

VU Research Portal

Het kabinetsstandpunt over convenanten

van Ommeren, Frank

published in

RegelMaat

1992

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

van Ommeren, F. (1992). Het kabinetsstandpunt over convenanten. *RegelMaat*, 1992(4), 95-97.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Het kabinetsstandpunt over convenanten

F.J. van Ommeren

We zijn er nog niet, maar het is een eerste stap op weg. Mits is voldaan aan een aantal rechtsstatelijke vereisten zijn convenanten in beginsel positief te waarderen, omdat de uitvoering van overheidsbeleid dan kan worden gerealiseerd op basis van wederzijdse afspraken tussen overheid en betrokkenen. Aan die juridische randvoorwaarden moet worden gewerkt. Dat is de toon die uit het kabinetsstandpunt klinkt. En terecht. Het kabinetsstandpunt sluit vrij goed aan bij de heersende opvattingen. Verrassend is dit rapport dan ook niet te noemen. Wel interessant, al was het alleen maar omdat nu vaststaat dat de huidige opvattingen omtrent convenanten ook door het kabinet worden gedeeld.

1. Inleiding

Het kabinetsstandpunt over convenanten is gebaseerd op het advies van de Commissie voor de toetsing van Wetgevingsprojecten (kortweg: de Toetsingscommissie). Directe aanleiding voor dit advies was de aankondiging in de nota 'Zicht op wetgeving' van een kabinetsstandpunt over mogelijkheden en beperkingen van convenanten als alternatief voor wetgeving.¹⁾ Het kabinetsstandpunt en het advies zijn op 2 oktober 1992 aan de Tweede Kamer gezonden.²⁾ Voor een samenvatting van het kabinetsstandpunt zij verwezen naar de rubriek Uit de Toetsingscommissie elders in dit blad. In deze bijdrage wil ik enige kanttekeningen plaatsen bij het standpunt van het kabinet.

2. Geen wettelijke regeling van convenanten

Evenals de Toetsingscommissie komt het kabinet tot de slotsom dat er op dit moment in de rechtsontwikkeling geen aanleiding is om over te gaan tot een algemene wettelijke regeling van convenanten. Het is praktisch niet goed mogelijk en ook (nog) niet wenselijk een dergelijke regeling vast te stellen. Dit hoeft niet te verbazen. Het ligt namelijk niet zo heel erg voor de hand wat zo'n wettelijke regeling zou moeten inhouden. Publiekrechtelijke wetgeving dient er meestal voor om de overheid de bevoegdheid te geven bepaalde bindende maatregelen op te leggen. Maar die functie zal een wettelijke regeling ten aanzien van convenanten moeilijk kunnen hebben. Een wettelijke regeling verandert in principe weinig aan de binding van een convenant: ook overeenkomsten die een wettelijke basis hebben, worden geacht te binden op grond van de wederzijdse wilsovereenstemming en het daarbij opgewekte vertrouwen. Ook voor de bevoegdheid van de overheid om convenanten te sluiten is een wettelijke regeling niet nodig. De overheid is immers bekwaam privaatrechtelijk te handelen op grond van haar rechtspersoonlijkheid en algemeen geldt het contracteren over publiekrechtelijke bevoegdheden als aanvaardbaar. Een wettelijke regeling kan zinvol zijn om een bepaalde competentieverdeling binnen de overheid aan te brengen (zij geeft aan welk bestuursorgaan welk soort overeenkomsten sluit). Maar zo'n regeling ligt voor convenanten ook niet direct voor de hand, aangezien convenanten voornamelijk worden gebruikt op terreinen waar een bestuursorgaan reeds zeggenschap bezit. Wel is voorstelbaar dat een regeling van convenanten zou aangeven in welke gevallen de minister het parlement moet raadplegen alvorens een convenant te sluiten en op welke manier dat zou moeten gebeuren. Heel goed denkbaar lijkt mij ook dat een regeling van convenanten interne instructies voor het

bestuursorgaan bevat over waarmee het bestuursorgaan bij het sluiten van een convenant rekening moet houden. Te denken valt onder meer aan: duidelijke en correcte aanduiding van de contractpartners (dat is nog niet zo heel eenvoudig, zie hierna paragraaf 4), de contractsduur, fasering, evaluatieregeling, heronderhandelingsregeling, geschillenbeslechting, opzegbaarheid, verhouding tot regelgeving, openbaarmaking enz. Zo'n instructieregeling is enigszins vergelijkbaar met de Aanwijzingen voor de wetgevingstechniek (Strct. 1984, 52) waarvan overigens een herziening op stapel staat. Maar van dit soort instructies rijst de vraag waarom daarvoor een wettelijke regeling tot stand zou moeten komen. Voldoende lijkt mij zulke instructies in interne aanwijzingen op te nemen. Het is dan ook een goede zaak dat het kabinet, hoewel het de tijd nog niet rijp acht voor een wettelijke regeling, wel het voornemen heeft te bevorderen dat er aanbevelingen ten behoeve van het gebruik van convenanten door de rijksoverheid worden opgesteld.

Dit wil niet zeggen dat een wettelijke regeling niet zinvol zou kunnen zijn. De grootste problemen bij bestuur per convenant ontstaan door de zwakke positie van derde-belanghebbenden die niet betrokken zijn bij het sluiten van het convenant. Wanneer er een regeling met een wettelijk karakter tot stand komt, dan zal die vooral op hun positie betrekking moeten hebben. Vooralsnog lijkt de derde echter meer steun van de rechter — hoe moeilijk dat m.n. bij de burgerlijke rechter ook kan zijn — dan van de wetgever te mogen verwachten.

3. Het convenant als wetgevingsalternatief?

Evenals de Toetsingscommissie beschouwt het kabinet convenanten vooral als instrumenten ter uitvoering van reeds in het parlement besproken algemene beleidslijnen zoals deze zijn neergelegd in wetgeving, plannen of nota's. Wet en convenant liggen dikwijls in elkaars verlengde. Convenanten worden in de praktijk meer gebruikt als aanvulling op dan als vervanging van wetgeving. Dit lijkt mij een juiste constatering, mits daarbij wordt aangetekend dat die aanvullende convenanten tegelijkertijd lagere regelgeving kunnen vervangen. Convenanten worden inderdaad veelal gesloten in de uitvoeringssfeer. Zij liggen in het verlengde van de hogere en treden in de plaats van eventuele lagere regelgeving.

Convenanten als alternatief voor wetgeving (precieser: besluiten van algemene strekking) zijn er in vele soorten en maten, te denken valt bijvoorbeeld aan: overbruggingsconvenanten, vooruitlopende convenanten of aanvullende/uitvoerende convenanten.³⁾ Echte zelfstandige convenanten die op geen enkele manier een basis in wetgeving of beleid vinden komen bijna niet voor (het is ook moeilijk voorstelbaar dat zonder enige uitgangspunten opeens een convenant uit de lucht komt vallen). Mijns inziens gaat het er om steeds de juiste mix van wetgeving en convenant te vinden. De vraag die dan naar voren komt is uiteraard: hoe moeten de verhoudingen zijn? Welke regels dienen bij wet gesteld te worden en wat is geschikt voor

¹⁾ TK 1990-1991, 22 008, nr. 2.

²⁾ TK 1992-1993, 22 800 VI, nr. 4.

³⁾ Zie uitvoerig: F.J. van Ommeren en B.J. Schueler, Wordt Nederland een convenantendemocratie? (Deel 1) Wet en convenant: een typologie, RegelMaat 1992 p. 38 e.v.

regulering bij convenant? Het wettelijk kader staat voorop. De wet schept het kader waarbinnen de uitvoering met behulp van convenanten kan gebeuren. Eerst bij de delegatie rijst het keuze-probleem: een (lagere) wettelijke regeling of een convenant? Zo bepaalt artikel 4 Huisvestingswet (Stb. 1992, 548) dat een gemeentebestuur er voor kan kiezen om de woningdistributie niet te regelen in een woonruimteverordening, maar in een convenant met verhuurders van woonruimte. Ook de vele honderden convenanten die zijn gesloten in het kader van de sociale vernieuwing zijn voorzien van een wettelijk kader: het Besluit sociale vernieuwing (Stb. 1990, 619). Dit besluit is thans nog een zelfstandige AMvB. De Wet stimulerende sociale vernieuwing dient volgens de huidige planning op 1 januari 1994 in werking te treden.⁴⁾

Het kabinet zegt te bevorderen dat in die gevallen waar een eenduidige keuze tussen wetgeving en convenanten aan de orde is, in beginsel gekozen wordt voor wetgeving. Dat standpunt lijkt moeilijk voor bestrijding vatbaar. Maar — zoals het kabinet zelf al constateert — zo'n eenduidige keuze doet zich in de praktijk nauwelijks voor. De keuze is bijna nooit eenduidig — wat betekent 'eenduidig' overigens precies? —, want werkelijk geheel onafhankelijke, zelfstandige convenanten bestaan niet of nauwelijks. Het kabinetsstandpunt lijkt dan ook geen verandering te brengen in de huidige convenantenpraktijk.

Dat het kabinetsstandpunt nog aan het begin van een ontwikkeling naar een meer uitgedacht beleid staat, blijkt ook uit een zekere mate van tweeslachtigheid die uit het rapport spreekt. Enerzijds meent het kabinet, zoals gezegd, (met de Toetsingscommissie) dat slechts zelden van een eenduidige keus tussen convenant en wetgeving sprake is. Anderzijds worden wet en convenant voortdurend tegenover elkaar gesteld. Enerzijds zegt het kabinet te bevorderen dat in die gevallen waar een eenduidige keuze tussen wetgeving en convenanten aan de orde is, in beginsel gekozen wordt voor wetgeving. (Het primaat van de wet). Anderzijds worden heel wat mogelijkheden voor convenanten geschetst waarbij vooral in het oog springt dat voor een convenant kan worden gekozen: 'in situaties waarin van een convenant in vergelijking met wetgeving een aantoonbare grotere effectiviteit of doelmatigheid mag worden verwacht' (p. 9). Wordt het primaat van de wet eerst voorop gesteld, vervolgens wordt het weer even gemakkelijk losgelaten. Dat de meest effectieve, doelmatige oplossing vaak niet tevens de meest rechtvaardige oplossing is, vormt een klassiek en bij overheidsbeleid veel voorkomend probleem. Wij zien het hier weer eens in een notedop geschetst.

4. Publiekrechtelijke bevoegdheden: wie is contractspartij?

In veel convenanten worden mede toezeggingen gedaan over de manier waarop een bestuursorgaan zijn publiekrechtelijke bevoegdheid zal gaan uitoefenen. In de praktijk bestaat er vrij grote onduidelijkheid over de vraag wie in zulke gevallen contractspartij moet zijn: het bestuursorgaan (bijv. de minister) of de rechtspersoon (bijv. de Staat). Het is de verdienste van het advies van de Toetsingscommissie — en het kabinet gaat hierin mee — dat het op dit punt enige helderheid wil scheppen. Van belang is hierbij wel te weten in hoeverre de gekozen oplossing aansluit bij de huidige jurisprudentie. Tegen overeenkomsten over publiekrechtelijke bevoegdheden wordt namelijk in hoofdzaak op twee verschillende manieren aangekeken.

Ten eerste is de opvatting gangbaar, dat weliswaar intern het bestuursorgaan het beslissingsbevoegde orgaan is — omdat over de uitoefening van zijn bestuursbevoegdheid afspraken

worden gemaakt — maar dat het sluiten van een overeenkomst extern, naar buiten toe, gebeurt door de rechtspersoon (meestal het openbaar lichaam waarvan het bestuursorgaan deel uitmaakt). De overheid is immers bevoegd overeenkomsten te sluiten op grond van haar rechtspersoonlijkheid. Zo bezien is er geen verschil of de overeenkomst een publiekrechtelijke bevoegdheid tot onderwerp heeft of niet. Ook overeenkomsten over publiekrechtelijke bevoegdheden zijn rechtshandelingen naar burgerlijk recht. Deze invalshoek sluit aan bij de jurisprudentie van de arab-rechter (art. 2 Wet Arab) en van de burgerlijke rechter die de rechtspersoon (en niet het bestuursorgaan) als partij van een overeenkomst aanmerkt. Kortom: bij overeenkomsten over publiekrechtelijke bevoegdheden is de rechtspersoon contractspartij, net zoals bij privaatrechtelijke overeenkomsten.

Een andere opvatting, die met name in de literatuur naar voren komt, maakt een principiële verschil tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke overeenkomsten. Als een overeenkomst een publiekrechtelijke bevoegdheid tot onderwerp heeft, dan is het bestuursorgaan niet alleen intern maar ook extern degene die bevoegd is op te treden. Immers, in het publiekrecht is niet een natuurlijk persoon of rechtspersoon maar het bestuursorgaan (het ambt) de drager van rechten en plichten. Alleen het bestuursorgaan zelf kan over zijn bevoegdheden contracteren. Bij een overeenkomst over publiekrechtelijke bevoegdheden is het bestuursorgaan contractspartij.

Deze opvatting wordt met name gehuldigd door Konijnenbelt⁵⁾ — voorzitter van de werkgroep Convenanten⁷⁾ — en treffen we ook aan in het rapport van de Toetsingscommissie (aanbeveling nr. 6). Voor gemengde convenanten, d.w.z. convenanten waarvan behalve de publiekrechtelijke bevoegdheid ook vermogensrechtelijke zaken onderwerp uit maken — hetgeen zeer dikwijls het geval is — beveelt de Toetsingscommissie aan dat zowel het bestuursorgaan (voor de publiekrechtelijke bevoegdheid) als de rechtspersoon (voor het vermogensrechtelijke aspect) aan overheidszijde partij zijn.

Ik ben benieuwd in hoeverre de twee zienswijzen naar elkaar toe zullen groeien. Overigens is deze kwestie op Rijksniveau iets minder relevant dan voor de lagere overheden. De minister is meestal zowel publiekrechtelijk het bestuursorgaan dat bevoegd is op te treden, als privaatrechtelijk het orgaan dat bevoegd is de Staat te vertegenwoordigen (art. 27 Comptabiliteitswet). Op gemeentelijk niveau echter lopen deze bevoegdheden dikwijls uiteen. De burgemeester is bevoegd de gemeente privaatrechtelijk te vertegenwoordigen (art. 78 gemeentewet), het publiekrechtelijk bevoegde bestuursorgaan kan bijvoorbeeld het college van B en W zijn.

5. De 'gelukkige' derde ...

Het grote probleem van het gebruik van convenanten is de positie van derden die geen partij zijn bij het convenant. Wetten zijn algemeen verbindend. Daardoor bereiken zij in beginsel alle belanghebbenden. Bij convenanten ligt dat principieel an-

⁴⁾ TK 1992-1993, 22 800 VII, nr. 3, p. 49.

⁵⁾ Van Wijk/Konijnenbelt, Hoofdstukken van administratief recht, Utrecht 7e druk 1991, p. 300. Uitvoerder: W. Konijnenbelt, Convenanten als instrument van onderwijsbeleid mislukte poging of geslaagde vondst? Preadvises voor de vereniging voor Onderwijsrecht, 1991, paragraaf 5 en ook W. Konijnenbelt, Convenanten met de gemeente: fluiten in het schemerduister, (rede Leiden 1991) Utrecht 1992, p. 19, 20.

⁶⁾ Het advies van de Toetsingscommissie komt voort uit de 'werkgroep Convenanten' onder voorzitterschap van prof. mr W. Konijnenbelt.

ders: zij binden alleen partijen. Een overeenkomst strekt immers alleen partijen tot wet. De afspraken die in een convenant worden gemaakt kunnen ongelukkig uitvallen voor derden-belanghebbenden die niet bij de sluiting van het convenant waren betrokken. Het is met name ook met het oog op deze 'ongelukkige' derden dat helderheid en duidelijkheid, openbaarheid, openheid en democratische controle gewenst zijn. Het kabinet is dan ook van mening dat in het geval uit een convenant rechtstreekse verplichtingen zullen voortvloeien die ook bij een eenzijdig overheidsbesluit zouden kunnen worden opgelegd, de totstandkoming van het convenant zo veel mogelijk moeten plaatsvinden naar analogie met de procedure van zodanig overheidsbesluit. Dit zal met name derden, die anders buiten het gezichtsveld van de convenantpartijen blijven, ten goede komen. Het kabinet onderschrijft ook de aanbeveling die tot strekking heeft de belangen van derden te beschermen die ook tot een convenant willen toetreden door hen een gelijk behandeling te geven.

Opmerkelijk is dat er met vrijwel geen woord wordt gerept over de positie van de derde die niet wordt geraakt door het convenant, de positie van de 'gelukkige' derde. Immers, convenanten kunnen nogal eens verplichtingen voor de wederpartij bevatten. De wederpartij zal daarmee akkoord gaan om hem moverende redenen, wellicht omdat het alternatief, eenzijdige overheidsmaatregelen, hem nog veel onaangener voorkomt. Hoe zit het dan met derden die in een vergelijkbare positie verkeren, maar waarmee om de een of andere reden geen convenant is gesloten? Heeft die derde dan 'geluk' gehad? De overheid behoort in principe een algemeen en consistent beleid te voeren; er mogen geen ongerechtvaardigde verschillen ontstaan. Een onderneming bijvoorbeeld die met verplichtingen instemt om de door haar veroorzaakte milieuverontreiniging te reduceren, verslechtert waarschijnlijk haar concurrentiepositie op de markt. Zo'n onderneming zal er voorstander van zijn als de concurrenten dezelfde verplichtingen krijgen opgelegd. De overheid zal bij een succesvolle werking van het convenant ook anderen willen binden. Het is van belang te weten welke wegen hiervoor denkbaar zijn. Zou een convenant algemeen verbindend verklaard moeten kunnen worden? Zijn constructies denkbaar zoals we die thans kennen uit de Wet economische mededinging en de Wet op het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van collectieve arbeidsovereenkomsten? Maar misschien gaat dat wel te ver en moeten we op andere mogelijkheden gaan studeren. Het is jammer dat het probleem van de 'gelukkige' derde, dat toch typisch op de weg van de wetgever ligt, op dit moment aan het kabinet voorbij lijkt te zijn gegaan. Wellicht kan een andere adviseur (zie paragraaf 8) zich bij een latere gelegenheid daar wel over buigen.

6. Betrokkenheid van het parlement

Het kabinet wil beklemtonen 'dat een minister door het sluiten van een convenant het parlement juridisch niet kan binden. Het parlement behoudt de vrijheid een eigen afweging te maken; convenantpartijen moeten zich daarvan bewust blijven' (p. 7). Het kabinet vervolgt met de opmerking dat misschien nog belangrijker dan de betrokkenheid bij een concreet convenant is, dat een convenant in het verlengde ligt van wetgeving of beleid waarover een openbaar debat in het parlement heeft plaats gevonden. Daarin heeft het kabinet zeker gelijk wat het type van de aanvullende/uitvoerende convenanten betreft. Convenanten die de door het parlement uitgezette hoofdlijnen uitwerken zullen niet gauw de beslissingsvrijheid van het parlement beknotten. Het werkelijke probleem ligt echter mijns inziens bij een ander type: de vooruitlopende convenanten. In

hoeverre is de wetgever gebonden aan afspraken over toekomstige regelgeving? Naarmate de resultaten van vooroverleg en lobbyisme meer aan het papier worden toevertrouwd (het convenant), doet deze vraag zich prangender voor. De rechter vindt — terecht — dat afspraken over formele wetgeving niet in rechte afdwingbaar zijn (Granaria-akkoord). Maar over afspraken omtrent regelgeving waarbij het parlement niet op de meest directe manier is betrokken (zoals een AMvB), pleegt de rechter zich wat minder terughoudend op te stellen.⁸⁾

Het kabinet pleit voor terughoudendheid in het gebruik van convenanten. Daarmee doelt het kabinet niet op een terughoudendheid ten opzichte van andere reguleringsvormen (wetgeving), maar wil zij aangeven dat de Rijksoverheid geen onderwerpen aan zich moet trekken die eigenlijk door andere bestuursorganen of aan de samenleving zelf kunnen worden overgelaten. Dit past goed in het streven naar decentralisatie. In dit verband is interessant te bedenken dat bestuur per convenant zich niet alleen bij het Rijk voordoet, maar ook op grote schaal voorkomt op allerlei andere niveau's (provincies, gemeenten, waterschappen enz.). Ook daar speelt het probleem dat regulering bij convenant in sommige gevallen vrijwilt kan geven met democratische uitgangspunten.⁹⁾

7. Slot

Convenanten vormen op zichzelf geen nieuw verschijnsel bij het openbaar bestuur. Nieuw is wel het toenemende aantal convenanten dat de overheid tegenwoordig sluit. De aanduiding convenant is niet erg belangrijk. Nu is de term 'convenant' in de mode, dan weer 'afpraak', 'beginselafpraak', 'intentieverklaring', 'akkoord', 'compromis', 'overeenkomst' of 'publiek-private samenwerking'.

Het kabinetsstandpunt onderstreept dat de afspraak (convenant, overeenkomst of hoe men dit fenomeen ook verder wil noemen) als rechtsfiguur waarin de twee- of meezijdigheid een belangrijke rol speelt, op weg is steeds meer een eigen plaats in te nemen naast de eenzijdige besluiten in het publiekrecht.

8. Uitleiding

Zoals reeds vermeld is dit standpunt van het kabinet naar eigen zeggen slechts een eerste stap naar de ontwikkeling van een rijksbeleid inzake convenanten. Voor een wettelijke regeling is het nu nog te vroeg. Er zullen naar alle waarschijnlijkheid nog heel wat nota's en rapporten volgen. Drie stuks worden er nu al aangekondigd.

De Toetsingscommissie (Commissie-Kortmann) zal naar aanleiding van een aanvraag van de minister van VROM een nader advies uitbrengen over de vraag op welke wijze, gelet op de bestaande en toekomstige wetgeving, de aansluiting tussen convenanten en vergunningverlening kan worden verbeterd naar aanleiding van de intentieverklaring Basismetalaandustrie. De Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht (Commissie-Scheltema) studeert op de mogelijkheid en wenselijkheid van een wettelijke regeling van bestuursovereenkomsten in de Algemene wet bestuursrecht. Het kabinet zal bevorderen dat er aanbevelingen ten behoeve van het gebruik van convenanten door de rijksoverheid totstandkomen. Er staat ons nog heel wat te wachten.

⁷⁾ Zie noot 3.

⁸⁾ Zie over de positie van de democratisch gekozen lichamen bij privaatrechtelijk overheidshandelen: M. Kobussen, *De vrijheid van de overheid*, diss. Tilburg 1991, p. 118 e.v.