



Verslag van het symposium van de Raad van State op 29 september 2011

Doel en functie van de bestuursrechtspraak:
een blik op de toekomst



Verslag van het symposium van de Raad van State op 29 september 2011

Doel en functie van de bestuursrechtspraak:
een blik op de toekomst

Omslag:

© René Magritte, *De zoektocht naar het volmaakte*, 1963, c/o Pictoright Amsterdam
2011. (dig. photo: J. Geleyns / www.roscaan.be<<http://www.roscaan.be>>)

Colofon

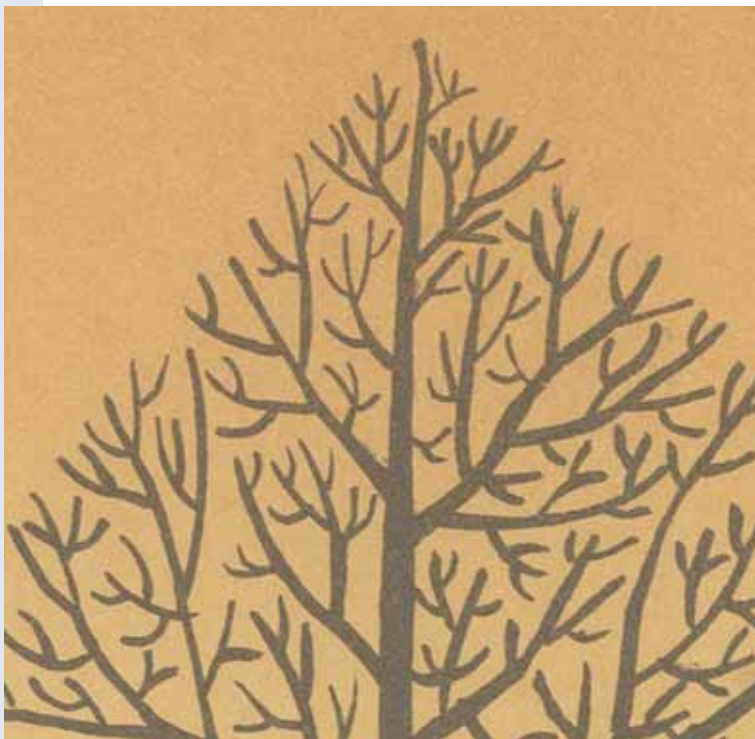
Ontwerp en opmaak: Frans Gijzenmijter, Waddinxveen
Druk: OBT bv, Leiden

© 2012 Raad van State, Den Haag

Alle rechten voorbehouden: niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de Raad van State (Postbus 20019, 2500 EA Den Haag).

Inhoudsopgave

Welkomstwoord	7
<i>door mr. H.D. Tjeenk Willink, vice-president van de Raad van State</i>	
Opening door de dagvoorzitter	13
<i>door mr. J.E.M. Polak, voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State</i>	
Doel en de functie van de bestuursrechtspraak in een veranderende democratische rechtsstaat	
Toelichting van het onderzoek 1	19
<i>door mr. J.C.A. de Poorter, raadviseur bij de Raad van State</i>	
Toelichting van het onderzoek 2	27
<i>door mr. K.J. de Graaf, universitair hoofddocent aan de Rijksuniversiteit Groningen</i>	
De toekomst van de bestuursrechtspraak	35
<i>door prof. mr. M. Scheltema, regeringscommissaris voor de algemene regels van bestuursrecht</i>	
Zaaldiscussie	49
De toereikendheid van het bestuursprocesrechtelijk instrumentarium	
Het bestuursproces: een agenda voor de 21e eeuw	55
<i>door prof. mr. R.J.N. Schlössels, hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen</i>	
Zaaldiscussie	67



Welkomstwoord

door mr. H.D. Tjeenk Willink,
vice-president van de Raad van State

Welkomstwoord

Directe aanleiding voor dit symposium “Doel en functie van de bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst” vormt het verschijnen van de gelijknamige studie van Jurgen de Poorter en Kars de Graaf. Deze studie is verschenen in de reeks ‘Studies en rapporten’ van de Raad van State. Daarin komen aspecten in het werk van de Raad aan de orde die om speciale aandacht en verdere doordenking vragen. Daarbij kan het gaan om aspecten van advisering of van bestuursrechtspraak, dan wel om het ‘constitutioneel fundament’ waarop de beide taken van de Raad rusten.

Het doel van deze studie en dit symposium is het stimuleren van een discussie over doel en functie van de bestuursrechtspraak in een veranderende democratische rechtsstaat. Het is opvallend dat die discussie in politiek en bestuur niet wordt gevoerd, terwijl de wetgever op het gebied van bestuursrechtspraak veel maatregelen treft, die niet zelden ook de systematiek van bestuursrechtelijke rechtsbescherming raken. Een samenhangende visie op de rol en de functie van de bestuursrechter in de democratische rechtsstaat lijkt daaraan niet ten grondslag te liggen. Toch zijn er voor die discussie en visie allerlei aanzetten gegeven door de VAR, Vereniging voor bestuursrecht, en in de wetenschap. Centraal staat daarin steeds het besluitbegrip.

Het gevaar dat altijd dreigt, is de eenzijdigheid van invalshoek van waaruit problemen worden gedefinieerd; meestal een organisatorische invalshoek. Dat verschijnsel is niet nieuw en in het verleden heb ik daarvoor al eerder aandacht gevraagd.¹ Er wordt bijvoorbeeld in de bestuurspraktijk een probleem gevoeld en dat is, zo wordt verondersteld, voor een belangrijk deel gelegen in het functioneren van de *organisatie* van de bestuursrechtspraak. Een deugdelijke bestudering van de werkelijke oorzaken vindt daarbij niet plaats. De problemen worden bekend verondersteld en van belang is slechts om daartegen daadkrachtig op te treden. Dat optreden heeft de laatste jaren geleid tot een grote veranderingsdruk in de wetgeving op het terrein van het algemeen bestuursrecht, het bestuursprocesrecht en het omgevingsrecht. Die vele wetswijzigingen en voorgestelde wetswijzigingen creëren echter weer hun eigen problematiek. De rechtspraktijk blijkt het tempo van wijzigingen nauwelijks aan te kunnen en de rechtspraak krijgt door de snelheid waarmee deze rechtsterreinen met wijzigingen worden geconfronteerd, nauwelijks de gelegenheid om voldoende richting te geven aan de rechtspraktijk.

¹ Zie bijvoorbeeld ‘De grote schaal en de weegschaal’, *Trema* 1986, jrg IX nr. 6. p. 220.

Bovendien is het eigen aan elk systeem dat het onderworpen raakt aan zijn eigen dynamiek. Dat geldt ook voor het systeem van bestuursrechtelijke rechtsbescherming. De evaluaties van de Algemene wet bestuursrecht die in de jaren na 1994 zijn uitgevoerd, hebben eigenlijk uitsluitend aandacht gehad voor de aanbouw en de verdere verfijning van het bestaande stelsel. Een fundamentele herbezinning op de uitgangspunten van dat stelsel heeft niet plaatsgevonden. Daarmee ontstaat het gevaar dat de verbeteringen die bedoeld waren niet tot stand komen. Ook dáárom is aandacht voor de oorzaken van de problemen die worden gesignaleerd van belang. Levert het in de Awb voorziene systeem op wat we er in 1994 van verwachtten? Beantwoordt het ook nog aan de (veranderde) verwachtingen die wij *nu* hebben?

Voor een antwoord op die vragen is een zorgvuldige diagnose nodig van de plaats van de bestuursrechter in de democratische rechtsstaat en van de veranderingen die daarin in de afgelopen jaren zijn opgetreden.

In de democratische rechtsstaat zijn wetgever, bestuur en rechter voor een goed functioneren van elkaar afhankelijk. In mijn algemene beschouwingen in de jaarverslagen van de Raad heb ik eerder geconstateerd dat voor het goed functioneren van de democratische rechtsstaat evenwicht en wederzijdse afhankelijkheid van groot belang zijn. Het evenwicht tussen staat en samenleving en hun wederzijdse afhankelijkheid. Het evenwicht binnen de Trias Politica en de wederzijdse afhankelijkheid van wetgever, bestuur en rechter. Het evenwicht binnen het bestuur en de wederzijdse afhankelijkheid van bestuurders en uitvoerders. Die evenwichten zijn verschoven, de grenzen zijn vervaagd. Dit heeft ook gevolgen voor de bestuursrechtspraak. De verknoping die is ontstaan van wetgever en bestuur, van bestuur en politieke controle op het bestuur doorbreekt het evenwicht binnen de Trias Politica. Voor de burger blijft de rechter dan als enig tegenwicht over. Zo wordt de rechter opgezadeld met de gevolgen van politiek bestuurlijke problemen die hij niet kan oplossen, maar waarin hij wel uitspraak moet doen. Op ten minste twee manieren komt de rechter hierdoor onder druk te staan en wordt hij kwetsbaar.

In de eerste plaats doet de burger in toenemende mate een beroep op de rechter 'om zijn recht te halen', om het handelen van de overheid dat aan zijn belangen raakt, te laten toetsen aan de waarden waaraan de wetgever en het bestuur in een democratische rechtsstaat hebben te voldoen. Waar het vertrouwen in de gekozen volksvertegenwoordigers en het bestuur is aangetast, groeit de verwachting bij de burger over wat de rechter voor hem kan betekenen. Dat maakt de rechter kwetsbaar tegenover de burger die niet zelden wel juridisch gelijk krijgt, maar

daarmee zijn conflict met de overheid nog niet opgelost.

Finale geschilbeslechting zou een oplossing hiervoor moeten zijn. De Awb kent daarvoor een aantal voorzieningen. Maar is - zo luidt ook een vraag in de studie die vanmiddag aan de orde is - finale geschilbeslechting wel mogelijk zonder de centrale rol van het besluitbegrip als uitsluitend toegangsvereiste tot en object van toetsing door de bestuursrechter in zekere zin los te laten?

En wat is de rol van de bestuurlijke voorprocedure daarbij? Ook die lijkt thans onvoldoende te beantwoorden aan haar oorspronkelijke doel. Doordat het bestuur trekken heeft gekregen van een in zichzelf gekeerd systeem, is een belangrijk deel van haar 'zelfreinigend vermogen' verloren gegaan. Bestuurders hebben steeds meer de neiging om tegenwicht en tegenspraak als tegenstand tegen daadkrachtig optreden te zien, in plaats van als een middel om evenwicht te bereiken. Hierdoor heeft ook de bestuurlijke heroverweging haar functie verloren en positioneert de overheid zichzelf als partij tegenover de burger.

In de tweede plaats is de kwetsbaarheid van de rechter er in gelegen dat hij onder vuur komt te liggen van politici en bestuurders. Politici verwijten de rechter onvoorspelbaar en soms maatschappelijk 'onaangepast' gedrag, bestuurders voelen zich door de rechter voor de voeten gelopen. Als gevolg daarvan worden de laatste tijd veel maatregelen getroffen, waarvan de ratio vooral lijkt te moeten worden gezocht in de behoefte aan beperking van de toegang tot de rechter en het terugdringen van procedures om de uitvoering van overheidsprojecten te vergemakkelijken. Daarbij realiseert men zich echter onvoldoende dat dergelijke maatregelen het huidige gebrek aan evenwicht nog verder uit het lood slaan. Hoge drempels in de toegang tot de rechter, leiden immers niet tot herstel van het verbroken evenwicht binnen de Trias Politica. Integendeel. Als het beroep op de rechter ernstig wordt belemmerd, worden gebreken in het bestuur, die door onvoldoende politieke controle onopgemerkt blijven, in het geheel niet meer gecorrigeerd. Dat zal het vertrouwen van burgers in het bestuur nog verder doen afnemen. Herstel van evenwicht wordt niet bereikt door de positie van de rechter te verzwakken, maar door te investeren in de kwaliteit van wetgeving en bestuur.

Door de uitoefening van de beide taken, advisering en bestuursrechtspraak, ervaart de Raad van State dagelijks hoezeer wetgever, bestuur en rechter voor een goed functioneren van elkaar afhankelijk zijn en is hij in staat de verschuivingen in het evenwicht binnen de Trias Politica te signaleren en op de consequenties daarvan te wijzen. Waar het gaat om doel en functie van de bestuursrechtspraak in een veranderende democratische rechtsstaat is het van belang dat een fundamenteel debat op gang wordt gebracht, niet alleen hier vanmiddag, maar

ook buiten deze zaal in de politieke arena. De Raad is, bijvoorbeeld door middel van een onverplicht advies of het geven van voorlichting, graag bereid ook aan dat debat een bijdrage te leveren vanuit haar specifieke deskundigheid.

Ik wens u een aangename middag en een vruchtbare discussie toe.



Opening door de dagvoorzitter

door mr. J.E.M. Polak, voorzitter van de Afdeling
bestuursrechtspraak van de Raad van State

Opening door de dagvoorzitter

Het is niet eenvoudig om een onderzoek met een zo veelomvattend thema recht te doen. We hebben gemeend een zekere tweedeling te maken door in het eerste deel vooral centraal te stellen de meer staatsrechtelijke vraagstelling die de vice-president ook voor ogen stond, waartoe is de bestuursrechtspraak eigenlijk op aarde. Zo'n vraag is veelomvattend en zal bij de practici onder u wellicht niet tot warme gevoelens leiden. Het is toch goed dat we van tijd tot tijd, als leden van de Afdeling bestuursrechtspraak bij die vraag stil staan. Juist als practicus kan het verschil maken of wij onze taak zien als 1) louter geschilbeslechter, of 2) ook een bijdrage willen leveren aan rechtsstatelijk evenwicht of 3) ook aan de rechtsvorming. Te uwer bediening noem ik daarmee om voor degene die het boekwerk nog niet helemaal gelezen heeft, de drie functies van bestuursrechtspraak die de onderzoekers als rode draad helder onderscheiden.

Door een combinatie van praktische factoren, ik noem het feit dat wij jaarlijks een enorme hoeveelheid zaken moeten wegwerken, om u een indruk te geven in 2010 deden wij ongeveer 15.000 zaken af, het terechte belang dat aan goede doorlooptijden en finaliteit wordt gegeven kan het niet anders dan dat de nadruk sterk moet liggen op het eerste, de geschillenbeslechting. Maar als het goed is zijn wij ons daarbij steeds doordrongen van het feit dat het tot de kern van ons werk behoort een bijdrage te leveren aan het rechtsstatelijke evenwicht. Vinden wij ook dat die taak, zoals in het onderzoek wordt aangegeven van meer belang wordt door maatschappelijke ontwikkelingen zoals toenemend populisme? Het is een uitdagende vraag die ik in dit inleidinkje van tien minuten niet ga beantwoorden, al was het maar om bij een zo complex vraagstuk niet in populistische oneliners te vervallen. Wat de rechtsvorming betreft: ik hoop dat wie goed kijkt ziet dat we ondanks die enorme hoeveelheid zaken onze rol als rechtsvormer serieus proberen te nemen; ik noem drie rechtsvormende uitspraken van dit kalenderjaar (er zijn er aanzienlijk meer) waarmee de praktijk, het rechts- en maatschappelijk leven richting wordt gegeven. Op 19 januari 2011 (AB 2011, 47, n. nt. De Gier en De Waard) werd een nog niet alle vragen beantwoordende, maar toch zeker richtinggevende uitspraak gedaan over hoe het relativiteitsvereiste in het bestuursrecht zou moeten worden benaderd, nodig vanwege de introductie daarvan in het bestuursrecht in de Crisis- en herstelwet. Hoezeer wij steun hebben aan de rechtspraak van de Hoge Raad, die is wel ontwikkeld in het kader van de overheidsaansprakelijkheid en geeft niet 1 op 1 antwoord bij de vraag hoe zij toepassing moet vinden in bijvoorbeeld de context van het begrip 'een goede ruimtelijke ordening'. Verstandige wetenschappers hadden ook verschillende

opvattingen daarover en ook hier intern is een goede en constructieve discussie gevoerd over wat het in die context, ook gegeven de bedoelingen van de wetgever zou moeten betekenen. Tweede voorbeeld; op 9 maart 2011 (AB 2011, 130, m. nt. Blomberg en Grapperhaus) werd bij een geschil dat nog niet onder Wabo viel, antwoord gegeven op vragen als zijn de verschillende benodigde toestemmingen in een omgevingsvergunning verschillende besluitonderdelen als bedoeld in artikel 6:13 Awb en hoe zit dat dan met de verschillende milieucategorieën. Ook daar was de literatuur met bijdragen van verschillende hier aanwezigen niet eenduidig. Ten slotte noem ik de uitspraak van 29 juni jl. over de coffeeshops in Maastricht, waarin na prejudiciële verwijzing belangrijke vragen van Europees en nationaal recht werden beantwoord waarmee regering, parlement en coffeeshophouders al jaren worstelen.

Deze zaken laten mijns inziens zien dat hoezeer het effectiviteitsdenken, snel doen van uitspraken, etc., een terecht appel op ons doet, we moeten waken om te denken in tegenstellingen; het is ook effectief om een rechtsvormende uitspraak te doen als dat verdere geschillen voorkomt, rechtbanken, bestuursorganen, burgers en bedrijven, kortom de rechtspraktijk houvast geeft. We moeten daarvoor ruimte genoeg vinden.

Het wordt tijd de onderzoekers de gelegenheid te geven hun onderzoek kort toe te lichten. Vervolgens zal in het eerste deel de nadruk liggen op de meer staatsrechtelijke vragen, zoals het vinden van het juiste evenwicht tussen de functies, daar wordt in dit boekwerk het nodige over gezegd, dat is verengd tot stelling 1 in uw map, en de risico's van het effectiviteitsdenken voor het rechtstatelijk gehalte van ons werk, daar gaat het om bij stelling 2; dat zijn tevens de kernelementen waarover wij het dit eerst deel van de middag zullen hebben. Wij zijn zeer verheugd dat Michiel Scheltema, die gedurende twee decennia als regeringscommissaris leiding heeft gegeven aan het Awb-project op het werk van de onderzoekers ten aanzien van vooral die vragen vervolgens een reactie wil geven, waarna het woord is aan de zaal.

In het tweede deel staat centraal of ons instrumentarium wel toereikend is, dat is de tweede helft aan de orde; daar is de link met de praktijk nog duidelijker. Dat stuk zal worden ingeleid door Raymond Schlössels. Zijn oratie bij de aanvaarding van het hoogleraarschap in Nijmegen ging over het besluitbegrip en is een lezenswaardig betoog over hoe de toegang tot de bestuursrechter ook zou kunnen worden ingericht. Dus het is niet voor niets dat we hem hebben gevraagd in te gaan op de perspectieven die het onderzoeksrapport van De Poorter en De Graaf op dat vlak geeft.

hun recht laten komen? Zie stelling 3. En hoe zit het met het tot hun recht laten komen van de drie functies als we, zoals artikel 6.6 van het wetsvoorstel tot verankering van de Crisis- en herstelwet, waarover de Afdeling advisering van de Raad thans moet adviseren, steeds meer rechtspraak in één instantie krijgen (stelling 4)?

Ik geef nu graag eerst het woord aan de onderzoekers die een zo omvattend werk hebben geschreven dat het u in de zaal zal verheugen als zij hun belangrijkste bevindingen voor u samenvatten.



Doel en de functie van de
bestuursrechtspraak in een
veranderende democratische
rechtsstaat

Toelichting van het onderzoek 1

door mr. J.C.A. de Poorter, raadadviseur bij de Raad van State

Voorzitter, geachte aanwezigen,

Ik vertel u, als dagelijkse beoefenaren van het bestuursrecht, niets nieuws als ik zeg dat het systeem van bestuursrechtelijke rechtsbescherming de laatste jaren volop in beweging is. Er wordt druk gebouwd en verbouwd aan het systeem dat in 1994 met de inwerkingtreding van de Algemene wet bestuursrecht werd geïntroduceerd. De vraag rijst echter of we wel voldoende voor ogen hebben wat de consequenties van deze verbouwingen zijn voor het fundament waarop het stelsel van procesrecht steunt. Anders gezegd: ligt er wel een voldoende afgewogen visie op het doel en de functie van de bestuursrechtspraak aan ten grondslag? Er is naar onze mening alle aanleiding om die vraag te stellen. Van een afgewogen visie op doel en functie van de bestuursrechtspraak in een democratische rechtsstaat blijkt niet expliciet in het politieke debat en de genomen en voorgestelde maatregelen geven over het algemeen blijk van een zekere eenzijdige gerichtheid op het beperken van de toegang tot de rechter, het terugdringen van het aantal procedures en het verhogen van de snelheid ervan.

Het ontbreken van een duidelijke en coherente visie op doel en functie van de bestuursrechtspraak maakt de bestuursrechtspraak in zekere zin kwetsbaar. Die kwetsbaarheid wordt bijvoorbeeld duidelijk wanneer de rechter onder vuur komt te liggen van politici, bestuurders en van sommige private partijen. Zij voelen zich voor de voeten gelopen door de rechter en vragen zich af waarom de rechter zich bemoeit met zaken die naar hun oordeel in het politieke domein thuishoren. Anderzijds zien we dat juist door omstandigheden die gelegen zijn binnen de overheid zelf de legitimiteit van het overheidsoptreden onder druk komt te staan en de behoefte aan de rechter als tegenwicht juist groeit. Ook dat maakt de rechter in zeker opzicht kwetsbaar, omdat de verwachtingen van de rechtszoekende niet altijd overeenstemmen met wat de rechter werkelijk voor hem kan betekenen. Een rechtzoekende kan heel goed juridisch gelijk krijgen, maar daarmee is zijn conflict met de overheid vaak nog niet opgelost. Maatregelen die de toegang tot de rechter beperken versterken die kwetsbaarheid van de rechtspraak overigens nog meer.

Wij hebben met dit onderzoek getracht een meer fundamenteel debat over doel en functie van de bestuursrechtspraak te stimuleren en daaraan reeds op voorhand enige richting te geven. We hebben geprobeerd een antwoord te vinden op de

vraag aan welke doelstellingen de bestuursrechtspraak dient te beantwoorden en hoe, en in welke onderlinge verhouding, deze doelstellingen doorwerken bij een herbezinning op de bestuursrechtspraak. Wij hebben een drietal doelstellingen van bestuursrechtspraak geformuleerd: geschillenbeslechting, het bewaken van de legitimiteit van het overheidsoptreden en het bevorderen van de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid. We hebben die doelstellingen verder uitgewerkt en ze in onderlinge verhouding bezien.

Uitgangspunt is naar onze opvatting dat bestuursrechtspraak primair dient om een geschil te beslechten dat de belanghebbende en het bestuursorgaan verdeeld houdt. Daarbij gaat het steeds om een geschil dat is gerezen naar aanleiding van een bevoegdheidsuitoefening van het bestuursorgaan. Ook het Awb-procesrecht lijkt er van uit te gaan dat geschillenbeslechting de primaire doelstelling is van de bestuursrechtspraak. De rechterlijke toetsing vindt immers naar huidig procesrecht zijn buitengrens in het geschil zoals partijen dat aan de hand van de ingebrachte beroepsgronden aan de rechter hebben gepresenteerd. Naarmate het accent sterker wordt gelegd op geschillenbeslechting komen er ook andere elementen in beeld waaraan de bestuursrechtelijke rechtspleging dient te voldoen: snelheid en finaliteit van de geschillenbeslechting. Dit zijn echter geen zelfstandige doelstellingen van de bestuursrechtspraak, maar bijkomende voorwaarden waaraan een op geschillenbeslechting gericht procesmodel in hoge mate moet voldoen. Het geschillenbeslechtende vermogen van de bestuursrechtspraak is een aanhoudend punt van zorg, hoewel er de laatste jaren op dit terrein ook veel vooruitgang is geboekt. Die vooruitgang vindt niet alleen zijn grond in wetgevende maatregelen die het geschillenbeslechtende instrumentarium van de bestuursrechter hebben uitgebreid, maar ook in een veranderende attitude van de bestuursrechters. Een en ander neemt niet weg dat we in de komende jaren moeten blijven nadenken over de vraag hoe de bestuursrechtspraak zo kan worden uitgerust dat het kan voorzien in de maatschappelijke behoefte dat bestuursgeschillen op een snelle en effectieve wijze worden beslecht. In dat verband hebben wij aandacht gevraagd voor een tweetal aspecten.

In de eerste plaats is dat de constatering dat de gezamenlijke verantwoordelijkheid van rechter en partijen voor een effectieve, finale geschillenbeslechting in het bestuursrecht haar grens vindt in de aan de huidige systematiek inherente dominantie van het besluitbegrip als toegangsvereiste voor en als object van beoordeling van de bestuursrechtelijke procedure. Wij hebben de vraag onder ogen gezien of we in het bestuursprocesrecht niet behoefte zouden hebben aan een ruimere rechtsingang dan alleen voor geschillen over een besluit en – in het

verlengde daarvan – of de bestuursrechter niet behoefte heeft aan meer uitspraakbevoegdheden dan de klassieke vernietiging. Kars de Graaf zal hierover zometeen meer vertellen.

Het tweede aspect betreft het belang van een optimale benutting van de bestuurlijke voorprocedures. Waar het gaat om geschillenbeslechting in het bestuursrecht hebben bestuur en rechter een gezamenlijke verantwoordelijkheid. Elk van hen heeft een eigen taak, maar voor de effectiviteit van hun handelen zijn zij op elkaar aangewezen. De wijze waarop die eigen taak van de rechter ten opzichte van het bestuur wordt gedefinieerd staat echter voor een belangrijk deel in de weg aan de effectiviteit van zijn handelen. Dit is een aspect dat reeds door Struycken in zijn reactie op de voorstellen van Loeff werd onderkend. Rechterlijke toetsing van bestuursbesluiten rukt uiteen, wat tot dan toe verenigd is geweest: de rechtmatigheid wordt in veel gevallen gescheiden van de inhoudelijke waardering van belangen. Het gevolg is dat ook de verantwoordelijkheid voor het resultaat van een procedure wordt gesplitst in een bestuurlijk deel en een juridisch deel. Nu is de bestuursrechter er door de jaren heen tot op zekere hoogte in geslaagd een toetsingskader te ontwikkelen aan de hand waarvan de afweging van belangen in de rechterlijke beoordeling kan worden betrokken. Die beoordeling vindt echter zijn grens in de rechtsstatelijke positie van de bestuursrechter. De rechter kan het bestuur ter verantwoording roepen over de procedurele zorgvuldigheid waarmee het de belangenafweging heeft verricht, maar hij kan zich, en moet zich niet willen uitlaten over de inhoudelijke juistheid van de beleidskeuzen die het bestuur heeft gemaakt. Dit maakt zichtbaar waarom in nogal wat gevallen de rechterlijke toetsing noodzakelijkerwijs een tamelijk uitwendige beoordeling impliceert en waarom de bestuursrechtspraak vaak een formalistische benadering is verweten.

Tegen de achtergrond van deze analyse is het van belang te benadrukken dat geschillenbeslechting niet een uitsluitende verantwoordelijkheid van de bestuursrechter kan zijn. Geschillenbeslechting begint bij en is primair een verantwoordelijkheid van het bestuur. De rechtsbescherming door de rechter bestrijkt slechts één aspect van het geschil, namelijk de juridische toetsing. De rechter toetst met andere woorden slechts of het bestuur zijn taak als geschillenbeslechter rechtmatig uitoefent. De bestuurlijke geschillenbeslechting blijft derhalve leidend. Dat kan zijn in de vorm van vooroverleg, een zienswijzenprocedure, een bezwaarschrift procedure of – in zeldzame gevallen – administratief beroep, maar ook in de vorm van alternatieve wijzen van geschillenbeslechting, zoals bemiddeling en mediation waarin ook andere waarden dan het recht richtinggevend zijn. Wellicht is door de

nadruk op de geschillenbeslechtende functie van de bestuursrechtspraak de aandacht in de doctrine en de wetgeving voor geschillenbeslechting binnen het bestuur afgenomen. Maar de behoefte daaraan is niet verdwenen. Wij menen dat een optimale benutting van de bestuurlijke voorprocedures, waarbij de rechtmatigheid slechts één van de te beoordelen aspecten is, een voorwaarde is voor de houdbaarheid van bestuursrechtspraak in de samenleving. In dat verband hebben wij bijvoorbeeld het belang benadrukt van een verdere dejuridisering van de bezwaarschriftprocedure, maar hebben wij ook met de nodige voorzichtigheid de vraag opgeworpen of we in bepaalde typen geschillen - wij denken dan aan gevallen waarbij het recht wel enkele aanknopingspunten voor een rechterlijke toetsing biedt maar de bevoegdheidsuitoefening toch vooral een politieke-bestuurlijke afweging betreft - niet inspiratie zou kunnen worden ontleend aan het Deense recht, waar men al geruime tijd goede ervaringen heeft opgedaan met een quasi-rechterlijk administratief beroep voorafgaand aan de rechterlijke procedure. Het gaat daar om onafhankelijke commissies van wijze mannen en vrouwen die hun beoordeling niet beperken tot aspecten van rechtmatigheid, maar juist trachten om binnen de bandbreedte die het bestuursorgaan is gelaten te zoeken naar een oplossing van het geschil die recht doet aan de betrokken belangen. Die oplossing zou naar onze mening uiteindelijk niet veel meer kunnen zijn dan een advies aan het verantwoordelijke bestuursorgaan en uiteraard moet tegen het besluit van dat orgaan beroep op een onafhankelijke rechter openstaan. Maar de verwachting zou kunnen bestaan dat het tot een grotere mate van tevredenheid aan de zijde van de rechtszoekende zal leiden en daarmee tot minder beroepen op de rechter. Die verwachting steunt ook op de ervaringen in de ruimtelijke ordeningssfeer waar we andersom hebben moeten constateren dat het wegvallen van de goedkeuringsprocedure bij gedeputeerde staten in het kader van bestemmingsplanprocedures van invloed lijkt te zijn op de toename van het aantal beroepen op de rechter in die geschillen.

Bestuursrechtspraak dient echter niet uitsluitend de geschillenbeslechting. Dit brengt mij terug bij de vraag hoe de drie door ons onderscheiden doelstellingen van bestuursrechtspraak in onderlinge verhouding doorwerken bij een herbezinning op het bestuursprocesrecht. In de kern komt het daarbij naar onze opvatting neer op een inbedding van de tweede en derde doelstelling in het stelsel van bestuursrechtelijke geschillenbeslechting. Met de in de Awb van 1994 reeds ingezette ontwikkeling in de richting van een op geschillenbeslechting gericht procesmodel in samenhang met de daar binnen plaatsvindende subjectiveringstendensen wordt in toenemende mate afstand genomen van de gedachte dat de bestuursrechter een rol heeft waar het gaat om het bewaken van de legitimiteit van het bestuurs-

optreden. Dat wil niet zeggen dat geschillenbeslechting en het bewaken van de legitimiteit van het bestuursoptreden niet tot op zekere hoogte hand in hand kunnen gaan. Iedere vorm van geschillenbeslechting impliceert in zekere zin ook een vorm van controle op de legitimiteit van het bestuursoptreden. Maar in ons stelsel van procesrecht wordt de rechtzoekende burger geacht zijn beroep niet in te stellen met (uitsluitend) het doel het algemeen belang van rechtmatig overheidsoptreden te garanderen. Daarvoor is het beroep van de burger ook geen geschikt instrument. De burger wordt veeleer gezien als een autonoom rechtssubject dat in rechte opkomt voor zijn eigen belangen. Dat betekent echter toch dat er een zekere mate van spanning bestaat tussen de doelstelling van geschillenbeslechting enerzijds en de controle op de legitimiteit van het overheidsoptreden anderzijds. De mate waarin dat het geval is en de wijze waarop de controle-optiek binnen het primair op geschillenbeslechting gerichte procesmodel kan worden ingebed is voor een belangrijk deel afhankelijk van wat we met die controle precies voor ogen hebben. Een voor ons belangrijke reden om de bestuursrechter ook een zekere controlefunctie te blijven toekennen is gelegen in verschillende ontwikkelingen binnen het openbaar bestuur zelf. Zo wordt door sommigen, niet onbegrijpelijk, de vraag gesteld of er in de politieke besluitvorming altijd nog voldoende aandacht is voor fundamentele mensenrechten, voor constitutionele uitgangspunten en algemene rechtsbeginselen. Dat heeft wellicht te maken met een verlies aan democratisch-rechtsstatelijke kennis aan de zijde van politici en bestuurders. Misschien komt het door de sterke bedrijfsmatige oriëntatie binnen de overheid die leidt tot een afname van de aandacht voor de eisen die de rechtsstaat aan het ambtelijk handelen stelt en de rol die deze eisen zouden moeten spelen in de bestuurlijke besluitvorming. Wellicht heeft het ook te maken met de toename van het politiek populisme en de mede daardoor toegenomen polarisatie. Als die constatering juist zijn wordt de rechter daardoor steeds meer in een positie gebracht waarin hij de belangrijkste reële tegenmacht van het bestuur is geworden. Tegen die achtergrond krijgt de controlefunctie ook meer reliëf. Rechtspraak is geen geschikt instrument om de rechtmatigheid van het openbaar bestuur in Nederland in volle omvang te garanderen, maar de rechtspraak heeft in die controle wél een rol. Met maatregelen die blokkades opwerpen voor de toegang tot de rechter moet ook om die reden met grote terughoudendheid worden omgegaan. Tegen deze achtergrond ook blijft naar onze mening het beroepsrecht voor belangenorganisaties van groot belang. Dat actierecht blijkt dogmatisch gezien meer te wringen, naarmate het procesrecht verdergaand wordt gesubjectiveerd. Desalniettemin vormen rechtspersonen die voor bovenindividuele, vaak stemloze belangen in rechte opkomen een belangrijk tegenwicht tegen het openbaar bestuur. Tegelijkertijd is er wellicht

aanleiding om na te denken over een wijze om, laat ik zeggen, het ‘kaf van het koren te scheiden’. Een voorstel, zoals ook door Van Ettekovén gedaan om naar Duits voorbeeld het beroepsrecht van ideële belangenorganisaties te koppelen aan een met het oog daarop verleend certificaat, is een gedachte die nadere doordenking verdient. Voorts zouden we in het kader van de naleving van het recht ook kunnen denken aan een rol voor de in het wetsvoorstel Aanpassing bestuursprocesrecht geïntroduceerde advocaat-generaal. Hoewel genoemd wetsvoorstel niet die mogelijkheid biedt zou kunnen worden gedacht aan een bevoegdheid voor de advocaat-generaal om beroep of hoger beroep in het belang van het recht in te stellen. We zouden ons zelfs kunnen voorstellen dat er daartoe een commissie – vergelijkbaar met de door de commissie Hammerstein voorgestelde adviescommissie – wordt geformeerd die kan bijdragen aan het bevorderen van de informatiepositie van de advocaat-generaal. Daarin zouden bijvoorbeeld vertegenwoordigers uit de advocatuur, de VNG, het IPO, belangenorganisaties en de wetenschap kunnen samenwerken met als doel de advocaat-generaal voor te lichten over type zaken waarin zich op meer dan incidentele basis een zekere spanning voordoet met bijvoorbeeld mensenrechten of andere fundamentele rechtsbeginselen.

Als derde doelstelling van bestuursrechtspraak onderscheiden wij het bevorderen van de rechtsontwikkeling en het bewaken van de rechtseenheid. Dat is een doelstelling die in het bijzonder voor de hoogste bestuursrechter betekenis heeft. Ook voor deze doelstelling geldt dat zij moet worden ingebed in het op geschillenbeslechting gerichte procesmodel. Overigens geldt ook ten aanzien van deze derde doelstelling dat zij niet zonder meer op gespannen voet staat met het streven naar een procesvariant die een adequaat kader biedt voor het finaal beslechten van een rechtsgeschil tussen burger en bestuur. Integendeel, door een sterker accent te leggen op finale geschillenbeslechting werkt de bestuursrechtspraak zelf mee aan een verschuiving naar een meer autonome vorm van rechtsvinding. Onder invloed van het streven naar finale geschillenbeslechting beperkt de rechter zich minder gemakkelijk tot een min of meer uitwendige beoordeling en heeft hij juist de neiging door te pakken tot de materiële kern van het geschil. Daardoor komt de bestuursrechter veel eerder in de positie het bestaande materiële recht uit te leggen, te hervormen en waar nodig nieuw recht te creëren. Daar staat echter tegenover dat bepaalde ontwikkelingen in het huidige bestuursprocesrecht wel een zekere mate van spanning vertonen met het belang van het bevorderen van de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid. Wij constateerden dat rechtspraak van belang is voor de ontwikkeling van het materiële recht en voor de rechtseenheid. Die taak komt met name de hoogste rechters toe. Om deze taak goed te

kunnen vervullen dienen de relevante rechtskwesties echter wel de hoogste rechters te bereiken. In die zin is procederen dus niet alleen te beschouwen als een kwaad dat zoveel mogelijk moet worden bestreden. Een aantal van de recente ontwikkelingen die voortkomen uit de behoefte aan snelheid is er echter juist op gericht een drempel op te werpen voor de toegang tot de rechter. Denk alleen al aan de voorgenomen maatregelen tot het invoeren van kostendekkende griffiegelden. Dat zijn ontwikkelingen die niet alleen vanuit rechtsbeschermingsoptiek, maar ook bezien vanuit het belang van het bevorderen van de rechtsontwikkeling en rechtseenheid weinig sympathie verdienen. Meer in het algemeen geldt wellicht dat de behoefte aan snelheid en voortvarendheid niet altijd parallel loopt met de wens om voor bepaalde zaken, die er voor wat betreft de rechtsontwikkeling toe doen, een bijzonder regime te volgen. Zo lijkt de behoefte aan snelheid het bijvoorbeeld te winnen van het belang van rechtspraak in twee instanties in het ontwerp voor een Wet verankering Crisis- en herstelwet. Het bij de totstandkoming van de Awb gekozen uitgangspunt van rechtspraak in twee feitelijke instanties is wat ons betreft echter van groot belang – niet alleen vanuit de optiek van het belang van betrokken procespartijen op een mogelijkheid van herstel – maar ook om de verantwoordelijkheid van de hoogste bestuursrechters voor de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid te accentueren. Bij die accentuering passen naar onze mening ook de voorstellen voor een conclusie door een advocaat-generaal in, en behandeling door een grote kamer van zaken bij de hoogste bestuursrechters. Hoewel de positie van een hoogste bestuursrechter als de Afdeling bestuursrechtspraak een andere is dan die van een cassatierechter, of misschien wel juist daardoor, is enige differentiatie in de zaakbehandeling vereist. Van belang is zaken die er voor de rechtsontwikkeling toe doen, tijdig te signaleren en daarop een bijzondere regime te zetten. Daardoor is het naar onze mening van belang na te denken over een selectie-instrument. Daarbij denken wij niet zozeer aan een verlofstelsel, maar veeleer aan een op artikel 91, tweede lid, Vw geïnspireerde afdoeningswijze in hoger beroep.

Voorzitter, ik kom aan het eind van mijn inleiding. Het is als beoefenaren van het bestuursrecht onze taak om het systeem van bestuursrechtelijke rechtsbescherming bij de tijd te houden. Eén van de aspecten, ik stipte het reeds aan, die daarbij zeker onze aandacht verdient is de vraag of de dominantie van het besluitbegrip in dat systeem niet inmiddels enige relativering verdient. Wij hebben over die vraag in dit onderzoek enkele gedachten ontwikkeld en Kars de Graaf zal u daarover meer vertellen.

Toelichting van het onderzoek 2

door mr. K.J. de Graaf, universitair hoofddocent aan de Rijksuniversiteit Groningen

‘La recherche de l’absolu’, oftewel: ‘De zoektocht naar het volmaakte’. Dat is de titel van het surrealistische schilderij van René Magritte dat is afgebeeld op de voorkant van het boek waarin het vandaag centraal staande onderzoek is opgenomen. Staat dat schilderij – en dan vooral de titel – symbool voor de zoektocht van de auteurs? Wellicht. Wij sluiten aan in een lange traditie van onderzoek naar de vraag onder welke voorwaarden een stelsel van bestuursrechtspraak volmaakt zou kunnen zijn. Duidelijk is dat het antwoord naar doel en functie van de bestuursrechtspraak kan verschillen naar gelang het tijdsgewricht waarin de zoektocht wordt ondernomen en de inborst van de jurist (of de politicus) die de zoektocht verricht. Gelet op de lange traditie is ook duidelijk dat het thema aanleiding kan zijn tot de nodige hoofdbreken.

Een belangrijke vraag van het onderzoek is geweest of de centrale positie van het besluitbegrip in de bestuursrechtspraak niet (verder) gerelativeerd dient te worden. In het onderzoek hebben we aandacht besteed aan de toegang tot de bestuursrechtspraak en de rechtsgang die vervolgens is voorgeschreven. We hebben tevens gezien of de uitspraakbevoegdheden van de bestuursrechter voldoen en ook in de toekomst kunnen voldoen.

1 Uitbreiding van de rechtsmacht van de bestuursrechter

Vele auteurs zijn ons voorgegaan in het idee dat – kort gezegd – bestuursrecht spraak niet zou moeten worden gereduceerd tot rechtspraak over besluiten. Met onder meer Verheij kan worden gesteld dat het

‘Systematisch mooi zou zijn als de bestuursrechter bevoegd zou zijn kennis te nemen van alle geschillen, uit publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen ontstaan. [...] En dat het het meest logische is dat de bestuursrechter bevoegd is als het bestuursrecht van toepassing is, en de burgerlijke rechter als het burgerlijk recht van toepassing is.’²

De gedachte lijkt simpel, maar het overzien van de consequenties is dat niet. Hoewel de oratie van Backes in 2008 het onderwerp van de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter nogmaals – en met recht – durfde

² N. Verheij, ‘Een eigen recht(er)’, in: A.J.C. de Moor-van Vugt, J.L. de Wijkerslooth & N. Verheij, *Verschuiving van de magische lijn* (VAR-reeks 122), Alphen aan den Rijn: Samsom 1999, p. 67.

aan te roeren, vroeg hij zich zelf al af of het een ‘uitgekauwd onderwerp met weinig perspectief’ betrof.³ Zijn bevlogen pleidooi voor een verruiming van de rechtsmacht van de bestuursrechter werd vervolgens besproken door Damen onder de titel ‘Trekken aan een dood paard’.⁴ Toch konden ook wij niet om het onderwerp heen. Onze stelling is dat de beperking van de bestuursrechtspraak tot die handelingen die kunnen worden gekwalificeerd als ‘besluiten’ in de zin van de Algemene wet bestuursrecht, het vermogen van de bestuursrechtspraak om de daadwerkelijke geschillen tussen burger en overheid effectief en finaal te beslechten, niet ten goede komt. Daarnaast kunnen immers de geschillen tussen burger en overheid andere rechtshandelingen, beslissingen, feitelijke handelingen en overeenkomsten betreffen die zodanig met het vervullen van de publieke taak door het bestuur verweven zijn, dat het strikt genomen opmerkelijk is dat de bestuursrechter daarover niet kan oordelen. In de in 2010 gepubliceerde bundel ‘15 jaar Awb: bestuursrecht harmoniseren’, schreef J.A.M. van Angeren in zijn bijdrage over gemiste kansen in het Awb-project:

‘Veel beter zou het zijn de gedragingen in alle stadia voor, tijdens en na de totstandkoming van een besluit onder de rechtsmacht van de bestuursrechter te brengen. [...] Dat zou het voordeel hebben dat de burgerlijke rechter zich niet langer over deze toch typisch bestuursrechtelijke vragen hoeft te buigen.’⁵

In dezelfde bundel schreven Backes en A.M.L. Jansen een pleidooi om de rechtsmacht van de bestuursrechter te verbreden tot alle publiekrechtelijke geschillen, waarmee kort gezegd werd geduïd op geschillen voortkomende uit bestuursrechtelijke rechtsbetrekkingen:

‘Wil men rechter en rechtsgebied op elkaar laten aansluiten, samenhangend bestuurlijk handelen niet kunstmatig in verschillende deeltjes knippen en de bestuursrechter over alle bestuursrechtelijke vragen laten oordelen, dan kan de scheidslijn tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter niet louter worden afgeleid uit de vorm van het bestuurlijk handelen. De relevante vraag is niet of het gaat om besluiten, feitelijk handelen of overeenkomsten, maar of het

³ Ch.W. Backes, *Suum Cuique? Enkele opmerkingen over de rechtsvergelijking tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter* (oratie Maastricht), Den Haag: BJu 2009.

⁴ L.J.A. Damen, ‘Trekken aan een dood paard?’, *O&A* 2010/3, 61, p. 119-123.

⁵ J.A.M. van Angeren, ‘Gemiste kansen in het Awb-project’, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: BJu 2010, p. 214.

om typisch overheidshandelen gaat dat zich onderscheidt van het handelen van burgers'.⁶

Kortom, het is een zeer aantrekkelijke, principieel goed te verdedigen gedachte dat de keuze voor aparte bestuursrechtspraak gevolgd moet worden door de keuze om de bestuursrechter bevoegd te maken inzake alle geschillen die voortkomen uit een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Het door menig auteur opgeworpen bezwaar tegen een onmiddellijke invoering van een dergelijk systeem, namelijk dat onvoldoende duidelijk is wanneer nu exact sprake is van een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking, wordt door Backes en A.M.L. Jansen overigens van tafel geveegd. Zij stellen dat de rechtsmachtverdeling in Duitsland, Frankrijk en ook het Verenigd Koninkrijk, die alle refereren aan de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking, in de praktijk geruisloos en zonder noemenswaardige problemen werkt. Het huidige besluitenprocesrecht moet dan ook worden gezien als een tussenstation, niet als eindstation van de ontwikkeling van de bestuursrechtspraak. Wij kunnen instemmen met die constatering. Waar zij echter pleiten voor een onmiddellijke, fundamentele verbouwing, geven wij de voorkeur aan een meer gecontroleerde, stapsgewijze uitbreiding van de rechtsmacht van de Nederlandse bestuursrechter.

Bij het beschouwen van de ontwikkelingen in de bestuursrechtspraak is duidelijk dat de wetgever geen principiële visie heeft ten aanzien de door velen voorgestane verruiming van de rechtsmacht van de bestuursrechter. Als het gaat om zuiver bestuursrechtelijke instrumenten als bestuurswetgeving en beleidsregels, lijkt klip en klaar dat de wetgever er voorlopig niet aan denkt om de rechtsbescherming daartegen onder te brengen bij de bestuursrechter. De argumenten overtuigen echter niet. Ten aanzien van overeenkomsten geldt dat zelfs de meest fervente voorstanders van de afbakening van de rechtsmacht van de bestuursrechter met behulp van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking, voorlopig een uitzondering willen maken voor die categorie van overheidshandelen. Zo ook de wetgever. Recent dieptepunt is het wetsvoorstel Nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten. Na jaren van verhandelingen over de wenselijkheid van codificatie van het publiekrechtelijke beginsel van de gelijkheid voor de publieke lasten en een bij de aard van dat beginsel passende rechtsmachtverdeling, blijkt het wetsvoorstel – in tegenstelling tot het voorontwerp – de rechtsmacht van de bestuursrechter niet te verruimen. Dat is niet alleen teleurstellend, maar ook simpelweg onbegrijpelijk. Ook de rechtsmacht van de bestuursrechter ten

⁶ Ch.W. Backes & A.M.L. Jansen, 'De wederkerige rechtsbetrekking als panacee voor de gebreken van de 'besluiten-Awb'', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: BJu 2010, p. 91.

aanzien van de vergoeding van schade wegens onrechtmatige besluiten, met name ook de rechtsmacht van de Afdeling bestuursrechtspraak, zal worden beperkt als het wetsvoorstel wordt aangenomen.

Ontwikkelingen in de bestuursrechtspraak zijn voornamelijk gericht op verbetering van de effectieve, finale geschillenbeslechting. Constateerend dat het geschil steeds vaker wordt gedefinieerd als het geschil dat bestuur en burger daadwerkelijk verdeeld houdt (en dat dus in veel gevallen niet beperkt is tot een appellabel besluit), is het naar ons oordeel onvermijdelijk dat de afbakening van de rechtsmacht van de bestuursrechter koers zet naar een horizon waaraan de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking de doorslaggevende factor is voor diens rechtsmacht. Die verschuiving zal echter de nodige tijd vergen. Maar zij staat ook zeker niet stil.

2 Geleidelijke metamorfose van het besluitenprocesrecht

Op vele punten waarop uitbreiding van de rechtsmacht gewenst zou kunnen zijn, moet worden geconstateerd dat wetgever en bestuursrechter er in hoge mate in slagen om binnen het huidige stelsel de scherpe kantjes van een strikt toegepast besluitenprocesrecht te relativeren. Voorbeelden te over. In het geval van niet tijdig beslissend bestuur is geen sprake van een besluit in de zin van de definitie in de Algemene wet bestuursrecht, maar de wetgever heeft het niet tijdig beslissen daaraan gelijk gesteld. Sinds (ongeveer) 1997 neemt de bestuursrechter onder voorwaarden aan dat de beslissing van het bestuur over het vergoeden van schade als gevolg van de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid, een besluit is. Genoemd kan ook worden het bestuurlijk rechtsoordeel: een oordeel van het bestuursorgaan over de uitleg van wettelijke bepalingen in een concreet geval. Onder zeer beperkte voorwaarden neemt ook hier de bestuursrechter aan dat toch sprake is van een besluit waartegen geprocedeerd kan worden bij de bestuursrechter. Is rechtsbescherming gewenst en ligt een keuze voor de bestuursrechter voor de hand, dan wordt daarvoor gekozen door wetgever of bestuursrechter. Het is volstrekt logisch dat binnen het huidige stelsel alle geschillen in het keurslijf van het besluitenprocesrecht worden geperst. Er zijn echter geschillen aan te wijzen waarvoor geldt dat zij weliswaar in dat keurslijf worden aangeboden aan de bestuursrechter, maar die daar eigenlijk slecht inpassen. Naar ons oordeel moet worden nagedacht over het ontvlechten van rechtsgangen en moet derhalve een onderscheid worden gemaakt tussen geschillen waarvoor geldt dat het besluitenprocesrecht maatwerk biedt en geschillen waarvoor een andere rechtsgang

of procedure passender is. Kortom, andere rechts(in)gangen zijn vereist naast het dominerende besluitmodel.

De wetgever lijkt dat overigens ook wel in te zien. Zo betreft het beroep tegen niet tijdig beslissen tegenwoordig in de kern een procedure die aan de hand van een verzoek van een belanghebbende leidt tot het aan het bestuur opleggen van een gebod om (alsnog) een besluit te nemen, op straffe van een dwangsom. Hoewel het geschil nog altijd sterk gerelateerd is aan het besluitbegrip, vindt de regeling op een geforceerde manier aansluiting bij het keurslijf van het procesrechtelijke besluitmodel. Ook de introductie en vormgeving van de procedure tegen een besluit waarbij een bestuurlijke boete is opgelegd, lijkt uitdrukking van de gedachte dat het besluitgeoriënteerde karakter van het bestuursprocesrecht onvoldoende recht doet aan de aard van het geschil. In voorkomend geval dient rekening te worden gehouden met nieuwe feiten en omstandigheden en in alle gevallen zal - indien het besluit de toets aan het recht niet kan doorstaan - de bestuursrechter de hoogte van de boete zelfstandig moeten vaststellen. De vernietiging van het besluit kan in een dergelijke procedure in voorkomend geval worden gezien als een soort tussenstap. Dat komt overigens ook voor in het belastingrecht.

Al geruime tijd wordt geschreven dat het besluitmodel sommige geschillen node-loos ingewikkeld maakt en daarom te kort schiet. Gedacht moet dan worden aan bepaalde, zogenaamde strategische besluiten, zoals het zuivere schadebesluit en andere besluiten over schuldvorderingen. Het besluitgeoriënteerde procesrecht kan in dat soort geschillen weliswaar door de bestuursrechter in zekere mate worden getransformeerd tot een procesregeling die een - aan de civiele procedure te spiegelen - kader biedt voor de effectieve beslechting van een rechtsstrijd ex nunc tussen twee gelijkwaardige partijen over de tussen hen bestaande rechtsbetrekking, maar aan die transformatie zijn grenzen en er bestaat bovendien geen garantie dat die plaatsvindt. Kortom, in dergelijke geschillen kan het besluitmodel niet voldoen aan het ideaal van effectieve geschillenbeslechting. Het verbaast derhalve niet dat de regering in het wetsvoorstel Nadeelcompensatie en schadevergoeding wegens onrechtmatige besluiten voor een - naar ons oordeel te beperkte - categorie van geschillen het besluitmodel geheel verlaat en de burger de mogelijkheid biedt direct de bestuursrechter te benaderen met een verzoek het bestuursorgaan te veroordelen tot vergoeding van de door hem geleden schade. Indien dat wetsvoorstel wordt aangenomen, ontstaat een zelfstandige bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedure naast het klassieke vernietigingsberoep.

Een dergelijke ontvlechting van rechtsgangen bij de bestuursrechter zal naar ons oordeel deel uitmaken van de bestuursrechtspraak van de toekomst. Wij menen dat het creëren van een verzoekschriftprocedure een belangrijke stap kan zijn ter verbetering van het geschilbeslechtende vermogen van de bestuursrechtspraak voor specifieke categorieën geschillen. Daarbij kan onder meer worden gedacht aan geschillen over het vergoeden van schade (en nadeelcompensatie), geschillen over het niet tijdig handelen, geschillen in het financiële bestuursrecht en geschillen over de interpretatie van wettelijke normen in een concreet geval. Voor veel besluiten kent het gebruik van het besluitbegrip en het besluitmodel echter ook inherente voordelen waarvan wij niet direct afstand zouden willen doen. Hoewel karakteristieken van de bestuursrechtspraak als ‘goede toegang’ en ‘ongelijkheidscompensatie’ niet langer richtinggevende bakens lijken te zijn voor het optreden van de bestuursrechter in concrete gevallen, kan het besluitmodel naar ons oordeel belangrijk zijn voor behoud van deze uitgangspunten.

3 Effectieve geschillenbeslechting en uitspraakbevoegdheden

Meest gehoorde klacht in de afgelopen jaren is de stroperigheid van het bestuursrecht en de gebrekkige mogelijkheden van de bestuursrechter om geschillen finaal te beslechten. Uit het onderzoek blijkt, en dat zal voor de meesten in de zaal niet nieuw zijn, dat recente jurisprudentie heeft aangetoond dat het bestuursprocesrecht op een andere wijze toegepast wordt teneinde de mogelijkheden van de bestuurlijke lus, het gedekt verklaren van gebreken en het zelf in de zaak voorzien te optimaliseren. Duidelijk is dat met name nog veel ervaring moet worden opgedaan met het toepassen van de bestuurlijke lus. Duidelijk is ook dat het gebruik van de bestuurlijke lus bijdraagt aan het verder naar de achtergrond dringen van het besluitbegrip. Het instrument is immers in het leven geroepen om de rechtsbetrekking tussen burger en bestuur te herstellen (het beroep tegen het oorspronkelijke besluit zal steeds gegrond zijn of niet-ontvankelijk). Met name als het systeem van ‘onrechtmatig achten’ en opnieuw voorzien zich in een korte periode voltrekt gedurende de procedure, is het de uitdaging om de verantwoordelijkheid van alle spelers voor het bereiken van effectieve, finale geschilbeslechting vanuit rechtsstatelijk perspectief zo zuiver mogelijk te houden.

Wij zien – in het licht van die wens om geschillen effectief en finaal te beslechten – een noodzaak om in de nabije toekomst de rechtsmacht van de bestuursrechter te verdiepen en te verruimen.

Zo moet naar ons oordeel worden erkend dat behoefte kan bestaan aan rechtsmacht inzake bestuurlijke rechtsoordelen. Uitgangspunt in de huidige jurisprudentie is dat dergelijke beslissingen – behoudens bijzondere omstandigheden – niet appellabel zijn. Wordt toch rechtsbescherming geboden, dan zou het oordeel van de bestuursrechter een declaratoire uitspraak moeten zijn waarmee voor partijen zekerheid ontstaat. De wetgever achtte in 1994 het openen van de mogelijkheid een declaratoir te vragen, in strijd met de karakteristieken van het voorgestelde besluitenprocesrecht. Wij menen dat de rechtsontwikkeling heeft laten zien dat toch behoefte bestaat aan bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen bestuurlijke rechtsoordelen en dat er naar gestreefd moet worden om die behoefte – net als is gebeurd in het Duitse bestuursprocesrecht – te erkennen in de Algemene wet bestuursrecht, met name om het geschilbeslechtende vermogen van de bestuursrechter te vergroten. Wij denken niet alleen aan de mogelijkheid om (ook voorafgaand aan het nemen van een besluit) een voorlopige voorziening te vragen, maar ook aan het creëren van een redelijke mogelijkheid (soepeler dan het huidige door de bestuursrechter ontwikkelde stelsel) voor de burger om een declaratoire uitspraak te verkrijgen, nadat het bestuur een standpunt heeft ingenomen.

Ook op een ander punt komen wij tot de conclusie dat de rechtsmacht van de bestuursrechter uitgebreid moet worden om het geschilbeslechtende vermogen van de bestuursrechtspraak te vergroten. Zonder al te zeer in detail te treden, bestaat naar onze overtuiging behoefte aan het toedelen van rechtsmacht en uitspraakbevoegdheden aan de bestuursrechter als het gaat om de feitelijke handelingen en beslissingen die een appellabel besluit omringen. Over dergelijke feitelijke gedragingen kan de bestuursrechter geen, in veel gevallen zelfs geen voorlopig, zelfstandig oordeel geven. Het is slecht uit te leggen dat de bestuursrechter in veel gevallen niet bij machte is om het bestuur te verplichten uit te voeren waartoe een appellabel besluit of een bestuursrechtelijke uitspraak feitelijk verplicht. Denkbaar is dat de bestuursrechter juist op dat punt rechtsmacht wordt toebedeeld, ook al omdat daaruit ontstane geschillen in belangrijke mate zijn gerelateerd aan het bestuursrecht, meer in het bijzonder aan appellabele besluiten. Ondanks dat een dergelijk bevoegdheid belangrijke wijzigingen in het systeem teweeg zou brengen, menen wij dat de bestuursrechter op dit moment kan worden gekarakteriseerd als een gemankeerde rechter en dat uitbreiding van zijn rechtsmacht gerechtvaardigd is.

In dit verband wijzen wij ook op een aan die uitbreiding van de rechtsmacht gekoppelde uitspraakbevoegdheid. Koeman stelde recent de vraag waarom de

bestuursrechter niet kan dwingen tot een bouwstop in een procedure van een derde tegen de voor het bouwplan van zijn buurman verleende bouwvergunning. Anders gezegd: waarom zou Greenpeace niet een (gedeeltelijke) bouwstop kunnen eisen in de procedure tegen de natuurbeschermingswetvergunning voor een kolencentrale in de Eemshaven? Een dergelijke bevoegdheid zal naar ons oordeel niet misstaan in de bestuursrechtspraak van de toekomst. Die bevoegdheid kan naar ons oordeel worden gerechtvaardigd door de gedachte dat de bestuursrechter bevoegd zou moeten zijn om een ieder te dwingen zich te houden aan (de implicaties en consequenties van) zijn uitspraak. Die gedachte spreekt ons aan, maar wij realiseren ons dat het een belangrijke doorbreking van het huidige systeem zou betekenen. Een dergelijke uitspraakbevoegdheid komt echter ontegenzeggelijk tegemoet aan de wens de effectiviteit van geschillenbeslechting in het bestuursrecht te vergroten. Opmerkelijk in dat verband is dat de Afdeling bestuursrechtspraak recent de bevoegdheid om bij de einduitspraak een voorlopige voorziening te treffen heeft gebruikt om te bepalen dat - ondanks vernietiging van het bestreden Tracébesluit voor sporen in Arnhem - de werkzaamheden door mogen gaan, mits de snelheid van het goederenvervoer in de nacht niet verhoogd wordt van 40 tot 60 km/uur.⁷ Is dat een gedoogverklaring door de bestuursrechter en in strijd met het besluitmodel, of is sprake van op creatieve wijze tegemoet komen aan de wens van effectieve geschillenbeslechting en het verschaffen van helderheid over de consequenties van de uitspraak? Wij houden het voorlopig op het laatste.

4 Slotopmerking

Bekijkt men de ontwikkeling in perspectief, dan blijkt de bestuursrechtspraak steeds volop in beweging te zijn geweest als het gaat over het structurerende besluitbegrip. Het besluitenprocesrecht is een tussenstation. 'De zoektocht naar het volmaakte' zal ook na deze dag doorgaan. Ook als het gaat om de bestuursrechtspraak. En dat moet ook, want er is nog voldoende te wensen. In ons onderzoek hebben we enkele wensen voor de toekomst geuit en we hopen dat die aanleiding kunnen zijn voor hernieuwde discussie over doel en functie van de bestuursrechtspraak.

⁷ ABRvS 31 augustus 2011, *LJN* BR6372.

De toekomst van de bestuursrechtspraak

door prof. mr. M. Scheltema, regeringscommissaris voor de algemene regels van bestuursrecht

Inleiding

Enige tijd geleden behoorde ik tot een kleine groep experts die in een ver land moesten adviseren over verbetering van het bestuursrecht. Een Duitser en een Amerikaan waren de beide andere experts. Uiteraard sprak ik met enige trots over de recente Awb in Nederland. Tijdens de discussies daarover bleken mijn gesprekspartners nauwelijks te kunnen geloven dat de meest moderne codificatie van het algemeen bestuursrecht zo gebrekkig was. Rechtsbescherming alleen tegen besluiten, geen mogelijkheid voor de rechter om tot handelen te bevelen of declaratoire uitspraken te doen? Hun recht was veel beter. Nadere discussie leverde echter op dat ook hun eigen recht de nodige manco's vertoonde. Aan het eind was iedere expert nog steeds overtuigd van de superioriteit van het eigen recht, maar toch een stuk minder dan oorspronkelijk het geval was.

Dit voorval illustreert hoezeer wij als bestuursrechtjuristen geneigd zijn het bestaande recht als vanzelfsprekend te aanvaarden terwijl het bij een wat meer kritische blik helemaal niet vanzelfsprekend, en misschien wel gebrekkig is. Daarom is het uiterst nuttig om te doen wat ter voorbereiding van deze bijeenkomst is gedaan: de vraag stellen en wat wij in de toekomst van de bestuursrechtspraak verlangen. Het onderzoek van De Poorter en De Graaf om die vraag te beantwoorden is een belangwekkende studie. Zij biedt niet alleen veel materiaal ter overdenking, maar doet ook voorstellen voor veranderingen die de auteurs als wenselijk beschouwen. Voortbouwend op hetgeen al eerder is geschreven, en ook op ontwikkelingen die in wetgeving en jurisprudentie aan de gang zijn, kan zo een gefundeerde discussie over de meest wenselijke toekomst worden gehouden. Die is inderdaad dringend noodzakelijk. Er is immers duidelijk sprake van klachten over het functioneren van de bestuursrechtspraak, en van ontwikkelingen in wetgeving en jurisprudentie die daarop reageren. Zo is finale geschilbeslechting hoog op de agenda gekomen. Een bezinning op die ontwikkelingen is dan nodig, omdat een goede doordenking noodzakelijk is om veranderingen tot een succes te maken. Daarbij behoort een discussie waarbij de wetenschap en de praktische beoefenaren van het bestuursrecht betrokken zijn. Zonder een breed draagvlak kunnen wetgever of rechter veel minder bereiken dan vaak wel wordt gedacht. Daarom zijn de studie en de daarop volgende discussie zo nuttig.

Nog één opmerking vooraf. Als regeringscommissaris ben ik betrokken bij het werk aan de Awb. Vandaag is mij gevraagd naar mijn persoonlijke opvattingen; de volgende beschouwingen komen dan ook uitsluitend voor mijn rekening.

**Eerste stelling:
een drievoudige doelstelling voor de bestuursrechtspraak?**

De organisatoren van deze middag hebben twee stellingen opgesteld die in mijn inleiding aan de orde zouden kunnen komen. De eerste daarvan luidt als volgt:

Bij een fundamenteel debat over doel en functie van de bestuursrechtspraak komt het aan op het vinden van een juiste balans tussen de behoefte aan (finale) geschillenbeslechting, het bewaken van de legitimiteit van het overheidsoptreden en het bevorderen van de rechtsonwikkeling en de rechtseenheid.

In verband daarmee ga ik in op de vraag welke functie(s) het bestuursrecht naar mijn mening moet hebben.

De onvolledige keuze in de Awb

De eerste vraag die opkomt is: welke keuze heeft de Awb hier gemaakt? Een wat halfslachtige keuze, kunnen wij constateren. Er werd afstand gedaan van de gedachte dat het doel van de bestuursrechtspraak is om in algemene zin de rechtmatigheid van het bestuursoptreden te beoordelen. Als primaire doel van de bestuursrechtspraak werd voortaan gezien het bieden van rechtsbescherming aan de burger. Maar de keuze voor die laatste doelstelling is niet consequent doorgetrokken. Zo stamt het instrumentarium van de rechter, met de vernietiging van het bestreden besluit als centraal element, nog uit de vorige periode. Met de vernietiging werd immers onder de oude doelstelling bereikt wat men wilde: het onrechtmatige besluit was de wereld uit. Maar wat uit controle-oogpunt voldoende is, is dat niet voor het bieden van rechtsbescherming. Dan moet de vraag veeleer zijn: op welk besluit heeft de burger recht?

Nu was het ook niet zo gemakkelijk voor de Awb wetgever om een verdergaande keuze te maken. De doelstellingen van de Awb waren immers gericht op harmonisatie en codificatie van het bestaande recht. Dus niet: het ingrijpend vernieuwen van het bestuursrecht, maar het tot eenheid maken wat een lappen-deken was. Het paste dan ook niet goed in dat kader om met grote veranderingen te komen. De enige radicale verandering van de Awb is dan ook geweest dat het verbrokkelde bestuursrecht tot een samenhangend systeem werd gebracht. Dat is

overigens wel een essentiële verandering geweest. Zonder dat zouden wij niet, zoals vandaag, hebben kunnen spreken over de toekomst van de bestuursrechtspraak. Een dergelijke discussie zou dan voor ieder van de afzonderlijke bestuursrechtelijke rechtsgangen gevoerd moeten zijn, indertijd een stuk of zeven. Dat er dan zeven keer zulke goede onderzoekers gevonden zouden zijn om een studie te schrijven zoals nu is gebeurd, is welhaast uitgesloten. Integendeel, ik denk dat er dan helemaal niets zou zijn gebeurd, geen onderzoek en geen discussie. Tegen de achtergrond van de doelstellingen van de Awb is de wetgever bij het bestuursprocesrecht toch nog vrij duidelijk geweest: het gaat om het bieden van rechtsbescherming. Uit de studie rijst het beeld op dat die doelstelling inmiddels vrij algemeen is aanvaard, en dat de problemen vooral zitten in het feit dat die doelstelling nog onvoldoende is bereikt. Zeker sinds de derde evaluatie van de Awb zien wij een beweging in de wetgeving en de jurisprudentie om de procedure bij gegrond beroep niet te laten uitlopen op een vernietiging van het bestreden besluit, maar op het vaststellen waar de burger dan wel recht op heeft. Die beweging reageert op de kritiek dat het bestuursprocesrecht te formalistisch en te ingewikkeld is geworden, en leidt tot 'ping-pongen' tussen de rechter die een besluit vernietigt, en het bestuur dat daarna een nieuw besluit moet nemen dat opnieuw door de rechter beoordeeld wordt.

Finale geschilbeslechting

Naar mijn mening moet de lijn van finale geschilbeslechting nu doorgetrokken worden. Dit is niet alleen in lijn met de bedoeling van de Awb in 1994, maar wordt in de wetgeving en rechtspraak de laatste jaren verder ondersteund. Ik ben het daarom met de onderzoekers eens dat dit de centrale doelstelling van de bestuursrechtspraak in de toekomst moet zijn. Dit betekent dat de enigszins halfslachtige uitwerking van doelstelling in de Awb moet worden vervangen door een duidelijk op dat doel gerichte inrichting van de bestuursrechtspraak. De onderzoekers kiezen daarbij een voorzichtige, stapsgewijze benadering. Ik volg een andere lijn door te beginnen met het schetsen van het eindbeeld, zodat direct helderheid ontstaat over de vormgeving waarop wij willen uitkomen, en van de beletselen die zich daar mogelijk tegen verzetten. Dat geeft het duidelijkst richting aan de stappen die nodig zijn om het eindresultaat te bereiken. Goede rechtsbescherming betekent dat het geschil tussen burger en bestuur aan het eind van de procedure is beslecht. De belanghebbende die opkomt tegen de weigering van een vergunning of uitkering, moet na de uitspraak van de rechter weten of hij de vergunning of de uitkering krijgt. Indien omwonenden opkomen tegen de bouw van een inrichting, moeten alle betrokkenen na de procedure weten of de bouw doorgaat, en eventueel in welke vorm dan. De onzekerheid

die nu bijvoorbeeld ontstaat na de recente uitspraak over de energiecentrale in de Eemshaven⁸ is ongewenst, en leidt zonder twijfel tot nieuwe procedures. Kortom: het streefbeeld moet zijn: na de einduitspraak van de rechter is het geschil ten einde.

Wat moet er in het bestuursrecht veranderd worden om zover te komen? Zoals gezegd, de weg naar de finale geschilbeslechting wordt al veel vaker dan vroeger gevonden. Over wat er meer nodig is bevat de studie interessant materiaal. Het gaat dan onder meer om (nog) ruimere bevoegdheden voor de rechter bij het doen van uitspraken, de toepassing van de bestuurlijke lus en de toetsing van besluiten ex nunc. Voor wat dit laatste betreft: een geschil kan niet opgelost worden indien de rechter moet oordelen naar de toestand in het verleden terwijl de omstandigheden inmiddels gewijzigd zijn.

Vrijheid van bestuur

Het grootste struikelpunt dat in de weg staat aan rechterlijke geschilbeslechting is de vrijheid van bestuur die de rechter moet respecteren. Inderdaad: de rechter behoort niet op de stoel van het bestuur te gaan zitten. Maar ik vraag mij soms af of met deze bezweringsformule de modernisering van het bestuursprocesrecht niet nodeloos wordt tegengehouden. Laten wij de vraag eens als volgt stellen:

Indien de rechterlijke procedure moet eindigen met een definitieve oplossing van het geschil, hoe kan dan de vrijheid van bestuur in de procedure worden gewaarborgd?

Bij dit vertrekpunt is het de rechter die in zoverre de regie moet hebben, dat hij bepaalt hoe de procedure moet verlopen: die is niet afgelopen voordat het eindresultaat is bereikt. In die procedure kan alle ruimte worden ingebouwd om de vrijheid van het bestuur tot haar recht te laten komen. De bestuurlijke lus is daarvoor veelal een goed instrument.

Er zijn dan twee zaken die men anders zou kunnen benaderen.

In de eerste plaats de vraag in hoeverre de besluitvorming door het bestuur geheel moet worden overgedaan na een vernietiging door de rechter. Bij een tijdrovende voorbereidingsprocedure kan dat een belangrijk punt zijn. Hier lijkt mij dat rechterlijke regie veel aan een oplossing kan bijdragen. De procedurele voorschriften zijn in het bestuursrecht vooral belangrijk omdat zij waarborgen ten opzichte van het bestuur scheppen, met name indien er beleidsvrijheid bestaat. Maar zij moeten geen doel in zichzelf worden. Indien er in een besluit-

⁸ Uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 24 augustus 2011, zaaknummer 200900425/1 en 200902744/1

vormingstraject al veel is gebeurd, is herhaling vaak niet zinvol. Bovendien heeft de rechter nu de regie over de procedure, en niet het bestuursorgaan. Terwijl het bestuur niet in een positie is te bepalen dat procedurele waarborgen tegen het eigen optreden terzijde kunnen worden gesteld, kan de op een afstand staande rechter dat juist heel goed. Dat behoort ook bij uitstek tot de rechterlijke expertise. Ik zou dus menen dat de rechter, indien het bestuur na een vernietiging opnieuw een standpunt moet vaststellen teneinde dat in de rechterlijke procedure in te brengen, ook kan bepalen welke procedurele stappen daarbij nog aan de orde moeten komen. Er is daarbij niets tegen dat hij andere stappen en kortere termijnen vaststelt dan oorspronkelijk golden, en daarmee een op de specifieke situatie toegespitste procedure ontwerpt. In deze benadering worden de abstracte, algemene procedurele waarborgen van de wetgever vervangen door op de specifieke situatie toegesneden waarborgen van de rechter. Juist omdat het gaat om een situatie die de wetgever niet primair onder ogen heeft gezien - namelijk het geval dat er al een bestuurlijke en rechterlijke procedure heeft plaats gevonden, terwijl de wetgever heeft gedachte aan een voorbereidingsprocedure vanuit een blanco situatie - kan dit veel effectiever en doelmatiger zijn. Nodeloze herhaling van zetten en tijdverlies kan zo worden voorkomen.

Het tweede punt betreft de tijdsfactor. De wetgever heeft het belang van tijdigheid soms op een vrij botte manier gesteld boven het ontzien van de vrijheid van bestuur. Dat is het geval bij de zogenaamde *lex silencio*: indien het bestuur niet op tijd op een aanvraag heeft beslist, geldt de aanvraag als toegewezen. Tegen die achtergrond vind ik het veel beter verdedigbaar om de rechter termijnen aan het bestuur te laten stellen voor de inbreng van het bestuurlijke standpunt in de procedure. De rechter kan rekening houden met de concrete situatie, en kan desnoods met een veel betere sanctie komen dan de botte sanctie van de wetgever. Hij kan - alle belangen in aanmerking nemende - bepalen wat er moet gebeuren indien het bestuur niet tijdig een standpunt inneemt. Dat is veel meer in overeenstemming met de grondslagen van het bestuursrecht dan de sanctie bij de *lex silencio*: een positieve beslissing die misschien in het geheel niet te rechtvaardigen is.

Besluit-begrip handhaven bij de toegang tot de procedure?

De studie stelt ook het besluit als toegang tot de procedure aan de orde, zij het wat voorzichtig. Een bezinning op deze problematiek is inderdaad dringend nodig. Vroeger was het besluit het vanzelfsprekende voorwerp van de procedure: het ging juist om het controleren of de overheid de goede besluiten nam. Maar bij het voorop stellen van de rechtsbescherming komt het binden van de toegang tot de rechter aan het besluit een goed resultaat steeds meer in de weg te staan.

Het is bovendien een belangrijke oorzaak van de reputatie van complexiteit en formalisering van het bestuursrecht. Ik noem een paar argumenten.

1 In een geschil zijn vaak achtereenvolgende besluiten aan de orde, zodat in beginsel tegen ieder besluit afzonderlijk beroep moet worden ingesteld. Met kunst- en vliegwerk weet de Awb de meest nadelige gevolgen te voorkomen door sommige besluiten bij het beroep tegen andere besluiten te betrekken. Dat lukt maar gedeeltelijk, en levert bepalingen op die tot de ingewikkeldste van het bestuursrecht behoren.

2 Soms vinden wij dat ook tegen niet-besluiten beroep moet openstaan. Ook daar komt kunst- en vliegwerk aan te pas. Denk aan één van de eerste uitspraken van Van der Hoeven als voorzitter van de afdeling rechtspraak: hij zag in een waarschuwing tot politiedwang een beschikking. De redenering was niet: het is een beschikking, dus er moet beroep open staan. Nee, die was: er moet beroep open staan, dus het is een beschikking. Ander voorbeeld: wanneer ik van de overheid inzage in een stuk vraag, ziet een normaal mens daarin een verzoek om een feitelijke handeling te verrichten, namelijk het stuk laten zien. Wij niet, wij weten dat het om een beschikking gaat, alweer niet omdat het een beschikking is, maar omdat er beroep open moet staan.

3 Een geschil bestaat vaak uit een samenstel van feitelijke handelingen en een of meer besluiten. Inlichtingen worden gegeven, toezeggingen worden gedaan en een besluit vergt soms ook uitvoeringshandelingen. Dat samenstel wordt door de burger als een geheel gezien, en het is dan kunstmatig om dat geheel te splitsen in twee conflicten: in de eerste plaats het besluit, en daarnaast hetgeen zich verder tussen bestuur en burger heeft afgespeeld. Dat doen wij zoals u weet: het tweede deel moet door de burgerlijke rechter berecht worden.

4 Dat brengt mij op de verhouding tot de burgerlijke rechter. Hoe kan men verlangen dat de bestuursrechter een geschil beslecht indien de helft ervan niet tot zijn competentie behoort? En nog erger: nu de burgerlijke rechter het tweede deel voor zijn rekening moet nemen, moet er een demarceringslijn tussen beide rechters getrokken worden. Daarin speelt de formele rechtskracht een grote rol. Dat betreft een eenvoudig leerstuk uit het bestuursrecht is verworpen tot een onnavolgbaar systeem van competentie afbakening dat leidt tot resultaten die jegens burgers soms onverdedigbaar zijn.

Een ondersteuning voor de stelling dat het besluit als enige toegangsmogelijkheid tot de rechter weinig functioneel is voor het oplossen van geschillen tussen burger en bestuur vormen bevindingen in het kader van het mooie project van het *Prettig contact met de overheid*⁹. Daarin staat een snelle en doelmatige afwikkeling van de bezwaarprocedure centraal. Een belangrijk punt blijkt te zijn dat het de indieners van het bezwaar lang niet altijd te doen is om een wijziging van het besluit waartegen het bezwaarschrift zich richt. Vaak gaat het om wat anders, zoals onvoldoende voorlichting, bejegening, uitvoering en hulp bij de oplossing van een probleem.¹⁰ In die gevallen kan een procedure, waarin het beoordelen van het besluit centraal staat, eenvoudig niet de oplossing brengen. Dit toont mijns inziens aan dat het steeds willen isoleren van het besluit uit de gehele rechtsbetrekking tussen bestuur en burger niet functioneel is voor een goede vormgeving van de rechtsbescherming.

Het loslaten van het besluit-begrip voor de toegang tot de bestuursrechter klinkt misschien revolutionair. Maar het is dat minder dan wel gesteld: in het ambtenarenrecht, en ook bij rechtsbescherming in de wereld van de pbo bestaat het al lang, en levert nauwelijks problemen op. Ook de buitenlandse stelsels van bestuursrecht waarop wij ons vaak oriënteren, Frankrijk en Duitsland, kennen een veel ruimere competentie van de bestuursrechter.

Misschien is hier de stapsgewijze benadering van de onderzoekers aan te bevelen. Maar zonder vooruitgang in deze richting vrees ik dat het bestuursprocesrecht ontoereikend zal blijven in het vervullen van zijn primaire taak: het oplossen van geschillen tussen burger en overheid. Bovendien verliest in de huidige tijd één belangrijk tegenargument zijn overtuigingskracht. Regelmatig wordt gezegd dat de hogere kosten bij de burgerlijke rechter belanghebbenden ervan weerhoudt geschillen met de overheid over andere handelingen dan besluiten aan de rechter voor te leggen. Het onderbrengen van die geschillen bij de bestuursrechter zou dan tot een grotere toeloop van procedures leiden. De verhoging van de griffierechten betekent dat die angst voor te gretig procederende burgers bij de bestuursrechter in de toekomst niet meer hoeft te bestaan.

Het bewaken van de legitimiteit van het overheidsoptreden

De onderzoekers zien deze doelstelling als een afzonderlijke doelstelling naast die van het beslechten van geschillen tussen burger en bestuur. Ik aarzel daarover.

⁹ Zie over het project de verschillende publicaties van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties onder de titel *Prettig contact met de overheid* in 2010 en 2011.

¹⁰ Zie daarover het onderzoek in het kader van het in de vorige noot genoemde project: B.W.N. de Waard e.a. *Ervaringen met Bezwaar*: onderzoek naar de ervaringen van burgers met de bezwaarprocedure uit de Awb, Den Haag, 2011.

Een goede vormgeving van de geschilbeslechting levert een grote bijdrage aan het bewaken van de legitimiteit van het overheidsoptreden. Daarbij behoort ook dat voor het beschermen van kwetsbare belangen voldoende voorzieningen moeten bestaan om bij conflicten procedures mogelijk te maken. Indien dat goed is geregeld, zie ik weinig plaats voor een verdere taak van de bestuursrechter bij het bewaken van de legitimiteit van overheidsoptreden. Met de onderzoekers meen ik dan ook dat het bewaken van legitimiteit niet in algemene zin als doelstelling van de bestuursrechtspraak gezien moet worden: de rechter is daarvoor eenvoudig niet goed gepositioneerd.

In dit verband ben ik niet overtuigd van het nut van hetgeen de onderzoekers specifiek op dit punt voorstellen. Allereerst het hoger beroep in het belang van het recht. Hoewel dat om andere redenen nuttig kan zijn, zie ik niet hoe dit de legitimiteit van het overheidsoptreden kan bevorderen. Wij hebben daarvoor immers vooral een actie nodig indien de overheid de regels met voeten treedt. Dan is er geen behoefte aan precieze uitleg van het recht - daartoe dient dit rechtsmiddel - want juist duidelijke schendingen moeten worden aangepakt. Bovendien moet de overheid dan juist wel tot de orde worden geroepen door vernietiging van het besluit, en dat gebeurt bij een voorziening in het belang van het recht juist niet. Ook het voorstel voor een vorm van overheidscontrole op organisaties - bijvoorbeeld milieu-organisaties - om toegang te krijgen, spreekt mij niet aan. Teneinde tot de - ook naar mijn mening wel nodige - stroomlijning van de toegang tot de rechter te komen, vind ik controle door de rechter te verkiezen boven controle door het bestuur, dat immers zelf ook tegenstander in procedures is. Daarbij denk ik aan de volgende benadering. Een organisatie die opkomt voor een publiek belang, zoals het milieubeklang, moet zich ook gedragen zoals dat behoort bij het behartigen van een publiek belang. Dat wil zeggen: verantwoording afleggen naar het publiek over het beleid dat men voert en de argumenten waarom men bepaalde standpunten inneemt. De legitimatie om op te treden ligt immers in het feit dat men niet een persoonlijk belang of een persoonlijke hobby nastreeft; dit moet dan ook zichtbaar worden gemaakt. Indien een aanvrager van een vergunning een organisatie tegenover zich vindt die het algemeen belang behartigt, kan die verlangen dat de organisatie zich daarnaar gedraagt. Dus overleg beproeven voordat wordt geprocedeerd, zoals ook in het privaatrecht wel is voorgeschreven, zich houden aan toezeggingen, en dergelijke.¹¹

¹¹ Ik stel mij voor deze gedachte binnenkort verder uit te werken.

Het bevorderen van de rechtsontwikkeling

Als derde noemen de onderzoekers – en noemt ook de stelling – de rechtsvormende taak van de bestuursrechter. Die is in het verleden onderbelicht geweest. Er bestaan dan ook geen voorzieningen die deze taak moeten ondersteunen, afgezien van cassatie in belastingzaken.

Dat is ongelukkig. Rechtsvorming is een rechterlijke taak van toenemend belang. Ik onderschrijf de argumenten die daarvoor in het rapport worden aangedragen. Zoals het feit dat het meer centraal plaatsen van finale geschilbeslechting meer accent zal leggen op de rechtsvormende kant.

Daar komt nog iets bij. Uit een tweetal rapporten waaraan ik bij de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid heb meegedacht, en waarin staatsraad Kees Schuyt een belangrijk aandeel had, komt overtuigend het beeld naar voren van een samenleving die steeds sterker van kennis afhankelijk is.¹² Tegelijkertijd ontwikkelt die kennis zich snel, en is bovendien verspreid over de samenleving aanwezig, en dus niet op één plaats geconcentreerd. Daardoor wordt het neerleggen van gedetailleerde regels in de wetgeving voortdurend moeilijker. Dergelijke regelgeving loopt snel achter de feiten aan, en speelt onvoldoende in op de kennis die elders, bij bestuursorganen, burgers en rechters, aanwezig is. Meer open normen en beginselen in de wetgeving worden onvermijdelijk; de rechtsvormende taak van de rechter groeit daarmee.

De huidige organisatie van de bestuursrechtspraak is daar niet goed op berekend. Uit onderzoek van de Raad van State zelf blijkt dat rechtsvormende uitspraken soms niet als zodanig worden herkend.¹³ Tot mijn genoegen constateer ik overigens dat de (hoogste) rechters meer aandacht aan hun rechtsvormende rol gaan besteden. Ook de voorstellen voor invoering van een grote kamer en van conclusies voorafgaand aan een uitspraak zijn belangrijke stappen in de goede richting.¹⁴

Twee opmerkingen zou ik in dit verband nog willen maken.

De eerste betreft de verhouding tussen de hoogste bestuursrechters. Het naast elkaar bestaan van die rechters strijdt met de gedachte dat rechtseenheid via een hiërarchisch stelsel van rechters moet worden gehandhaafd, met één rechter aan de top. Daartegenover wordt wel eens gesteld dat verschillende hoogste rechters het voordeel hebben dat er checks and balances ontstaan: men draagt als het ware een gezamenlijke verantwoordelijkheid. Dat kan een voordeel zijn, maar het brengt

¹² Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, Van oude en nieuwe kennis, 2002, en De toekomst van de nationale rechtsstaat, 2002.

¹³ Raad van State, Doorwerking: een verkenning van effecten en effectiviteit van de werkzaamheden van de Raad van State, 2011.

¹⁴ Zoals voorzien in het wetsvoorstel 32 450 (Wet aanpassing bestuursprocesrecht).

ook gevaren met zich mee. Indien de rechters die gezamenlijke verantwoordelijkheid niet voelen, maar ieder hun eigen weg gaan, kan dat het gezag van de rechter ondermijnen. Wordt bijvoorbeeld dezelfde wetsbepaling door verschillende hoogste rechters verschillend uitgelegd, dan moet men wel concluderen dat rechtsvorming een kwestie van persoonlijke voorkeuren of, erger nog, van willekeur is. Die indruk valt alleen te vermijden indien die rechters zichtbaar rekening houden met elkaars jurisprudentie. Gebonden zijn zij uiteraard niet aan elkaars jurisprudentie, maar een afwijking moet wel gemotiveerd worden met overtuigende argumenten. Het is zonder meer verheugend dat deze benadering van het verzorgen van de rechtseenheid door de hoogste rechters de laatste tijd veel serieuzer wordt genomen dan vroeger het geval was.

Deze lijn valt ook door te trekken naar het internationale vlak. De hoogste nationale rechters krijgen steeds meer met internationale aspecten te maken. Niet alleen in de vorm van internationaal recht, maar steeds meer ook in de vorm van grensoverschrijdende regels die geen duidelijke rechtsbasis bezitten. Toezichhouders, bedrijven en ngo's maken talloze grensoverschrijdende regels die grote invloed hebben. Op het terrein van het banktoezicht, het milieu en de accountancy komen zij veel voor, hetgeen hen ook voor het bestuursrecht zeer relevant maakt. Het kan niet anders dan dat de hoogste nationale rechters over de grenzen heen een zekere gezamenlijke verantwoordelijkheid ontwikkelen voor het oplossen van de ingrijpende rechtsvragen die hier aan de orde zijn. Bijvoorbeeld over de legitimiteit van deze regels. Dit is overigens slechts een voorbeeld van de vele vragen die door de internationalisering rijzen. Het zal duidelijk zijn dat niet iedere hoogste rechter op zijn eigen houtje een oplossing kan verzinnen: ook hier is een zekere mate van rechtseenheid nodig.

Misschien kan deze gedachtegang ook van belang zijn bij de verhouding van nationale en internationale rechters onderling. Evenmin als de wetgever op één centraal punt alles kan overzien, kan één hoogste rechter dat. Dat geldt zeker voor een internationale rechter die over situaties in heel verschillende landen moet oordelen. Daarom zou ik mij kunnen voorstellen dat er wat meer ruimte zou komen voor een gezamenlijke verantwoordelijkheid van nationale en internationale rechters, in plaats van te denken in strikte termen van hiërarchie. Hiërarchie en dialoog zouden meer samen kunnen gaan. Dat zou ook kunnen zorgen voor een inbedding van de internationale rechter in een stelsel van checks and balances, die op dat vlak niet op dezelfde vanzelfsprekende manier aanwezig zijn als binnen de nationale trias.¹⁵

¹⁵ Dat geldt bijvoorbeeld bij het Europese Hof voor de rechten van de Mens (EHRM).

Een tweede opmerking betreft de positie van de samenleving bij de rechtsvormende taak van de rechter. Indien men erkent dat er sprake is van rechtsvorming, kan men niet heen om de consequentie dat dit niet uitsluitend een kwestie tussen partijen is. Wanneer ik morgen met precies hetzelfde rechtsgeschil bij de rechter kom, heb ik te maken met een precedent waar ik niet onderuit kom. Een conclusie kan hier helpen, maar dat is toch heel wat anders dan het stem geven aan anderen dan partijen. Het valt mij regelmatig op hoe in Amerika het middel van de *amicus curiae* functioneert. Zelfs ook voor inbreng vanuit het buitenland. Vrij recent heeft het Hoogerechtshof in een mededingingszaak tussen Amerikaanse partijen de visie van het Europese bedrijfsleven gevolgd, in de procedure ingebracht via de *amicus curiae* voorziening.¹⁶ Meer algemeen gezegd: indien men erkent dat de rechter een rechtsvormende taak heeft, moet de consequentie zijn dat men nadenkt over de vraag hoe inbreng vanuit de samenleving daarin een plaats kan krijgen.

De behoefte daaraan wordt opvallend zichtbaar in een recente uitspraak van de Vreemdelingenkamer van de Raad van State¹⁷ met de overweging dat de rechter bij een rechtsvormende uitspraak¹⁸ 'in zoverre beperkt is dat hij zijn oordeel . . . dient te geven aan de hand van de feitelijke en juridische argumenten die door de partijen zijn aangedragen.' Daarmee erkent hij vrij nadrukkelijk dat hij voor rechtsvormende uitspraken over een te beperkt instrumentarium beschikt.

Conclusie naar aanleiding van de eerste stelling

Uit het voorgaande vloeit voor dat ik geschilbeslechting als de functie van de bestuursrechtspraak beschouw. Het verder toesnijden van het recht op die functie is nodig: bij de totstandkoming van de Awb is de keuze voor die functie wel uitdrukkelijk gemaakt, maar is dit onvolledig uitgewerkt. Indien deze functie goed wordt vervuld, is dat een essentiële bijdrage aan het bewaken van de legitimiteit van het overheidsoptreden. Buiten de context van geschilbeslechting zie ik geen afzonderlijke rol van de bestuursrechtspraak bij het bewaken van die legitimiteit.

Rechtsvorming is ook voor de bestuursrechter een belangrijke taak.

Het bestuursrecht moet daarvoor betere voorzieningen krijgen dan er nu bestaan.

¹⁶ Zie de zaak F. HOFFMAN-LAROCHE, LTD. v. EMPAGRAN S.A. van 14 juni 2004, 542 US 155.

¹⁷ Uitspraak no. 201102753/1/V3 van 4 oktober 2011 (dus gedaan na de datum van deze voordracht).

¹⁸ Het ging in dit geval over de implementatie van een richtlijn, die door de wetgever was nagelaten, waardoor de rechter in de leemte moest voorzien.

Tweede stelling: eenzijdigheid van de politiek?

Over de tweede stelling kan ik betrekkelijk kort zijn. Zij luidt:

De eenzijdige politieke focus op snelheid van procedures en het terugdringen van het aantal zaken is in rechtsstatelijk opzicht riskant.

Ik stel voorop dat het bestuursrecht er niet is voor de juristen, maar voor de burgers. Indien die ernstige kritiek hebben op het bestuursrecht, moeten wij dat wel voldoende serieus nemen. En ondanks de kloof tussen kiezer en gekozene is het niet onmogelijk dat de in de stelling genoemde kritiek van de politiek een vertolking is van wat onder veel burgers leeft. Al weet ik ook dat juist de bestuurlijke invalshoek een te dominante rol in de politiek kan spelen.

In ieder geval vind ik het vaak wat te gemakkelijk om als bestuursrechtjuristen te zeggen: bestuursrecht is de pijler van de rechtsstaat, procedures kosten nu eenmaal tijd, en dus moeten wij in het belang van de rechtsstaat aanvaarden dat procedures last veroorzaken en lang kunnen duren. Wij moeten er op zijn minst zeker van zijn dat er niet meer last wordt veroorzaakt en meer tijd wordt genomen dan werkelijk nodig is om de rechtsstaat overeind te houden.

Gelukkig is de stelling zo geformuleerd dat men er niet tegen kan zijn. Het is altijd onjuist om eenzijdig ergens de focus op te leggen: eenzijdigheid is altijd verkeerd.

Maar wanneer het om snelheid gaat, vind ik dat de rechtsstatelijke kant daarvan uitdrukkelijk aandacht verdient. Snelheid is naar mijn mening een aspect van rechtmatigheid. Een besluit dat binnen de termijn wordt genomen scoort op het punt van rechtmatigheid hoger dan indien hetzelfde besluit te laat wordt genomen. Indien de rechter een besluit vernietigt wegens een motiveringsgebrek en het bestuur een nieuw besluit neemt dat na een nieuwe procedure bij de rechter in stand blijft, dan is te verdedigen dat de procedure tot meer onrechtmatigheid heeft geleid. Immers, naar dictum hetzelfde besluit komt uiteindelijk veel later tot stand. Vanuit het gezichtspunt van de tijdigheid – ik heb wel eens van het tijdigheidsbeginsel gesproken – scoort het besluit dus lager op de maatstaf van rechtmatigheid. Zou de procedure zo zijn ingericht, dat direct in de eerste procedure wordt vastgesteld dat het besluit – anders gemotiveerd – in stand kan blijven, dan is er dus winst aan rechtmatigheid.

Ook op het punt van terugdringen van procedures ben ik wat genuanceerder dan de opsteller van de stelling lijkt te wensen. De Awb heeft met het verplicht stellen van de bezwaarschriftprocedure uitdrukkelijk de bedoeling gehad het beroep op de rechter te beperken. En het mooie project *Prettig contact met de*

overheid van BZK en vele anderen wil ook door vaker een informele benadering te kiezen het succes van de bezwaarprocedure vergroten en dus het beroep op de rechter beperken. Uitstekend initiatief dat zelfs - en terecht - een prijs van de Verenigde Naties voor goede publieke dienstverlening heeft ontvangen. Kortom: als het geschil anders kan worden opgelost, is dat meestal winst.

Al met al brengt de stelling mij weinig verder. Het is van groot belang dat de discussie over de kwaliteit van de bestuursrechtspraak met de samenleving en met de politiek op een open wijze wordt gevoerd. Die openheid moet uiteraard van twee kanten komen. Indien dat van onze kant, van de kant van de bestuursrechtjuristen, niet gebeurt, dreigt het gevaar dat er op een rigoureuze manier wordt ingegrepen ten detrimente van de kwaliteit van het recht. Op het punt van tijdigheid beschouw ik de *lex silencio* en de boete bij te laat beslissen door het bestuur als voorzieningen die wellicht vermeden hadden kunnen worden indien het belang van dit onderwerp door bestuurspraktijk en bestuursrechtspraak eerder serieus was genomen.

Zaaldiscussie

Eerste stelling: Bij een fundamenteel debat over doel en functie van de bestuursrechtspraak komt het aan op het vinden van een juiste balans tussen de behoefte aan (finale) geschillenbeslechting, het bewaken van de legitimiteit van het overheidsoptreden en het bevorderen van de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid.

De heer Verheij: Het is veilig om te zeggen dat er moet worden gestreefd naar de juiste balans. Daar kan niemand iets tegen hebben. De vraag is wel waar die balans dan ligt. Het is niet onmogelijk dat verschillende rechters dat evenwichtspunt op verschillende plaatsen situeren. Is er in principe ruimte voor differentiatie op dat punt?

De heer De Poorter: Er is wel verschil tussen het zogeheten ordenend bestuursrecht en bijvoorbeeld het sociale zekerheidsrecht en het ambtenarenrecht. Op het terrein van het ordenend bestuursrecht is de maatschappelijke behoefte aan het bewaken van de legitimiteit van het openbaar bestuur bijvoorbeeld mogelijk groter dan op de andere terreinen. Dat is als het ware inherent aan de aard en het type van het geschil.

De heer De Graaf: Het bewaken van het overheidsoptreden zou binnen de geschillenbeslechting een plaats moeten krijgen net als het bevorderen van de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid. Spreker vindt dat verschil van balans bij de hoogste bestuursrechters wel mogelijk zou kunnen zijn. De balans zit in de geschillenbeslechting en daarbinnen moet de legitimiteit van het overheids-optreden worden bewaakt.

Mevrouw Stehouwer: De burger is bij een geschilbeslechtingsprocedure soms ook uit op het vervullen van de genoemde andere functies. Dat is ook de ervaring van de Ombudsman. Het zou misschien interessant zijn om daar aan het begin van de procedure met die burger over te spreken. Het is immers de ervaring dat veel mensen die een procedure beginnen dat juist doen opdat de overheid 'daarvan iets leert' en anderen daarvan later kunnen profiteren.

De heer Winter: De vraag is of dat zich zo vaak voordoet en of er veel behoefte aan is. Zaken waarvan het de vooropgezette bedoeling is dat ze voor het grote geheel van belang zijn worden meestal aangespannen door ideële organisaties en niet door individuen. Spreker denkt dat op die manier het bestuursrecht een soort adviesbureau wordt.

De heer De Waard: Er is onderzoek gedaan naar de bezwaarschriftprocedure. Daarbij is de vraag naar het waarom van de indiening echter niet gesteld, omdat dat voor juristen voor de hand ligt: om een besluit vernietigd te krijgen. Toen uiteindelijk daar toch naar werd geïnformeerd bleek dat bij veel mensen toch andere motieven een rol spelen, misschien wel dezelfde als die bij de Ombudsman aan de orde zijn. Het gaat wel te ver als het procesrecht daarop zou worden ingericht, maar er zijn soms dus inderdaad andere drijfveren aan de orde dan alleen maar het eigenbelang.

Het valt spreker op dat (bij voorkeur finale) geschilbeslechting als primair doel van het bestuursrecht wordt genoemd. Daar is niets op tegen maar bij de totstandkoming van de Awb viel dat woord niet. Toen ging het meer om rechtsbescherming. Dat zijn wel verschillende begrippen.

De heer De Poorter: In het boek wordt ook gewezen op dat verschil. In de parlementaire geschiedenis van de wet gaat het inderdaad altijd om de rechtsbescherming. Het gaat er dan natuurlijk wel om hoe dat begrip wordt ingevuld. Uit de toelichting blijkt dat rechtsbescherming wordt geassocieerd met de rechtspositie van betrokkene. Het ging (en gaat in feite nog steeds) om de objectieve toetsing van het besluitmodel. Kern van de wet is wel dat de rechter zich moet uitspreken over de beroepsgronden en zich daar in feite ook toe moet beperken. Blijkbaar heeft de wetgever dat indertijd bedoeld met ‘rechtsbescherming’.

De heer Simons: In het onderzoek is sprake van een heel zinnige interpretatie van een stuk geschiedenis. Het wordt wel duidelijker als overal waar (in de MvT) ‘rechtsbescherming’ staat ‘geschilbeslechting’ wordt gelezen. Spreker is het overigens niet eens met de eerste stelling. Bij geschilbeslechting krijgt de rechter er als het ware die andere twee genoemde functies automatisch bij en het is dan aan hem om daar op een zinvolle manier invulling aan te geven. Het lijkt er trouwens op dat dat in vrij ruime mate ook daadwerkelijk gebeurt.

De heer Winter: Veel van de rechtsvorming door de bestuursrechters gebeurt in samenspraak met het Hof van Justitie in Luxemburg. Een voorbeeld daarvan is de vraag wanneer moet worden overgegaan tot de zogeheten ‘ambtshalve toetsing’.

Tweede stelling: De eenzijdige politieke focus op snelheid van procedures en het terugdringen van het aantal zaken is in rechtsstatelijk opzicht riskant.

De heer Slump: Het is rechtsstatelijk bevorderlijk als geschillen snel tot een eind wordt gebracht, d.w.z. leiden tot finale geschilbeslechting. Het terugdringen van

het aantal zaken staat op zich niet op gespannen voet met de rechtsstaat. Met name niet als dat het gevoel is van de zorgvuldigheid van wat aan een zaak vooraf dient te gaan. Het moet aan de mensen duidelijk zijn dat het niet juist is om op grond van een individueel belang op te komen tegen iets wat van algemeen belang is. Het is misschien mogelijk om een dergelijke procedure te starten, maar dan moet er geen overspannen verwachten bestaan over het succes daarvan.

Er bestaat een gemeenschappelijke verantwoordelijkheid van wetgever, bestuur en rechter voor de legitimiteit van het overheidsoptreden. Een van de gevolgen van de eenzijdige nadruk op het terugdringen van het aantal zaken is dat er wordt toegegeven aan de drang om snelle bestuurders en ondernemers niet te veel in de weg te zitten. Daarnaast is er ook nog sprake van een financieel belang van de overheid. Een verminderde mogelijkheid om naar de rechter te gaan zou kunnen leiden tot een gat in de rechtsbescherming met ongewenste gevolgen als onverschilligheid, eigenrechting en obstructie. De vraag is nu welke bijdrage de rechter kan leveren aan de legitimiteit van de overheid tegen deze achtergrond. Een antwoord kan zijn dat wordt verder gezocht naar middelen voor een goede finale geschilbeslechting. Een andere mogelijkheid is het passief wachten op betere tijden. Of een rechter zou beperkingen van de toegang tot het proces kunnen negeren op grond van art. 6 EVRM.

De heer De Poorter: De heer Scheltema heeft gezegd dat het gevoel in de politiek dat het in het bestuursrecht op dit moment te langzaam gaat, ook leeft bij de kiezer en dus in de samenleving. Spreker kan het daar wel mee eens zijn. Bij de onderzoekers is dan ook nooit de vraag opgekomen of er wel behoefte was aan snelheid. Dat is zeker het geval. De vraag is echter ten koste waarvan die snelheid moet worden gerealiseerd. Een exorbitante verhoging van de griffierechten lijkt dan een verkeerde manier. Het in stelling brengen van art. 6 EVRM lijkt overigens in dit geval ook niet erg effectief. Dat betekent misschien dat er voor rechters niet veel anders op zit dan hun werk te blijven doen, zoals dat ook nu het geval is.

De heer De Graaf: Een zekere mate van obstructie als pressiemiddel is misschien mogelijk, maar dan via andere kanalen dan de rechtszaal.

De heer Bröring: Spreker ergert zich wel eens aan het feit dat sommige bestuurders e.d. weinig begrip blijken te hebben voor uitspraken die door een rechter worden gedaan. Wat betreft het tijdigheidsbeginsel denkt hij dat dat wel eens te strak wordt gehanteerd, met name als er sprake is van erg korte termijnen. Als het gaat om grote projecten (denk aan de Eemshavenvergunning) is de tijdigheid overigens van minder belang en misschien verdient het wel de voorkeur

om sommige zaken wat meer tijd te gunnen. Kortom, wat betreft de tijdigheid moet men niet te ver doorschieten naar de andere kant.

De heer De Graaf: De Awb heeft een grote uniformiteit gebracht in het bestuursrecht. Het onderzoek gaat ervan uit dat er wellicht behoefte bestaat aan differentiatie, ook in de normen die men toepast in geschillen. Dat geldt dan ook voor de zeswekentermijn. Misschien moet die niet zo streng worden gehanteerd, maar dat kan mede afhankelijk zijn van de zwaarte van de zaak.



De toereikendheid van
het bestuursprocesrechtelijk
instrumentarium

Het bestuursproces: een agenda voor de 21e eeuw¹⁹

door prof. mr. R.J.N. Schlössels, hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen

1 Inleiding

Een kwart eeuw is lang. In 25 jaar kan veel veranderen. Zo was er in 1986 geen Algemene wet bestuursrecht (Awb). Er was ook geen uniform bestuursprocesrecht. Het stelsel van bestuursrechtspraak – of beter: administratieve rechtspraak – vertoonde nog veel meer versnippering dan tegenwoordig.

Rechtspraak in twee feitelijk instanties was geen gemeengoed. Sterker, rechtspraak op het terrein van het openbaar bestuur was geen gemeengoed. In 1986 was Nederland in het Benthem-arrest recent door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens met de neus op de feiten gedrukt. Het Straatsburgse Hof scherpte Nederland in dat geschilbeslechting in hoogste instantie door een bestuursorgaan – de Kroon – niet door de beugel kan als het gaat om de ‘determination of civil rights’. Het arrest was een mijlpaal. Sinds kort behoort het terecht tot de ‘Canon van het Recht’.²⁰

De komst van de Algemene wet bestuursrecht was eveneens een mijlpaal; niet alleen voor het besluitvormingsrecht, maar ook voor het bestuursprocesrecht. Enige tijd geleden vierde de Awb haar vijftiende verjaardag.²¹ Bij het opmaken van de balans werd onder meer duidelijk dat zich de afgelopen jaren belangrijke veranderingen voltrekken in het bestuursproces. Bovendien is er opnieuw aandacht voor de rechtsmacht van de bestuursrechter. In wetenschappelijke kring wordt gepleit voor uitbreiding hiervan. In deze bijdrage worden enkele ontwikkelingen belicht. Tussen de regels door worden denkbare contouren van het toekomstig bestuursprocesrecht geschetst.

¹⁹ Dit is een bewerking van de lezing die de auteur op 29 september 2011 gaf bij de Raad van State tijdens het symposium.

²⁰ Zie A.J. Bok, ‘Het Benthem-arrest (1985)’, in: *Canon van het Recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2010, p. 195 e.v.

²¹ Zie de bundel *Bestuursrecht harmoniseren. 15 jaar Awb* (T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak red.), Den Haag: BJu 2010.

2 Verkenningen buiten de grenzen van het besluit

De afgelopen jaren hebben diverse auteurs gepleit voor verruiming van de rechtsmacht van de bestuursrechter.²² In het heersende rechtspolitieke klimaat, waarin de systematisch-dogmatische aanpak wordt gemedend²³, is dit een gevoelig onderwerp. Als men de toestroom tot de bestuursrechter wil beperken – zelf via bedenkelijke wegen zoals het verhogen van griffierecht – roept verruiming van rechtsmacht immers vragen op. Toch past verruiming van rechtsmacht in de lijn van de ontwikkeling.

In 1994 werd het beschikkingsbegrip als competentiegrondslag vervangen door het ruimere besluitbegrip. Dit besluitbegrip gaf een nieuwe impuls aan de zogenaamde ‘strategische’ rechtspraak. Hiermee wordt bedoeld dat de bestuursrechter soms besluiten erkent die eigenlijk geen ‘echt’ besluit zijn. Te wijzen valt op de publieke taak-jurisprudentie, de rechtspraak over appellabele rechtsoordelen en de beruchte rechtspraak over de zelfstandige besluiten. Hierdoor is zijn rechtsmacht verruimd.²⁴

De ‘strategische’ toepassing van het besluitbegrip heeft door de jaren heen waardevol materiaal opgeleverd. Zo werd duidelijk dat de bestuursrechter behoefte heeft aan een bevoegdheid tot het geven van een declaratoir. Ook werd duidelijk dat het publiekrechtelijk karakter van een besluit niet hoeft te volgen uit een geschreven bestuursbevoegdheid. Dit zijn belangrijke ontdekkingen. Zij kunnen dienst doen bij een toekomstige uitbreiding van de rechtsmacht van de bestuursrechter.

3 Geschilbeslechting en besluitmodel: de kool en de geit?

De belangrijkste herijking in 1994 betrof niet de rechtsmacht van de bestuursrechter. Veel opmerkelijker was de nieuwe hoofddoelstelling van het proces: het bieden van ‘rechtsbescherming’. De wetgever vatte dit begrip vooral op in de zin van ‘geschilbeslechting’.²⁵

²² Zie bijv. Ch. W. Backes, *Suum Cuique? Enkele opmerkingen over de rechtsmachtverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter* (oratie UM), Den Haag: BJu 2009.

²³ Vgl. C.L.G.F.H. Albers, ‘Het wetsvoorstel aanpassing bestuursprocesrecht. Knippen en plakken in plaats van een fundamentele herbezinning’, *de Gemeentestem* 2011 (7353), nr. 50, p. 231 e.v.

²⁴ Hierover R.J.N. Schiössels, *Het besluitbegrip en de draad van Ariadne. Enige beschouwingen over de rechtsmacht van de bestuursrechter* (oratie KUN), Den Haag: BJu 2003, p. 25 e.v.

²⁵ Zie over beide begrippen uitvoerig D. Brugman, *Hoe komt de bestuursrechter tot zijn recht? De omvang van toetsing aan recht door de bestuursrechter* (diss. RU), Den Haag: BJu 2010, hoofdstuk 2 en 3.

Bij geschilbeslechting gaat het erom dat de rechter het recht bindend toepast op het geschil dat partijen verdeeld houdt. Als het goed is beslecht het rechterlijke oordeel het geschil definitief (finaliteit). Het verbeteren van de geschilbeslechtende functie van het bestuursproces is inmiddels de rode draad in het bestuursprocesrecht.

Het realiseren van finale geschilbeslechting is echter niet eenvoudig. De bestuursrechter moet gelijktijdig schaken op twee borden. Enerzijds is er het bord van het tussen partijen te beslechten geschil. Anderzijds is er het bord waarop de vraag centraal staat of en in hoeverre het aangevallen besluit deel mag blijven uitmaken van het objectieve publiekrecht.

Een en ander heeft geleid tot twee ontwikkelingen in het bestuursprocesrecht die niet eenvoudig verenigbaar zijn. Op de eerste plaats is de geschilbeslechtende functie van het bestuursproces sinds 1994 steeds beter in de verf gezet. In het actuele bestuursproces is er veel aandacht voor de afbakening van het geschil. De partijautonomie is versterkt en de aandacht voor bewijskwesities groeit.²⁶ De bestuursrechter probeert zo snel mogelijk door te dringen tot de kern van het geschil. Dit geschil mag zich bovendien gedurende de procedure niet verbreden. Ten slotte wordt stevig gewaakt tegen een nodeloze herhaling van procedurele zetten.

Op de tweede plaats wordt door wetgever en rechter geprobeerd het besluitmodel salonfähig te maken voor een geschilbeslechtend proces. Vlijtig wordt gewerkt aan technische constructies die moeten voorkomen dat de geschilbeslechtende functie kracht verliest door incidenten in het besluitentraject. Een belangrijke aanwinst is in dit verband de 'bestuurlijke lus'. Op basis van een tussenuitspraak kan de bestuursrechter het bestuursorgaan in staat stellen een gebrek in het bestreden besluit te herstellen of te laten herstellen (art. 8:51a Awb).

Ondanks deze nieuwe mogelijkheid is geschilbeslechting binnen het besluitmodel geen sinecure. Door het nemen van een besluit stelt een bestuursorgaan rechten en plichten vast. In het traditionele bestuursproces toetst de rechter vervolgens of dit besluit rechtmatig tot stand is gebracht. Deze toetsing, die naar geldend procesrecht in de regel is beperkt tot het door het beroepschrift afgebakende geschil (art. 8:69 Awb), leidt niet zonder meer tot bindende geschilbeslechting.

Als een beroep onherroepelijk *ongegrond* is verklaard en het besluit in stand blijft heeft dit tot gevolg dat de vaststelling van rechten en plichten door het bestuur onaantastbaar wordt. De (hoogste) bestuursrechter bezegelt in dit geval met zijn oordeel het bestuurlijke oordeel. Deze situatie past nog het beste in een geschil-

²⁶ Zie bijv. de preadviezen opgenomen in *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?*, VAR-reeks 142, Den Haag: BJu 2009.

beslechtend model. Het oordeel van de bestuursrechter krijgt in dit verband nog meer impact als hij een beroep ongegrond verklaart onder het passeren van een rechtmatigheidsgebrek (vgl. art. 6:22 Awb). De rechter geeft dan strikt genomen aan dat een schending van de wet in het voorliggend geschil geen gevolgen heeft voor de rechten en plichten zoals deze door het bestuur zijn vastgesteld. De Wet aanpassing bestuursprocesrecht zal deze bevoegdheid verder verruimen. Hoewel de (objectieve) rechtmatigheidstoetsing verder deuken oploopt biedt deze ontwikkeling kansen voor het nader profileren van de geschilbeslechtende functie van het bestuursproces en de idee van individuele rechtsbescherming.²⁷

Als de bestuursrechter een besluit vernietigt liggen de kaarten anders. De rechten en plichten van de procespartijen staan dan (nog) niet vast. Wanneer men nu wil dat na een vernietiging de rechten en plichten toch finaal door de rechter worden vastgesteld ('krijg ik subsidie?'; 'mag het bestuursorgaan mijn vergunning intrekken?'; 'moet ik het teruggevorderde bedrag betalen?' etc.) dan zijn kunstgrepen nodig. Dit vraagt om een perspectiefwisseling met staatsrechtelijke gevolgen.

Bindende geschilbeslechting tot hoofdregel verheffen betekent dat men moet aanvaarden dat op enig moment de bestuursrechter de verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan overneemt. Hij zal op eigen gezag moeten bepalen welke rechten en plichten tussen partijen gelden. Binnen het besluitmodel is dit een forse, maar geen onmogelijke, stap. Het actuele bestuursproces is onmiskenbaar bezig die stap te zetten. De rechterlijke bevoegdheid om na een vernietiging rechtsgevolgen in stand te laten (art. 8:72 lid 3 Awb) en de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien (art. 8:72 lid 4 aanhef onder c Awb) komen bijvoorbeeld meer en meer op de voorgrond te staan.

Toch blijft het zinvol om de impact van de perspectiefwisseling niet uit het oog te verliezen. Dit geldt zeker nu de wetgever definitieve geschilbeslechting tot wettelijke opdracht aan de bestuursrechter wil verheffen.²⁸

Het besluitmodel is gefundeerd in de trias politica. De bestuursrechter reageert binnen dit model in de *tweede lijn* op een gezaghebbend oordeel van een bestuursorgaan over de vaststelling van rechten en plichten van justitiabelen. Daar is reden toe. De wetgever heeft door de toekenning van een specifieke bestuursbevoegdheid namelijk bewust de vaststelling van deze rechten en plichten in de *eerste lijn* aan het bevoegde bestuursorgaan opgedragen. Als de bestuursrechter oordeelt dat de bestuurlijke vaststelling op onrechtmatige wijze is geschied

²⁷ Vgl. G.T.J.M. Jurgens, 'Remedies tegen de ondraaglijke lichtheid van een succesvol beroep op de schending van rechtsnormen', NTB 2011/7 nr. 28, p. 205-206.

²⁸ Vgl. het recent bij nota van wijziging voorgestelde art. 8:41a Awb. Kamerstukken II 2010/11, 32 450, nr. 8.

(en het besluit vernietigt) dan is in beginsel het bevoegde orgaan opnieuw aan zet. Afwijking van dit uitgangspunt vraagt om een stevige juridische rechtvaardiging. Bindende en finale geschilbeslechting door de bestuursrechter kan onder meer worden gerechtvaardigd door het rechtszekerheidsbeginsel. Dit is een krachtige rechtvaardiging. Het realiseren van rechtszekerheid is immers een kerntaak van de rechter. Hierbij komt dat het bestuursorgaan zijn 'primaat' tot rechtsvaststelling heeft 'verbruikt' zodra de procedure is doorlopen. Dat de bestuursrechter de knoop doorhakt is daarom in beginsel verdedigbaar. Dit is zeker het geval wanneer op basis van het recht, het verhandelde tijdens de procedure en gelet op de standpunten van partijen duidelijk is welk besluit *moet* worden genomen. Maar als het definitief vaststellen van rechten en plichten nog een nadere beoordeling van feiten of een afweging van belangen vergt ligt een en ander toch lastig, zeker als het bestuursorgaan aangeeft zijn verantwoordelijkheid te willen nemen. De genoemde 'bestuurlijke lus' kan dan uitkomst bieden. Als ook deze figuur geen soelaas biedt en de zaak ten principale terug moet naar het bestuur, dan komt hooguit een rechterlijke opdracht in beeld, eventueel onder termijnstelling. Maar dat is nog beter dan niets doen ('kale vernietiging').

4 Op zoek naar andere oplossingen: de flankerende verzoekschriftprocedure

De combinatie van de twee geschetste ontwikkelingen - het krachtig inzetten op geschilbeslechting en een stevige modificatie van het besluitmodel - leidt tot een bestuursproces dat veel complexer is dan het klassieke. Het is ook de vraag of aanpassingen aan het besluitmodel voldoende recht doen aan de verhoudingen tussen bestuur en bestuursrechter.

Het loont om aandacht te besteden aan de diepere oorzaken van de problematiek. Het actuele bestuursprocesrecht hinkt nog altijd op twee gedachten: geschilbeslechting en toetsing van besluiten. Dit hybride karakter is één van de oorzaken - niet de enige - van de alsmear toenemende complexiteit. Kernprobleem is dat het besluitmodel naar zijn aard niet bijzonder geschikt is voor bindende geschilbeslechting. In plaats van alle kaarten te zetten op een geforceerde verbouwing van dit model, is het misschien verstandig tevens te bezien of er andere voorzieningen zijn die kunnen bijdragen aan een effectief, finaal en flexibel bestuursproces.

Vertrekpunt kan zijn dat het besluitmodel zijn nut heeft bewezen. Maar het inzicht dat dit model niet altijd de beste omgeving is om rechten en plichten van procespartijen vast te stellen verdient het om verder te rijpen. Het besluitmodel

voorziet vooral in een geschikte rechtsingang bij de bestuursrechter tegen 'echte' besluiten, dat wil zeggen tegen (eenzijdige) publiekrechtelijke rechtshandelingen. Maar geschillen tussen bestuur en burger gaan niet altijd over een publiekrechtelijke rechtshandeling, net zo min als privaatrechtelijke geschillen steeds over rechtshandelingen gaan. Soms hebben bestuur en burger een geschil over een feitelijke handeling of over een nalaten. Het geschil hoeft ook niet te gaan over een beoogd rechtsgevolg. Het kan ook gaan over de vraag of een bepaald rechtsgevolg *ex lege* is ingetreden (bijv. een schadevergoedingsplicht). Het is uiteindelijk geen begaanbare weg om alle geschillen maar in het besluitmodel te persen, zeker niet als op termijn de rechtsmacht van de bestuursrechter verder zou worden verruimd.

Een goed alternatief is beschikbaar. Het ligt voor de hand om een flankerende, algemene verzoekschriftprocedure te ontwikkelen die niet alleen ziet op schadeverzoeken. Binnen deze procedure kan de bestuursrechter de beschikking krijgen over gevarieerde uitspraakbevoegdheden: gebod, verbod en verklaring voor recht. Dit idee over - wat wordt genoemd een 'dual stelsel' (besluitmodel plus verzoekschriftprocedure) - is niet nieuw. Het Rapport van de VAR-Commissie rechtsbescherming wees al in die richting.²⁹

Een flexibele verzoekschriftprocedure die het besluitmodel flankert, dit ontlast en waar zinvol aanvult zou niet alleen goede diensten bewijzen met betrekking tot geschillen buiten de typische besluitensfeer, maar juist ook met betrekking tot geschillen die nauw verband houden met besluiten. Denk aan een rechterlijk gebod om een bepaald onderzoek te verrichten voordat een besluit wordt genomen of aan een verbod op een uitvoeringshandeling. Het is ook denkbaar dat in de verzoekschriftprocedure achteraf de onrechtmatigheid van een appellabel besluit wordt vastgesteld zonder dat dit eerst is vernietigd.³⁰

Een verzoekschriftprocedure biedt qua functionaliteit meer dan het besluitmodel. In ieder geval is het een belangrijke aanvulling daarop, zelfs als men erin slaagt het besluitmodel zo in te richten dat finale afdoening vrijwel altijd mogelijk is. Bij een verzoekschriftprocedure kan de justitiabele rechtstreeks een concreet verzoek aan de rechter voorleggen om rechten en plichten vast te stellen. De geschilbeslechting kan mede hierdoor ook een integraal karakter krijgen. De verzoekschriftprocedure bij de bestuursrechter hoeft niet geforceerd te gaan over de rechtmatigheid van een besluit. Een bijkomend voordeel is dat de

²⁹ Rapport van de VAR-Commissie Rechtsbescherming, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid. Van toetsing naar geschilbeslechting*, Den Haag: BJu 2004, p. 71 e.v.

³⁰ Vgl. reeds B.J.P.G. Roozendaal, *Overheidsaansprakelijkheid in Duitsland, Frankrijk en Nederland* (diss. EUR), Gouda Quint 1998, p. 273.

bestuursrechter meer grip krijgt op de temporele dynamiek van een geschil. Waar het besluitmodel geschillen in de regel op een bepaald tijdstip bevriest daar kent de geschilbeslechting *inter partes* een oriëntatie *ex nunc*.

5 Subjectivering en partijenproces

De toekomstige ontwikkeling van het bestuursprocesrecht zal niet alleen in het teken staan van de ontvlechting van rechtsgangen. Belangrijk is daarnaast de subjectivering van het procesrecht. Hier kan men overigens twee ontwikkelingen onder verstaan.

Op de eerste plaats brengt het begrip 'subjectivering' tot uitdrukking dat het bestuursproces een partijenproces is. Er zijn *rechtssubjecten* bij betrokken. Dit lijkt een tamelijk onschuldig concept. Toch rijzen er direct vragen omdat in het ordenend bestuursrecht vaak geen sprake is van een 'gesloten' partijengeschil. Derden en kringen van belanghebbenden dienen zich regelmatig aan.

Als de boodschap is dat het bestuursproces moet worden gemodelleerd naar het civiele proces rijzen veel meer vragen.³¹ In het bestuursproces ontmoeten het algemeen belang en het particulier belang elkaar op een indringende wijze. Er is geen sprake van een proces tussen gelijkwaardige partijen. Dit zal altijd zo zijn ongeacht de wijze waarop het bestuursprocesrecht in de toekomst wordt ingericht. Door de gelijkwaardigheid van procespartijen sterk te benadrukken wordt miskend dat een bestuursorgaan geen regulier rechtssubject.

De komst van het 'strijdmodel' in het bestuursproces is in dit verband zorgelijk. Allewijn wijst er bijvoorbeeld op dat ook de overheid tegenwoordig gaat voor de winst. Hij voegt hier nog aan toe dat dit zeker geldt als de overheid zij aan zij strijdt met een door haar besluit begunstigde burger.³² Het is de vraag hoe dit identificatieproces zich verdraagt met de rechtsstatelijke positie van het bestuur. Is een bestuursorgaan niet ook in rechte gebonden aan artikel 2:4 Awb (verbod van vooringenomenheid)? Het verenigen van de idee van het 'partijenproces' met de rechtsstatelijke positie van het bestuur behoort tot de uitdagingen van het hedendaagse bestuursprocesrecht.

³¹ Zie R.J.N. Schlössels, 'De "civilisatie" van het bestuursproces. Over mogelijkheden en gevaren van convergentie van procesrecht', in: *Eén procesrecht? Over convergentie en divergentie van het burgerlijk, straf- en bestuursprocesrecht* (L.E. de Groot-van Leeuwen e.a. red.), Deventer: Kluwer 2009, p. 199 e.v.

³² D. Allewijn, *Tussen partijen is in geschil...De bestuursrechter als geschilbeslechter* (diss. UL), Den Haag: Sdu 2011, p. 65.

6 Subjectivering en relativiteitsvereiste

Met het begrip 'subjectivering' wordt in de actuele discussie vooral benadrukt dat het in het bestuursproces moet gaan om het bieden van 'rechtsbescherming'. Rechtsbescherming wordt dan opgevat als het voorkomen of redresseren van de aantasting van individuele belangen of rechten. Het begrip rechtsbescherming krijgt zo een eigen profiel naast het begrip geschilbeslechtig.

Het uitgangspunt van rechtsbescherming kan op twee niveaus in een stelsel van rechtsbescherming worden verankerd. Zo is er de verankering in de subjectieve rechten, zoals de vermogensrechten, de grond- en mensenrechten en overige individualiseerbare verdragsrechten. Deze gedachte komt tot uitdrukking in artikel 19 lid 4 van het Duitse Grundgesetz, artikel 6 EVRM en artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Dit zijn verwante bepalingen die een recht op (subjectieve) rechtsbescherming constitutioneel waarborgen.

De rechtsbeschermingsgedachte kan daarnaast op operationeel niveau worden verankerd. De relativiteitsleer is dan in beeld. Deze leer slaat een brug tussen het objectieve recht en de wereld van de subjectieve rechten. Zij gaat er immers vanuit dat een norm van objectief bestuursrecht mede individuele rechten of belangen kan beschermen. In het Nederlandse bestuursprocesrecht bestaat wat de relativiteitsleer betreft geen traditie. Maar daar komt verandering in. Artikel 1.9 van de Crisis- en herstelwet eeffent naar verwachting de weg voor de introductie van een relativiteitsvereiste in ons algemene bestuursprocesrecht, gekoppeld aan de vernietigingsbevoegdheid. Het betreft hier overigens een tamelijk milde variant (vgl. het 'kennelijkheidsvereiste' in het voorgestelde art. 8:69a Awb³³). Toch wijzen tegenstanders erop dat de relativiteitsleer hoe dan ook vreemd is aan het objectieve bestuursrecht.³⁴ Zij gaan er van uit dat de rechtsstaatgedachte betekent dat het bestuursrecht de belangen van *eenieder* waarborgt. Dit is in abstracto niet onjuist, maar hiermee staat niet vast dat de rechtsstaat ook eist dat handhaving van het objectieve bestuursrecht de inzet *moet* zijn van het bestuursproces. In andere rechtsstatelijke stelsels, waaronder het Duitse, is op een overtuigende wijze aangetoond dat de objectiefrechtelijke aard van het bestuursrecht goed samengaat met een subjectief georiënteerde rechtsbescherming tegen de overheid.

³³ Kamerstukken II 2009/10, 32 450, nr. 2.

³⁴ Vgl. bijv. A.Q.C. Tak, *Het Nederlands bestuursprocesrecht. In theorie en praktijk*, Deel II, Nijmegen: WLP 2011, p. 2585 e.v. Vgl. ook het amendement Paulus Jansen. Kamerstukken 2011/12, 32 450, nr. 9.

De relativiteitsleer wordt overigens niet op systematische maar op rechtspolitieke gronden in ons bestuursprocesrecht binnengesluist. De wetgever wil voorkomen dat besluiten op 'oneigenlijke gronden' (wat dit ook zijn) worden vernietigd. De komende jaren zal de leer (als zij wordt ingevoerd in de Awb) handen en voeten moeten krijgen. Hier ligt een grote verantwoordelijkheid voor de bestuursrechter. Kijken we naar de lange termijn dan dient de relatie van de leer met de theorie van de grond- en mensenrechten onder ogen te worden gezien. Op deze wijze kan het relativiteitsvereiste constitutioneel beter worden verankerd in het stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid. Belangrijk is het inzicht dat bestuursrechtelijke wetgeving de samenleving ordent en reguleert. Hierbij gaat het om de interventie in fundamentele rechten of belangen. De wetgever geeft mede via bestuursrechtelijke normen aan of, en in hoeverre, fundamentele rechten van burgers (denk met name ook aan eigendom) jegens de overheid en jegens elkaar worden beschermd. In het bestuursproces zijn geschillen over wetstoepassing dan ook vaak herleidbaar tot vragen over de bescherming van fundamentele rechten.

7 Verruiming van rechtsmacht: de weg der geleidelijkheid

Uitbreiding van rechtsmacht van de bestuursrechter vraagt om regie van de wetgever. Dat er goede gronden zijn voor een verdere uitbreiding van de rechtsmacht van de bestuursrechter staat vast. Zonder volledig te zijn valt te wijzen op de eenheid van geschilbeslechting, het vereenvoudigen van de relatie tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter en het creëren van randvoorwaarden voor een samenhangende bestuursrechtelijke rechtsontwikkeling.

Het concept van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking heeft prima papieren om de rechtsmacht van de bestuursrechter – die uiteindelijk zou moeten zien op alle bestuursrechtelijke geschillen – te verankeren.³⁵ Maar het is niet realistisch te menen dat een substantieel ruimere competentie van vandaag op morgen werkelijkheid kan zijn. De gevolgen voor het stelsel van rechtsbescherming zouden niet zijn te overzien. De weg van de geleidelijkheid is dus aangewezen. Tevens is een harmonieus samenspel tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter vereist. Immers, waar de bestuursrechtelijke rechtsmacht ruimer wordt daar zal de burgerlijke rechter moeten terugtreden.

³⁵ Zie ook Ch.W. Backes & A.M.L. Jansen, 'De wederkerige rechtsbetrekking als panacee voor de gebreken van de "besluiten-Awb"? Centrale begrippen en uitgangspunten van de Awb', in: *Bestuursrecht harmoniseren. 15 jaar Awb* (T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak red.), Den Haag: BJu 2010, m.n. p. 83 e.v.

De wetgever kan op drie manieren regie voeren: door te voorzien in een richtinggevend definitie van het begrip ‘bestuursrechtelijke rechtsbetrekking’, door connexiteitseisen te hanteren en door het toepassen van enumeratie (positief en negatief). Wat dit laatste betreft: de wetgever ontkomt er niet aan om voor een aanzienlijk aantal geschillen concreet aan te geven of deze wel of niet onder de rechtsmacht van de bestuursrechter vallen. Enumeratie is en blijft een onmisbaar instrument. Het bevordert de rechtszekerheid en waarborgt de werkbaarheid van het stelsel.

Hoe zou een toekomstig competentiestelsel eruit kunnen zien? Als kernbegrip dient zich, zoals gesteld, het begrip ‘bestuursrechtelijke rechtsbetrekking’ aan. Een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking is (meestal) een rechtsbetrekking die door een bestuursbevoegdheid wordt beheerst. Hiermee komen we een eind, hoewel nadere verkenningen aan de hand van het begrip ‘publieke taak’ onvermijdelijk zijn. Het blijft balanceren op de magische lijn tussen publiek- en privaatrecht. De wetgever doet er goed aan dit uitgangspunt *uiteindelijk* (op de lange termijn) te verankeren.

Maar hier geldt dat het beter is de ontwikkeling eerst meer leven in te blazen via een minder ambitieuze benadering. Het verder verruimen van het besluitbegrip - hoewel niet fraai - ligt voor de hand als men de ontwikkeling niet in de knop wil breken. Bovendien is het van belang de aandacht te richten op knelpunten in het huidige stelsel. Dat wil zeggen: bestaande rechtsmachtfricties en versnippering van leerstukken. Voorbeelden dienen zich gemakkelijk aan. Te wijzen valt op de geschilbeslechting in de sfeer van de voorbereidingshandelingen, geschillen met betrekking tot bevoegdhedenovereenkomsten en geschillen over nadeelcompensatie (op welk terrein het momenteel echt aan durf ontbreekt³⁶). Op deze punten is naar geldend recht de verdeling van rechtsmacht tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter niet consistent.

De agenda voor de lange termijn is duidelijk. Hoofdregel zou moeten zijn dat een belanghebbende de bestuursrechter via een verzoekschrift kan benaderen zodra er sprake is van een bestuursrechtelijk geschil. De bevoegdheid om beroep in te stellen tegen een appellabel besluit zal binnen deze context als speciale rechtsingang blijven bestaan. Hier handelt het immers over een bestuursrechtelijk geschil.

³⁶ R.J.N. Schlössels, ‘Koudwatervrees in het nadeelcompensatierecht’, *de Gemeentestem* 2011 (7352), nr. 39, p. 181-182.

8 Afronding

Differentiatie is het grote thema van de ontwikkelingen die zich in het bestuursprocesrecht voltrekken of die op stapel staan: differentiatie tussen geschilbeslechting en toetsing, tussen besluitmodel en verzoekschriftprocedure en tussen formele en informele geschilbeslechting. Maar ook differentiatie tussen verlengde besluitvorming (bezwaar) en rechtspraak. Zo is er een onmiskenbare tendens om de bezwaarschriftprocedure verder te deformaliseren³⁷ en niet te belasten met pseudo-rechterlijke elementen.

In het bestuursproces gaat het om variatie in uitspraakbevoegdheden, differentiatie naar soorten zaken en een betere en logischer scheiding van de rechtsmacht van de bestuursrechter en de burgerlijke rechter. Ten slotte is er meer aandacht voor variatie in werkprocessen (bijvoorbeeld selectie aan de poort, wel of geen regie-zitting, etc.). Eigenlijk is dit allemaal niet verwonderlijk omdat te veel verschillende bestuursrechtelijke geschillen in een knellend besluitmodel zijn geperst.

Het bestuursproces ondergaat een metamorfose. Wat op langere termijn uit de cocon te voorschijn komt moet worden afgewacht. Maar in 25 jaar is veel mogelijk. De geschiedenis van ons bestuursprocesrecht heeft dat aangetoond. Op de lange termijn liggen er uitdagingen op het terrein van de verruiming van de rechtsmacht van de bestuursrechter. Maar er zal nog veel water naar de zee stromen voordat het beeld hier scherp is.

³⁷ Vgl. A. Brenninkmeijer & B. Marseille, 'Meer succes met de informele aanpak van bezwaarschriften', NJB 2011, nr. 1586, p. 2010 e.v.

Zaaldiscussie

Derde stelling: De rechtsmacht van de bestuursrechter moet stapsgewijs worden uitgebreid tot geschillen die voortvloeien uit de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking.

De heer Koeman: Spreker kan niet instemmen met de stelling. Er worden te veel woorden in gebruikt. Als achter 'uitgebreid' een punt had gestaan was het volgens spreker wel goed geweest. Wat daarna komt, betekent in feite dat het besluitbegrip fout is en moet worden vervangen door 'bestuursrechtelijke rechtsbetrekking'. Het is zeer wel mogelijk om het besluitbegrip te blijven hanteren als aanknopingspunt voor een procedure, maar de mogelijkheden die een bestuursrechter heeft om knopen door te hakken aanzienlijk uit te breiden. Per slot van rekening willen mensen niet altijd vernietiging van een besluit, maar dat is op dit moment zo ongeveer het enige waar ze om kunnen vragen. Ze zouden bijvoorbeeld wel eens willen horen dat iets eigenlijk niet op die manier had gemogen (met uiteraard de mogelijkheid om vervolgens een schadeclaim in te dienen). Kortom, spreker bepleit een uitbreiding van de mogelijkheden met handhaving van het besluitbegrip. Dat betekent inderdaad een breuk met het verleden. Het kan leiden tot een wat 'brutalere' bestuursrechter, een bestuursrechter die minder terughoudend is. Tenslotte merkt spreker op dat volgens hem finale geschilbeslechting een hoofddoel blijft van het bestuursrecht (stelling 1), maar dat dat op enigszins gespannen voet staat met een ander genoemd doel, namelijk de controle op het bestuur.

De heer De Graaf: Spreker wil de stelling handhaven zoals hij nu luidt. Als de macht van de bestuursrechter immers op die manier wordt uitgebreid, betekent dat beslist niet dat het recht om een besluit te vernietigen daarmee weg is. Er zijn verschillende soorten geschillen en die horen allemaal als ze uit een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking voortkomen bij de bestuursrechter. Het besluitbegrip valt binnen die omschrijving. Daarnaast zou het wat merkwaardig zijn als een bestuursrechter uitspraakbevoegdheden krijgt in zaken die in feite op het terrein van de burgerlijke rechter liggen. Als je iets aan die bevoegdheden wil veranderen, moet er ook iets gebeuren met het besluitbegrip of in de bevoegdheidstoedeling.

De heer Scheltema: Het zou goed zijn als de ingekorte stelling een weerspiegeling is van de algemene opinie. Er zijn echter wel beperkingen aan het handhaven van het besluitbegrip. Als bijvoorbeeld iemand op grond van foute informatie geen vergunning aanvraagt, zou hij vervolgens toch niet naar de burgerlijke rechter moeten gaan. Vaak is het een combinatie van besluit en

feitelijk handelen die van belang is voor een geschil en spreker ziet niet in wat er tegen is om dat tegelijk mee te nemen.

De heer Koeman: Spreker denkt niet dat het nodig of gewenst is om veel gevallen van feitelijk handelen naar de bestuursrechter te verwijzen. Dat heeft een aanzuigende werking en er is wat dat betreft volgens hem ook geen leemte in de rechtsbescherming. De stelling verwijst min of meer naar het volmaakte, maar spreker streeft liever naar het haalbare en het beheersbare. Daarom is een afbakening wat betreft feitelijk handelen zo gek nog niet.

De heer Van Ettekoven: Spreker begrijpt dat het besluitbegrip volgens de heer Koeman een soort toegangskaartje moet zijn, dus niet het feitelijk handelen, maar dat de uitspraakbevoegdheden verder moeten gaan. Er is dan wel een eigen mechanisme nodig om die bevoegdheden af te bakenen. Als overigens de bestuursrechter de bevoegdheid krijgt om bijvoorbeeld te verbieden om iets te bouwen, dan zit hij helemaal op het terrein van de burgerlijke rechter.

Voorzitter: Blijkbaar is iedereen het er over eens dat de bevoegdheden van de bestuursrechter moeten worden uitgebreid. Als het er echter over gaat hoe dat moet gebeuren, lijken de meningen nogal divers.

De heer De Waard: Het is toch niet zo vreemd als een bestuursrechter een bouwer iets mag verbieden. Per slot van rekening mag een voorlopige voorzieningenrechter al tegen een bestuursorgaan zeggen dat dat er voor moet zorgen dat de bouwer stopt met bouwen. In Frankrijk kan dat bijvoorbeeld al en spreker vindt dat een uitstekend systeem.

De heer Zijlstra: De heer Scheltema heeft er in de afgelopen jaren herhaaldelijk op gewezen dat het wat vreemd is dat de burger wel via de bestuursrechter een bestuursorgaan ergens toe kan dwingen, maar dat het omgekeerde niet het geval is. Als echter de stelling wordt gerealiseerd is dat laatste wel mogelijk.

De heer Scheltema: Spreker heeft niet al te veel veranderingen tegelijk willen voorstellen, maar de heer Zijlstra heeft uiteraard gelijk. Hij kan zich voorstellen dat er omstandigheden zijn, waaronder zaken die burgers van plan zijn vooraf worden getoetst.

Vierde stelling: Het is van groot belang om de rechtspraak in twee instanties in het bestuursrecht te behouden.

De heer Van den Berge: Spreker houdt zich met name bezig met het belastingrecht, een onderdeel van het bestuursrecht die nog niet aan de orde is geweest. Hij is het volstrekt eens met de stelling die volgens hem niet alleen zou moeten gelden voor het bestuursrecht. In het belastingrecht is sprake van drie instanties en dat is soms wel wat veel. Hij vermoedt dan ook dat met de stelling ook wordt bedoeld: liever geen drie instanties. Een rechtsgang in drie instanties heeft echter ook voordelen met betrekking tot de verdieping en zou dus ook elders in het bestuursrecht goed kunnen werken.

De heer De Poorter: De gedachte aan drie instanties past toch niet helemaal in de teneur die ook in deze discussie merkbaar is, namelijk dat de burger gebaat is bij een snelle geschilbeslechting. Het is bovendien niet helemaal duidelijk welk probleem de heer Van den Berge tracht op te lossen met drie instanties. Spreker ziet eigenlijk alleen maar praktische nadelen.

De heer Van den Berge: Voor het hele bestuursrecht zou een drietrapsraket inderdaad veel te ver gaan, maar er zijn situaties denkbaar waarbij dat voordelen kan opleveren.

De heer Van Kreveld: Spreker wordt zeer aangesproken door de naar voren gebrachte argumenten voor twee instanties. Hij is echter de laatste tijd ook onder de indruk geraakt van de noodzaak om geschillen snel te beslechten. Er zit wat spanning tussen die twee overwegingen. Het is dan aan de wetgever om daar een oplossing voor te vinden. Misschien verdient het de voorkeur om op grond van praktische overwegingen een gedifferentieerd model te hebben, waarbij soms één instantie bij is betrokken. Een andere mogelijkheid is die van een beperkt hoger beroep. Snelheid is immers ook een groot goed.

De heer Van Ettehoven: Verdient het in de huidige omstandigheden geen aanbeveling dat de Hoge Raad aansluiting zoekt bij de voorgestelde Grote/Gemeenschappelijke Kamer? Dat zat wel in de oorspronkelijke plannen, maar is er later uitgehaald.

De heer De Poorter: Uit het onderzoeksrapport blijkt dat de schrijvers wel wat zien in het idee van een Grote Kamer om het overleg over de rechtseenheid een duidelijke plaats te geven. Dit loopt inderdaad op dit moment tegen het

probleem aan, dat het bij zaken voor de Hoge Raad nu nog niet mogelijk is om een dergelijke constructie te hanteren. Het zou wenselijk zijn dat de wetgever hierin tegemoet komt en het ook mogelijk maakt bij de Hoge Raad met het oog op die Grote Kamer raadsheren in buitengewone dienst te benoemen.

Voorzitter: Zoals de zaken er nu voorstaan is het misschien het beste om goed naar elkaar te blijven luisteren en naar afstemming te streven, zodat bestaande rimpels zoveel mogelijk worden gladgestreken.

Voorzitter: Alle grote onderwerpen van het bestuursrecht zijn vanmiddag wel langsgelopen. Het boek geeft vast nog veel stof tot nadenken en verder discussiëren. Hij dankt de sprekers, de auteurs en het publiek voor hun inbreng op deze middag.