



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Wie zijn zij...?! De representativiteit van procederende belangenorganisaties

Stolk, R.

Citation

Stolk, R. (2020). Wie zijn zij...?!: De representativiteit van procederende belangenorganisaties. *Nederlands Tijdschrift Voor Bestuursrecht*, 2020(8), 472-480. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3279425>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3279425>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Wie zijn zij...?! De representativiteit van procederende belangenorganisaties

NTB 2020/204

1. Inleiding

De rol van belangenorganisaties in het Nederlandse recht staat volop in de belangstelling, mede naar aanleiding van recente *high profile* rechtszaken waarin de rechter de overheid terugfloot. Illustratief is de klimaatzaak van Urgenda, waarin de Hoge Raad oordeelde dat de Staat de CO₂-uitstoot moet reduceren.² Een ander voorbeeld is de procedure van een coalitie van belangenorganisaties tegen de Staat waarin de rechtbank het Systeem Risico Indicatie dat fraude met sociale voorzieningen opspoort in strijd achtte met het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens.³ De voorbeelden beperken zich niet tot civiele procedures. Zo maakten milieuorganisaties de stikstofzaken aanhangig, waarin de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) oordeelde dat de Programmatische Aanpak Stikstof in strijd is met het Unierecht.⁴

Dergelijke procedures leiden tot kritische vragen over de rol van de rechter binnen de *trias*.⁵ In mijn promotieonderzoek concentreer ik me op een andere centrale actor: de belangenorganisaties die dergelijke rechtszaken tegen de overheid initiëren, coördineren of ondersteunen.⁶ De overkoepelende legitimiteitsvraag bewaar ik voor het proefschrift; in deze bijdrage zoom ik in op de representativiteit van procederende belangenorganisaties. Want wie is Urgenda eigenlijk om op te komen voor het belang van *alle* Nederlanders?⁷ Hoe valt te rechtvaardigen dat Bureau Clara Wichmann procedeert over het passief kiesrecht van SGP-vrouwen,⁸ terwijl 'de SGP-vrouw' daar naar verluid niet op zat te wachten?⁹ En wie worden door welke agrarische

organisatie vertegenwoordigd in aangekondigde juridische stappen tegen de stikstofuitspraken?¹⁰

Representativiteit als zodanig vormt in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) noch in de jurisprudentie een voorwaarde voor belanghebbendheid van belangenorganisaties. Diverse auteurs vinden dit opmerkelijk en hebben verkennende voorstellen gedaan voor invoering van een representativiteitsvereiste. Om te kunnen beoordelen of en in welke vorm een representativiteitsvereiste in het bestuursrecht nodig is, is meer inzicht nodig in wat representativiteit betekent, wat een dergelijk vereiste moet bewerkstelligen en wat daarvoor een zinvolle invulling is. In deze bijdrage onderzoek ik hoe inzichten uit andere disciplines die zich bezighouden met representativiteit het bestuursrechtelijk debat kunnen verrijken. Zo kent de politicologie een rijke onderzoekstraditie naar de betekenis en beoordeling van representativiteit binnen de representatieve democratie en richt Amerikaans onderzoek naar (*public interest*) *class actions* zich al gedurende lange tijd op de vraag hoe groepen binnen de samenleving in rechte adequaat kunnen worden gerepresenteerd. Geïnspireerd door deze inzichten doe ik een eerste aanzet tot een theoretisch kader voor de beoordeling van representativiteit van belangenorganisaties die procederen tegen de overheid.

2. Behoeft aan een representativiteitsvereiste

In deze paragraaf staat de context waarbinnen een representativiteitsvereiste is bepleit centraal. De behoefte aan een representativiteitsvereiste hangt sterk samen met het denken over de legitimiteit van procederende belangenorganisaties. Deze legitimiteit staat met name bij belangenorganisaties die algemene belangen behartigen onder druk. Tegelijkertijd zijn maar weinigen voor totale afschaffing van het beroepsrecht voor belangenorganisaties, omdat zij wel degelijk een belangrijke rol kunnen vervullen binnen de democratische rechtsstaat. Om de legitimiteit van het beroepsrecht te versterken en het kaf van het koren te scheiden zijn verkennende voorstellen gedaan tot het invoeren van een representativiteitsvereiste.

2.1 Artikel 1:2, derde lid, Awb

In beginsel kunnen personen alleen hun eigen belangen behartigen bij de bestuursrechter. Het beroepsrecht voor belangenorganisaties vormt hierop een uitzondering. Op basis van artikel 1:2, derde lid, Awb kunnen bovenindividuele belangen onder voorwaarden als de belangen van

1 Rowie Stolk is promovenda bij de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.

2 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006.

3 Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865.

4 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603 en ECLI:NL:RVS:2019:1604.

5 Zie bijv. J.C.A. de Poorter, 'Is Nederland verworden tot een dikastocratie?', *NTB* 2020/49; B. Funnekotter, 'Help, de rechter grijpt de macht', *NRC* 20 december 2019; G. Boorgaard, 'Urgenda en de rol van de rechter: Over de ondraaglijke leegheid van de trias politica', *Ars Aequi* 2016/1, p. 26-33; R. Schutgens, 'Urgenda en de trias: Enkele staatsrechtelijke kanttekeningen bij het geruchtmakend klimaatvonnis van de Haagse rechter', *NJB* 2015/1675; op 9 maart 2020 vond het rondetafelgesprek 'Dikastocratie?' plaats; zie voor o.a. *position papers* https://www.tweedekamer.nl/debat_en_vergadering/commissievergaderingen/details?id=2020A00508.

6 Met als onderzoeksvraag: "Wat is de legitimiteit en effectiviteit van strategisch procederende belangenorganisaties en in hoeverre dient het Nederlandse bestuurs(proces)recht dergelijke procedures te faciliteren?".

7 De klimaatzaak leidde tot Kamervragen over invoering van een representativiteitsvereiste: *Aanhangsel Handelingen II* 2019-2020, nr. 2971.

8 HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549; ABRvS 5 december 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB9493.

9 M. de Blois, 'Discriminatie van politieke partijen in naam der gelijkheid', *Christen Democratische Verkenningen* 2011, p. 161.

10 Zie bijv. E. Hakkenes, 'Weerstand van alle kanten tegen nieuwe stikstofaanpak', *Trouw* 24 april 2020.

een belangenorganisatie worden beschouwd.¹¹ Belangenorganisaties – doorgaans stichtingen en (informele) verenigingen – komt beroepsrecht toe wanneer zij blijken hun statuten en feitelijke werkzaamheden een algemeen of collectief belang in het bijzonder behartigen. Bij collectieve belangen gaat het om de gezamenlijke belangen van (bijna) alle leden van een groep personen die dezelfde hoedanigheid gemeen hebben (zoals buurtbewoners). Bij algemene belangen gaat het om belangen die een facet vormen van ieders bestaan (zoals het milieu).¹² Sinds 2008 valt het vereiste van feitelijke werkzaamheden voor algemene belangenbehartigers wat strenger uit. Om procedeerclubs buiten de deur te houden, moeten algemene belangenbehartigers laten zien dat zij meer doen dan juridische procedures voeren en voorbereiden.¹³ Voor collectieve belangenbehartigers daarentegen is het enkel bundelen van belangen voldoende om aan het vereiste van feitelijke werkzaamheden te voldoen,¹⁴ waarmee zij iets gemakkelijker toegang hebben tot de bestuursrechter.

2.2 Legitimiteit van procederende belangenorganisaties onder druk?

Of en in welke vorm een representativiteitsvereiste wenselijk is, is afhankelijk van het antwoord op de vraag wat de legitimiteit is van procederende belangenorganisaties. Die grote vraag behandel ik hier omwille van omvang en focus van deze bijdrage slechts kort, waarbij ik inga op de meestgenoemde argumenten. Wat vooral opvalt is dat de meningen sterk verdeeld zijn en een eenduidig beoordelingskader ontbreekt.

In het normatieve debat naar de legitimiteit van procederende belangenorganisaties is het onderscheid tussen collectieve en algemene belangen relevant. De legitimatie voor het toekennen van beroepsrecht aan belangenorganisaties wordt bij collectieve belangen gevonden in proceseconomische redenen: het is efficiënter om dergelijke belangen te bundelen dan potentieel vele gelijksoortige individuele zaken te hebben.¹⁵ Voor algemene belangenbehartigers geldt dat zij stemloze belangen (zoals het milieu) in rechte kunnen vertegenwoordigen en hun beroepsrecht waarborgt dat elk bij een besluit betrokken belang een potentiële

bewaker heeft.¹⁶ Meer recentelijk is – onder andere door mijzelf – in algemene zin betoogd dat belangenorganisaties het bovenindividuele perspectief in juridische procedures kunnen vertolken en kunnen bijdragen aan effectieve rechtsbescherming.¹⁷

Ondanks bovengenoemde argumenten om beroepsrecht aan belangenorganisaties toe te kennen, valt in de literatuur toch een zeker ongemak te bespeuren bij belangenorganisaties die bovenindividuele belangen bij de rechter behartigen. Zo zou bovenindividuele belangenbehartiging slecht te verenigen zijn met de keuze voor individuele geschillenbeslechting (*recours subjectif*) als hoofddoel van het bestuursprocesrecht.¹⁸ Belangenorganisaties die de belangen van groepen of zelfs de samenleving als geheel bij de rechter kunnen behartigen, vormen een breuk met het idee dat enkel voor individuen die door een appellabel besluit rechtstreeks in hun belangen worden geraakt toegang tot de bestuursrechter openstaat. Hiermee blijft het beroepsrecht volgens sommigen een verkapt *actio popularis*.¹⁹ Deze kritiek ziet met name op belangenorganisaties die algemene belangen behartigen, omdat daarbij per definitie de link tot een concreet individu ontbreekt. Bij collectieve belangenbehartigers is deze link doorgaans duidelijker zichtbaar, nu zij een bundeling van individuele belangen tot stand brengen.²⁰

Een ander punt van kritiek ziet op de spanning die bovenindividuele procedures tegen de overheid kunnen opleveren binnen de *trias*. Dit debat ziet doorgaans op de rol van de rechter. Critici vrezen voor (te) activistische rechters die inbreuk maken op de prerogatieven van de democratisch gelegitimeerde wetgever; voorstanders benadrukken de rechtsstatelijke rol van de rechter als bewaker van het recht.²¹ Een andere dimensie betreft de rol van belangenorganisaties die maatschappelijke kwesties aan de rechter voorleggen. De kritiek richt zich met name op de legitimiteit van het beroepsrecht voor belangenorganisaties die algemene belangen behartigen, omdat vaststelling van het

11 Ik beperk mij tot een korte beschrijving; zie voor een recent overzicht J.C.A. de Poorter & L.A. van Heusden, 'Bovenindividuele belangenbehartiging: Naar een aanscherping van het beroepsrecht voor belangenorganisaties door een vereiste van representativiteit', *JBplus* 2017/0, par. 3.1.

12 L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht 1: Systeem, bevoegdheid, bevoegdheidsuitoefening, handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, p. 123; W. Konijnenbelt & R. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 76; J. de Poorter, *De belanghebbende: Een onderzoek naar de betekenis van het belanghebbende-begrip in het bestuurs(proces)recht* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 117.

13 ABRvS 1 oktober 2008, AB 2008/348, m.nt. Michiels.

14 ABRvS 24 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2978.

15 Zie bijv. ABRvS 30 mei 2012, AB 2012/219, m.nt. K.J. de Graaf en A.T. Marseille; ABRvS 8 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX3969; ABRvS 24 juni 2009, AB 2009/336, m.nt. A.T. Marseille; ABRvS 15 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1626; ABRvS 30 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU7017; ABRvS 1 oktober 2008, AB 2008/348, m.nt. F.C.M.A. Michiels (Stichting Openbare Ruimte).

16 P.K.K. van Buuren, *Kringen van belanghebbenden: In het bijzonder in procedures tegen de overheid* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1978, p. 34, 112 e.v.; M. Scheltema, 'Het beroepsrecht van organisaties die voor het algemeen belang opkomen: Wensen voor een goede vormgeving van deze zelfstandige actie', in: A.A.J. de Gier e.a., *Goed verdedigbaar: Vernieuwing van bestuursrecht en omgevingsrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 152; L. Henderson, 'Rechter kan in klimaatdebat optreden als curator van toekomstige generatie', *NRC* 30 juni 2020.

17 R. Stolk, Y.E. Schuurmans & J.E. Esser, 'De amicus curiae: een instrument voor rechtsvorming of ook voor rechtsbescherming?', *Ars Aequi* 2019/1, p. 9-19; R. Stolk, 'De legitimiteit van strategisch procederende belangenorganisaties', in R. Stolk e.a. (red.) *Strategisch procederen in het bestuursrecht* (Preadviezen Jonge VAR-reeks nr. 16), Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 9-64; De Poorter & Van Heusden 2017.

18 *Kamerstukken II* 1991/92, 22495, 3, p. 35 (MvT); Van Etekoven 2009.

19 W.A.E. Brühem, 'De belangengroep als belanghebbende', *JBplus* 2010, p. 56.

20 Van Etekoven 2009; De Poorter & Van Heusden 2017, par. 5.

21 Zie voor een overzicht van verschillende argumenten M.A. Heldeweg, R.J.N. Schlössels & R.J.G.H. Seerden, 'De kwadratuur van de algemeen belangactie: Over de legitimiteit van algemeen belangacties in democratisch-rechtsstatelijk en rechtsvergelijkend perspectief', *RMThem* 2002/2, p. 43-58.

algemeen belang het primaat van de wetgever is.²² Belangenorganisaties wordt bovendien verweten niet democratisch gelegitimeerd te zijn.²³ Door gebrek aan verkiezingen of een interne democratische organisatiestructuur is niet duidelijk of het belang waarvoor de belangenorganisatie beweert op te komen daadwerkelijk op brede steun binnen de achterban of samenleving kan rekenen. Dit bezwaar laat zien dat het denken over representativiteit van belangenorganisaties nauw samenhangt met het denken over het functioneren van de representatieve democratie. Critici van het beroepsrecht voor belangenorganisaties bepleiten vanwege dit 'legitimatiedeficit' dat belangenorganisaties niet bij de rechter maar in de politiek hun heil zouden moeten zoeken.²⁴

In navolging van onder andere De Poorter lijkt het mij beter om in plaats van algemene belangen te spreken van ideële belangen.²⁵ Dit maakt beter inzichtelijk dat een belangenorganisatie niet hetzelfde belang behartigt als de politiek. Vaststelling van hét algemeen belang betreft het resultaat van een (politieke) belangenafweging, terwijl belangenorganisaties binnen artikel 1:2, derde lid, Awb juist eenzijdig en *in het bijzonder* opkomen voor een specifiek ideel belang.

2.3 Naar een representativiteitsvereiste?

Op basis van bovengenoemde bezwaren concluderen sommigen dat het beroepsrecht voor belangenorganisaties niet legitiem is en moet worden afgeschaft.²⁶ Vanuit de gedachte dat artikel 1:2, derde lid, Awb wel degelijk legitieme doelen dient (zoals proceseconomische efficiëntie respectievelijk het behartigen van stemloze waarden en het bieden van tegenwicht tegen de overheid) hebben anderen bepleit om een representativiteitsvereiste toe te voegen aan de ontvankelijkheidstoets.²⁷ Deze zou dienen als *missing link* in het waarborgen dat procederende belangenorganisaties *daadwerkelijk* het belang behartigen waarvoor zij beweren op te komen en dat dit belang op voldoende draagvlak kan rekenen onder de leden of binnen de samenleving. Ook het pleidooi tot afschaffing van artikel 8:3 Awb heeft geleid tot meer aandacht voor de representativiteit van belangenorganisaties. Als beroep tegen algemene regels mogelijk wordt, kunnen belangenorganisaties bij uitstek een belangrijke rol spelen: hun individu-overstijgende perspectief

past immers goed bij het algemene karakter van algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels.²⁸ Verschillende auteurs betogen dat een dergelijke verbreding van de procesmogelijkheden van belangenorganisaties gepaard moet gaan met een toename in waarborgen, waarbij met name aan een representativiteitsvereiste wordt gedacht.²⁹

Hoe zou een dergelijk vereiste eruit moeten zien? Diverse auteurs hebben verkennende voorstellen gedaan. Aangezien over de legitimiteit van ideële belangenorganisaties de meeste twijfels bestaan, zien de voorstellen met name op deze categorie. Een veelgenoemd criterium betreft een minimum ledenaantal (bijvoorbeeld minimaal 50.000 leden voor nationaal opererende belangenorganisaties).³⁰ Aangezien stichtingen geen leden hebben is voorgesteld om het beroepsrecht te beperken tot verenigingen³¹ of voor stichtingen eisen te stellen aan een minimaal aantal donateurs of sympathisanten.³² Voor collectieve belangenbehartigers is voorgesteld dat zij moeten aantonen dat een substantieel deel van de achterban door het bestreden besluit wordt geraakt.³³ Daarnaast zijn criteria voorgesteld over de (interne) organisatie(structuur) van de belangenorganisatie. Hierbij gaat het enerzijds om de rol die leden hebben: hoe zijn lidmaatschap, opzegging, inspraak in en controle op de besluitvorming geregeld?³⁴ Anderzijds gaat het om criteria die zien op transparantie, bijvoorbeeld over bestuurssamenstelling, gedragscode, doelen, activiteiten en strategieën.³⁵ Ook is gesuggereerd het beroepsrecht van belangenorganisaties te beperken tot publiekrechtelijke belangen, "want dan is gegarandeerd dat het te behartigen belang op basis van een democratisch proces in ieder geval als behartigenswaardig is aangemerkt".³⁶

2.4 Hoe nu verder?

Deze suggesties voor een representativiteitsvereiste betreffen 'slechts' verkennende voorstellen gebaseerd op een lijst van (veronderstelde) indicatoren voor representativiteit, waarbij de uiteindelijke selectie van criteria, invulling en onderlinge verhouding nadere uitwerking behoeven. Om deze stap te kunnen zetten, meen ik dat eerst een stap terug moet worden gezet. Dat doel, invulling en criteria voor een representativiteitsvereiste nog niet helemaal helder zijn, hangt waarschijnlijk samen met de complexe aard van het begrip representativiteit en het ontbreken van een theoretisch kader. In het vervolg van deze bijdrage beoog ik

22 Heldeweg, Schlössels & Seerden 2002, p. 54.

23 Schlössels 2002, p. 120.

24 Teunissen 2003, par. 6; Heldeweg, Schlössels & Seerden 2002; Schlössels 2002, p. 120.

25 Hiervoor pleitte ook J. de Poorter, *De belanghebbende: Een onderzoek naar de betekenis van het belanghebbendebegrip in het bestuurs(proces)recht* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 116.

26 Teunissen 2003, p. 17-26; Schreuder-Vlasblom 2003, p. 182-183.

27 Zie bijv. De Poorter & Van Heusden 2017; B.J. van Ettehoven, 'Bestuursrechtspreek voor Jan & Alleman? Op weg naar een stelsel van subjectieve rechtsbescherming' (preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht), in: B.J. Schueler, B.J. van Ettehoven & J. Hoekstra, *Rechtsbescherming in het omgevingsrecht*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2009; Schlössels 2002; P.J. Huisman & G.A. Van der Veen 2018, in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In het nu... wat worden zal. Over toekomstig bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

28 Stolk 2018; R.J.B. Schutgens, 'Rechtsbescherming tegen algemene regels: Tijd om de Awb te voltooiën' (preadvies voor de VAR), in: W.J.M. Voermans, R.J.B. Schutgens & A.C.M. Meuwese, *Algemene regels in het bestuursrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 114.

29 Zie bijv. De Poorter & Van Heusden 2017; Huisman & Van der Veen 2018, p. 96-97.

30 De Poorter & Van Heusden 2017, par. 6; Van Ettehoven 2009; Schlössels 2002, p. 107.

31 Van Ettehoven 2009.

32 Schlössels 2002, p. 107.

33 De Poorter & Van Heusden 2017, par. 6.

34 Van Ettehoven 2009; De Poorter & Van Heusden 2017, par. 6.

35 Scheltema 2011; De Poorter & Van Heusden 2017, par. 6.

36 Schlössels 2002, p. 121.

hierover meer inzicht te verschaffen door over de grenzen van het bestuursrecht heen inspiratie op te doen.

3. Representativiteit: een issue bij ideële én collectieve belangen

De voorgestelde representativiteitsvereisten richten zich vooral op ideële belangenbehartigers en minder of niet op collectieve belangenbehartigers. Dat is niet zo verwonderlijk, want de zorgen met betrekking tot legitimiteit richten zich het meest op ideële belangenbehartigers. Collectieve belangenbehartigers stuiten doorgaans op minder normatieve bezwaren. Van Ettehoven pleit zelfs voor verdere versoepeling van de ontvankelijkheidsvereisten voor collectieve belangenbehartigers door het loslaten van het vereiste van rechtspersoonlijkheid.³⁷ Recentelijk lijkt de ABRvS al een kleine stap in deze richting te hebben gezet, door een Facebookgroep op basis van artikel 1:2, derde lid, Awb ontvankelijk te verklaren.³⁸ Daarmee lijkt het vanuit bestuursrechtelijk perspectief misschien logisch om in het vervolg van deze bijdrage enkel te focussen op de representativiteit van ideële belangenorganisaties. Wanneer echter in andere stelsels naar figuren voor bovenindividuele belangenbehartiging wordt gekeken, vormt zich al snel een tegenovergesteld beeld.

Zo is artikel 3:305a BW, op basis waarvan belangenorganisaties naar de civiele rechter kunnen, sinds 2020 uitgebreid met ruim 20 ontvankelijkheidsvereisten op het gebied van representativiteit, transparantie en *good governance*.³⁹ Deze vereisten lijken veel op de in het bestuursrecht voor ideële belangenorganisaties voorgestelde representativiteitsvereisten. Uit lid 6 volgt echter dat deze nieuwe vereisten vooral gelden voor collectieve belangenbehartigers, terwijl ideële organisaties grotendeels worden vrijgesteld van deze (representativiteits)criteriën. Ook wat betreft de Amerikaanse *class action* vallen de vereisten voor ideële *class actions* minder zwaar uit dan voor collectieve *class actions*.⁴⁰ Dit zwaardere regime voor collectieve belangenbehartigers moet zoveel mogelijk voorkomen dat belangenorganisaties hun eigen financiële belangen boven de belangen van de achterban stellen (de massaschadevergoedingen en -schikkingen kunnen procedures immers een lucratieve aangelegenheid maken).⁴¹ Bovendien lijken ideële belangenorganisaties minder controversieel in de civiele en Amerikaanse literatuur en rechtspraak, waarbij de nadruk ligt op de rol die zij kunnen spelen bij het realiseren van effectieve

rechtsbescherming en het bieden van tegenwicht aan de overheid.⁴²

Het voert te ver om een volledige rechtsvergelijkende analyse op te nemen, dus ik beperk mij hier tot de constatering dat binnen het civiele collectieve actierecht en de Amerikaanse *class action*-praktijk juist ook representativiteitseisen worden gesteld aan het vertegenwoordigen van collectieve belangen. Ook binnen het bestuursrecht kan het collectieve actierecht worden geïncorporeerd. Denk bijvoorbeeld aan de vraag hoe moet worden omgegaan met verschillende 'subgroepen' die er verschillende meningen op nahouden: wie vertegenwoordigt een wijkvereniging wanneer een deel van de inwoners voor en een deel tegen een bepaald plan is? Of wat als een vakbond beweert alle werknemers in een bepaalde sector te vertegenwoordigen, terwijl de op zitting aanwezige werknemers aangeven het helemaal niet eens te zijn met de visie van de vakbond? En wat te denken van de ontvankelijkheidsdiscussie rondom de stichting "Miljoenen Zijn Tegen", die in een procedure over een kerncentrale naar eigen zeggen minstens duizend belanghebbenden vertegenwoordigt, terwijl de advocaat van de Samenwerkende Energie Producenten de stichting een gering en slinkend clubje activisten zou hebben genoemd.⁴³ In hoeverre is het relevant hoeveel personen worden vertegenwoordigd door "Miljoen Zijn Tegen"? Dient daarbij alleen naar leden in strikte zin te worden gekeken, of kan een achterban ook personen omvatten die weliswaar geen lid zijn maar voor wiens belangen de organisatie wel beweert op te komen? En is lidmaatschap een soort 'algeheel mandaat', dat moet worden opgevat als een brede steunbetuiging voor alles wat de belangenorganisatie doet, of moet per issue worden beoordeeld welke leden worden geraakt en achter de strategie van de belangenorganisatie staan?

Ik meen kortom dat representativiteit zowel bij collectieve als bij ideële belangenbehartigers aandacht verdient. Dit hangt nauw samen met de bijzondere positie van beide typen belangenorganisaties binnen het recht. Artikel 1:2, derde lid, Awb vormt een uitzondering op het beginsel dat iemand alleen voor zijn eigen belangen op kan komen bij de rechter. Tegelijkertijd is representativiteit een bekend fenomeen in het juridische proces. De relatie tussen advocaat en cliënt is immers ook gebaseerd op representatie. Het verschil is dat de eerste wel en de tweede niet op bezwaren stuit in het op individuele geschillenbeslechting gebaseerde procesrecht. De advocaat kan alleen naar aanleiding van een

37 Van Ettehoven 2009, p. 92.

38 ABRvS 30 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1399.

39 Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie.

40 Federal Rule 23; D. Marcus, 'The Public Interest Class Action', *The Georgetown Law Journal* 2016/104, p. 777-833.

41 *Kamerstukken II* 2016-2017, 34608, nr. 3 (MvT); I. Tillema, 'Commerciële motieven in privaatrechtelijke collectieve acties: olie op het vuur van de claimcultuur?', *Ars Aequi* 2016, p. 337-346; T.M.C. Arons, 'Bescherming achterban claimorganisaties en collectief verhaal door toezichthouders', *WPNR* 2017/7152, p. 429-440; E. Bauw & T. van der Linden, 'Claimorganisaties tussen wildgroei en regulering', *Tijdschrift voor de Ondernemingsrecht-praktijk* 2016/564, p. 26-33.

42 W.H. van Boom & F. Weber, 'Collectief procederen – ontwikkelingen in Nederland en Duitsland', *WPNR* 2017, afl. 7145, p. 298; E. Bauw & S. Voet, 'Van stok achter de deur tot keurslijf? Een eerste verkenning van het wetsvoorstel tot invoering van een collectieve schadevergoedingsactie', *NJB* 2017/206, p. 244; N. Frenk, *Kollektieve akties in het privaatrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1994; I.N. Tzankova, *Toegang tot het recht bij massaschade* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2007; M.G. Faure & L.T. Visscher, 'Een rechtseconomische visie op collectieve actie', in: *Collectieve acties* (preadviezen voor de Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2015.

43 "Dodewaard creëert onvoorzienbare risico's": Miljoen Zijn Tegen wil sluiting afdwingen, *Reformatorisch Dagblad* 7 oktober 1992.

procesmachtiging een procedure starten; treedt niet zelf als procespartij op; is bij belangrijke proceskeuzes afhankelijk van wat de cliënt wil; is verantwoording verschuldigd aan de cliënt; en is bovendien gebonden aan gedragsregels die deze representatie normeren. Artikel 1:2, derde lid, Awb daarentegen maakt het voor belangenorganisaties mogelijk om op eigen houtje procedures te voeren over de belangen van anderen of de samenleving als geheel. Daarmee spelen representativiteitskwesties altijd een rol bij bovenindividuele belangenbehartiging. Zoals ik in het vervolg van deze bijdrage zal betogen, kunnen aard en invulling van representativiteit wel verschillen, afhankelijk van het type belang waarvoor een belangenorganisatie opkomt.

4. Representativiteit als fluïde concept: een theoretische verkenning

In deze paragraaf ga ik dieper in op het concept representativiteit, de wijze waarop het in de bestuursrechtelijke literatuur wordt ingevuld en hoe dit zich verhoudt tot sociaalwetenschappelijke inzichten over representativiteit. In brede zin wordt representativiteit wel gedefinieerd als het op een bepaalde manier aanwezig maken van iets wat letterlijk of in feite niet aanwezig is.⁴⁴ De politicoloog Pitkin laat in *The Concept of Representation* zien dat het begrip representativiteit zo complex is, omdat het geen eenduidig beoordelingskader kent: de definitie is zo allesomvattend dat het talrijke verschillende en vaak onverenigbare implicaties en veronderstellingen kan omvatten.⁴⁵ Daarmee is invulling en beoordeling van representativiteit vooral afhankelijk van de visie van de beoordelaar.⁴⁶ Pitkin onderscheidt in haar onderzoek verschillende visies, waarvan met name formele representativiteit en substantiële representativiteit relevant zijn voor procederende belangenorganisaties.

4.1 Formele representativiteit

Bij formele representativiteit hecht de beoordelaar veel waarde aan procedures die representatie autoriseren of daar verantwoording over laten afleggen (zoals verkiezingen).⁴⁷ De meeste in de bestuursrechtelijke literatuur voorgestelde representativiteitsvereisten geven blijk van een formele visie op representativiteit. Hierbij gaat het vooral om vereisten die zien op lidmaatschap (of varianten daarop) als autorisatie- of verantwoordingsmechanisme. Het voordeel van formele representativiteit is dat het doorgaans relatief makkelijk en objectief toetsbaar is: is de juiste procedure gevolgd, of heeft een belangenorganisatie een X aantal leden? Het nadeel is volgens Pitkin dat een dergelijk criterium geen bewijs vormt voor representativiteit, maar 'slechts' een indicator. Door de focus op formele criteria is niet belangrijk wie de vertegenwoordiger is, wat hij doet of hoe hij vertegenwoordigt, maar 'enkel' of hij aan formele criteria voldoet. Dat is nog niet zo problematisch bij

verkiezingen als procedure om de volksvertegenwoordiging te kiezen, omdat deze procedure goed is doordacht, theoretisch onderbouwd is en voorzien is van allerlei waarborgen. Voor vereisten die zien op lidmaatschap of verkiezingen binnen een belangenorganisatie is dat echter vaak niet het geval.

Het idee dat lidmaatschap een vertegenwoordiger ook inhoudelijk autoriseert gaat niet altijd op. Zo betekent lidmaatschap van de ANWB om gebruik te kunnen maken van de wegenwachtservice niet dat diegene zich ook identificeert met de autobelangen die de ANWB in het politieke proces behartigt. Ook zeggen absolute aantallen vaak minder dan een relatief aantal ten opzichte van de totale achterban. Het Duitse vereiste van 50.000 leden voor een nationaal opererende belangenorganisatie is misschien logisch voor milieuorganisaties, maar zeker niet voor een organisatie die opkomt voor de mensenrechten van de circa 5000 Roma en Sinti in Nederland. Bovendien staat de betekenis van lidmaatschap onder druk. Met het afnemend lidmaatschap van politieke partijen en vakbonden zou in navolging van de politicologie ook in het recht de aandacht kunnen verschuiven naar andere invullingen van het concept 'lidmaatschap', zoals *crowdfunding*, *likes* op sociale media en gevoel van verwantschap met de doelstellingen van een belangenorganisatie.⁴⁸ Zo hoeft men geen lid te zijn van Milieudefensie om via *crowdfunding* de luchtkwaliteitsrechtzaken mede mogelijk te maken.⁴⁹

Ook eisen over de in- en uittreding van leden komen voort uit een formele visie en benadrukken de verantwoordelijkheid die een vertegenwoordiger moet afleggen. Hieraan ligt de aanname ten grondslag dat een belangenorganisatie doorgaans zal doen wat de leden willen, omdat zij anders hun lidmaatschap opzeggen. Deze aanname is in de sociaalwetenschappelijke literatuur bekritiseerd. Zo blijkt uit (Amerikaans) onderzoek dat maximaal vijf procent van de leden meer betrokkenheid toont bij een belangenorganisatie dan enkel het betalen van de lidmaatschapsgelden. Ook het vereisen van een interne democratische organisatiestructuur garandeert niet dat de belangenorganisatie volledig handelt in overeenstemming met wat de leden willen. Uit (opnieuw Amerikaans) onderzoek volgt dat belangenorganisaties voor hun grootste bron van inkomen niet afhankelijk zijn van lidmaatschapsgelden, maar van de steun van die circa vijf procent 'activisten' die doorgaans grote donaties doen of op andere manier veel invloed uitoefenen op de koers van de belangenorganisatie: "*there is more internal democracy from the standpoint of group activists than from the average contributor or member*".⁵⁰

Dit betekent overigens niet dat formele vereisten zinloos zijn, maar wel dat een zinvolle beoordeling van

44 H.F. Pitkin, *The Concept of Representation*, University of California Press 1967, p. 8.

45 Pitkin 1967.

46 Pitkin 1967, p. 9.

47 Pitkin 1967, p. 38-39.

48 Baumgartner & Leech 1998, p. 30-31.

49 <https://milieudefensie.nl/actueel/we-gaan-in-beroep-voor-gezonde-lucht>.

50 A. McFarland, 'Interest Group Theory', in: L.S. Maisel e.a. (red.), *The Oxford Handbook of American Political Parties and Interest Groups*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 55-56.

representativiteit meer vraagt dan blindelinge toepassing van deze vereisten. Anders bieden zij in veel gevallen slechts schijnzekerheid.

4.2 Substantiële representativiteit

Bij substantiële representativiteit ligt de focus op het inhoudelijke handelen van de vertegenwoordiger.⁵¹ Waar formele representativiteit uitgaat van (objectieve) indicatoren voor representativiteit, gaat het binnen substantiële representativiteit om een inhoudelijke beoordeling of een vertegenwoordiger door zijn handelen daadwerkelijk een bepaalde groep of waarde vertegenwoordigt.⁵² In navolging van Pitkin lijkt deze visie mij het meest relevant voor de beoordeling van de representativiteit van procederende belangenorganisaties, omdat bij belangenorganisaties in het algemeen een met voldoende waarborgen omklede procedure voor autorisatie of verantwoording ontbreekt (in de literatuur ook wel het democratisch deficit genoemd).⁵³ Een substantiële representativiteitsbeoordeling op basis van het handelen van een belangenorganisatie biedt meer garantie dat *daadwerkelijk* sprake is van representativiteit, maar heeft als nadeel dat de toets bij gebrek aan eenduidige criteria lastiger is.

Wat belangenorganisaties representatief maakt, moet worden gevonden in hun handelen en in de relatie tussen vertegenwoordiger en vertegenwoordigde. De vertegenwoordigers kunnen leden of donateurs zijn, maar ook sympathisanten of zelfs onbewust 'lid' zijn van een bredere achterban of beweging. Aan de beoordeling van substantiële representatie ligt een spanning ten grondslag die Pitkin de 'mandaat-onafhankelijkheidscontroversie' noemt.⁵⁴ Dit is de spanning tussen enerzijds het idee dat vertegenwoordigers moeten handelen op basis van de directe wensen van de achterban ('mandaat') en anderzijds het idee dat vertegenwoordigers vanuit een zekere afstand tot de achterban zelf invulling mogen geven aan hun taak als vertegenwoordiger, bijvoorbeeld vanuit specifieke expertise ('onafhankelijkheid'). Eisen die zien op de mogelijkheid tot input vanuit leden en de wijze waarop belangenorganisaties hiermee dienen om te gaan komen voort uit het idee dat de vertegenwoordiger naar de wensen van de achterban moet luisteren ('mandaat'). Aan de andere kant van het spectrum staan eisen die zien op ervaring, kennis en deskundigheid van de belangenorganisatie. Deze hangen vaak samen met het idee dat de belangenorganisatie daardoor inhoudelijk beter in staat is om een zaak te bepleiten dan de achterban ('onafhankelijkheid'). Of representativiteit op basis van mandaat of onafhankelijkheid moet plaatsvinden, is uiteindelijk een normatieve vraag waarbij het antwoord afhankelijk is van de rol die belangenorganisaties in het juridische proces dienen te vervullen. Toch is het mogelijk

om hieronder enkele overwegingen en handvatten mee te geven ter verdieping van het bestuursrechtelijke representativiteitsdebat.

5. Mandaat als leidende principe?

De representativiteitsvoorstellen in de Nederlandse bestuursrechtelijke literatuur lijken voornamelijk gebaseerd op mandaat, oftewel het idee dat een belangenorganisatie moet handelen op basis van de directe wensen van de achterban. De achterban (of dat nu leden, donateurs of sympathisanten zijn) krijgt immers een prominente plek binnen de voorgestelde criteria. Dat is niet vreemd, want 'mandaat' is vaak intuïtief de minst omstreden vorm van representatie. Zeker voor juristen is het logisch om op mandaat te focussen. Dit past het meest bij het procesrechtelijke uitgangspunt dat alleen de eigen belangen een procesingang kunnen bieden bij de rechter. Dat een belangenorganisatie mag opkomen voor de belangen van groepen in de samenleving of zelfs de samenleving als geheel zou vanuit dat perspectief enkel rechtvaardig kunnen zijn als duidelijk blijkt dat die groepen hier ook achter staan. Hieronder bespreek ik hoe een representativiteitsbeoordeling op basis van mandaat eruit zou kunnen zien.

5.1 Representatieladder

Voor een representativiteitsinvulling op basis van mandaat biedt de representatieladder van de Amerikaanse rechtsfilosoof Luban inspiratie.⁵⁵ Deze dient als beoordelingskader voor de representatie van groepen in (*public interest*) *class actions*. Luban meent dat net zoals een advocaat naar zijn cliënt moet luisteren, een belangenorganisatie zoveel mogelijk naar de achterban moet luisteren. Hierin is representatie op basis van mandaat duidelijk zichtbaar.⁵⁶ Een complicerende factor is dat voor een advocaat doorgaans helder is wie de cliënt is en wat hij wil, terwijl dit bij een belangenorganisatie lastiger is vast te stellen: de 'cliënt' is niet één persoon, maar een groep personen van een bepaalde omvang, spreiding en mate van mobilisatie.

Idealiter heeft representatie volgens Luban het karakter van '*direct delegation*', waarbij de belangenorganisatie optreedt volgens de daadwerkelijke wensen van de achterban. In de praktijk is dit enkel mogelijk als de groep klein en compact genoeg is om te kunnen vaststellen wie de leden zijn en wat zij precies willen. Naarmate een groep groter of meer wijdverspreid is, kan afstemming met alle leden niet meer van een belangenorganisatie worden verwacht. Hoe representatie dan moet plaatsvinden, stelt Luban afhankelijk van de mate van mobilisatie. Als de groep gemobiliseerd is en zich daarmee in de positie bevindt om vertegenwoordigers te kiezen, dient de belangenorganisatie op te treden volgens de wensen van deze vertegenwoordigers. Luban noemt dit '*indirect delegation*'. Als een groep echter

51 Pitkin 1967, p. 112.

52 Pitkin 1967, p. 112 e.v.

53 Pitkin 1967, p. 116.

54 Pitkin 1967, p. 144 e.v.

55 D. Luban, *Lawyers and Justice: An Ethical Study*, Princeton University Press 1988, p. 351-352.

56 Luban noemt dit '*client control*'.

niet of zeer beperkt gemobiliseerd is, moet de belangenorganisatie optreden volgens de wensen van bepaalde leden van de groep waarvan de belangenorganisatie heeft vastgesteld dat zij representatief genoeg zijn voor het belang van de groep. Luban noemt dit '*interest representation*', waarbij het volgens hem noodzakelijk is dat de belangen van huidige en toekomstige generaties groepsleden niet met elkaar in conflict zijn. Als ook dat niet mogelijk is, dan mag een belangenorganisatie terugvallen op wat Luban '*best-world representation*' noemt: de belangenorganisatie treedt op in het belang van de best mogelijke wereld voor huidige en toekomstige leden van de groep. Hierbij mag de belangenorganisatie zelf beslissingen nemen en waardekeuzes maken, maar moet zij dit zo geïnformeerd mogelijk doen. Leidend voor de keuzes die de belangenorganisatie maakt moet zijn wat de belangenorganisatie ziet als het belang van de groep (en dus niet het eigen belang van de belangenorganisatie).

Hoewel deze representatieladder is gebaseerd op het principe van mandaat, illustreert de representatieladder tegelijkertijd dat representatie door belangenorganisaties niet zonder een zekere mate van 'onafhankelijkheid' kan. De grootte, spreiding en mate van mobilisatie van de achterban kunnen ertoe leiden dat meer keuzevrijheid van de groep naar de belangenorganisatie wordt overgeheveld, simpelweg omdat het onmogelijk is om in die situatie te voldoen aan het ideaalbeeld van mandaat.⁵⁷ Toch lijken de meeste representativiteitsvoorstellen in de bestuursrechtelijke literatuur wel gebaseerd op het uitgangspunt van mandaat. Waar de Awb en bestuursrechtelijke literatuur een hoge mate van mobilisatie lijken te veronderstellen, is in Amerikaans onderzoek naar *public interest litigation* juist veel aandacht voor redenen waarom mensen zich niet goed (kunnen) mobiliseren, zoals gebrek aan middelen of kennis, het ontbreken van een *level playing field* en het niet-bewustzijn van het deel uitmaken van een grotere groep.⁵⁸ Juist daar kunnen belangenorganisaties een belangrijke rol vervullen, maar liggen mandaatseisen minder voor de hand.

5.2 Representatie van individuen of van belangen?

Luban's representatieladder illustreert dat – zelfs als mandaat als uitgangspunt wordt genomen – representatie van individuen omslaat naar representatie van belangen naarmate een belang meer ideëel van aard wordt. Hoe verhoudt dit zich tot de rol van belangenorganisaties binnen de Awb? De tekst van artikel 1:2, derde lid, Awb gaat uit van *belangenbehartiging* door belangenorganisaties. Daarmee is strikt gezien de relatie tussen een belangenorganisatie en de achterban niet zo relevant, en lijken representativiteitsvoorstellen op basis van mandaat niet helemaal te passen binnen het huidige beroepsrecht voor belangenorganisaties.

Vooraf bij ideële belangen is dat het geval. Omdat deze een facet vormen van ieders bestaan, ontbreekt een duidelijke

link tussen het belang en concrete, aanwijsbare individuen. Daarmee hebben zij veel weg van de laatste trede van Luban's ladder, waarbij belangenorganisaties zelf waardekeuzes moeten maken. De focus verschuift dan van mandaat naar onafhankelijkheid, al was het maar omdat de mogelijkheden tot mandaat praktisch afwezig zijn. Hoewel het bij collectieve belangen ook om *belangen* gaat, is de link met individuen duidelijker. Toch heeft de ABRvS lange tijd van collectieve belangenbehartigers vereist dat zij een van individuele belangen te onderscheiden *bovenindividueel belang* behartigen: een belang dat meer is dan de optelsom van individuele belangen.⁵⁹ Dit vereiste lijkt echter steeds meer te zijn losgelaten.⁶⁰ Met het verschuiven van de focus naar proceseconomische efficiëntie ligt meer voor de hand dat bundeling van individuele belangen bij collectieve belangenbehartigers voorop is komen te staan. Daarmee passen representativiteitsvereisten die gebaseerd zijn op mandaat doorgaans beter bij collectieve belangenbehartigers. Vanuit dat perspectief is het opmerkelijk dat de representativiteitsvoorstellen in de Nederlandse literatuur vooral op mandaat zien, maar zich richten op ideële in plaats van collectieve belangenbehartigers. Luban's representatieladder laat zien dat het omgekeerde vaak logischer – zo niet noodzakelijk – is.

5.3 Het belang van een gradueel onderscheid en mobilisatie

Hoewel ook bestuursrechtelijke auteurs op het graduele onderscheid tussen ideële en collectieve belangen hebben gewezen,⁶¹ richt het bestuursrechtelijk debat zich doorgaans op de twee uitersten. Luban's representatieladder illustreert dat er allerlei varianten denkbaar zijn die liggen tussen een concreet afgebakende groep personen en een belang dat een facet van ieders bestaan vormt. Omvang en spreiding van een groep alsmede de mate van mobilisatie hebben belangrijke implicaties voor het beoordelen van de representativiteit van de desbetreffende groep. Hoe zit dit nu?

Het bestuursrechtelijk debat richt zich als gezegd vooral op 'puur' collectieve en 'puur' ideële belangen, en dan ook nog vaak in het omgevingsrecht.⁶² Zo is het bekende voorbeeld voor collectieve belangenbehartigers het buurtcomité en voor ideële belangenbehartigers de milieuorganisatie. Dat het 'middenveld' in de bestuursrechtpraktijk weinig vertegenwoordigd is, is verklaarbaar vanuit de systematiek van de Awb. Kort gezegd: besluiten met derdenwerking kunnen naar hun aard rechtstreeks bovenindividuele belangen raken, terwijl besluiten zonder derdenwerking naar hun aard enkel de normadressaten rechtstreeks in hun individuele belangen raken. Een vreemdelingenorganisatie wordt niet rechtstreeks in haar bovenindividuele belang geraakt als een individuele vreemdeling geen verblijfsvergunning

57 Luban 1988, p. 353.

58 Zie bijv. A.K. Chen & S.L. Cummings, *Public Interest Lawyering: A Contemporary Perspective*, New York: Wolters Kluwer 2013.

59 Zie bijv. ABRvS 25 mei 2005, AB 2005/234.

60 Van Ettekoven 2009, p. 91; ABRvS 24 juni 2009, JB 2009/178.

61 W. Konijnenbelt & R. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 47 e.v.; R.J.N. Schlössels, *De belanghebbende* (Monografieën Awb), Kluwer 2004, p. 112 e.v.

62 Stolk 2018.

krijgt en de vereniging voor coffeeshophouders wordt niet rechtstreeks in haar bovenindividuele belang geraakt als een individuele coffeeshop wordt gesloten.⁶³ Het is de belangenorganisatie dan feitelijk te doen om het geheel aan wetstoepassingen, waarvoor dit ene individuele uitvoeringsbesluit slechts illustratief is.⁶⁴ De in de literatuur bepleite afschaffing van artikel 8:3 Awb zou beroep tegen algemene regels mogelijk maken en daarmee allerlei soorten belangenorganisaties toegang tot de bestuursrechter kunnen geven, die op dit moment nog on(der)vertegenwoordigd zijn in zowel jurisprudentie als literatuur.

Luban's ladder toont aan hoe omvang, spreiding en mate van mobilisatie (waaronder organisatie) van een groep belangrijke implicaties hebben voor de wijze waarop deze kunnen worden vertegenwoordigd. Een zinvolle invulling van een representativiteitsvereiste dient hier rekening mee te houden. Waar in de bestuursrechtelijke literatuur, zeker bij collectieve belangen, lijkt te worden uitgegaan van reeds gemobiliseerde belangen van concreet afgebakende groepen, laat Luban's ladder zien dat belangenorganisaties ook kunnen opkomen voor belangen die niet binnen deze categorie vallen. Beoordeling van representativiteit dient er rekening mee te houden dat vertegenwoordiging van een concrete groep buurtbewoners uit wijk X waarschijnlijk anders is dan vertegenwoordiging van illegale vreemdelingen in Nederland of de (waarschijnlijk onbekende) groep mensen die onterecht geprofileerd wordt op basis van algoritmische besluitvorming in het sociaal domein. Hoe groter, wijdverspreider en minder gemobiliseerd een bepaalde groep is, hoe waarschijnlijker het is dat representatie meer het karakter krijgt van belangenvertegenwoordiging in plaats van de vertegenwoordiging van (een concrete groep) individuen. Hiermee verschuift automatisch de focus van mandaat naar onafhankelijkheid. Collectieve en ideële belangen zijn kortom geen labels met telkens dezelfde inhoud, maar vormen de uitersten van een gradueel onderscheid dat vaak samenvalt met het graduele onderscheid tussen mandaat en onafhankelijkheid.

6. Onafhankelijkheid: meer dan een substituuut voor mandaat

Als Pitkin's mandaat-onafhankelijkheidscontroversie voor procederende belangenorganisaties in het voordeel van mandaat wordt beslecht, zou het verhaal hier eindigen. In dat geval vormt onafhankelijkheid slechts een substituuut voor mandaat: enkel daar waar terugkoppeling met de achterban niet goed mogelijk is, mag een belangenorganisatie een meer onafhankelijke afweging maken. Pitkin beargumenteert echter dat onafhankelijkheid niet altijd 'slechts' een substituuut is voor situaties waarin mandaat niet mogelijk is.⁶⁵ Zelfs binnen het politieke proces wordt erkend dat

een bekwame vertegenwoordiger (juist) ook in staat moet zijn om meer onafhankelijke afwegingen te maken, bijvoorbeeld gebaseerd op expertise. In hoeverre aan representativiteit van belangenorganisaties op basis van onafhankelijkheid in bepaalde situaties zelfstandige waarde moet worden toegekend, lijkt mij afhankelijk van grofweg twee (samenhangende) factoren.

6.1 In hoeverre is het belang los van de achterban vast te stellen?

De eerste betreft het onderscheid tussen belangen die subjectief en objectief bepaalbaar zijn. Opnieuw is hierbij sprake van een gradueel onderscheid, tussen wat Pitkin *wishes* en *welfare* noemt.⁶⁶ Bij *wishes* gaat het om de subjectieve, directe preferenties van de achterban: wat willen zij precies op dit moment? Aangezien de vaststelling hiervan input vanuit de achterban vereist, liggen criteria gebaseerd op mandaat voor de hand. Bij *welfare* gaat het om de langetermijnbelangen van de achterban: wat is goed voor hen? Het antwoord op deze vraag kan (tot op zekere hoogte) ook los van de directe inbreng van de achterban worden bepaald. Daar passen criteria bij die minder op de achterban focussen en meer op de eigenschappen van een belangenorganisatie die een onafhankelijke afweging mogelijk maken, zoals expertise, ervaring en transparantie.

Het is ook mogelijk dat de achterban geen interesse heeft in betrokkenheid bij iedere keuze die een belangenorganisatie maakt, net zoals de gemiddelde kiezer waarschijnlijk niet graag zou worden geraadpleegd bij ieder besluit dat een politicus moet nemen. In dat geval kunnen vertrouwen op waarde en expertise van de belangenorganisatie de basis voor representativiteit vormen. Mansbridge noemt dit 'gyroscopische representatie': belangenvertegenwoordiging waarbij de vertegenwoordiger als een gyroscoop rondom zijn eigen as (kernwaarde) draait, maar daarbij zijn eigen richting bepaalt.⁶⁷ In dat geval liggen criteria die betrekking hebben op transparantie (over waardebeoordeling, strategie en werkwijze) en in- en uittreding van leden voor de hand. Kortom, representativiteitsvereisten gebaseerd op mandaat passen doorgaans goed bij representatie van belangen die niet los van de achterban zijn vast te stellen, terwijl vereisten die zien op onafhankelijkheid beter passen bij belangen die wel los van de achterban zijn vast te stellen.

6.2 Wie is meer geschikt om het belang te behartigen?

Ook relatieve geschiktheid kan een belangrijke reden zijn om representatie te beoordelen op onafhankelijkheid in plaats van mandaat.⁶⁸ Naarmate een belangenorganisatie meer kennis, ervaring, tijd of middelen heeft dan degenen die zij representeert, kan dit een meer onafhankelijke positie van de belangenorganisatie rechtvaardigen dan wanneer de achterban qua capaciteit relatief gelijk is aan de belangenorganisatie. Dit argument speelt een belangrijke

63 ABRvS 22 november 2005, AB 2006/18; ABRvS 18 juni 2014, JB 2014/166.

64 Zie bijv. ABRvS 28 februari 2000, AB 2000/188, m.nt. M. Schreuder-Vlasblom.

65 Pitkin 1967; voor een vergelijkbaar betoog J. Mansbridge, 'Rethinking Representation', *The American Political Science Review* 2003, p. 515-528.

66 Pitkin 1967, p. 145, 166, 198-199.

67 Mansbridge 2003.

68 Pitkin 1967, p. 211.

rol bij recente pleidooien voor een breder beroepsrecht voor belangenorganisaties bij besluiten met een complexe technologische achtergrond.⁶⁹ Van een individu kan immers minder worden verwacht dan van een belangenorganisatie als het gaat om het begrijpen van algoritmes die ten grondslag liggen aan een bepaald besluit. Bovendien hebben belangenorganisaties vaak meer zicht op structurele problemen in de uitvoeringspraktijk dan een individu. In het civiele recht is wel beargumenteerd dat belangenorganisaties nodig zijn om effectieve rechtsbescherming te bieden tegen discriminatie.⁷⁰ Het is voor één sollicitant veel lastiger om aan te tonen dat zijn afwijzing op discriminerende gronden plaatsvond dan voor een belangenorganisatie om te laten zien dat een bedrijf structureel mensen van een bepaalde afkomst afwijst. Daarnaast kunnen belangenorganisaties veel kennis hebben van bepaalde dossiers en ontwikkelingen al gedurende lange tijd nauwgezet volgen. Zeker voor zwakkere groepen binnen de samenleving geldt vaak dat zij minder of niet gemobiliseerd zijn, en belangenorganisaties beter in staat zijn hun stem effectief te laten horen.⁷¹ Aangezien in dergelijke gevallen de capaciteit van belangenorganisaties de basis vormt voor de representatie, is het logisch om criteria te stellen die zien op deze ervaring, deskundigheid of middelen. Naarmate de belangenorganisatie een gelijk(waardig)ere positie heeft met de achterban en weinig reden bestaat om te denken dat de belangenorganisatie 'het beter weet', kunnen de bij mandaat behorende criteria zinniger zijn.

7. Conclusie

In de bestuursrechtelijke literatuur zijn voorstellen gedaan voor invoering van een representativiteitsvereiste voor procederende belangenorganisaties. Vanwege hun verkennende aard is niet helemaal duidelijk welk doel hiermee wordt gediend, hoe de criteria moeten worden ingevuld en hoe deze zich tot elkaar verhouden. Met deze bijdrage beoog ik het bestuursrechtelijk representativiteitsdebat te verrijken door over de grenzen van het bestuursrecht heen inspiratie op te doen in de politicologische en Amerikaanse juridische literatuur. Op basis daarvan doe ik een eerste aanzet voor een theoretisch kader voor de beoordeling van representativiteit.

Concreet heb ik bepleit dat representativiteit een thema is dat zowel collectieve als ideële belangenbehartigers raakt. Inherent aan representativiteit is de spanning tussen de vraag of een belangenorganisatie moet handelen naar de wensen van de achterban ('mandaat') of een meer zelfstandige afweging mag maken over het te behartigen belang

('onafhankelijkheid'). Een zinvolle invulling van representativiteit dient rekening te houden met de aard van de belangenbehartiging: een *one-size-fits-all* benadering volstaat niet. Zo passen vereisten die zien op mandaat (zoals aantal leden en inspraakmogelijkheden) doorgaans meer bij collectieve belangenbehartigers en vereisten die zien op onafhankelijkheid (zoals expertise en ervaring) meer bij ideële belangenbehartigers. Andere factoren betreffen de mate waarin een belang los van de achterban kan worden vastgesteld en de relatieve capaciteit van een belangenorganisatie ten opzichte van de achterban.

Het antwoord op de vraag of en in welke vorm een representativiteitsvereiste wenselijk is, hangt nauw samen met de rol die we belangenorganisaties in het juridische stelsel willen toekennen. Daarmee raakt deze theoretische verhandeling aan de vraag voor wie en welke belangen het proces bij de bestuursrechter open moet staan. In hoeverre dient het bestuursprocesrecht bijvoorbeeld groepen in de samenleving te faciliteren die minder capaciteiten hebben om zichzelf te organiseren? Daarmee betreft representativiteit indirect een vraag naar de inclusiviteit van het bestuursrecht.

69 Zie bijv. Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Big Data in een vrije en veilige samenleving*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2016, p. 13; B. van der Sloot & S. van Schendel, 'Tien voorstellen voor aanpassingen aan het Nederlands procesrecht in het licht van Big Data', *Computerrecht* 2020/2, p. 10.

70 Zie bijv. P.R. Rodrigues, 'Collectieve acties als structureel instrument tegen discriminatie', in: A.W. Jongbloed (red.), *Samen sterk: Over het optreden in rechte door groeperingen*, Boom Juridische uitgevers 2002.

71 Zie bijv. Chen & Cummings 2013.