevoeliger ligt. Omdat het nu eenmaal gaat om een private rechtspersoon die geen bestuursorgaan is, zou ik echter toch willen voorstellen op deze manier te werk te gaan.

Mr. A.M.L. Jansen

Ik heb eigenlijk niet de intentie de preadviseurs te complimenteren. De reden daarvan is dat de voorzitter mij op het hart heeft gedrukt dat ik binnen de drie minuten moet blijven!

Gezien mijn Maastrichtse achtergrond zal het geen verbazing wekken dat mijn vraag Europese invloeden betreft, in het bijzonder invloeden van het EVRM. Ik richt mijn vraag met name tot Zijlstra en Freriks, maar als Van Gestel er iets intelligents over wil zeggen, is ook hij wat mij betreft van harte welkom. Als het om de vraag gaat of een entiteit een bestuurstaak uitoefent, kiest het EHRM een min of meer functionele benadering. Er wordt door etikettering heen geprikt en er wordt gekeken naar de taak die wordt uitgeoefend. Nu erkennen ook Freriks (bladzijde 184) en Zijlstra (bladzijde 42) dit wel, maar zij doen dat heel terloops. Ze verwijzen naar een uitspraak van het EHRM van 1 maart 2005 in de zaak *Wos/Polen*, waarin de functionele benadering van het Hof tot uiting komt, maar stappen ze hier niet te luchtig overheen? Freriks en Zijlstra schrijven ongeveer: uit artikel 1 EVRM vloeit voort dat de staat dient te waarborgen dat het EVRM niet geschonden wordt geacht. Dat is mij iets te vaag en gratuit. De invloed van de jurisprudentie van het EHRM is volgens mij veel harder en directer. Niet alleen de uitspraak inzake *Wos/Polen* is hier trouwens van belang, maar ook eerdere en latere jurisprudentie, die de preadviseurs ongetwijfeld kennen.

Op het handelen van een privaatrechtelijke organisatie die een publieke taak uitoefent zijn de normen uit het EVRM rechtstreeks toepasselijk en tegen een beslissing van zo'n privaatrechtelijke organisatie staat dus ook bestuursrechtelijke rechtsbescherming open: bezwaar en beroep bij de bestuursrechter. Wos werd door de bestuursrechter in Polen ten onrechte niet-ontvankelijk verklaard. Het EVRM heeft een grote impact op de beantwoording van de vraag of een entiteit al dan niet een bestuursorgaan is. Hierbij denk ik met name aan b-organen. Zijn de preadviseurs het in dit opzicht met mij eens?

Hieruit vloeit een tweede vraag voort, die misschien voor de preadviseurs een tikkeltje confronterend is. In Nederland zoeken de wetgever, rechters en wetenschappers naar de precieze afbakening van het b-orgaanbegrip. Is dat niet van

secundair belang en kunnen we niet zeggen dat dit misschien maar achterhoedeschermutselingen zijn? Zoals ik al zei, wil ik deze vraag in ieder geval aan Zijlstra voorleggen, en liefst tevens aan Freriks, terwijl ik ook een reactie van Van Gestel zal toejuichen.

Mr. S.E. Zijlstra

In welk licht zou Jansen van achterhoedeschermutselingen willen spreken? In het licht van de ontwikkelingen met betrekking tot het EVRM?

Jansen: Ja.

Zijlstra: Ik ben niet alleen geen deskundige op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht, maar ook geen deskundige op het terrein van het EVRM. Desondanks heb ik het gevoel dat Jansen de jurisprudentie nogal kras samenvat. Hij zegt vrijwel letterlijk: als er een overheidstaak in geding is, is het EVRM van toepassing en is er bestuursrechtelijke rechtsbescherming. In mijn preadvies heb ik geprobeerd de begrippen *overheidstaak* en *publiekrechtelijke bevoegdheid* scherp te onderscheiden. Het begrip 'overheidstaak' valt volgens mij niet operationeel te definiëren, maar gesteld dat je het erover eens bent dat een woningcorporatie of een onderwijsinstelling een overheidstaak uitoefent, geloof ik niet dat uit de bewuste jurisprudentie voortvloeit dat uitoefening van een overheidstaak het EVRM volledig van toepassing maakt en rechtsbescherming bij de bestuursrechter openstelt. Wél hebben die jurisprudentie en het EVRM in brede zin betekenis voor het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen door de overheid, bijvoorbeeld als we het over *positieve verplichtingen* hebben. De staat kan zich niet aan positieve verplichtingen onttrekken door zich erop te beroepen dat een activiteit privaatrechtelijk is georganiseerd. Ik verwijs hier ook naar het preadvies van Freriks. Onder omstandigheden kan een private instelling die aan bepaalde criteria voldoet op één lijn worden gesteld met de overheid, maar ik waag te betwijfelen of daarvoor de inhoud van de taak doorslaggevend is. Er blijkt altijd ook te worden gelet op organisatorische arrangementen, en men baseert zich niet puur op de inhoud van de taak.

Ongetwijfeld is de kwalificatie *achterhoedeschermutselingen* hier van toepassing, maar het blijft volgens mij als ik zo naar de zaal kijk toch nog wel interessant.

Jansen: Als we in Straatsburg hadden gestaan, was de zaal waarschijnlijk nog acht keer beter gevuld geweest!

Mr. A.A. Freriks

Ik zit met hetzelfde punt als Zijlstra. Is nu het functionele of is nu het organisatorische vooral bepalend? Evenmin een EVRM-expert zijnde, heb ook ik mij de vraag gesteld in hoeverre het EVRM in de door mij behandelde specifieke situatie een rol kan spelen. Nu ik de opmerkingen van Jansen hoor, besef ik dat er verstrekkende

consequenties kunnen zijn voor het onderwerp dat ik bespreek. De lijn in mijn preadvies is dat bepaalde dingen in de private sector worden geregeld en dat de overheid op de achtergrond blijft. Bij de constatering dat de private sector een verkapte overheidsfunctie uitoefent, zou, zo lijkt uit de opmerkingen van Jansen te volgen, het complete publieke kader worden binnengehaald. Zonder EVRM-expert te zijn, denk ik dat dit heel vergaande consequenties zal hebben. Veel private initiatieven die op de uitvoering van publieke normstelling betrekking hebben, zouden terug naar de overheid worden geschoven. Houdt de interpretatie van Jansen inderdaad in dat dit de uitkomst zal zijn? Ik heb de jurisprudentie zo niet opgevat, maar ik geef mijn mening graag voor een betere.

Jansen: Ik ben geneigd, vrij naar Leo Beenhakker, te zeggen: *haben Sie eine Stunde?* In werkelijkheid hebben we, geloof ik, minder tijd. Met de gegeven reacties ben ik tevreden.

Mr. T. Barkhuysen

Volgens mij hanteert het Europese Hof onder het EVRM een tweeledig criterium:
– organisatorisch.
Als een rechtspersoon naar nationaal recht publiekrechtelijk is, wordt zij beschouwd als een publieke autoriteit in de zin van het EVRM, waarvoor het EVRM volledig geldt;
– functioneel.

Als een rechtspersoon naar nationaal recht privaatrechtelijk is, geldt een criterium dat, zoals Zijlstra terecht heeft betoogd, in de buurt komt van 'overwegende overheidsinvloed'. In de zaak van *Wos tegen Polen* speelde ook dat criterium een rol. Het fonds dat uitkeringen verschafte, werd beschouwd als publieke autoriteit in de zin van het EVRM, waarmee het EVRM direct voor het fonds ging gelden. In die zaak speelden de positieve verplichtingen niet echt een rol; het EVRM gold direct voor het fonds. De vraag was vervolgens of er tegen beslissingen van het fonds rechtsbescherming openstond. Omdat dit niet het geval bleek te zijn, werd de Poolse staat aansprakelijk gehouden. Of er burgerrechtelijke dan wel bestuursrechtelijke rechtsbescherming is, maakt niet uit. Het punt was dat er geen rechtsgang voorzien was.

Mr. S.E. Zijlstra

Niet handig is misschien geweest dat ik in mijn preadvies heb geprobeerd het begrip *functioneel* aan de inhoud van de taakuitoefening te koppelen en 'overwegende overheidsinvloed' onder *organisatorisch* te schuiven. Dat verdient nadere gedachtevorming.

Mr. G.C.W. van der Feltz

Als advocaat zal ik vooral vanuit het perspectief van de rechtsbescherming iets zeggen. De preadviezen heb ik met grote belangstelling gelezen. Ze zijn afwisselend, ze staan vol treffende voorbeelden en ze zijn praktijkgericht. Het mooiste vind ik dat ik voor een verschijnsel waaraan ik mij in mijn werkend leven altijd deerlijk ergerde heel veel begrip heb gekregen. We moeten niet proberen te vermijden dat er een 'grijze zone' is, we moeten er alleen wel zo goed mogelijk mee omgaan. In de loop van de dag hebben we dat in allerlei kleuren horen schetsen.

Ik heb mij eerst vanuit het perspectief van de rechtsbescherming de vraag gesteld of de onduidelijkheid over waar we heen gaan nu zo erg is. Die vraag moet, zo meen ik, bevestigend worden beantwoord. Voor mij is een duidelijk voorbeeld het verschaffen van financiële steun. Als dat gebeurt door een overheid, geldt over het algemeen het subsidieregelapparaat, en als de overheid aan een privaatrechtelijke stichting geld geeft die verder zelfstandig is, kan deze, binnen de regels van de wet, ermee doen wat zij wil. Zij kan bijvoorbeeld discrimineren. Van mijn kant zou ik de oplossing van veel problemen in convergentie willen zoeken. Het optreden van een bestuursorgaan zou zo veel mogelijk onder dezelfde normen moeten vallen als het optreden van een civielrechtelijk rechtspersoon, want daardoor wordt het ontbreken van een goede regeling wat minder erg. Een mogelijkheid is dat de overheid bij het uit handen geven van taken een set regels meegeeft waardoor de privaatrechtelijke rechtspersoon gedwongen is in ieder geval op dezelfde manier te handelen als de overheid, door bijvoorbeeld de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen.

Toch blijven er belangrijke momenten bestaan waarop een justitiabele niet weet bij wie hij moet zijn. Dit brengt mij op mijn eerste vraag, die ik stel naar aanleiding van bladzijde 86 van het preadvies van Zijlstra, terwijl ik bovendien verwijs naar het voorontwerp van de Vijfde Tranche Awb, waarin een regeling wordt gegeven. Het is buitengewoon zorgelijk en vervelend als je moet procederen over de vraag of je wel bij de goede rechter bent. Ik maak wel eens mee dat dit heel taaie gevechten zijn die veel tijd kosten. Ik vraag me af of we niet op een heel pragmatische manier moeten proberen ertoe te komen de rechter (en dat kan dan ook de civiele rechter zijn) te verplichten zich in een korte, snelle procedure uit te spreken over de vraag of hij de juiste rechter is. Vaak zullen de problemen daarmee ook niet zo groot meer zijn.

Daarnaast heb ik een heel andere vraag, die ook enigszins over de civiele rechter gaat. Op bladzijde 211 haakt mevrouw Freriks aan bij artikel 7:904 van het Burgerlijk Wetboek. Wie getroffen is door een bindend advies kan volgens dit artikel de burgerlijke rechter benaderen, waarbij hij overigens wel een heel zware toets moet doorstaan. Hij kan dan aanvoeren dat gebondenheid aan de beslissing van de bindend adviseur in verband met inhoud of wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Nu sta ik in dit soort procedures nu eens aan de ene, dan weer aan de andere kant, maar in beide gevallen weet ik dat degene die zich op onaanvaardbaarheid beroept vrijwel kansloos is. Alleen als het 'hoor en wederhoor'-beginsel niet is toegepast, zal de rechter misschien vernietigen. Zou het niet nuttig zijn de burgerlijke rechter in bepaalde categorieën van gevallen meer mogelijkheden tot ingrijpen

te geven? Op die manier zou het onderscheid minder scherp kunnen worden en zou er meer convergentie tot stand kunnen komen, doordat de burgerlijke rechter kan ingrijpen.

In de discussie hier is mij opgevallen dat het openen van de route naar de bestuursrechter door sommigen in het voordeel van de justitiabele wordt geacht. Het probleem dat ik daarbij zie, heeft te maken met toetsing. Als de civiele rechter eenmaal twee gelijkwaardige partijen tegenover zich ziet, toetst hij veel geavanceerder dan de bestuursrechter in een vergelijkbaar geschil. Ik denk hier met name aan convenanten. Als twee partijen bij een overeenkomst het niet eens zijn over de uitleg daarvan, gaat de civiele rechter tot de bodem, en dat is vaak wat we willen. Daarom is het naar mijn gevoel niet vanzelfsprekend dat we de burger beter bedienen door figuren als het convenant voor de bestuursrechter te brengen. Er is hier gesproken over bezwaar en beroep tegen een convenant. Ik kan mij voorstellen dat je het besluit tot het aangaan van een convenant appellabel maakt, maar denkt men er nu ook aan dat geschillen over de uitvoering van een convenant, als het bijvoorbeeld om feitelijk handelen gaat, voor de bestuursrechter zouden moeten worden gebracht?

Mr. S.E. Zijlstra

Het betoog van Van der Feltz culmineert wat mijn preadvies betreft in een vraag over de snelheid waarmee de rechter zou kunnen beslissen of hij al dan niet bevoegd is. Ik wijs erop dat hij daartoe al over instrumenten beschikt: hij kan het beroep kennelijk gegrond verklaren als de instelling wier handelen het betreft ten onrechte meende dat het bezwaar niet-ontvankelijk was omdat de instelling dacht geen bestuursorgaan te zijn, zoals bijvoorbeeld in het geval van de Stichting Silicose. Zo biedt het procesrecht nog méér mogelijkheden om snel tot een beslissing over de bevoegdheid te komen, en natuurlijk is het ook wenselijk dat de rechter snel met zo'n beslissing komt. De jurisprudentie waarover ik in mijn preadvies de staf breek, is vaak zó gecompliceerd, dat het heel veel werk kost om te bepalen of hij bevoegd is. Op die manier ben je de snelheid al vrij snel kwijt. We kennen wel typische Silicose-gevallen, maar heel vaak zal toch grondig naar de feitelijke omstandigheden moeten worden gekeken om uit te maken of er inderdaad sprake is van een bestuursorgaan, zodat de bestuursrechter bevoegd is.

Mr. G.C.W. van der Feltz

Zonder te hoog in de boom te willen gaan zitten, vraag ik mij af of er geen overlegorganen tussen rechters moeten worden gecreëerd, opdat zulke vragen worden herkend en er sneller een beslissing over de bevoegdheid kan worden genomen. Dat de materie ingewikkeld is, zou eigenlijk niet moeten uitmaken. Het betreft hier een voorvraag en het probleem wordt in feite gecreëerd doordat niemand weet bij wie hij moet zijn. Door de huidige samenstelling van de rechtbanken, met sectoren bestuursrecht en civiel recht, zou het mogelijk moeten zijn een voorziening te creëren waardoor de snelheid wordt bevorderd.

Voorzitter: Maar wel met behoud van twee instanties? Denkt u aan 'sprong-hogerberoep', meteen naar de hoogste rechter?

Van der Feltz: Ik denk dat je de ontvankelijkheidsvraag apart zou moeten kunnen uitprocederen.

Voorzitter: Dat kost tijd.

Mr. A.A. Freriks

Van der Feltz heeft een vraag gesteld over de toetsing van bindend advies. Ik ben het met hem eens dat er aan een heel zwaar criterium moet worden voldaan en dat je je kunt afvragen of hier voldoende rechtsbescherming wordt geboden. Het zou inderdaad nuttig kunnen zijn de burgerlijke rechter in dit opzicht met meer mogelijkheden op te tuigen. Mijn analyse van systemen van geschillenbeslechting mondt onder meer uit in de vraag, wat de burgerlijke rechter vervolgens gaat doen. Er lijkt mij dan ook aanleiding te zijn om aan het punt van Van der Feltz aandacht te besteden. De terughoudende toets van het bindend advies is, gelet op het voortraject in sommige omstandigheden, erg marginaal. Eén van de systemen die ik heb besproken, houdt simpelweg in dat in het kader van de geschillenbeslechting wordt bekeken of de certificerende instelling juist heeft gehandeld. Procedurele punten zijn vaak nog helemáál niet uitgekristalliseerd, of maar voor een deel geregeld. Procedurele uitgangspunten die we in de civiele procedure als normaal beschouwen, zijn vaak niet voorzien, evenmin als mogelijkheden voor partijen om een inbreng te hebben. Vanuit dit perspectief zie ik alle aanleiding om de burgerlijke rechter een beetje uit het keurslijf van de toetsing van bindend advies te halen.

Mr. R.A.J. van Gestel

Van der Feltz stelt een moeilijke vraag, met als welhaast empirische component: doet de burgerlijke rechter het beter dan de bestuursrechter? Ik kan daarop geen antwoord geven, want ik zou dan eerst moeten vaststellen wat nu eigenlijk *beter* is. Mijn indruk is dat de bestuursrechter die wordt gevraagd over convenanten te oordelen in een aantal gevallen enigszins vooruitkijkt. Nader onderzoek op dit punt lijkt mij wenselijk. Een mooi voorbeeld vorm het convenant over de verdeling inzake vervoersovereenkomsten. De bestuursrechter lijkt te redeneren: als ik nu zeg dat dit een besluit is, in welk wespennest begeef ik mij dan eigenlijk? Als een partij het met de verdeling van vervoersopbrengsten niet eens is, zal de rechter een benaderingswijze moeten kiezen. De overheid is slechts één partij tussen andere partijen en het is de vraag of de overheid in staat is een eventueel door de rechter opgelegde verplichting tot aanpassing van het systeem na te komen. Ik weet niet of in zo'n geval de burgerlijke rechter heel anders en veel inhoudelijker zou oordelen. Het zou best eens kunnen zijn dat de burgerlijke rechter precies hetzelfde doet en eveneens overgaat tot wat in het Duits zo mooi de *Folgenorientierung* heet, in de zin van: als ik hier een

overeenkomst van maak, welke consequenties zou dat dan eigenlijk moeten hebben? Ik heb enkele voorbeelden gevonden van toetsing van een convenant door de burgerlijke rechter die ik nu niet heel diepgaand vond. In vreemdelingenkwesties zie je dat de burgerlijke rechter helemaal niet zo scherp toetst. Hij kijkt naar wat er in het convenant staat en zegt dan: daarin lijkt te zijn geregeld dat het convenant vrij eenvoudig kan worden opgezegd. Vervolgens neemt hij dat voor kennisgeving aan en beschouwt hij het als uitgangspunt. Ik weet niet of Van der Feltz dat een diepgaandere toetsing vindt dan wat de bestuursrechter doet. Wat vindt hij een betere rechtsbescherming dan de rechtsbescherming die de bestuursrechter biedt? Naar mijn mening zouden de beide rechters in principe hetzelfde moeten kunnen doen.

Mr. G.C.W. van der Feltz

Het gaat mij met name om het gevoel dat mij bekruipt bij de bestuursrechter, die als opdracht heeft, te kijken of de overheid bij de beoordeling van feiten binnen de marges van een redelijke beoordeling is gebleven en zich bij het voeren van beleid binnen de beleidsmarges heeft bewogen. Als daarentegen mijn wederpartij niet de overheid is, maar net zo iemand als ik, heeft de burgerlijke rechter zulke remmen niet. Wanneer mijn wederpartij de feiten als 'a' interpreteert en niet als 'b', zal hij dat tot de bodem uitzoeken. Hij zal ook niet kijken of ik een redelijk beleid bij het uitvoeren van de overeenkomst voer, maar hij zal uiteindelijk moeten kiezen tussen twee gelijkwaardige partijen.

Dit is het verschil dat ik voor ogen had.

Mr. R.A.J. van Gestel

Bij de convenanten doen zich met name problemen met derde-partijen voor. In zo'n driepartijenverhouding is de situatie gecompliceerd. Zal de burgerlijke rechter nu in zo'n verhouding veel verder gaan dan een bestuursrechter?

Van der Feltz: Het kan twee kanten opgaan. Als je in de sfeer van de onrechtmatige overheidsdaad komt, ligt het heel anders. Dan toetst de civiele rechter zeer afstandelijk, en kun je beter bij de bestuursrechter zijn. Gaat het echter om privaatrechtelijke overeenkomsten, dan gaat de toetsing vérder, ook al zijn er derden bij betrokken.

Van Gestel: De bestuursrechter oordeelt nu met een bestuursorgaan- en besluitgeoriënteerde blik en kiest dan vaak voor een vrij afstandelijke toetsing. Op het ogenblik komt de bestuursrechter relatief weinig met convenanten in aanraking. Het is de vraag of bij een verruiming van die mogelijkheid de bestuursrechter voor die categorie even afstandelijk blijft toetsen, of dat hij wellicht meer in de richting van de burgerlijke rechter opschuift, door inhoudelijker te gaan toetsen.

Van der Feltz: Er is vandaag ook een andere variant genoemd, namelijk een geschilbeslechtingsprocedure[2] waarin volledig kan worden getoetst, gevolgd door een

nogal afstandelijke beoordeling door de bestuursrechter. Dat lijkt mij een evenwichtige gang van zaken.

Mr. M.W. Scheltema

Van der Feltz heeft ervoor gepleit in gevallen van bindend advies de burgerlijke rechter verdergaand te laten toetsen. Ik laat in het midden hoe dat precies moet worden geregeld. Wellicht moet het BW worden aangepast, opdat de toets bij private handhaving, ervan uitgaande dat die geoorloofd is, anders wordt. Van een verdergaande toetsing in dit opzicht ben ik geen voorstander. Bij de toetsing van bindend advies heeft de burgerlijke rechter nu naar mijn mening voldoende mogelijkheden om uitwassen tegen te gaan, bijvoorbeeld als partijen niet de gelegenheid krijgen zich goed te verweren of tegenbewijs te leveren. Dergelijke problemen worden door de burgerlijke rechter nu al prima opgelost in het kader van het criterium dat in het Burgerlijk Wetboek is vastgelegd. Veel noodzaak voor een aanpassing zie ik niet.

Ervan uitgaande dat private handhaving in bepaalde gevallen geoorloofd is, meen ik dat een bindend advies grote voordelen kan hebben. Partijen zijn namelijk met het bindende advies in beginsel al klaar. Er is dus een snelle procedure. Als die van voldoende waarborgen is voorzien, zijn er geen bezwaren, en als dat niet zo is, kan de burgerlijke rechter ingrijpen.

Mr. B.M.J. van der Meulen

Met de preadviezen ben ik erg gelukkig, evenals met de keuze van het bestuur voor het onderwerp en met de selectie van de preadviseurs. Mijn gevoel van gelukzaligheid komt vooral voort uit het venster dat wordt geopend op een mogelijke ontwikkeling van het bestuursrecht. Ik bedoel dit niet in de zin waarin we tot nu toe de hele dag hebben gediscussieerd, waarbij het bestuursrecht als normenstelsel wordt aangeroepen, nee, ik zie het bestuursrecht nu vooral als academische discipline. De preadviezen verschuiven de grenzen van het aandachtsgebied van het bestuursrecht. Ik denk dat mevrouw Freriks daarin het verst is gegaan. Zij wijdt in haar preadvies een paragraaf aan zuiver private vormen van handhaving en aan zuiver privaat bestuur in het algemeen. Tot nu toe hebben we in de context van privaat bestuur gesproken over de overheid die ervandoor gaat met private vormen, terwijl de keerzijde daarvan is dat de private sector ervan door gaat met het algemeen belang. Ook die keerzijde lijkt mij de moeite van bestuursrechtelijke bestudering waard. Strikt genomen gaat het dan misschien om privaatrecht, maar de ervaringen met overheid en privaatrecht hebben laten zien dat als *wij* het niet doen, de privatisten het ook niet doen.

Onze collega's van de bestuurskunde zijn ons hierin voorgegaan. De aandacht is verschoven van *government* naar *governance*, of, met een poging om deze termen in het

2. Zie de zaalreactie van mevrouw Steyger. [Red.]

Nederlands te vertalen, van 'besturen *door*', namelijk door de overheid, naar 'besturen *van*', namelijk van onderdelen van de samenleving. Dit lijkt mij een goede aandachtsverbreding voor het bestuursrecht.

Peters heeft Zijlstra ervan beschuldigd een rechtstreekse, volledige onderwerping na te streven. Met het verzet daartegen ga ik akkoord wat de normstelling betreft, maar wat de academische discipline betreft zou ik die rechtstreekse, volledige onderwerping eigenlijk wel willen bepleiten. Het private bestuur treedt immers krachtig in concurrentie met overheidsbestuur. In het deel van het materiële bestuursrecht waarmee ik mij de laatste tijd bezighoudt, het levensmiddelenrecht, is dat prominent aan de orde. Het doel van privaat bestuur daar is vooral ketenregie, een streven van ondernemingen ergens in het economisch veld om de resultaten die productie- en distributieketens genereren tot optimale uitkomsten te laten leiden. In wat 'optimaal' wordt gevonden, zit soms een flink algemeenbelangelement, waarbij het kan gaan om voedselveiligheid, milieu (ik denk aan de houtcertificering), dierenwelzijn en nog allerlei andere dingen.

Die vorm van privaat bestuur heeft een heel simpele structuur, waarvan in de preadviezen enige elementen aan de orde zijn gekomen. Er is sprake van normstelling, er wordt gezorgd dat de normen gelden, er wordt toezicht gehouden op de naleving van de normen en er worden sancties opgelegd. Deze belangstelling van ondernemingen, al dan niet in samenspraak met de overheid, al dan niet in samenspraak met algemeenbelangorganisaties, is er vaak op gericht naleving van publiekrechtelijke normen te bevorderen, nalevingslasten te verschuiven naar andere spelers in de keten en ook wel nu juist datgene te doen wat de overheid niet kan doen. En ook over dat laatste praat de overheid graag in stimulerende zin mee.

De SKV is afgelopen week een mooi voorbeeld geworden. Deze stichting gaat in belangrijke mate over het gebruik van groeibevorderingsmiddelen in de veehouderij. Afgelopen week is doorgekomen dat de Europese Unie voor de derde keer bij de WTO een geschil heeft verloren over de Europese publiekrechtelijke normstelling die groeihormonen absoluut verbiedt. Overigens heeft de EU er in het verleden al vaker voor gekozen de WTO-verplichtingen naast zich neer te leggen, sancties te aanvaarden en rustig door te gaan. Wellicht kan de SKV privaat doen wat de overheid niet kan.

Ook op een andere manier kan privaat bestuur doen wat de overheid niet kan: het kan over jurisdictiegrenzen heen gaan. Ik wijs op het voorbeeld van houtcertificering. Tropisch hardhout wordt geproduceerd op een wijze die voldoet aan wat wij uit een oogpunt van milieubeheer verstandig vinden. De normen worden neergelegd in certificeringsstelsels zoals besproken door Van Gestel, en worden op basis van inkoopmacht van onze markten opgelegd aan spelers ver weg in de Derde Wereld en op het Nederlandse platteland. Strikt formeel-privaatrechtelijk redenerend moeten we natuurlijk zeggen dat het opleggen van een certificeringssysteem als onderdeel van een overeenkomstrelatie iets is wat gebeurt op basis van wilsovereenstemming en dus iets wederkerigs is, maar zo goed als in het wederkerige bestuursrecht geldt ook hier dat er *de facto* sprake is van eenzijdige oplegging. Certificering betekent toegang tot de markt, geen certificering betekent uitsluiting van de markt. Toezicht wordt uitgeoefend door certificeerders, private auditbedrijven, en sancties bestaan

uit verval van certificering, verval van toegang tot de markt en eventuele contractuele boetes, een impact die haast niet is te overschatten.

Die certificering, die een belangrijke rol speelt in het preadvies van Van Gestel, is min of meer het privaatbestuurlijke equivalent van de vergunningverlening. Zij is het sleutelpunt voor toegang of niet-toegang, en ook het sleutelpunt (zie het preadvies van mevrouw Freriks) voor de sanctieverlening. Bestuursrechtelijk is het besluit aanknopingspunt voor de rechtsbescherming. Als het bestuursrecht zijn terrein van aandacht verbreedt naar het privaat bestuur, rijst de vraag waar in het private bestuur de rechtsbescherming is. Juist omdat het privaat bestuur zich wat juridische aandacht betreft in een vacuüm beweegt, lijkt men zich te kunnen veroorloven het accent te leggen op de inhoud van de norm en de rechtsbescherming te verwaarlozen. In die zin bevordert privaat bestuur onze normen, misschien onze waarden, maar veel minder onze waarborgen.

Private normstelling, vaak met medeweten van de overheid tot stand gebracht ter borging van het publieke belang, levert de normonderworpene uit aan de willekeur van de normeigenaar en van de private toezichthouder. Bij het vele leeswerk dat ik heb gedaan, heb ik de indruk gekregen dat Van Gestel als hij het over het organiseren van waarborgen heeft, vooral het oog heeft op garanties dat de norm die het certificeringsstelsel bedoelt te implementeren ook werkelijk wordt geïmplementeerd. In dat licht wil ik hem de vraag voorhouden wat nu eigenlijk de huidige stand van zaken is ten aanzien van de certificering. Is er aan het besluitachtige moment ook rechtsbescherming verbonden? Met een woord van Brenninkmeijer: is er daar toegang tot behoorlijk privaat bestuur?

Mevrouw Freriks gaat wel expliciet in op bescherming van toezichtsonderworpenen, maar ze doet dat vooral wat betreft de informatiegaring bij toezicht ter plekke. Ik heb me afgevraagd of *toezicht op controle* ook in transnationaal perspectief mogelijkheden biedt, dus niet alleen ter borging van publieke belangen in Nederland, maar ook ter bescherming van degenen aan wie normen worden opgelegd.

En mijn vraag aan de VAR, aan de collega's, luidt: is het niet een goed idee om ons aandachtsveld van overheid te verleggen naar bestuur?

Mr. R.A.J. van Gestel

Ik ben aan het kijken of ik er nog een vraag van kan maken! Het onderwerp is de toegang tot de markt bij certificering. Certificering is er in soorten en maten, en in allerlei smaken. Spreek je over volledig *vrijwillige* certificering, dan kom je heel snel in het private domein terecht, waarbinnen men voor de rechtsbescherming naar de burgerlijke rechter zal moeten. Problemen treden, zoals vaak bij zelfregulering, op als er conditionering in het spel is, dus als in wetgeving impliciet of expliciet aan certificeringsstelsels of aan normalisatie wordt gerefereerd.

Van der Meulen verwijst in het verband van certificering naar inkoopmacht. Veel hangt volgens mij af van hoe de markt eruitziet. In mijn preadvies bespreek ik het voorbeeld van het dierenwelzijn, waarbij je ziet dat de markt nu juist te *weinig* macht heeft. Er is een certificeringssysteem en het idee van de overheid was dat zij met de wetgeving op het gebied van het dierenwelzijn zou terugtreden. Men wilde voor

hondenkennels en katterieën geen normen meer stellen en men wilde het Honden- en kattenbesluit, waarin men de regels veel te gedetailleerd vond, opdoeken. Ook het ministerie van LNV moest natuurlijk haar quotum met het schrappen van regels halen! Het moest om vrijwillige certificering gaan, want anders was het niet te verkopen en zou er nog steeds wetgeving moeten zijn.

Hoe is vervolgens de gang van zaken geweest? Het Honden- en kattenbesluit was nog maar een paar jaar geleden in werking getreden. In regel 1 van de Memorie van Toelichting lezen we dat deze AMvB er is gekomen omdat zelfregulering in het verleden niet goed heeft gewerkt. Het Besluit werd opzijgezet, terwijl niemand zich de vraag stelde waarom de zelfregulering eigenlijk niet goed had gefunctioneerd en wat er in de afgelopen vijf jaar veranderd was, waardoor de overgang naar certificering gerechtvaardigd kon worden. Certificering kan op zichzelf best oplossingen bieden, maar niet de oplossing die hier werd beoogd, namelijk dat fatsoenlijk met dieren zou worden omgegaan in dierenpensions. Als er geen verplichtingen worden gesteld en gecertificeerde bedrijven een hogere prijs moeten berekenen aan de klant, hebben bedrijven die goedkoper zijn een extra marktvoordeel. Het systeem veronderstelt dat private partijen bereid zijn voor het in acht nemen van normen te betalen. Men had kunnen weten dat die veronderstelling niet klopte, omdat er al een vrijwillig certificeringsstelsel bestond, waarbij ondanks de relatief lage kosten maar heel weinig bedrijven aangesloten waren. Marktmacht was er in dit geval dus nauwelijks.

Bij *verplichte* certificering rijst de vraag wanneer de term 'certificering' nog van toepassing is. In de scheepvaartsector is certificering vaak gewoon een vorm van tijdelijke vergunningverlening die als certificering wordt bestempeld maar die zich oplost in een besluit van het hoofd van de scheepvaartinspectie of iemand anders. Je zou, met een omkering van een term van Zijlstra, hier van 'zelfregulering *in disguise*' kunnen spreken. De regulering is vrijwillig en zogenaamd in het private domein, maar heeft als je er goed naar kijkt wel degelijk een publiek karakter.

In het scheepvaartdomein zijn ook nog ingewikkelder constructies te zien. Soms is een privaat certificaat nodig om een publieke vergunning te kunnen krijgen. Er rijzen dan allerlei afbakeningsvragen en er is veel onduidelijk over de te benaderen rechter en de toe te passen regels.

Het hoofdprobleem ligt naar mijn mening in de hybriditeit. Zolang activiteiten maar volledig in het private domein blijven, weet iedereen waaraan hij gehouden is, evenals wanneer de grens van het publieke niet is overschreden. Ingewikkeld wordt het als we met een mengvorm te maken hebben.

Mr. B.M.J. van der Meulen

Al certificering zich in een werkelijk volstrekt vrijwillige setting afspeelt, is de analyse die Van Gestel ervan geeft volstrekt juist. Met betrekking tot de verwijzing naar de burgerlijke rechter zal ik mij in een voorkomend geval graag bij Van der Feltz vervoegen en zijn verdriet daarover delen.

Er is niet alleen een probleem bij hybriditeit, maar ook als vrijwilligheid volstrekt hypothetisch wordt. Het privaatrecht gaat uit van de vooronderstelling van wederkerigheid, nog veel meer dan het bestuursrecht dat doet, maar marktverhoudingen

ontwikkelen zich steeds meer in een richting waarin wederkerigheid een illusie is en waarin feitelijk iets kan worden opgelegd. Ik denk dat dit een sleutel is tot een belangrijk deel van het private bestuur dat echt impact heeft en dat juist vanwege de eenzijdigheid zo veel meer op bestuursrecht lijkt dan het privaatrecht, dat de wetenschap er intensiever naar zou moeten kijken dan nu gebeurt.

Van Gestel: Ik heb wel behoefte aan een concreet voorbeeld.

Van der Meulen: Een concreet voorbeeld is de SKV. Het gaat daar in theorie om een volstrekt vrijwillig stelsel. Op de Nederlandse markt maken niet de consumenten de dienst uit, maar doet de schakel daarvóór dat. Er is geen supermarkt of slager te vinden die bereid is ander vlees te verkopen dan SKV-gegarandeerd hormoonvrij vlees. Men is dus geheel vrij om mee te doen aan het systeem of een ander beroep te kiezen.

In de melksector hebben we grote inkopers op verwerkingsniveau en een aantal grote, maar vooral ook kleine landbouwbedrijven die melk produceren. Campina en een ander bedrijf hebben samen 98 procent van de markt in Nederland in handen. Zij stellen, geheel vrijwillig, kwaliteitsnormen die fors boven de wettelijke normen liggen, en dat geeft de private wederpartij de vrije keuze om aan de normen te voldoen of een ander beroep te gaan uitoefenen.

De koffieproductie…

Voorzitter: Uw punt is duidelijk.

Mr. R.A.J. van Gestel

Ik heb nu voorbeelden gehoord, maar nog niet echt een probleem. Als private partijen zichzelf hygiënenormen of andere normen willen opleggen die uitgaan boven hetgeen wettelijk verplicht is, juich ik dat alleen maar toe. Waren er maar vaker bedrijven die méér willen doen dan waartoe de wet ze verplicht!

Van der Meulen: Ik zal het probleem uitleggen. Natuurlijk ben ook ik sterk voor normen die uitgaan boven hetgeen wettelijk verplicht is, evenals voor een nationaal milieubeleid, waarvan we gewend zijn geraakt dat het zijn juridische vormgeving krijgt in besluiten, zoals vergunningen. Mijn probleem betreft de rechtsbescherming. Als iemand meent dat hij wél voor een vergunning in aanmerking komt, staat bezwaar en beroep open en kan hij naar de rechter. Ik zie daarentegen niet goed welke rechtsgang er is voor iemand die meent dat hij wél voor certificering in aanmerking komt. Wat gaat de burgerlijke rechter doen? Gaat hij nameten of de certificering terecht is onthouden?

Van Gestel: Ik denk zelf eerlijk gezegd dat het omgekeerde probleem, het probleem van de *free riders*, groter is dan het probleem van de aansluitdwang. Bij mijn onderzoek, ook in empirische zin, naar certificeringssystemen heb ik geconstateerd dat er altijd partijen zijn die zich te veel in een keurslijf gedrongen voelen. Je ziet dat er dan

altijd concurrentie van certificeringssystemen opduikt. In de sfeer van het dierenwelzijn treedt bijvoorbeeld niet alleen meer de Stichting Dierbaar als certificerende instelling op, maar ook de Stichting Aaibaar. Het probleem is dan vaak dat proliferatie van allerlei systemen ontstaat en dat de burger niet meer weet wat een scharrelei of een aaibaar huisdier is. Er zijn dan aaibare huisdieren A en aaibare huisdieren B, afhankelijk van het certificeringsbedrijf. Dat lijkt mij een groter probleem dan dat men in bepaalde gevallen als het ware gedwongen wordt in een markt mee te gaan. Als de druk te groot wordt, als te veel van private partijen wordt gevraagd, zal er vanzelf een beweging ontstaat waarbij naast het ene te dwingende systeem ándere systemen komen te staan die goedkoper en/of efficiënter zijn. Ik spreek dan over puur private situaties: geen aansluitdwang en geen wettelijk verplichte certificering. Het probleem dat Van der Meulen signaleert, heb ik in ieder geval in de praktijk nog niet gezien.

Mr. M. Scheltema

De laatste stelling van Van Gestel houdt in dat bestuursrechtjuristen zich te eenzijdig op de Algemene wet bestuursrecht richten. Dat is aantoonbaar onjuist. Een direct bewijs vind ik in het feit dat, naar vandaag bekend is geworden, de inwerkingtreding van de Vierde Tranche van de Awb is uitgesteld. Er zijn nogal wat leden van deze vereniging, ook in deze zaal, die onder andere op departementen aan die Vierde Tranche werken. Ik moet constateren dat zij zo af en toe te veel ándere bezigheden hebben! Misschien geldt dat zelfs voor het lid van onze vereniging dat vandaag niet aanwezig kan zijn omdat hij de vergadering van de ministerraad moet bijwonen.

Eigenlijk kan ik wel iets in de genoemde stelling van Van Gestel zien. Ook mij vallen bepaalde signaleringen over het besluitbegrip van de Awb op. Soms heeft men in de bestuursrechtelijke wereld het idee dat, nu eenmaal een bepaalde structuur voor de Awb is gekozen waartoe de begrippen *besluit*, *belanghebbende* en *bestuursorgaan* behoren, de bestuursrechtelijke wereld als het ware afgebakend is. Dat is natuurlijk niet zo. De Awb is er om het bestuursrecht vorm te geven, te codificeren, maar zij is een wet die een open karakter heeft. Niet voor niets is de term 'aanbouwwet' gebruikt. Wenselijke goede ontwikkelingen moeten we niet uitsluiten omdat ze niet in het begrippenapparaat of de structuur van de Awb zouden passen. Als er goede redenen zijn, moeten we de Awb aanpassen, want anders gaat zij een verkeerde functie vervullen.

Ik zie ook helemaal niet waarom wat er nu staat een belemmering voor nieuwe ontwikkelingen zou zijn. Als er geen tweezijdige rechtshandeling is geregeld, kunnen we dat alsnog doen. Sommige mensen zeggen dat er geen ándere gerechtelijke procedure kan zijn dan tegen een besluit, maar de wetgever kan uiteindelijk de wet maken zoals hij wil.

Als *dit* achter de laatste stelling van Van Gestel zit, kan ik er nog enig begrip voor hebben. Overigens zal ik als de stelling in stemming komt, tegen stemmen.

De preadviezen heb ik met buitengewoon veel plezier gelezen, en ik meen dat zij ons denken over het grensgebied tussen bestuursrecht en privaatrecht een heel stuk verder zullen brengen. Wél constateer ik een duidelijk verschil in benadering tussen

Zijlstra aan de ene kant en de twee andere preadviseurs aan de andere kant. De lijn van het betoog van Zijlstra kan ik heel goed volgen, niet in alle details, hoewel hij er, geloof ik, gelijk in heeft dat ik op een bepaald punt de Awb verkeerd heb geïnterpreteerd, maar de lijn in hoofdzaak kan ik goed onderschrijven. Ik ben het eens met de manier waarop Zijlstra niet-overheden in private vermommingen tegemoet wil treden. Er moet een duidelijke grens tussen overheid en niet-overheid worden getrokken. De overheid moet niet te veel gebruikmaken van privaatrechtelijke vormen, want dat heeft nadelen.

Zijlstra ontleent evenwel aan een citaat van Van der Hoeven een uitgangspunt dat ik niet deel. Het verschil tussen het bestuursrecht en het privaatrecht zou zijn dat in het bestuursrecht in het publieke belang wordt gehandeld terwijl private personen alles mogen doen wat niet bij de wet verboden is. Ik geef trouwens toe dat Van der Hoeven het wat genuanceerder zegt, maar het uitgangspunt dat Zijlstra bij het bekijken van de verhouding tussen publiekrecht en privaatrecht kiest, lijkt mij hoe dan ook niet juist. Ook in het privaatrecht kunnen we volgens mij niet meer met die benadering uit de voeten, zeker niet wanneer het gaat om organisaties die allerlei maatschappelijke functies vervullen. Als we de tegenstelling op deze manier aanzetten, kunnen bestuursrechtjuristen geen bijdrage aan het debat meer leveren wanneer de private sector, waar in beginsel alles zou mogen, wordt betreden. Het grensgebied en de verhouding tussen de beide rechtsgebieden roepen naar mijn mening grote vragen op. De twee andere preadviseurs hebben zich met het grensgebied beziggehouden. Daaruit blijkt dat bestuursrechtjuristen ook iets te zeggen hebben als het over vraagstukken gaat die tevens een belangrijke privaatrechtelijke kant hebben. De discussie over de maatschappelijke onderneming is te veel een discussie van privatisten. Het gedachtegoed bevindt zich in het eerder genoemde grensgebied, en ik vind dat wij er als bestuursrechtjuristen te weinig aan bijdragen. Ik steun in dit opzicht de opvatting van Van der Meulen. De twee andere preadviezen kunnen een bijdrage aan verruiming van het blikveld van het bestuursrecht leveren, en dat juich ik zeer toe.

Mr. S.E. Zijlstra

Ik geef de vraag van Scheltema als volgt weer: als je de normering van het bestuursrecht zo afbakent als ik heb gedaan, betekent dat dan dat je niets meer kunt zeggen over het andere deel van de wereld, namelijk de private wereld? Ik hoop dat ik dat niet heb beweerd, en als ik het wél heb beweerd, neem ik het nu terug en maakt die herroeping integraal deel uit van mijn preadvies!

In dit gezelschap durf ik rustig te zeggen dat, naar de ervaring leert, de bestuursrechtjuristen meer aan andere rechtsgebieden toe te voegen hebben dan die andere rechtsgebieden aan het bestuursrecht. Wij zijn nu eenmaal geneigd de ontwikkelingen op de andere rechtsgebieden in de beschouwing te betrekken omdat ze voor ons rechtsgebied relevant zijn, iets wat ik in andere rechtsgebieden nog wel eens mis.

Vanmorgen heb ik een illustratief voorbeeld genoemd. Brenninkmeijer heeft aandacht besteed aan de vraag of de Nationale ombudsman bevoegd moet zijn ten aanzien van instellingen die niet tot de overheid behoren. Mijn reactie daarop was

dat een dergelijke bevoegdheid mij niet wenselijk lijkt, maar dat het zich goed laat denken dat voor dat soort instellingen klachtprocedures worden ontworpen waarin bepaalde elementen uit de ombudsmanprocedure worden overgenomen, maar waarin de vrijheid van de private instellingen vertrekpunt moet blijven. Misschien ontmoeten wij elkaar wel op hetzelfde punt als het om de vraag gaat hoe ver een dergelijke regeling moet gaan. Een principieel standpunt houdt in dat er vrijheid voor het particulier initiatief is, een vrijheid die alleen wordt beperkt door de grenzen van artikel 6:162 BW en door verplichtingen die de overheid met een wettelijke grondslag oplegt. Anderen vinden dat daarmee niet meer kan worden volstaan omdat er in het maatschappelijk middenveld zo veel grote, machtige spelers zijn. Zij zullen een puur private kwalificatie eerder afwijzen.

Naar aanleiding van die laatste zienswijze vraag ik mij af of de situatie nu anders is dan vroeger. Ik denk dat het maatschappelijk middenveld vijftig jaar geleden minstens zo belangrijk was als het nu is en aan minder normen onderhavig was dan het nu is. Er ligt dan in mijn ogen louter de principiële vraag: moeten instellingen die uit het particuliere initiatief zijn voortgekomen, omdat ze machtig zijn aan publiekrechtelijke normen worden onderworpen? Misschien laat een antwoord op die vraag zich wel niet empirisch vaststellen, maar moet het berusten op een theoretisch fundament van de democratische rechtsstaat

Mr. J.E.M. Polak

Ik heb de preadviezen met heel veel plezier gelezen. Iemand zei tegen mij dat het thema van deze jaarvergadering een heel modern onderwerp zou zijn, maar daarmee ben ik het niet eens, want toen ik een halfjaar oud was, in 1956, is door De Goede en Troostwijk al gepreadviseerd over het gebruikmaken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen.

Stelling 1 van Zijlstra komt erop neer dat hij de hele publieketaakjurisprudentie bij het afval wil zetten. Dat gaat mij toch net iets te snel! In een genuanceerd betoog vanaf bladzijde 70 geeft Zijlstra wel toe dat deze jurisprudentie als achtergrond een heel strategisch bestuursorgaanbegrip heeft. De gedachte is dat de burger de wat gemakkelijker toegang tot de bestuursrechter niet moet worden onthouden wanneer private organisaties overheidstaken uitvoeren. Zijlstra wil de bestuursrechtelijke rechtsgang ook wel in ere houden, en wil een oplossing vinden door hier mandaat op los te laten. Op bladzijde 72 kunnen we lezen dat de minister die uiteindelijk een privaatrechtelijke vorm in het leven heeft geroepen het toerekeningspunt moet zijn. Via een mandaatsconstructie kan dan worden bewerkstelligd dat het gebied van het bestuursrecht niet wordt verlaten. Mij lijkt dit geen gelukkige constructie, omdat we hier in werkelijkheid niet met mandaat te maken hebben. De mandaatsfiguur is min of meer ontleend aan de civielrechtelijke vorm van een volmacht. De mandaatgever blijft degene die de besluiten neemt. Bij overheidsbestuur door private organisaties is daarentegen nu juist de gedachte dat het nemen van beslissingen op afstand van de overheid wordt gezet en dat de private organisatie er betrekkelijk vrij in is. Hoewel de private organisatie overheidsbeleid uitvoert, kan de minister niet op haar beslis-

singen worden aangesproken. Het lijkt mij moeilijk van de rechter te vragen iets als mandaat aan te merken dat geen mandaat is.

Mr. S.E. Zijlstra

Ik was in 1956 nog niet eens een twinkeling in de ogen van mijn ouders! De preadvisering uit 1956 heeft trouwens ook betrekking op privaatrechtelijke *rechtshandelingen*. De huidige preadviezen gaan dieper op één van de aspecten in.

De stelling dat de rechter geen mandaat kan noemen wat geen mandaat is, miskent misschien de figuur van de conversie, die we in de jurisprudentie wel degelijk kennen. Soms stelt de rechter vast dat iemand een poging heeft gedaan een algemeen verbindend voorschrift vast te stellen, dat betrokkene daartoe niet bevoegd was en dat hij, de rechter, de regel in kwestie converteert tot een beleidsregel. Men kan dan aanvoeren dat het object van deze uitspraak geen beleidsregel is en niet als beleidsregel bedoeld was, om zich vervolgens af te vragen wat de rechter eigenlijk aan het doen is. We kennen echter wel degelijk het fenomeen van, met een groot woord, de 'conversie in het belang van het recht'. Die figuur wil ik ook in dit verband gebruiken.

Polak heeft verder betoogd dat er geen sprake is van mandaat in laat ik maar zeggen *materiële* zin omdat het nu juist de bedoeling was de beslissingen bij de private organisatie op afstand te zetten. Nu hebben we in ons stelsel afgesproken dat het beperken van de politieke verantwoordelijkheid uitsluitend bij of krachtens de wet kan plaatsvinden. Dat staat in de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen met zoveel woorden. Er ligt hier dus een dubbel probleem: er is niet alleen een schimmige organisatie, maar in strijd met een belangrijk uitgangspunt wordt tevens de politieke verantwoordelijkheid beperkt. Als iemand dat zonder wettelijke grondslag doet, moet hij naar mijn mening worden afgestraft.

De rechter beschikt over het instrument conversie, en het is dus helemaal niet gek dat hij iets als mandaat bestempelt dat niet als mandaat is bedoeld. In het licht van de uitgangspunten die we hebben gekozen, lijkt mandaat mij de beste oplossing. Als we een zelfstandige organisatie signaleren en moeten vaststellen dat in strijd met alle afspraken ook nog eens een zelfstandig bestuursorgaan is gecreëerd, zijn we twee stappen verder van huis.

Voorzitter: Misschien hebben we nu naast een strategisch besluitbegrip en een strategisch bestuursorgaan ook een strategisch mandaatbegrip!

Polak: Natuurlijk wordt soms gebruikgemaakt van conversie, maar bij de mandaatfiguur is de wil van degene die mandaat geeft nu juist bepalend. De uitleg van een regel als algemeen verbindend voorschrift dan wel als beleidsregel daarentegen is typisch aan de rechter voorbehouden.

Zijlstra: Er is ook jurisprudentie waarin een poging tot delegatie wordt geconverteerd tot mandaat. Dat lijkt mij een vergelijkbaar voorbeeld. De rechter heeft er in het verleden nooit moeite mee gehad.

Mr. R. Stijnen

Het komt mij voor dat het gepretendeerde bestuursorgaan waaraan in de ogen van Zijlstra mandaat zou moeten worden toegerekend soms ook een soort van algemeen verbindend voorschrift produceert, al dan niet onder de vlag van het vaststellen van beleid, want er is geen wettelijke basis. Er ligt soms een protocol op basis waarvan een subsidie wordt toegekend of een aanvraag wordt gehonoreerd dan wel wordt afgewezen. Er zou dan ook sprake zijn van een soort mandaat tot regelgeving. Ik zie conversie dan niet werken, want er zou sprake zijn van een vorm van omkering. Als een gepretendeerd algemeen verbindend voorschrift onverbindend is bij gebrek aan een bevoegdheid en in een beleidsregel wordt geconverteerd, gaan we omlaag, maar in het voorstel van Zijlstra gaan we omhoog. Dat pleit tegen mandaat.

Mr. S.E. Zijlstra

De opmerking over 'omlaag en omhoog' kan ik niet helemaal volgen. In de Silicose-jurisprudentie zien we vaak dat de minister bepaalt hoe de taak moet worden uitgeoefend. Als er al een bevoegdheid tot regelstelling is, dan ligt die *de jure* bij de instelling, maar heeft de minister goedkeuring verleend, zodat de regelstelling kan worden toegerekend aan de minister.

Stijnen: De Rotterdamse Kunststichting kent bijvoorbeeld met geld van de gemeente Rotterdam op grond van een eigen reglement subsidies voor tentoonstellingen toe. De gemeente heeft dat reglement niet zelf vastgesteld. Of zij het heeft bekrachtigd, weet ik niet; wél heeft zij een vinger in de pap bij het aanstellen van bestuursleden. Het wordt volgens mij moeilijk op zo'n reglement een mandaatsconstructie toe te passen.

Zijlstra: Het lijkt me niet moeilijker dan vaststellen dat er sprake is van een Silicose-stichting. Het toepassen van de kwalificatie 'mandaat' is ingewikkeld, het geven van de kwalificatie 'bestuursorgaan op eigen titel' is ook ingewikkeld. Overigens wil ik de mandaatfiguur alleen in een overgangssituatie gehanteerd zien, want eigenlijk wil ik gewoon dat de rechter een verbod hanteert. In het geval van subsidies zonder wettelijke grondslag wordt bijvoorbeeld volstaan met de vaststelling dat een wettelijke grondslag ontbreekt. Zoiets zou de rechter eigenlijk moeten doen, maar om te voorkomen dat de justitiabele op het verkeerde been wordt gezet, zou je bij wijze van overgangssituatie aan conversie naar mandaat kunnen denken.

Stellingenprocedure

Voorzitter: Ik stel allereerst de stellingen van Zijlstra aan de orde. Kortmann heeft daarover het woord gevraagd.

Mr. C.N.J. Kortmann: Dat Zijlstra een samenhangende visie op zijn onderwerp heeft ontwikkeld, zie je ook terug in zijn stellingen. Ik meen namelijk dat de stellingen niet los van elkaar in stemming kunnen worden gebracht. Zijlstra zal het volgens mij zelf niet eens zijn met zijn stellingen 1 en 3 zolang stelling 2 niet is aanvaard. Bovendien meen ik dat stelling 4 een oplossing is voor stelling 5.

Met het oog hierop wil ik een procedurevoorstel doen. Waar het Zijlstra om gaat, is een beetje verborgen in de laatste stelling, stelling 5. Hij vind gewoon het oprichten van privaatrechtelijke rechtspersonen door de overheid onwenselijk. Als we stelling 5 niet meer hebben, hebben we al die andere stellingen eigenlijk niet meer nodig.

Mijn stemadvies luidt: stem tegen stelling 5. Als de overheid een beheerstaak heeft, bijvoorbeeld bij het onderhoud van eigen gebouwen, of in het geval van bouwprojecten, is het heel zinvol dat zij zich net als een private opdrachtgever van het privaatrecht kan bedienen en de figuur van een privaatrechtelijke rechtspersoon of een privaatrechtelijke samenwerkingsvorm kan hanteren. Dit maakt de situatie voor de wederpartij duidelijker.

In het verlengde hiervan zou men ook tegen stelling 4 moeten stemmen, aangezien die juist het omgekeerde effect heeft: er ontstaat alleen nog maar meer verscheidenheid en onduidelijkheid. Vervolgens kan men vóór stelling 2 stemmen, mits daarin in plaats van 'beheer' wordt gelezen: bestuur. Als stelling 2 wordt aangenomen, kan de Silicose-jurisprudentie worden verlaten, zodat stelling 1 ook kan worden aanvaard. Resteert stelling 3. Als stelling 2 op een goede manier is aangenomen, heb ik ook niet meer zo'n moeite met stelling 3. Er zijn dan namelijk niet meer zo veel private instellingen die als 'overheid *in disguise*' kunnen gelden.

Voorzitter: Maar hoe zou de volgorde nu concreet moeten zijn?

Kortmann: 5-4-2-1-3.

Voorzitter: Ik geef nu eerst Zijlstra het woord voor een reactie.

Zijlstra: Anders dan Kortmann lijkt te denken, is stelling 5 niet de koepelstelling. Het gaat mij namelijk ook om situaties waarin de overheid niet een rechtspersoon heeft opgericht, maar op andere wijze een overwegende invloed verwerft. Dat is een

minstens zo belangrijk probleem als het enkele oprichten, want je kunt ook mede oprichten zonder verder zeggenschap te hebben.

Ik heb natuurlijk niet helemaal voor niets de stellingen in een bepaalde volgorde gezet. Met Kortmann ben ik het eens dat ze met elkaar samenhangen. We zouden ook over het pakket als geheel kunnen stemmen in plaats van een ongelofelijk ingewikkelde procedure te volgen.

Voorzitter: Wat zou de overkoepelende stelling zijn?

Zijlstra: Dat de overheid zich niet moet vermommen in privaatrechtelijke gedaanten.

Voorzitter: Ik besluit dat we dan eerst de overkoepelende stelling in stemming laten komen en daarna de genummerde stellingen in de volgorde van hun nummering in het preadvies.

Ter vergadering geformuleerde overkoepelende stelling van Zijlstra

De overheid moet zich niet vermommen in privaatrechtelijke gedaanten.

Oordeel

Naar schatting 80 stemmen voor, 10 stemmen tegen en 8 onthoudingen.

Stelling 1 van Zijlstra

De publieketaak- of Silicose-jurisprudentie moet worden beëindigd.

Oordeel

Naar schatting 35 stemmen tegen, 20 stemmen voor en 35 onthoudingen.

Stelling 2 van Zijlstra

Als de overheid overwegende invloed heeft op het beheer van een privaatrechtelijke rechtspersoon, moeten de organen van die rechtspersoon als bestuursorgaan worden aangemerkt.

Oordeel

Naar schatting 50 stemmen voor, 15 stemmen tegen en 10 onthoudingen.

Stelling 3 van Zijlstra

Private instellingen die niet tot de overheid behoren maar wel een publieke taak uitvoeren of een publiek belang behartigen, moeten niet via artikel 3:14 BW worden gebonden aan de beginselen van behoorlijk bestuur.

Oordeel

Naar schatting 60 stemmen tegen, 20 stemmen voor en 10 onthoudingen.

Stelling 4 van Zijlstra

Het moet voor de centrale overheid gemakkelijker worden gemaakt om een publiekrechtelijke rechtspersoon in te stellen.

Oordeel
Naar schatting 30 stemmen tegen, 20 stemmen voor en 25 à 30 onthoudingen.

Stelling 5 van Zijlstra
Het oprichten van privaatrechtelijke rechtspersonen door de overheid is onwenselijk

Oordeel
Naar schatting 60 stemmen tegen, 15 stemmen voor en 7 à 8 onthoudingen.

Stelling 1 van Van Gestel
De Aanwijzingen voor de regelgeving schieten tekort bij het bieden van houvast voor het tot stand brengen van bijzondere bestuursrechtelijke wetgeving waarin wordt verwezen naar convenanten, private normen en certificaten.

Oordeel
Naar schatting 20 stemmen voor, 15 stemmen tegen en een groot aantal onthoudingen.

Stelling 2 van Van Gestel
Het verdient aanbeveling minimumvoorwaarden voor het gebruik van convenanten en certificatiesystemen in de Awb op te nemen.

Oordeel
Naar schatting 40 stemmen tegen, 30 stemmen voor en 10 onthoudingen.

Stelling 3 van Van Gestel
Het Europese wetgevingsbeleid gericht op co-regulering leidt ertoe dat in het Nederlandse algemene bestuursrecht de figuur van de wederkerige rechtsbetrekking opnieuw op de agenda zal komen te staan.

Oordeel
Naar schatting 10 à 14 stemmen tegen, 5 à 6 stemmen voor en zeer veel onthoudingen.

Stelling 4 van Van Gestel
Certificatie wordt in het wetgevingsbeleid verkocht als ruimte bieden voor eigen verantwoordelijkheid, maar komt er in de praktijk op neer dat de overheid bedrijven voor hun eigen toezicht wil laten betalen.

Michiels: Misschien zou het helpen als we zouden weten wat het probleem is. Het woord 'verkocht' doet mij denken aan 'knollen voor citroenen verkopen', en het komt er dan vervolgens op neer dat de overheid bedrijven voor eigen toezicht wil laten betalen. Daar zit de suggestie in dat er iets schandaligs gebeurt, maar ik ben het daar helemaal niet mee eens. Ik zou het uitstekend vinden als alle bedrijven voor hun eigen toezicht zouden betalen.

Van Gestel: Het gaat mij erom dat motieven die in het wetgevingsbeleid ten gunste van het kiezen voor certificering worden aangevoerd in de praktijk vaak niet de echte motieven zijn. Er wordt vaak op 'toezicht op controle' gewezen en er wordt betoogd dat toezicht en handhaving effectiever zullen worden. De echte motieven zijn dikwijls dat de overheid geen toezichtscapaciteit wil inzetten en bedrijven zelf de kosten van toezicht wil laten dragen. Je kunt er verschillend over denken of dat een goede ontwikkeling is.

Michiels: Hoe weten wij dit nu? Als je voor of tegen een stelling bent, heeft dat iets te maken met een opvatting over iets. Over de vraag of het morgen al dan niet gaat regenen hoef ik geen opvatting te hebben.

Voorzitter: De stelling staat er zoals zij er staat en komt met de toelichting van Van Gestel in stemming.

Oordeel
Naar schatting 25 stemmen voor, 20 stemmen tegen en 35 onthoudingen.

Stelling 5 van Van Gestel
Bestuursrechtwetenschappers concentreren zich te eenzijdig op ontwikkelingen rond de Awb en hebben daardoor te weinig oog voor wat zich in de schaduw van het bestuursrecht afspeelt rond alternatieve reguleringsvormen.

Oordeel
Naar schatting 40 à 50 stemmen tegen, 10 à 15 stemmen voor en 25 onthoudingen.

Stelling 1 van Freriks
De overheid mag uitsluitend handhavingstaken overlaten aan de private sector indien in het systeem van private handhaving de rechten uit het EVRM (voor deelnemers) voldoende zijn gewaarborgd.

Oordeel
Naar schatting 80 à 90 stemmen voor, 5 stemmen tegen en iets minder dan 10 onthoudingen.

Stelling 2 van Freriks
Het opnemen van criteria en randvoorwaarden voor systeemtoezicht in wetgeving zal de ontwikkeling van private handhaving eerder frustreren dan stimuleren. De wetgever dient zich zo veel mogelijk te beperken tot een faciliterende rol, en dient zo min mogelijk in de vormgeving en werking van het systeem te interveniëren.

Oordeel
Naar schatting bijna 30 stemmen tegen, 15 à 20 stemmen voor en 50 onthoudingen.

Stelling 3 van Freriks

De behoefte aan systeemtoezicht noodzaakt tot voorzieningen in de (herziene) Wet openbaarheid van bestuur, die het mogelijk maken toezicht- en opsporingsinformatie over te dragen aan private controleurs/controle-instanties, zonder dat dit tot consequentie heeft dat ook anderen zonder meer aanspraak kunnen maken op deze informatie.

Oordeel

Naar schatting 30 à 35 stemmen tegen, 30 stemmen voor en 30 onthoudingen.

Stelling 4 van Freriks

Indien de cumulatie van straffen in algemene zin wordt verboden, kan de overheid de eindverantwoordelijkheid voor de handhaving onvoldoende waarmaken.

Oordeel

Naar schatting 15 à 20 stemmen tegen, 15 stemmen voor en zeer veel onthoudingen.

Stelling 5 van Freriks

Een verplichting tot actieve informatieoverdracht van private controle-instellingen aan de overheid is niet wenselijk. Het ontbreken van zo'n verplichting zal de overheid stimuleren om meer werk te maken van systeemtoezicht.

Oordeel

Naar schatting 25 à 30 stemmen voor, 25 stemmen tegen en 25 onthoudingen.

Verslag van de secretaris over 2007

De algemene ledenvergadering

Op 11 mei 2007 werd de jaarlijkse algemene ledenvergadering gehouden in Utrecht. De jaarrede waarmee de voorzitter de vergadering opende, had als titel: 'Agenda voor de bestuursrechtspraak: het einde van de eenheidsworst'. Daarna werd gedebatteerd over de bestuursrechtelijke aanpak van terrorisme. Dat gebeurde aan de hand van preadviezen die waren uitgebracht door prof. L.J.J. Rogier, mr. M.A.D.W. de Jong (RUN), mr. drs. C.M. Bitter en prof. mr. F.W. Bleichrodt (advocaten te Den Haag). Rogier behandelde in algemene zin de verschuiving van strafrecht naar bestuursrecht bij de aanpak van criminaliteit en terrorisme. De Jong ging in op de rol van de burgemeester bij de misdaadbestrijding. Bitter en Bleichrodt bespraken de informatievoorziening in het kader van de bestuursrechtelijke aanpak van criminaliteit en terrorisme. De preadviezen zijn verschenen in de VAR-reeks (nr. 138). Aan het slot van de vergadering, die door circa 200 leden werd bijgewoond, is gestemd over stellingen van de preadviseurs. Het verslag van de discussie en de stemmingen is, samen met de jaarrede van de voorzitter, eveneens opgenomen in de VAR-reeks (nr. 139).

De Jonge VAR

Op 23 november 2007 werd de jaarlijkse bijeenkomst van de Jonge VAR gehouden in Den Haag. Het onderwerp was *Definitieve geschilbeslechting*. Preadviezen waren uitgebracht door Arco Rop (Directie Bestuursrechtspraak Raad van State), Elserike Looije (ministerie van VWS) en Rogier van der Struijk (Wetenschappelijk Bureau Hoge Raad). Centraal stond hoe bestuursorganen en de bestuursrechter kunnen bijdragen aan een meer finale beslechting van geschillen. Nadat de preadviseurs elk een korte inleiding hadden gegeven, ontstond een levendige discussie met de zaal, waarna de circa 80 aanwezigen hun stem konden uitbrengen over de stellingen van de preadviseurs. De preadviezen en een verslag van de vergadering zijn uitgebracht in de Jonge VAR-reeks (nr.6).

Pleitwedstrijd

Voorafgaand aan de jaarvergadering werd op woensdag 9 mei 2007 de jaarlijkse VAR-pleitwedstrijd voor studenten gehouden bij de Universiteit van Tilburg.

De deskundige jury stond dit keer onder voorzitterschap van mr. B. Verwayen. Er deden tien teams aan de wedstrijd mee. Na een spannende finale tussen de teams van Leiden en Groningen ging de hoofdprijs naar het team van de Rijksuniversiteit Groningen, bestaande uit Margriet Rotteveel, Janco Konig, Tim van Meer en Caroline Luttmer. Het Leidse team werd dus – bijna traditioneel – tweede. Utrecht en Tilburg werden respectievelijk derde en vierde. Het winnende team is gehuldigd tijdens de jaarvergadering.

Studiemiddagen

In 2007 zijn twee studiemiddagen georganiseerd.

Op 20 april 2007 werd een studiemiddag gehouden over *Belang en belanghebbende*. De middag was in het bijzonder gewijd aan de wenselijkheid van de invoering van een relativiteitseis in het bestuursprocesrecht. Vier sprekers leidden het onderwerp in: dr. J.C.A. de Poorter (Raad van State), prof. mr. G.T.J.M. Jurgens (UU), prof. mr. C.E. du Perron (UvA) en prof. mr. B.J. Schueler (UvA). De studiemiddag was zeer druk bezocht.

Een verslag van de studiemiddag verscheen in *het Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* (NTB 2007, nr. 34).

Op 27 september 2007 vond een – eveneens volgeboekte - studiemiddag plaats over de *Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding wegens onrechtmatige besluiten*.

Een tweetal sprekers becommentarieerde tijdens de studiemiddag het voorontwerp van wet over dit onderwerp, dat is opgesteld door een studiegroep onder voorzitterschap van prof. mr. M. Scheltema. Prof. mr. drs. B.P.M. van Ravels (advocaat/RUN/lid van de studiegroep) besprak de regeling voor nadeelcompensatie en prof. mr. R.J.N. Schlössels (RUN) ging in op de regeling voor schadevergoeding bij onrechtmatige overheidsdaad. Daarna ontstond een geanimeerde discussie.

Een verslag van de studiemiddag is verschenen in het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* (NTB 2008, nr. 10).

De VAR-Michielsprijs

Het VAR-bestuur heeft besloten om naast de al langer bestaande VAR-prijs, waarvoor alleen bijdragen aan het algemeen bestuursrecht in aanmerking komen, ook een prijs in te stellen voor bijdragen aan het bijzondere bestuursrecht. Voor de prijs, die eens in de vier jaar zal worden uitgereikt, komen bestuursjuristen in aanmerking die naar het oordeel van de jury een innovatieve prestatie hebben verricht, in welke vorm dan ook, die een belangrijke bijdrage leverde aan de ontwikkeling van, of de belangstelling voor een bijzonder terrein van het bestuursrecht. De nieuwe prijs is vernoemd naar de scheidende voorzitter en heet daarom de *VAR-Michielsprijs*. Hij bestaat uit een geldbedrag van € 1000 en de mogelijkheid om vier keer een *column* op de VAR-website te plaatsen. Tijdens de VAR-Jaarvergadering 2007 werd de VAR-Michielsprijs voor het eerst uitgereikt door Lex Michiels. De prijs ging naar prof. mr.

A.G.A. (Tonny) Nijmeijer, (thans) hoogleraar omgevingsrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen, voor zijn prestaties op dit terrein van het bestuursrecht in de afgelopen jaren.

De eerste VAR-Michiels column van de prijswinnaar – getiteld 'Een weinig zeggende Lex Silencio' – kan worden gedownload op de site van de vereniging.

Het bestuur

De algemene ledenvergadering heeft in 2007 als nieuwe bestuursleden benoemd: mr. drs. D. Brugman (in de vacature Drexhage), prof. dr. R.J.G.M. Widdershoven (in de vacature Verwayen) en mr. dr. J.H. Verweij (in de vacature Knieriem). Daarnaast werden prof. mr. W. den Ouden (in de functie van penningmeester), mr. S. van Heukelom-Verhage en prof. mr. J.E.M. Polak herbenoemd.

Samenstelling bestuur per 1 januari 2008

Het bestuur bestond op 1 januari 2008 uit mr. B.J. van Ettekoven (voorzitter), mr. drs. D. Brugman (secretaris), prof. mr. W. den Ouden (penningmeester), mr. S. van Heukelom-Verhage (adjunct-secretaris), mr. P.J. van Amersfoort, mr. H.J.M. Havekes, mr. M.G. Hordijk, mr. dr. A.T. Marseille, mr. A.J.C. de Moor-van Vugt, prof. mr. J.E.M. Polak, mr. drs. Th.G.M. Simons, mr. W.G.B. van de Ven, prof. mr. N. Verheij, mr. dr. J.H. Verweij en prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven.

Financiën en ledental

Het ledental stijgt gestaag. Eind maart 2007 werden ca. 1735 leden geteld en ruim 85 donateurs. De financiële situatie is gezond.

De secretaris,

D. Brugman

Bestuur en ereleden

Bestuur

Prof. mr. B.J. van Ettekoven (voorzitter)
Mr. drs. D. Brugman (secretaris)
Prof. mr. W. den Ouden (penningmeester)
Mr. S. van Heukelom-Verhage (adjunct-secretaris)
Mr. P.J. van Amersfoort
Mr. H.J.M. Havekes
Mr. M.G. Hordijk
Mr. dr. A.T. Marseille
Prof. mr. A.J.C. de Moor-van Vugt
Prof. mr. J.E.M. Polak
Mr. drs. Th.G.M. Simons
Mr. W.G.B. van de Ven
Prof. mr. N. Verheij
Mr. dr. J.H. Verweij
Prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven

Ereleden

Mr. J.M. Polak
Mr. A. Rothuizen-Geerts
Prof. mr. M. Scheltema