

VAR-reeks

125

De Awb en de bijzondere wetgeving

Verslag van de algemene vergadering
van de VAR Vereniging voor Bestuursrecht
gehouden op 12 mei 2000

Ter behandeling van de preadviezen van

Prof. mr. C.A.J.M. Kortmann

Prof. mr. B.P. Vermeulen

Mr. P.J.J. Zoontjens

Boom Juridische uitgevers

Den Haag

2001

Aanbevolen citeerwijze: VAR-reeks 125

© 2001 VAR, Vereniging voor Bestuursrecht

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden veelevoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of op enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16B Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471, en art. 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

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 90 5454 096 6

NUGI 693

Inhoud

De voorzitter spreekt tot de heer prof. mr. J.B.J.M. ten Berge, scheidend voorzitter van de vereniging bij de jaarvergadering 1999, die toen door ziekte niet aanwezig kon zijn	7
Rede van de voorzitter, prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels	10
Interventies, met reacties van de preadviseurs (ochtendgedeelte)	17
Mr. S.E. Zijlstra	17
Mr. M. Scheltema	25
Mr. H.J.H.L. Kortes	28
Mr. P.J.J. van Buuren	29
Mr. E.J. Daalder	34
Uitslag van de VAR-pleitwedstrijd, gehouden op 10 mei 2000	39
Interventies, met reacties van de preadviseurs (middaggedeelte)	42
Mr. W. Konijnenbelt	42
Mr. C. van Alderwegen	51
Mr. N. Verheij	52
Mr. In 't Hart	60
Mr. G.A.J. Tijbosch	60
Mr. H.J.H.L. Kortes	63
Mr. M.T.A.B. Laemers	64
Mr. D. Mentink	65
Mr. R.J.G.M. Widdershoven	69

Mr. W. Konijnenbelt	74
Mr. R. Verstegen	74
Mr. R.J.G.M. Widdershoven	75
Mr. P.W.A. Huisman	77
Stellingenprocedure	81
Verslag van de secretaris over 1999	88
Bestuur en ereleden	92
Overzicht van de preadviezen uitgebracht voor de VAR	93

De voorzitter spreekt tot de heer prof. mr. J.B.J.M. ten Berge, scheidend voorzitter van de vereniging bij de jaarvergadering 1999, die toen door ziekte niet aanwezig kon zijn

Professor meester Johannes Benedictus Jozef Maria ten Berge. Met die aanhef kan ik beginnen, maar ik denk dat ik het maar bij 'Beste Gio' houd! Vanaf 1992, toen jij Scheltema als voorzitter van de VAR opvolgde, was je voorzitter, tot verleden jaar: zeven jaren. Op 15 maart 1999 werd je plotseling getroffen door een herseninfarct, en dat was de directe oorzaak waardoor je toen een tijdje niet van de partij kon zijn en ook verleden jaar niet de jaarvergadering kon bijwonen. Daarom deze uitgestelde toespraak. Wij zijn erg blij dat het een stuk beter gaat, dat je weer aan het werk bent en dat je er vandaag bij kunt zijn. Veel mensen binnen de VAR en daarbuiten hebben met je meegeleefd. Het is goed dat je nu weer hier bent.

Door de gebeurtenissen van verleden jaar heb ik plotsklaps de voorzittershamer moeten overnemen. Niet dat ik dat nu heel erg vond, maar de overgang was abrupt en van een ordentelijke afsluiting van jouw voorzitterschap kon toen geen sprake zijn.

Jouw voorzitterschap ving aan in 1992, maar ook daarvoor was je in de VAR al actief. Een jaar eerder, op 29 april 1991, verdedigde je je preadvies over de Nationale ombudsman; Naeyé en Daalder waren toen de andere preadviseurs. Je deed dat, weet ik uit eigen waarneming, soepel, gedegen en met grote kennis van zaken. Het jaar daarna werd je voorzitter en in je voorzitterschap heb je zes redes gehouden. Het leek mij aardig eens precies te kijken waarover die gingen.

De eerste, op 14 mei 1993 ging over de werkwijze binnen de gerechten, de rechterlijke macht als productiebedrijf en de vraag of wij naar een bestuursrecht voor de rechterlijke macht toe moeten, met beleidsregels en wat dies meer zij. Dit is een onderwerp dat je altijd zeer is blijven boeien, zoals aanstonds nog zal blijken. In 1994 luidde de titel van je rede 'Bestuursrecht is niet uitsluitend Awb-recht'. Dat is een waar woord! Ik zal er vandaag nog op terugkomen. In 1995 ging het over 'De kritische massa van het bestuursrecht'. Dat was een beschouwing over privatisering en verzelfstandiging, in het algemeen gesproken dus over één van jouw wetenschappelijke passies, het bestuurlijke organisatierecht. In 1996 komt het thema van de rechter

terug, en dat blijft zo in 1997 en 1998. In 1996 ging het over ‘De oplopende spanningen tussen bestuur en rechter’. Achteraf gezien kunnen we rustig zeggen dat die rede een prelude was op het rapport van de commissie-Van Kemenade en alle heisa die daarna is gevolgd. Jij hebt dat heel goed voorvoeld en op voorhand geanalyseerd waar die spanningen in zaten en hoe we daartegenaan zouden kunnen kijken. In 1997 ging het over ‘Een volwassen klachtvoorziening voor de rechterlijke macht’ en in 1998 heette de rede ‘Samenhangende machten’, onder welke titel aandacht werd besteed aan het beheer van de rechterlijke macht, waarin jij als lid van de commissie-Leemhuis natuurlijk zeer geïnteresseerd was. Steeds heb je gesproken over onderwerpen die je zeer na aan het hart liggen, met als ‘rode draad’ de rechter, een onderwerp waarmee je in 1993 begon en waarop je later vaak terugkwam.

Elk jaar was er in de periode van jouw voorzitterschap een doorgaans goed bezochte jaarvergadering, wellicht met uitzondering van de middag van 14 mei 1993, maar toen was het, naar ik mij kan herinneren, ook erg warm! Er werden altijd discussies gevoerd over preadviezen die op actuele en belangrijke onderwerpen betrekking hadden. Je leidde de vergaderingen met vaste hand, maar niet streng. Hetzelfde gold voor de vele studiemiddagen die onder jouw leiding plaatsvonden. Ik heb ze niet geteld, maar vijftien à twintig zullen het er wel zijn geweest.

Een belangrijk wapenfeit in jouw voorzitterschap heeft de ontwikkeling van de pleitwedstrijd gevormd. Het ‘VAR Pleitconcours’, zoals die wedstrijd ook wel wordt genoemd, is onder jouw voorzitterschap uitgegroeid tot, om het eens in Awb-termen te zeggen, een *vaste praktijk*, die een steeds professioneler aanzien heeft gekregen. Later op de ochtend, wanneer de winnaars van het afgelopen woensdag gehouden concours zullen worden gehuldigd, zal ik nog wat meer over de pleitwedstrijd en de ontwikkeling daarvan vertellen. Dat jij er zo veel aandacht aan hebt gegeven, verdient grote waardering. Waar zijn wij zonder de jongeren, zonder onze Nachwuchs? We moeten daarvoor goed zorgen.

In 1994 heb je mij namens het bestuur benaderd met de vraag of ik in 1995 wilde preadviseren. Daarmee liep je wellicht vooruit op, althans nam je een potentiële hindernis weg voor de latere overdracht van het voorzitterschap, want de voorzitters hebben altijd eerst een keer gepreadviseerd. Ik zat toen, in 1994, nog hoog en droog aan de VU; sterker: ik zat er net. Ook toen je mij ergens begin 1998 vroeg of ik wellicht het voorzitterschap zou willen overnemen, was er nog helemaal geen sprake van dat ik, zoals nu is gebeurd, nog eens naar Utrecht zou terugkeren. Ik weet dat jij eraan hecht te zeggen dat het voorzitterschap van de VAR bepaald geen Utrechtse aangelegenheid is, maar dat toeval in het leven soms een onverwachte rol speelt. Dat zeg ik hier dus ook, met enige nadruk.

Dat wij ooit al eens, in een wat ruimere zin, in Utrecht collega’s waren en het nu, in een andere zin, opnieuw zijn, heeft mij het voordeel gegeven jou goed te leren ken-

nen. Jij praktiseert, als ik mij mag veroorloven dit te zeggen, de ‘niet lullen maar poetsen’-aanpak, hetgeen mij buitengewoon bevalt, maar je blijft daarbij doorgaans aimabel, en dat zijn twee dingen die lastig te verenigen zijn. Voor het VAR-voorzitterschap is deze combinatie wenselijk, en ik weet dus wat mij te doen staat! Dat voorzitterschap moet je trouwens aardig wat tijd hebben gekost. Het voordeel van de omstandigheid dat ik deze toespraak wat later houd, is dat ik inmiddels zelf het tijdsbeslag ken: we zijn je er extra dankbaar om! Je hebt je altijd zeer actief opgesteld en je blijft gelukkig ook binnen de VAR actief. Een uurtje geleden hebben we je gevraagd of je zou willen optreden als jurylid voor de VAR-prijs die het volgend jaar wordt uitgereikt, en je hebt daarop van harte ja gezegd. Ook daarvoor zijn we je dankbaar.

Gio, bedankt namens de hele vereniging voor al je inzet, je goede ideeën en je wijsheid. Het ga je heel goed en we hopen je nog tot in lengte van jaren, binnen de VAR en daarbuiten, te blijven zien!

(Applaus)

Rede van de voorzitter, prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels

De Awb, een bijzondere wet

Hoe legt men aan eerstejaarsstudenten die het vak Inleiding bestuursrecht of een vergelijkbaar vak volgen, uit wat de betekenis is van de Awb? Om te beginnen kan men de beantwoording van deze vraag een tijdje voor zich uit schuiven, door in het geheel niet over de Awb te praten. Daarmee voorkomt men automatisch dat studenten al van meet af aan gaan denken dat bestuursrecht Awb-recht is. Maar ja: eens zal de docent het onderwerp 'Awb' toch moeten aansnijden. Sinds kort, om precies te zijn na lezing van het preadvies van Kortmann, denk ik dat dit als volgt zou kunnen.

De docent kondigt aan dat het die bewuste dag over de Algemene wet bestuursrecht zal gaan. Zonder nadere tekst of uitleg van de inhoud van die wet merkt hij op dat dit een dominante wet is met een sterke neiging tot imperialisme, die wat het meest centrale begrip betreft een duidelijke vorm van *overkill* inhoudt en die artikel 112 van de Grondwet leegvreet.¹

Kortmann: Een goede uitleg!

Michiels: Ik verwijs naar de vindplaatsen in voetnoten!

Ik denk dat onze docent op deze manier de aandacht van zijn studenten al wel zal hebben. Hij zou aan het voorgaande nog kunnen toevoegen dat de Awb als een molensteen om de nek van andere algemene wetten hangt, alsmede dat de Awb weliswaar harmoniseert, maar dat deze op zichzelf op het oog gunstige werkzaamheid tot voortdurende aanpassing van allerlei bijzondere wetten leidt, waardoor de toch al ingewikkelde bestuurswetgeving ook nog eens voortdurend verandert, met als gevolg

1. Zie achtereenvolgens de pagina's 30, 19 en 41, 28 en 31 van het preadvies van Kortmann.

dat zij niet alleen niet meer te overzien is, maar ook niet meer te volgen. Nu worden bijzondere wetten ook los van de Awb regelmatig gewijzigd. Zo zijn er, om maar een paar willekeurige voorbeelden te noemen, enkele tientallen wetsvoorstellen aanhangig dan wel in de maak alleen al tot wijziging van de Wet milieubeheer, wordt de Wet op de Ruimtelijke Ordening na de recente wijziging opnieuw en misschien zelfs wel fundamenteel herzien en komt er een nieuwe Vreemdelingenwet aan. Dat neemt echter niet weg dat de diverse aanpassingsoperaties tengevolge van de Awb-tranches ingrijpend zijn en dat de wetgever daarbij haast onontkoombaar steken laat vallen. Voorts bevatten vele wetten afwijkingen van de Awb. Zelfs een eenvoudige en uiterst dwingend ogende bepaling als artikel 6:7, waarin de termijn voor het indienen van bezwaar- en beroepschriften op zes weken wordt gesteld, moet het nu en dan afleggen tegen bepalingen in bijzondere wetten. Naarmate de Awb meer onderwerpen gaat bevatten, zal afwijking alleen maar vaker voorkomen. Onze docent zou verder nog kunnen zeggen dat de Awb als 'grote gelijkmaker' steeds meer pretenties heeft, maar dat die gezien de vele afwijkingen in andere wetten steeds minder kunnen worden waargemaakt.

Bij de studenten zal na deze woorden vermoedelijk de indruk postvatten dat de Algemene wet bestuursrecht een wel heel nare wet is en dat de ministeries van Justitie en Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties als bedenkers van al dit kwaad een staat in de staat vormen. Als onze docent dan ook nog (met dank aan Leo Damen)² verhaalt van de machtige rechtspersoon als Awb-mens en de daarmee samenhangende verdeling der mensheid in Awb-mensen en niet-Awb-mensen, onder wie de Bosnische asielzoeker en, zo voeg ik daaraan toe, de hoogleeraar bestuursrecht te Almere in zijn jarenlange, uiteindelijk succesvolle, maar materieel niets opleverende WOB-strijd tegen de minister van Justitie, zal de gemiddelde student het gevoel krijgen dat bestuursrecht in het algemeen en de Awb in het bijzonder wel eens iets met Kafka te maken zouden kunnen hebben. Uiteraard zou onze docent op deze manier een eenzijdig en vertekend beeld van de Awb geven, maar als methode om de aandacht te trekken, iets wat in het huidige juridische universitaire onderwijs van onevenredig groot belang is, lijkt deze werkwijze mij wel geslaagd.

Het gaat vandaag over de verhouding tussen de Awb enerzijds en de bijzondere wetten anderzijds, maar aldus beschouwd zijn alle wetten bijzonder. Misschien zouden we dus moeten spreken over de relatie tussen de Awb en de *andere* wetten. Zo heeft Kortmann zijn opdracht kennelijk ook opgevat. Ook andere wetten dan de Awb kunnen algemeen zijn. Als er graden van algemeenheid zijn, is de Awb binnen het bestuursrecht misschien toch wel de algemeenste van de algemene wetten, maar in die

2. L.J.A. Damen, *Bestaat de Awb-mens?*, in: J.L. Boxum e.a. (red.), *Aantrekkelijke gedachten*, Deventer: Kluwer 1993, p. 109-129.

zin is zij tegelijkertijd ook bijzonder: zij neemt een bijzondere plaats in het bestuursrecht in. Door grensoverschrijdende effecten, die mede door de rechtspraak teweeg worden gebracht, neemt zij ook een steeds belangrijker plaats in het Nederlandse recht in zijn geheel in. De positie van de Awb in het bestuursrecht is inmiddels niet eenvoudig. Juist door het bestaan van de Grondwet, de organieke wetten, de Wet openbaarheid van bestuur en andere min of meer algemene wetten moeten de positie en de betekenis van de Awb steeds nauwkeurig ten opzichte van die andere algemene wetten worden afgebakend, maar ook ten opzichte van de bijzondere wetten (dat wil zeggen: de échte bijzondere wetten) is sprake van een spanningsvolle relatie. Steeds moet worden gezien of het belang van eenheid voorgaat, dan wel het specifieke belang dat in de bijzondere wet wordt behartigd. Zie in dat verband bijvoorbeeld het onlangs uitgebrachte advies van de VROM-raad waarin wordt gepleit voor behoud van een aantal van de Awb afwijkende regelingen in de Wet op de Ruimtelijke Ordening.³

We moeten daarbij overigens wel onderscheiden tussen *echte afwijkingen* van de Awb, zoals een kortere beroepstermijn dan zes weken, en *onechte afwijkingen*, die ‘slechts’ een inbreuk vormen op de patronen en standaardvoorzieningen in, maar niet strijdig zijn met de Awb. De onechte afwijkingen betreffen dus geen situaties waarin voorrangregels hoeven te worden toegepast, maar leiden wel tot discussies in de sfeer van het wetgevingsbeleid. Zo werd de laatste tijd bij ongeveer iedere denkbare gelegenheid opnieuw de kwestie van de *actio popularis* in de Wet milieubeheer en de Wet op de Ruimtelijke Ordening opgerakeld, maar recentelijk lijkt die discussie op kabinetsniveau in het voordeel van de bijzondere wetten te zijn beslecht.

Ook op het vlak van de inrichting van de rechtsbescherming vinden we vele afwijkingen van het standaardmodel, inhoudende bezwaar, gevolgd door beroep bij de rechtbank en hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State of de Centrale Raad van Beroep. Naar ruwe schatting is er misschien wel in de helft van de gevallen slechts beroep in één instantie, welke dan ook, terwijl er ook lang niet altijd een mogelijkheid is om eerst bezwaar te maken. Door de toekomstige mogelijkheid om met wederzijds goedvinden de bezwaarschriftprocedure over te slaan en door de samenvoeging van de Afdelingen 3.4 en 3.5 Awb tot een nieuwe Afdeling na het volgen waarvan evenmin bezwaar hoeft te worden gemaakt, zal het aantal gevallen waarin eerst bezwaar moet worden gemaakt nog verder worden teruggedrongen. Van eenvormigheid is in de rechtsbescherming dus maar in beperkte mate sprake. Sommigen zullen vinden dat de Awb toch nog te veel een keurslijf is, terwijl anderen zullen blijven aandringen op meer Awb-conformiteit.

3. VROM-raad, Het instrument geslepen, Advies 020, 23 maart 2000, p. 42-43.

Hoe dit ook zij, de Awb zal, niet alleen vandaag, een belangrijk stempel blijven drukken op het bestuursrecht en de ontwikkeling daarvan. Hoe zeer en hoe terecht wij ook reeds in 1994 door Ten Berge tijdens zijn eerder in deze vergadering al genoemde VAR-rede werden gewaarschuwd dat bestuursrecht niet uitsluitend Awb-recht is, onlangs nog werd niet zonder grond door Drupsteen tijdens een klein symposium bij mijn afscheid van de VU opgemerkt: ‘Op het ogenblik worden wij in het algemene bestuursrecht te zeer in beslag genomen door aandacht voor de Algemene wet bestuursrecht.’⁴ En Drupsteen mag het zeggen, want die is lid van de commissie-Scheltema! Zonder het met hem oneens te zijn vraag ik mij wél af of het anders zou kunnen, zeker gezien de vloed aan wetsvoorstellen en voorontwerpen die de laatste tijd is losgekomen:

- het wetsvoorstel inzake de samenvoeging van de Afdelingen 3.4 en 3.5 Awb (27 023);
- het wetsvoorstel inzake vergoeding van kosten van bestuurlijke voorprocedures (27 024);
- het voorontwerp voor een vierde tranche, met uiteenlopende onderwerpen;
- het wetsvoorstel eerste evaluatiewet Awb (26 523);
- het voorontwerp rechtstreeks beroep;
- het voorontwerp voor procedures inzake samenhangende besluiten.

Een voorontwerp inzake het zelfstandig schadebesluit is, naar ik heb begrepen, in aantocht, hetgeen na het arrest Groningen-Raatgever⁵ niet verbaast.

Dit alles roept de vraag op hoe de Awb eigenlijk totstandkomt. Wie bepaalt haar inhoud? Wie bepaalt de keuzen van de onderwerpen die er wél en die er niet in komen? Wie bepaalt het tempo waarin aan de diverse onderdelen wordt gewerkt? Hoe belangrijk, of juist hoe weinig urgent, moet een onderwerp zijn om in een tranche te worden opgenomen? Van hoeveel systeem en hoeveel toeval, zo niet willekeur, is er bij dit alles sprake? Ik denk dat er een mooi proefschrift te schrijven zou zijn alleen al over de totstandkoming van de Awb. Van belang is vervolgens natuurlijk ook wie de betekenis van de in de Awb opgenomen bepalingen en begrippen bepaalt. Ik laat voor beide vragen, die naar de totstandkoming en die naar de betekenis, de belangrijkste actoren de revue passeren.

1. De commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht ('commissie-Scheltema')

Bij het begin van de werkzaamheden van deze commissie, in 1983, lag het voor de hand vooral bestuursrechtelijke deskundigen uit praktijk en wetenschap in de com-

4. Thijs Drupsteen, Lex als wetenschapper, in: Afdeling Constitutioneel recht en bestuursrecht VU, Lex Specialis, Amsterdam: Juridische faculteit VU 1999, p. 15-25 (25).

5. HR 17 december 1999, NJ 2000, 87, AB 2000, 89 m.nt. PvB.

missie op te nemen. De samenstelling van de commissie zal vervolgens van invloed zijn geweest op de gekozen aanpak, die van enige voorzichtigheid en vooral van continuïteit getuigt. Inmiddels is de Awb aan het uitgroeien tot een wet die de neiging heeft stukken strafrecht en privaatrecht te incorporeren dan wel te annexeren.⁶ Zou bij de samenstelling van de commissie daarmee niet wat meer rekening moeten worden gehouden? Gezien de naar mijn inschatting betrekkelijk grote mate van conformiteit tussen de uiteindelijke wettekst en de voorontwerpen van de commissie-Scheltema, is het evenwel ook meer in het algemeen van groot belang wie er in de commissie zitten en derhalve hoe de keuze van de leden totstandkomt. De gedachte dat er in Nederland één bestuursrechtelijke opvatting zou heersen, de zogenaamde heersende leer, gevormd door enkele toonaangevende heren en een enkele dame, is immers niet reëel. In dat opzicht kunnen we overigens benieuwd zijn naar de rapportage van de VAR-commissie rechtsbescherming die binnenkort van start gaat, waarin vijftien zeer deskundige VAR-leden, afkomstig uit verschillende rechtsgebieden en beroepsgroepen, een fundamentele discussie gaan voeren over het ideale stelsel van rechtsbescherming. Bij die werkzaamheden is men uiteraard niet gebonden aan de uitgangspunten van het vigerende stelsel, want het gaat, zoals gezegd, om een fundamentele discussie.

2. De regering, met name in de gedaante van de ministeries van Justitie en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

De relatie tot de eerste actor is hecht, want verscheidene departementsambtenaren maken deel uit van de commissie-Scheltema, die dus in feite een gemengde commissie is van buitenstaanders en ambtenaren. Ik neem aan dat de ministeries invloed uitoefenen op de commissie als het gaat om de keuze van onderwerpen en het stellen van prioriteiten, maar hoe gaat dat nu precies? Wie heeft de echte beslissingsmacht? In welke mate speelt de persoon van de minister van Justitie een rol? Ik denk aan de wijze waarop Hirsch Ballin vaart achter de eerste twee tranches heeft gezet. Waarom duurt het soms zo lang voordat een onderwerp ter hand wordt genomen? Kan er met wat extra inzet (geld, ambtenaren) niet eens eindelijk iets worden gedaan aan onderwerpen als *intrekking van besluiten* en de *publiekrechtelijke overeenkomst*? Of is de tijd daarvoor soms nog niet rijp? Maar wie maakt dat dan uit? Als we bedenken hoezeer (misschien té zeer) wij ons alle met de Awb bezighouden, moeten we toch erkennen dat dit relevante vragen zijn.

3. Extra boeiend is de positie van Scheltema

Hij is namelijk niet alleen voorzitter van zijn commissie, maar ook regeringscommissaris, en in die hoedanigheid verdedigt hij namens de regering Awb-wetsvoorstellen in

6. Zie hierover het rapport van de VAR-werkgroep Vierde tranche Awb, De Vierde tranche Awb, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 13-15.

het parlement. Over het gewicht van zijn mededelingen wordt echter verschillend gedacht. Ik noem twee voorbeelden.

Na veel heen-en-weergepraat tussen Kamer en regering over de vraag of er na inwerkingtreding van de subsidietitel in de Awb nog ruimte zou zijn voor het sluiten van een beschikkingvervangende subsidieovereenkomst, moest de regeringscommissaris het verlossende woord spreken nadat de minister een- en andermaal bewust in het midden had gelaten of dergelijke overeenkomsten nog door de beugel zouden kunnen, terwijl bij welke Kamermeerderheid dan ook van een helder eigen standpunt op dit punt geen sprake was. De regeringscommissaris zei dat de Awb-subsidietitel zich tegen dergelijke overeenkomsten verzet, hetgeen door de Kamer voor zoete koek werd geslikt.⁷ Is het standpunt van Scheltema nu het standpunt van de wetgever? Het lijkt er wél op. In haar in 1999 verdedigde proefschrift *Subsidieovereenkomsten* betoogt Rianne Jacobs echter dat daarvan, gezien de manier waarop een en ander is gegaan, niet kan worden gesproken.

Het tweede voorbeeld betreft de vraag of een door een toezichthouder gedane schriftelijke vordering om inlichtingen te verstrekken een *besluit* is. De regeringscommissaris verklaarde op een vraag van het Kamerlid Koekkoek onomwonden dat een schriftelijke vordering tot het geven van inlichtingen, gedaan op grond van een daartoe strekkende Awb-bevoegdheid, een besluit is waartegen bezwaar en beroep mogelijk is.⁸ Ik zeg hem dat overigens graag na. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven echter kende, in zijn uitspraak over een door de Stichting Toezicht Effectenverkeer gedane inlichtingenvordering, aan die zeer duidelijke stellingname van de regeringscommissies geen doorslaggevende betekenis toe en besliste anders.⁹

4. Het parlement

Er zijn uiteraard maar weinig Kamerleden die veel verstand van bestuursrecht hebben, maar sommige hebben er genoeg kijk op om een behoorlijk debat te voeren. Dat is bij de Awb tot nu toe geregeld gebeurd. Voor de meer specifieke, soms ook juridisch-technische onderwerpen hebben sommige Kamerfracties zich uitgebreid laten voorzeggen door wetenschappers. De kwaliteit van de inbreng van Kamerleden in het totstandkomingsproces van de Awb is mede daardoor op z'n minst interessant te noemen. Wél hebben we enige vreemde amendementen aan Kamerleden te danken. Ik wil geen namen noemen, en daarom noem ik ook de amendementen maar niet, want dan weet de vergadering ook meteen de namen! De toehoorders kunnen er vast zelf wel een paar bedenken.

7. Handelingen II, p. 3662, PG Awb III, p. 182.

8. Handelingen II, p. 3664, PG Awb III, p. 325.

9. CBB 2 maart 1999, AB 1999, 168 m.nt. JHvdV.

5. *De Raad van State*

Deze vijfde actor speelt een dubbelrol, als adviseur van de wetgever en als toetsende bestuursrechter. Vooral als rechter neemt de Raad van State bij het vaststellen van de betekenis van de Awb een belangrijke positie in. De Afdeling bestuursrechtspraak en de andere bestuursrechters vatten hun taak soms zeer rechtsvormend op, zoals bij de zuivere schadebesluiten. Dán weer echter abtineren zij plotseling wanneer ze menen zich te veel in de nesten te werken, zoals bij de tot enkele jaren geleden nog wel, maar sindsdien niet meer verleende rechtsbescherming inzake de schriftelijke reacties op meldingen op grond van de Wet milieubeheer.

6. *Het 'bestuursrechtelijk middenveld'*

Wat is de invloed van organisaties als de VNG, het IPO, de Unie van Waterschappen, de Vereniging voor rechtspraak, het VNO/NCW, de Stichting Natuur en Milieu en vele andere die door de wetgever soms of vaak worden geraadpleegd? Waarom worden wélke organisaties geraadpleegd? Gebeurt dit goed overwogen, of met de natte vinger? En vooral: welke invloed hebben hun adviezen? Deze vragen leiden overigens naar de algemene vraag in hoeverre er bij het maken van nieuwe stukken Awb volgens de Awb-normen wordt gewerkt. Met andere woorden: is de totstandkoming van de Awb zelf Awb-conform?

7. *De literatuur*

Ik bedoel hier de literatuur in ruime zin, waaronder ik alles vat wat ik tot nu toe nog niet heb genoemd. Awb-literatuur is er volop, al zou dat proefschrift over de totstandkoming van de Awb er nog wel bij mogen. Het zal moeilijk zijn de invloed van de literatuur te meten, omdat die per publicatie zal kunnen verschillen, maar wanneer de krachten in die literatuur worden gebundeld, kan zij zeker van belang zijn, zowel tijdens het proces van totstandkoming als na inwerkingtreding van nieuwe onderdelen van de Awb. Ik denk dat het boekje *De Vierde tranche Awb* van de gelijknamige VAR-werkgroep, geschreven onder leiding van Damen, daarvan wel eens een goed voorbeeld zou kunnen blijken te zijn.

De VAR als actor in Awb-land! Het is een beeld dat wel past bij de vergadering van vandaag, al zal de discussie over méér dan de Awb gaan. Die discussie zal zeer worden vergemakkelijkt door de prikkelende en informatieve, kortom voortreffelijke preadviezen. Die gaan over algemene en bijzondere wetten, in het bijzonder de Algemene wet bestuursrecht en de onderwijswetten. Voor wie het nog niet wist, mag inmiddels duidelijk zijn: ook de Awb zelf is een bijzondere wet, 'en dat is-ie'.

Interventies, met reacties van de preadviseurs (ochtendgedeelte)

Mr. S.E. Zijlstra

Omdat ik een bespreking van de preadviezen in het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* heb geschreven, had ik aanvankelijk niet de behoefte te interveniëren. Ik had immers het mijne in die bespreking wel gezegd, maar de voorzitter heeft er herhaaldelijk op aangedrongen dat ik hier voor degenen die de bespreking niet hebben kunnen lezen kort een paar punten eruit naar voren zou halen. Bij dezen zal ik dat graag doen.

Allereerst iets over het preadvies van Kortmann. Zojuist is het woord ‘prikkelend’ gevallen. Ik denk dat Kortmann inderdaad een heel prikkelend preadvies heeft geschreven, en ik heb ook geprobeerd daar prikkelende opmerkingen tegenover te plaatsen. Vandaag beperk ik mij tot een opmerking over de bescheidenheid die de Awb volgens Kortmann zou sieren. Hij gebruikt daarbij termen als *wetgevend imperialisme* en *supralegislatief recht*. Mijn stelling is dat een ontwerper van regels, als hij conform de belangrijkste doelstelling van de Algemene wet bestuursrecht serieus wil harmoniseren, niet anders kan doen dan het systeem hanteren dat de regel die in die wet is opgenomen in beginsel moet voorgaan, tenzij er goede redenen zijn om een uitzondering te bedenken. Bij het uitgangspunt ‘we maken een algemene regel, maar iedereen mag verder zelf bepalen of hij een uitzondering wil’ kan men harmonisatie even goed achterwege laten. Zodra een Algemene wet bestuursrecht wordt ontworpen, moet het uitgangspunt zijn dat die wet in beginsel voorgaat. Heeft men eenmaal de algemene regel in het Staatsblad gekregen en is er aanpassingswetgeving totstandgekomen, dan ontstaan natuurlijk nog vraagstukken in de zin van: als er bij de aanpassingswetgeving iets is vergeten, hoe moeten we dat dan duiden? Aan de hand van de gewone, zij het buitengewoon ingewikkelde regels van het staatsrecht, moet dan worden nagegaan welke regel voorgaat. Hoe dit ook zij, ik blijf volhouden dat de Awb een échte mislukking zou zijn geworden wanneer de wetgever niet de stelling had

betrokken dat de regels van de Awb voorgaan en dat de bijzondere wet moet wijken.

Het systeem van aanpassingswetgeving is trouwens een heel goed systeem. Bij de Gemeentewet, die Kortmann terecht eveneens een algemene wet noemt, is geen systeem van aanpassingswetgeving gevolgd. Als de bijzondere wet over 'het gemeentebestuur' spreekt, moeten we daarom voortdurend gaan bedenken of daarmee nu de gemeenteraad dan wel het college van burgemeester en wethouders is bedoeld. Eigenlijk is de Gemeentewet, die ook harmoniseert, wat dat betreft enigszins mislukt.

Kortmann heeft op onderdelen van de Awb nogal veel kritiek. Sommige brengen hem zelfs in bijna beangstigende staat van opwinding. Ik noem het onderwerp 'beleidsregels' en wijs op noot 88; ook de bepalingen over delegatie kunnen in Kortmanns ogen beter worden geschrapt. De bepalingen over de Friese taal noemt hij 'gewoon een bijzondere wet in Awb-kleed, om de Friezen over de bol te aaien'.

Kortmann: Dat was voor u bedoeld!

Zijlstra: Oké, het klopt dat ik inderdaad de tekst nog mede heb opgesteld, samen met de heer Klijsma en, om het beeld compleet te maken, onder staatssecretaris De Graaff-Nauta.

Nu ben ik de laatste om géén kritiek op onderdelen van de Awb te hebben, maar een pleidooi om bijvoorbeeld de hele delegatieafdeling te schrappen, zet de klok terug naar een situatie waarin alle bestuursorganen moeten gaan zitten bedenken of ze na het delegeren van een bevoegdheid nog iets te zeggen hebben, of ze misschien zelfs nog bijzondere aanwijzingen zouden mogen geven en of ze de bevoegdheid kunnen terugtrekken. Kortmann gooit het kind met het badwater weg als hij ervoor pleit de hele afdeling over delegatie te schrappen omdat er in de praktijk problemen bij blijken te bestaan.

Bij het preadvies van Vermeulen en Zoontjens wil ik een opmerking maken over de samenwerkingschool. De voorstellen van de Onderwijsraad komen er onder meer op neer dat het openbaar onderwijs in een stichting moet worden ondergebracht, eventueel samen met het bijzonder onderwijs. Dit staat haaks op het denken dat aan de Algemene wet bestuursrecht ten grondslag ligt. Dat denken is wat de bestuurlijke organisatie betreft enigszins digitaal: je bent bestuursorgaan, of je bent het niet. We kennen wel het 'voorzover'-criterium, maar als eenmaal is vastgesteld dat een persoon of college met een bepaalde taak bestuursorgaan is, valt die persoon of dat college ook onder het gehele systeem van de Algemene wet bestuursrecht. Wat we nu zo mooi zien, is dat de praktijk probeert hier enigszins onderuit te komen met een soort tussenvorm: soms een beetje bestuursorgaan, soms een beetje niet.

Tegen een dergelijke figuur bestaan naar mijn mening zowel grondwettelijke als heel praktische bezwaren. Te verwachten zijn de problemen die we bij privatisering

van publieke taken heel vaak zien ontstaan. Er zal verwarring komen over politieke verantwoordelijkheid, het toepasselijke normenstelsel, rechtsbescherming, civielrechtelijke aansprakelijkheid et cetera. Graag zal ik de reactie van de twee preadviseurs hierop horen.

Een interessante vraag is verder of er plaats is voor een onderwijsovereenkomst en wat de status van zo'n overeenkomst zou zijn. De opvallende gedachtegang die wordt gevolgd, komt erop neer dat men zodra een overeenkomst wordt gesloten, bijvoorbeeld doordat in het openbaar onderwijs de relatie docent-student op basis van een overeenkomst wordt gereguleerd, niet meer publiekrechtelijk bezig is. Op die manier wordt in mijn ogen een valse tegenstelling gecreëerd. Het begrip *overeenkomst* verdraagt zich prima met een publiekrechtelijke rechtsbetrekking. De verwarring ontstaat doordat docent en student in een situatie van 'permanent tot elkaar veroordeeld zijn' verkeren, waardoor sterke elementen van wederkerigheid aanwezig zijn. We hebben hier te maken met een klassiek voorbeeld van een wederkerige rechtsbetrekking in de zin van de Memorie van Toelichting bij de Awb. Door de wederkerigheidselementen denken we al snel aan overeenkomsten en vervolgens meteen aan het privaatrecht, wat het vermoeden oproept dat de Awb niet meer van toepassing is. Voor mij blijft overeind staan dat het openbaar onderwijs tot de openbare dienst behoort en dat het bevoegd gezag over openbaar onderwijs dus bestuursorgaan in de zin van de Awb is, waarop het gehele bestuursrechtelijke normenarsenaal van toepassing is.

Laat ik eindigen met de preadviseurs te feliciteren met hun fraaie preadviezen. Het is traditie daarmee te beginnen, maar ik dacht: laat ik het eens aan het eind doen!

Mr. C.A.J.M. Kortmann

Zijlstra is ingegaan op de 'bescheidenheid van de Awb' waarvan ik voorstander ben. Termen als *wetgevend imperialisme* heb ik bewust gebruikt, omdat men die niet zo snel vergeet. Bij nauwkeurige lezing van mijn preadvies zal duidelijk worden dat mijn kritiek op de Awb voornamelijk betrekking heeft op de verhouding tussen de Algemene wet bestuursrecht en wetten als de Provinciewet, de Gemeentewet en de Waterschapswet: andere wetten waarvan wij zonder al te veel moeite zeggen dat ook zij algemeen zijn. Die verhouding leidt tot een aantal problemen, waarvan Zijlstra in zijn bespreking in het *NTB* er op z'n minst één erkent. Het *besluit*-begrip in de Awb spooort niet, althans onvoldoende, met het begrip *besluit* dat in de Gemeentewet en de Provinciewet stond. Men heeft aan die wetten allerlei ingewikkelde hersteloperaties moeten verrichten, waardoor zinswendingen zijn ontstaan als 'andere beslissingen dan besluiten', om de Awb in het systeem van de Gemeentewet en de Provinciewet te kunnen laten functioneren.

Een ander heel duidelijk voorbeeld van de problematiek die de Awb oplevert, zien we bij de delegatie. Moeten we aannemen dat delegatie van regelgevende bevoegdheid privaat is? In ieder geval op het niveau van de centrale overheid kunnen we hier voor merkwaaardige consequenties komen te staan. Stel dat een algemene maatregel van bestuur de bevoegdheid tot het vaststellen van een ministeriële regeling delegeert. Werkt die delegatie dan privaat, ja of nee? In de Aanwijzingen voor de regelgeving is een goed en degelijk antwoord te vinden: zo'n delegatie werkt niet privaat. Ik ben het daarmee eens, maar volgens de Awb zou het anders zijn.

Dan kom ik bij een punt dat ik nu de vierde tranche op komst is zeer gemakkelijk vind. Ik wil wel eens iemand zien die met een formulering in de wet puur legislatief-technisch het onderscheid tussen attributie en delegatie duidelijk weet te maken. Uit het voorontwerp voor de vierde tranche heb ik afgeleid dat in geval van attributie aan een ambtenaar of aan een ambtelijke dienst nog aanwijzingen kunnen worden gegeven en in het geval van delegatie niet. Nu moet je alleen al verdraaid goed je taal beheersen om onder omstandigheden het verschil tussen attributie en delegatie goed duidelijk te maken.

Kortom, ik vind dat men de afdeling over delegatie in de Awb veel te dogmatisch heeft aangepakt en dat men veel te weinig rekening heeft gehouden met andere algemene wetten en met hetgeen de praktijk vereist. Ik ben voorstander van het aanpassen van echte bijzondere wetten aan de Algemene wet bestuursrecht. Harmonisatie is op veel punten een groot goed, maar in het geval van andere algemene wetten rijzen diverse problemen. Tot die andere algemene wetten reken ik, zoals gezegd, de Provinciewet, de Gemeentewet en de Waterschapswet, maar ook de Grondwet en eventueel zelfs het supranationale of het internationale recht. Over die laatste categorie heb ik eerlijk gezegd veel te weinig geschreven.

Hiermee heb ik twee opmerkingen van Zijlstra min of meer gelijktijdig beantwoord: zijn opmerking over het *wetgevend imperialisme* en die over het al dan niet schrappen van de afdeling inzake delegatie. Het doet mij genoeg dat noot 88 de aandacht heeft getrokken. Ik denk dat de interpretatie van Zijlstra berust op een wat ander gevoel van humor dan het mijne, maar misschien kunnen we hier vanmiddag nog een debat over voeren. Ik reken deze noot tot de detailkwesties.

Mr. S.E. Zijlstra

Het *besluit*-begrip in de Gemeentewet vormde inderdaad een probleem. De wetgever moet zich in zo'n geval over een aanpassing buigen. Ik vraag me echter af hoe de wetgever hier anders te werk had moeten gaan. Had hij in de Gemeentewet moeten bepalen: 'Artikel 1:3, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht is niet van toepassing'?

Wanneer de Awb met het *besluit*-begrip werkt, komt de vraag op hoe dat begrip in de Gemeentewet moet worden gelezen. In zo'n situatie kan de wetgever zwijgen, of hij kan zijn werk doen, door tenminste de verhouding tussen de twee wetten duidelijk te maken. Dat levert inderdaad enigszins zonderlinge bepalingen op, maar liever zonderlinge bepalingen dan dat de praktijk zich voortdurend in de problemen werkt.

Mr. C.A.J.M. Kortmann

Maar het zonderlinge zit in de Awb. Het *besluit*-begrip in de Grondwet, het originairre, klassieke *besluit*-begrip, is dat van de Gemeentewet en de Provincie. Vervolgens is de Awb-wetgever ineens een nieuw *besluit*-begrip gaan verzinnen dat enger is dan dat van de Grondwet, die al lang bestond, en enger is dan dat van de Gemeentewet en de Provinciewet. Gevolg is dat we in de klassiek bestaande wetten met gedonder komen te zitten. Ik zou zeggen: de Awb-wetgever heeft op dit punt onvoldoende nagedacht en had veel meer moeten uitgaan van het grondwettelijk concept.

Zijlstra: Als er een grondwettelijk *besluit*-begrip bestond, had dat gekund.

Kortmann: Dat is er!

Zijlstra: In de Grondwet wordt wel de term *besluit* gebruikt, maar je kunt niet uit de stukken halen wat er precies onder wordt verstaan.

Kortmann: Maar wel uit de jurisprudentie. Vernietiging van besluiten is een oeroud verschijnsel, en er valt klassiek gezien veel meer onder dan onder het Awb-*besluit*-begrip.

Zijlstra: De jurisprudentie heeft betrekking op de uitwerking door de wetgever, niet op het grondwettelijk begrip.

En wat de delegatie betreft: ik blijf volhouden dat er weliswaar rond de Awb-bepalingen over delegatie allerlei problemen zijn, maar dat het te ver gaat daarom de hele delegatieafdeling te schrappen. Daarvoor zijn de problemen nu ook weer niet groot genoeg.

Kortmann: Ik wil wel zo vriendelijk zijn te zeggen dat die bepalingen ook zouden kunnen worden *aangepast*.

Zijlstra: Dat stáát er niet.

Kortmann: Dat staat wel degelijk in mijn preadvies.

Zijlstra: Dan moeten we de tekst straks even nalopen.

Mr. B.P. Vermeulen

Zoontjens en ik hebben een poging gedaan om het onderwijsrecht als een volwaardig onderdeel van het bestuursrecht in kaart te brengen. Het doet mij genoegen dat mijn naaste collega Zijlstra, sinds 1 mei werkzaam aan de Vrije Universiteit, begonnen is met de oppositie. Hij heeft daarbij een buitengewoon lastig punt aangesneden, te weten de samenwerkingsschool.

Een samenwerkingsschool is een onderwijsinstelling die beoogt zowel openbaar als bijzonder onderwijs te geven. Zijlstra merkt terecht op dat een dergelijk systeem moeilijk in te kaderen is in twee digitaliteiten. Om te beginnen hebben we te maken met het digitale systeem van de Awb: iets is een bestuursorgaan, of niet. Bij een samenwerkingsschool zal vaak een besluit van het bevoegd gezag, het schoolbestuur, enerzijds kunnen fungeren als een besluit ten aanzien van het openbare deel, zijnde een besluit van een bestuursorgaan, en anderzijds als een besluit ten aanzien van het bijzondere deel, zijnde een besluit van een niet-bestuursorgaan. Alleen hier wringt het al. In de tweede plaats is er frictie met het digitale systeem van artikel 23 van de Grondwet, dat gestructureerd is als een dualiteit tussen enerzijds overheidsonderwijs, openbaar onderwijs, geregeld door de wetgever en integraal voorwerp van Awb-recht, anderzijds bijzonder onderwijs, dat, althans in de interne verhoudingen, door het privaatrecht wordt beheerst.

Ik vind het moeilijk te zeggen dat Zijlstra met de signalering van deze buitengewoon verwarrende en vermengde situatie ongelijk heeft, want ik heb mij zelf steeds in soortgelijke zin uitgelaten, maar als lid van de Onderwijsraad moet je doen wat de regering van je vraagt, en de regering heeft die raad gevraagd een zodanig voorstel te doen dat het instituut van de samenwerkingsschool, waaraan hier en daar in de praktijk behoefte bestaat, een bepaalde plaats kan innemen. Een adviesorgaan kan een dergelijke vraag mijns inziens niet naast zich neerleggen.

Bij het bezwaar dat de constructie van de samenwerkingsschool niet met de Grondwet spoort, kun je heel gemakkelijk als tegenargument aanvoeren dat de Grondwet mag worden gewijzigd. In die zin valt naar mijn mening een voorziening te treffen door aanpassing van het vierde lid van artikel 23, met als strekking dat het mogelijk is binnen één verband openbaar en bijzonder onderwijs te geven. De Grondwet als zodanig verzet zich niet tegen haar wijziging.

Fundamenteler is misschien de stelling dat, los van deze specifieke bepaling, de grondstructuur van het Nederlandse stelsel een beletsel vormt. Die grondstructuur zou je kunnen schetsen als scheiding van kerk en staat, scheiding van enerzijds overheidssfeer en anderzijds particuliere, door onder andere denominatieve criteria gestuurde bijzondere sfeer. Deze stelling veronderstelt dat onder de Grondwet en het stelsel als geheel een basisstructuur ligt die door de grondwetgever niet kan worden gewijzigd. Daarmee kom ik terecht in een zeer ingewikkelde discussie die ik nu niet verder zou willen voeren.

Dan nog een opmerking over het digitale element dat onder andere met de Awb samenhangt: iets is een bestuursorgaan, of niet. Ook hier ben ik het met Zijlstra eens, maar ik voeg er nog het volgende aan toe. Zodra een bestuur beslissingen heeft te nemen over een school die pretendeert zowel door het bestuursrecht als door het privaatrecht te worden geregeld, is het onontkoombaar dat sommige van die beslissingen tegelijkertijd Awb-besluit zijn en dat *niet* zijn. Zulke beslissingen zijn Awb-besluit ten aanzien van de openbare aspecten en zijn geen Awb-besluit ten aanzien van het bijzonder onderwijs. De enige oplossing hiervoor is in mijn ogen dat in zo'n situatie voor het één of het ander wordt gekozen. De ene mogelijkheid is dat de beslissing volledig in de bestuursrechtelijke kolom wordt gebracht, de andere dat zij volledig wordt toegerekend aan het privaatrecht. De Onderwijsraad en de schrijvers van het tweede preadvies hebben ervoor gepleit voor zulke situaties in de specifieke onderwijswet te bepalen dat de beslissing buiten de Algemene wet bestuursrecht valt.

Hier komen we bij een hoofdteneur van het preadvies, in ieder geval voor het onderwijsrecht. Gaat het om mengvormen waarin publiekrechtelijke en privaatrechtelijke aspecten samenkomen, dan zal de wetgever een keuze moeten doen. Die keuze zal om een aantal technische en principiële redenen moeten inhouden dat alsdan de privaatrechtelijke rechtsbescherming van toepassing is.

Mr. P.J.J. Zoontjens

Zijlstra gaat in op onze beschrijving van de aard van de rechtsbetrekking tussen de leerlingen en het bestuur, in het onderwijs *bevoegd gezag* genoemd, van de school van bijzonder onderwijs, respectievelijk de school van openbaar onderwijs. Uit zijn vraagstelling leid ik af dat Zijlstra het niet met ons oneens is over de rechtsbetrekking tussen leerling en het bevoegd gezag in het openbaar onderwijs. Die rechtsbetrekking is in aanleg van publiekrechtelijke aard, zij het dat aan de rechtsbetrekking een groot aantal wederkerige elementen, uitgewerkt in de onderwijswetgeving, inherent is. Het uitgangspunt in het bijzonder onderwijs is, ook gezien de grondwettelijke dualiteit,

anders. De invalshoek is privaatrechtelijk, en vanuit die invalshoek moet dan worden geconstateerd dat de onderwijswetgeving hier juist een aantal publiekrechtelijke elementen ter invulling van de privaatrechtelijke verhouding biedt. De onderwijswetgever doet vanuit het principe van gelijkheid in benadering van bijzonder en openbaar onderwijs een keus, hetgeen leidt tot de invulling van een rechtsbetrekking die in grote delen dezelfde inhoud heeft zowel voor de bijzondere als voor de openbare school.

Inderdaad moet binnen de openbare school de publiekrechtelijke rechtsbetrekking de basis zijn. Minder ben ik het met Zijlstra eens als hij zegt dat op het openbaar onderwijs de gehele Awb van toepassing moet zijn. Ik ben in dit opzicht minder principieel. In een groot aantal opzichten is dit een kwestie van ordening. Natuurlijk spreekt de Grondwet zich op dit moment over die ordening uit, maar wij kennen vanuit de Awb ook het principe dat het interne onderwijsrecht voor een groot deel buiten het *besluit*-begrip van de Awb valt.

Mr. S.E. Zijlstra

Dat principe had ik nog niet meteen paraat. Ik ging ervan uit dat het *besluit*-begrip van de Awb gewoon een materieel begrip was, dat besluiten in de onderwijs sfeer onder dat *besluit*-begrip vallen en dat er soms allerlei uitzonderingen gelden, bijvoorbeeld op het gebied van de rechtsbescherming. Als je zegt dat iets geen besluit is, geef je daarmee aan dat ook de beginselen van behoorlijk bestuur niet van toepassing zijn, maar die zou ik niet gemakkelijk overboord willen gooien. Als wetgever geef je in dit opzicht toch een indicatie.

Mr. P.J.J. Zoontjens

Wat ik wil zeggen, is dat beslissingen in de pedagogische sfeer ook bij de openbare school in principe buiten de werking van de Awb vallen. In de Memorie van Toelichting bij de Awb, eerste tranche, is dat uitdrukkelijk opgenomen. In het onderwijs valt een groot deel van de 'klassituatie' buiten de werking van het algemene recht.

Zijlstra: Is in de Memorie van Toelichting opgenomen dat het openbaar onderwijs buiten de Awb valt?

Zoontjens: Nee, voorzover het beslissingen in de pedagogische sfeer betreft. Ik heb het dan bijvoorbeeld over het overplaatsen van een leerling naar een andere klas, of het straffen van een leerling.

Zijlstra: Oké, maar dat is een interpretatie van artikel 1:3. Dan wordt er gewoon gezegd: dat is geen publiekrechtelijke rechtshandeling. Men heeft niet gezegd dat het *besluit*-begrip niet van toepassing is.

Mr. M. Scheltema

Ik heb de preadviezen met buitengewoon veel belangstelling, vaak ook met genoegen en soms met enige ergernis gelezen. Omdat ik denk dat dit ook precies de bedoeling van de schrijvers was, meen ik hiermee een compliment te hebben gegeven! Verder heb ik de rede van de voorzitter op het puntje van mijn stoel zittend gevolgd. Voor de vragen die hij heeft opgeworpen, geldt dat het bij uitstek goed is dat ze in het verband van de VAR aan de orde worden gesteld.

Het lijkt mij ook goed hier op een puntje van ergernis, betrekking hebbend op het preadvies van Kortmann, nader in te gaan. Daarbij gaat het mij dan om het beeld van 'imperialisme van de Awb' dat hij heeft neergezet, terwijl hij tegelijkertijd een formulering in de hoek heeft geveegd die ik ook bij nadere lezing nu juist zo geschikt vond om de verhouding tussen de Awb en andere wetgeving aan te geven. De woorden 'dat de andere wet zo veel mogelijk zou moeten terugtreden' vormen in mijn ogen een mooie uitdrukking. Ik zal toelichten waarom ik dat vind.

In het preadvies van Kortmann komt de vraag aan de orde of we de algemene wet dan wel verschillende algemene wetten een *hogere* status moeten geven dan andere wetten. Ook één van de stellingen heeft hierop betrekking.¹⁰ Ik had het aardig gevonden als de consequenties van een dergelijke statusverhoging in een staatsrechtelijk preadvies wat verder waren uitgewerkt. Mijn indruk is dat Kortmann wel iets in zo'n statusverhoging ziet, terwijl ik haar, kijkend van de kant van de Awb, niet wenselijk vindt, en wel om twee redenen.

In de eerste plaats halen we als we aan een algemene wet een andere status geven dan aan andere wetten allerlei problemen op het gebied van de onderlinge verhouding in huis. Het moet de moeite waard zijn die problemen in huis te halen, want anders is het zonde de hele onderneming op touw te zetten. Bovendien: ik zie niet zo goed wat voor oplossingen we naderbij brengen door de verhouding op deze manier te organiseren. Het geven van een hogere status aan een algemene wet kan niet inhouden dat bepalingen in een andere wet in formele zin minder betekenis hebben. Als de rechter de wetten in formele zin al niet aan de Grondwet mag toetsen, komt een oplossing waarbij hij wetten buiten toepassing laat omdat ze met een minder hoge wet in strijd

10. Stelling 4, p. 43.

zijn helemaal niet in aanmerking. Wat zou dan eigenlijk de betekenis zijn van het toekennen van een hogere status?

De statusverhoging lost dus naar mijn idee weinig op, en is ook helemaal niet nodig. Het is, zoals in het andere preadvies zo duidelijk naar voren komt, de wetgever die de verhouding tussen algemene wet en andere wetten moet regelen. De wetgever moet, in de aanpassingswetgeving of op andere ogenblikken, aangeven wat de verhouding tussen algemene en bijzondere wet moet zijn. Daarbij zou het beleid in overeenstemming moeten zijn met de mooie formulering die ik zojuist citeerde: zo mogelijk moet de regeling van de algemene wet voorgaan. De woorden *zo mogelijk* betekenen daarbij het volgende. Als er geen goede argumenten zijn om van de algemene afweging die is gemaakt af te wijken, moet men niet zeggen: wij hebben altijd gedacht dat het wat anders zou moeten zijn, we sluiten ons niet bij de algemene wet aan. De argumenten die onderdeel van de algemene afweging hebben uitgemaakt pleiten ervoor, samen met de overweging dat het nodig is het systeem zo overzichtelijk mogelijk te houden, zo veel mogelijk aan de algemene wet vast te houden. Er kunnen argumenten tegenover staan. In het preadvies op het terrein van het onderwijsrecht van Vermeulen en Zoontjens worden in een uitvoerige verhandeling relevante argumenten opgesomd.

Hiermee heb ik een beeld geschetst van de afweging die omtrent de verhouding tussen algemene en bijzondere wet moet worden gemaakt. Het is een afweging die in eerste instantie de wetgever zou moeten maken. Daarbij biedt de door mij geciteerde en toegelichte formulering een goed uitgangspunt, zodat het niet nodig is de algemene wet een andere status in meer formele zin te geven, een ingreep die trouwens ook weinig zou helpen.

Nog een laatste opmerking. Ik meen dat het soms aardig is innovatief bezig te zijn. Zo af en toe doen wij dat kennelijk naar de mening van Kortmann ook, maar nu komt hij ons vertellen dat wij ons niet innovatief moeten opstellen! Zo conservatief zouden we toch eigenlijk niet te werk moeten gaan. Als we een regel in de Awb hebben staan, zouden we die dan niet meer mogen wijzigen omdat we niet mee mogen gaan met de verandering, of geen vernieuwingen zouden mogen aanbrengen? Ik begrijp niet waarom in de Awb niet ook vernieuwingen tot de mogelijkheden zouden kunnen behoren. Ik zou denken: dat zou juist *moeten*.

Mr. C.A.J.M. Kortmann

Ik betreur natuurlijk zeer dat collega Scheltema ergernis heeft gevoeld. Nooit had ik mij kunnen voorstellen dat ik met mijn preadvies dit soort gevoelens teweeg zou kunnen brengen, en ik vraag oprecht om verontschuldiging. Gelukkig voegde Scheltema

eraan toe dat dit toch ook als een compliment kan worden beschouwd. Dat maakt weer veel goed.

Scheltema is ingegaan op de passage ‘zo veel mogelijk terugtreden’. Daarbij komt de vraag aan de orde of ik voorstander zou zijn van een hogere status van de Algemene wet bestuursrecht. Ik ben daarvan *geen* voorstander, wat men zou kunnen afleiden uit het feit dat ik de claim van de Awb-wetgever op een hogere status van de Awb weinig aantrekkelijk vindt, met name gezien de verhouding tot de andere algemene wetten. Naar mijn mening is die verhouding onvoldoende doordacht en heeft de Awb op dat punt effecten teweeggebracht die niet nodig waren en die zelfs onwenselijk zijn.

Met Scheltema ben ik het eens dat formalisering van zo’n hogere status extra problemen zou oproepen, maar ik wijs erop dat materieel die problemen nu al worden opgeroepen. Daartegen richten mijn bezwaren zich in het bijzonder. Niet met Scheltema ben ik het eens dat we aan een organieke wet *à la française*, of, op z’n Spaans gezegd, aan een *ley orgánica*, die tussen de Grondwet en de andere wetten in formele zin staat, niet zo veel zouden hebben omdat het toetsingsverbod daarvoor zou gelden. Naar mijn oordeel geldt het toetsingsverbod van artikel 120 van de Grondwet enkel en alleen voor de relatie tussen wet in formele zin en Grondwet en eventueel voor de relatie tussen wet in formele zin en Statuut, hoewel ik het met de desbetreffende constructie van de Hoge Raad niet eens ben. Zouden we met zo veel woorden tussen de Grondwet en de gewone wet in formele zin een organieke wet zetten, dan zouden we daarop naar mijn mening niet automatisch artikel 120 van de Grondwet van toepassing moeten achten. Een rechter zou wel degelijk kunnen zeggen: deze gewone wet in formele zin, die ik als ‘bijzonder’ kwalificeer, laat ik buiten toepassing omdat zij in strijd is met de Awb, die een intermediaire status heeft.

Ik ben erg blij dat Scheltema over *innovatie* is begonnen, omdat dit begrip vaak wordt gebruikt als argument op zich. Zodra iemand zegt dat iets innovatief is, geldt het tegenwoordig als goed. Dat vinden we bijvoorbeeld in de universitaire sfeer en in toelichtingen op wetsvoorstellen. Als je dat een aantal keren in je leven hebt gelezen en vervolgens de resultaten van die innovatie hebt mogen waarnemen, krijg je daartegen soms de indruk dat innovatie per definitie slecht is! Laat ik nu maar zeggen dat ik op dit punt een intermediair standpunt inneem. Innovatie kan onder omstandigheden goed en kan onder omstandigheden *niet* goed zijn. In de Awb zitten ongetwijfeld innovatieve elementen waarvan ik persoonlijk vind dat ze goed zijn. Grote gedeelten van de harmonisatie van het administratief procesrecht vind ik goed, ook al zitten er problemen in. Ik vind andere onderdelen van de Awb uitgesproken slecht, of laat ik ter voorkoming van nieuwe ergernis zeggen: betwistbaar. Daarbij denk ik onder meer aan de regeling van delegatie. Verder vind ik de titel over beleidsregels buitengewoon ongelukkig, zeker zoals deze in de jurisprudentie is uitgelegd. Als ik zelf mocht kiezen, wat ik echter niet mag doen en niet hoeft te doen, zou ik deze

onderdelen van de Awb hetzij elimineren hetzij aanmerkelijk vereenvoudigen.

Over het *besluit*-begrip hebben we in de jaarvergadering van verleden jaar van gedachten gewisseld. Ik hoop dat de wetgever snel overschakelt van het *besluit*-begrip naar een meer formeel *orgaan*-begrip. Als hij dat doet, zal, denk ik, veel ellende voorbij gaan. Dát zou in zekere zin innovatie zijn. We hebben tot nu toe altijd 'Duits' gedacht, in de zin van beschikkingen en algemene regels. Ik zou veel liever formeel denken, in de sfeer van *organe administratief*, waardoor veel ellende kan worden opgelost. Dat is innovatief, dat is een goede innovatie en ik hoop dat die spoedig komt.

Ik denk dat Scheltema en ik het op veel onderdelen, met en zonder wat ergernis, toch wel eens zijn.

Scheltema: Dat denk ik ook, en ik denk bovendien dat u heel wat ergernis hebt weggenomen!

Mr. H.J.H.L. Kortes

Kan de problematiek niet zó worden gezien, dat voor het onderwerp dat de Awb regelt de Awb als algemene wet in feite een specialis vormt? Met andere woorden: voor een vraag als 'wat is een *besluit*?', of, algemener gezegd, voor vragen die typisch behoren tot wat de Awb regelt, is de Awb in wezen de bijzondere wet. Voor andere kwesties, bijvoorbeeld de verhouding tussen gedeputeerde staten en provinciale staten is in wezen de Provinciewet de bijzondere wet. We noemen een wet wel een algemene wet omdat zij heel veel onderwerpen bestrijkt of omdat de wetgever heeft geprobeerd in die wet allerlei brokjes uit andere wetten samen te voegen, maar in wezen is de kwalificatie *algemene* of *bijzondere* wet op zichzelf niet interessant. Zij is alleen interessant in verhouding tot de kwestie die moet worden opgelost.

Mr. C.A.J.M. Kortmann

Ik krijg de indruk dat uw standpunt hetzelfde is als het mijne, of daar heel dicht tegenaan ligt. Naar ik vrees zal men uiteindelijk in een wet bepaling na bepaling moeten gaan nalopen om te bezien of zij in een bepaalde situatie algemeen dan wel bijzonder zijn. Op dit punt is de strekking van mijn preadvies anders dan Zijlstra in zijn *NTB*-bespreking suggereert. In mijn preadvies heb ik geprobeerd duidelijk te maken dat inderdaad moeilijk kan worden gesproken van een soort absoluut begrip *algemeenheid* of *bijzonderheid*. Een bepaling kan ten opzichte van de ene wet algemeen zijn, terwijl zij ten opzichte van een andere wet bijzonder is. Dit maakt de problema-

tiek buitengewoon lastig, en als gevolg daarvan is mijn preadvies niet geheel geslaagd, zodat ik maar ben geëindigd met wijze woorden van Montesquieu. Liever was ik geëindigd met een statement van mijzelf, maar dat is me gewoon niet gelukt. Gesterkt voel ik mij door wat volgens mijn interpretatie de kern van de opmerking uit de zaal was: een bepaling is in de ene context bijzonder en in de andere context algemeen, afhankelijk van het verschijnsel waarop zij betrekking heeft.

Kortes: Dan zijn we het er dus ook over eens dat de vraag of een wet in het algemeen als een *algemene* of als een *bijzondere* moet gelden, op zichzelf voor de beantwoording van de vraag of een bepaalde wet al dan niet vóórgaat niet interessant is.

Kortmann: Ja. Ik denk aan het voorbeeld van het verschaffen van inlichtingen door een lid van gedeputeerde staten aan provinciale staten. Is dat nu een besluit in de zin van de Awb? Ik zou zeggen: nee, al was het maar gezien de achtergrond van het inlichtingenrecht in de Provincie- en de Gemeentewet. In mijn preadvies heb ik deze kwestie beschreven: er is een complete procedure aan gewijd, lopend tot en met de Afdeling bestuursrechtspraak, en elke rechter die ermee geconfronteerd werd, moest zich in allerlei bochten wringen om het weigeren of geven van inlichtingen onder het *besluit*-begrip uit te krijgen. De Awb tendeeft in de richting van de situatie waarin het *besluit*-begrip wél van toepassing is, maar gezien de geschiedenis van de Provincie- en de Gemeentewet is die situatie bepaald niet beoogd. Uiteindelijk heeft men kennelijk gekozen, zij het in andere bewoordingen, voor de kwalificatie dat hier de Gemeente- en de Provinciewet een bijzondere betekenis hebben. Ik ben het daarmee eens.

Voorzitter: De regel die wij als eerstejaars leerden, inhoudende dat een bijzondere wet vóór een algemene wet gaat, kunnen we nu gevoeglijk in het cilindrisch archief deponeren. Overigens had De Ru al eens een boekje geschreven met de titel *De algemene wet gaat voor de bijzondere wet*, maar dat klopt dan misschien ook wel niet!

Mr. P.J.J. van Buuren

Ik zou mij willen beperken tot het stellen van een enkele vraag aan de eerste preadviseur, Kortmann. Op de allereerste plaats zou ik willen ingaan op de vraag waarom nu de Algemene wet bestuursrecht een algemene wet is. In Kortmanns preadvies, waarover overigens heel veel te zeggen zou zijn, is deze vraag naar mijn mening niet helemaal goed uit de verf gekomen omdat de schrijver misschien onvoldoende besef van één bepaald punt heeft gehad. Verder zal ik aandacht besteden aan de vraag waarom de Algemene wet bestuursrecht inderdaad ten opzichte van wetten als de Gemeente-

wet, de Provinciewet en de Waterschapswet meer algemeen van aard is. De preadviseur worstelt met die vraag, onder andere op bladzijde 20, en op bladzijde 14 loopt hij aan tegen het algemeen karakter van de Algemene wet bestuursrecht als hij betoogt dat bijvoorbeeld bepalingen over subsidies toch eigenlijk een te weinig algemeen karakter hebben om in de Awb thuis te horen. Wij weten dat hij iets soortgelijks van beleidsregels vindt. Daar is zijn kritiek dat er ook andere figuren bestaan, zoals interne instructies, die niet in de algemene wet zijn geregeld.

Heeft de preadviseur wel voldoende beseft dat het algemene karakter van de Algemene wet bestuursrecht eigenlijk dáárin gelegen is dat de wet in beginsel voor al het handelen van alle bestuursorganen van alle overheden geldt, dit in tegenstelling tot bijzondere wetten, die juist meer op een bepaalde sector van overheidsbeleid betrekking hebben? Dit is in mijn ogen het kernpunt: hierin schuilt vooral de algemene aard van de Algemene wet bestuursrecht. Dit punt heeft uiteraard ook te maken met de eerste doelstelling van de Awb, namelijk harmonisatie, en het is een duidelijk punt van verschil met wetten als de Gemeentewet, de Provinciewet en de Waterschapswet, die ook wel algemeen zijn, maar toch duidelijk een minder ruim bereik hebben dan de Algemene wet bestuursrecht.

Met Kortmann ben ik het eens dat de wetgever toen hij de Algemene wet bestuursrecht vaststelde op sommige momenten aan de algemene wetten als de Gemeentewet, de Provinciewet en de Waterschapswet onvoldoende aandacht heeft geschonken en bijgevolg regels heeft gegeven die onvoldoende aansluiten op de systematiek van die organieke wetten. Een mooi voorbeeld van Kortmann is het verschil tussen artikel 10:3, eerste lid, over mandaat en artikel 10:15 over delegatie. Artikel 10:3, eerste lid, geeft de algemene mogelijkheid om te mandateren, maar mandateren mag *niet* als de aard van de bevoegdheid zich tegen de mandaatverlening verzet. Kortmann verbaast zich erover dat een dergelijk voorbehoud bij artikel 10:15 over de delegatie ontbreekt. In artikel 10:15 wordt simpel bepaald: ‘Delegatie geschiedt slechts indien in de bevoegdheid daartoe bij wettelijk voorschrift is voorzien.’

Ik denk dat de Awb-wetgever zich niet heeft gerealiseerd dat een voorbehoud als ‘tenzij de aard van de bevoegdheid zich daartegen verzet’ ook in het geval van delegatie wellicht nodig is. Dat de Awb-wetgever dat niet heeft gezien, kan heel goed worden verklaard uit de veronderstelling dat hij weliswaar heeft overwogen dat de bijzondere wetgever een grondslag voor delegatie moet geven, maar daarbij misschien over het hoofd heeft gezien dat er ook algemene delegatiebepalingen zijn, bijvoorbeeld van het type van artikel 156 van de Gemeentewet. In zoverre denk ik dat de verbazing van Kortmann wel terecht is. Dit zou ertoe kunnen leiden een verbetering te overwegen waarbij aan artikel 10:15 wordt toegevoegd dat delegatie niet mogelijk is als de aard van de bevoegdheid zich daartegen verzet.

Overigens blijkt in dit verband weer eens hoe nuttig een Afdeling bestuursrechtspraak kan zijn. De Afdeling heeft in een uitspraak van 15 februari 1999, gepubliceerd in de *Gemeentestem* van dat jaar,¹¹ een uitzondering als zojuist bedoeld aangenomen. Overwogen werd dat voor een beroep op een zo algemene grondslag als bijvoorbeeld die van artikel 156 van belang is dat de aard van de te delegeren bevoegdheid zich tegen delegatie niet verzet. Het ging in de casus om een bestemmingsplanbevoegdheid, waarvan het al te gek zou zijn dat de raad die zou kunnen delegeren aan bijvoorbeeld het college van burgemeester en wethouders.

Ik keer terug naar de verhouding tussen de Algemene wet bestuursrecht en de échte bijzondere wetten. De Awb getuigt van een hoog ambitieniveau, door uit te gaan van het idee dat de terminologie universeel is, althans binnen Nederland, dat Awb-regels altijd moeten worden toegepast en dat de uitzonderingen in bijzondere wetten in beginsel uitdrukkelijk moeten worden aangegeven door woorden als *in afwijking van de Algemene wet bestuursrecht*. Dat is een hoog ambitieniveau, maar evenals Zijlstra acht ik het uitgangspunt juist. Als de Awb-wetgever die ambitie niet zou hebben, zou de Awb aanzienlijk minder betekenis hebben en een wet zijn die vooral wetsontwerpers en wetgevers heel gemakkelijk links zouden kunnen laten liggen. Op die manier zou van de harmoniserende en uniformerende werking heel weinig terechtkomen. Vereist zijn hoe dan ook een uiterste inzet en een hoge mate van kennis van wetgevingsjuristen, die ervoor moeten zorgen dat de bijzondere wetten goed en overzichtelijk op de Algemene wet bestuursrecht aansluiten, en we kunnen alleen maar constateren dat daarbij veel mis gaat. Ik noem twee voorbeelden uit de Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO), maar de lijst zou zonder grote moeite met vele voorbeelden uit te breiden zijn.

Het eerste voorbeeld is het *besluit*-begrip in de WRO, in het bijzonder als het om de 'hogere plannen' gaat: planologische kernbeslissingen en streekplannen. Als je hierover begint bij de Vereniging voor Bouwrecht, loopt er onmiddellijk een rilling door de zaal, omdat men weet welke ellende dit *besluit*-begrip in de (bestuurs)praktijk oplevert. De wetgever heeft hier gekozen voor een laffe oplossing. Hij heeft te kennen gegeven niet precies te weten of er besluiten in dat soort plannen zitten (ik denk dat dit betekent dat niet precies wordt begrepen wat er gebeurt), maar dat eventuele onderdelen van die plannen die als *besluiten* moeten gelden voor beroep vatbaar zijn. In de wetsgeschiedenis wordt dan in één ongelukkig zinnetje de veronderstelling geopperd dat er misschien sprake van besluiten is als het om concrete beleidsbeslissingen gaat. We weten dat de praktijk hiermee heel moeilijk kon omgaan en dat men in jurisprudentie heeft getracht er het beste van te maken, maar ik zou niet graag aan

11. ABRvS 7098, 2.

buitenlanders moeten uitleggen hoe je dit even kunt samenvatten. Je hebt daarvoor dagen nodig, want de situatie is ingewikkeld en nauwelijks werkbaar.

De wetgever heeft hiervan overigens niet geleerd. Op 3 april jongstleden, dus nauwelijks een maand geleden, is wat wij in Utrecht noemen 'de WRO 2000' van kracht geworden. Daarin vinden we een nieuw hoofdstuk IXA over bezwaar en beroep. Dat is een absoluut niet eenvoudig leesbaar hoofdstuk. Het lijkt zelfs alsof het zo moeilijk mogelijk is gemaakt überhaupt te begrijpen wat er staat! Toch gaat het om een opzet die wel bij de Awb past: vooral de uitzonderingen en de afwijkingen ten opzichte van die wet worden aangegeven. Het resultaat is echter van dien aard, dat ik durf te beweren dat men de samenleving zoiets niet mag aandoen. Er is geen burger/niet-jurist en er is zelfs geen huis-tuin-en-keukenjurist die het kan begrijpen. Alleen als je min of meer in het bestuursrecht gespecialiseerd bent, kun je een poging doen om tot begrip te komen, en je moet echt vertrouwd zijn met de Wet op de Ruimtelijke Ordening en de toepassing daarvan, wil je de betekenis van het nieuwe hoofdstuk IXA achterhalen.

Ik geef een relatief eenvoudig voorbeeld. Stel dat iemand wil weten of er beroep mogelijk is tegen het onthouden van goedkeuring aan een bestemmingsplan door gedeputeerde staten en, zo ja, hoe dat beroep dan in elkaar zit. Een dergelijke onthouding van goedkeuring komt veelvuldig voor en burgers kunnen ermee te maken krijgen als iets wat zij wilden niet kan doorgaan. We beginnen te kijken in de Algemene wet bestuursrecht: artikel 8:2 en artikel 7:1. Dat is nog te begrijpen. Vervolgens moeten we een stap zetten waarvan ik maar zal zeggen dat we ervan op de hoogte moeten zijn omdat we geacht worden de wet te kennen. We moeten namelijk ook in de WRO kijken, en we komen dan bij artikel 54, tweede lid, onder d. Daar wordt bepaald dat in afwijking van de Algemene wet bestuursrecht beroep op de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State mogelijk is. Dat is de eerste bijzonderheid. Lezen we dan pagina's verder, dan komen we bij artikel 56, tweede lid, onder b, waar wordt bepaald dat de bedoelde actie niet slechts voor belanghebbenden mogelijk is, maar voor eenieder. De volgende relevante bepaling is artikel 56a onder b. Daaruit blijkt dat niet de normale hoofdregels voor de beroepstermijn gelden, maar dat deze volgens speciale regels aanvangt en eindigt. Ten slotte moeten we dan nog bij artikel 56b te rade gaan, waar een andere uitzondering te vinden is. Alles bij elkaar moeten we zes bepalingen vinden en controleren om één in wezen heel simpele vraag beantwoord te krijgen, te weten: hoe zit het nu met de mogelijkheid van beroep tegen onthouding van goedkeuring?

Een dergelijke manier van wetgeven in de relatie tussen algemene en bijzondere wet is niet wenselijk. Wetgevingsjuristen moeten vooral niet denken: hier moet alleen maar een bijzonder wetje worden aangepast. Het is immers niet te zeggen of de Wet op de Ruimtelijke Ordening voor de samenleving niet minstens zo belangrijk is als de Algemene wet bestuursrecht. Ik zeg niet dat dit zo is, want ik heb geen criterium om

dat te zeggen, maar ik vind ook dat mensen niet moeten denken dat het omgekeerde het geval is en dat de praktijk zich wel redt. Als de praktijk zich op deze manier moet redden, kost dat veel moeite.

De preadviseur hoeft niet heel veel terug te zeggen. Ik heb het gevoel dat hij het met het laatste wel eens is.

Mr. C.A.J.M. Kortmann

Van Buuren heeft pech, want ik wil op het laatste onderdeel van zijn interventie wel degelijk iets terugzeggen! Ik ben het helemaal met hem eens dat het een ramp is de Wet op de Ruimtelijke Ordening helemaal te moeten gaan nalezen om uit te vlooien of er uitzonderingen op de Awb in voorkomen en, zo ja, hoeveel. De voorvraag is echter: waar zit de oorspronkelijke fout? Zit de fout in de algemeenheid van de Awb, die naar haar aard voor onderdelen van het recht moeilijk te gebruiken is, of zit de fout bij een of andere stomme wetgever die inderdaad op een ingewikkelde manier uitzonderingen op de Awb zit te formuleren? Het is in zekere zin een *petitio principii* als we zeggen dat de Awb de besluitvorming in de Wet op de Ruimtelijke Ordening dient te beheersen.

Puur in abstracto sprekend, zonder een legislatieve voorkeur uit te spreken, kan ik mij heel goed een stelsel voorstellen, waarbij in elke afzonderlijke wet de beroepsgang wordt beschreven. Dat heeft grote voordelen. Mensen kunnen de Wet op de Ruimtelijke Ordening, die van een *relatieve* eenvoud is, doorlezen, om vervolgens precies te weten wat ze moeten doen. Een van de grote problemen van het huidige stelsel is het volgende. De Awb percipiëren wij psychologisch als de algemene regeling. Dit is ook heel begrijpelijk, zeker na uiteenzettingen van Scheltema. Tegelijkertijd weten we dat deze psychologische reactie verdraaid tricky is, omdat we iedere keer toch moeten gaan kijken of er niet een bijzondere wet is die op onderdelen, bijvoorbeeld in termijnen, in het belanghebbendenvereiste of in het *besluit*-begrip, uitzonderingen maakt. Als dat zo doorgaat, hebben we aan de Awb uiteindelijk niets. Je zou zelfs kunnen zeggen dat de Awb levensgevaarlijk is: zij wekt de indruk dat ermee kan worden volstaan, terwijl in de praktijk iemand die onvoldoende de bijzondere wetgeving bekijkt geweldig tegen de lamp kan lopen.

Het probleem dat Van Buuren schetst, onderschrijf ik volledig, maar het is de vraag waar de oorspronkelijke problematiek ligt. Wie veroorzaakt de grote vragen?

In zijn interventie heeft Van Buuren zich ook afgevraagd of ik mij wel voldoende heb gerealiseerd dat de Awb voor alle bestuursorganen geldt. Zowaar heb ik mij dat gerealiseerd! Dat is bijzonder, want ik realiseer mij in het leven over het algemeen buitengewoon weinig. Dit echter heb ik mij gerealiseerd, en vervolgens was mijn conclu-

sie: dit is nu juist één van de problemen die de Awb oproept. Van Buuren zegt dat de Awb algemener is, maar dat is helemaal niet waar. De Awb is alleen algemener als het om bestuursorganen, gekoppeld aan besluiten, gaat, maar hetzelfde woord *besluit* stond in de Gemeente- en de Provinciewet voor een veel ruimer begrip dan het *besluit*-begrip van de Awb. Op dat punt waren genoemde wetten dus algemener, want hun *besluit*-begrip betrof veel meer door gemeentelijke en provinciale bestuurders genomen beslissingen dan de Awb definieert. We kunnen dus niet zeggen, zelfs nu niet, dat de Awb in alle opzichten algemener is. In een aantal opzichten is zij algemener, maar in een aantal andere opzichten zijn regelingen van andere wetten algemener, en dat blijven ze voorlopig nog.

Naar het oordeel van Van Buuren heeft de Awb kennelijk de pretentie het meest algemeen te zijn. Als we die pretentie zouden waarmaken, roepen we een aantal problemen op waar we voorlopig nog niet uit zijn. Ik zie bijvoorbeeld niet in waarom rechtshandelingen die we tot nu toe onder het privaatrecht rangschikken dan ook niet via een of andere interpretatie van begrippen onder de Awb zouden kunnen vallen. Dat 'feest' hebben we bij dat merkwaardige zelfstandige schadebesluit al gezien, en we zien een soortgelijk, in mijn ogen onder omstandigheden hoogst eigenaardig verschijnsel bij besluiten die op beleidsregels berusten. Trekken we de door Van Buuren verdedigde algemeenheid nog verder door, dan maken we de problemen juist op punten waar de Awb ze oproept alleen nog maar groter.

Tegen deze achtergrond kom ik tot het volgende pleidooi. Accepteer de Awb en bewonder haar zelfs uit het oogpunt van harmonisatie, maar relativeer tevens haar betekenis en besef dat op onderdelen andere wetten van een veel algemener en zelfs belangrijker betekenis kunnen zijn dan de Awb.

Mr. E.J. Daalder

Laat ik beginnen met de preadviezen en de uitvoering van het boekje te prijzen. De verandering van het uiterlijk van de VAR-reeks is jammer voor degenen die houden van dezelfde bandjes in een rij, maar zo gaat het nu eenmaal met innovatie op het gebied van uitgevers!

Wat ik aan de orde wil stellen, is de vraag waar we naartoe gaan met de wens van eenheid en harmonisatie. Daarbij ga ik uit van een voorbeeld uit het sociaal-economische recht. De Europese integratie en de MDW-operatie leiden ertoe dat in versneld tempo markten worden geliberaliseerd. Post, telecommunicatie, havens, energie: je kunt het zo gek niet bedenken, of het is wel voorwerp van liberalisatie. Daarbij komt een nieuw soort bestuursorgaan op, de toezichthouder, of zo men wil *regulator*. Voorbeelden zijn de OPTA en de NMa. Zij geven geen subsidies of vergunningen, zij doen

niet wat bestuursorganen traditioneel doen, nee, ze spreken een oordeel uit, misschien een bestuurlijk oordeel, over mededingingsbeperkende handelingen van ondernemingen en ze treden op als arbiter in geschillen tussen ondernemingen. Deze toezichthouders zijn dus niet de bestuursorganen waaraan de Awb-wetgever primair heeft gedacht. Soortgelijke observaties heeft de Raad van State dit jaar in zijn jaarverslag gedaan.

Nu mijn voorbeeld. Als je een onderneming wilt exploiteren die zich bezighoudt met mobiele telecommunicatie, heeft dat alleen maar zin als je tegelijkertijd de mogelijkheid hebt verbindingen te leggen (*interconnecten* heet dat in het jargon) met een andere onderneming. Iemand die bijvoorbeeld bij Ben is, moet met bijvoorbeeld Dutchtone kunnen bellen. Het komt er in feite op neer dat iedereen toegang moet hebben tot het KPN-net. De wetgever heeft bepaald dat KPN die toegang moet verlenen, tegen non-discriminatoire voorwaarden en ook nog tegen kostengeoriënteerde tarieven.

Stel u vervolgens *déze casus* voor. Een onderneming wil toegang tot het KPN-net krijgen en krijgt ruzie met KPN over allerlei principiële punten, want het gaat om Europees recht en het is dus moeilijk. Een en ander leidt ertoe dat de toezichthouder een beslissing moet nemen. Die beslissing is direct van belang voor alle andere ondernemingen, omdat KPN gehouden is op precies dezelfde voorwaarden met een andere onderneming te contracteren. Er komt een procedure, bij die procedure meldt zich een andere partij en dan rijst de vraag of het belang van die partij direct bij de zaak betrokken is. De president van de Rechtbank in Rotterdam beslist dat dit niet het geval is, omdat er sprake is van een afgeleid belang. Dit lijkt mij een juiste beslissing, en ik wil ook wel toegeven dat ik dit zo bij die rechter heb bepleit.

Hier ontstaat een probleem. De ‘andere partij’ heeft er dringend behoefte aan zijn zegje te kunnen doen, maar dat is dus niet mogelijk. Hetzelfde probleem zien we zich op allerlei andere terreinen voordoen. Ik noem de geheimhouding van stukken, het tempo van besluitvorming en de onmogelijkheid van de president om bij een bezwaarschriftprocedure ‘door te pakken’, zodat men snel naar het College van Beroep voor het bedrijfsleven kan gaan. Wat moeten we nu met dergelijke problemen beginnen? Stel dat we vaststellen dat de Awb niet voor het sociaal-economisch recht geschreven is. Er zijn vervolgens diverse mogelijkheden.

1. We accepteren desondanks dat de Awb de normen bepaalt. Vandaag heb ik geleerd dat dit een manifestatie is van het imperialisme van de Awb-wetgever: je moet de situatie maar accepteren. Deze optie leidt ertoe dat bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven over een bevoegdheid of een besluit wordt gediscussieerd en dat een beroep wordt gedaan op de lijn die de Centrale Raad van Beroep in ambtenarenzaken volgt. Ik kan de vergadering echter verzekeren dat je aan een telecommeneer niet kunt uitleggen dat iets in de telecommunicatie geldt omdat het in ambtenarenzaken geldt!

2. Een alternatief is dat in de bijzondere regeling de woorden ‘in afwijking van’ worden gebruikt, maar ook dit is niet altijd even aantrekkelijk.
3. Een derde mogelijkheid is het opnemen van afzonderlijke hoofdstukken in de Awb die in bijzondere wetten van toepassing kunnen worden verklaard. Kortmann heeft er echter terecht op gewezen dat we in het geval van een dergelijk regiem niet meer van een algemene wet kunnen spreken. Bovendien geldt dat de wetgever een aantal vantoepassingverklarebare regelingen die nu in de Awb beschikbaar zijn (ik noem Afdeling 3.5), in elkaar gaat schuiven.
4. Naar mijn mening is er nog een andere mogelijkheid, die ik bij dezen aan de preadviseurs wil voorleggen. Zouden we niet kunnen accepteren dat aan bepaalde basisbegrippen en regels in de Awb onder omstandigheden een andere betekenis toekomt? Op die manier zou niet meer gelden dat een besluit op elk terrein waarop het zich voordoet ook een besluit is. Ik heb dit niet helemaal zelf bedacht: ik heb het mede ontleend aan de gedachten van één van de voormalige voorzitters van de VAR die in deze vergadering nog niet is genoemd, namelijk Konijnenbelt. Hij heeft namelijk de term *strategisch beschikkingsbegrip* geïntroduceerd. Als ik het goed begrijp, ligt daaraan de gedachte ten grondslag dat de rechter bij de beoordeling van de vraag of iets een beschikking is (lees: of er rechtsbescherming is) een strategische keuze doet. Nu houd ik niet zo van rechters die strategische keuzen doen, want dan lijken ze een beetje op rechters met een missie, waarmee we in een heel andersoortige discussie terecht komen. Hoe dan ook, de gedachte van Konijnenbelt lijkt mij dat de rechter het begrip *beschikking* soms afhankelijk van het geval een verschillende inhoud kan geven.

Mijn voorstel is hier te spreken van een *contextuele of omgevingsgerichte* interpretatie van Awb-begrippen en -regels. We zouden kunnen denken aan het begrip *besluit*, het begrip *belanghebbende* en de regels over de hoorplicht. De interpretatie zou afhankelijk kunnen zijn van de behoefte aan rechtspleging op een bepaald rechtsgebied. Zouden we op deze manier iets vreselijks doen doordat een wettelijke bepaling in twee contexten een verschillende betekenis krijgt, of zou dit misschien een oplossing kunnen zijn voor het probleem dat ik heb geschetst?

Mr. B.P. Vermeulen

Ik zal het nu heel kort houden, omdat we hierop waarschijnlijk vanmiddag nog doorgaan. De suggestie van Daalder kan, denk ik, heel zinvol zijn. Zootjens en ik hebben met een soortgelijke problematiek geworsteld. Binnen een onderwijsinstelling worden allerlei beslissingen genomen waarbij de vraag rijst of het al dan niet *besluiten* zijn en of er Awb-bezwaar en -beroep tegen moet worden opengesteld. Bijvoorbeeld: als

de beslissing op een proefwerk schriftelijk bekend wordt gemaakt, moet daaraan dan een bezwaarclausule worden verbonden? Ons lijkt dat wat overdreven. Zijlstra is overigens in zijn commentaar op ons preadvies op ditzelfde onderwerp ingegaan. De eerder geïntroduceerde notie van een *pedagogische autonomie* kan een argument zijn om het *besluit*-begrip ten opzichte van schoolinterne beslissingen terug te laten treden.

Ook in de Memorie van Toelichting bij de eerste tranche zijn wel aanduidingen in deze richting te vinden. Zo wordt bijvoorbeeld aan plaatsingsbeschikkingen de kwalificatie van *besluit* onthouden. Overigens heeft de regeringscommissaris gezegd dat zulke beslissingen geen *besluit*-karakter hebben omdat zij extern effect missen. Ik weet niet of dat een concludente redenering is, maar je kunt in ieder geval betogen dat de verplaatsing naar een ander schoolgebouw of naar een andere instelling onder hetzelfde bestuur wel degelijk extern effect heeft. Wat er eigenlijk achter zit, denk ik, de gedachte dat het *besluit*-begrip afhankelijk van de omgeving een verschillende inkleuring kan hebben. Bepalend moet daarbij zijn of door de beperktere uitleg van het *besluit*-begrip in een specifieke omgeving belangrijke rechtsbeschermingsmomenten verloren gaan. Verliest men niet werkelijk zijn mogelijkheid tot rechtsbescherming, dan kunnen wellicht door het *besluit*-begrip enigszins te laten terugtreden allerlei andere problemen terecht worden geëcarteerd.

Ik zie dus wel iets in de notie van *omgevingsgerichte uitleg*.

Mr. C.A.J.M. Kortmann

Daalder snijdt een ongelooflijk lastig thema aan, dat op allerlei rechtsgebieden al oeroud is. Om min of meer bij mijn eigen stiel te blijven: aan contextuele interpretatie zijn voordelen, maar ook bezwaren verbonden. Ik geef een voorbeeld uit een andere sfeer, namelijk de vraag wat bij toetsing aan verdragen een *een ieder verbindende bepaling* in de zin van artikel 94 van de Grondwet is. De Hoge Raad heeft altijd een betrekkelijk abstracte definitie gegeven die min of meer in een descartiaans denkmodel past, terwijl de Centrale Raad van Beroep een aantal jaren lang een contextuele interpretatie heeft gekozen. Hiermee komen we voor het eigenaardige probleem te staan dat een zelfde verdragsbepaling in de ene context als 'een ieder verbindend' wordt toegepast en in de andere context niet. Zo'n systeem trakteert degene die rechtsbescherming zoekt onder omstandigheden op buitengewoon onaangename verrassingen. Een contextuele benadering roept dus nogal wat problemen op.

Zelf zou ik willen kiezen voor een legislatief heel andere oplossing dan wij tot op heden hanteren. Als bepaalde onderdelen van rechtsgebieden zouden moeten worden uitgezonderd van effecten van begrippen in een algemene wet, zou de wetgever die moeten aanwijzen. De wetgever loopt dan onvermijdelijkerwijs altijd een beetje ach-

ter, maar naar mijn mening zou het wel degelijk aanbeveling verdienen in de tekst van de algemene wet zelf, of in een bijlage, al dan niet vast te stellen bij algemene maatregel van bestuur, te wijzen op de belangrijkste uitzonderingen op de toepasselijkheid van de algemene wet. Dit is een veel veiliger en meer codificerend stelsel dan we nu hanteren. Om te zien wat rechtens is, moet je nu telkens naar de bijzondere wet toe. De wetgever mag in de bijzondere wet best uitzonderingen maken, maar hij moet tevens als het ware een waarschuwingssignaal geven in de tekst van de Awb, of in een bijlage daarbij. Wetgevingstechnisch is zo'n systeem helemaal niet zo moeilijk. Ik geef toe dat de bijlage onder omstandigheden nogal lang kan worden, maar ik meen dat een wetgever die voor een stelsel van algemene wet met uitzonderingen kiest, er ook voor moet zorgen dat het stelsel inzichtelijk is voor degene die met die wetgeving wordt geconfronteerd. Met de huidige technieken moet dat toch mogelijk zijn.

Mr. E.J. Daalder

De voorzitter heeft tijdens zijn rede het voorbeeld genoemd van het vragen van inlichtingen door een toezichthouder. De president van het College kwam aan de hand van de wetsgeschiedenis, te weten uitingen van de regeringscommissaris, tot het oordeel dat hier de kwalificatie *besluit* van toepassing was. Uit de wetsgeschiedenis kon echter ook iets heel anders worden afgeleid, hetgeen voor het College aanleiding was om een heel andere richting in te slaan.

Als de wetgever niet in staat blijkt te zijn voor zo'n evident geval waarin een probleem kan optreden een duidelijke lijn te trekken, moeten we eens te meer bedenken dat de praktijk zó veelomvattend is, dat alle problemen niet door de wetgever kunnen worden voorzien. Natuurlijk kan men na tien jaar codificeren, maar dan zitten we tien jaar met het probleem.

Mr. C.A.J.M. Kortmann

Het strekt tot vreugde dat zo'n probleem eigenlijk nooit helemaal te elimineren is. Anders zou zo'n dag als deze nooit worden gehouden. Gelukkig zijn er problemen die ons aan het denken houden en die, om dat woord maar eens te gebruiken, onder omstandigheden *innoverend* werken. Dat de wetgever niet beter zou kunnen reageren op jurisprudentie die zich langzamerhand heeft ontwikkeld, betwijfel ik zeer. De wetgever laat het op dit punt naar mijn oordeel vaak afweten. Hij is best in staat via bijvoorbeeld een lijstenstelsel gevestigde jurisprudentie te codificeren. Ik geef overigens toe dat de wetgever zeker niet altijd vooruitziend zal kunnen opereren.

Uitslag van de VAR-pleitwedstrijd, gehouden op 10 mei 2000

De voorzitter spreekt als volgt

De VAR-pleitwedstrijd heeft inmiddels al een hele geschiedenis. Toen de VAR in 1989 50 jaar bestond, werd een VAR-jongierendag georganiseerd waarop vijf korte preadviezen werden verdedigd, maar ook de finale van een pleitwedstrijd werd gehouden. Aanvankelijk was vervolgens de pleitwedstrijd een tweejaarlijkse aangelegenheid, die plaatsvond in 1991 en 1993, maar met ingang van 1993 kruisen studenten jaarlijks de bestuursrechtelijke degen.

Sommige faculteiten zie je als je naar het lijstje van winnaars kijkt verrassend vaak terugkeren. Eén daarvan is de faculteit van de Katholieke Universiteit Nijmegen, die in 1993, in een thuiswedstrijd, de zege behaalde. In 1994, in Utrecht, leverde deze faculteit dezelfde prestatie, en in 1997, in Amsterdam aan de Vrije Universiteit, was het voor de derde keer raak. Maar ja: het gaat hier zoals in het voetballen. U weet allemaal dat het met Ajax een tijd lang goed is gegaan. Ik hoef daaraan verder niets toe te voegen: het succes wisselt, en Nijmegen heeft de laatste jaren moeite om te winnen of zelfs maar de finale te halen. Daaraan kan ik toevoegen dat de wijze waarop Nijmegen niet in de finale kwam dit keer wel heel sneu was. De nummers 2 en 3, te weten Utrecht en Nijmegen, eindigden ex aequo met exact hetzelfde aantal punten. Door de juryvoorzitter, mr. P.W.J.M. Vermeulen, is getost, met als resultaat dat Utrecht naar de finale ging. Vermeulen is overigens in het dagelijks leven coördinerend vice-president van de Rechtbank in Groningen en was dus in deze functie zeer op zijn plaats, want het pleitconcorso werd dit jaar in Groningen gehouden.

Utrecht mocht het in de finale opnemen tegen de Vrije Universiteit. Het verhaal begint eentonig te worden: evenals het vorig jaar heeft de Vrije Universiteit gewonnen en Utrecht is voor zo ongeveer de 26^e keer tweede geworden, maar dat is ook een heel mooie plaats! Overigens hebben Utrecht en Nijmegen, die na de schriftelijke en mondelinge voorronden op een gedeelde twee plaats stonden, het in de ochtendpleitron-

den elk van beide beter gedaan dan de uiteindelijke winnaar, de Vrije Universiteit. Ik moet toch ook over de nummers 2 en 3 iets zeggen waardoor die het gevoel krijgen eigenlijk te hebben gewonnen! De andere teams hebben het trouwens ook heel goed gedaan, maar nét iets minder goed. Je hebt natuurlijk ook altijd teams die onderaan eindigen, maar wij kennen geen degradatieregeling.

Een beetje jammer is dat dit jaar slechts zes teams hebben meegedaan. Dat moeten er natuurlijk het volgend jaar weer gewoon tien zijn. Ik heb Goorden gevraagd het concours het volgend jaar in Nijmegen te organiseren. Hij heeft dan weer eens een thuiswedstrijd en, om met Van Gaal te spreken, de mogelijkheid tot een kans om in de finale te komen!

Dan nu alle aandacht voor het winnende team van de VU. Ik verzoek Hemme Batjes, Maarten van Munster, Belle Webster, Vincent Affourtit en Titia Fernig naar voren te komen, uiteraard mét de beker, om een klaterend applaus en de huldinging in ontvangst te nemen.

(Applaus)

Op mijn verzoek wordt de beker op dit ogenblik getoond. In 1994 is een beker aangeschaft, die telkens een jaar onder de winnaars mag zijn. Alle namen van mensen die ooit hebben gewonnen, zijn in de beker gegraveerd. Jullie namen komen er binnenkort ook op te staan. Dat wil zeggen: daarvoor moeten jullie, volgens één van de huisregels van het pleitconcours, zelf zorgen! Ik weet trouwens uit eigen ervaring dat dit allemaal niet zo'n probleem hoeft op te leveren en ook niet zo veel geld kost.

Jullie hebben inmiddels een woordvoerder aangewezen, die ik de vraag wil voorleggen: hoe ging het?

Van Munster: Het ging echt fantastisch, ook in de voorronden trouwens.

Voorzitter: Maar waren jullie nu ook het beste team?

Van Munster: Ik geloof dat je dat eigenlijk niet van jezelf mag zeggen. Ik kan het ook aan u vragen: waren wij het beste team?

Voorzitter: De vergadering merkt meteen al dat deze handige jongen heel goed heeft gespeit! Ja, jullie waren het beste team. Ik ben er zelf de hele dag bij geweest, want ik wilde mij natuurlijk van de gang van zaken vergewissen. Jullie hebben het zeer voortreffelijk gedaan.

In de finale komt altijd een geheel nieuwe casus aan de orde, waarvan nog nooit iemand van de deelnemers iets heeft gezien. Eigenlijk is dit een heel wrede aanpak: de twee teams moesten in een of ander zweetkamertje een ongelooflijk lang verhaal, inclusief een complete regeling, gaan lezen. Ze hadden waarschijnlijk het halve uur

dat ze ter voorbereiding hadden alleen al nodig om alles te lezen. Vervolgens moesten ze tegen elkaar in het strijdperk treden, terwijl wij, de anderen, door Damen waren bijgepraat over alle valkuilen die in de casus zaten en dus lekker konden genieten van het feit dat de teams die valkuilen allemaal niet hadden opgemerkt! De fungerend president probeerde toch met allerlei vragen die punten er nog uit te krijgen, en van sommige lukte dat ook. We kunnen alleen maar grote bewondering hebben, voor beide teams, dat ze er nog het nodige van terechtbrachten.

Vonden jullie het leuk met deze wedstrijd mee te doen, of zijn er misschien nog punten waarmee wij het volgend jaar ons voordeel kunnen doen?

Van Munster: We vonden het uiteraard heel leuk om mee te doen, en we vonden het ook vooral heel gezellig. Dat is voor ons belangrijk, want we zijn studenten. De afgelopen tijd hebben we goed samengewerkt en hebben we, zoals dat dan hoort bij zo'n team, een soort band gekregen. Buiten het juridische element, waarvan we heel veel hebben geleerd, was het meedoen ook sociaal gezien een heel leerzame ervaring.

Voorzitter: Eén van jullie begeleiders zei mij 's avonds dan ook: het was weer een magic team!

Interventies, met reacties van de preadviseurs (middagdeelte)

Mr. W. Konijnenbelt

Eerst even formeel, en dan materieel. Met ‘formeel’ bedoel ik de uiterlijkheden. Vanaf dit jaar zien de preadviezen er fantastisch uit, vind ik. Ook het door de VAR uitgegeven boekje van Van der Hoeven, *De geschiedenis van het bestuursrecht*, zag er heel mooi uit, maar wat de preadviezen betreft: nu voor het eerst echt mooi!

Het tweede formele punt is dat ik ben uitgenodigd om iets te zeggen over het preadvies van Kortmann, maar dat ik mij, als dat mag, ook even zal wenden tot ‘de heren Jansen en Jansen’.

Inhoudelijk kom ik dan tot de verhouding van de Algemene wet bestuursrecht enerzijds en wetten als de Gemeentewet en de Provinciewet anderzijds. Is daarover behoorlijk nagedacht? Ik denk van wel. Zijn er fouten bij gemaakt? Ik denk dat er inderdaad verschillende fouten bij zijn gemaakt. Volgens mij kwam Kortess vanmorgen een heel eind in de buurt toen hij betoogde dat je je moet afvragen *welk* element algemeen is ten opzichte van *welk ander* element. Je kunt niet heel in het algemeen zeggen dat de Awb algemener is dan een andere wet, of een andere wet algemener dan de Awb. Dit geldt ook voor het onderwijsrecht; ik kom daarop nog terug.

Als de Algemene wet bestuursrecht over *besluiten* spreekt, is het duidelijk dat die Awb de algemene wet is en dat, al dan niet via aanpassingswetgeving, wetten als de Gemeentewet en de Provinciewet daaraan op de een of andere manier moeten worden geconformeerd. Gaat het daarentegen om verhoudingen tussen gemeentelijke organen of, ruimer, instituties, dan ligt het anders. Stel bijvoorbeeld dat in de Gemeentewet zou staan dat delegatie aan ambtenaren mogelijk is. Ik zou zeggen dat de Gemeentewet voor *die* verhouding de algemene wet is. Kortess zou zeggen ‘de *bijzondere* wet’, maar dat doet er verder niet toe. De Gemeentewet is in het veronderstelde geval de wet die in algemene zin het patroon voor de verhouding tussen gemeentelijke echte bestuursorganen en ondergeschikten aangeeft, zodat ook in medebewindsver-

houdingen in gemeentelijke kring delegatie aan ondergeschikten mogelijk zou zijn.

Wat is er nu met het *besluit*-begrip misgegaan? Ik denk dat het niet eens zo moeilijk is de verhouding tussen het *besluit*-begrip in de Awb enerzijds en het van ouds *andere besluit*-begrip in de organieke wetten op een nette wijze te regelen. Die gedachte heb ik overigens achteraf gevormd, in ieder geval niet op tijd om te kunnen waarschuwen. Zij komt neer op het opnemen in hoofdstuk 10 van de Algemene wet bestuursrecht, waarin onder meer mandaat, delegatie en toezicht op bestuursorganen worden geregeld, van een bepaling van ongeveer de volgende trant:

Dit hoofdstuk is van overeenkomstige toepassing op andere beslissingen van bestuursorganen dan besluiten, tenzij bij of krachtens de wet anders is bepaald.

Met het oog op volmacht moet dan nog een zinnetje worden toegevoegd. Na een dergelijke ingreep had de wetgever in de artikelen 253 en 261 van de Provinciewet (goedkeuring en vernietiging van besluiten) en in andere artikelen waarin nu voor buitengewoon moeizame omschrijvingen is gekozen, die dan bovendien in de Provinciewet nog weer anders zijn dan in de Gemeentewet, heel eenvoudige formuleringen kunnen gebruiken. Voor artikel 253 denk ik aan: *Beslissingen van provinciale besturen kunnen slechts aan goedkeuring worden onderworpen in bij de wet bepaalde gevallen.* Voor artikel 261 zou in aanmerking komen: *Een beslissing van het provinciaal bestuur kan bij koninklijk besluit worden vernietigd.* Klaar is Kees! Ik denk dat dit heel eenvoudig zou zijn geweest.

Over de pretentie van algemeenheid van de Algemene wet bestuursrecht nog twee opmerkingen. Naar mijn mening kunnen we in ieder geval twee succesfactoren aanwijzen. Eén daarvan is dat de operatie-Awb steeds gepaard gaat met, zij het soms meer, soms minder geslaagde, aanpassingswetgeving. Zijlstra heeft daarop met nadruk gewezen. Ik denk bovendien dat de Algemene wet bestuursrecht in zekere zin hoort tot de wetten waarop Geelhoed zo verliefd is. Geelhoed heeft ooit geschreven dat de beste wet de wet is die zichzelf handhaaft. Welnu, op de universiteiten worden alle jongens en meisjes die jurist willen worden opgevoed met de Awb. Zij leren dus bestuursrechtelijk te denken via de Awb-patronen. Je kunt er vergif op innemen dat dit vanzelf steeds verder gaat doorwerken in de bijzondere wetgeving. Ik denk dat daardoor langzamerhand bij de verschillende wetsfamilies op de bijzondere departementen de weerstand tegen het in de pas lopen met de Awb zal verdwijnen. Heel veel van die weerstand berust immers op angst en bijgelovigheid.

Een risicofactor van de Algemene wet bestuursrecht is aardig tot uitdrukking gekomen in de interventie van Van Buuren over ingewikkelde regelingen van rechtsbescherming. Naar zijn mening heeft de Wet op de Ruimtelijke Ordening de rechtsbescherming buitengewoon onhandig en in ieder geval gecompliceerd geregeld. Kortmann heeft daarop gereageerd met de opmerking dat deze situatie misschien wel laat zien dat de wetgever niet in algemene termen in de Awb had moeten regelen *indien*

besluit, dan bezwaar en vervolgens beroep. Achteraf denk ik dat hier wel iets in zou kunnen zitten. Wanneer is het zinvol een bepaling in een algemene wet als de Awb neer te zetten? Wanneer die in het overgrote deel van de gevallen onverkort kan worden toegepast, zodat het aantal gevallen van afwijking in de bijzondere wet wel meevalt. In die situatie is het goed uit de algemene wet te kunnen afleiden wat het algemene patroon is. Is er een risico dat nogal eens van de Awb-bepaling zal moeten worden afgeweken, dan dient zich de vraag aan of je de harmonisatie eigenlijk niet veel beter via de Aanwijzingen voor de regelgeving kunt bereiken. Door dáárin 'algemene modellen voor de wetgevingspraktijk' op te nemen had men misschien een meer op de werkelijkheid toegesneden eenheid van aanpak kunnen bewerkstelligen.

Vroeger vervulden de Aanwijzingen voor de regelgeving op het punt van de rechtsbescherming enigszins een dergelijke functie, zij het dat ze niet erg directief waren. Ik denk nu meer aan aanwijzingen die beschrijven hoe de gebruikelijke regeling van de rechtsbescherming is en die aangeven dat hiervan alleen als dat bijzonder geïndiceerd is, zou moeten worden afgeweken. Met die modellen als uitgangspunt had men in elke bijzondere wettelijke regeling eenvoudige oplossingen kunnen kiezen. Speciale regelingen per bijzondere wettelijke regeling waren mogelijk geweest, maar als men voldoende discipline had betracht, had men toch een eenheid van aanpak kunnen bewerkstelligen. Dit is wijsheid achteraf, die echter misschien interessant is met het oog op toekomstige onderwerpen waarbij de vraag rijst of het verstandig is een algemene regel in de Awb op te nemen, of dat het beter is te proberen op andere wijze harmonisatie te bewerkstelligen.

Tot slot dan nog iets over het onderwijsrecht. Om te beginnen sluit ik mij aan bij wat Zijlstra over het desbetreffende preadvies heeft geschreven. Hier zien we nu eens uitgetekend wat de bijzonderheden van het onderwijsrecht zijn, vergeleken met overige onderdelen van het bestuursrecht. Daarbij wordt ons duidelijk gemaakt dat die bijzonderheden hun oorsprong vinden in het grondwettelijke duale stelsel van openbaar en bijzonder onderwijs. Ik ken niet één stuk waarin dit alles zo mooi is geschetst. Als ik uitgever was, zou ik zeggen: maak hiervan ogenblikkelijk een aangepaste versie die enigszins de opgelegde vraagstelling kan verlaten en die kan dienen als basisonderwijsboek dat iedere onderwijsrechtstudent moet zien voordat hij aan allerlei bijzondere dingen toekomt! Natuurlijk moet er dan nog iets bij over artikel 23 van de Grondwet. Dat kunnen de beide heren eventueel uit eigen geschriften putten, want ze hebben hierover buitengewoon veel geschreven, maar wellicht kunnen ze ook iets overnemen uit de mooie korte stukjes die hun medepreadviseur Kortmann over dit onderwerp heeft geschreven. Dit vechten ze dan maar uit!

Ik heb over het preadvies van Vermeulen en Zoontjens twee vragen. In de eerste plaats zou ik hun willen vragen nog eens uit te leggen waarom het nu zo nodig is dat

in de onderwijsfeer delegatie aan ondergeschikten mogelijk wordt gemaakt. Waarom kan men niet gewoon met de mandaatsfiguur uit de voeten? Ik heb uit het preadvies niets anders kunnen afleiden dan dat men het in kringen van onderwijsinstellingen zo aardig zou vinden met delegatie te kunnen werken. Dat is een argument van dezelfde kracht als de overwegingen op grond waarvan vroeger provincie- en gemeenteambtenaren het veel chiquer vonden een bevoegdheid gedelegeerd te krijgen. Het was, in soldatentermen gesproken, alleen maar een kwestie van één of twee balken op de revers dragen. Verder stelde dit niets voor. Stelt het nu in onderwijsland wezenlijk méér voor, of gaat het eigenlijk alleen maar om dit soort gevoeligheden?

In de tweede plaats het volgende. Een van de slotconclusies van de beide preadviseurs is dat de Algemene wet bestuursrecht ten opzichte van het onderwijsrecht niet de pretentie van algemeenheid mag waarmaken. Dat smaakt mij een beetje te veel naar NIMBY! De preadviseurs bekijken de materie vanuit het onderwijsrecht en lijken van mening te zijn dat hun tak van sport veel te bijzonder is om er de Awb op los te laten. Ja, dat vinden ze bijvoorbeeld bij de ruimtelijke ordening, het milieu en het sociaal-economisch recht ook! De belastingmannen (vrouwen heb je daar eigenlijk niet!) hebben jarenlang iets dergelijks geroepen, maar hebben uiteindelijk de strijd opgegeven en zijn tot de conclusie gekomen dat er niets aan de hand is.

Natuurlijk is een specifieke eigenschap van het onderwijsrecht dat het ook met het bijzonder en dus particulier onderwijs te maken heeft, dat niet echt tot de overheid behoort. Dat zal tot zijn recht moeten komen, maar voorzover het in het onderwijsrecht gaat om besluiten, genomen door bestuursorganen, heb ik vooralsnog geen argumenten kunnen vinden op grond waarvan je niet zou kunnen uitgaan van Awb-conformiteit, om alleen bij dringende redenen, in uitzonderingsgevallen, van de Awb af te wijken. Hetzelfde geldt immers voor alle andere gebieden van bijzonder bestuursrecht.

Mr. C.A.J.M. Kortmann

Het is de eerste keer dat ik mij bij het verdedigen van een preadvies heb voorzien van wetteksten en zelfs een jurisprudentiebundel. Hieraan kan men zien hoe ontzettend moeilijk het vak bestuursrecht voor mij is!

Konijnenbelt: Het is ook meer iets voor jonge lieden die zich met computers en dat soort onzin bezighouden en die niets van Buys weten!

Kortmann: Wie was dat ook alweer?

Voorzitter: Dat was iemand die in de negentiende eeuw drie dikke delen over de Grondwet heeft geschreven, heb ik pas ergens gelezen!

Kortmann: Dank u wel!

Konijnenbelt heeft mij meegedeeld dat hij onlangs 59 jaar oud is geworden.

Konijnenbelt: Vergeleken met Kortmann ben ik ook al aardig seniel!

Kortmann: Daarom kunnen wij het de laatste tijd zo goed met elkaar vinden!

Met het betoog van Konijnenbelt ben ik het grotendeels eens. Ik meen ook dat mijn preadvies zich deels richt tegen het gevaar dat de wetgever met de Awb te veel wil harmoniseren en ook te veel onderwerpen in die wet gaat opnemen. Misschien had ik hierover nog wat duidelijker moeten zijn. De vierde tranche baart mij persoonlijk uit praktisch oogpunt wel enige zorgen.

Op één punt zou ik met Konijnenbelt nader van gedachten willen wisselen, en ik hoop dat hij de gelegenheid aangrijpt op mijn reactie te repliceren. Het punt dat ik bedoel, hangt samen met artikel 156 van de Gemeentewet, dat betrekking heeft op delegatie. In het artikel wordt in heel algemene zin geformuleerd dat de raad aan het college van burgemeester en wethouders en aan een commissie als bedoeld in artikel 82 bevoegdheden van de raad kan overdragen. Ik heb de neiging te zeggen: deze bepaling is in zóverre heel algemeen, dat zij in het geheel niet differentieert tussen bevoegdheden tot het nemen van besluiten, tot ‘beslissen’, tot het verrichten van rechtshandelingen naar burgerlijk recht en eventueel, als dat bij een gemeenteraad al aan de orde zou kunnen zijn, tot het verrichten van feitelijke handelingen.

Wat is nu het probleem als je de Awb inzake delegatie toch als de algemene wet gaat beschouwen? Je moet tot de conclusie komen dat de Awb op die manier zonder dat je het eigenlijk wilt de betekenis van artikel 156 van de Gemeentewet gaat veranderen. De bevoegdheid namelijk die artikel 156 in algemene zin aan de raad toekent, moet je gaan onderscheiden in:

1. een Awb-delegatiemogelijkheid waar het om *besluiten* gaat;
2. een delegatiemogelijkheid inzake andere beslissingen en eventueel feitelijke handelingen.

Ad 1. Alle beperkingen die de Awb aan delegatie stelt zouden op deze delegatiemogelijkheid van toepassing zijn.

Ad 2. Voor deze delegatiemogelijkheid zou artikel 156, dat ruimer is, gelden.

Dit vind ik een buitengewoon ongelukkige consequentie, die je naar mijn oordeel ook niet oplost door de suggestie van Konijnenbelt te volgen. In mijn ogen had men van het begin af aan moeten zeggen: de Provinciewet en de Gemeentewet zijn nu eenmaal algemene wetten, en in deze zin algemener dan de Awb, zodat zij in algemene zin de mogelijkheid tot delegatie openen. Zolang de gemeentewetgever zelf geen beperkingen aan artikel 156 stelt, prevaleert naar mijn mening de Gemeentewet; iets soortgelijks geldt voor de Provinciewet. Mijn standpunt houdt in dat de beperkingen voor delegatie van besluitbevoegdheid, zoals de privatieve werking, niet voor artikel 156 van de Gemeentewet gelden. De wetgever heeft niet openlijk voor een ander systeem gekozen, want anders hadden wij die gecompliceerde jurisprudentie inzake de gemeentelijke en provinciale delegatie niet hoeven te zien.

Dit is mijn standpunt. In de wetgeving kan een oplossing worden geboden, maar ik de betreur de gang van zaken die zich heeft voorgedaan, omdat naar mijn oordeel deze oude organieke wetten boven de Awb gaan. In termen van Scheltema: de Awb zou op dit punt zo ver mogelijk moeten terugtreden.

Mr. W. Konijnenbelt

Ik heb een tijdje hetzelfde standpunt gehuldigd, maar ben, om het neutraal te formuleren, tot nader inzicht gekomen. Graag zeg ik Daalder na dat je contextueel moet interpreteren. Discussie heeft zich bijvoorbeeld voorgedaan over de bevoegdheid om op bezwaren te beslissen. Indien die bevoegdheid aan een ander wordt gegeven, zal toch recht moeten worden gedaan aan het doel waarvoor de Awb de bezwaarschriftprocedure in het leven heeft geroepen. Een belangrijk element daarvan is dat men moet kunnen komen tot een volle herbeoordeling, ook naar aanleiding van eventuele nieuwe omstandigheden en met inbegrip van alle belangenafwegingsaspecten, van het bestreden besluit.

Wanneer men nu de bevoegdheid om op bezwaren te beslissen aan een commissie delegeert, ligt die beslissing in handen van een groep mensen die slechts bij wege van incident af en toe met bepaalde zaken te maken heeft. We weten uit ervaring dat zo'n commissie er nooit aan toe zal komen haar beleid in de plaats te stellen van dat van het college van burgemeester en wethouders. Dat durft zo'n commissie niet; de praktijk heeft dat aan alle kanten bewezen. Dit betekent dat de burger in zijn rechtsbescherming tekort wordt gedaan. De rechtsbescherming die de Awb bij de introductie van de bezwaarschriftprocedure heeft willen geven, komt op deze wijze niet tot haar recht. Daarom zal hier de strekking van de Awb moeten voortgaan. Zo heeft de Afdeling ook, in haar volle wijsheid, beslist.

Mr. P.J.J. Zoontjens

Konijnenbelt heeft ons gevraagd uit te leggen waarom delegatie aan ondergeschikten in het onderwijs mogelijk zou moeten zijn. Kan niet worden volstaan, zegt Konijnenbelt, met mandaat? Is dit niet een kwestie van gevoeligheden?

Ik neem aan dat deze vragen voortkomen uit het lezen van de passage waarin wij hebben aangegeven dat bij de Kamerbehandeling van artikel 10:14 van de Algemene wet bestuursrecht, het verbod van delegatie aan ondergeschikten, een uitzondering is gemaakt voor onderwijsinstellingen. Er wordt van uitgegaan dat weliswaar bij onderwijsinstellingen een ondergeschiktheidsrelatie tussen de directeur en het bevoegd gezag bestaat, maar dat de eigen positie van de directeur binnen de school of instelling en zijn specifieke deskundigheid, met name op onderwijskundig vlak, tot een andere opvatting kunnen leiden, namelijk dat er op de genoemde punten *geen* ondergeschiktheid aan de orde is.

Dat algemene voorbehoud is gemaakt en het is ook in wetgeving uitgewerkt, zij het niet specifiek voor de positie van de directeur. In het hoger onderwijs, in het bijzonder bij hbo-instellingen, kennen we al de regel dat bevoegdheden van het schoolbestuur kunnen worden gedelegeerd aan interne organen van de instelling. Nu is dit nog geen probleem, want er bestaan praktisch geen openbare hbo-instellingen meer in Nederland. Hoewel de wetgever er rekening mee houdt dat ze er zijn, bestaan ze feitelijk niet meer.

Over blijft dan nog de vraag waarom we naar delegatie toe zouden moeten. Daarover, zo veel mogelijk in het kort, het volgende. We hebben in het onderwijs, vooral het primair en het voortgezet onderwijs, te maken met besturen die samengesteld zijn uit amateurs, goedwillende mensen uit de samenleving die bereid zijn een deel van hun vrije tijd op te offeren aan zo'n bestuur. Dat geldt ook in toenemende mate voor het openbaar onderwijs, omdat het veelal wordt georganiseerd in gemeentelijke commissies en sinds kort ook kan worden georganiseerd in stichtingen of openbare rechtspersonen, waarbij is bepaald dat ook ouders, niet-gemeenteraadsleden of niet-leden van het gemeentebestuur als geheel, deel moeten uitmaken van het schoolbestuur. Een en ander brengt bij de besturen in de praktijk de behoefte met zich mee zo veel mogelijk op afstand te staan van de instelling.

Daar komt nog een andere ontwikkeling bij. De laatste jaren kennen we in het voortgezet en primair onderwijs een toenemende bestuurlijke schaalvergroting. Steeds meer scholen komen onder één bestuur. De afstand tussen de school en het bestuur wordt dus groter. Daardoor neemt de behoefte aan besluitvorming binnen of direct boven de school toe.

Een derde factor is dat vanuit de school zelf steeds meer om gelegitimeerde besluitvorming wordt gevraagd. Ouders wensen te maken te hebben met een gelegitimeerde

bestuurder die méér moet kunnen dan alleen maar zeggen: hiervoor moet ik terug naar mijn bestuur. Dit is een feitelijke ontwikkeling die waarschijnlijk eveneens de behoefte aan delegatie in de hand werkt.

Een laatste punt. In de Wet op het voortgezet onderwijs is (artikelen 32a t/m 32c) een mandaatfiguur geregeld. Er wordt gesproken van ‘mandaat met betrekking tot taken en bevoegdheden’ door het schoolbestuur aan de directeur, ook in het openbaar onderwijs. In onze ogen is deze mandaatfiguur zó ruim, dat zij te zeer het zicht onttrekt op degene die de eigenlijke bevoegdheid bezit. Wij menen dan ook dat hier beter een delegatieregeling zou kunnen gelden.

Mr. W. Konijnenbelt

Ik constateer dat men in de onderwijswereld de rest van de wereld niet kent. Elders liggen de dingen precies zo. Bij ministeries willen ministers mandateren aan directeuren van een of ander agentschap. Het kan een dienst betreffen met heel hoge professionele vaardigheden, waarvoor misschien wel codes gelden waaraan men heeft te voldoen. Mede met het oog daarop wordt aan de directeur van zo’n dienst bevoegdheid gemandateerd. Dat is niets anders dan wat we bij onderwijsinstellingen zien. Bij grote gemeenten constateer ik precies hetzelfde.

Ik vind in de woorden van Zoontjens niet één geldig argument voor een gerechtvaardigde delegatiewens. De situatie bij het onderwijs is precies dezelfde als elders.

Mr. P.J.J. Zoontjens

De vergelijking met een ministerie of met een andere overheidsdienst is interessant. Ik denk dat je een openbare school niet zo maar kunt vergelijken met een gemiddelde overheidsdienst, alleen al vanwege de aanwezigheid van leerlingen en ouders binnen zo’n eenheid. Die aanwezigheid brengt een heel andere dynamiek met zich mee dan er in een overheidsdienst is.

Konijnenbelt: Wat dacht u van sociale diensten, cliëntenraden enzovoort? Zo bijzonder is dat allemaal niet, ook al is het onderwijs!

Zoontjens: Ik zal geen poging meer doen Konijnenbelt te overtuigen. Het is ook een kwestie van het inschatten van verhoudingen. Konijnenbelt ziet gelijke verhoudingen, waar ik verschillen zie.

Mr. B.P. Vermeulen

Allereerst dank ik Konijnenbelt voor zijn lof.

Hij heeft de vraag opgeworpen of we onze conclusie, inhoudende dat de Awb niet een zekere primerende positie ten opzichte van het onderwijsrecht heeft, wel voldoende hard hebben gemaakt. Laat ik allereerst zeggen dat mijn visie op de Awb zeker niet de heel scherpe, kritische instelling weerspiegelt die Kortmann af en toe ten toon spreidt. Ik vind de Awb, met name voor het administratief procesrecht, echt een grote verbetering. Wij pleiten op een aantal punten juist ook voor verdergaande harmonisatie. De uitzondering van artikel 8:4, aanhef en sub e, van de Awb kan naar ons oordeel verdwijnen en we zijn voorstander van rechtspraak in twee instanties. Ik denk dat de Awb op dit punt een goede rol heeft gespeeld, ook wat de uniformering van het onderwijsprocesrecht betreft.

Enigszins vooruitlopend op onze stelling 12, merk ik op dat men tegen de nogal algemene formulering die daarin is gebruikt bezwaren zou kunnen aantekenen.¹² Het primaat van de Algemene wet bestuursrecht wordt naar ons oordeel in het bijzonder doorbroken waar het dualiteitsaspect een belangrijke rol speelt. Waar sprake is van 'gemengde besluitvorming' of van een rechtspositie die mede het bijzonder onderwijs raakt, is de onverkorte toepassing van niet alleen de Awb maar het gehele publiekrecht eigenlijk niet aan de orde. Dat komt doordat vanuit de Grondwet in zo'n situatie alleen een stelsel toelaatbaar is waarin het publiekrecht niet volledig wordt toegepast. In zo'n situatie zal naar onze mening moeten worden geopteerd voor het privaatrecht.

Ik ben ervoor dat de keuze in mingsituaties bij voorkeur door de wetgever zelf wordt geëxpliciteerd. Het verdient aanbeveling dat de wetgever zelf expliciet vastlegt dat de Awb op een samenwerkingsbestuur of een samenwerkingschool niet van toepassing is. Ontbreekt zo'n bepaling, dan heeft een beslissing enerzijds een *besluit*-karakter, anderzijds het karakter van een uitspraak/oordeel/beslissing ten aanzien van het bijzonder onderwijs, waardoor hopeloze rechtsingangsproblemen ontstaan.

Op deze wijze wil ik onze stelling 12 enigszins nuanceren. Juist waar vanuit grondwettelijk perspectief en vanuit privaatrechtelijke argumentaties kan worden gezegd dat er sprake is van een zekere eigen autonomie, is de Algemene wet bestuursrecht niet van toepassing. Op andere punten biedt volledige invoering van de Awb juist voordelen. Ik heb in dit verband al gewezen op artikel 8:4, aanhef en sub e, en op het hoger beroep.

Op de 'derde weg', een bijzondere vorm van rechtsbescherming, kunnen we beter later in de vergadering terugkomen.

12. P. 186.

Mr. W. Konijnenbelt

Ik constateer tot mijn genoegen dat we stelling 12 Awb-conform moeten lezen. Ook al staat het er niet, we moeten lezen: *voorzover* artikel 23 van de Grondwet daartoe noopt, kan de Awb niet van toepassing zijn. Wie kan daar nu tegen zijn?

Vermeulen: Niemand.

Voorzitter: Is er iemand in de zaal die misschien nog in het bijzonder wil ingaan op de vraag hoe bijzonder het onderwijsrecht nu is of behoort te zijn? Moeten we adhesie betuigen aan de stelling van Konijnenbelt dat er eigenlijk niets bijzonder aan het onderwijs is en dat alles op onderwijsgebied onder de Awb kan vallen?

Ik hoor protesten tegen deze weergave, maar ik chargeer een beetje, à la Konijnenbelt, om reacties uit te lokken.

Mr. C. van Alderwegen

Graag wil ik nader op de delegatiekwestie ingaan. Over het algemeen ben ik niet zo'n hartstochtelijk voorstander van delegatiemogelijkheden, omdat deze vaak op gespannen voet staan met de verantwoordingsverplichtingen die organen hebben, ook in het democratisch proces. Dat klinkt trouwens een beetje jargonachtig.

Ik vermag eerlijk gezegd absoluut niet in te zien welk grote goed in het openbaar onderwijs ermee gediend zou zijn als aan directeuren van openbare basisscholen allerlei bevoegdheden die het gemeentebestuur als bevoegd gezag van het openbaar onderwijs toekomen zouden worden gedelegeerd. In bepaalde gevallen voorzie ik problematische verhoudingen, mede gelet op de kleinschaligheid die zich in het openbaar basisonderwijs voordoet.

In het verlengde hiervan wil ik een positie voorleggen waarvan ik heb vernomen dat zij tot grote problemen aanleiding kan geven. Ik doel op de verhouding die kan ontstaan indien verschillende bevoegdheden van het college van burgemeester en wethouders als bevoegd gezag voor het openbaar onderwijs worden gedelegeerd aan een directeur van een basisschool. Stel dat deze directeur, geconfronteerd met een besluit van de Minister of Staatssecretaris van OCW, bezwaar maakt bij datzelfde bestuursorgaan, volgens de daarvoor aangewezen procedure, en vervolgens de vraag voorgelegd krijgt of zijn gedelegeerde bevoegdheid zich in verband met artikel 164 van de Gemeentewet ook uitstrekt tot het instellen van bezwaar. Ik zie geen enkele reden om aan te nemen dat de gedelegeerde bevoegdheid zich ook zou moeten uitstrekken tot het aanwenden van rechtsmiddelen. In artikel 164 gaat het volgens mij om een keuze

die in beginsel op het niveau van de gemeenteraad moet worden gedaan en die met het oog op bijzondere gevallen ex artikel 156 aan burgemeester en wethouders kan worden gedelegeerd, maar die zich moeilijk verder laat delegeren naar het niveau daaronder. Burgemeester en wethouder hebben vaak méér scholen voor openbaar onderwijs onder zich. Ik wijs bovendien op de juridische ondersteuning die men voor dit soort procedures nodig heeft.

Al met al zie ik geen enkele reden om in het onderwijs een heel andere positie te gaan innemen dan in andere sectoren van deze samenleving.

Mr. P.J.J. Zoontjens

Ik ben het eens met dit voorbeeld. Ik geloof ook niet dat je over de ruimte die er voor delegatie is kunt twisten. Van Aldewegen merkt op dat men de directeur van een basisschool geen bevoegdheden moet geven als deze niet over de middelen beschikt om die te handhaven. Alleen de bedoelde bevoegdheid op zichzelf al hoort naar mijn mening niet bij de directeur thuis. Het zou erom gaan dat de directeur fungeert als orgaan dat de bekostiging ontvangt. Dat lijkt mij nu echt iets wat bij het openbaar bestuur op zijn hoogste niveau thuishoort.

Voorzover ik weet is over delegatie in het primair onderwijs op dit moment geen discussie aan de gang. Duidelijk is voor mij dat eventuele delegatie in primair onderwijs betrekking zou moeten hebben op typisch onderwijskundige bevoegdheden, zoals het vaststellen van een schoolplan. Ik kan mij voorstellen dat een directeur aan zijn status van gediplomeerde leerkracht en leidinggevende een zekere eigen deskundigheid kan ontleen die zich vertaalt in beslissingsbevoegdheid, zij het op heel beperkt terrein.

Mr. N. Verheij

Het onderwerp van vandaag ligt mij na aan het hart. Vandaar misschien dat de preadviezen mij op nogal wat punten tot tegenspraak prikkelen. Dat geldt overigens niet alleen voor de preadviezen: ik had vanmorgen even de aanvechting om te vragen of de ongeschreven VAR-wet, inhoudende dat je niet mag interveniëren op de voorzittersrede, misschien een ontheffingsmogelijkheid kent! Maar goed: over de preadviezen valt al genoeg te zeggen.

Zoals gezegd prikkelen de preadviezen mij op een aantal punten tot tegenspraak. Enigszins een 'rode draad' door die punten is dat de preadviseurs zich naar mijn oordeel te weinig expliciet afvragen *waarom* wij algemene wetten maken. De functies van

de algemene wet zouden in mijn ogen belangrijke gidsen moeten zijn bij de zoektocht naar de juiste verhouding tussen algemene en bijzondere wet. Door het miskennen van die gidsen verdwalen de preadviseurs af en toe. Laat ik enkele voorbeelden geven.

Volgens Kortmann horen bepaalde onderwerpen, zoals subsidies en het gebruik van de Friese taal in het bestuurlijk verkeer, niet in de Awb thuis. Het is mij onduidelijk welk criterium hij daarbij aanlegt. Impliciet lijkt hij een definitie van *algemene wet* te hanteren, maar hij zegt zelf dat hij die niet kan geven.

Nu kan ik dat eerlijk gezegd ook niet, maar ik heb ook geen definitie nodig om te bepalen wat in een algemene wet zou kunnen worden geregeld en wat niet. Het is veel eenvoudiger als je bedenkt dat dit vaak gewoon een kwestie is van wetgevingseconomie. Je regelt iets één keer algemeen omdat je het anders 20, 40 of 120 keer op dezelfde manier moet regelen. Vóór 1998, het jaar van de inwerkingtreding van de derde tranche, hadden we tientallen, zo niet honderden subsidieregelingen die de intrekking van subsidies regelden. Nu is die intrekking in één keer geregeld. Vindt Kortmann dat nu echt een achteruitgang? Of pleit hij voor een aparte Algemene wet op de subsidies naast de Awb? Zo ja, kan hij dan uitleggen wat daarvan precies de voordelen zouden zijn?

Uiteraard veronderstelt dit criterium dat je het desbetreffende onderwerp *grosso modo* uniform kunt regelen. Ik zeg 'grosso modo', want er zijn, zoals al eerder is opgemerkt, door de verschillende typen regels die de Awb kent veel meer nuances dan af en toe wordt gesuggereerd. Maar als het mogelijk is een onderwerp uniform te regelen, is dat in beginsel ook wenselijk. Waarom? Om de redenen waarom het bij het hele Awb-project uiteindelijk allemaal begonnen is. Algemene regels, uniforme begrippen en een uniforme terminologie maken het recht inzichtelijker, toegankelijker, systematischer en daardoor beter hanteerbaar. Uiteindelijk nemen dáárdoor de innerlijke overtuigingskracht en het rechtsgehalte van ons rechtsstelsel toe. Algemene wetten ordenen en structureren het recht; zij maken uiteindelijk het verschil uit tussen een *rechtsstelsel* en een verzameling regels. Daarom is het zo belangrijk dat de bijzondere wetgever in voldoende mate de algemene wetten (maar ook niet in wetten neergelegde algemene principes van het rechtsstelsel) respecteert.

Tegen deze achtergrond verbaas ik mij nogal over het voorstel van Vermeulen en Zoontjens, wier preadvies ik overigens buitengewoon leerzaam vond, om de stichting waarin een openbare school is ondergebracht als a-orgaan aan te merken. Laten we even kijken wat hier gebeurt. De onderwijswetgever scheidt eerst een overbodige rechtsfiguur. Om een openbare school te verzelfstandigen volstaat immers de openbare rechtspersoon. Met het scheppen van de bedoelde overbodige rechtsfiguur wordt om te beginnen inbreuk gemaakt op de ene algemene wet, de Gemeentewet. Als dat dan voorspelbaar tot problemen leidt, wil men die problemen oplossen door ook nog maar even te gaan rommelen met het centrale begrippenkader van een ande-

re algemene wet, de Awb. Als men verwarring wil zaaien, als men wil dat het onderwijsrecht voor buitenstaanders ondoordringbaar blijft, moet men zo te werk gaan! Op die manier moeten we mensen gaan uitleggen dat er, gegeven de inhoud die het begrip *bestuursorgaan* ongeveer heeft, a-organen en b-organen zijn, maar dat dit in het onderwijsrecht weer anders is. Wordt deze weg ingeslagen, dan zullen we trouwens binnen de kortste keren moeten toevoegen dat de situatie in bijvoorbeeld het milieurecht wéér een beetje anders is enzovoort enzovoort.

Ik zou denken: een simpele oplossing is het schrappen van de overbodige stichting uit de onderwijswetgeving. In ieder geval moet men niet proberen een probleem dat niet specifiek voor het onderwijsrecht is op te lossen op een specifiek onderwijsrechtelijke manier. Meer in het algemeen denk ik dat men heel voorzichtig moet zijn met het gaan hanteren van allerlei afwijkende uitleg. Ik voel dan ook bitter weinig voor het idee van *contextgebonden uitleg*, behalve in traditionele zin. Mij is namelijk geleerd dat we rechtsregels *altijd* in onderlinge samenhang moeten uitleggen, maar ik neem aan dat dit niet is wat Daalder bedoelt. Met contextgebonden uitleg zoals hem vermoedelijk voor ogen staat, worden naar mijn mening onduidelijkheid en verwarring gezaaid.

Het is mogelijk dat af en toe de algemene begrippen op een bepaald terrein tot onwenselijke resultaten leiden. Ik ben het geheel met Zoontjens en Vermeulen eens dat het niet wenselijk is dat tegen elke tentamenuitslag beroep open staat, maar laten we dat dan gewoon regelen door expliciet in de onderwijswetgeving een uitzondering op de algemene regel op te nemen en niet door algemene begrippen te herinterpreteren.

Met het voorafgaande hoop ik tevens te hebben aangegeven dat ook ik onder ‘algemene wetten’ niet uitsluitend de Awb versta. Met Vermeulen en Zoontjens ben ik het eens dat de regeling voor de beslechting van ‘samenwerkingsgeschillen’ ex artikel 22 van de Wet op het primair onderwijs niet in het keurslijf van het administratief beroep past. Anders gezegd: daar wordt de aard van de algemene rechtsfiguur administratief beroep miskend door die figuur ergens toe te passen waar zij niet op haar plaats is. Wordt hier echter niet een nog veel belangrijker algemene wet miskend? Als ik het goed begrijp, sluit de regeling in dat ook geschillen tussen twee bijzondere scholen bij de administratieve rechter terecht kunnen komen. Is dat niet gewoon in strijd met artikel 112, eerste lid, van de Grondwet?

Nog erger wordt het als fundamentele, structurerende principes van ons rechtsstelsel worden miskend, zoals het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht, tussen overheid en particuliere organisaties. Naar mijn oordeel doet de onderwijswetgever dat bij de samenwerkingsschool. Ik denk dat Vermeulen en Zoontjes hier niet uit komen door voor te stellen de Awb buiten toepassing te verklaren. Dat lost immers maar de helft van het probleem op. Voorkomen wordt wellicht ongewenste doorwer-

king van publiekrechtelijke normen in de bijzondere component van de samenwerking, maar het buiten toepassing laten van de Awb verandert tittel noch jota aan het publiekrechtelijk karakter van de rechtsverhoudingen binnen de openbare component. Die verhoudingen zijn niet publiekrechtelijk omdat de Awb geldt, maar de Awb geldt omdat die verhoudingen publiekrechtelijk zijn. Je kunt bij wet natuurlijk alles verordnen: je kunt ook opschrijven dat januari voortaan niet meer bij de winter hoort, maar daar wordt het niet minder koud van!

Door een wettelijke uitzonderingsbepaling kan men een aantal lastige Awb-regels kwijtraken, maar niet de fundamentele principes van het publiekrecht. De preadviseurs reiken zelf mooie voorbeelden aan. Ze wijzen er op een aantal plaatsen op dat bijvoorbeeld het verbod van discriminatie voor de overheid principieel anders uitwerkt dan voor een bijzondere school. Hier komen we volgens mij in het geval van een samenwerkingsschool in onoplosbare problemen terecht. In een voetnoot wordt gerefereerd aan notoire papenhaters en intolerante anti-calvinisten. Je hebt ook nog notoire atheïsten die erin slagen beide tegelijk te zijn. Stel nu dat zo iemand bij een samenwerkingsschool solliciteert. Mag hij worden geweigerd? Als dat niet mag, komen we volgens mij onherroepelijk in strijd met de vrijheid van de bijzondere component. Als het wel mag, komen we even onherroepelijk in strijd met artikel 3 van de Grondwet: de gelijke benoembaarheid in openbare dienst. Ik denk dat we daar uit komen door een juridisch-technische uitleg aan het begrip *openbare dienst* te geven.

Dit illustreert voor mij treffend dat miskenning van algemene, structurerende principes van ons rechtsstelsel alleen maar tot verwarring en onoplosbare problemen leidt. Hier ligt het belang van algemene wetten en algemene regels, die door bijzondere wetgevers zo veel mogelijk moeten worden gerespecteerd.

Met dit alles heb ik natuurlijk helemaal niet willen zeggen dat de Awb en andere algemene wetten inhoudelijk niet voor kritiek vatbaar zijn. De kritiek behoort dan echter waar mogelijk te leiden tot verbetering van de algemene wet en niet tot een vlucht in particularisme.

Voorzitter: Van een ongeschreven wet kan geen ontheffing worden verleend. Dat zou Verheij toch moeten weten! Op de rede van de voorzitter mag inderdaad tijdens de vergadering niet worden gereageerd. Het is één van de prerogatieven van de voorzitter van de VAR dat hij één keer per jaar tien minuten zonder te worden onderbroken mag zeggen wat hij wil. Wie mij enigszins kent, weet hoezeer ik daaraan hecht!

Overigens: als Verheij met zijn opmerking wil zeggen dat hij er wellicht op een enkel punt een tikkeltje anders tegenaan kijkt, dan verheugt mij dat alleen maar. Het zou toch saai zijn als iedereen het in alle opzichten met mij eens was!

Mr. C.A.J.M. Kortmann

Ik had niet anders verwacht dan dat Verheij nóg kritischer zou zijn jegens mijn preadvies dan ik jegens de Awb. Dat mijn verwachting uitkomt, strekt in ieder geval tot vreugde. Wij bevinden ons samen in goed gezelschap, zou je kunnen zeggen.

Heb ik voldoende nagedacht over de vraag wat nu de functie van een algemene wet is? Ik weet het niet, ik zal het aanstaande zondag nog overwegen, maar ik heb in ieder geval mijn best gedaan. Met Verheij ben ik het grotendeels eens als hij, in mijn woorden weergegeven, zegt dat een algemene wet ook een andere betekenis kan hebben dan die van het zoeken naar universaliteit, namelijk een rechtseconomische betekenis. Harmonisatie kan inderdaad een belangrijke functie van zo'n type regeling zijn. Ik deel dat standpunt, ook gezien mijn eigen wetgevingservaring, van harte.

Toch vind ik, concreter wordend, dat de subsidiëertitel niet in de Awb thuishoort. Subsidiëren is een typische overheidstaak. Het is een *taak*, zoals het aanleggen van wegen en het verschaffen van openbaar onderwijs, dat inderdaad nooit met bijzonder onderwijs dient te worden gemengd, in welke vorm dan ook.

Verheij: Ik vermoedde al dat wij het daarover oneens zouden zijn!

Kortmann: Vanuit een andere optiek zijn wij het volstrekt eens. Dat zijn wij vaak geweest en zullen wij nog vaak zijn!

De Algemene wet bestuursrecht gaat niet over overheidstaken. Je vindt in die wet over het algemeen procedureregelingen, regelingen inzake de manier waarop besluiten tot stand komen en dogmatische onderwerpjes zoals delegatie. Ineens kom je echter tot je verrassing in die Awb de regeling van een overheidstaak tegen, waartegenover in het geval van de subsidiëertitel ook nog eens een serie verplichtingen van particulieren of particuliere organisaties staat. Mijn vraag is dan: wetgever, als gij ineens *taken* in de Awb gaat opnemen, waarom regelt gij dan binnen de kortste keren in die Awb ook niet het (mogen) bouwen van huizen, het aanleggen van spoorwegen (voor zover dat nog een overheidstaak is), het verschaffen van gezondheidszorg en onderwijs en het heffen van belastingen. Ook die taken kun je grotendeels uniform regelen, maar naar mijn oordeel zijn het typische overheidstaken die je als het ware per departement of per cluster van departementen zou kunnen aanwijzen. Het regelen van overheidstaken is een heel ander type functie dan waarmee we in de overige hoofdstukken van de Awb te maken hebben.

Mijn keuze zou de volgende zijn. Ik zou, legislatief-technisch gezien, bij voorkeur de harmonisatie van de subsidiëring hebben geregeld in een aparte Wet op de overheidssubsidies. Dat de subsidiëertitel van de Awb trouwens ook uit ander oogpunt niet zo algemeen is als hij zich gezien de naam van de wet zelf presenteert, blijkt uit het

historisch verklaarbare feit dat de subsidietitel lang niet op alle financiële overdrachten door de overheid betrekking heeft: artikel 4:21 zondert niet geringe onderdelen van de financiële overdrachten uit.

De kern ligt in de omstandigheid dat het gedeelte over subsidiëring van een totaal ander karakter is dan de rest van de Awb. Vandaar dat ik het liever elders geregeld had gezien, zij het wél harmoniserend, want met het harmoniserende karakter heb ik geen enkele moeite.

Mr. N. Verheij

Ik denk dat we elkaar niet kunnen overtuigen. Ik zie niet waarom een beslissend criterium zou moeten liggen in de vraag of iets al dan niet een *taak* is. Als het lukt die taak voldoende algemeen te regelen, is er mijns inziens geen enkel bezwaar. Waarschijnlijk ben ik de verkeerde persoon om hierop te worden aangesproken, want ik heb tien jaar geleden al eens een stuk geschreven waarin ik pleitte voor een Wetboek van Bestuursrecht waarin alle algemene wetten op deelterreinen zouden worden geïntegreerd. Persoonlijk zie ik niet wat daartegen zou zijn.

Mr. B.P. Vermeulen

Verheij heeft een aantal scherpzinnige observaties gedaan, die althans op een aantal punten gevoed worden door een streven naar het zuiver houden van het stelsel, met een blijvende inachtneming van zowel het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht als het onderscheid tussen openbaar en bijzonder onderwijs. Ik ben het met dat streven eens.

Speciale aandacht heeft de interveniënt besteed aan ons voorstel de gemeentelijke stichting waaraan thans het openbaar onderwijs kan worden overgedragen toch weer integraal aan de Algemene wet bestuursrecht te onderwerpen. Wij dachten nu juist hiermee, onder het motto 'hoe meer onder de Awb, hoe beter', iets echt goeds voor te stellen! De kerngedachte is dat het op afstand plaatsen van het openbaar onderwijs zeer wel mogelijk is als gebruik wordt gemaakt van een publiekrechtelijke rechtspersoon. Daarvoor is ook een specifieke publiekrechtelijke rechtspersoon in het leven geroepen, namelijk de openbare rechtspersoon. Als het enige motief het op afstand plaatsen en vermogensrechtelijk verzelfstandigen van het openbaar onderwijs is, waarom wordt dan niet met de publiekrechtelijke variant volstaan?

Hierop zijn wij in ons preadvies verder niet ingegaan. De huidige stand van zaken is dat naast de openbare rechtspersoon ook de overheidsstichting een mogelijkheid

biedt. Vanuit die stand van zaken hebben we geprobeerd de materie te beoordelen. Daarbij komen we tot de conclusie dat de keuze voor de ene of de andere variant relatief arbitrair is. Merkwaardig vinden we het dat men ten aanzien van het a-orgaan, het orgaan van de openbare rechtspersoon, de Awb integraal van toepassing laat zijn en ten aanzien van het b-orgaan, de gemeentelijke stichting, dat slechts doet voorzover het om *besluiten* gaat. Om dat gelijk te trekken betogen we: nu de gemeentelijke stichting er als variant is, moeten we daarmee maar leven en is het het beste ernaar te streven de Awb integraal op die rechtsfiguur van toepassing te laten zijn. Wat wij proberen is dus een zekere uniformering en harmonisering tot stand te brengen. Dat lijkt mij positief te waarderen.

In het kader van een zuiver onderscheid tussen publiek- en privaatrecht zou het natuurlijk wel aanbeveling verdienen de gemeentelijke stichting maar weer te schrappen, maar op een of andere manier vindt het veld deze figuur wel 'hip'.

Verheij: Ook met het oog op andere terreinen heb ik niet de illusie dat we die overheidsstichting ooit echt kwijtraken, maar ik wilde er nog eens op wijzen dat haar verdwijning de dingen eenvoudiger zou maken.

Vermeulen: In andere hoedanigheden heb ik in termen van wetgevingsadvisering bepleit de stichtingsvariant niet in te voeren, maar ja!

Vervolgens nogmaals de samenwerkingsschool. Er zijn enerzijds situaties denkbaar waarin het instituut als zodanig een samenwerkingsvariant is en waarin we dus binnen één instelling openbaar en bijzonder onderwijs vinden, anderzijds situaties waarin een samenwerkings*bestuur* optreedt, met daaronder instellingen die op zich alleen openbaar, respectievelijk bijzonder onderwijs bieden. Het samenwerkingsbestuur is er al, de samenwerkingsschool zal er waarschijnlijk de eerstkomende tien jaar komen. Voor beide situaties geldt dat we als ze er eenmaal zijn met een probleem zitten. Dáárover gaat ons betoog. In dergelijke samenwerkingsvormen heeft een besluit zowel publiekrechtelijke als civielrechtelijke inkleuringen. In plaats van 'civielrechtelijke inkleuringen' zouden we ook kunnen zeggen: aspecten die inhoudelijk samenhangen met het bijzonder onderwijs. Aanvaarden we dergelijke figuren, dan zullen we althans in termen van de rechtsbescherming een heldere keuze moeten doen. Onze redenering is dat de keuze op de burgerlijke rechter zou moeten vallen.

Terecht heeft Verheij betoogd dat het enkele feit van het uitsluiten van de Awb niet de toepasselijkheid van de publiekrechtelijke normen uitsluit. De inhoudelijke normen blijven inderdaad grotendeels dezelfde. Aan het discriminatieverbod, aan artikel 3 van de Grondwet et cetera ontkomen we niet. Daarmee hangt samen dat het zo moeilijk is twee subsystemen, die op een aantal punten wezenlijk van elkaar afwijken,

in één verband te brengen. Die moeilijkheden hebben er tot nu toe geleid dat de samenwerkingschool nog niet in de wetgeving is neergeslagen. Ons betoog gaat, zoals gezegd, juist over de vraag: als zo'n instituut er eenmaal is, hoe beperk je dan de schade? Wij komen dus met een schadebeperkingsvoorstel, zowel ten aanzien van de gemeentelijke stichting als ten aanzien van de samenwerkingsvormen.

Mr. P.J.J. Zoontjens

Op de bladzijden 146 en volgende van ons preadvies beschrijven wij een procedure op basis van artikel 22 van de Wet op het primair onderwijs. Geschillen, strikt tussen bijzondere onderwijsinstellingen, kunnen uitmonden in een administratief beroep. Deze procedure wijzen wij af omdat het hier in feite niet om een type geschillen gaat dat in een bestuursrechtelijke procedure thuishoort. Verheij vraagt zich nu af of hier ook geen strijd met artikel 112, eerste lid, van de Grondwet aanwezig is.

Ik denk dat ze bij het ministerie van OCW zullen schrikken als ze horen dat er ook nog een ander grondwetsartikel dan artikel 23 is!

Voorzitter: Er zijn er zelfs meer dan honderd!

Verheij: Ik weet uit eigen ervaring dat het punt indertijd wel bij OCW is overgebracht!

Zoontjens: Verheij heeft hier een interessant punt aangestipt, dat overigens niet alleen betrekking heeft op de procedure die ik zojuist omschreef. De laatste jaren zijn diverse procedures in de onderwijswetgeving opgenomen waarbij men, ongeacht of het geschil als 'bijzonder-bijzonder', 'bijzonder-openbaar' of 'openbaar-openbaar' moet worden gekwalificeerd, uiteindelijk bij een figuur van administratief beroep uitkomt. Ik ben het met Verheij eens dat tegen dergelijke procedures het argument van artikel 112 van de Grondwet kan worden aangevoerd.

Mr. N. Verheij

Ik heb weinig meer te zeggen, want ik denk dat we het in wezen wel eens zijn. Vermeulen zegt: als er dingen gebeuren die je liever niet had gezien, moet je vervolgens je best doen om de schade te beperken. Ook daarmee ben ik het natuurlijk eens, maar zolang we nog kunnen voorkomen dat zulke dingen gebeuren, moeten we dat doen.

Mr. In 't Hart

Ik wil Kortmann tegenspreken, iets wat ik beroepshalve ook wel eens doe. Subsidie verstrekken is in zijn ogen een taak van de overheid, een visie die ik bestrijd. De taak van de overheid is onderwijs verzorgen en wellicht ook wegen aanleggen en huizen bouwen. Voor de uitvoering van die taak kan zij het middel van de subsidieverstrekking gebruiken, naast andere middelen als het opleggen van een dwangsom. Subsidieverstrekking is in mijn beleving geen taak, maar een middel, zodat zij wel degelijk in de Awb thuishoort.

Mr. C.A.J.M. Kortmann

Kunt u mij andere middelen noemen die in de Awb voorkomen?

In 't Hart: Het opleggen van een dwangsom, het nemen van een besluit, het bedenken van een beleidsregel.

Kortmann: Dat zijn allemaal middelen?

In 't Hart: Ja.

Kortmann: Dan is de Awb een middelenwet, een procedurewet en zelfs deels een bevoegdhedenwet. Ik moet hier eens over nadenken en kom dan waarschijnlijk met een argument waardoor ik mijzelf er helemáál van overtuig dat de subsidietitel er niet in thuishoort.

Voorzitter: Maar ik begrijp dat het ook heel anders kan lopen!

In 't Hart: Ik houd Kortmann graag aan zijn belofte.

Voorzitter: Sommigen, ik geloof de zogenaamde instrumentalisten, beschouwen bevoegdheden trouwens ook als middelen.

Mr. G.A.J. Tijbosch

Van mijn kant een vraag aan Zoontjens en Vermeulen. Allereerst een compliment aan hun adres: hun preadvies toont aan dat het onderwijsrecht een buitengewoon boei-

end vakgebied is en dat het heel moeilijk is onderwijswetten te maken waarbij hetzelfde onderwerp zowel door het bestuursrecht als door het privaatrecht wordt beheerst. Toch is dat laatste noodzakelijk, want artikel 23 van de Grondwet geeft nu juist uitdrukking aan het principe van gelijke behandeling. In dat artikel wordt voorzien in gelijke bekostiging van openbare en bijzondere scholen, naar dezelfde maatstaf. Ik vind het daarom niet goed dat zowel in de onderwijswetgeving als daarbuiten nogal slordig met het onderscheid tussen bekostigingsvoorwaarden en regels (algemeen verbindende voorschriften) wordt omgegaan. Wordt aan dat onderscheid niet soms te weinig waarde gehecht?

De rechter lost onduidelijkheden op door te stellen dat de aard en de strekking van een bepaling de bevoegdheidsverdeling kunnen doorbreken. De preadviseurs wijzen op het voorbeeld van verwijdering van een leerling door de directeur, terwijl zo'n beslissing eigenlijk is opgedragen aan het bevoegd gezag. Ook de wetgever lijkt zich niet altijd even druk te maken. De preadviseurs wijzen op de voorschriften over delegatie. Kennelijk beoogt de wetgever dat die bepalingen ook zien op het bijzonder onderwijs. Van hun kant relativieren de preadviseurs het onderscheid tussen bekostigingsvoorwaarden en regels eveneens. Op diverse plaatsen constateren ze dat bekostigingsvoorwaarden soms werken in de interne relatie tussen bevoegd gezag en participanten, op andere plaatsen geven ze expliciet aan dat ze überhaupt weinig reden zien om het onderscheid nog te maken.

Ik wees er al op dat ook in de wetgeving zelf het onderscheid verwaterd lijkt te raken. In de meeste onderwijswetten komt het voorschrift voor dat de voorschriften van bepaalde hoofdstukken *regels* zijn voor het openbaar en *bekostigingsvoorwaarden* voor het bijzonder onderwijs. Dit lijkt een vooral rituele formule te zijn. Zou het onderscheid tussen regels en bekostigingsvoorwaarden, dat de preadviseurs zelf relativieren, niet veel meer het leidend beginsel moeten zijn, van waaruit wetgeving wordt gemaakt? Naar mijn mening zou dit beginsel moeten gelden voor zowel de rechter als de onderwijsjurist en de wetgever. Ook vragen over de verhouding tussen privaatrecht en bestuursrecht op het terrein van het onderwijsrecht zouden aan de hand van dit beginsel scherper kunnen worden opgelost.

Mr. B.P. Vermeulen

Nogal wat voorschriften in de wetgeving worden inderdaad op deze manier onderverdeeld: ten aanzien van het openbaar onderwijs rechtstreeks werkende algemeen verbindende voorschriften, ten aanzien van het bijzonder onderwijs bekostigingsvoorwaarden, ook wel te noemen subsidievoorwaarden. In de externe relatie, waarmee ik doel op de relatie tussen bevoegd gezag (bestuur) van de onderwijsinstelling enerzijds

en de bekostigende of toezichhoudende overheid anderzijds, zien wij in het algemeen in dit opzicht niet een wezenlijk verschil. De sanctionering van het niet in acht nemen van regels, respectievelijk bekostigingsvoorwaarden is identiek. Hetzelfde geldt voor de rechtsbescherming. Tegen die achtergrond zie ik niet direct dat het in vele gevallen zinvol is een scherp onderscheid te maken.

De ideologie die erachter zit is natuurlijk dat een instelling van bijzonder onderwijs niet door eenzijdige regelstelling gebonden is, maar in vrijheid de subsidiecondities aanvaardt. Naar mijn mening geldt echter in belangrijke mate ook voor het openbaar onderwijs dat de bekostiging in vrijheid is aanvaard. In de tweede plaats is hier geen sprake van een reële casuspositie: de meeste instellingen van bijzonder onderwijs zijn voor 100% afhankelijk van bekostiging door de overheid. Ten slotte wijs ik erop dat de Grondwet zelf bepaalt dat bij het stellen van de subsidievoorwaarden de vrijheid van onderwijs in acht moet worden genomen. Dit geeft al aan dat er een vorm van dwangrelatie in het spel is, dat eenzijdig regels worden opgelegd en dat we niet werkelijk kunnen spreken van het in vrijheid aanvaarden van subsidiecondities. In de externe verhoudingen, de verhoudingen met de bekostigende overheid, zien wij al met al niet al te veel reden om uit te gaan van grote verschillen.

Terecht wijst Tijbosch erop dat het in de interne relatie anders ligt. De grondstructuur is dat de regels voor het openbaar onderwijs in het algemeen ook in de interne relatie werken en door de participanten, de consumenten zoals de leerlingen en de ouders, jegens het bestuur in rechte kunnen worden afgedwongen, terwijl daarvan in het bijzonder onderwijs geen sprake is. In het bijzonder onderwijs is er slechts een relatie ten opzichte van de overheid via de lijn tussen bevoegd gezag en *bekostigende* overheid. Ik geef toe dat in een aantal gevallen de wetgever iets ten opzichte van het bijzonder onderwijs als subsidie- of bekostigingsvoorwaarde kwalificeert, terwijl niettemin uit de aard van het voorschrift moet worden afgeleid dat het niet alleen bindend is in de relatie tussen het bevoegd gezag en de rijksoverheid, maar ook in de relatie tussen bevoegd gezag en ouder/leerling of leerkracht. Zo is er een bepaling, inhoudende dat de verjaringstermijn van de arbeidszaak die men bij de kantonrechter kan aanspannen (zes maanden) wordt opgeschort gedurende de interne rechtsgang bij een commissie van beroep, min of meer neerkomend op een bijzondere vorm van bindend advies. Die opschorting van de verjaringstermijn van het Burgerlijk Wetboek staat onder het kopje 'Bekostigingsvoorwaarden', zodat je zou zeggen dat zij alleen tegenover de rijksoverheid werkt, maar uiteraard is die opschorting bedoeld voor de relatie tussen werkgever en werknemer. Zo zijn er nogal wat voorbeelden aan te geven van gevallen waarin het scherpe onderscheid tussen bekostigingsvoorwaarden en algemeen verbindende voorschriften, waarvan laatstgenoemde intern werken en eerstgenoemde niet, niet te handhaven is. Dat komt dan doordat Tijbosch en de zijnen op dit punt niet erg precies wetteksten ontwerpen!

Voorzitter: De heer Tijbosch werkt bij het ministerie van Onderwijs.

Tijbosch: Een van de preadviseurs heeft enige tijd bij datzelfde ministerie gewerkt. Ook in zijn tijd zijn wettelijke regels totstandgekomen van het type waarop nu wordt gedoeld. Het blijkt wel hoe moeilijk het is het onderscheid voortdurend op het netvlies te houden.

Mr. H.J.H.L. Kortes

Ik wil wijzen op een mijns inziens belangrijk verschil tussen bekostigingsvoorwaarden en algemeen verbindende voorschriften. Vermeulen zegt dat ook het openbaar onderwijs min of meer de bekostigingsvoorwaarden in vrijwilligheid heeft geaccepteerd. Ik ben niet erg goed thuis in het onderwijsrecht, maar gemeenten zijn toch verplicht een bepaalde hoeveelheid openbaar onderwijs aan te bieden? Er is dan geen sprake van acceptatie in vrijwilligheid. Niemand is verplicht bijzonder onderwijs te gaan organiseren, maar de gemeente is wél verplicht openbaar onderwijs aan te bieden.

Mr. B.P. Vermeulen

Ik ben bereid mijn opmerking in die zin te nuanceren. Er is een zekere garantieplicht. Tot op zekere hoogte geldt een primaat van het openbaar onderwijs en een constitutionele plicht om ervoor te zorgen dat voldoende instellingen van openbaar onderwijs beschikbaar en toegankelijk zijn. Onder het regiem van de garantieplicht is het gemeentebestuur als het ware verplicht de plaatsing van de school-in-kwestie op het plan van scholen te entameren. Doet het dat niet, dan is de nakoming van die verplichting in rechte af te dwingen. In de afgelopen acht jaar ken ik overigens geen zaak waarin zoiets is gebeurd.

Is aan de garantieplicht eenmaal voldaan, dan is de aanvraag van de plaatsing van een nieuwe openbare school op het plan van scholen gewoon een vrije keuze. In dat geval is er volledige gelijkheid in de positie van het openbaar onderwijs en van het bijzonder onderwijs: het gemeentebestuur dan wel de bijzondere rechtspersoon vraagt in relatieve vrijheid de plaatsing van de betrokken school op het plan van scholen aan en onderwerpt zich in die zin vrijwillig aan de regels, respectievelijk subsidiecondities.

Kortes: Het verschil in rechtsbasis werkt toch wel verhelderend.

Mr. M.T.A.B. Laemers

Toen ik mijn tijd nog op de Vrije Universiteit doorbracht, werd altijd een ultieme toets uitgevoerd voordat een voorwaarde binnen die universiteit van toepassing was. Getoetst werd dan of de voorwaarde-in-kwestie verenigbaar was met de grondslag. Als iets onverenigbaar was met de grondslag, kon de Vrije Universiteit als bijzondere instelling er niet aan worden gehouden. Ik kom dit tegen in noot 85 op bladzijde 86 van het preadvies van Vermeulen en Zoontjens: het bevoegd gezag van een bijzondere universiteit kan met een beroep op de eigen aard afwijken van de wettelijke regeling. Hoe past deze uitzondering in de systematiek van de publiekrechtelijke normen, de bekostigingsvoorwaarden en de deugdelijkheidseisen? Kennelijk bestaat deze uitzondering niet over de gehele linie, maar wél bij een bijzondere universiteit.

Mr. P.J.J. Zoontjens

Ik geloof dat dit een bepaalde techniek is om het onderscheid tussen regels en bekostigingsvoorwaarden uit te drukken. Deze techniek is toegepast in de WUB-regeling en in andere wetgeving op het gebied van het wetenschappelijk onderwijs. Er gelden dan uniforme bepalingen voor zowel bijzondere als openbare universiteiten, maar voor de bijzondere universiteiten bestaat een ontheffingsgrond: men kan van de wettelijke structuur afwijken indien de eigen aard/richting daartoe dwingt.

Men had natuurlijk ook een andere techniek kunnen volgen, door twee hoofdstukken te maken, met daarin eerst *regels* voor de openbare en daarna *bekostigingsvoorwaarden*, met meer vrijheid, voor de bijzondere universiteiten. In mijn ogen is de bepaling waarop Laemers wijst niet meer dan een andersoortige techniek om het onderscheid tussen regels en bekostigingsvoorwaarden uit te drukken dan bijvoorbeeld in de Wet op het primair onderwijs is gevolgd. Het onderscheid is daarmee wél gegeven.

Mr. C.A.J.M. Kortmann

In aanvulling op de reactie van Zoontjens het volgende. We stuiten hier op een belangrijk historisch element, waarvan ik niet weet of Zoontjens het nog heeft meegemaakt. Dit type bepaling stond vroeger helemaal niet, als een soort van vanzelfsprekendheid, in de onderwijswetgeving. De bijzondere onderwijsinstellingen beriepen zich op artikel 23 van de Grondwet en huldigden het standpunt dat de overheid hen met bekostigingsvoorwaarden niet in de interne sfeer kon binden.

Bij de totstandkoming van de eerste Wet op het wetenschappelijk onderwijs heeft een toenmalig innovatief en progressief ambtenaar bedacht dat zo'n bepaling wél in de onderwijswetgeving moest worden opgenomen. Onder groot verzet van onder anderen mijn voorganger Duynstee en Diepenhorst is het daarvan inderdaad gekomen. Duynstee en Diepenhorst wezen de bepaling af, omdat deze in hun ogen suggereerde dat bij afwezigheid van zo'n bepaling de bekostigingsvoorwaarden wél intern bindend zouden zijn. Dit is de bekende a-contrarioregenering. Na veel gesteggel is de bepaling uiteindelijk toch in de wetgeving opgenomen. Ik herinner mij dat de toelichting op de bepaling toen luidde dat zij een bevestiging vormde van het in artikel 23 van de Grondwet verankerde principe. Daarop heeft men elkaar, naar ik meen, kunnen vinden.

Graag wil ik nog terugkomen op de kwestie van de taken.¹³ Ik heb er lang over nagedacht en ik zou er nu het volgende over willen zeggen. De subsidietitel regelt het deels of geheel voorzien in activiteiten door particulieren in het algemeen belang, en wel activiteiten die ook door de overheid zelf als taak hadden kunnen worden vervuld. Daarmee zou ik de kwalificatie van die titel als de regeling van een taak, zonder de middelencomponent te willen veronachtzamen, staande willen houden.

Voorzitter: Waarmee natuurlijk de vraag waarom de regeling van subsidiëring nu al dan niet in de Awb moet worden opgenomen nog in het geheel niet is beantwoord!

Mr. D. Mentink

Helaas moest ik vanochtend verstek laten gaan in verband met verplichtingen bij de Onderwijsraad, u weet wel dat orgaan dat recentelijk een advies heeft uitgebracht over de vraag hoe artikel 23 van de Grondwet moet worden gewijzigd om onduidelijkheid over de grondwettelijke toelaatbaarheid van de samenwerkingsschool uit te sluiten. Of dat voor Awb-ers in de vergadering nog niet genoeg is, stelt die raad voor de samenwerkingsschool in een stichting onder te brengen en wettelijk te bepalen dat de Awb niet van toepassing zal zijn op beslissingen van het instellingsbestuur!

We hebben allen in de voorbeschouwing van Zijlstra over het onderwerp van deze vergadering kunnen lezen hoe moeilijk hij het daarmee, om meer of minder principiële redenen, heeft. De preadviseurs Vermeulen en Zoontjens laten op de bladzijden 90 en 124/125 een afwijkend geluid horen. Ik neem aan dat over de betrekkelijkheid van de Awb in kwestie vandaag al uitvoerig is gediscussieerd, inclusief het voorstel

13. Zaalreactie In 't Hart, eerder in de middagzitting.

van de preadviseurs om hier en daar aan de dogmatiek van de Awb te rommelen. Ik verwijs naar bladzijde 122, waar zonder schroom wordt voorgesteld het bestuur van de stichting die openbaar onderwijs instandhoudt aan te merken als een a-orgaan. Ik sluit mij overigens, enigszins tot mijn spijt, gezien het debat, bij hun voorstel aan.

Uit deze woorden mag men niet opmaken dat ik iets tegen de Awb heb. Integendeel, de Awb heeft inmiddels veel goeds voor het onderwijsrecht gebracht. Zo is veel gekapt en geharmoniseerd dat abusievelijk als onderwijsrecht werd aangemerkt. Wat ik nog veel belangrijker vind, is dat de Awb onderwijsjuristen (een ander volk) dwingt te beargumenteren wat het eigene van het onderwijsrecht is. Naar mijn opvatting is onderwijsrecht recht dat is vastgelegd in artikel 23 van de Grondwet en daarop is gebaseerd.

De Awb is in dit opzicht naar mijn mening geen superieure algemene wet, maar een noodzakelijk instrument om de onderwijswetgever te dwingen kleur te bekennen en deugdelijk te motiveren. Met andere woorden: er is een extra doelstelling, gegeven de doelstelling van de Awb. Vermeulen en Zoontjens schrijven ook zoiets, als ik tenminste hun enige algemene stelling, stelling 12 (bladzijde 186), die aansluit op de stellingen van Kortmann, goed begrijp.

Ik zou Vermeulen en Zoontjens willen vragen met mij nog eens te kijken naar stelling 5 van Kortmann, luidende: *Naarmate de Algemene wet bestuursrecht meer gaat omvatten, verliest zij haar karakter van 'algemene wet'*.¹⁴ Leidt het uitstekende advies van Vermeulen en Zoontjens niet tot de conclusie 'naarmate de Awb meer gaat omvatten, komt het karakter van het onderwijsrecht steeds meer naar voren'? Geheel anders gezegd: de Awb is een soort algemeen beginsel van behoorlijke regelgeving voor de onderwijswetgever en is met name leidraad bij de wettelijke implementering van het grondwetsartikel over onderwijs.

Mr. P.J.J. Zoontjens

Voor het onderwerp 'de Awb en het onderwijs' zitten wij hier. In onze ongeveer acht pagina's conclusies hebben we geprobeerd aan te geven dat de Awb voor het onderwijs een heel belangrijke wet is, die belangrijke veranderingen in de onderwijswetgeving tot gevolg heeft gehad. Ik geef Mentink er gelijk in dat de Awb in dit opzicht een zegen voor het onderwijs is geweest. Veel verouderde regelgeving is opgeruimd, er is veel gestructureerd en er is veel meer orde in het gebied gebracht.

Anderzijds: het ligt niet aan de Awb alleen dat als deze méér gaat omvatten het

14. P. 43.

karakter van het onderwijsrecht daardoor helderder wordt. Ik bekijk de Awb nu vanuit het onderwijsrecht, en ik hoop dat men mij toestaat dat te doen. Natuurlijk is de Awb voor de onderwijsjuristen een heel belangrijk referentiepunt om te kijken wat er van hun stelsel deugt, maar ook staat heel vaak de noodzaak vast om van de Awb af te wijken, al was het alleen maar omdat de Grondwet nu eenmaal een zekere mate van gelijke benadering van het bijzonder en het openbaar onderwijs in de wetgeving voorop stelt. We hebben dus ook te maken met een zeker conflict tussen de Grondwet, de ene algemene wet, en de andere algemene wet.

Ik kan de variatie van Mentink op stelling 5 van Kortmann ten dele onderschrijven. De Awb is een belangrijk gegeven in het denkproces over het verder brengen van het onderwijsrecht, maar zij is niet het doorslaggevende argument om bepaalde ontwikkelingen volledig te kunnen funderen.

Mr. D. Mentink

Maar dat heb ik ook niet gezegd. Ik heb gezegd: ik ken geen regelgevingssysteem dat zo'n invloed heeft gehad op het af en toe wat provinciale denken op het terrein van het onderwijsrecht. In een standaardboek is geschreven: onderwijsrecht is datgene wat plaatsvindt in de sector van het onderwijs. Ik denk dat door de ontwikkelingen van de Awb zo'n omschrijving van het onderwijsrecht volstrekt onhoudbaar is geworden. Bewust heb ik mij in mijn interventie enigszins provocerend uitgedrukt. Zodra de onderwijswetgever aan het woord komt, is hij min of meer verplicht zijn nieuwe daden te verantwoorden in contact met de Algemene wet bestuursrecht. Daarmee zijn we een eind opgeschoten.

In het preadvies van Vermeulen en Zoontjens zien we waar het af en toe lekker spannend gaat worden. Op sommige punten kiezen zij niet voor de Awb, maar betogen zij dat op een bepaald punt voor het onderwijs een bijzondere voorziening vereist is. Ik verwijs naar de komende discussie over de vraag of de centrale directie in de Wet voortgezet onderwijs een delegatiebevoegdheid moet hebben. Terecht constateren Vermeulen en Zoontjens dat de bewindspersoon in dat verband de vondst van de eeuw deed door te spreken over 'versterkt mandaat'. De Kamer was compleet tevreden, en vervolgens gingen besturen aan de gang en ontwikkelde zich een bestuurspraktijk waarin de facto sprake is van delegatie. Vermeulen en Zoontjens zeggen dan (uiteeraard in nettere bewoordingen): waarom zitten we nu te zeuren rondom die delegatie, laten we er gewoon een delegatiebepaling van maken. Met andere woorden: waar het krimpt, constateren Vermeulen en Zoontjens dat er voldoende argumenten voor een afwijking zijn.

Daarmee heeft voor mij de Awb een heel bijzondere functie, naast de hoofddoelstellingen die formeel aan zo'n algemene wet worden gekoppeld. Dat is in feite het enige wat ik wil betogen. Juist door de Awb zijn mensen op het terrein van het onderwijsrecht verplicht stappen verder te doen. Dat is niet een algemene mooie zin. Laat men eens kijken naar de invoeringswet inzake onderwijswetgeving op het terrein van de derde tranche. Waarom moet er een afzonderlijke klachtenregeling op het terrein van het onderwijs komen? Is dat goed beargumenteerd? Kennelijk moet ook de onderwijswetgever nog veel leren om te weten waar het typische onderwijsrecht zit.

Als we het hierover met elkaar eens zijn, kunnen we volgens mij een aardige route uitstippelen voor de verdere sanering en voor de verharding van de kern van ons vak. Wat is mooier!

Voorzitter: Zoontjens is net op tijd weg bij het ministerie!

Mentink: Ik zeg dit met name tegen Zoontjens, omdat hij in ons wereldje een duidelijke voortrekker is geweest, in publicaties schoppend tegen de constitutionalisten die alles rondom artikel 23 belangrijk vonden. Hij heeft laten zien dat er, afgezien van de harde kern, ook betrekkelijke kanten aan het onderwijsrecht zitten. Ik ben min of meer verrast door de lijn die in het preadvies is uitgezet.

Mr. B.P. Vermeulen

Ik denk dat de lijn heel bescheiden is. Het komt erop neer dat we constateren dat de Awb positieve harmoniserende effecten heeft, maar dat er enige uitzonderingssituaties zijn waarin het mengkarakter van het systeem uitzonderingen met zich brengt. We hebben voorstellen gedaan om de harmonisatie verder te brengen. Ik geef toe dat naarmate de Awb meer gaat omvatten (ik denk bijvoorbeeld aan de subsidietitel) de verhouding ten opzichte van het constitutionele bekostigingsbegrip scherper naar voren wordt gebracht.

Als voorbeeld hebben we de Wet OCW-subsidies genoemd. Dit is een wet die als het ware aanpalend aan de onderwijswetgeving gaat fungeren als bekostigingsgrondslag. We formuleren in dit verband serieuze randvoorwaarden.

Onze stelling is niet dat de Awb in het algemeen heeft te wijken voor het onderwijsrecht. Ik zou de bijzondere positie voor het onderwijsrecht niet zo principieel willen beargumenteren, maar in bepaalde bijzondere situaties, mede door de Grondwet ingegeven, zal een uitzondering moeten worden gemaakt.

Mentink: Ik hoopte dat we het echt oneens zouden worden, maar gezien ook de voorzichtige wijze waarop Vermeulen zich uitdrukt, dreigt er consensus te ontstaan over de wijze waarop we vanuit het onderwijsrecht de Awb moeten zien. Laten we het debat wél voeren, maar dit geeft vertrouwen voor de nabije toekomst.

Mr. R.J.G.M. Widdershoven

Zoals men wellicht in een aantal noten bij het preadvies van Vermeulen en Zoontjens heeft gelezen, heb ik mij in het verleden wel eens met onderwijsrecht beziggehouden, meer in het bijzonder met de verhouding tussen allerlei bijzondere rechtsgangen in het onderwijs en de Awb-rechtsgang. In 1995 ben ik daarmee opgehouden, en na lezing van het preadvies van Zoontjens en Vermeulen weet ik ook weer waarom. Het is inderdaad allemaal akelig complex! Dat geldt niet voor het vinden van problemen tussen de Awb en de onderwijswetgeving, want die zijn er legio, maar voor het vinden van oplossingen. Er doet zich zoiets voor als het bestrijden van de mythische draak: als je het ene probleem oplost, komen er twee terug. Dat blijkt ook uit de discussie van vandaag.

Vermeulen en Zoontjens hebben een praktische aanpak gekozen. Ze gaan niet uit van suprematie van de Awb of van het burgerlijk recht, maar zoeken naar werkbare en haalbare oplossingen. Deze praktische aanpak spreekt mij aan. Neem bijvoorbeeld het beroep tegen beslissingen tot plaatsing van een leerling op een speciale school: daar kiezen de preadviseurs op praktische gronden voor de bestuursrechter, ook al is dat voor het bijzonder onderwijs eigenlijk onconstitutioneel. Aan de andere kant 'civiliseren' ze de rechtsgang in medezeggenschapsgeschillen in het geval van samenwerkingsbesturen en -scholen, ook al is dat bestuursrechtelijk incorrect. Met deze oplossingsgerichte aanpak kan ik instemmen.

Meer twijfel heb ik over de keuze die ze daarbij maken, en in het bijzonder over de voorkeur die beide preadviseurs hebben voor het inschakelen van de burgerlijke rechter als geschillenbeslechter in gemengde situaties, ook als er beslissingen van openbare scholen aan de orde zijn. Mijns inziens zou bij dergelijke gemengde geschillen, zowel in de sfeer van de samenwerkingscholen als enigszins in de sfeer van de medezeggenschap, juist vaker moeten worden gekozen voor de bestuursrechter als bevoegde rechter en in ieder geval voor het bestuursprocesrecht. Ik zal deze voorkeur proberen toe te lichten.

Die toelichting begint met een vaststelling waarmee de preadviseurs het waarschijnlijk al direct oneens zijn: de materiële normen die schoolbesturen in het openbaar en in het bijzonder onderwijs moeten toepassen en waaraan door de rechter wordt

getoetst, verschillen niet zo veel. Alle schoolbesturen, bijzonder en openbaar, moeten voldoen aan de normen die in de onderwijswetgeving staan, ongeacht de vraag of het om bekostigingsvoorwaarden of om andere normen gaat. Alle bijzondere scholen voldoen ook ongeveer aan de normen die in de Awb staan. Dat openbare scholen aan die normen moeten voldoen, is evident; bij bijzondere scholen gelden de normen door de zogenaamde reflexwerking van de beginselen van behoorlijk bestuur. Erg veel verschil in de praktijk is er niet. In de praktijk zullen ook bijzondere scholen wanneer bijvoorbeeld verwijdering van een leerling wordt overwogen een zorgvuldig onderzoek moeten doen (art. 3:2 Awb) en zullen zij de betrokkene moeten horen (art. 4:7 en 4:8 Awb), de maatregel zal evenredig moeten zijn (art. 3:4 Awb) en de beslissing zal moeten worden gemotiveerd (art. 3:46 e.v.). Misschien is het grootste probleem nog de rechtsmiddelenverwijzing. Waar kan men in beroep gaan? Dat is altijd weer lastig! Voor het overige geldt dat de Awb helemaal niet zo eng is als sommige interventies zouden kunnen doen denken. Deze wet stelt eisen die vrij gebruikelijk zijn.

Afwijkende normen voor het bijzonder onderwijs zijn natuurlijk wél aan de orde wanneer de richting van de school in het geding is. Dit is weliswaar principieel belangrijk, maar betreft toch maar een beperkt aantal onderwerpen, zodat de keuze voor verschillende rechtsgangen bij openbaar en bijzonder onderwijs er niet door wordt gerechtvaardigd. Waar het om gaat, is dat een rechter over onderwijszaken oordeelt die enig gevoel voor de materie heeft en over enige deskundigheid op onderwijsgebied beschikt. Zo'n rechter zal dan ook wel rekening houden met de richtingkwesties wanneer dat nodig is voor het bijzonder onderwijs.

De vraag is: welke rechter is dat dan? Het antwoord is vrij eenvoudig: een rechter, benoemd bij de rechtbank. Sinds de personele integratie van de bestuursrechtspraak in de rechtbank maakt het weinig uit of een rechter nu primair in de civiele sector zit, in de bestuurssector of in beide. Een enigszins efficiënte rechtbank laat alle onderwijsgeschillen, of het nu een bijzondere of een openbare school betreft, beoordelen door dezelfde rechter, de ene keer met een civiele pet, de andere keer met een bestuurspet op. Aldus is deskundige rechtspraak in onderwijszaken gegarandeerd.

Ik kom aan het laatste onderdeel van mijn redenering. We hebben vastgesteld dat geschillen bij het openbaar en bij het bijzonder onderwijs materieel niet veel verschillen. Waar ze wél verschillen, kan een rechter daarmee heus wel rekening houden. Wenselijk is dat dezelfde rechter over beide typen geschillen oordeelt. De keuze gaat eigenlijk alleen om de pet die de persoon van de rechter draagt, de civiele pet of de bestuurspet, en dat is een keuze die toch vooral wordt bepaald door verschillen in procesrecht. Willen we in onderwijszaken het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering met (ik chargeer maar even) zijn lijdelijke rechter, zijn verplichte procesvertegenwoordiging, zijn hoge kosten en zijn mooie, maar trage en burgeronvriendelijke procedures, of kiezen we voor dat informele Awb-procesrecht met zijn actieve rechter,

afwezigheid van verplichte procesvertegenwoordiging en laagdrempelige en goedkope procedures? Mijns inziens is de keuze wel duidelijk: zij valt, voor de gemengde kwesties waarover ik spreek, uit in het voordeel van het bestuursprocesrecht.

Daarom mijn pleidooi: waar het om redenen van gemengdheid wenselijk is dat het openbaar en het bijzonder onderwijs onder dezelfde rechter vallen, zou dat de bestuursrechter moeten zijn. Dat zouden we dan gewoon wettelijk moeten regelen.

Mr. B.P. Vermeulen

Widdershoven en ik hebben vroeger wel eens samen dingen geschreven, maar ik weet niet of dat nu nog mogelijk is!

Voorzitter: Er worden hier vriendschappen gemaakt en gebroken!

Vermeulen: Als je de redenering even doortrekt, geldt dat elke argumentatie om nog een onderscheid tussen de civiele rechter en de bestuursrechter te maken problematisch is. Ik denk daarom dat het consequent zou zijn de redenering door te trekken: alles naar het bestuursrecht.

Widdershoven: Zo komen we bij de discussie van de NJV van enige jaren geleden. Ik denk dat er inderdaad heel veel civiele zaken zijn die met een soort bestuursprocesrecht toe zouden kunnen, terwijl sommige bestuurszaken een meer Rechtsvorderingachtige benadering verdienen omdat ze zo ingewikkeld zijn. Dergelijke harmonisatiegedachten zijn en blijven nuttig. Juist in een onderwijsrechtpleidooi, dat betrekking heeft op een terrein waarop we de problemen zien van dit soort kunstmatige onderscheidingen, had ik deze originele gedachte verwacht.

Vermeulen: Een heel formeel tegenargument luidt als volgt. De voorwaarde voor de bevoegdheid van de bestuursrechter is dat er een besluit ligt. Het begrip *besluit* veronderstelt dat er sprake is van een bestuursorgaan. Wat je dan gaat doen, is bepaalde beslissingen die traditioneel buiten het *besluit*- en het *bestuursorgaan*begrip zijn gehouden, daartoe laten promoveren.

Hiermee kom ik wellicht op het verschil waar het eigenlijk om draait. In ons pleidooi gaan wij ervan uit dat met de vantoepassingverklaring van de kwalificaties *bestuursorgaan* en *besluit* de toepasselijkheid van niet alleen het bestuursprocesrecht maar ook de inhoudelijke publiekrechtelijke normen gegeven is. Onder die publiekrechtelijke normen begrijp ik bijvoorbeeld ook de artikelen 1 en 3 van de Grondwet. Het gaat mij een stap te ver op dit moment aan te nemen dat de inhoudelijke normen

voldoende ruimte bieden voor de geschillen waarin de bijzondere positie van het bijzonder onderwijs aan de orde is.

Zodra we zeggen ‘alles naar het bestuursrecht’, is tevens een materieel toetsingskader gegeven, gebaseerd op normen die betrekking hebben op overheidsorganen. Criteria als neutraliteit, onpartijdigheid en gelijkwaardigheid zijn dan dominant. Ik denk dat hier het verschil met het privaatrecht ligt. Het uitgangspunt van ons betoog is dat het privaatrecht veel meer ruimte laat voor variabele inhoudelijke vulling. Bij het bestuursrecht is mede een materieel toetsingskader gegeven, bij het privaatrecht kunnen we eigenlijk spreken van een soort lege huls waarin zowel publiekrechtelijke normen als ‘particuliere’ normen een rol kunnen spelen: een flexibiliteit die het bestuursrecht mist, juist omdat het specifiek ziet op de verhouding tussen overheid en burger.

Een voorbeeld. Een overeenkomst kunnen we zien als een lege huls die zowel met sterk ‘particuliere’ als met sterk publiekrechtelijke noties kan worden ingevuld. In die zin is de flexibiliteit van het civiele recht groter dan die van het bestuursrecht, nogmaals doordat het bestuursrecht een materieel normenkader vooronderstelt. Ik zou die gedachtegang voorlopig nog even willen handhaven.

Mr. R.J.G.M. Widdershoven

Als het om de uitersten gaat, heeft Vermeulen gelijk. Het ene uiterste is de pure overeenkomstsituatie in het privaatrecht, het andere is bijvoorbeeld een vreemdelingen-uitzetting. Tussen zulke uitersten bestaan de verschillen die Vermeulen noemt. We praten hier echter over een terrein waarop de materiële regels heel dicht bij elkaar liggen, zoals Vermeulen en Zoontjens in hun preadvies zelf toegeven. Het maakt dan niet veel uit of van de materiële regels moet worden gezegd dat ze tot het dwingende privaatrecht behoren, wat bij het bijzonder onderwijs aan de orde is, of dat ze onderdeel van het bestuursrecht zijn. Ik erken dat er verschillen zijn, namelijk in de richtingachtige conflicten, maar een rechter kan heus wel rekening houden met het specifieke eigen karakter van het bijzonder onderwijs. Hij hoeft daarvoor echt niet per se de pet van civiele rechter op te hebben. Het probleem van de normen is oplosbaar. Ik wijs erop dat een burgerlijke rechter ook Awb-normen kan toepassen als de overheid gebruik maakt van het privaatrecht. Sinds het IKON-arrest weten we dat. Mijn opvatting is dat de materiële normen niet ver uit elkaar liggen en dat de keuze in feite door het procesrecht wordt bepaald. Vervolgens vind ik dan het Awb-procesrecht voor de situaties waarover we het hebben heel wat geschikter. Het gaat om geschillen die laagdrempelige voorzieningen vergen en waarvoor we eigenlijk niet de dagvaardingsprocedure hebben bedacht.

Mr. P.J.J. Zoontjens

Tot mijn vreugde heeft Widdershoven gezegd dat wij de problemen in het onderwijsrecht praktisch hebben aangepakt, door in sommige gevallen voor de burgerlijke rechter te kiezen en in andere gevallen voor de bestuursrechter. Vervolgens echter plakt Widdershoven daaraan een nieuw soort bestel vast door te zeggen dat eigenlijk alles naar de bestuursrechter zou moeten.

Widdershoven: Uiteindelijk moeten we daar misschien naar toe, maar de rechtbank moet dan nog meer geïntegreerd zijn. Ik spreek nu over de gemengde geschillen in de sfeer van de Wet medezeggenschap onderwijs en in de sfeer van samenwerkingscholen. Jullie kiezen daarbij voor de burgerlijke rechter, waarmee jullie het *besluit*-begrip leegplunderen, en ik ga linksom.

Zoontjens: Bij Wmo-geschillen kiezen wij voor een uniforme eindrechter omdat we constateren dat er tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter een verschil in toetsing bij praktisch soortgelijke geschillen is. Een begin tot die constatering heeft Widdershoven in 1995 zelf ook gemaakt. De burgerlijke rechter gaat in een aantal uitspraken van een soort 'bindend advies'-constructie uit en stelt zich veel terughoudender op dan de bestuursrechter doet bij de medezeggenschapsgeschillen. Dat lijkt mij onwenselijk, juist op grond van het argument dat het om hetzelfde type geschillen gaat.

Widdershoven: Dus dezelfde rechter, en dan gaat het alleen om het procesrecht!

Zoontjens: Ik denk juist dat je dan voor de burgerlijke rechter moet kiezen. Wij hebben dat gedaan, omdat het *besluit*-begrip juist bij de medezeggenschapsgeschillen zo'n enorm ratjetoe veroorzaakt.

In dit verband iets over de structuur van de Wet medezeggenschap onderwijs. Als door het bevoegd gezag van een instelling van openbaar onderwijs besluiten worden genomen waarmee de medezeggenschapsraad het niet eens is (het type besluit is beschreven in de wet), kan de medezeggenschapsraad een procedure van administratief beroep starten bij de landelijke geschillencommissie voor het openbaar onderwijs. Ouders kunnen tegelijkertijd een belang hebben om zich tegen het besluit te verweren. Er ontstaan dan twee concurrerende procedures naast elkaar. Er zijn al diverse uitspraken gedaan waarin een enorme chaos in het geheel ontstond.

Daarnaast kennen we ook nog stapeling van procedures in het openbaar onderwijs. Adviezen kunnen in een administratieve beroepsprocedure worden aangevochten, waarbij men uiteindelijk kan uitkomen bij de Afdeling bestuursrechtspraak. Op een

of ander moment volgt er een besluit, dat op zijn beurt door de ouders kan worden aangevochten. Zo ontstaat er soms over één en hetzelfde type geschil tweemaal een rechtsgang van drie instanties. Dat lijkt ons, juist vanwege de systematiek die de Awb kiest, onwenselijk. Dit is één van de redenen geweest op grond waarvan wij in dit verband voor de burgerlijke rechter hebben gekozen, met als effect dat de tusseninstantie die nu de beroepen van de medezeggenschapsraad behandelt, feitelijk de eindinstantie wordt. Men zal immers niet snel vervolgens nog naar de burgerlijke rechter gaan. Het feit dat de toegang tot de burgerlijke rechter inderdaad wat moeilijker is dan de toegang tot de bestuursrechter zal ervoor borg staan dat bij de rechter alleen geschillen terechtkomen die ertoe doen.

Widdershoven: Dan had ik toch gelijk dat de cliëntvriendelijkheid van de bestuursrechter uiteindelijk de keus heeft bepaald! Het is eerlijk dat toe te geven.

Mr. W. Konijnenbelt

De bestuursrechter heeft een enorme ervaring met geschillen waarbij het gaat om de verschillende richtingen en de consequenties daarvan. Ik zoverre hoeft er dus geen angst te bestaan.

Wanneer bekostigingsgeschillen aan de orde zijn, wordt overigens in het bestuursprocesrecht node de mogelijkheid van een comparitie onder leiding van een rechter gemist. Die mogelijkheid uit het civiele recht zou bij zulke geschillen buitengewoon welkom zijn.

Widdershoven: Er staat een bepaling in de Awb die hiervoor bedoeld is.

Voorzitter: Maar die wordt misschien niet zo vaak gebruikt! Bij het onderwerp van het volgend jaar kan dit aan de orde komen.

Mr. R. Verstegen

Door het woord te vragen bewijs ik dat de onderwijsrechtelijke tentakels van Vermeulen veel verder reiken dan men vermoedt! Ze strekken tot in Leuven en hebben mij tot hier gehaald.

Ter informatie wil ik aangeven hoe de discussie bij ons de laatste jaren is gevoerd. Daarbij zijn enige interessante gegevens aan de orde. Ons Arbitragehof, dat confor-

miteit van decreten en wetten met de Grondwet moet toetsen, heeft in een recent advies gezegd dat een verschil in rechtsbescherming, volgend uit het verschil tussen publiek- en privaatrecht en de daaraan verbonden procedures, met het gelijkheidsbeginsel te verzoenen is. Hier is sprake van een verschil in behandeling dat door de Grondwet is gewild en dat voor het Arbitragehof niet ter discussie staat.

Een tweede element is dat onze Raad van State in verschillende arresten heeft geoordeeld over de grote hoeveelheid elementen uit het publiekrechtelijk statuut voor het personeel die geïntegreerd zijn in de rechtspositieregeling voor het personeel voor het bijzonder onderwijs. Men kwam tot de conclusie dat de decreetgever door deze opeenstapeling van publiekrechtelijke elementen eigenlijk in het bijzonder onderwijs (ons vrije onderwijs) een publiekrechtelijk statuut heeft gerealiseerd, waardoor de Raad van State bevoegd geworden is. Het eerste arrest in die lijn is in de jaren '80 geweest, maar de lijn is stilgevallen. In één van de weinige gevallen waarin het Hof van Cassatie nog ten aanzien van de Raad van State uitspraak kan doen heeft het Hof geoordeeld dat de Raad van State zijn bevoegdheid te buiten is gegaan en niet bevoegd is voor personeelsaangelegenheden in de sector van het bijzonder onderwijs. Een gelijkwaardig dossier is voor het Arbitragehof gekomen, en er is een nuance in de standpunten van het Hof van Cassatie en ons Arbitragehof. Het Arbitragehof zegt nogal duidelijk dat de huidige stand van de regelgeving niet toelaat te besluiten dat er voor het bijzonder onderwijs een publiekrechtelijk statuut zou zijn. Daarbij laat het Arbitragehof open of er iets anders mogelijk zou zijn, terwijl de opeenvolgende arresten van het Hof van Cassatie die in deze dossiers tot stand zijn gekomen, eerder de teneur bevatten van: het kán niet anders, dit is bijzonder onderwijs, dus privaatrecht, dus arbeidsovereenkomst en geen publiekrechtelijk statuut.

Mr. R.J.G.M. Widdershoven

Het verschil tussen België en Nederland is onder meer dat wij hier inmiddels een geïntegreerde rechtbank hebben, waarbij het de bedoeling is dat mensen over elkaars schotten heen kijken en eventueel dezelfde geschillen oplossen. Dat levert een beter beginpunt op om de integratiegedachte voort te zetten. Juist bij onderwijsgeschillen lijkt mij dat heel nuttig. In België is de scheiding volgens mij nog veel groter.

Wat de personeelszaken betreft: de integratie is lange tijd geleden van de grond gekomen met het idee dat arbeidsgeschillen en ambtenarengeschillen door één en hetzelfde gerecht zouden moeten worden behandeld omdat ze zo sterk op elkaar lijken. Er zijn redenen om de verschillen te relativeren en vervolgens de vraag te stellen: welk procesrecht is het geschiktst? Hiermee kom ik weer uit waar ik ben begonnen.

Mr. B.P. Vermeulen

Ik kan met de keus van Widdershoven voor de bestuursrechter niet leven. Ik stel voor alleen te spreken over de samenwerkingsvormen: mengvormen waarbij Zoontjens en ik voor het burgerlijk recht kiezen. Ook de wetgever heeft die keuze uitdrukkelijk gedaan. Voor die samenwerkingsvormen, waarin publiek- en privaatrechtelijke elementen zitten doordat openbaar en bijzonder onderwijs in één instelling of onder één bestuur een plek vinden, is voortdurend gekozen voor het arbeidsovereenkomstenrecht.

Laten we nu eens de positie van het personeel in zo'n samenwerkingsverband in beschouwing nemen. Als ik het voorstel van Widdershoven doordenk, is mijn conclusie dat het naar zijn mening goed zou zijn als dat personeel bij de bestuursrechter terecht zou komen.

Widdershoven: Het personeel komt bij de kantonrechter. Daar ligt het net even iets anders, omdat we daarvoor op dit moment nog geen voorziening hebben. Mijn voorstel heeft in hoge mate betrekking op beslissingen jegens bijvoorbeeld ouders, die wél bij de rechtbank terechtkomen.

Vermeulen: Dat laat ik even daar. Ik redeneer vanuit de positie van het personeel dat onderdeel van een samenwerkingsverband uitmaakt en ik richt mij op de keuze van een noemer waaronder moet worden geprocedeerd. De wetgever heeft gekozen voor de arbeidsovereenkomst en daarmee voor het civiele procesrecht bij kantonrechter, rechtbank en Hoge Raad. Er zal buitengewoon veel extra denkwerk nodig zijn om in dit soort situaties, bij uitstek de situaties waarin de ideologische geschillen zich voordoen:

1. een heldere rechtspositie voor het personeel te creëren;
2. te realiseren dat de publiekrechtelijke normen niet onverkort van toepassing zijn.

In zo'n mengsituatie zal de positie van het bijzonder onderwijs soms, met name als het om ideologische geschillen gaat, een afwijking van de volwaardige doorwerking van het publiekrecht vereisen.

Mr. R.J.G.M. Widdershoven

We zijn het er met elkaar over eens dat er bij de eventuele uitvoering van mijn voorstel nog veel denkwerk moet gebeuren, maar dat geldt, denk ik, ook voor de voorstellen van de preadviseurs. Ik heb nog steeds niet het idee dat de rechtbanken of kantonrechters heel andere normen toepassen. De cao's van het personeel komen bijna

geheel overeen, of het nu om openbaar of om bijzonder onderwijs gaat. Ook de publiekrechtelijke normen zijn ongeveer gelijklopend. De afwijking zit in de gelijkheidsdiscussies, waarbij onder meer het gelijkheidsbeginsel niet kan worden toegepast. We zijn ons daarvan heus wel bewust, we kunnen dergelijke elementen opsporen en de rechter kan er, welke pet hij ook draagt, rekening mee houden.

Mr. P.W.A. Huisman

Het is, geloof ik, de bedoeling dat ik intervenieer. Het behoort kennelijk tot de AIO-opleiding, zodat ik blij ben dat mijn promotor en copromotor hierbij aanwezig zijn en zelfs als preadviseurs optreden.

Naar aanleiding van het preadvies van Zoontjens en Vermeulen wil ik in mijn interventie één onderwerp aan de orde stellen. Een Chinees spreekwoord zou kunnen zeggen: het is moeilijk hinken op twee benen. Ik vraag mij af in hoeverre er bij het navolgende punt op twee benen wordt gehinkt. In stelling 10 lezen we: 'Soms wordt met de regeling van algemene toegang tot de burgerlijke rechter een betere voorziening geboden (...).' Dit verwijst naar rechtsbescherming bij de burgerlijke rechter. In stelling 7 nemen de preadviseurs het standpunt in dat een overeenkomst tussen leerling/ouders en onderwijsbestuur beter niet als privaatrechtelijk kan worden gekenmerkt. Enerzijds zou de verhouding tussen ouders/leerlingen en bevoegd gezag als publiekrechtelijk moeten gelden, terwijl anderzijds de rechtsbescherming bij de burgerlijke rechter meer waarborgen zou bieden.

Ik vraag mij af of hierin geen contradictie zit. Enerzijds spitsen de preadviseurs het materiële begrip toe op het publiekrecht, omdat dat voor de verhouding tussen leerlingen/ouders en bevoegd gezag beter zou zijn (in het bijzonder voor de positie van de ouders), anderzijds nemen zij het standpunt in dat men voor de rechtsbescherming beter bij de burgerlijke rechter terecht zou kunnen komen. Ik vraag me af of we moeten spreken van een publiekrechtelijke verhouding tussen ouders/leerlingen en bevoegd gezag. Die vraag rijst vooral in verband met één principieel punt, de kernvrijheid van de vrijheid van onderwijs, namelijk het keuzerecht van de ouders. Artikel 23, tweede lid, van de Grondwet zegt: 'Het geven van onderwijs is vrij.' Ouders in Nederland hebben de keuze tussen openbaar onderwijs en bijzonder onderwijs, terwijl ze bovendien zelf onderwijs kunnen geven. In mijn optiek hebben ouders een principieel keuzerecht ten aanzien van de onderwijsinstelling die hun kinderen bezoeken. Hoe kan dan toch de verhouding tussen ouders en schoolbestuur worden gekenmerkt als een publiekrechtelijke?

Vermeulen heeft zojuist in reactie op een voorstel van Widdershoven al gezegd dat met de kwalificatie als publiekrechtelijk allerlei materiële criteria in huis worden

gehaald. Is het betoog dat Vermeulen aan het adres van Widdershoven heeft gehouden in overeenstemming met het in stelling 7 neergelegde standpunt dat er sprake is van een publiekrechtelijke verhouding en niet van een overeenkomst?

Mr. B.P. Vermeulen

Misschien hebben wij ons onvoldoende helder uitgedrukt. De kern van de argumentatie is dat het weinig zin heeft de door Huisman bedoelde rechtsverhouding als een overeenkomst te kwalificeren. Daarmee hebben we niet gezegd dat het *dus* een publiekrechtelijke verhouding is. De hele lijn van het betoog over het bijzonder onderwijs is geweest dat we daar met een civielrechtelijke relatie te maken hebben. De vraag is dan vervolgens: op welke noemer ga je zitten als je bijvoorbeeld de kwaliteit van het onderwijs of de behandeling van een concrete leerling wil aankaarten? Voor welk anker ga je dan liggen? Er zijn in dat verband twee mogelijkheden: wanprestatie en onrechtmatige daad. In een aantal gevallen is geprocedeerd op basis van wanprestatie. Dat veronderstelt een contract, een onderwijsovereenkomst. In een aantal andere gevallen is de actie onder de noemer 'onrechtmatige daad' gebracht.

Het enige dat wij hebben willen zeggen, is dat de *inhoudelijke* normering van een aantal relaties in sterke mate wordt bepaald door de onderwijswetgeving. In die zin ga ik wel weer met Widdershoven mee. Met die observatie, inhoudende dat een aantal inhoudelijke normen van deels publiekrechtelijke aard op de rechtsverhouding van toepassing is, is echter nog niet gegeven dat de rechtsverhouding zelf publiekrechtelijk wordt. Ons standpunt is dat in het bijzonder onderwijs sprake is van een civielrechtelijke rechtsverhouding, waarbij het element van de wilsovereenstemming te zeer ontbreekt om zinvol een overeenkomst aan te nemen. Ook als je wél een overeenkomst aanneemt, zal mijns inziens het inhoudelijke kader van beoordeling niet veel anders zijn. Het maakt in mijn ogen niet veel uit of men uit wanprestatie of uit onrechtmatige daad procedeert. In het openbaar onderwijs ligt het, gezien de acceptatieplicht en het ontbreken van een grote mate van vrijwilligheid, nog veel minder voor de hand om van een overeenkomst uit te gaan.

Misschien hebben we ons onhelder uitgedrukt. Het enkele feit dat we niet opteren voor de overeenkomst betekent nog niet dat we opteren voor een publiekrechtelijke rechtsverhouding.

Mr. P.W.A. Huisman

Dan heb ik nog de volgende opmerking. Op de bladzijden 148 en 149 wordt ingegaan op de permanente commissie leerlingenzorg. De preadviseurs achten het te billijken dat rechtsbescherming via de Awb is geregeld. De desbetreffende paragraaf eindigt met de passage: ‘Zij (namelijk een goede ordening van de rechtsbescherming in het belang van de ouders, red.) is ook verdedigbaar, omdat het hier in de kern gaat om de toetsing van eenzijdige beslissingen, een werkterrein dat bij uitstek bij de bestuursrechter thuishoort.’ Ik vraag mij af of die opmerking in algemene zin geldt. Je zou immers kunnen stellen dat elke beslissing, ook in het bijzonder onderwijs, tot toelating of verwijdering een eenzijdige beslissing is. Betekent dit ook dat die beslissingen van een bijzonder schoolbestuur gepromoveerd kunnen worden tot een besluit in de zin van de Awb?

Mr. P.J.J. Zoontjens

Op grond van *twee* argumenten laten wij hier de balans in de richting van toegang tot de bestuursrechter uitslaan. In de eerste plaats is het van belang dat dezelfde procedure van toepassing is voor ouders die hun kind op een openbare school voor speciaal basisonderwijs willen plaatsen. Het zal de ouders in wezen gelijk zijn waar hun kind terecht komt: hun primaire zorg is het kind op een speciale school te krijgen. De verdeling tussen openbare en bijzondere scholen is in het speciaal basisonderwijs van minder belang. Onder tamelijk preciaire omstandigheden wordt het aanbod van scholen voor speciaal basisonderwijs vooral regionaal georganiseerd. Dat is het eerste argument. Het is van belang dat de ouders een fatsoenlijke rechtsgang hebben, die onderling vergelijkbaar is, onafhankelijk van de vraag of het om toegang tot een openbare of een bijzondere school gaat.

Het volgende argument is door Huisman zelf genoemd. Er spelen hier dus twee argumenten een rol. Bij de toegang tot een school die de ouders zelf kiezen omdat die school van een bepaalde richting is, moeten we, denk ik, de doorslag laten geven door de dualiteit. Bij spreiding van het normale basisonderwijs en voortgezet onderwijs is er iets anders aan de hand dan bij het speciaal onderwijs.

Mr. P.W.A. Huisman

Dit gaat misschien een beetje langs mijn vraag heen. Mijn vraag betrof de opmerking dat de bestuursrechter de aangewezen instantie is omdat het hier om eenzijdige

beslissingen gaat. Als we bij het niet-speciale bijzonder onderwijs te maken hebben met beslissingen omtrent toelating of verwijdering, zijn dat eenzijdige beslissingen. Betekent dit dat de preadviseurs ook die beslissingen onder de Awb zouden willen laten vallen?

Zoontjens: Nee. Ik wijs er nog eens op dat Huisman zich hier op één van een groter aantal argumenten richt.

Stellingenprocedure

Voorzitter: De vraagpunten/stellingen van Kortmann zijn te vinden op pagina 43 van de gedrukte tekst van de preadviezen, de stellingen van Vermeulen en Zoontjens op de pagina's 18 tot en met 186. In overleg met de preadviseurs is besloten dat enige vraagpunten/stellingen niet in stemming zullen komen. Het door Kortmann onder 1 geformuleerde leek ons een vraagpunt dat minder geschikt is om object van een stemming te zijn. De stellingen 1, 2, 8 en 10 van Vermeulen en Zoontjens lenen zich eveneens minder goed voor een stemming.

Stelling (vraagpunt) 2 van Kortmann

Is het wenselijk het doel en de functie van een 'algemene wet' ten opzichte van andere wetten alleen in de toelichting op te nemen?

Kortmann: Moet de wetgever, zoals hij in de Awb doet, alleen in de toelichting op de verhouding tot andere wetten ingaan, of moet hij, zoals in een enkel artikel van de Gemeente- en de Provinciewet gebeurt, de superioriteit in de wettekst tot uitdrukking laten komen? Het gaat om de keuze van één van beide systemen.

Konijnenbelt: Als ik het dan goed begrijp, gaat het in stelling 4 om iets anders, namelijk of een wetstype 'organieke wet' moet worden geschapen.

Kortmann: Stelling 4 heeft betrekking op de *loi organique*.

Voorzitter: Bij stelling 2 gaat het om de vraag of een wetgever die een bepaalde presentie heeft dit slechts in de toelichting tot uitdrukking zou moeten brengen.

Oordeel

Een grote meerderheid van de vergadering blijkt het met de stelling *oneens* te zijn.

Stelling 3 van Kortmann

De verhouding tussen wetten als de Grondwet, de Provinciewet, de Gemeentewet enerzijds en de Algemene wet bestuursrecht anderzijds is onvoldoende doordacht.

Kortmann: Hier gaat het om de verhouding tussen algemene wetten en niet om de verhouding tussen algemene wetten en bijzondere wetten. Ik weet dat een precieze omschrijving moeilijk te geven is, maar gezien ook de uiteenzettingen van hedenochtend zal duidelijk zijn wat ik bedoel. Het gaat met name om de Algemene wet bestuursrecht tegenover de grote, mooie, oude organieke wetten zoals de Provinciewet, de Gemeentewet en de Waterschapswet.

Oordeel

De uitspraak van de vergadering over de stelling wordt gekwalificeerd als *onbeslist*.

Stelling (vraagpunt) 4 van Kortmann

Is formele verhoging van de rang van wetten als de Provinciewet, de Gemeentewet en de Algemene wet bestuursrecht in de normenhiërarchie gewenst?

Kortmann: Deze formele rangverhoging zou neerkomen op een intermediaire status van de genoemde wetten: tussen grondwettelijk recht en normale wet in formele zin. Ik raad bevestigende beantwoording van deze stelling af.

Voorzitter: Ik weet niet of u dat had moeten zeggen! Het kan nu gebeuren dat het antwoord dat men in gedachten had, wordt vermengd met een strategisch of omgevingsgerelateerd antwoord.

Vermeulen: Het lijkt mij goed de vraag toe te spitsen. Betekent bevestigende beantwoording dat de rechter zou moeten worden verplicht de hoograngige bepalingen voorrang te verlenen?

Kortmann: Ja.

Voorzitter: Ik weet niet precies wat bevestigende beantwoording van de vraag anders zou kunnen betekenen.

Vermeulen: Een instructie aan de wetgever.

Voorzitter: Dat zou kunnen, maar hier wordt bedoeld op een rangorde Grondwet – ‘bijzondere algemene wetten’ – gewone algemene en bijzondere wetten.

Oordeel

De vergadering beantwoordt de vraag met nagenoeg algemene stemmen *ontkennend*.

Stelling 5 van Kortmann

Naarmate de Algemene wet bestuursrecht meer gaat omvatten, verliest zij haar karakter van ‘algemene wet’.

Kortmann: De stelling tracht uit te drukken dat een algemene wet voor het bestuursrecht bij voorkeur concepties moet bevatten die men over nagenoeg het gehele terrein van het bestuursrecht zonder al te veel problemen kan toepassen. Naarmate de wetgever in de algemene wet méér gaat regelen, zal hij, zoals bijvoorbeeld met het subsidieonderdeel, steeds meer op deelterreinen komen. Ik kan als voorbeeld ook de Friese taal noemen, met respect voor alle hier aanwezige Friezen, voorzover zij nog Fries spreken. Ik pleit ervoor de Awb te beperken tot echt algemene terreinen. De Awb moet, net zoals het grondwettelijk recht, op het gehele publiekrecht van toepassing kunnen zijn. Gaat men differentiëren, dan wordt de Awb een verzameling bijzondere wetten in de gedaante van een soort codificatie, waarmee het algemene karakter verloren gaat.

Rogier: Een opmerking over de relatie van stelling (vraagpunt) 1 en stelling 5. Als we de vraag onder 1 niet willen of kunnen beantwoorden, kunnen we geen standpunt innemen over stelling 5.

Voorzitter: Onder punt 1, waarover we niet hebben gestemd, wordt gevraagd of het mogelijk is een sluitende omschrijving te geven. Omdat we er niet over hebben gestemd, blijft de mogelijkheid open dat een sluitende omschrijving wordt gegeven. Conclusie: we kunnen over stelling 5 stemmen.

Oordeel

Een kleine meerderheid van de vergadering blijkt het met de stelling *oneens* te zijn.

Stelling 3 van Vermeulen/Zoontjens

Er zijn goede gronden om de overheidsstichting bij wettelijke regeling als a-orgaan aan te merken.

Voorzitter: Voor de stemming beperken we ons tot de laatste zin van de stelling.

Zoontjens: We spreken hier over de stichting waarbinnen een openbare school kan worden georganiseerd. Sinds enige jaren staat deze figuur in de wet. Het is daarbij de bedoeling geweest dat geen grote juridische verschillen zouden optreden tussen de publiekrechtelijke bestuursvorm en de stichting. De stichting is onder meer ingegeven door het motief dat het wenselijk is gemeentelijke scholen op afstand te zetten. Gezien die ontstaansgeschiedenis zou het onjuist zijn dit type openbaar onderwijs gedeeltelijk aan de overheid te onttrekken, terwijl andere typen, die in een andere organisatie zijn ondergebracht, juist geheel onder het bestuursrecht vallen.

Oordeel

Een krappe meerderheid van de vergadering blijkt het met de stelling *eens* te zijn.

Stelling 4 van Vermeulen/Zoontjens

De wetgever dient in principe niet te treden in de bestuursstructuur van het bevoegd gezag van een bijzondere school.

Voorzitter: Ik denk dat dit de meest pregnante zin in de tekst van stelling 4 is.

Zoontjens: Er staat ook: *Het is de wetgever echter niet te allen tijde verboden aan de vrijheid tot interne regeling grenzen te stellen.*

Voorzitter: Dat is een nuance waardoor het moeilijker wordt een oordeel uit te spreken. De wetgever mag in principe niet aan de bestuursstructuur komen, maar als hij het nu echt nodig vindt, mag het toch weer wel. Daarbij rijst de vraag: hoe ver ga ja daarmee? Mij lijkt de stelling er toch vooral op neer te komen dat de wetgever *in principe* niet in de bestuursstructuur van het bevoegd gezag van een bijzondere school dient te treden. De betrokken preadviseurs blijken het daarmee eens te zijn.

Oordeel

Een grote meerderheid van de vergadering blijkt het met de stelling *eens* te zijn.

Stelling 5 van Vermeulen/Zoontjens

Delegatie aan ondergeschikten is binnen onderwijsinstellingen met artikel 10:14 Awb niet uitgesloten.

Voorzitter: Ik denk dat deze formulering niet helemaal klopt. Bedoeld wordt wellicht: hoewel delegatie aan ondergeschikten volgens de Awb verboden is, mag in het onderwijs wél aan ondergeschikten worden gedelegeerd.

Zoontjens: Vanmorgen is dit punt al aan de orde geweest. Onze stelling komt voort uit de gedachte dat binnen de onderwijsinstelling professionals optreden die, om het zo maar even te zeggen, in een dusdanige staat van deskundigheid verkeren, dat zij niet alleen als ‘ondergeschikten’ kunnen worden aangemerkt.

Kortmann: Staat van genade!

Zoontjens: Wij komen tot de opvatting dat de wetgever per geval zal moeten uitmaken of delegatie mogelijk is. De gewenste situatie kan per sector en ook per aangelegenheid verschillen, maar het principe staat voorop.

Oordeel

Een grote meerderheid van de vergadering blijkt het met de stelling *oneens* te zijn.

Stelling 6 van Vermeulen/Zoontjens

Aan varianten van samenwerking van openbaar en bijzonder onderwijs dient privaatrechtelijk vorm gegeven te worden.

Vermeulen: In de samenwerkingsverbanden tussen openbaar en bijzonder onderwijs moet je tot een soort compromis komen. Kies je voor het publiekrecht, dan is daarmee een inhoudelijke publiekrechtelijke normering gegeven die onvoldoende ruimte biedt aan de andere partij. Het is daarom gewenst te kiezen voor het privaatrecht, dat een ruimere marge voor een op de situatie toegespitste regeling biedt.

Oordeel

Een meerderheid van de vergadering blijkt het met de stelling *eens* te zijn.

Stelling 7 van Vermeulen/Zoontjens

De verhouding tussen het bevoegd gezag en de leerling dient noch in het openbaar, noch in het bekostigd bijzonder onderwijs te worden aangemerkt als een civielrechtelijke onderwijsvereenkomst.

Oordeel

De uitspraak van de vergadering over de stelling wordt gekwalificeerd als *onbeslist*. Relatief veel aanwezigen onthouden zich van stemming.

Stelling 9 van Vermeulen/Zoontjens

Voor de 'derde weg' (bladzijde 185 preadvies) dient een eigen regeling te worden gecreëerd die min of meer losstaat van de regeling van bezwaar en administratief beroep in de Awb.

Voorzitter: We kennen het bezwaar en het administratief beroep. In het preadvies van Vermeulen en Zoontjens is sprake van een 'derde weg', een extra vorm van rechtsbescherming.

Zoontjens: Wij bepleiten voor door ons besproken geschillen die contentieus van karakter zijn en die zich in de fase vóór het beroep op de rechter voordoen, een eigen regeling in de onderwijswetgeving te creëren. Daarbij tekenen we aan dat de onderwijswetgever behoorlijk orde op zaken moet stellen. De kern van de stelling, die er niet helemaal goed uitkomt, is dat hiervoor een eigen regeling zou moeten worden gecreëerd die zich een beetje 'loszingt' van de regeling van administratief beroep van de Awb.

Voorzitter: Precies. Nu hebben we ongeveer de derde tot en met de twintigste weg, en die moeten worden geharmoniseerd tot één extra weg naast bezwaar en administratief beroep.

Oordeel

Een grote meerderheid van de vergadering blijkt het met de stelling *oneens* te zijn.

Stelling 11 van Vermeulen/Zoontjens

Artikel 8:4, aanhef en onder e, dient te worden geschrapt.

Voorzitter: Deze bepaling betreft de uitzondering van de 'kennen/kunnen'-beslissingen van beroep.

Vermeulen: Deze stelling lijkt mij een vanzelfsprekende opvatting te bevatten, temeer daar de onderwijswetgever voor een aantal buitengewoon moeilijke beslissingen, zoals de beslissing omtrent plaatsing in het speciaal onderwijs in verband met handicaps, weer een uitzondering op artikel 8:4, aanhef en onder e, maakt. Die beslissingen vallen daarmee onder het algemene regiem, zodat bezwaar en beroep mogelijk is. Naar mijn mening is de rechter voldoende in staat terughoudendheid te betrachten ten aanzien van de *pedagogische autonomie*.

Voorzitter: Dit komt erop neer dat we de bepaling van artikel 8:4, aanhef en onder e, niet nodig hebben, aangezien zij de situatie alleen maar ingewikkelder maakt.

Oordeel

Een grote meerderheid van de vergadering blijkt het met de stelling *eens* te zijn.

Stelling 12 van Vermeulen/Zoontjens

Het is niet zo dat de Awb ten opzichte van het onderwijsrecht de status heeft van een algemene wet die een zekere suprematie ten opzichte van dit specifieke rechtsgebied toekomt. De Grondwet en als uitvloeisel daarvan het privaatrecht verzetten zich daartegen.

Vermeulen: Ik heb deze stelling al genuanceerd. Voorzover de Grondwet een privaatrechtelijke regeling of afwijking van de Awb vereist, is dat uiteraard voldoende grond om de Awb niet toe te passen.

Oordeel

De uitspraak van de vergadering over de stelling wordt gekwalificeerd als *onbeslist*.

Verslag van de secretaris over 1999

De algemene ledenvergadering

De jaarlijkse algemene ledenvergadering werd op 23 april 1999 in Utrecht gehouden. Tijdens de vergadering werden de preadviezen van mevr. mr. A. J.C. de Moor-van Vugt, mr. N. Verheij, jhr. mr. J.L. de Wijkerslooth de Weerdesteijn 'Verschuiving van de magische lijn' over de bevoegdheidsafbakening tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter besproken. Centraal stond de vraag naar de verdeling van de rechtsmacht tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter. Verheij ging in zijn preadvies 'Een eigen recht(er). Recente verschuivingen in de bevoegdheidsverdeling tussen burgerlijke en bestuursrechter' in op de publiekrechtelijke rechtsbetrekking als uitgangspunt voor de bevoegdheid van de bestuursrechter en het op den duur loslaten van het besluitbegrip als maatstaf.

De Wijkerslooth ging in zijn preadvies 'Geschreven privaatrecht of ongeschreven publiekrecht' in op het belang van een voor de burger doorzichtig en hanteerbaar stelsel van toegang tot de rechter. Hij geeft de voorkeur aan het geïntegreerd van toepassing houden van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke regels door de burgerlijke rechter en bestuursrechter boven het verheffen van aan het privaatrecht ontleende beginselen en regels tot ongeschreven publiekrecht. Mevrouw de Moor-van Vugt behandelt in haar preadvies 'Communautair getint schadevergoedingsrecht. Over de invloed van het gemeenschapsrecht op het Nederlandse bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht' de problemen van het bestaan van schadevergoedingsberoep naast vernietigingsberoep bij de bestuursrechter en hoe deze opgelost zouden kunnen worden.

Er is wederom over een aantal stellingen gestemd. Opvallend was dat over drie stellingen een meerderheid van de aanwezigen zich niet wenste uit te spreken.

Een grote meerderheid van de aanwezigen was het *oneens* met de stelling dat bij de huidige inrichting van het bestuursprocesrecht geschillen over schade niet adequaat kunnen worden behandeld en dat daarom de burgerlijke rechter voor deze geschillen

meer aangewezen is. Een grote meerderheid van de aanwezigen was het *eens* met de stelling dat er naast de mogelijkheid van beroep tegen een zuiver schadebesluit c.q. een schadevergoedingsactie bij de bestuursrechter een actie uit onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter mogelijk moet blijven. De Hoge Raad heeft in de uitspraak Groningen-Raatgever (HR 17 december 1999 RvdW 2000, 5) dit – rechtsbeschermingsvriendelijke – oordeel inmiddels gevolgd.

Een ruime meerderheid van de vergadering was het *eens* met de stelling dat de wetgever op korte termijn dient te voorzien in een schadevergoedingsactie bij de bestuursrechter, waarbij naar het voorbeeld van het Europese recht niet het besluit centraal staat, maar het handelen/nalaten van het bestuur. Een meerderheid van de vergadering had *geen mening* over de stelling dat de onderlinge afstemming tussen vernietigingsberoep en schadevergoedingsactie dan dient te geschieden langs de lijnen van het Europese recht, hetgeen in essentie neerkomt op het naast elkaar kunnen instellen van beide acties. Van degenen die wel een mening hadden bleek een meerderheid het met de stelling *eens* te zijn. Ook bij de stelling dat de bestuursrechter bij uitsluiting bevoegd dient te zijn in geschillen omtrent nadeelcompensatie, behoudens voorzover het nadeel is veroorzaakt door een algemeen verbindend voorschrift, wilde een meerderheid zich *niet uitspreken*. Van diegenen die zich wel uitspraken bleek de helft voor en de helft tegen. Een overgrote meerderheid van de aanwezigen bleek het wel *eens* te zijn met de stelling dat de bestuursrechter bij uitsluiting bevoegd dient te zijn in geschillen omtrent onverschuldigde betaling in het kader van een publiekrechtelijke rechtsbetrekking en in nader te bepalen geschillen omtrent publiekrechtelijke overeenkomsten. Hoewel nogal wat van de aanwezigen *zich van stemming onthielden*, was een meerderheid het *eens* met de stelling dat de bestuursrechter op langere termijn bij uitsluiting bevoegd dient te zijn in alle geschillen uit publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen ontstaan.

Over de stelling dat welke rechter ook bevoegd is, communautarisering van het schadevergoedingsrecht onvermijdelijk leidt tot Europeesrechtelijke, dus meer ‘bestuurlijke’ en strengere maatstaven voor overheidsaansprakelijkheid, hetgeen voor nationaalrechtelijke geschillen een onwenselijke ontwikkeling zou zijn, wilde een overgrote meerderheid van de aanwezigen zich niet uitspreken. Zij die het wel deden bleken het in meerderheid *eens* met de stelling. Ten slotte bleek een overgrote meerderheid het eens met de stelling van De Wijkerslooth dat als bevoegdheidsgrondslag het geschreven privaatrecht de voorkeur verdient boven het ongeschreven publiekrecht.

Het bestuur

Prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels (toen hoogleraar staats- en bestuursrecht VU Amsterdam, thans hoogleraar bestuursrecht in het bijzonder omgevingsrecht Universiteit Utrecht) heeft het voorzitterschap overgenomen van prof. mr. J.B.J.M. ten Berge, die

het einde van de maximale zittingsperiode had bereikt. Voorts is mr. B. Verwayen (College van Beroep voor het bedrijfsleven) benoemd in de functie van penningmeester, welke functie vacant was door het vertrek van mr. C. de Gooijer als president van het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Tot het bestuur is voorts toegetreden mr. J. Spier (Hoge Raad). Ten slotte kon mr. A. Meij (rechter in het Gerecht van Eerste Aanleg), in het bestuur behouden blijven in verband met zijn inbreng vanuit de Europese gerechten. De heer van Maasakkers trad halverwege het jaar af als lid van het bestuur.

Stuudiemiddagen

In 1999 zijn er twee studiemiddagen gehouden.

‘Eenheid en verscheidenheid in het bestuursprocesrecht’ was het thema van de studiemiddag op vrijdag 21 mei. Inleiders waren prof. mr. P.J.J. van Buuren, prof. mr. A.F.M. Brenninkmeijer en mr. J. van Soest. Co-referenten waren mr. D. Allewijn en prof. mr. P.J. Wattel. Ongeveer honderd belangstellenden bezochten de vergadering.

De studiemiddag op woensdag 15 december 1999 over de vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht was een groot succes. Het aantal aanmeldingen overtrof alle verwachtingen: even zag het er naar uit dat de grootste zaal van Hoog Brabant te klein zou zijn. De discussie werd gevoerd aan de hand van een concept-advies van een Commissie uit de VAR aan de Ministers van Justitie en BZK. De Commissie bestond uit:

prof. mr. L.J.A. Damen, hoogleraar bestuursrecht RUG (voorzitter)

Mr. T. Hoogenboom, lid van de Centrale Raad van Beroep

Mr. A.R. Hartmann, UHD EUR

Mw. mr. G.J.T.M. Jurgens, UHD UU

Mw. mr. T.B. Kuitert, Ministerie van VROM

Mr. E. Lisser, gemeente Amsterdam

Mr. H.G. Lubberdink, lid van het College van Beroep voor het bedrijfsleven

Prof. mr. J.E.M. Polak, advocaat te Amsterdam en hoogleraar bestuursrecht RUL

Mw. mr. A.A. van Rossum, UHD KUN

Mr. R.L. Vucșan, UD RUG, secretaris

Prof. mr. P.J. Wattel, A-G bij de Hoge Raad

Het advies van de Commissie is inmiddels aan de ministers aangeboden en wordt in een uitgave van Boom Juridische uitgevers voor de VAR, aan de leden als cadeau aangeboden in verband met het 60-jarig bestaan van de vereniging.

Pleitwedstrijd

De pleitwedstrijd werd in 1999 georganiseerd door de Universiteit van Amsterdam. Het viel een beetje tegen dat slechts vijf van de tien juridische universiteiten aan de wedstrijd deelnamen. In de finale won de Vrije Universiteit Amsterdam het van de Universiteit Utrecht, die voor het derde achtereenvolgende jaar tweede werd.

Uitgever en logo

Voor het uitgeven van de preadviezen is uit kostenoverwegingen besloten om over te stappen van Samsom naar Boom Juridische uitgevers. Voorts is een logo ontwikkeld voor de vereniging.

Samenstelling bestuur per 1 januari 2000

Prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels (voorzitter)

Mw. mr. M.L. Haimé (secretaris)

Mr. B. Verwayen (penningmeester)

Prof. mr. M.A.P. Bovens

Mr. H.J.G. Bruens

Prof. dr. M.W.C. Feteris

Mr. R.H. Lauwaars

Mr. J.B. Mencke

Mr. A.W.H. Meij

Mr. H.W.M. Oppenhuis de Jong

Mr. J. Spier

Mr. F.P. Zwart

Financiën en ledental

Het ledental is licht gestegen. De financiële situatie is goed.

De secretaris,

M.L. Haimé

Bestuur en ereleden

Bestuur

Prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels (voorzitter)
Mw. mr. M.L. Haimé (secretaris)
Mr. B. Verwayen (penningmeester)
Prof. mr. M.A.P. Bovens
Mr. H.J.G. Bruens
Mw. mr. D. de Bruin
Prof. dr. M.W.C. Feteris
Mr. J.W. IJssink
Mr. R.H. Lauwaars
Mr. J.B. Mencke
Mr. A.W.H. Meij
Mr. H.W.M. Oppenhuis de Jong
Mw. mr. W. den Ouden
Mw. mr. C. Pels Rijcken
Mr. F.P. Zwart

Ereleden

Mr. A.D. Belinfante †
Mr. J. van der Hoeven †
Mr. J.M. Polak
Mr. A. Rothuizen-Geerts
Mr. M. Scheltema
Mr. F.W. ter Spill †

Overzicht van de preadviezen uitgebracht voor de VAR

II	mr. A. Koelma mr. R. Kranenburg	De verhouding van staatsrecht en administratief recht	(1940)
IV	mr. J. Kruseman mr. J.H. Scholten	De verhouding van administratief recht en burgerlijk recht	(1941)
VI	mr. A. Kleyn mr. J.V. Rijperda Wierdsma	De rechtsgevolgen van formeel onjuiste of onbevoegd genomen (verrichte) handelingen of besluiten	(1942)
VIII	mr. L.J.M. Beel mr. G.J. Wiarda	Publiekrechtelijke overeenkomsten	(1943)
X	mr. E. Bloembergen mr. H.E.R.E.A. Frank	Administratieve rechtspraak op economisch terrein	(1946)
XIII	mr. J.M. Kan mr. W.G. Vegting	De grenzen van de verordenende bevoegdheid van de gemeente	(1947)
XV	dr. G.A. van Poelje mr. A.M. Donner dr. Jules Lespes	Codificatie van de algemene beginselen betreffende het administratief recht	(1948)
XVII	mr. S. Fockema Andreae mr. D. Simons	Het administratief recht in de Grondwet	(1949)

XIX	dr. S.O. van Poelje mr. C.H.F. Polak	Het begrip 'algemeen belang' in de verschillende onderdelen van het administratief recht	(1950)
XXII	mr. H. Fortuin mr. A.J. Hagen	De voorwaardelijke beschikking	(1951)
XXIV	dr. I. Samkalden mr. G.J. Wiarda	Algemene beginselen van behoorlijk bestuur	(1952)
XXVI	dr. J.W. Noteboom mr. L.R.J. Ridder van Rappard	Samenwerking van overheid en particulieren	(1953)
XXIX	dr. W.F. Prins mr. H.D. van Wijk	Politiedwang	(1954)
XXXI	mr. D. Simons dr. F.E. de Visschere mr. S.F.L. Baron van Wijnbergen	Bestuursrecht en bestuurskunde	(1955)
XXXIV	dr. B. de Goede dr. M. Troostwijk	Het gebruik maken van burger- rechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen	(1956)
XXXVI	mr. A.D. Belinfante mr. A. Mulder	De verhouding van administratieve sancties en straffen	(1957)
XXXVIII	mr. J. Korf mr. L.G. van Reijen	De overgang van rechten en verplichtingen uit administratieve rechtsbetrekkingen	(1958)
XL	mr. B. Bolkestein dr. D. van der Wel	Het goedkeuringsrecht	(1958)

XLII	mr. A.M. Donner mr. I. Samkalden	Zijn de traditionele vormen en begrippen van het bestuursrecht toereikend bij de uitbreiding van de overheidstaak met name op sociaal en economisch gebied?	(1960)
XLIV	mr. R.A.V. Baron van Haersolte dr. H.A. Brasz mr. J.G. Steenbeek	De overheidssubsidie	(1961)
XLVI	mr. W.F. Leemans mr. W.M.J.C. Phaf	Figuren als overdracht, machtiging en opdracht met betrekking tot bestuursbevoegdheden	(1962)
XLIX	mr. E.H. s'Jacob mr. J.C. Somer	De onderlinge verhouding van wettelijke voorschriften van verschillende wetgevers afkomstig	(1963)
LIV	mr. W. Duk mr. H.J.M. Jeukens	Terugwerkende kracht	(1965)
LVII	mr. J.M. Kan mr. N.H. Muller mr. R. Streng	Doeltreffendheid van het administratief beroep	(1966)
LIX	mr. D. van Duyne mr. J. Bulthuis	Het plan in het openbaar bestuur	(1967)
LX	mr. L.J. Brinkhorst mr. T. Koopmans mr. A.D. Peiffer mr. W.M.J.C. Phaf prof. mr. S.O. van Poelje	Tenuitvoerlegging van Gemeenschapsrecht door de Nederlandse overheid	(1968)
LXII	mr. O.A.C. Verpalen mr. F.J. Beunke	Schadevergoeding terzake van rechtmatige overheidsdaad	(1969)

LXIV	mr. F.H. van der Burg	Overheid en onderdaan in een representatieve democratie	(1970)
LXVI	mr. J.A.M. van Angeren mr. Th.J.C. Verduin	De sanctionering van het administratief recht	(1971)
LXIX	mr. A.M. Donner mr. P.J. Boukema mr. H.J.M. Jeukens	Naar aanleiding van enkele belangrijke aspecten van het rapport van de Staatscommissie Cals/Donner	(1972)
LXX	mr. L.J.M. de Leede mr. J.P. Scheltens	Het sociale verzekeringsrecht en het belastingrecht in het administratieve recht	(1973)
LXXIV	mr. M. Scheltema mr. W. Konijnenbelt	De rechtsverwerking in het administratieve recht	(1975)
LXXVI	mr. B. Plomp drs. E.L. Berg	Milieuheffingen	(1975)
LXXVIII	mr. W. Brussaard J. Rothuizen	Nieuwe juridisch-bestuurlijke ontwikkelingen in de ruimtelijke ordening	(1976)
LXXX	mr. S.V. Hoogendijk-Deutsch mr. R. Samkalden	Advisering in het bestuursrecht	(1978)
LXXXII	mr. A.G. van Galen mr. H.Th.J.F. van Maarseveen	Beginselen van administratief procesrecht	(1978)
LXXXIV	mr. R. Bergamin mr. C.J.G. Olde Kalter	Overheidspersoneel en grondrechten	(1979)
LXXVI	mr. F.W. ter Spill mr. A.Q.C. Tak	Onwettmatig bestuur	(1981)

LXXXVIII	mr. P.J.J. van Buuren mr. M. de Groot-Sjenitzer	De omvang van de rechtsbescherming	(1982)
XC	mr. F.J.P.M. Hoefnagel mr. drs. Alex Reinders	Kunst, kunstbeleid en administratief recht	(1983)
XCII	mr. Chr. Kooij dr. F.P.C.L. Tonnaer	Vergunningverlening in stroomversnelling	(1984)
XCIII	mr. D.W.P. Ruiters drs. C.J.N. Verstedden	Het gelijkheidsbeginsel in het administratieve recht	(1985)
XCIV	mr. D.A. Lubach mr. W.A.M. van Schendel	Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht	(1986)
XCVI	mr. H.Ph.J.A.M. Hennekens mr. J.W. IJssink mr. R.E. de Winter	De praktijk van toetsing van gemeentelijke regelgeving	(1987)
XCIX	mr. E.M.H. Hirsch Ballin mr. J.H. van Kreveld	Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen	(1988)
	mr. drs. J.P. Balkenende mr. drs. B.M.J. van der Meulen mr. J.S. van den Oosterkamp mr. G. Sebus mr. W.A.C. Verouden mr. drs. S.O. Voogt	Bestuursrecht na 1992	(1989)
102	mr. N.S.J. Koeman mr. J.H.W. de Planque	Overheidsaansprakelijkheid administratieve en burgerlijke rechter	(1989)
104	mr. Th.G. Drupsteen mr. K.J. Kraan	De beslechting van bestuursgeschillen	(1990)

106	mr. J.B.J.M. ten Berge mr. E.J. Daalder dr. J. Naeyé	De Nationale ombudsman	(1991)
108	mr. M.B. Koetser mr. Ch.J. Langereis mr. R.M. van Male	De belanghebbende	(1992)
110	mr. H. Franken mr. dr. I.Th.M. Snellen mr. J. Smit mr. A.W. Venstra	Beschikken en automatiseren	(1993)
112	mr. D. Allewijn prof. mr. P. Nicolai mr. M. Schreuder-Vlasblom	Het nieuwe bestuursprocesrecht	(1994)
114	mr. J.T.K. Bos mr. G.A.M. Giesen mr. J. de Groot prof.mr.drs. F.C.M.A. Michiels	Handhaving van het bestuursrecht	(1995)
116	mr. E. Steyger mr. R.J.G.M. Widdershoven mr. A.W.H. Meij	Europees recht en het Nederlands bestuursrecht	(1996)
118	mr. C.P.J. Goorden mr. M.M. den Boer mr. F.K. Buijn	Zbo's, verzelfstandiging en privatisering	(1997)
120	mr. H.P. Heida prof.mr. F.A.M. Stroink mr. P.C.E. van Wijmen	Complexe besluitvorming	(1998)
122	mr. A.J.C. de Moor- van Vugt mr. J.L. de Wijkerslooth mr. N. Verheij	Verschuiving van de magische lijn	(1999)

124 prof. mr. C.A.J.M. Kortmann De Awb en de bijzondere wetgeving (2000)
 prof. mr. B.P. Vermeulen
 mr. P.J.J. Zoontjens