

VU Research Portal

Convenanten in soorten en maten

van Ommeren, Frank

published in

Convenanten tussen overheid en maatschappelijke organisaties
1993

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

citation for published version (APA)

van Ommeren, F. (1993). Convenanten in soorten en maten. In *Convenanten tussen overheid en maatschappelijke organisaties* (pp. 29-50). SDU.

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

Convenanten tussen Overheid en maatschappelijke organisaties

Onder redactie van:

Mr F.J. van Ommeren

Prof. mr H.J. de Ru

Sdu Juridische
& Fiscale
Uitgeverij 

Sdu Juridische & Fiscale Uitgeverij, 's-Gravenhage 1993

Dit onderzoek is financieel mogelijk gemaakt door het Convent van christelijk- sociale organisaties en de Vereniging voor christelijk wetenschappelijk onderwijs. Het Convent is het overleg- en samenwerkingsverband van NCW, NCBTB, NCOV, CNV en KNBTB. Begeleidingscommissie: prof. mr J.P. Balkenende (Wetenschappelijk instituut CDA), dhr C.A. van den Berg (CNV), mr P.A.G. Cammaert (CNV), prof. mr L.H. van den Heuvel (VU), dr A. Kouwenhoven (VU), mr W.M.J.M. van Mierlo (NCOV), drs A. Rutgers van der Loeff (NCW), drs A. Stokkers (NCBTB), dr J.P. Verhoogt (VU), drs ing. H.Th.J. Vulto (KNBTB) en prof. dr H.E.S. Woldring (VU).

Register en inventarisatie van convenanten: Gertrude Langedijk (student-assistent bij de vakgroep Staats- en bestuursrecht VU). 'Camera-ready' maken van de tekst: Els Heppner-Wentink (secretaresse van de vakgroep Staats- en bestuursrecht VU).

ISBN 90 5409 058 8

© 1993, Sdu Juridische & Fiscale Uitgeverij, 's-Gravenhage

Behoudens uitzonderingen door de wet gesteld mag zonder schriftelijke toestemming van de rechthebbende(n) op het auteursrecht niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm, of anderszins, hetgeen ook van toepassing is op de gehele of gedeeltelijke bewerking.

De uitgever is met uitsluiting van ieder ander gerechtigd de door derden verschuldigde vergoedingen van kopiëren, als bedoeld in artikel 17 lid 2, Auteurswet 1912 en in het KB van 20 juni 1974 (Stb. 351) ex artikel 16b Auteurswet 1912, te innen en/of daartoe in en buiten rechte op te treden.

Hoewel bij deze uitgave veel aandacht is besteed aan het voorkomen van (druk-)fouten en onvolledigheden, kan voor de afwezigheid daarvan niet worden ingestaan en aanvaarden auteur(s), redacteur(en) en uitgever derhalve geen aansprakelijkheid.

Copyright reserved. Subject to the exceptions provided for by law, no part of this publication may be reproduced and/or published in print, by photocopying, on microfilm or in any other way without the written consent of the copyright-holder(s); the same applies to whole or partial adaptations.

The publisher retains the sole right to collect from third parties fees payable in respect of copying and/or take legal or other action for this purpose.

Voorwoord

Overheid, burgers en maatschappelijke organisaties hebben ieder hun eigen verantwoordelijkheden te dragen. Daarbij heeft geen der partijen het absolute primaat, ook al mag de overheid in laatste instantie haar machtswoord spreken.

In onze gecompliceerde samenleving ligt het voor de hand dat overheid en maatschappelijke organisaties niet tot op het laatste moment wachten om met elkaar in gesprek te komen. Tijdige samenwerking is gewenst en kan bevorderen dat de overheid niet aan het éézijdig opleggen van haar wil hoeft toe te komen. Tegen deze achtergrond is het zinvol om te zoeken naar beleidsinstrumenten die de samenwerking gestalte kunnen geven.

Convenanten vormen een betrekkelijk nieuw instrument en lijken een goede mogelijkheid te bieden om het principe van gespreide verantwoordelijkheid vorm te geven. Om die reden heeft het Convent van christelijk-sociale organisaties een onderzoeksgroep van de faculteit der rechtsgeleerdheid aan de Vrije Universiteit te Amsterdam verzocht om een studie naar dit onderwerp te verrichten.

Bij convenanten opereert de overheid als partner niet in een juridisch vacuüm. Integendeel, juist de combinatie van privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke normen die daarop van toepassing zijn maken van de overheid een betrouwbare wederpartij. Soms zelfs meer dan in haar wetgeversrol. De voorspelbaarheid van het overheidshandelen en de rechtszekerheid kunnen toenemen.

Convenanten vragen om een nieuwe manier van besturen. Waarde hechten aan zelfregulering en besturing van de samenleving van onderaf betekent dat het parlement regeren op afstand erkent. Het hoeft niet te betekenen dat het parlement buiten spel komt te staan. Openbaarheid, doorzichtigheid en controle op ministers kunnen bij convenanten gestalte krijgen. Evenmin hoeft het gebruik van convenanten te betekenen dat de belangen van derden verkwanseld worden. Convenanten kunnen bovendien aan beide kanten het draagvlak voor besluiten vergroten.

Na begripsomschrijving en analyse van het rechtskarakter komen in deze bundel de belangrijkste facetten van convenanten aan de orde, zoals: democratische legitimatie, Europeesrechtelijke aspecten, binding van de achterban van convenant-sluitende organisaties en positie van degenen die

geen partij zijn bij het convenant. Er wordt ook een uitstapje naar Duitsland gemaakt. Vervolgens gaat de aandacht uit naar het gebruik van convenanten op vijf verschillende rechtsgebieden, te weten: arbeidsrecht, gezondheidsrecht, milieurecht, volkshuisvestingsrecht en onderwijsrecht.

F.J. van Ommeren, H.J. de Ru
Amsterdam, 1 juli 1993

Inhoudsopgave

Voorwoord	V
Inhoudsopgave	VII
Lijst van afkortingen	XII
Convenanten tussen maatschappelijke organisaties en overheid, behoefte en rechtvaardiging	1
<i>prof. mr H.J. de Ru</i>	
1. Inleiding: recht op convenanten	1
2. De behoefte aan convenanten	2
3. Overheid en maatschappelijke organisaties	5
4. Bi-polariteit tussen overheid en samenleving	12
5. Minder instrument, meer partner	18
6. Meer privaatrecht naast publiekrecht	19
7. Minder verstrengeling en meer verzelfstandiging?	22
8. Het kader waarin convenanten tot stand komen	24
9. Wat biedt deze studie?	27
Convenanten in soorten en maten. Op weg naar de reguleringsovereenkomst	29
<i>mr F.J. van Ommeren</i>	
1. Inleiding	29
2. Een begripsomschrijving	29
3. Functionele rechtsgebieden	31
4. Het rechtskarakter	31
5. Convenantspartijen	38
6. Categorieën: alternatieven van regelgeving	40
7. De reguleringsovereenkomst	47
8. Slot	49

ging. Dit zou met zich kunnen brengen dat van het publiekrecht wordt gevraagd hiervoor meer voorwaarden te scheppen.

Convenanten in soorten en maten Op weg naar de reguleringsovereenkomst

mr F.J. van Ommeren

1. Inleiding

Het convenant is alles behalve een eenduidige rechtsfiguur. Convenanten komen voor in vele soorten en maten. Zo kunnen zij worden ingedeeld naar:

- het maatschappelijk terrein waarop zij voorkomen;
- hun rechtskarakter;
- de convenantspartijen;
- hun verhouding tot regelgeving.

Om te beginnen wordt in deze bijdrage een omschrijving van het begrip convenant gegeven. Dan volgt een nadere uitwerking van de reeds genoemde mogelijkheden tot indeling. De afsluiting van deze analyse wordt gevormd door het zoeken naar een gemeenschappelijke noemer. Ondanks al de te constateren verschillen lijkt daarvoor de typering reguleringsovereenkomst zich heel wel te lenen.

2. Een begripsomschrijving

In deze bundel wordt onder een convenant verstaan: een schriftelijke ondertekende afspraak van de overheid met een of meer wederpartijen over de verwezenlijking van overheidsbeleid.¹ De begrippen 'afpraak', 'wederpartij' en 'overheidsbeleid' verdienen hier nog wat meer aandacht, wat uiteraard niet wil zeggen dat de andere termen niet van belang zijn.

Convenanten zijn *afspraken*. Afspraken zijn met een wat meer juridische term aan te duiden als overeenkomsten. Met het begrip overeenkomst is nog niet zo heel veel meer gezegd dan dat het hier niet om eenzijdige besluitvorming gaat, maar dat er sprake is van een twee- of meezijdig contract. Opmerkelijk van de verzamelterm convenanten is dat hij op een

¹ Vgl. advies van de Toetsingscommissie, *Convenanten*, CTW 92/2. (Met dit verschil dat het advies van deze commissie zich beperkt tot convenanten van de *rijksoverheid*).

groot aantal uiteenlopende overeenkomsten met een variërend rechtskarakter betrekking heeft. (Het rechtskarakter komt aan de orde in paragraaf 4).

De *wederpartij* is dikwijls een organisatie uit het maatschappelijk middenveld of een onderneming. In deze bundel gaat de aandacht voornamelijk uit naar dit type wederpartij. Maar in principe kunnen ook andere instanties partij zijn bij een convenant. Zo worden convenanten gesloten tussen overheden onderling. Bij veel convenanten zijn meerdere instanties partij. (Zie over de partijen bij het convenant paragraaf 5).

De laatste zinsnede 'over de verwezenlijking van overheidsbeleid' moet er beslist bij. Zonder deze toevoeging zouden allerlei andere overeenkomsten, van de aankoop van potloden tot en met zeer omvangrijke aanbestedingen, ook als convenant moeten worden aangemerkt. De term 'overheidsbeleid' kan worden gezien als een moderne variant op de uitdrukking 'de overheid als zodanig', een in onbruik geraakte typering uit het begin van deze eeuw, afkomstig van de geleerde Van Praag. Hij wilde daarmee aangeven dat de overeenkomst betrekking had op de bestuurstaak van de overheid.² Met de uitdrukking 'overheidsbeleid' zien we dit thans weer in een modern jasje terug.

Met een variant op Donner³ – er moet geregeerd worden – zouden we kunnen zeggen: er moet beleid gevoerd worden! Dat is noodzakelijk, ongeacht de vorm waarin dit beleid wordt gegoten: eenzijdig besluit of convenant. (Zie over de verhouding tussen convenant en eenzijdige regelgeving paragraaf 6). Daarmee is nog niets gezegd over het maatschappelijk terrein waarop beleid wordt gevoerd.

p/12 p. 459 1
(dit is eenzijdig)

2 L. van Praag, *Op de grenzen van publiek- en privaatrecht*, Den Haag 1923, p. 48, 88.

Critici brachten tegen dit oude criterium naar voren dat het geen duidelijke grens trekt, omdat de overheid nu eenmaal niet anders dan als overheid kan optreden. Ook voor het huidige begrip 'overheidsbeleid' geldt dat het tamelijk vaag is.

3 Van der Pot/Donner/Prakke, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, 12e druk Zwolle 1989, p. 167. Vgl. ook De Ru in deze bundel.

3. Functionele rechtsgebieden

Convenanten komen voor in allerlei sectoren van de samenleving. Rechtsgebieden die zich speciaal richten op een bepaald onderdeel van de maatschappij worden wel aangeduid als functionele rechtsgebieden.⁴ In functionele rechtsgebieden wordt het recht gehanteerd als instrument om maatschappelijke doeleinden mee te realiseren. Kenmerkend van deze rechtsgebieden is dat zij niet goed passen in de klassiek dogmatische indeling van de rechtsorde in publiekrecht en privaatrecht, maar op beide velden thuishoren.

In functionele rechtsgebieden is het gebruik van gemengde rechtsfiguren met een minder uitgesproken publiek- of privaatrechtelijk karakter, zoals convenanten, dan ook niet verwonderlijk. In deze bundel komt het gebruik van convenanten op vijf functionele rechtsgebieden aan de orde. Te weten:

- arbeidsrecht
- gezondheidsrecht
- milieurecht
- volkshuisvestingsrecht
- onderwijsrecht.

4. Het rechtskarakter

Een andere indeling van convenanten is die naar rechtskarakter. Een denkbare driedeling is de volgende:

- a. publiekrechtelijke en privaatrechtelijke convenanten;
- b. convenanten met inspanningsverplichtingen en convenanten die resultaatsverplichtingen bevatten;
- c. convenanten waaruit rechtens afdwingbare verplichtingen voortvloeien en convenanten die zijn aan te merken als gentlemen's agreements.

4 Zie over functionele rechtsgebieden in het bijzonder: P. de Haan, Functionele vakken als dwarsdoorsneden van publiek- en privaatrecht, *AA* 1987 p. 361 e.v. Zie ook C.A. Groenendijk, Ouderenrecht, functionele rechtsgebieden en discriminatie, *AA* 1988 p. 615 e.v.; deze auteur gaat in het bijzonder in op rechtskarakter, ontstaan en institutionalisering van deze rechtsgebieden.

Ad a. Convenanten die betrekking hebben op de wijze waarop een bestuursorgaan zijn publiekrechtelijke bevoegdheid zal gaan uitoefenen, worden wel als publiekrechtelijke (bevoegdheden)overeenkomsten aangeduid.⁵ Convenanten met een sterk vermogensrechtelijk aspect worden daarentegen als privaatrechtelijk aangemerkt. Een probleem van deze indeling is dat veel convenanten van gemengde aard zijn: zij hebben betrekking op de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid en zij kennen een vermogensrechtelijk element. Ik ben dan ook geneigd niet al te veel gewicht aan het etiket publiekrechtelijk toe te kennen; van belang is mijns inziens vooral welk rechtsgevolg men aan die kwalificatie verbindt. We bekijken achtereenvolgens: de bevoegde rechter, de contractspartij en het toepasselijke recht.

De arab-rechter merkt ook publiekrechtelijke overeenkomsten (in vorenbedoelde zin) aan als rechtshandeling naar burgerlijk recht (art. 2 lid 2 wet Arob). Ook voor procedures over publiekrechtelijke overeenkomsten dient men zich derhalve tot de burgerlijke rechter te wenden. Op dit punt leidt het epitheton publiekrechtelijk dan ook niet tot consequenties.⁶

Vrij grote onduidelijkheid bestaat er in de praktijk omtrent de vraag wie, bij een overeenkomst waarvan mede een publiekrechtelijke bevoegdheid onderwerp uitmaakt, aan overheidszijde partij moet zijn: het *bestuursorgaan*

5 P. de Haan, Th.G. Drupsteen, R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, 3e druk Deventer 1986, deel 1 p. 355. P. de Haan, Convenanten als vorm van regelgeving, *BR* 1993 p. 346 e.v. W. Konijnenbelt, Het convenant als publiekrechtelijke overeenkomst, *NJB* 1993 p. 507 e.v. (In Van Wijk/Konijnenbelt, *Hoofdstukken van administratief recht*, Utrecht 7e druk 1990 p. 295 e.v. is Konijnenbelt voorzichtiger en voorziet hij de bevoegdhedenovereenkomst nog niet zonder meer van het etiket publiekrechtelijk.)

Anders: D.A. Lubach, *Beleidsvereenkomsten*, diss. Groningen 1982 p. 181, die – terecht – opmerkt dat naar geldend recht overeenkomsten over de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden worden aangemerkt als privaatrechtelijke rechtshandelingen.

6 Zijlstra richt in zijn bijdrage in deze bundel het oog op de toekomst. Hij voorziet, zoals in de literatuur niet ongebruikelijk (zie de vorige noot), de bevoegdhedenovereenkomst van het etiket publiekrechtelijk. De consequentie die hij daaraan verbindt is dat het besluit tot het aangaan van deze overeenkomst dan kan worden aangemerkt als besluit in de zin van art. 1:3 Awb en derhalve de administratieve rechter bevoegd zal zijn. (Maar, zo vraag ik mij af, waaruit blijkt dat de administratieve rechter straks een bevoegdhedenovereenkomst als publiekrechtelijk gaat aanmerken?)

over wiens bevoegdheden wordt gecontracteerd (bijvoorbeeld het college van B en W) of de *rechtspersoon*, meestal het overheidslichaam waarvan het bestuursorgaan deel uitmaakt (bijvoorbeeld de gemeente). Soms staat een bestuursorgaan als partij in een convenant vermeld, terwijl de civiele rechtsleer eigenlijk alleen de natuurlijke persoon en de rechtspersoon als contractspartij erkent. Dit ligt anders indien een wet met zoveel woorden een bestuursorgaan tot het sluiten van bepaalde contracten bevoegd maakt (bijv. de Wet Gemeenschappelijke Regelingen). Sommige auteurs verbinden aan de kwalificatie 'publiekrechtelijk' de consequentie dat het bestuursorgaan in plaats van de (rechts)persoon namens de overheid partij bij het convenant moet zijn, zij worden daarin gevolgd door het kabinet.⁷ Ik wijs er op dat de rechter deze opvatting niet volgt, maar ook bij publiekrechtelijke overeenkomsten van de (rechts)persoon als partij uitgaat.⁸

Op het toepasselijke recht heeft het onderscheid eveneens weinig invloed. De Hoge Raad acht ook op publiekrechtelijke overeenkomsten in beginsel het privaatrecht van toepassing.⁹ En overheidscontracten die hij als privaatrechtelijk kwalificeert, toetst hij rechtstreeks aan het publiekrecht (vgl. art. 3:14 BW). Zo anticepeerde de Hoge Raad ten aanzien van een rechtsverhouding met een publiekrechtelijk karakter die was ontstaan uit een overeenkomst naar burgerlijk recht op de bepalingen van het nieuwe BW (het betrof i.c. art. 3:83) en achtte hij tevens de algemene beginselen

7 Met name W. Konijnenbelt in de in noot 5 genoemde werken. Zie ook zijn: *Convenanten als instrument van onderwijsbeleid, mislukte poging of geslaagde vondst?* Preadvies voor de vereniging voor Onderwijsrecht 1991 paragraaf 5; *Convenanten met de gemeente: fluiten in het schemerduister*, (rede Leiden 1991), Utrecht 1992 p. 19, 20. Zie ook: TK 1992-1993, 22 800 VI, nr. 4: *Kabinetstandpunt* over het advies van de Toetsingscommissie inzake convenanten (aanbeveling nr. 6).

8 Wat uiteraard niet wegneemt dat er redenen zijn aan te voeren om het recht op dit punt te wijzigen. Vgl. D.A. Lubach, *Beleidsvereenkomsten*, diss. Groningen 1982 p. 183, die voorstelt een duidelijke regeling te scheppen waarbij het bestuursorgaan dat een publiekrechtelijke bevoegdheid heeft, bevoegd wordt verklaard tot het aangaan van overeenkomsten met betrekking tot de uitoefening van die bevoegdheid. De Algemene wet bestuursrecht is daarvoor thans de aangewezen plaats. Zie D.A. Lubach, *Rechtsvorming ten aanzien van overeenkomsten in de Algemene Wet Bestuursrecht*, in: *Rechtsvorming in de sociale rechtsstaat*, (De Haan bundel), Deventer 1989, p. 37 e.v.

9 HR 10 april 1987, NJ 1988, 148 m.nt. WHH en HR 23 juni 1989, 551; NJ 1991, 673 m.nt. MS (GCN-Nieuwegein).

L. confusie - (proceduur?)
[komt feitelijk op bevoegdheden]

(AB449)

van behoorlijk bestuur op deze rechtsverhouding van toepassing.¹⁰ De theorie die dit verschijnsel voorstaat wordt wel aangeduid als de gemengde rechtsleer.¹¹

Ook voor het toepasselijke recht is de kwalificatie van de overeenkomst als hetzij publiek- hetzij privaatrechtelijk derhalve nauwelijks relevant. Dit zal mijns inziens anders kunnen liggen wanneer regels van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke herkomst met elkaar gaan conflicteren (een niet ondenkbare situatie, te meer wanneer de Algemene wet bestuursrecht regels over overeenkomsten gaat bevatten¹²). Een mogelijke oplossing daarvoor biedt mijns inziens een *prioriteitsregel*: op een publiekrechtelijke overeenkomst is in beginsel het publiekrecht van toepassing en vervult het privaatrecht een aanvullende rol; voor een als privaatrechtelijk te kwalificeren overeenkomst geldt dan het omgekeerde. Wil een dergelijke voorrangregel goed werken, dan is het wèl van belang te weten of de overeenkomst als publiek- of als privaatrechtelijk moet worden aangemerkt.

Het toepasselijke recht brengt ons tevens op de kwalificatie van de verplichtingen die uit een convenant kunnen voortvloeien. Niet altijd mogen deze verplichtingen worden aangeduid als verbintenissen. Om te spreken van een verbintenis is namelijk in principe vereist dat deze verplichtingen van *vermogensrechtelijke* aard zijn. Nu hoeft hieraan niet al te zwaar te worden getild, want het begrip vermogensrecht (zie art. 3:6 BW) wordt vrij ruim uitgelegd. 'Ook aan het administratief recht ontleende bevoegdheden, die een zekere geldswaarde vertegenwoordigen (vergunningen e.d.) kunnen als vermogensrechten worden beschouwd', zo staat geschreven in de Asser-Zakenrecht.¹³ Daar komt nog bij dat men over het algemeen aan het vermogensrechtelijke aspect van de verbintenis niet al te streng pleegt vast

10 HR 12 januari 1990, NJ 1990, 766 m.nt. WMK; AB 1991, 430 m.nt. F.J. van Ommeren (Staat-Appels).

11 Zie recent over de toepasselijkheid van regels uit het privaatrecht op publiekrechtelijke rechtsverhoudingen en van regels uit het bestuursrecht op privaatrechtelijke rechtsverhoudingen: W. Sniijders, Wederzijdse beïnvloeding van privaatrecht en bestuursrecht (NBW en Awb), *WPNR* 1992 (nr. 6074) p. 999 e.v.

12 M. Scheltema, Een bijzondere positie voor de overeenkomst in het overeenkomstenrecht? of: aandacht voor de bestuursrechtelijke overeenkomst? *WPNR* 1992 (nr. 6074) p. 958 e.v.

13 Asser *Zakenrecht* 3-1 (Mijnssen, De Haan), 13e druk Zwolle 1992 p. 5.

te houden.¹⁴ Het verbintenissenrecht kan buiten het vermogensrecht worden toegepast, voorzover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet.¹⁵ Ook in dit opzicht lijkt het etiket publiek- / privaatrechtelijk weinig onderscheidend.

Een voorbeeld van een convenant dat èn betrekking heeft op publiekrechtelijke bevoegdheden èn een vermogensrechtelijk aspect kent, vormt de Intentieverklaring uitvoering milieubeleid chemische industrie. Zoals vrijwel alle recente milieuconvenanten is ook dit convenant een bevoegdhedenovereenkomst: het convenant heeft mede betrekking op vergunningverlening. Om het afgesproken milieubeleid te realiseren zal de chemische industrie in de periode 1993-2000 ruim 10 miljard gulden moeten investeren. Daarmee kan ook een vermogensrechtelijk element moeilijk aan dit convenant worden ontzegd. In het convenant staat vermeld dat het kracht heeft van een overeenkomst naar burgerlijk recht. Partij bij het convenant zijn rechtspersonen (o.a. Rijk, provincies) en geen bestuursorganen. Zoals gezegd, lijkt mij dat bij de huidige stand van zaken terecht.

Ook het Modelconvenant sociale vernieuwing gaat uit van de rechtspersonen als partijen. Over het algemeen wordt gesproken van het Rijk en de gemeente, en slechts in zeer specifieke gevallen van een bepaalde minister, laat staan van het college van B en W. Zolang er geen wettelijke regeling in werking is getreden die anders bepaalt, lijkt mij dat correct. Het vermogensrechtelijke aspect van de convenanten die worden gesloten in het kader van de sociale vernieuwing is onmiskenbaar. Deze convenanten zijn primair gericht op een (her)verdeling van gelden en het doen van financiële uitkeringen.

Ad b. We kunnen ook kijken waartoe de verplichtingen van de conventantspartijen strekken. De meeste verbintenissen zijn doorgaans gericht op het bereiken van een zeker resultaat.¹⁶ Dit ligt bij convenanten echter

14 Zie reeds: B. Wessels, *Gentlemen's agreements*, Arnhem 1984 p. 89. En recent: R.J.J. van Acht e.a., *Milieuprivaatrecht*, Zwolle 1992, p. 213, 214.

15 Dat art. 6:216 BW vermogensrechtelijke rechtshandelingen tot onderwerp heeft, betekent niet dat het de rechter niet zou zijn toegestaan bepalingen uit het BW op niet-vermogensrechtelijke overeenkomsten toe te passen. De schakelbepaling sluit analogische toepassing buiten de aangegeven gevallen niet uit. Zie: Nieuw Burgerlijk Wetboek Tekst & Commentaar (Valk), aant. 1 bij art. 6:216 met verwijzing naar de parlementaire geschiedenis.

16 Asser *Verbintenissenrecht* 4-1 (Hartkamp), 9e druk Zwolle 1992, p. 164.

wat anders. Dikwijls verplichten convenantspartijen zich tot niet meer dan dat zij hun best zullen doen, zij zullen zich inspannen om te doen wat in hun vermogen ligt. Dit maakt deze convenanten tot 'zachte' overeenkomsten.

Overigens is ook deze tweedeling – inspanning of resultaat – niet erg geschikt als criterium om convenanten in te onderscheiden, nog afgezien van het feit dat het niet altijd even duidelijk is of een bepaalde verplichting als een inspannings- of resultaatverbintenis moet worden aangemerkt. Convenanten bevatten dikwijls beide soorten verplichtingen. De Intentieverklaring uitvoering milieubeleid basismetaleindustrie bepaalt zelfs dat het convenant voor partijen inspanningsverplichtingen bevat, tenzij expliciet is aangegeven dat het om een resultaatverbintenis gaat; hetgeen dan ook in een aantal artikelen inderdaad met zoveel woorden wordt gezegd.

Ad c. Convenanten zijn te verdelen in overeenkomsten waaruit in rechte afdwingbare verbintenissen voortvloeien en convenanten die het karakter dragen van een gentlemen's agreement. Het is tamelijk gangbaar gentlemen's agreements als onechte overeenkomsten aan te duiden. Toch moet men daarmee voorzichtig zijn. Het kenmerkende van een gentlemen's agreement is dat de rechtsgevolgen die er uit voortvloeien niet in rechte afdwingbaar zijn. Ook gentlemen's agreements kunnen worden opgevat als juridische overeenkomsten (juridische contracten), maar dan wel een van het type dat rechtens niet-afdwingbare verbintenissen met zich brengt.¹⁷

Het is een misvatting te menen dat men zich met gentlemen's agreements niet aan de regels van het recht hoeft te houden. Dat de verplichtingen die bij gentlemen's agreement worden aangegaan niet in rechte afdwingbaar zijn, wil nog niet zeggen dat met deze convenanten de regels van het recht

17 Vgl. B. Wessels, *Gentlemen's agreements*, Arnhem 1984, p. 45, 105. En recent, met een iets andere benadering die tot een vergelijkbaar resultaat leidt: J.M. van Dunné, Moeder maakt geen bastaard, *Privaatrechtelijke aspecten van convenanten*, *NJB* 1993, p. 480 e.v.

In dezelfde *NJB-speciaal* p. 475 e.v. bepleiten P.F. van der Heijden en I.C. van der Vlies, De Staat van het convenant, daarentegen om convenanten van overeenkomsten te onderscheiden en alleen van overeenkomst te spreken indien de rechten en verplichtingen afdwingbaar zijn. Dit voorstel lijkt mij moeilijk te realiseren. Een probleem daarvoor is dat partijen dikwijls bewust in het midden laten of convenanten in rechte afdwingbaar zijn en dat het uiteindelijk een kwestie van uitleg door de rechter is (vgl. art. 3:35 BW).

daarom kunnen worden ontdoken.¹⁸ Ook convenanten met het karakter van een gentlemen's agreement mogen niet in strijd zijn met de wet of met het ongeschreven recht, zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. (Dit wil niet wil zeggen dat alle regels van het recht erop van toepassing kunnen zijn – dat volgt uit de aard van het niet-afdwingbaar zijn – vgl. ook art. 6:4 BW). Behalve regels van Nederlands recht kan het Europese recht evenmin terzijde worden geschoven. Men zie ook de bijdrage van Van Paridon in deze bundel, die er op wijst dat ook gentlemen's agreements onder het verbod van art. 85 EG kunnen vallen.¹⁹

Niet altijd kan het rechtsgevolg van een convenant worden aangeduid als een verbintenis. Zoals onder punt a reeds aan de orde gesteld, hoeft een convenant geen betrekking te hebben op vermogensrechtelijke zaken. Daarom geldt ook voor de gentlemen's agreements de vraag of de des betreffende convenanten al dan niet van vermogensrechtelijke aard zijn. Uit vermogensrechtelijke convenanten die niet in rechte afdwingbaar zijn vloeien natuurlijke verbintenissen voort. Convenanten die noch in rechte afdwingbaar zijn noch een vermogensrechtelijk karakter hebben, worden veelal aangeduid als 'politieke afspraken.' Maar erg vast is het spraakgebruik ook hier niet. Immers, sommige van deze politieke afspraken houden een vermogensrechtelijk aspect in, zeker nu het begrip vermogensrecht ruim wordt uitgelegd; in rechte afdwingbaar zijn zij echter niet.

Wanneer een convenant niet in rechte afdwingbaar is, wil dat nog niet zeggen dat het met de naleving slecht zou zijn gesteld. Uit recent bestuurskundig onderzoek blijkt dat de naleving in de praktijk redelijk, zij het niet geweldig is.²⁰ Het zou interessant zijn te vernemen hoe een vergelijking met wetgeving uitvalt: is het met de naleving daarvan beter, slechter of hetzelfde gesteld?

18 Via een iets andere weg komt D.W.P. Ruiters, Om de verbindendheid van bestuursakkoorden, *NTB* 1987 p. 73 e.v. tot een vergelijkbare conclusie. Hij wijst op rechtens verbindende regels die aan rechterlijke toepassing zijn onttrokken. Vgl. ook H.M. de Jong, Juridische vormgeving en sociale vernieuwing, *de Gemeentestem* nr. 6933 (1991) p. 636 e.v.

19 Zie ook: B. Wessels, *Gentlemen's agreements*, Arnhem 1984, p. 53 e.v.

20 R.A. van de Peppel, M. Herweijer, *Convenanten in soorten*, *NJB* 1993 p. 489 e.v.

Gewone obligatoire overeenkomsten hebben betrekking op vermogensrechtelijke zaken, zij brengen meestal resultaatsverbintenissen teweeg die in rechte afdwingbaar zijn. De punten a tot en met c laten echter zien dat dit bij convenanten niet vanzelfsprekend is. Convenanten hebben meestal mede betrekking op de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden, zij bevatten veel inspanningsverplichtingen en de juridische afdwingbaarheid ervan wordt nogal eens in het midden gelaten. Met dit alles vertoont het rechtskarakter van convenanten een beeld dat afwijkt van het standaardpatroon.

5. Convenantspartijen

Wanneer we convenanten onderscheiden naar hun convenantspartijen, vallen zij in drie groepen uiteen:

- a. aan beide zijden is de overheid partij;
- b. de overheid sluit een convenant met een private (rechts)persoon (veelal een maatschappelijke organisatie);
- c. aan beide zijden is een private (rechts)persoon partij (maar op de achtergrond speelt de overheid een belangrijke rol).

Ad a. Over convenanten waarbij aan beide zijden een overheidsinstantie partij is gaat het in deze bundel niet direct, maar zij zijn volledigheidshalve het vermelden waard. Bekende voorbeelden vormen de bestuursakkoorden tussen Rijk - VNG, Rijk - IPO en de diverse deelakkoorden en de convenanten die gesloten zijn tussen het Rijk en vele gemeenten in het kader van de sociale vernieuwing. Onder 'overheidsinstantie' wordt in dit verband verstaan: zowel de publiekrechtelijke rechtspersonen (Staat, provincie, gemeente, waterschap, bedrijfsschap enz.) als de instellingen waarbij zij zich kunnen aansluiten zoals de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) en het Interprovinciaal Overleg (IPO).

Ad b. Dit is de meest voorkomende variant, waarnaar in deze bundel veruit de meeste aandacht uitgaat.

Over wie precies convenantspartij moet zijn, zowel namens de overheid als namens bepaalde maatschappelijke organisaties, bestaan nogal wat onduidelijkheden. Een probleem is met name de bevoegdheid van de convenantsluitende organisatie namens haar achterban te spreken en deze

aan het convenant te binden. Zo werd het Generaal Akkoord van de medisch specialisten gesloten tussen de Staat en de Landelijke Specialisten Vereniging (LSV). De individuele specialisten waren geen contractspartij.²¹ Bij de Intentieverklaring Basismetaal is de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) een van de partijen. De VNG is echter niet bevoegd de gemeenten juridisch aan het convenant te binden.²² Zie over de vraag in hoeverre de leden van een convenant sluitende organisatie aan de bepalingen van een convenant zijn gebonden de bijdrage van Van der Ploeg in deze bundel.

Een andere kwestie is wie aan overheidszijde partij moet zijn bij convenanten waarin mede toezeggingen over publiekrechtelijke bevoegdheden worden gedaan: het bestuursorgaan of de rechtspersoon? Dit punt is reeds in de vorige paragraaf onder a aangestipt.

Ad c. Strikt genomen voldoen deze convenanten niet aan de bovengegeven omschrijving; daarvoor zou immers minstens één partij tot de overheid moeten behoren. Maar bij deze convenanten speelt de verwezenlijking van overheidsbeleid een dermate grote rol, dat we toch niet om deze convenanten heen kunnen.

Aangezien de overheid niet direct is betrokken, zijn de convenanten die in dit kader worden gesloten, te beschouwen als een vorm van *zelfregulering*. Veelal speelt de overheid op de achtergrond toch een belangrijke rol. Een wet of wettelijk beleid kan de voorwaarden bevatten waaronder deze zelfregulering plaatsvindt; gesproken wordt in dit verband wel van wettelijk gestructureerde en geconditioneerde zelfregulering.²³ De dreiging met regulering van overheidswege vormt een belangrijke prikkel voor partijen om tot zelfregulering te komen.

Voorbeelden van dit soort convenanten vormen het Vijfpartijenakkoord

21 Opgemerkt zij dat naast de LSV ook enkele individuele medisch specialisten aan de procedures tegen de Staat hebben deelgenomen. Zij hebben als derden verklaard gebruik te willen maken van hetgeen de partijen van het Generaal Akkoord te hunnen behoefte hebben bedongen. Zie Pres. Rb Den Haag, 7 april 1988, AB 1988, 309 m.nt. FHvdB.

22 Zie: Toetsingscommissie, *Convenanten en vergunningverlening*, CTW 93/1, p. 6.

23 Zie over zelfregulering binnen een wettelijk kader met name: Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Rechtshandhaving*, Den Haag 1988, p. 48, 49; Commissie voor Consumentenaangelegenheden, *Rapport wettelijke ondersteuning zelfreguleringsafspraken*, Den Haag 1989, (SER 89/20). Over beide rapporten: J.P. Balkenende, *Overheidsregelgeving en maatschappelijke organisaties*, diss. VU 1992, p. 79 e.v.

tussen de organisaties van ziektekostenverzekeraars, de medisch specialisten en de ziekenhuizen en de Modelregeling voor de Rechtsbijstand aan Asielzoekers (waarover meer in de volgende paragraaf).

Overigens is ook bij zelfregulering het woordgebruik niet erg vast, aangezien zelfs convenanten waaraan de overheid deelneemt als een vorm van zelfregulering worden aangemerkt.²⁴ Een dergelijk onvast spraakgebruik maakt het er allemaal niet overzichtelijker op.

6. Categorieën: alternatieven van regelgeving

Weer een heel andere indeling is die waarbij de verhouding tot regelgeving voorop staat.

Allereerst kunnen convenanten onderscheiden worden in algemene en concrete. *Algemene* convenanten dienen als alternatief voor besluiten van algemene strekking (veelal lagere wetgeving zoals amvb's).²⁵ *Concrete* convenanten dienen als alternatief voor beschikkingen (bijvoorbeeld vergunningen).

Een overzichtelijke indeling is de volgende:²⁶

- a. Toegezegd wordt tot een regeling te komen, zonder op de inhoud van die regeling in te gaan: alleen het onderwerp wordt genoemd.
- b. *Overbruggingsconvenanten* dienen ter opvulling van een hiaat in de

24 Bijvoorbeeld: in het rapport van de Commissie-Deetman (Bijzondere commissie Vraagpunten) TK 1990-1991, 21 427 nr. 3 p. 50; het advies voor de Toetsingscommissie over implementatie van EG-regelgeving in de nationale rechtsorde, Den Haag 1990, p. 35.

Vgl. ook de zelfreguleringsovereenkomsten die worden gesloten op grond van de Drank- en Horecawet, waarover: S.R. Formsma, Paracommercialisering en zelfregulering in de Drank- en Horecawet en D.W.P. Ruiters, Zelfregulering in de Drank- en Horecawet, beide in: N.J.H. Huls, H.D. Stout (red.), *Reflecties op reflexief recht*, Zwolle 1992, p. 111 e.v., p. 125 e.v.

25 Zie hierover ook: N.Q.M. Ooschot, Alternatieven voor wetgeving, *Openbaar bestuur* 1992 nr. 4, p. 2 e.v. en uitvoerig: P. de Haan, Convenanten als vorm van regelgeving, *BR* 1993 p. 346 e.v.

26 Zie voor een meer uitvoerige uiteenzetting over deze indeling: F.J. van Ommeren, B.J. Schueller, Wordt Nederland een convenantendemocratie? (Deel 1) Wet en convenant: een typologie. *RegelMaat* 1992 p. 38 e.v.

regelgeving. Zij 'repareren' tijdelijk de reeds bestaande regels, zulks in afwachting van nieuwe nog tot stand te komen regelgeving.

- c. *Vooruitlopende convenanten* lopen, zoals het woord al zegt, vooruit op nieuwe regelgeving. Deze convenanten anticiperen naar hun inhoud op toekomstige regelgeving; in de nieuwe regeling wordt hun inhoud zo veel mogelijk als uitgangspunt genomen.
- d. *Aanvullende/uitvoerende convenanten* hebben de strekking wetgeving overbodig te maken. Zij treden meestal in de plaats van (lagere) uitvoeringswetgeving en vullen of scherpen hogere regelgeving aan.
- e. *Zelfstandige convenanten* zijn convenanten waaraan geen in wetgeving neergelegde beleidslijnen ten grondslag liggen. Deze convenanten hebben eveneens de strekking wetgeving overbodig te maken. Verschil met de vorige categorie is echter dat zij niet op hogere stukken zijn gebaseerd.^{27 28}

Deze indeling dient gezien te worden als een model. Zij kan niet meer zijn dan een (vereenvoudigde) afspiegeling van de werkelijkheid. In feite bevatten convenanten soms bepalingen die in meer dan één categorie thuishoren.

Ik zal een aantal voorbeelden geven van bovengenoemde typen van convenanten die als alternatief voor regelgeving dienen. Zie voor een toepassing van deze indeling op milieuconvenanten de bijdrage van Michiels in deze bundel.

27 Zelfstandige convenanten kunnen bij de aanvullend/uitvoerende convenanten worden ondergebracht omdat zij meestal hogere regelgeving uitvoeren en tévens lagere regelgeving vervangen. Tenzij het blijkt te gaan om een geheel op zichzelf te beschouwen soort convenanten, te weten de gedoogconvenanten. (Een afwijkend type convenanten dat hier verder niet ter sprake hoeft te komen).

28 In plaats van 'zelfstandige' convenanten wordt in de milieurechtelijke literatuur ook wel gesproken over 'regelvervangende' convenanten. Beter is het mijns inziens dan te spreken over *zuiver* regelvervangende convenanten, want andere typen convenanten, zoals overbruggings-, vooruitlopende en aanvullende/uitvoerende convenanten, zijn tévens regelvervangend.

Zie ook R.J.J. van Acht, L.J.A. Damen, *Effectieve toepassing van milieuconvenanten*, Amsterdam 1991 p. 30 alwaar de auteurs er terecht op wijzen dat aanvullende / uitvoerende convenanten onder andere tevens vervangend kunnen zijn. Vgl. ook R.J.J. van Acht, Het milieuconvenant. Status en rechtsgevolgen van een omstreden instrument, *RM Themis* 1991, p. 320 die wijst (in weer iets andere zin) op de tweeledige betekenis van het woord 'vervangen'.

Ad a. Deze convenanten lijken op vooruitlopende convenanten. Verschil is echter dat dit type niet of nauwelijks inhoudelijke bepalingen bevat, maar zich beperkt tot toezeggingen om te zijner tijd tot regelgeving te komen. Een recent voorbeeld vormt het Memorandum over de kostenbeheersing in de gezondheidszorg.²⁹ Ook het Convenant Arbeidsomstandigheden Bouwnijverheid behoort tot deze categorie. In dit convenant zegt het ministerie onder meer toe dat de overheid zich zal inspannen voor de totstandkoming van een wettelijk verbod op het gebruik van asbest op een zo kort mogelijke termijn. Op welke wijze dit verbod zal worden gerealiseerd, staat er niet bij.

*koron
(handacties)*

Ad b. Een convenant leent zich naar zijn aard (flexibel, snel tot stand te komen, direct overleg) er goed voor als overbruggingsmaatregel te dienen. Een convenant dat onlangs deze functie succesvol vervulde is het PET-flessen convenant (officieel: Gedragscode inzake PETP-flessen).³⁰ Dit convenant vulde een hiaat op in de Statiegeldverordeningen van het Bedrijfschap Frisdranken en Waters.³¹ Met het van kracht worden van de aangepaste Statiegeldverordening en het daarbij behorende Uitvoeringsbesluit op 1 januari 1993 is het convenant overbodig geworden. Het convenant is dan ook beëindigd. Thans vallen alle frisdranken- en mineraalwaterflessen onder de nieuwe statiegeldverordening.

Ad c. In het bijzonder ziet het kabinet een belangrijke rol voor convenanten weggelegd: 'als vaststaat dat er wetgeving komt om vooruitlopend vast resultaten te boeken.'³² Dat is opmerkelijk, aangezien in het bijzonder dit type convenant het probleem meebrengt dat de minister zich moeilijk kan binden aangezien hij dan het parlement buiten spel zet (een gevaar dat ook in het kabinetsstandpunt onder ogen wordt gezien). Dit speelt met name wanneer de uiteindelijke wet toch tot andere resultaten leidt dan bij convenant

²⁹ Officiële naam: Memorandum inzake uitkomsten overleg kabinetsdelegatie - verzekeraars.

³⁰ Dit in tegenstelling tot Duitsland. Vgl. voor de mislukte poging aldaar om via een convenant te komen tot het instellen van statiegeld, de bijdrage van Grijs in deze bundel.

³¹ Dit hiaat moest vanwege een EG-richtlijn uit 1985 worden opgevuld. Zie de bijdrage van Sewandono in deze bundel.

³² *Kabinetsstandpunt*, TK 1992-1993, 22 800 VI, nr. 4: p. 9.

voorzien was. De minister zal het voorlopige karakter van het convenant moeten benadrukken om geen valse verwachtingen bij de wederpartij te wekken. Het is dan ook niet voor niets dat Aanwijzing 6 lid 2 van de nieuwe Aanwijzingen voor de regelgeving³³ zegt dat met het doen van uitspraken en toezeggingen over nieuwe regelingen grote terughoudendheid moet worden betracht. Ondanks deze waarschuwing worden er in de praktijk tamelijk veel vooruitlopende convenanten gesloten.³⁴

Een convenant dat tot deze categorie behoort is het omvangrijke Convenant inzake de privatisering van het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds dat op 10 februari 1993 is gesloten. Dit convenant loopt op maar liefst vier wetten vooruit: de Wet privatisering ABP, de Tijdelijke wet arbeidsongeschiktheidsverzekering overheidspersoneel, de Wet algemene regeling vrijwillig vervroegd uittreden overheidspersoneel en de Wet financiële voorzieningen privatisering ABP. Tevens loopt het convenant vooruit op twee privaatrechtelijke regelingen: een pensioenregeling en een regeling inzake de vut.

Vooruitlopende convenanten kunnen tevens aanvullende/uitvoerende convenanten zijn. Zij vullen dan hogere wetgeving aan en lopen tevens vooruit op lagere wetgeving. Een voorbeeld hiervan biedt het Convenant rijksoverheid - wasmiddelenfabrikanten. Dit convenant vult de Wet milieugevaarlijke stoffen (Wms) aan en loopt tevens vooruit op een amvb welke op de Wms zal worden gebaseerd.

Het is ook mogelijk dat een convenant aanvankelijk op een wet vooruitloopt maar vervolgens, zodra deze in werking is getreden, zijn functie niet verliest maar als aanvullend/uitvoerend convenant blijft functioneren. Dat was het geval bij het Convenant over de bestrijding van SO₂ en Nox. Dit convenant liep vooruit op een herziening van een amvb: het Besluit emissie-eisen stookinstallaties WL_V (afgekort: Bees WL_V), maar uiteindelijk, na de inwerkingtreding van de wijziging, is het convenant niet overbodig geworden daar het tevens uitvoering geeft aan de doelstellingen van het Bees WL_V.³⁵

³³ Vastgesteld bij besluit van 18 november 1992, Stcrt. nr. 230.

³⁴ En deze categorie zou nog ruimer zijn indien de enkele toezegging om tot regelgeving te komen niet van deze categorie was afgezonderd en apart was geplaatst onder a. Met de convenanten van type a is in de praktijk de positie van het parlement veel minder vlug een probleem. Naar ik veronderstel, valt de verklaring daarvoor te zoeken in de omstandigheid dat inhoudelijk dan nog (te) weinig werd toegezegd.

³⁵ Stb. 1992, 451. Het convenant is als bijlage bij dit besluit opgenomen.

*↳ zie het Memorandum (p. 92) en regelgeving
voorbeeld (vgl. 5. p. p. 65)*

Ad d. In het advies van de Toetsingscommissie wordt er op gewezen dat convenanten in de praktijk meer als aanvulling op dan als vervanging van wetgeving worden gebruikt.³⁶ Dit lijkt mij een juiste constatering, mits daarbij wordt aangetekend dat die aanvullende convenanten tegelijkertijd lagere regelgeving kunnen vervangen. Convenanten worden inderdaad gesloten in de uitvoeringssfeer. Zij liggen dan in het verlengde van de hogere regeling en kunnen tegelijkertijd een lagere vervangen.

Een voorbeeld hiervan vormt het Moratorium embryo-onderzoek. Dit convenant moet een alternatief gaan vormen voor een amvb op basis van de te daartoe te wijzigen Wet inzake medische experimenten.³⁷ De betrokken ministers verlangen van de wetenschappelijke onderzoekers de toezegging dat voorlopig van experimenteel onderzoek met embryo's zal worden afgezien. Mocht dit onverhoopt niet slagen dan zal alsnog de amvb worden ingezet. De bevoegdheid een amvb tot stand te brengen dient als stok achter de deur. De amvb biedt de mogelijkheid het verrichten van wetenschappelijk onderzoek met door in vitro fertilisatie tot stand gebrachte embryo's voor twee tot vier jaar te verbieden.

Een voorbeeld op lokaal niveau vormen de speelautomatenconvenanten. Zij vullen de Wet op de kansspelen en de plaatselijke verordeningen aan. De convenanten beogen overmatig gokken te voorkomen. Zij bevatten niet alleen voorschriften die reeds op grond van de verordening aan de vergunning kunnen worden verbonden, maar ook voorschriften en beperkingen die niet in de verordening worden genoemd.³⁸

Ad e. Zuiver zelfstandige convenanten komen in de praktijk niet veel voor, zoals ook de Toetsingscommissie constateert. Een eenduidige keuze tussen convenant en wetgeving doet zich dan ook nauwelijks voor.³⁹ (Dat hoeft niet te verbazen, want juist dit soort convenanten staat op gespannen voet met de democratische grondbeginselen. Zie uitvoerig over de democratische legitimatie van convenanten de bijdrage van Sap in deze bundel. Sap betoogt

36 Toetsingscommissie, *Convenanten*, CTW 92/2, p. 16.

37 TK 1992-1993, 23 016, nr. 1 e.v.

38 Zie hierover: C.J.A.M. Merckx, C.P.J. Goorden, Instrumenten voor gemeentelijk speelautomatenbeleid (slot), *de Gemeentestem* 1992 (no. 6938) p. 101 e.v. Vz. CBB 24 juli 1992, Gst. 1993 (no. 6961, 6) p. 133 e.v. m.nt. C.P.J. Goorden.

39 Aldus: Toetsingscommissie, *Convenanten*, CTW 92/2, p. 15.

x *Handwritten note:* *Handwritten (pencil) over anti-medicijnbeleid en gemeentelijk beleid.*

dat enkel wanneer het convenant géén uitvoerende daad zou betreffen, zich uit staatsrechtelijk oogpunt een probleem voordoet.) Algemene convenanten staan immers vrijwel steeds in een bepaalde verhouding tot de wet, zoals de typologie al aangeeft. Mocht zich bij hoge uitzondering toch zo'n eenduidige keuze voordoen dan spreekt het kabinet in beginsel een voorkeur voor wetgeving uit.⁴⁰ Dat lijkt mij terecht. Het gaat er om de juiste combinatie van wetgeving en convenant te vinden.

Een vergelijkbare indeling valt te maken voor concrete convenanten (als alternatief voor beschikkingen). Met name komen convenanten voor die vooruitlopen op bepaalde beschikkingen of die beschikkingen vervangen.⁴¹ Bij een dergelijke indeling kunnen de accenten wat anders uitvallen dan bij een indeling van algemene convenanten.

Een dwarsdoorsnede ter illustratie

De indelingen in deze bijdrage staan los van elkaar: allerlei combinaties zijn denkbaar. Zo loopt de indeling in partijen dwars door de indeling van convenanten als alternatieve regelgevingscategorieën heen. In de categorie van de aanvullende/uitvoerende convenanten komen bijvoorbeeld zowel convenanten voor waarbij uitsluitend overheden partij zijn, als convenanten tussen overheid en particuliere organisaties, als convenanten waarbij de overheid slechts op de achtergrond een belangrijke rol speelt. En deze combinaties zijn op zichzelf ook weer denkbaar op verschillende maatschappelijke terreinen; om nog maar te zwijgen over de variaties in rechtskarakter van deze convenanten die zich daarbij kunnen voordoen.

Een voorbeeld tot slot vormt de Modelregeling voor de Rechtsbijstand aan Asielzoekers. Art. 8 lid 1 sub e Wet rechtsbijstand aan on- en minvermogenden (WROM) biedt de wettelijke basis voor het voeren van een selectief toevoegingsbeleid ten aanzien van advocaten. Het artikel geeft de Kroon de bevoegdheid om bij amvb nadere regels te geven over de wijze

40 *Kabinetsstandpunt* over het advies van Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten inzake convenanten, p. 8.

41 Zie: P. de Haan, Th.G. Drupsteen, R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, 3e druk Deventer 1986, deel 2 p. 93; en recent: M.H. Kobussen, Beschikkingsvervangende overeenkomsten en overeenkomsten tussen overheden als bijzondere (bestuurs)-overeenkomsten? *WPNR* 1992 (nr. 6074) p. 993 e.v.

waarop en de mate waarin met de wens van een verzoeker om toevoeging van een bepaalde raadsman rekening zal worden gehouden.

Het selectieve toevoegingsbeleid in asielzaken berust echter niet op een amvb maar op de Modelregeling voor de Rechtsbijstand aan Asielzoekers (MRA). Deze regeling is een gezamenlijke verantwoordelijkheid van de Orde van Advocaten in het arrondissement en het in het arrondissement gevestigde bureau voor rechtshulp, aldus art. 2 MRA. De rechtbank Utrecht merkt deze regeling aan als een tussen de advocatuur en bureaus voor rechtshulp gesloten convenant.⁴²

De zaak waarbij dit convenant een cruciale rol speelde, verliep als volgt (voorzover voor het voorbeeld van belang). Advocaat mr X kan zich niet verenigen met de beslissing van het Bureau voor Rechtshulp waarbij zijn cliënt een toevoeging is geweigerd. Mr X heeft de rechtbank bericht niet te voldoen aan de vereisten van de MRA. De rechtbank acht de MRA niet in strijd met de Grondwet, omdat de wettelijke basis voor een soortgelijke beperking al was geschapen. Het feit dat de uitwerking van deze wet niet in een amvb vastligt maar in een convenant vindt de rechter niet van doorslaggevende betekenis.

Bij dit voorbeeld valt het volgende op te merken. Het convenant vormt een uitwerking van de WROM; het is een alternatief voor een amvb die de Kroon op grond van de WROM bevoegd is vast te stellen. Derhalve behoort het convenant tot de categorie van de aanvullende/uitvoerende convenanten.

Bij dit convenant is de overheid geen partij. Zij speelt op de achtergrond wel een belangrijke rol. Het convenant vormt een mooi voorbeeld van geconditioneerde zelfregulering met behulp van een convenant. De wettelijke basis voor deze zelfregulering wordt gevormd door de WROM.

De rechter wijst erop dat het ontwerp van een amvb (betrekking hebbend op de mogelijkheid van zogenaamde contracts- of abonnementsadvocatuur) aan de Staten-Generaal moet worden voorgelegd (vgl. art. 8 lid 3 WROM). Aangezien voor het selectieve toevoegingsbeleid in asielzoekerszaken in plaats van een amvb een convenant is gesloten, heeft het parlement geen inzage in dit beleid meer gehad. Wat dat betreft maakt het convenant in

⁴² Pres. Rb Utrecht 15 april 1992, JSV 1992, 162.

vergelijking met een amvb enigszins inbreuk op de democratiegedachte. Maar dat is bij zelfregulering onvermijdelijk.

7. De reguleringsovereenkomst

Convenanten worden met verschillende namen getooid, hun rechtskarakter kan sterk variëren, zij kennen uiteenlopende instanties als partij en zij komen voor in allerlei sectoren van de samenleving. Veel eenheid valt er op het eerste gezicht niet in te ontdekken. Is het mogelijk convenanten die op zoveel punten van elkaar verschillen onder een gemeenschappelijke noemer samen te brengen? Het lijkt haast van niet.

Als er evenwel één aspect is waarop de hier besproken convenanten overeenstemmen, dan is het wel dat zij regulerende werking hebben. Convenanten bevatten normen en criteria die behoren door te werken ten aanzien van nadere besluitvorming. Deze normen en criteria kunnen zowel betrekking hebben op de verder te volgen procedure als op de inhoudelijke kant van de te reguleren zaak.

Algemene convenanten hebben betrekking op regelgeving of staan daarmee in verband. Zij bevatten afspraken omtrent regelgeving, die tevens op een of andere manier als een (tijdelijk) alternatief voor regelgeving dienen: zij kunnen overbruggen, vooruitlopen, aanvullen/uitvoeren enz. De besluiten die op grond van een algemeen convenant worden genomen, kunnen zelf ook van algemene strekking zijn, maar dat is niet noodzakelijk. De normstelling van algemene convenanten kan heel wel tot in concrete besluiten doorwerken. Algemene convenanten bevatten criteria op grond waarvan concrete beslissingen worden genomen; soms bevatten zij zelfs de voorschriften die aan een vergunning moeten worden verbonden. Een algemeen convenant is op zichzelf een alternatief voor regelgeving, maar kan (als zoveel regelgeving) tevens van invloed zijn op concrete besluitvorming. In zoverre zijn ook algemene convenanten gericht op concrete besluiten.

Evenals eenzijdige regelgeving zijn convenanten te beschouwen als een vorm van regulering. Convenanten zijn een betrekkelijk nieuwe manier om situaties te reguleren. Zij belichamen de neerslag van een andere reguleringstechniek dan de traditionele weg van wetgeving of beleidsregels. Convenanten zijn aan te duiden als *reguleringsovereenkomsten*. Zij bevatten

normen of criteria waarmee bij verdere besluitvorming door overheid en wederpartij rekening behoort te worden gehouden.

De regulerende werking blijft niet beperkt tot algemene convenanten, maar komt ook voor bij concrete convenanten voorzover deze normstellend van aard zijn. Immers, ook een concreet convenant kan normen en criteria bevatten die bij een vervolgbesluit of -overeenkomst in acht moeten worden genomen.

Bij convenanten doen zich dezelfde problemen voor als bij andere vormen van regulering, bijvoorbeeld op het punt van de openbaarmaking. Ten aanzien van door de rijksoverheid gesloten convenanten waarbij van belang is dat ook anderen dan convenantpartijen van de inhoud kennis kunnen nemen, beveelt de Toetsingscommissie aan deze actief openbaar te maken, bij voorkeur door publikatie in de Staatscourant met overeenkomstige toepassing van artikel 4 van de Bekendmakingswet, dan wel door publikatie van de samenvatting van het convenant in de Staatscourant waarbij wordt meegedeeld waar de gehele tekst van het convenant kan worden ingezien (vgl. art. 5 Bekendmakingswet).⁴³ Het slotartikel van het Convenant inzake de privatisering van het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds bepaalt dat het convenant zal worden gepubliceerd in de Staatscourant, omdat het tevens de belangen kan raken van anderen dan de bij het convenant betrokken partijen.

Evenals beleidsregels vormen de convenanten een verplichting voor de overheid om in beginsel overeenkomstig het gestelde te handelen. Zij vormen een richtsnoer voor de overheid bij de uitoefening van haar bevoegdheden.⁴⁴ Door het sluiten van een convenant bindt de overheid immers niet alleen de wederpartij maar ook zichzelf. De binding aan convenanten is niet volledig: de overheid kan er onder omstandigheden van afwijken. Ook in dit opzicht doen convenanten sterk aan beleidsregels denken. Het tussen de Staat en de levensverzekeringsbranche gesloten convenant over het begrip 'goed koopmansgebruik' laat zien dat een convenant kan functioneren als een

43 Toetsingscommissie, *Convenanten*, CTW 92/2, (Aanbeveling nr. 11).

44 De Toetsingscommissie, *Convenanten en vergunningverlening*, CTW 93/1, p. 7 vergelijkt convenanten met beleidsregels.

wetsinterpreterende beleidsregel.⁴⁵ Dit convenant strekt er met name toe onzekerheid te voorkomen rond de interpretatie van het begrip 'goed koopmansgebruik' uit de Wet op de inkomstenbelasting 1964.⁴⁶ De overheid dient de wet conform het convenant uit te leggen.

Het is een misverstand te menen dat het (wetgevings)beleid van de overheid alleen maar eenzijdig zou kunnen worden ontwikkeld. Veel beleid ontstaat eerst in overleg met een wederpartij, in het bijzonder met de maatschappelijke organisaties. Het convenant is de schriftelijke ondertekende neerslag van samen gemaakte beleidsafspraken; het vormt mede de grondslag voor het te voeren beleid.⁴⁷

In bepaalde opzichten vertonen convenanten karaktertrekken van eenzijdige regelgeving (zowel van wetten als van beleidsregels). Maar al met al staan convenanten voor een geheel eigen vorm van regulering: die van de overeenkomst.

8. Slot

Convenanten hebben meestal mede betrekking op de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden, zij bevatten veel inspanningsverplichtingen en de juridische afdwingbaarheid ervan wordt nogal eens in het midden gelaten. Met dit alles vertoont het rechtskarakter van convenanten een beeld dat afwijkt van het standaardpatroon dat overeenkomsten in de wereld van het recht ten toon spreiden. Convenanten zijn te bestempelen als

45 J.H. van Kreveld, *Beleidsregels in het recht*, diss. Groningen 1983, onderscheidt, hoewel zij sterk op elkaar lijken, wetsinterpreterende regels van beleidsregels. In de Algemene wet bestuursrecht worden wetsinterpreterende regels echter wel als beleidsregels aangemerkt, vgl. art. 4.4.1 Voorontwerp Awb derde tranche.

46 Dit convenant dateert uit 1969. Zie voor recente parlementaire discussies over dit convenant en de vraag of het convenant niet wettelijk zou moeten worden vastgelegd: TK 1989-1990, 21 198, nr. 7 en TK 1990-1991, 21 198, nr. 9.

47 Vgl. E.M.H. Hirsch Ballin, *Publiekrecht en beleid*, diss. Amsterdam 1979, p. 243: 'Ging het vroeger slechts om contracten over het beleid van de overheid, nu gaat het tevens om beleid krachtens contracten met de overheid: de mogelijkheid van het voeren van beleid ontstaat pas in de contractuele relatie overheid - pluralistische machthebber.' Zie over pluralisme ook de bijdrage van J.W. Sap in deze bundel.

→ vgl. ook v.k. de v. p. 245. de beleidsmaat in overleg met belanghebbende organisaties tot stand gekomen is.

mr F.J. van Ommeren

reguleringsovereenkomsten, als een methode van regulering waarin de zelfbinding van de overheid en de eigen verantwoordelijkheid van de wederpartij een belangrijke rol spelen.

Algemene vraagstukken