

## De Gemeentestem, Hennekens: autonoom of onder medebewind?

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

<b>Vindplaats:</b>	Gst. 2008, 125	<b>Bijgewerkt tot:</b>	14-11-2008
<b>Auteur:</b>	Prof. mr J.G. Brouwer, prof. mr A.E. Schilder, mr. F.R. Vermeer		-

**Wetgang:** Gemw art. 108, lid 2; Gemw art. 108, lid 1; Gw art. 19, lid 3;

### Hennekens: autonoom of onder medebewind?

Dat de voormalige Nijmeegse hoogleraar en staatsraad Hennekens hard kan oordelen, wisten we, maar dat hij zo streng kan zijn als in zijn kolom 'Op-recht bekeken' in *Gst.* 2008, 107, hadden we nu ook weer niet verwacht. Wat is het geval? Enkele 'examenkandidaten' bestempelen in hun werkstukken de prostitutie-, de ophoudings- en de veiligheidsrisicogebiedverordening tot facultatieve medebewindsverordeningen. Het meest uitgebreid doen Brouwer en Schilder dat in *Gemeentelijke verordeningen, Ars Aequi Cahiers*, 3e druk, Nijmegen 2004, p. 22. Volgens Hennekens is dat echter volkomen onjuist: de kandidaten hebben niets begrepen van het onderscheid tussen autonomie en medebewind. Voor hem is de fout zo ernstig dat hun kennis van 'het' Decentralisatierecht op het niveau van een nul wordt gewaardeerd. Zelfs een 1 voor de moeite kan er nog niet van af. Wij - de 'kandidaten' - komen evenwel mede aan de hand van de studiestof waaruit de professor - nogal selectief - citeert nog steeds tot dezelfde conclusies.

Hennekens hanteert als we hem goed begrijpen (de column bevat meer citaten dan eigen redeneringen) als uitgangspunt voor het bepalen van het verschil tussen autonomie en medebewind toch vooral de formele toets van art. 108 lid 2 Gemw. Dankzij het amendement Schutte houdt deze laatstgenoemde bepaling in dat regeling en bestuur van het gemeentebestuur (alleen) kunnen worden gevorderd bij of krachtens een andere wet dan de Gemeentewet.

Een opvatting dat langs deze lijn ook de scheidslijn tussen autonomie en medebewind loopt, is hoewel verdedigbaar niet een keuze die dwingend uit ons rechtssysteem voortvloeit. Naar onze mening is het niet nodig het onderscheid tussen de overgelaten taken als bedoeld in art. 108 lid 1 Gemw en de gevorderde taken op grond van een bijzondere wet zoals bedoeld in art. 108 lid 2 gelijk te stellen met het begrippenpaar autonomie en medebewind. De drijfveer achter het amendement van Schutte zat in de taakverwaarlozingsregeling, die zwaarder is voor niet uitgevoerde taken welke uit een specifieke hogere regeling voortvloeien dan die krachtens de Gemeentewet. Een wettelijke definitie van wat we onder autonomie en medebewind zouden moeten verstaan is daarmee niet gegeven.

Bij de aanduiding van de genoemde verordeningen hebben wij een meer materieel criterium gehanteerd, zoals ook de door Hennekens geciteerde omschrijving van Kortmann: 'Bij autonomie is er sprake van eigen beleid, eigen 'politiek' van het gedecentraliseerde ambt. Het bepaalt zelf zijn doelen en middelen. Bij medebewind is er sprake van meewerken aan, mede realiseren van beleid dat, al dan niet in hoofdlijnen, door een ambt van een ander overheidsorgaan is vastgesteld' (*Constitutioneel recht*, 6e druk, 2005, p. 478). Hoe moeten we in het licht van een dergelijke omschrijving de prostitutieverordening kwalificeren? Om die vraag te beantwoorden gaan we kort in op de totstandkomingsgeschiedenis (een exercitie die we de lezer zullen besparen voor de andere verordeningen die we als medebewind categoriseerden). De paarse regering wilde destijds af van het bordeelverbod in het Wetboek van Strafrecht en de prostitutie legaliseren mede om vrouwenhandel effectiever te kunnen aanpakken. In de Tweede Kamer voorzag men evenwel problemen om dit te doen zonder aan de gemeenteraad een extra bevoegdheid toe te delen die het mogelijk zou maken om zaken te regelen die niet tot de huishouding van de gemeente behoren omdat zij zich aan de openbaarheid onttrekken. Volgens de indieners van het amendement waaruit art. 151a Gemw is voortgevloeid, dient de bepaling de 'gemeenten de mogelijkheid te geven een beleid te voeren ten aanzien van bedrijfsmatige prostitutie op basis van een vergunningstelsel, waarbij voorwaarden kunnen worden gesteld onder andere met betrekking tot antecedentenonderzoek, gedragseisen, bedrijfsvoering en arbeidsomstandigheden. Dit amendement versterkt de wettelijke grondslag

hiervoor en verbreedt deze ook tot niet-plaatsgebonden prostitutie, zoals escortbureaus.' (*Kamerstukken II* 1998/99, 25 437, nr. 18).

De regering kan zich niet geheel en al vinden in deze opvatting, maar is wel met de Kamer van mening dat met name voor de regulering van escortbureaus de autonome regelgevende bevoegdheid onvoldoende basis biedt, nu de activiteiten van dit soort bureaus zich als regel aan de openbaarheid onttrekken. Vanwege het specifieke karakter van de nieuwe regelgevende bevoegdheid, zou zij - volgens de regering - bij voorkeur in sectorale wetgeving moeten worden opgenomen en niet in de Gemeentewet: 'Het opnemen van een bepaling, als voorzien in het amendement, in de Gemeentewet is niet gebruikelijk. Een dergelijke specifieke bepaling past niet goed in de Gemeentewet. Naar het oordeel van mijn ambtgenoot van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksaangelegenheden en van mij is een voorziening van deze soort in de Gemeentewet hooguit verantwoord als een tijdelijke oplossing. Wij zijn van oordeel dat eventuele nadere regelgeving moet worden neergelegd in sectorale wetgeving, bij voorbeeld in prostitutiewetgeving of in wetgeving inzake openbare inrichtingen. Nu het voor het maken van zulke wetgeving nog te vroeg is, kan hij instemmen met een tijdelijke voorziening in de Gemeentewet, indien zulks in dit stadium wenselijk is. Die wenselijkheid is er, indien zekerheid wordt gegeven dat het gemeentelijk (vergunningen)beleid inzake prostitutie mede escortservicebedrijven kan omvatten.' (*Kamerstukken II* 1998/99, 23 437, nr. 17).

Zo is de bepaling uiteindelijk min of meer bij toeval in de Gemeentewet opgenomen. De regering kon er niet om heen dat er in ieder geval voor het reguleren van escortbedrijven een extra bevoegdheid noodzakelijk was, maar op een sectorale wet was toen nog geen zicht. Die is inmiddels wel in de maak, er wordt op dit moment hard gewerkt aan een ontwerp-Kaderwet prostitutie.

Wat leert ons deze geschiedenis? Allereerst dat de gemeenten met deze nieuwe bevoegdheid een taak hebben toebedeeld gekregen die onmiskenbaar dient ter uitvoering van nieuw Rijksbeleid. Op nationaal niveau bepaalt 'de politiek' dat het bordeelverbod op de helling moet, de gemeentelijke verordeningen dienen de gevolgen daarvan op te vangen door een aantal aspecten te regelen, waarvoor zoals gezegd de autonome regelgevende bevoegdheid tekort schiet. Dat er daarbij zeker geen sprake is van soevereiniteit in eigen (huishoudelijke) kring wordt ook sterk gevoeld bij een niet onaanzienlijk deel van de gemeentebesturen. Autonomie zou inhouden dat men bijvoorbeeld ook zou kunnen opteren voor een nulbeleid: geen prostitutie-inrichtingen. Maar dat was uitdrukkelijk niet de bedoeling van de regering. Zij verklaarde een dergelijke optie ontoelaatbaar door middel van een tamelijk gekunstelde uitleg van art. 19 lid 3 Gw dat het recht op vrije arbeidskeuze garandeert (zie *Kamerstukken I* 1998/99, 25 437, 189e, p. 1 en 2). Dat (ook) de wetgever geen ruimte heeft willen bieden voor een eigen beleid inhoudende een nulstelsel, is door de Afdeling bestuursrechtspraak bevestigd: 'Zoals blijkt uit (...) genoemde wetswijziging heeft de wetgever in formele zin vanaf 1 oktober 2000 de vestiging en exploitatie van seksinrichtingen gelegaliseerd. Aldus heeft de wetgever te kennen gegeven dat de bescherming van de zeden een verbod, zoals dat voorheen in het Wetboek van Strafrecht was opgenomen, niet meer rechtvaardigt. De wetgever heeft het kennelijk voldoende geacht dat, in plaats van dat voorheen bestaande verbod, gemeenten thans een regulerend beleid voeren, dat wil zeggen, nadere regels stellen voor de uitoefening van dit soort bedrijven, doch die uitoefening niet als zodanig bij voorbaat geheel verbieden' (ABRvS, 22 mei 2002, *AB* 2002, 367 (m.nt. Brouwer en Schilder)).

Nu zal Hennekens ons wellicht tegenwerpen dat deze beperking slechts als bovengrens fungeert van een in wezen autonome (verordende) bevoegdheid. Wij zien evenwel in de aard van de bevoegdheid meer elementen van meewerken aan (nieuw) specifiek beleid van hogerhand dan kenmerken van een eigen, autonome bevoegdheid. Dat brengt ons op het volgende. De genoemde verordening laat zich volgens ons aanduiden als een (facultatieve) medebewindsverordening, maar tegelijkertijd geldt dat de raad op grond van art. 149 Gemw onderwerpen kan regelen die na de wetswijziging weer tot de huishouding van de gemeente zijn gaan behoren (waartoe de Afdeling bestuursrechtspraak ook rekent regels inzake illegale prostitutie, ABRvS 21 juni 2006, *Gst.* 2006, 139; zie verder over het autonome karakter het commentaar bij art. 151a van C.A.J.M. Kortmann, in: de Gemeentewet en haar toepassing). Dat lijkt misschien tegenstrijdig, maar dat is het niet: het vormgeven van gemeentelijk beleid en uitvoeren van wensen op rijksniveau zijn niet noodzakelijkerwijs gescheiden werelden, autonomie en medebewind kunnen ook in een verordening samengaan.

Tot slot. Het is misschien vanuit een behoefte aan schematisering aantrekkelijk om voor het onderscheid tussen autonomie en medebewind een formeel criterium te hanteren: wel of niet op de Gemeentewet gebaseerd. Voor de wetgever blijkt dit onderscheid van art. 108 lid 2 evenwel bepaald niet leidend voor de plaatsbepaling van nieuwe instrumenten. Zo valt er weinig systeem te ontdekken bij de keuze om een bevoegdheid als de sluiting van

#### De Gemeentestem, Hennekens: autonoom of onder medebewind?

drugspanden in de Gemeentewet dan wel de Opiumwet te plaatsen. En gesteld dat het toch nog eens komt tot een afzonderlijke Wet op de openbare orde en veiligheid - hebben de ordebevoegdheden dan in het systeem van Hennekens een ander karakter dan wanneer er een hoofdstuk aan de Gemeentewet zou worden toegevoegd met dezelfde bepalingen? Wordt de wetssystematische keuze dan tevens bepalend voor het autonome of medebewindskarakter? Het lijkt ons niet.

Zowel de Grondwet als de Gemeentewet bieden alle ruimte om genuanceerder met het onderscheid tussen autonomie en medebewind om te gaan dan Hennekens doet. Een benadering die meer recht doet aan de complexe maatschappelijke werkelijkheid dan de tweedimensionale realiteit van Hennekens - de wereld van het recht is (gelukkig) nog steeds niet digitaal.

*Ter zake van mijn standpunt over medebewind verwijs ik naar mijn hieronder afgedrukte naschrift bij Konijnenbelts reactie.*

H.Ph.J.A.M. Hennekens