Het besluit voorbij

VAR-reeks
151

Het besluit voorbij

Verslag van de algemene vergadering
gehouden op 24 mei 2013

ter behandeling van de preadviezen van

Prof. mr. F.J. Van Ommeren & mr. P.J. Huisman
Mr. G.A. van der Veen
Mr. K.J. de Graaf

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2014

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft
Opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag

© 2014 VAR Vereniging voor Bestuursrecht

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave 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 uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-8974-898-0
NUR 823

www.bju.nl

Inhoud

Rede van de voorzitter, prof. mr. B.J. Schueler 7

Afscheid van de scheidende voorzitter prof. mr. B.J. van Ettekoven 13

Toelichting van de preadviseurs 15

Interventies, met reacties van de preadviseurs (ochtendgedeelte) 23

Uitreiking van de VAR-prijs 37

Huldiging van de winnaars van de VAR-pleitwedstrijd 41

Interventies, met reacties van de preadviseurs (middaggedeelte) 45

Stellingenprocedure 89

Rede van de voorzitter, prof. mr. B.J. Schueler

Ongelijkheidscompensatie nieuwe stijl

Waarom hebben wij een bestuursrechter? Veel buitenstaanders zullen waarschijnlijk zeggen: 'Dat weet ik ook niet.' En op het eerste gehoor is dat een goed antwoord. Geschillen met de overheid kunnen wellicht net zo goed door de gewone rechter worden beslecht. Half-ingewijden zullen misschien zeggen: 'We hebben aparte bestuursrechters omdat het bestuursrecht een wereld op zich is. Een wereld van procedures. Sommige procedures in het bestuursrecht gaan zelfs alleen maar over die procedures. Daar voelt een gewone rechter zich niet thuis.' Ik heb ooit onder een baas gewerkt, een civilist, die vaak zei dat het bestuursrecht alleen over de vraag gaat of de postzegel wel recht op de enveloppe zit. Deze verzuchtingen klinken al zolang als ik in dit vak rondloop, en dat is nu bijna dertig jaar. Voor degenen onder u die mij nog niet kennen of mij inmiddels al weer vergeten zijn: mijn naam is Ben Schueler, ik loop sinds medio jaren tachtig in dit vak rond en ik ben sinds januari jongstleden uw nieuwe voorzitter. Ik heb Bart Jan van Ettekoven opgevolgd, over wie zo dadelijk meer.

Ik denk dat er drie redenen zijn te noemen die het in onderlinge samenhang wenselijk maken dat er een aparte bestuursrechter bestaat.

1. De mogelijkheid om tegen een besluit op te komen moet aan een korte termijn gebonden zijn, waarna de rechtsgeldigheid van het besluit vast moet staan.
2. Het besluitvormingsprimaat van het bestuur moet gerespecteerd worden. Dat kan in een systeem van vernietiging door de rechter en herstel door het bestuur.
3. De ongelijke maatschappelijke en juridische verhouding tussen overheid en burger vraagt om een laagdrempelige procedure, die voor een leek toegankelijk is. Die laagdrempeligheid bevordert een massale toestroom van zaken, waar de wijze van zaaksbehandeling op ingesteld moet zijn. Een gestandaardiseerde aanpak van zaken, zoals wij die kennen bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, is daarom zeer profijtelijk, zo niet onmisbaar als men de doorlooptijden aanvaardbaar wil houden.

Vooral in hun onderlinge samenhang zijn dit redenen om de bestuursrechtspraak niet alleen een speciale procedure te geven, maar ook een eigen toegespitste organisatie en werkwijze. Eigenlijk zou ik willen zeggen: een eigen cultuur die afwijkt van die van de gewone rechter.

De eerste twee redenen hebben alles te maken met het gegeven dat het in bestuursrechtelijke geschillen meestal over besluiten gaat. Dat is het onderwerp van de

preadviezen die we straks gaan bespreken. Ik ga nu nader in op de derde reden voor een aparte bestuursrechter, de laagdrempeligheid.

Zoals gezegd, velen zien het bestuursrecht als procedurerecht. Maar de tijd heeft niet stil gestaan. Afgelopen woensdag, in een toespraak na de VAR-pleitwedstrijd in Rotterdam, hield Ron van Male de studenten voor dat de bestuursrechter anno 2013 niet meer 'klakkeloos de rechtmatigheid van het bestreden besluit toetst, maar probeert door te stoten naar de kern van het geschil'. En we kunnen deze tendens inderdaad waarnemen, bijvoorbeeld in de jurisprudentie over finaliteit en in de aanpak die inmiddels algemene bekendheid heeft gekregen als de 'Nieuwe zaaksbehandeling'.

Dat is vooruitgang. Maar het betekent nog niet dat de bestuursrechter tegenwoordig meer aan materiële normen toetst. Finale geschilbeslechting impliceert nog geen materiële rechtmatigheidstoetsing. Een bestuurlijke of informele lus is een procedurele methode om het bestuur zijn eigen inhoudelijke keuzes te laten maken. Daarbij ontstaan niet zomaar nieuwe materiële normen om de uitkomst van de lus aan te toetsen. Aan het einde van de lus wordt het resultaat vaak getoetst aan normen over motivering, onderzoek en zorgvuldigheid.

Het bestuursrecht blijft nog steeds in hoge mate procedureel. Er zijn nu eenmaal vaak geen materiële normen beschikbaar die de doorslag geven. Dat is niet per se een negatieve diagnose. We kunnen het ook op een positieve manier zeggen. Als het bestuurs*recht* over de inhoud zwijgt, kan de bestuurs*rechter* voor *procedurele rechtvaardigheid* zorgen. De uitkomst van het geschil wordt dan *zoveel als mogelijk* gelegitimeerd.

Het is dus goed dat het bestuursrecht procedurerecht is. Maar dan moet er wel een goede, eerlijke procedure zijn. De ongelijke maatschappelijke en juridische verhouding tussen overheid en burger vraagt om een laagdrempelige procedure, die voor een leek toegankelijk is. Dit heeft te maken met wat vroeger 'het beginsel van de ongelijkheidscompensatie' werd genoemd. Het is een ervaringsfeit dat de meeste burgers uiteindelijk van de overheid verliezen.

Dit roept – even tussendoor – de vraag op hoe het is om te verliezen. Vorig jaar hebben Brenninkmeijer, Roëll en de sociaal-psycholoog Van den Bosch in een artikel in *Themis* (zich baserend op empirisch onderzoek) de aandacht gevraagd voor procedurele rechtvaardigheid. Het gaat daarbij vooral om de eerlijkheid van de procedure (hoor en wederhoor en een reële mogelijkheid om voor je standpunt op te komen) en om onpartijdigheid en deskundigheid van de rechter. Als een partij daar vertrouwen in heeft, vergroot dat haar waardering voor de procedure en – in meer of mindere mate – ook de acceptatie van de uitkomst, aldus Brenninkmeijer, Van den Bosch en Roëll. Hun opponent in deze discussie, de rechtseconoom Van Velthoven, stelt zich op het standpunt dat het oordeel over de *inhoudelijke uitkomst* van de procedure een grotere rol speelt dan dat over de procedurele rechtvaardigheid. Ook hij baseert zich op empirisch onderzoek. Ook onze voor-vorige voorzitter Michiels heeft daarover – al in 1980 – geschreven. Genoemde rechtseconoom Van Velthoven wijst onder andere op een onderzoek waaruit blijkt dat in 2011 justitiabelen bij een gunstige uitspraak aanzienlijk vaker tevreden waren dan bij een ongunstige uitspraak. Die conclusie verbaasde mij niet meteen, moet ik u zeggen. Maar het is toch interessanter dan het lijkt. Ik citeer uit het desbetreffende onderzoeksrapport: 'De mate van

tevredenheid staat niet los van de (verwachte) uitspraak van de rechter. Justitiabelen die een voordelige uitspraak ontvingen (of verwachtten), zijn beduidend vaker tevreden (89%) over het functioneren van de rechtspraak dan justitiabelen die een uitspraak in hun nadeel ontvingen of verwachtten (55%).'[1] Ergo: mensen die verliezen, kunnen toch tevreden zijn over de rechtspraak, de procedure en/of de manier waarop de ongunstige uitkomst is bereikt.

Welnu, we weten dat de meeste burgers van de overheid verliezen. Dat is onderzocht en komen vast te staan. Veel pogingen om dit verschijnsel te verklaren zijn nog niet ondernomen. Het heeft ongetwijfeld te maken met het feit dat het bestuur het besluitvormingsprimaat heeft en over beleidsvrijheid beschikt. Maar dan maken we ons er te gemakkelijk van af. Als men kritischer kijkt naar hoe het werkt, moet men ook zeggen: de overheid maakt haar eigen wetten (het bestuur heeft grote invloed op de regelgeving), en procedureel en financieel heeft de overheid de langste adem. Bovendien gaan er veel leken in beroep die het dan tegen de professionals van de overheid moeten opnemen. Zo komen we voor de vraag te staan of de burger wel een voldoende eerlijke kans heeft tegenover de overheid. En daarom is de vraag belangrijk wat de bestuursrechter moet doen aan *ongelijkheidscompensatie*.

Van Galen en Van Maarseveen – in hun beroemde VAR-preadvies over beginselen van administratief procesrecht uit 1978 – vermoedden dat de ongelijkheid tussen de partijen er 'telkens de oorzaak' van was 'geweest dat men geen belangrijke onderdelen van de administratieve rechtspraak aan de gewone rechterlijke macht heeft willen toevertrouwen'.[2] Men heeft de oplossing vooral gezocht in een bestuursrechter met een actieve rol en laagdrempeligheid voor de burger.

Eerst iets over de actieve rol van de rechter. Lange tijd was het communis opinio dat de bestuursrechter ambtshalve de waarheid moest opzoeken en ambtshalve de volledige rechtmatigheid van het besluit moest toetsen.[3] Nico Verheij sprak voor de inwerkingtreding van de Awb over de burger als 'onbezoldigd rijksverklikker', een soort klokkenluider die een alomvattende rechterlijke toetsing in gang zette. Zo werd van de rechtzoekende burger niet erg veel verwacht en daarin zag men een afvlakking van de processuele ongelijkheid (en ook een manier om het algemeen belang te dienen met een objectieve rechtmatigheidstoetsing).

Ten tijde van de Wet Arob was dit de gangbare visie op de bestuursrechter. Althans in de boekjes. Want in werkelijkheid was het toen al in veel gevallen onmogelijk voor de bestuursrechter om ambtshalve het totale besluit aan alle toepasselijke normen te toetsen en de materiële waarheid omtrent alle relevante feiten te vinden. *In zoverre* – dus wat betreft de actieve, niet lijdelijke en helpende rechter – was de ongelijkheidscompensatie in de praktijk halfslachtig en vaak een illusie.

De bestuursrechter is inmiddels geen almachtige helper meer. Kort na de inwerkingtreding van de Awb werd met de illusie van de volledige ambtshalve toetsing

---

1 L. Bakker e.a., *Klantwaardering rechtspraak 2011. Onderzoek onder professionals en justitiabelen bij gerechten*, Amsterdam: Regioplan beleidsonderzoek 2011, publicatienummer 2089.

2 A.G. van Galen & H.Th.J.F. van Maarseveen, *Beginselen van administratief procesrecht* (VAR-reeks LXXXII), Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1978, p. 30.

3 N. Verheij, 'Een klantvriendelijke rechter', in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *Nieuw bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 131-150.

korte metten gemaakt. De rechter onderzocht ook steeds minder zelf de feiten en leunde steeds vaker op een bewijslast van partijen. Die bewijslast is in de wet nergens te vinden en dat leidt tot procedurele rechtsonzekerheid. Vooral omdat de rechter tot voor kort weinig deed om de bewijslast tijdig aan partijen duidelijk te maken.

Het bestuursprocesrecht is niet eenvoudig gebleven. Voor een genuanceerd beeld moet men wel in gedachte houden dat de complexiteit zich aan veel rechtzoekenden helemaal niet openbaart. Er zijn veel procedures waarin de burgerpartij niets misloopt als zij gewoon aanvoert wat zij tegen het besluit heeft, eerst schriftelijk en dan mondeling. Bovendien ligt de complexiteit vaak in de bijzondere wetgeving en niet in het procesrecht. Maar het bestuursprocesrecht is in de loop der tijd behoorlijk gejuridiseerd en soms loopt de burger inderdaad vast in het procesrecht zelf. Ergens tussen vroeger en nu is de almachtige helpende rechter met zijn eenvoudige laagdrempelige procedure achter de horizon verdwenen.

Er is geen weg terug naar een bestuursprocesrecht waarin de rechter *altijd* een volledige ambtshalve toetsing en de ambtshalve materiële waarheidsvinding tot taak heeft. Er zijn natuurlijk wel geschillen waarin de rechter terug zou kunnen keren naar de oude werkwijze, geheel of ten dele. Maar in veel gevallen is het noodzakelijk dat de rechter zijn onderzoek en toetsing beperkt. Alleen al door de omvang van sommige besluiten en de complexiteit van het verrichte onderzoek. De partijen zijn tegenwoordig veel meer op zichzelf aangewezen dan we aanvankelijk, toen de Awb gemaakt werd, dachten. De ongelijkheidscompensatie dreigt achter de horizon te verdwijnen. Schlössels had het tien jaar geleden al over een mythe.[4]

Hoe moeten we nu verder? De cultuur van de laagdrempelige toegang is een belangrijke reden voor het bestaan van een bestuursrechter naast de gewone rechter, die een heel andere cultuur heeft. Daarom moeten we ons anno 2013 opnieuw de vraag stellen: wat wil de leek? Ik weet niet wat er uitkomt als we dit nader zouden onderzoeken. Maar iets weten we er al wel van, o.a. dankzij de onderzoeken van Bert Marseille en ook bijvoorbeeld het Tilburgse onderzoek over ervaringen van burgers met de bezwaarschriftprocedure.[5] Ik doe een poging tot een hypothese.

1e *Een begrijpelijke procedure*. Dat vraagt om uitleg die is toegespitst op zijn eigen casus. De leek kan het rechtssysteem niet overzien, maar aan het begin van het proces kunnen hem het mogelijke verloop daarvan en zijn eigen rol en mogelijkheden worden uitgelegd. De nieuwe zaaksbehandeling vervult daarbij een belangrijke vernieuwende rol, vooral indien aan het begin van de procedure contact tussen rechter en partijen is gericht op het verdere verloop ervan. Een betere communicatie tussen rechter en partijen kan juridisering en complexiteit tegengaan.[6]

Als de rechter partijen bijvoorbeeld goed voorlicht over hun bewijspositie en bij voorkeur zelfs een expliciete bewijslastverdeling opstelt, ontstaat er meer

---

4 R.J.N. Schlössels, 'Ongelijkheidscompensatie in het bestuursprocesrecht. Mythe of vergeten rechtsbeginsel?', in: P.P.T. Bovend'Eert, L.E. de Groot-van Leeuwen & ThJ.M. Mertens (red.), *De rechter bewaakt: over toezicht en rechters*, Deventer: Kluwer 2003, p. 139-164.

5 B.W.N. de Waard e.a., *Ervaringen met bezwaar*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011. Zie van Marseille o.a.: A.T. Marseille, *Comparitie en regie in de bestuursrechtspraak*, Groningen: Vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde RuG 2010.

6 D. Allewijn, *Tussen partijen is in geschil...* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

ruimte voor procedurele rechtvaardigheid.[7] Deze aanpak maakt het ook goed mogelijk te differentiëren al naar gelang de aard van partijen en hun geschil. Niet iedereen heeft behoefte aan ongelijkheidscompensatie. Soms moet wellicht zelfs het verwerende bestuur worden gesteund in zijn strijd tegen een overmachtige eiser.

2e *Een korte procedure.* Van een leek kan men geen al te lange adem verwachten. Daarom moet een proces niet meer dan een of twee rechterlijke instanties bevatten.

3e *Een leek wil liever helemaal niet naar de rechter.* De beste ongelijkheidscompensatie wordt door het bestuur zelf geboden. In de ideale wereld heeft het bestuur steeds voldoende oog en oor voor de belangen van de burger en zorgt het bestuur in de dagelijkse praktijk voor ongelijkheidscompensatie, hoor en wederhoor, onpartijdigheid enzovoort. Die wereld bestaat niet. Maar dat is geen reden om het ideaal uit de weg te gaan door zich defensief op te stellen in de bezwaarfase of door zienswijzen weg te schrijven in een zienswijzenmatrix, of door zonder compassie elke verantwoordelijkheid voor ontstane schade van de hand te wijzen.

Het bestuur kan – veel beter dan een rechter – een informele aanpak volgen, waarin de leek weinig nadeel behoeft te ondervinden van zijn achterstand in juridische kennis. In zijn oratie heeft Bert Marseille gewezen op nut en mogelijkheden van informele 'voorzorg' door het bestuur, nog voor de gang naar de rechter.[8] Of ter voorkoming daarvan. Ik raad u ook aan om – als u dat nog niet gedaan heeft – de website prettigcontactmetdeoverheid.nl eens te bezoeken.

Deze (veronderstelde) drie wensen van de leek kunnen goede uitgangspunten zijn voor een *ongelijkheidscompensatie nieuwe stijl*. En de praktijk van bestuursorganen en bestuursrechters is met alle drie de wensen al in de afgelopen jaren aan de slag gegaan.

---

7 Y.E. Schuurmans & D.A. Verburg, 'Bestuursrechtelijk bewijsrecht in de jaren '10: opklaringen in het hele land', *JBplus* 2012, p. 117-138.

8 A.T. Marseille, *Voor- en nazorg door de bestuursrechter* (oratie Tilburg), Tilburg: Tilburg University 2012.

Afscheid van de scheidende voorzitter prof. mr. B.J. van Ettekoven

De voorzitter spreekt als volgt:

Bart Jan van Ettekoven is van 2007 tot dit jaar voorzitter van de VAR geweest. Die rol paste hem vanaf het begin als een Italiaans maatpak. U kent Bart Jan ongetwijfeld in meer dan alleen deze rol. U heeft wellicht tegenover of naast hem gezeten in de rechtszaal. Hij heeft een jarenlang verleden (en trouwens ook een toekomst) als rechter in de Rechtbanken Amsterdam en Utrecht en als lid van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Richtinggevende uitspraken, soms grensverleggend, vloeiden de afgelopen decennia uit zijn pen. U kent Bart Jan wellicht ook uit de collegezaal, waar hij als hoogleraar (aan de UvA) studenten en collega's weet te inspireren. U kent hem misschien tevens van de vele wetenschappelijke publicaties over vooral de overheidsaansprakelijkheid en de bestuursrechtspraak die hij al vanaf de jaren negentig het licht heeft doen zien.

Deze rijke ervaring heeft er ongetwijfeld toe bijgedragen dat hij als voorzitter van de VAR de praktijk van het bestuursrecht en de wetenschappelijke bestudering ervan doorlopend met elkaar heeft geconfronteerd. Belangrijke preadviezen over privaat bestuur, bewijsrecht, toegang tot de rechter, relativiteit, de digitale overheid en overgangsrecht kwamen onder zijn regie tot stand. In de laatste ronde, de preadviezen van dit jaar (*Het besluit voorbij*), heb ik kunnen zien hoe nauwgezet en toegewijd Bart Jan de totstandkoming ervan begeleidde. Een even lange reeks van preadviezen voor de Jonge VAR werd in deze jaren aan de bestaande toegevoegd, zowel over complexe besluitvorming als over een informele aanpak van bestuurlijke besluitvorming.

Bart Jan, we hebben in jouw regie een ragfijn gevoel voor actualiteit tot uitdrukking zien komen. Sommige onderwerpen, zoals de bestuurlijke lus en de nadeelcompensatie, werden zo attent en doeltreffend besproken in VAR-studiemiddagen, dat de wetgever het gedachtegoed van de discussiërende VAR-leden rechtstreeks in de wet kon verwerken. Zo werd de VAR zelfs een invloedrijke schakel in het staatsbestel.

De wijze waarop je de vergaderingen en studiemiddagen voorzat, is onnavolgbaar. Je stijl is tegelijk gemoedelijk, informeel en zakelijk, serieus. Je toont je er doorlopend van bewust dat ons vak geen gezelschapsspel is (zoals je in een van je eerste interventies, over het zuivere schadebesluit nog even leek te willen zeggen), maar dat het gaat over de rechten en belangen van onze medemensen.

De eerste keer dat wij elkaar spraken was niet, zoals menigeen wellicht zou denken, op een VAR-vergadering of in een rechts- of collegezaal. Het was op het NS-station in Baarn. Ik werd tijdens mijn ochtendhumeur op de schouder getikt:

‘Bent u mr. Schueler?’ Het gesprek ging verder de treinreis lang over het leed dat mensen ondervinden van het zuivere schadebesluit. Want het was in 1997. Toen sprak men daarover. Ons gesprek over het bestuursrecht is nooit meer gestopt en ik hoop dat we het – zeker ook in VAR-vergaderingen – nog lang zullen voortzetten.

Namens alle leden van de VAR wil ik Bart Jan heel veel dank betuigen voor alles wat hij voor onze Vereniging heeft gedaan.

[Langdurig applaus]

Toelichting van de preadviseurs

Mr. F.J. van Ommeren

Voorzitter, wat een prachtige rede was dat! Steeds als ik zoiets hoor, denk ik: laten we dáár maar over doorpraten. Ik hoop dat u gauw eens de kans krijgt om hierover nog wat meer te vertellen of te schrijven. U sprak over procedurele rechtvaardigheid en ongelijkheidscompensatie, maar u ging – om ons een beetje te sparen – niet in op het besluitmodel, dus ik ga nu kort iets over dat onderwerp zeggen.

Dat besluitmodel loopt al jaren tegen zijn grenzen aan. Het systeem piept en kraakt. Dat wil niet zeggen dat het besluitmodel niet geschikt is voor de kern van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming, maar wel dat er lang niet alles mee kan worden bereikt dat in een volwaardig bestuursrechtelijk rechtssysteem nodig en wenselijk is. Dat is niet echt een nieuwe opvatting. Zij valt al meer dan een decennium bij tijd en wijle te horen, maar er is tot nu toe betrekkelijk weinig gedaan om in deze situatie verbetering te brengen.

Ik heb het altijd jammer gevonden dat de figuren van de 'bestuursrechtelijke rechtsbetrekking' en het 'duale stelsel' nog steeds niet of nauwelijks de aandacht krijgen die zij verdienen. Dit ondanks de VAR-Commissie Rechtsbescherming die daar – onder leiding van de huidige voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, Polak – in het verleden over heeft geschreven en ondanks enige andere mooie publicaties die daarover het licht hebben gezien.

Ik was daarom aangenaam verrast toen de VAR ons benaderde om over dit onderwerp te preadviseren. Mijns inziens valt toe te juichen dat het VAR-bestuur het nadenken over de knelpunten van het besluitbegrip en de mogelijke verbeteringen daarvoor wél van belang acht en dat het bereid is om dit jaar de jaarvergadering daaraan te wijden. Ik hoop dan ook – ik zeg dat onverbloemd – dat de preadviezen van dit jaar ertoe bijdragen dat dit soort voorstellen hoger op de agenda wordt geplaatst. Daarbij denk ik primair aan de agenda van de wetgever.

De vraag is of de kwestie van het besluitbegrip urgent is. Het VAR-bestuur is die mening blijkbaar toegedaan en wij onderschrijven die. Uiteraard: anders hadden we hier nu niet zo gestaan.

Verheij daagt ons in zijn bespreking van ons preadvies in het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* (NTB) echter uit, de urgentie van onze voorstellen in meer *maatschappelijke* termen te beschrijven. Verheij en ik waren ooit wetgevingsjuristen en vanuit die positie zou de vraag zijn hoe we het parlement ervan kunnen overtuigen dat Nederland door deze voorstellen een beter land wordt. De samenstelling van onze vereniging – en zeker die van de aanwezige populatie in deze zaal – is evident een heel andere dan die van de Tweede Kamer, dus het lag voor Huisman en mij

minder voor de hand om ons in ons preadvies in dat soort termen uit te drukken. Dat neemt echter niet weg dat ik hier graag van de gelegenheid gebruikmaak.

Onze voorstellen zijn in de eerste plaats noodzakelijk voor het verbeteren van de effectiviteit en de efficiency van de rechtsbescherming tegen overheidsoptreden. Te veel procedures zijn nog versnipperd en verdeeld over twee soorten rechters. Er zijn nog te veel lacunes en een groot bezwaar is dat geschillen blijven steken in formele competentiekwesties in plaats van dat de rechter kan doorstoten naar datgene waar het de rechtzoekende echt om gaat. Het valt niet goed uit te leggen dat de bestuursrechter, wanneer hij met lege handen staat, voor wezenlijke onderdelen van een bestuursrechtelijk rechtsgeschil naar zijn civiele collega moet verwijzen. Het is gewoonweg niet effectief dat een procedure over in wezen één geschil in vele kleine partjes wordt opgeknipt en dat die partjes ook nog eens over verschillende rechters worden verdeeld. In de taal van de Tweede Kamer: dat is weggegooid geld. De situatie kan worden verbeterd door uit te gaan van één rechtsbetrekking en deze bij één soort rechter onder te brengen. Dat scheelt. Vanuit maatschappelijk oogpunt bezien, is het probleem dat gerechtelijke procedures *enorm veel tijd en energie vergen en dat deze tot hoge maatschappelijke kosten leiden*. Het is derhalve van belang om hierin verbetering aan te brengen.

Maar dat is niet het enige. Het gaat ons niet alleen om de kosten voor de samenleving. Er is een tweede punt, dat eveneens in meer maatschappelijke termen tot uitdrukking kan worden gebracht. Dat punt ziet op de *vertrouwensband* tussen overheid en burger. Veel van onze voorstellen hebben betrekking op communicatieve uitlatingen die verband houden met een echt Awb-besluit. Het gaat ons ook om het vertrouwen dat er tussen overheid en burger is of zou moeten zijn, alsmede om de rechterlijke beoordeling daarvan. Zeggen dat goede communicatie een van de belangrijkste zaken is om verhoudingen vorm te geven, is tegenwoordig vrijwel een open deur. Goede communicatie voorkomt ook geschillen. Mochten er onverhoopt toch geschillen ontstaan, dan is het belangrijk dat ook die communicatieve uitingen door de rechter beoordeeld kunnen worden. Ons pijnpunt is dat er in ons rechtssysteem veel communicatieve handelingen bij een andere rechter terechtkomen dan het object waarover de communicatie heeft plaatsgevonden.

Ik kan het ook anders zeggen: het bestuursrecht, ons vakgebied, heeft naar mijn indruk bij de buitenwacht een niet al te beste naam; het bestuursrecht geldt als stroperig en onnodig complicerend. Dat het bestuursrecht die slechte naam heeft, is naar mijn mening niet helemaal terecht, al zijn onderdelen zeker voor verbetering vatbaar. Aan die *zwakke reputatie* moet wel wat worden gedaan. Deels is dat heel goed mogelijk binnen het besluitmodel, maar deels dient dat *daarbuiten* te gebeuren. Over dat laatste gaat het vandaag en daarop zijn onze voorstellen dan ook gericht.

Huisman en ik hebben voor ons preadvies bewust een *historische* invalshoek gekozen, want wij willen laten zien dat veel van datgene wat wij voorstellen goed aansluit bij de huidige rechtsontwikkeling. Dat geldt in het bijzonder voor onze voorstellen met betrekking tot het concept van de '*bestuursrechtelijke rechtsbetrekking*', die voor sommigen niet ver genoeg zullen gaan en voor anderen juist te ver. We zullen dat vandaag ongetwijfeld merken. Die aansluiting bij het verleden is voor ons belangrijk. Het recht – dat geldt niet alleen voor het bestuursrecht – ontwikkelt zich tamelijk

geleidelijk, in relatief kleine stapjes ofwel, zoals men wel zegt, in een incrementeel proces. De kans van slagen van nieuwe voorzieningen is groter naarmate die meer in het verleden zijn geworteld en ze niet al te veel van het verleden aan de kant zetten.

Ons voorstel voor het uitbreiden van de bevoegdheid van de bestuursrechter met voorbereidings- en uitvoeringshandelingen die gerelateerd zijn aan een appellabel besluit, voldoet aan die eis van het geworteld zijn in het verleden en is een logische vervolgstap. Wij hebben dit voorstel neergelegd in onze derde stelling. Ook onze vierde stelling – inhoudend dat vanwege de samenhang met een appellabel besluit de bestuursrechter kennis dient te kunnen nemen van geschillen over publiekrechtelijke overeenkomsten – komt aan die eis van aansluiting bij de rechtsontwikkeling goed tegemoet.

Belangrijk daarbij is ten slotte dat wij ook hebben gekeken naar het materiële recht. Het kan wel, maar het is niet zo zinvol om ons te beperken tot de weg naar de rechter, zonder het *bestuur* ook handvatten te bieden. Om die reden hebben wij eveneens voorgesteld dat in de Awb een voorschrift wordt opgenomen dat een bestuursorgaan verplicht, op verzoek van een belanghebbende een oordeel te geven over diens rechtspositie ten opzichte van dat bestuursorgaan. Verder dient er naar onze mening een algemene regeling voor bevoegdhedenovereenkomsten in de Awb te komen. In een volwaardig bestuursrechtelijk rechtsstelsel zijn beide kanten – ik doel op de materiële voorschriften én de weg naar de rechter – van een met elkaar samenhangende betekenis en daarom van groot belang. Ik verheug me dan ook op een boeiend debat over beide aspecten.

Mr. G.A. van der Veen

Om te beginnen wil ik het zeer kort met u hebben over het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, dat zojuist al even werd genoemd. Wie een abonnement daarop heeft, kent de gewaardeerde kronieken van dat blad, waarvan er drie in niet onbelangrijke mate gewijd zijn aan de problematiek van vandaag, te weten de kwesties van de rechtsmachtverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter: de kronieken bestuurshandelingen, bestuurs- en privaatrecht en bestuursrechtelijke schadevergoeding. Als u een betaald abonnement hebt – ik denk dat, ondanks de digitalisering, nog steeds een aantal van u dat heeft – kunt u uitrekenen hoeveel euro's die rechtsmachtverdeling alleen u al kost zonder dat u enige procedure hebt gevoerd. En die euro's gaan niet op aan het materiële recht. Alleen al achter die kosten gaat de problematiek schuil van de rechtsmachtverdeling in de praktijk, en in mijn optiek maken partijen te vaak onnodig kosten door de verkeerde rechtsgang te volgen, ofwel op basis van een onjuiste rechtsmiddelenclausule of soms als gevolg van een advocaat die zekerheidshalve toch maar bestuursrechtelijk gaat procederen in de vrees dat anders ooit een risico van formele rechtskracht wordt tegengeworpen. Dat zijn ook weer niet alleen de kosten van de procederende partijen. Herinnert u zich nog dat een à twee jaar geleden de bestuursrechtelijke wereld te klein was toen het voorstel werd gedaan voor de kostendekkende griffierechten? Die kostendekkende griffierechten zijn er niet gekomen, wat inhoudt dat de griffierechten niet kostendekkend zijn en dat we dus allemaal nog steeds ook op die wijze meebetalen aan procedures van anderen die fout gaan, terwijl ze alleen op de formele kant van

de zaak zien. Dat is – de voorzitter sprak er al over – niet louter een gezelschapsspel, maar dat meebetalen is zonde van het geld en daarover wind ik mij dan inderdaad op.

De focus van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming op het besluitbegrip is een belangrijke oorzaak van deze problematiek. Het besluitbegrip loopt niet synchroon met de behoefte aan bestuursrechtelijke rechtsbescherming en slechts incidenteel – dat is dus in beperkte mate het geval – is die rechtsbescherming ook opengesteld voor andere zaken dan besluiten. Denkt u aan de kwestie van het niet tijdig beslissen. Belangrijke andere bestuurshandelingen, waarop ik nog terugkom, ontberen die bestuursrechtelijke rechtsbescherming, wat al jaren zo is. Het is vervelend om te constateren dat het probleem inderdaad al jaren bestaat, dus de preadviseurs vinden dat zeker de tijd is aangebroken om daaraan eens wat te doen en dat is dan ook de strekking van onze stukken.

Ik ben in mijn preadvies ingegaan op de bestuurshandelingen die naar mijn idee bestuursrechtelijke rechtsbescherming verdienen, alsmede op de vraag hoe ze die dienen te krijgen. Kortom, het gaat in mijn stuk om twee vragen, namelijk welke kwesties er bij de bestuursrechter dienen te worden ondergebracht, naast de besluiten die al in de Awb staan, en hoe wij dat gaan doen, dus op welke wijze de procedure ingekleed dient te worden en welke specifieke probleempunten wij daarbij zoal kunnen tegenkomen. De kwesties die bij de bestuursrechter ondergebracht dienen te worden, zijn allereerst enkele autonome handelingen, dus handelingen waarvoor geldt dat er niet direct een besluit in beeld is. Het is weliswaar mogelijk dat daarop ooit een besluit volgt, maar die handelingen zijn in ieder geval autonoom op het moment dat de wens van de rechtsbescherming opkomt. Dat zijn bijvoorbeeld de *evergreens* van de bestuurlijke waarschuwing en het bestuurlijke rechtsoordeel. De term '*evergreen*' is dan eigenlijk wel wat te flatteus, want het gaat om een problematiek die al vele decennia bekend is en u hebt gezien dat het iedere keer weer lastig is om een waarschuwing al dan niet als een besluit te kwalificeren. Steeds loopt dat kwalificeren toch weer niet zoals het zou moeten lopen.

Naast de door mij genoemde autonome handelingen, zijn er diverse handelingen die aan een besluit vooraf kunnen gaan, zoals voorbereidingshandelingen, het onjuist publiceren van een besluit achteraf en, enigszins aan de rand van mijn preadvies, de subsidie-uitvoeringsovereenkomst die ziet op het nader vormgeven, concretiseren, van een subsidieverhouding. Dat soort zaken, dat stuk voor stuk dicht tegen een besluit aan ligt, valt toch buiten de rechtsmacht van de bestuursrechter, wat ertoe leidt dat bij de bestuursrechter geen gehoor kan worden gevonden op vragen van rechtsbescherming. We zouden kunnen zeggen dat dit nu eenmaal zo is, dat men maar verstandiger had moeten zijn en direct naar de civiele rechter had moeten gaan, maar u ziet dat bij tijd en wijle de problematiek van discrepanties ontstaat. Denk daarbij aan de jurisprudentie omtrent de formele rechtskracht van de zogenoemde onzuivere voorbereidingshandelingen en de handelingen die na een besluit wellicht nog plaatsvinden maar die volgens de civiele rechter onder de reikwijdte van het besluit vallen, terwijl de bestuursrechter vindt dat ze niet onder de reikwijdte van het besluit vallen. Samengevat komt het erop neer dat je, zeker in het laatste geval, in wezen geen rechtsbescherming hebt, terwijl dat wel wenselijk is.

Het is natuurlijk niet zo dat er nooit andere zaken dan besluiten bij de bestuursrechter aan de orde kunnen komen. Ik geef de Wet nadeelcompensatie

en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten als voorbeeld, waar een schadekwestie – dus niet per se een besluit, maar een schadeveroorzaking – onder de rechtsmacht is gebracht. Zoals ik in mijn preadvies heb aangegeven, kunnen echter helaas nog niet alle relevante schadekwesties bij de bestuursrechter aan de orde komen. Wel is prettig dat de wet afscheid neemt van het aanvankelijk zo bejubelde maar uiteindelijk nogal ongelukkig gebleken zuiver schadebesluit, waaraan de voorzitter in zijn openingsrede al refereerde. Ik geloof dat, in die vijftien jaar van zuiver schadebesluit, het aanvankelijke gejuich daarover toch tot een gigantisch boegeroep is geworden.

De tweede vraag is – ik herhaal de opbouw – hoe de nieuwe kwesties dan aan de bestuursrechter moeten worden voorgelegd. Wie immers andere zaken dan besluiten aan de bestuursrechter wil voorleggen, moet natuurlijk kijken naar het procesrecht en zal zien dat het huidige procesrecht niet precies op alle punten geschikt is. Het huidige procesrecht – dat bleek zojuist ook even – is uiteraard gericht op de vernietiging van besluiten, werkt daar zeer behoorlijk en biedt ook ruimte voor nieuwe inzichten, zoals de finale geschilbeslechting. Het gaat dan echter wel over de finale geschilbeslechting bij een besluit: een kwestie over een besluit wordt finaal beslecht. Dat wil niet zeggen dat de andere aspecten datzelfde plezierige lot hebben. Nee, dat hebben ze niet en daar zit het probleem, waardoor ik in mijn preadvies aandacht heb besteed aan de mogelijkheden voor het bestuursrechtelijk berechten van geschillen die niet over besluiten gaan, namelijk zaken die ik al noemde: waarschuwing, rechtsoordeel en dergelijke. Voor de procedurele kant van het geheel heb ik inspiratie gezocht in de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten, alsmede in het burgerlijk procesrecht. Uit de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten halen wij de verzoekschriftenprocedure die in ieder geval aan de begin- en de eindkant een stuk van een nieuwe procedure introduceert en dat is uiteraard een mooie aanloop naar het vervolg. Omdat die procedure van het bestuursrechtelijk verzoekschrift nog in de kinderschoenen staat, heb ik in mijn preadvies – dat gaf ik al aan – ook aandacht besteed aan het civiele recht, de burgerlijkrechtelijke verzoekschriftprocedure die benut kan worden in een aantal gevallen dat de wet specifiek aanduidt. Die procedure leidt voor de specifieke gevallen die er zijn, tot specifieke uitspraken en daarbij zien we, wat ook aardig is, dat het civiele recht eveneens aan vernieuwing doet; het burgerlijk procesrecht kent sinds een paar jaar de zogenoemde deelgeschillenprocedure, een korte procedure van slechts een paar maanden waarin betrokkenen precies dat kleine onderdeel van hun meningsverschil – dat waarover echt een groot geschil bestaat – berecht kunnen krijgen, zonder dat zij genoodzaakt zijn om een veel langere uitgebreide procedure te volgen als zij dat niet willen. Dat is interessant en daar halen we in ieder geval uit dat het wenselijk zou kunnen zijn om per kwestie te bezien in hoeverre een complete procedure gevoerd moet worden of bijvoorbeeld een korte spoedprocedure.

Ik kom in mijn preadvies tot de bevinding dat het verstandig zou zijn om het bestuursprocesrecht aan te vullen met twee dingen, namelijk met voorzieningen voor zelfstandige verzoeken in zaken die nu nog niet bij de bestuursrechter aan de orde kunnen worden gesteld en met mogelijkheden om dat soort zaken meteen in een beroepsprocedure bij de rechter onder te brengen wanneer er ook een procedure tegen een besluit loopt. Het spreekt voor zich dat invoering van dat soort nieuwe

voorzieningen nieuwe vragen oproept, waarvan ik er, mede gelet op de tijd, een aantal zal noemen. Ik ga ervan uit dat wij het daarover vandaag kunnen hebben.

De eerste vraag is of verzoekers voor ieder probleem dat ze hebben omtrent de uitleg van het recht, direct bij de bestuursrechter terecht zouden moeten kunnen, of dat ze van het bestuur eerst een duidelijk standpunt moeten hebben ontvangen. Naar mijn idee is het tweede het geval, omdat het bestuursrecht anders wel zeer laagdrempelig wordt en het dan de vraag wordt of de bestuursrechter überhaupt nog ruimte heeft voor het berechten van de inhoudelijke zaken.

De tweede vraag is hoe voorzieningen dan in een procedure moeten worden gegoten, spoedprocedure, bodemprocedure of allebei, lees: met behoud van connexiteit. Ik denk dat het connexiteitsvereiste zoals we dat in het algemeen in het bestuursprocesrecht kennen, zeker niet heilig is en dat het in een aantal gevallen bepaald gemist kan worden. Met name waar het gaat om een spoedig eerste oordeel van de bestuursrechter, lijkt het mij niet zonder meer noodzakelijk dat partijen iedere keer ook een bodemprocedure voeren.

De derde en laatste vraag is in hoeverre de bestuursrechter bevoegd zou zijn om op exclusieve basis, dus als enige, te oordelen over zaken die samenhangen met een besluit: uitvoeringshandelingen, voorbereidingshandelingen, inlichtingen en dergelijke. Uit de preadviezen blijkt dat de preadviseurs daarover een verschillende mening hebben. Ik heb er uiteindelijk voor gekozen om de veilige, behoudende weg van de geleidelijke vooruitgang te propageren, in die zin dat we naar mijn idee maar moeten zien in hoeverre de bestuursrechter daarmee daadwerkelijk succesvol kan opereren voordat wij ervoor kiezen om dat onderdeel van het recht, dat dan waarschijnlijk uiteindelijk bestuursrecht geworden is, bij de civiele rechter weg te halen. Ik zeg dat mede gelet op de ervaring met het meermaals genoemde zuiver schadebesluit, waar we bepaald niet hebben gezien dat de vondst van de bestuursrechter de inzet van de civiele rechter overbodig maakte. Voor een verdere bespreking van datgene wat ik net gezegd heb, verwijs ik naar mijn preadvies en het zou uiteraard zeer mooi zijn als we vandaag inhoudelijk over een en ander verder konden spreken.

Mr. K.J. de Graaf

Het onderwerp van de preadviezen van dit jaar is ‘een zoektocht naar de grenzen en de alternatieven voor het besluitbegrip als enig dragend concept voor de bestuursrechtspraak’, waarbij ook een blik past over de landsgrenzen heen. Die gedachte heeft het VAR-bestuur ertoe bewogen mij te verzoeken om over dit onderwerp een rechtsvergelijkende studie te verrichten, welk verzoek ik heb opgevat als een grote eer en daarna ook enigszins als een zware last, maar het laatste laat ik nu in het midden.

Het besluitbegrip blijkt niet voor alle geschillen een adequaat vehikel te zijn om geschillen zo effectief en efficiënt mogelijk finaal te beslechten, ook niet voor de geschillen waarover de bestuursrechter op dit moment al kan oordelen. Gemist worden – dat is ook al jaren bekend – zelfstandige procedures die tot doel hebben dat de bestuursrechter een declaratoire uitspraak kan doen, of dat hij een gebod of een verbod uitspreekt dat niet ziet op het nemen of op het vernietigen van een besluit. Mijn preadvies richt zich daarom op de vraag of het Duitse en het Franse bestuursprocesrecht voor het Nederlandse bestuursrecht als voorbeelden kunnen

dienen, met name als het gaat over het toegangskaartje voor de bestuursrechtelijke procedure, de aard van die procedure en de uitspraakbevoegdheden die door de wetgever aan de bestuursrechter zijn toegekend voor die geschillen waar de inzet van de bestuursrechtelijke procedure niet het vernietigen van een besluit is. De vraag is kortom of Duitsland en Frankrijk procedures kennen die het klassieke besluitbegrip niet centraal stellen en zo ja, hoe die procedures zijn vormgegeven. Wie een en ander genuanceerd wil bekijken, moet uiteraard naar het preadvies worden verwezen; hier voer ik de vergadering langs mijn voornaamste bevindingen.

Ook in Frankrijk en Duitsland – dat moet gezegd worden – is de voornaamste categorie van procedures voor de bestuursrechter die van het beroep tegen een eenzijdige bestuursrechtelijke rechtshandeling. Die procedure kan leiden tot vernietiging. Ook als de bestuursrechtspraak breder is dan het beroep tegen een eenzijdig besluit, zoals in Frankrijk en Duitsland, is en blijft een zeer belangrijke rol weggelegd voor de procedure waarin een rechter een besluit van het bestuur kan vernietigen; dat moeten we in Nederland vooral niet vergeten. Er is naar mijn oordeel voor het verbeteren van het klassieke Nederlandse vernietigingsberoep in het Franse en het Duitse stelsel nauwelijks inspiratie te vinden. In de Franse literatuur wordt frequent gewezen op een, in het licht van de wens om te komen tot finale geschilbeslechting, interessante ontwikkeling. Het Franse recht kent onder meer enerzijds het klassieke vernietigingsberoep, het *recours pour excès de pouvoir*, en anderzijds het volle rechtsmachtsberoep, *recours de pleine jurisdiction*, waarin de bestuursrechter bevoegdheden heeft die lijken op die van de civiele rechter en hij – kort gezegd – zelf in de zaak kan voorzien. Die in de Franse literatuur gesignaleerde interessante ontwikkeling zou er wellicht toe kunnen leiden dat deze twee procedures samensmelten tot één uniforme procedure. Wat wil nu echter het geval? Die uniforme procedure hebben wij al, evenals de bijpassende uitspraakbevoegdheden. Kortom, daarvoor hoeven we niet naar het Zuiden af te reizen.

Het Franse bestuursprocesrecht kent daarnaast het *recours de l'interprétation* waarin de bestuursrechter wordt gevraagd om een handeling van het bestuur te interpreteren in het licht van het geldende recht met een declaratoire uitspraak tot gevolg. Anders dan het beroep tegen een bestuurlijk rechtsoordeel in Nederland, is de Franse procedure in de wet erkend en in de jurisprudentie wordt een dergelijke procedure onder strikte voorwaarden – die overigens vergelijkbaar zijn met de Nederlandse voorwaarden voor het instellen van een beroep tegen een bestuurlijk rechtsoordeel – als geoorloofd beschouwd. In de Franse literatuur wordt wel als gewenst gezien dat deze procedure zich ontwikkelt tot een op de Duitse *Feststellungsklage* gelijkende, meer zelfstandige, procedure die leidt tot een declaratoire uitspraak over de rechtsbetrekking tussen bestuur en burger. Kortom, op dit punt kijkt men in Frankrijk naar Duitsland als het gaat om het mogelijke toekomstbeeld. Waarom zouden wij dan nog naar Frankrijk kijken? Een principieel uitgangspunt voor de Franse bestuursrechter is bovendien, hoewel dat tanende is, dat het niet aan hem is om het bestuur iets te ge- of verbieden, tenzij de wetgever hem die bevoegdheid expliciet toekent. Het Franse bestuursprocesrecht kent daarom geen zelfstandige bestuursrechtelijke procedure waarin de bestuursrechter kan worden gevraagd, het bestuur te verplichten zich op een bepaalde wijze te gedragen. Deze overwegingen hebben mij gebracht tot mijn eerste stelling, namelijk dat bij de verdere ontwikkeling van het Nederlandse bestuursprocesrecht de wetgever het Franse

recht links moet laten liggen en het Duitse bestuursprocesrecht als inspiratiebron moet nemen.

In Duitsland is een declaratoire uitspraak mogelijk in de zogenoemde *Feststellungsklage* die in één wettelijke bepaling is geregeld, in de *Verwaltungsgerichtsordnung*. Zie ook mijn stelling 4. De Duitse bestuursrechter kan ook een ge- of verbod uitspreken in respectievelijk de *allgemeine Leistungsklage* en de *Unterlassungsklage*. Zie daarover mijn stelling 2. Voor beide soorten procedures, dus zowel voor de *Feststellungsklage* als voor de *allgemeine Leistungsklage*, geldt dat zij subsidiair zijn of worden geacht aan de bestuursrechtelijke procedures die verband houden met een *Verwaltungsakt*, ofwel een besluit. De procedures komen dus slechts in beeld indien de laatstgenoemde, gebruikelijke procedures geen uitkomst kunnen bieden. Ten aanzien van de *Feststellungsklage* – die leidt tot een declaratoire uitspraak – geldt bovendien als bijkomende voorwaarde voor de ontvankelijkheid dat er een gerechtvaardigd belang bestaat bij een spoedige vaststelling van de rechtsbetrekking en dat ook de *allgemeine Leistungsklage* geen uitkomst kan bieden in dat geschil. Kortom, er is in Duitsland als laatste redmiddel van de rechtszoekende de mogelijkheid om van de bestuursrechter een declaratoire uitspraak te vragen.

Dit alles staat genuanceerder in het preadvies. Gelet op de analyse van het Nederlandse bestuursprocesrecht en mijn verworven inzichten ter zake van het Duitse bestuursprocesrecht, is mijn conclusie in ieder geval dat er behoefte bestaat aan een Nederlandse variant van de Duitse *allgemeine Leistungsklage*, waarin vooral rechtstreeks aan het besluit gerelateerde feitelijke handelingen voorwerp van geschil zouden moeten kunnen zijn. Een verzoekschriftprocedure lijkt dan niet alleen passend voor de verplichting om schadevergoeding toe te kennen maar ook voor de verplichting om een besluit te nemen op een aanvraag en/of om een besluit bekend te maken, ongeacht of verlening van rechtswege heeft plaatsgevonden, en wellicht zelfs voor het daadwerkelijk, feitelijk toepassen van bestuursdwang. We hebben net al van de andere preadviseurs gehoord voor welke andere handelingen een dergelijke procedure geschikt is, namelijk voor de ongevraagde adviezen, de waarschuwingen, de inlichtingen en de voorbereidings- en uitvoeringshandelingen rondom dat besluitbegrip. Daarnaast heeft de Nederlandse praktijk uitgewezen dat er behoefte bestaat aan een Nederlandse variant van de Duitse *Feststellungsklage*: de mogelijkheid om onder strenge voorwaarden van de bestuursrechter een declaratoir te krijgen, verdient simpelweg wettelijke erkenning, maar bedacht moet worden dat ook de strenge voorwaarden voor de ontvankelijkheid in een dergelijke procedure gerechtvaardigd zijn, zodat deze mede codificatie behoeven.

In het concluderende vierde deel van mijn preadvies zijn al deze conclusies terug te vinden. Een en ander bracht mij tot mijn stelling 8, die treffend duidelijk maakt wat in mijn preadvies is betoogd, namelijk dat er naast het beroep tegen een besluit behoefte is aan andersoortige procedures en dat het Duitse bestuursprocesrecht Nederland daarbij tot voorbeeld moet strekken. Ik geef eerlijk toe dat die stelling 8 daarmee ietwat uit de hand is gelopen, maar wil ook graag kwijt dat ik daaraan erg veel plezier heb beleefd!

Interventies, met reacties van de preadviseurs (ochtendgedeelte)

Voorzitter: We beginnen met de inhoudelijke discussie over de preadviezen. Aangezien velen zich hebben gemeld om te interveniëren, verzoek ik de interveniënten hun betoog telkens te beginnen met het formuleren van de vraag. De spreektijd is beperkt; voor zover nodig zal ik daarop wijzen.

Mr. J.E.M. Polak

Laat ik vooropstellen dat ik hier sta als het VAR-lid Polak, want u begrijpt dat het niet de bedoeling is dat ik over een onderwerp als dat van vandaag iets zeg als voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Ik had vorige week de eer om met twee van de preadviseurs, te weten Frank van Ommeren en Pim Huisman, over hun preadvies te spreken, en toen heb ik al gezegd dat ik uiteraard op persoonlijke titel zal spreken.

Ik begrijp dat ik nu al zondig tegen de regel van de voorzitter die inhoudt dat moet worden begonnen met het stellen van een vraag, maar misschien mag ik als eerste interveniënt zowel het bestuur als de oud-voorzitter complimenteren met het fraaie onderwerp en de heel fraaie preadviezen die we vandaag bespreken. Het is namelijk een onderwerp dat de bestuursrechtelijke wereld al lange tijd bezighoudt en over dit onderwerp kan niet worden gezegd dat het alleen over effectiviteit gaat, al sprak Van Ommeren zo-even terecht over het belang ervan voor de effectiviteit. Een paar jaar geleden hield de Leidse Studievereniging 'Res Publica', die tachtig jaar bestond, een middagbijeenkomst waarin Jit Peters sprak over het onderwerp 'tachtig jaar staatsrecht' en ik iets mocht zeggen over 'tachtig jaar bestuursrecht'. Hij begon te zeggen – daarmee introduceerde hij zijn onderwerp – dat het bij het bestuursrecht wel weer over effectiviteit zou gaan en dat het staatsrecht gaat over beginselen.

Vandaag zien wij met name in het preadvies van Van Ommeren en Huisman dat het in het bestuursrecht ook wel degelijk gaat over de dogmatiek. Deze preadviseurs hebben dat punt op een buitengewoon fraaie wijze uitgewerkt. Ik ben ook positief over de preadviezen van Van der Veen en De Graaf. Het was aanvankelijk de bedoeling dat Nico Verheij als eerste het woord zou voeren, maar hij is door de griep geveld en ik denk dat de preadviseurs, wetende dat ik nog milder van karakter ben dan hij, blij zullen zijn dat ik hier in zijn plaats sta. Hieruit blijkt ook weer dat ik hier niet als voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State spreek, maar dat ik mijn mening uit. Ik verwijs naar de VAR-preadviezen over vrije meningsuiting voor ambtenaren van o.a. Olde Kalter van ongeveer 25 jaar geleden: ook wij ambtenaren mogen zo nu en dan een mening hebben als privépersoon.

Van der Veen is zojuist ingegaan op praktische consequenties, waarbij hij een aantal belangwekkende voorstellen heeft gedaan, terwijl De Graaf heeft aangegeven wat wij, als we inderdaad willen overgaan tot een verruiming van de ingang bij de bestuursrechter, kunnen leren van, naar ik begrijp, met name Duitsland; hij heeft namelijk kort uiteengezet dat we van Frankrijk eigenlijk niets kunnen leren!

Ik richt mij vooral op het preadvies van Van Ommeren en Huisman, al raakt de thematiek naar mijn idee ook aan de preadviezen van de andere preadviseurs, en leg de vraag voor wat het voorstel om tot een verruimde ingang bij de bestuursrechter te komen, met name in geval van verzoekschriftprocedures, betekent voor ons stelsel van bestuursprocesrecht. Met name Van der Veen is daarop ingegaan. Van Ommeren en Huisman zeggen er ook wel van alles over, maar zij tekenen daar steeds bij aan dat zij zich er eigenlijk niet op richten en dat zij het vooral hebben over het dogmatisch model. Zij doen wel suggesties en hebben veel denkkracht in hun beschouwingen gestoken, en daarom ben ik nieuwsgierig naar de betekenis van het zojuist genoemde voorstel voor een aantal thema's. Ik zeg eerlijk dat ook de VAR-Commissie Rechtsbescherming daar, als ik de stukken nu teruglees, niet helemaal uit is gekomen. Het lijkt mij dan ook goed om nu, negen jaar later, die vraag nog eens voor te leggen, in lijn met die van Nico Verheij, namelijk de vraag wat we met de preadviezen voor de praktijk zijn nu eigenlijk opgeschoten.

Ik noem graag drie punten, al zijn er ongetwijfeld meer, die naar mijn gevoel de aandacht verdienen. Het eerste punt is dat we nog steeds – de voorzitter heeft daarover zelf gesproken – een systeem hebben dat uitgaat van niet-verplichte rechtsbijstand, wat naar mijn idee voor het bestuursrecht nog steeds een goed uitgangspunt is. Ik ben het ermee eens dat het bestuursprocesrecht ingewikkeld is geworden en dat we echt ons best moeten doen om het niet al te ingewikkeld te maken, maar daarom heb ik juist ten aanzien van de verzoekschriftprocedure nog wel enige zorg. Het besluitprocesrecht heeft namelijk hét grote voordeel dat voor de burger heel duidelijk is waar het proces over gaat en dat het voor hem in zekere zin gemakkelijk wordt gemaakt om zijn bezwaren tegen het besluit te formuleren. Dat is in het geval van een verzoekschrift echt aanzienlijk moeilijker. Wie in deze praktijk werkzaam is, weet dat het ingewikkelder is om een dagvaarding te maken of een verzoekschrift in een civiel proces – daarvoor geldt niet voor niets dat rechtsbijstand verplicht is – dan een bezwaar- of beroepschrift te maken tegen een besluit. De vraag is dus of de toegankelijkheid – daarover valt heel veel meer te zeggen – met de verzoekschriftprocedures wel gediend is.

Welke consequenties heeft – Van der Veen heeft daarover naar mijn idee wel wat gezegd – het nieuwe systeem, namelijk dat van de aanvulling met de verzoekschriftprocedures, voor een basaal beginsel van ons bestuursprocesrecht: het uitgangspunt van de aanwezigheid van *voorprocedures* in de vorm van zienswijzeprocedures of in de vorm van bezwaarprocedures? Komt dat uitgangspunt door de mogelijkheid van een verzoekschriftprocedure niet in het gedrang? Vanochtend werd ook weer gezegd dat de gang naar de rechter een soort van *ultimum remedium* moet zijn. Daarover moet naar mijn idee in ieder geval nader worden nagedacht.

Mijn volgende vraag in dat verband is of er iets meer gezegd kan worden dan datgene wat in de preadviezen staat over het risico van stapeling van procedures in een situatie waarin je over alle onderdelen van de rechtsbetrekking 'los' naar de rechter zou kunnen gaan. Ik probeer dit aspect aan de hand van een korte casus aan

de vergadering voor te leggen, in aansluiting op de voorstellen van Van Ommeren en Huisman. Stel dat wij van doen hebben met een gevraagde vergunning voor een horecaondernemer. De wethouder zegt op een vrijdagavond in keiharde bewoordingen de aspirant-horecaondernemer in een dorpskroeg toe dat de vergunning voor de horecaonderneming zal worden verstrekt. Hij maakt duidelijk dat hij over het onderwerp met de burgemeester heeft gesproken en mailt er bovendien nog iets over waaruit blijkt dat hij namens burgemeester en wethouders min of meer een toezegging doet. De horecaondernemer huurt een aannemer in – u kunt het zich allemaal voorstellen – en uiteindelijk blijkt dat hij vanwege bezwaren van omwonenden de vergunning niet krijgt; het is namelijk niet altijd leuk om naast een horecaonderneming te wonen. In het systeem van Van Ommeren en Huisman en wellicht ook in dat van de andere preadviseurs, kan er dan natuurlijk tegen dat besluit geprocedeerd worden, maar zou wellicht tevens een verzoekschriftprocedure over de toezegging van burgemeester en wethouders mogelijk zijn, ook nog, als ik de preadviseurs goed begrijp, vijf jaar na het besluit. Kan er dan ook nog nakoming van de toezegging worden gevraagd, terwijl het besluit bijvoorbeeld onherroepelijk is geworden? Dat zou wel heel ingewikkeld worden, want er ligt dan een besluit tot weigering. Dat soort vragen speelt een rol. Ik denk dat, als je werkt met een systeem met een besluitmodel, je toch niet helemaal van die onherroepelijkheid af kunt. Misschien is het wel denkbaar dat met het oog op de toezegging nog vijf jaar schadevorderingen worden ingediend, maar over andere vorderingen die in alle gulheid worden voorgesteld, zoals nakoming, declaratoir enzovoort, heb ik in die zin aarzelingen dat ik mij afvraag of indiening na zo'n besluit nog vijf jaar mogelijk moet zijn. Kortom, er leeft een aantal vragen dat te maken heeft met de vraag of er niet nader moet worden nagedacht over de betekenis van de gedane voorstellen voor het bestuursprocesrecht.

Ik heb – laat ik dat voorop stellen – overigens voor de gedachte van invoering van een verzoekschriftprocedure veel sympathie, iets wat blijkt uit het rapport van negen jaar geleden en wat ook te maken heeft met het feit dat je in mijn ervaring als rechter *soms* in zaken echt het gevoel hebt dat je niet goed recht kunt doen als gevolg van de beperkingen van het model. Soms kun je de gevoelens van zo'n boze horecaondernemer begrijpen en heb je het gevoel dat hij ten minste in diezelfde procedure de gemaakte kosten terug zou moeten krijgen indien de gedane toezegging echt keihard is geweest. Wij kunnen als rechters, indien de bezwaren van omwonenden inzake geluidsoverlast te groot zijn, niet bepalen dat zo'n horecaondernemer de vergunning moet krijgen. Naar dat systeem zouden we echt niet toe moeten gaan. Er doet zich echter wel een onrechtvaardigheid voor, dus ik vind dat er wat dat betreft zeker sprake is van een *sense of urgency* om het Nederlandse systeem van het bestuursrecht te verbeteren.

Mr. F.J. van Ommeren

Ik zal namens ons beiden de aftrap doen. Ik denk dat de vragen ook aan de andere preadviseurs zijn gericht. Dat zeg ik omdat – Polak refereerde eraan – we natuurlijk een taakverdeling hebben gemaakt. Hij heeft er gelijk in dat Huisman en ik hier met name voor een op de dogmatiek gebaseerde toekomstvisie zitten, maar dat neemt niet weg dat wij ook graag iets concreters willen zeggen over de rechtsbescherming,

zoals wij overigens ook gedaan hebben in ons voorlaatste hoofdstuk. Die procesrechtkant hebben wij niet helemaal uitgewerkt, dus het is goed dat we daarover verder kunnen discussiëren en het is prettig om ook de andere preadviseurs daarbij te kunnen betrekken.

Ik begin met te constateren dat Polak onverkort vasthoudt aan de uitkomsten in 'zijn' rapport – ik noem het toch maar even zo – van negen jaar geleden. Dat lijkt mij op zichzelf al een belangrijke constatering, want ik vind het zelf nog steeds een heel waardevol rapport. Ik zeg dat niet alleen omdat ik eraan mocht meewerken, maar ook omdat ik echt achter de inhoud ervan sta. Onze ambitie is de inhoud van dat rapport hier een beetje verder te willen brengen, met name op twee punten waarover hij nauwelijks doorvroeg:

- het overeenkomstenrecht (dat in dat rapport vrijwel niet aan de orde komt);
- het besluitgerelateerde feitelijk handelen, waarbij de toezeggingscasus van Polak een illustratie kan vormen.

Polak splitst een en ander op in drie deelvragen. Ik zal alleen iets zeggen in antwoord op de eerste vraag. Huisman zal de beantwoording van de twee andere vragen voor zijn rekening nemen.

De eerste deelvraag had betrekking op de verzoekschriftprocedure. Heel ruw samengevat luidt die vraag: hoe zit het met elementen als dat van de verplichte procesvertegenwoordiging? Ik geef een beetje een genuanceerd antwoord, aan de hand van twee gedachten mijnerzijds. De eerste gedachte is dat er nogal wat afhangt van het deelgebied van het bestuursrecht waarover je het hebt. We praten hier gemakshalve over algemeen bestuursrecht en scheren zodoende allerlei deelterreinen over een kam. Het is bijna niet mogelijk om onze beschouwingen over het algemene bestuursrecht voor al die deelterreinen op te splitsen, maar juist als het verplichte procesvertegenwoordiging betreft, ben ik geneigd om te zeggen dat het nogal wat uitmaakt of je in de sfeer van de sociale zekerheid zit of dat het gaat over het recht van de fysieke leefomgeving, vreemdelingenrecht enzovoort. Ik vind het dan ook heel moeilijk om daarover een algemene uitspraak te doen.

Mijn tweede opmerking staat hiermee een beetje op gespannen voet. Ik moet die twee dingen met elkaar combineren en zal dan toch eerst iets algemeens zeggen, al is het maar om wat meer recht te doen aan de vraag van Polak, tegen de achtergrond van mijn eerdere relativering. Als het over het gewone op besluiten gebaseerde procesrecht gaat, en iemand naar mij toekomt met de vraag wat hij moet doen nu hij een bepaalde procedure moet voeren, zeg ik eerst dat hij een goede advocaat of een andere goede rechtsbijstandsverlener moet zoeken, al is dat niet verplicht. Ik raad dat zo iemand gewoon aan, omdat het bestuursrecht veel en veel te ingewikkeld is geworden. Vanmorgen gaf de voorzitter al in heel andere termen aan waardoor die problematiek wordt veroorzaakt. Hij sprak over gelijkheidscompensatie en over de cultuur van de goede toegang, en hij gaf aan dat de attitude van de rechter in de afgelopen decennia enorm veranderd is. We hebben weliswaar geen procesvertegenwoordiging die verplicht is, maar ik zeg altijd dat je er maar beter wél gebruik van kunt maken. De vervolgvraag is of dit anders ligt als wordt overgegaan van het besluitmodel naar de verzoekschriftprocedure. U voelt mijn antwoord al aankomen: nee, helemaal niet, want daardoor wordt het procederen naar mijn idee nog ingewikkelder. Tegen de rechter zeggen dat je het er niet mee eens bent en dat het

besluit vernietigd moet worden, is één ding. Een heel precieze vordering formuleren, is een ander ding. Ik zie dat iemand die geen jurist is nog niet doen, want dat is veel te veel gevraagd. Juristerij is niet voor niets een vak op zichzelf. Dat is mijn algemene antwoord op de vraag van Polak over de verplichte procesvertegenwoordiging.

Nu moet ik die twee werelden bij elkaar brengen. Ik vind dat het invoeren van een verzoekschriftprocedure *in principe* een goed vertrekpunt vormt, maar ik besef dat er een aantal deelgebieden in het bestuursrecht is waarvoor geldt dat die procedure misschien toch een beetje ingewikkeld is. Om te kunnen bepalen waar verplichte procesvertegenwoordiging wel kan en waar niet, is verdere studie vereist waarin gedifferentieerd wordt naar deelgebied. Het zou dan ook goed zijn met deze procedure op verschillende deelterreinen te kunnen proefdraaien.

Mr. P.J. Huisman

De tweede deelvraag luidt wat de consequenties zijn van een verzoekschriftprocedure in relatie tot de huidige verplichte voorprocedures in het besluitmodel en de daartegen gerichte rechtsbescherming. Eerlijk gezegd denk ik niet dat het goed zou zijn als burgers meteen met een verzoekschrift naar de rechter zouden kunnen gaan. Naar mijn idee zou er wel een soort tussenstap ingebouwd moeten worden, bijvoorbeeld een ingebrekestelling. Zoals bijvoorbeeld het huidige artikel 6:12 lid 2 Awb ook kent. Wanneer er sprake is van het niet tijdig beslissen door het bestuur, kan men rechtstreeks beroep instellen bij de rechter, maar dan moet het bestuur wel eerst in gebreke zijn gesteld. Een ander voorbeeld is te vinden in het nieuwe artikel 8:90 lid 2 Awb ten aanzien van de schadeverzoekschriftprocedures, waarvoor geldt dat het bestuur eerst wordt gevraagd hoe het aankijkt tegen het schadeverzoek. Dat zijn in ieder geval instrumenten om verzoeken eerst in een soort laagdrempelige voorfase met het bestuur te behandelen en een en ander op die wijze af te doen.

De derde deelvraag heeft betrekking op het risico van stapeling met het voorbeeld van de horecaondernemer. Ik vind dat een goed en fijn voorbeeld om te illustreren dat onze voorstellen ook uit praktisch oogpunt van groot nut zijn en dat ze een *sense of urgency* hebben. In het gegeven voorbeeld is er vertrouwen gewekt. Als ik goed heb geluisterd, was er sprake van gerechtvaardigd vertrouwen dat in principe voor honorering in aanmerking komt. Het aspect van de gerechtvaardigde verwachtingen is een van de aspecten die bij toetsing aan het vertrouwensbeginsel meespeelt. Daarnaast spelen de belangen van derden een rol. Het kan ertoe leiden dat in een concrete situatie – dat is ook het geval in de casus – derden-belanghebbenden ervoor zorgen dat een bepaald besluit niet genomen kan worden. In de casus is er dan sprake van pech voor de horecaondernemer aan wie de vergunning is toegezegd en in het huidige systeem is er eigenlijk voor iedereen sprake van pech. De gang van zaken is frustrerend voor de rechter: misschien wil hij wel iets zeggen over de vraag of een schadevergoeding in zo'n soort situatie moet worden toegekend, maar hij kan dat niet doen omdat hij gebonden is aan de toetsing van het besluit. Verder kan de gang van zaken frustrerend zijn voor de burger, want de procedure houdt op bij de bestuursrechter en er moet dus een gang naar de burgerlijke rechter worden gemaakt, waarvoor in ieder geval wél verplichte procesvertegenwoordiging geldt. Bovendien is de gang van zaken frustrerend voor het bestuur, namelijk in die zin dat er altijd nog, op enig moment, een procedure bij de burgerlijke rechter kan volgen.

Dat geldt voor overheidstoezeggingen, maar dat geldt in het bijzonder voor bevoegdhedenovereenkomsten. Zie het arrest inzake Etam/Zoetermeer, HR 8 juli 2011, AB 2011, 298. Daar wijst de Hoge Raad erop dat de toetsing aan het vertrouwensbeginsel door de bestuursrechter beperkt is en dat daarbij eigenlijk alleen de vraag aan de orde is of er een bepaald besluit moet worden genomen. Dat besluit kan rechtmatig zijn, de overeenkomst kan niet gehonoreerd worden en dan moet betrokkene voor een wanprestatievordering, schadevergoeding op grond van wanprestatie, naar de burgerlijke rechter. Het splitsen van die twee kwesties over verschillende rechters leidt tot onnodig veel kosten.

De vraag is hoe het dan zit met de relatie besluit en verzoekschriftprocedure. Nakoming bestaat eigenlijk uit het vragen van een bepaald besluit en dat verandert niet wezenlijk in het door ons voorgestelde model. Daarvoor gelden gewoon de procedures en de termijnen die daarvoor reeds bestaan. Wij willen wel graag dat er een afzonderlijke verzoekschriftprocedure komt voor schadevergoeding, ruimer dan die op grond van de huidige Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten zodat alle typen schadevergoeding aan de bestuursrechter kunnen worden voorgelegd voor zover zij gelieerd zijn aan een appellabel besluit. Als ik de woorden van Polak goed beluisterd heb, komt dat overeen met zijn zienswijze en zijn wens.

Dat is mijn antwoord op de derde deelvraag.

Mr. G.A. van der Veen

Ik dank Polak voor zijn complimenten; het is natuurlijk heel leuk om die te horen. Een van zijn vragen is hoe het voorstel zich vertaalt naar de problematiek van de niet-verplichte rechtsbijstand. Hij zegt dat het nog wel lukt om het woord 'vernietigen' in het beroepschrift te schrijven, maar dat het wat lastiger wordt wanneer partijen iets méér moeten. Dat is naar mijn idee inderdaad zo. Dit is een punt van zorg, maar het probleem doet zich ook nu al voor. Wij stellen voor om enkele zaken die nu niet aan de bestuursrechter voorgelegd kunnen worden, met een verzoekschriftprocedure alsnog bij hem onder te brengen. Die zaken worden nu deels voorgelegd aan de kantonrechter als civiele rechter. In de kantonrechtspraak is er ook geen verplichte procesvertegenwoordiging en kan men evenzeer met het probleem te maken krijgen dat partijen de rechter niet precies weten duidelijk te maken wat er speelt. In zoverre verandert er op het punt van de verplichte procesvertegenwoordiging niet veel. Er zou hooguit gezegd kunnen worden dat het grote gat zit in het via een verzoekschrift onderbrengen bij de bestuursrechter van wat zwaardere zaken die normaal gesproken bij de civiele kamer van de rechtbank terecht zouden komen. Dat kunnen belangrijke, grote kwesties zijn die dan toch zonder die verplichte procesvertegenwoordiging aan de orde kunnen. Ik hoop met mijn medepreadviseur Van Ommeren dat men dan toch zo verstandig is om een advocaat van een fatsoenlijk kantoor – met een paar letters bijvoorbeeld! – in te schakelen.

Van Ommeren: Zo heb ik het niet gezegd!

Van der Veen: Nee.

Partijen hebben de vrijheid om dit te doen, maar zij hebben ook de vrijheid om dit te laten en ik vermoed dat men dan uiteindelijk toch beter af is bij de bestuursrechter omdat – dit heb ik ergens in het preadvies ook aangegeven – hij wel redelijk meegaand is als het gaat om het interpreteren van beroepschriften en het onderkennen van een bezwaar in een schriftuur dat er eigenlijk niet zo uitziet, dus ik spreek toch maar de hoop uit dat de bestuursrechter wat welwillender is als het gaat om het omvormen van een vordering dan een civiele rechter bij tijd en wijle is. In het laatste geval is er natuurlijk de verplichting om het verzoekschrift goed te motiveren en het te voorzien van een goed petitum. Doe je dit niet, dan wordt je vordering uiteraard uiteindelijk afgewezen. Ik heb, als het gaat om het interpreteren van bezwaren en beroepen, toch de hoop dat de bestuursrechter de burger ietwat meer te hulp zal komen dan de civiele rechter. Ik deel dus het punt van zorg van Polak, maar ik denk dat het er voor de justitiabelen zonder rechtsbijstand in algemene zin nog wel eens beter op zou kunnen worden.

Mr. K.J. de Graaf

Ik wijs op mijn stelling 5 die – ik geef het eerlijk toe – onder meer gebaseerd is op het Franse bestuursprocesrecht.

Mr. A.F.M. Brenninkmeijer

De ervaring heeft mij geleerd dat alles wat ik zeg, mij aangerekend kan worden in mijn werk als Nationale ombudsman, dus ik bereid mij daar maar alvast op voor!

Ik zal, conform het wijze verzoek van de voorzitter, beginnen met het stellen van mijn vraag. Mijn vraag aan de preadviseurs luidt: wat is uw visie op de verhouding tussen de Nationale ombudsman en de bestuursrechter als het gaat om effectieve rechtsbescherming? Het is aan de voorzitter om de preadviseurs aan te wijzen die een antwoord op deze vraag zullen geven.

Ik wijs erop dat, als Kars de Graaf zegt dat Duitsland het lichtend voorbeeld is, ik wat in de problemen kom omdat dit land het enige Europese land is dat geen ombudsman heeft. Dus Kars, houd je mond, dan komt het wat mij betreft wel goed!

Ik geef een warm compliment aan de preadviseurs, die ontzettend mooie preadviezen hebben geschreven met uitdagende stellingen waaraan is te zien dat het bestuursrecht echt leeft. Ook de leden zijn in groten getale gekomen. Ik constateer echter ook dat alles in het bestuursrecht heel erg ingewikkeld wordt; dit is de invalshoek die ik kies. Ik maak mij echt grote zorgen over de complexiteit, met name vanuit het perspectief van de burger. Uit de preadviezen destilleer ik dat de gedachte is dat we uit het jasje van het besluit groeien en dat het belangrijk is dat we breder gaan kijken naar bijvoorbeeld een concept als rechtsbetrekking, waarover destijds heel lelijk is gedaan. Ik vond zelf het idee van een rechtsbetrekking tussen burger en overheid echter altijd een mooi idee. We zouden ons dus de vraag moeten stellen of we kunnen komen tot een benadering van de verhouding tussen burger en overheid als het gaat om effectieve rechtsbescherming waarbij wat breder gekeken kan worden dan alleen het besluit. Ik zeg dit omdat ik mij in mijn werk als Nationale ombudsman de vraag heb gesteld waar burgers tegenaan lopen en omdat wij die vraag ook hebben voorgelegd aan intermediairs. Denk daarbij aan advocaten,

belastingadviseurs, medewerkers van Humanitas, sociaal raadslieden enzovoort. Het animo voor het beantwoorden van deze vraag was enorm: ongeveer 2.000 mensen hebben dit gedaan, wat eigenlijk gelijk staat aan heel veel zaken. Het antwoord op de vraag waar burgers tegenaan lopen, is heel duidelijk. Het eerste obstakel is de bureaucratie, wat iedereen zich wel kan voorstellen, in de tweede plaats lopen mensen aan tegen het probleem van de complexiteit en in de derde plaats tegen het gebrek aan inlevingsvermogen van de overheid op momenten waarop het moeilijk wordt. Uit deze reeks blijkt dat complexiteit een van de belangrijkste problemen is. Vanuit mijn perspectief als Nationale ombudsman moet ik ook constateren dat datgene wat problematisch is tussen burger en overheid, vaak niet kan worden opgehangen aan één besluit. Het voorbeeld dat Polak gaf van de wethouder en de horecavergunning geeft aan waar het probleem zit, namelijk in het feit dat er allerlei verkeer is tussen burger en overheid en dat, als het moeilijk wordt, de vraag is wat er moet gebeuren. Dan is natuurlijk van belang wat de toegang tot de rechter is – dit is een belangrijk onderwerp – en hoe de Nationale ombudsman daarnaast eventueel een rol kan vervullen. Daarbij markeer ik dat de wet heel duidelijk is: wij hebben een zwart-wit systeem 'ombudsman óf rechter'. Als er dus wordt bepleit dat de rechter meer moet gaan doen, houdt dit in dat de Nationale ombudsman minder zou moeten gaan doen. Ik vind dat we daarover eens even moeten nadenken, vooral in vergelijkend perspectief en in Europees perspectief, want ik heb nogal wat contacten met mijn buitenlandse collega's en kan tegenover hen altijd heel helder uitleggen wat de grens is ten opzichte van de rechter in Nederland, maar tegelijkertijd is die situatie een beetje ongemakkelijk. In Europa zie je namelijk dat de ombudsman altijd een soort aanvullende rol heeft: als de burger er niet uitkomt en een punthoofd krijgt, kan hij altijd bij de ombudsman terecht, wat heel goed werkt. Denemarken is een heel interessant voorbeeld, waar geen bestuursrechter is en de ombudsman op belangrijke domeinen de rol van bestuursrechter vervult maar wel in zijn rol als ombudsman. Daar zie je dus die overloop. Ik vind het daarom interessant om na te denken over de vraag wat de verhouding is tussen de rol van de ombudsman en die van de rechter, want typische zaken als die van de horecaondernemer – ik doel op het voorbeeld dat Polak gaf – komen ook bij de Nationale ombudsman terecht. Wij zouden precies kunnen vastleggen dat een klacht over een besluit gaat, dus dat de ombudsman daar niet over gaat, maar dan krijg je dat idee van dat men van het kastje naar de muur wordt gestuurd. Dit zijn echter ook zaken waarvoor geldt dat wij partijen aan tafel brengen en nagaan wat een redelijke oplossing is voor het probleem en dan is het mogelijk dat er een schadevergoeding uitkomt.

Afrondend zeg ik dat het goed is om na te denken over de verhouding bestuursrechter/ombudsman, en om dit te illustreren noem ik het onderwerp schadevergoeding waarover juridisch natuurlijk heel veel te doen is. De wetgever is daarmee bezig geweest enzovoort, maar ik heb in mijn werk als Nationale ombudsman de Schadevergoedingswijzer uitgebracht die inhoudt dat men niet naar de rechter moet gaan maar dat de overheid in redelijkheid schade moet vergoeden als dit nodig is en dat zij met de burger aan tafel moet gaan zitten. Die Schadevergoedingswijzer is tot mijn grote vreugde door het kabinet omarmd en vervolgens is er – ik meen dat dit na twee jaar gebeurde – door alle ministeries een evaluatie gedaan waarin de vraag centraal stond hoe het in de praktijk loopt met het gebruik van die Schadevergoedingswijzer. Daaruit bleek dat het, afgezien van wat kleine

complicaties bij bijvoorbeeld het ministerie van Financiën, heel goed loopt. We kunnen dus het idee hebben dat er een aanvulling moet komen met schadevergoedingsprocedures en dergelijke, maar in de praktijk kan het ook volledig zonder de rechter en ik kan u garanderen dat de burger daarvan alleen maar vrolijker wordt.

Mijn centrale vraag luidt, zoals gezegd, wat de visie van de preadviseurs is op de verhouding tussen de bestuursrechter en de ombudsman.

Mr. F.J. van Ommeren

Ik wil graag iets zeggen over de verhouding tussen de bestuursrechter en de Nationale ombudsman. Het vertrekpunt van vandaag wordt niet alleen gevormd door het besluit, maar ook – ik vat het samen – door al die handelingen om het besluit heen. Ik denk dat Brenninkmeijer en ik met elkaar eens zijn dat dit een andere kijk op het bestuur en het bestuursrecht vergt dan gangbaar is. Dit is ook min of meer het kernpunt dat wij hier naar voren willen brengen. Wat hangt er allemaal om dat besluit heen? Voor de ombudsman zijn dat natuurlijk de gedragingen waarover hij kan oordelen. Dit is voor mij een aanknopingspunt om het onderscheid te onderstrepen dat Huisman en ik in ons preadvies maken, namelijk dat tussen besluitgerelateerde handelingen en andere handelingen. Als ik mag doordenken over de lijn tussen ombudsman en bestuursrechter, zal duidelijk zijn dat het Huisman en mij er in de kern om gaat besluitgerelateerde handelingen – zoals die toezegging van de wethouder of de burgemeester ten aanzien van die horecavergunning in het voorbeeld van Polak – in één rechtsbetrekking door de bestuursrechter te kunnen laten bekijken. Dit laat echter onverlet dat er ook allerlei andere feitelijke gedragingen van de overheid zijn die een minder duidelijk, of zelfs geen, verband hebben met een besluit. Dit zou, in antwoord op de vraag, voor mij de richting zijn om dit onderscheid te zoeken, want – ik ben het daarmee helemaal eens – het allerbelangrijkst is natuurlijk dat die burger, bewust een beetje vaag gezegd, 'ergens terecht kan' en dat hij daarover later, in de termen van Schueler in diens jaarrede, tevreden kan zijn. Zou echter ook het zelfstandig feitelijk bestuurshandelen onder de bestuursrechter komen, dan zijn de consequenties voor de competentie van de Nationale ombudsman veel groter. Wij hebben daarop ook in ons preadvies gewezen (p. 54). De lijn die ik nu bepleit, en die past bij de koers die Huisman en ik hebben geschetst, is voor de bestuursrechter aan te knopen bij het besluitgerelateerd feitelijk handelen.

Mr. B.J. van Ettekoven

Ik had mij zó voorgenomen om de hele dag niets te zeggen, maar dit lukt niet! Hier raken we naar mijn idee aan een heel belangrijk punt, de afbakening van het werkterrein van de bestuursrechter en dat van de ombudsman. We hebben duizenden uitspraken over rechtsmachtverdeling en over de vraag wie waarover gaat. Als we de huidige grens verruilen voor de grens tussen het besluitgerelateerd feitelijk handelen en het overige feitelijk overheidshandelen, hebben we waarschijnlijk over tien jaar een jaarvergadering met preadviezen over de vraag hoe daarmee om te gaan, dus ik hoop dat we naar een simpeler criterium kunnen. Van Ommeren en Huisman hebben er zelf één aangegeven, maar uiteindelijk staan ze daar zelf niet achter. De relatie met het bestuur behoort bij de bestuursrechter te liggen – dit is simpel – maar

dan krijg je allerlei dingen binnenboord die je eigenlijk misschien niet binnenboord zou willen hebben. Het is naar mijn idee echter niet de oplossing om ergens tussen die twee die scheidslijn te trekken. Misschien is er een andere oplossing, namelijk die van niet denken in exclusieve competenties van of-of, maar denken in dubbele competenties. Wat geeft het als een burger laagdrempelig terecht kan bij de ombudsman voor een vraag over een besluitgerelateerde feitelijke handeling en wat geeft het als diezelfde burger of een andere burger over zo'n zelfde type handeling naar de bestuursrechter gaat? In het laatste geval gaat het echt over rechtmatigheid en zal er een verklaring voor recht, een gebod of een verbod gevorderd moeten worden. Bij de ombudsman wordt misschien gewerkt met een heel andere insteek en een praktische oplossing. Ik zou er niet tegen zijn als werd nagedacht over de vraag of we kunnen leven met een dubbele competentie op het terrein van het klachtrecht – Hoofdstuk 9 Awb over de klachtenregeling –, namelijk de competentie van de Nationale ombudsman en de competentie van de bestuursrechter.

Mr. F.J. van Ommeren

Ik maak twee korte opmerkingen. Ten eerste, Huisman en ik hechten zeer aan dat onderscheid tussen besluitgerelateerd en niet-besluitgerelateerd, al was het maar omdat wij vertrokken zijn bij een systeem waarin we in Nederland juist het besluitmodel kennen. We hebben al een aantal keren gezegd dat dit systeem nu goed werkt, maar dat alleen die versnippering problematisch is. Ik begrijp wel heel goed de reactie van Van Ettekoven waarin hij zich afvraagt of je het probleem niet verschuift als je de huidige grens verruilt voor de grens tussen het besluitgerelateerd feitelijk handelen en het overige feitelijk overheidshandelen, en of er dan niet allerlei nieuwe problemen zullen ontstaan. Eerlijk gezegd denk ik dat dit enorm gaat meevallen, hoewel ik natuurlijk moet toegeven dat iedere grens die in het recht wordt getrokken, altijd wordt bediscussieerd. Dit is gewoon een wetmatigheid als een koe, waar je niet onderuit komt.

Ten tweede, ik heb ook weer snel zitten kijken naar de competentieverdeling van artikel 9:22 Awb, waarin de onbevoegdheden van de ombudsman worden beschreven, zowel ten opzichte van de bevoegdheden van de bestuursrechter als ten opzichte van die van de burgerlijke rechter. Ik ben er helemaal niet op tegen om aan die competentieverdeling te sleutelen en na te denken over een dubbele competentie van de ombudsman en de bestuursrechter. De strekking van mijn opmerking van zo-even was niet dat ik daarop tegen ben, maar dat ik nog niet zeker weet of het heel erg nuttig is om ook de competentieverdeling van de ombudsman te gaan wijzigen. Het valt zeker te overdenken, maar het staat niet bovenaan mijn lijstje van prioriteiten.

Mr. L.F. Wiggers-Rust

Mijn vraag heeft betrekking op het toekomstscenario. Hebben wij wat dit betreft al voldoende materiaal voor het maken van een keuze? Ik richt mij vooral tot Van Ommeren en Huisman omdat hun preadvies zo boeiend was dat het mijn beschikbare aandacht heeft vastgehouden. Complimenten dus aan hen en excuses aan de anderen.

Op pagina 100 van het preadvies schetsen de preadviseurs de drie toekomstscenario's die de Awb-wetgever zag toen hij de tweede tranche voorbereidde, in de eerste plaats de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking, in de tweede plaats de bestuurlijke rechtsbetrekking en in de derde plaats het processueel in elkaar schuiven van het bestuursprocesrecht en het burgerlijk procesrecht. De twee eerste varianten zijn door de preadviseurs in hun preadvies breed beschreven: hun keuze gaat uit – dit kwam net al even aan de orde – naar de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. De derde variant komt eigenlijk alleen even om de hoek kijken op pagina 100 en bestrijkt een halve bladzijde. De preadviseurs schrijven daar dat het processueel in elkaar schuiven toch niet zo'n goed idee is, vanwege het feit dat het nu juist zo bijzonder is dat het bestuursorgaan de rechtspositie van de burger eenzijdig kan vaststellen. Kijk ik dan naar pagina 48 – ik kon het gehele preadvies lezen – dan zie ik dat in het kader van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking dat element van eenzijdigheid wat wordt gerelativeerd, want het is bijvoorbeeld voor de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking niet per se nodig; die kan ook meerzijdig zijn. Ik breng dit niet op om te muggenziften maar omdat dit toekomstscenario mij bijzonder aan het hart gaat. Ik heb recent een artikel voor het *Nederlands Juristenblad* geschreven over de vraag hoe we met die verhouding tussen privaatrecht en bestuursrecht verder moeten in de huidige tijd waarin het bestuursrecht en het privaatrecht steeds meer verweven raken onder invloed van het Europese recht, het EVRM, privatisering van regelgeving en globalisering. Doen wij er dan goed aan om nationaal bezig te blijven met die scheidslijn? Zouden we niet veel beter voor de toekomst – natuurlijk is er nog heel wat te gaan – moeten nadenken over een bundeling van krachten? Ik neem graag de overeenkomst als voorbeeld. Moeten we de bestuursrechter wel willen belasten met de beoordeling van die rechtsfiguur? Ik wijs erop dat er vragen kunnen opkomen die veelvormig van aard zijn. Ik denk bijvoorbeeld aan de verfijnde vraag van uitleg, en aan de geldigheid van de overeenkomst: we kennen dwang, dwaling, bedrog en misbruik van omstandigheden. In het privaatrecht speelt daarbij het bewijsrecht een heel belangrijke rol. We kennen de klachtplicht die de verjaring een beetje dreigt op te eten. Over deze kwestie wordt nu ook veel nagedacht in de kringen van het privaatrecht. Ik vraag mij af of het wel wijs is om dit de burgerlijke rechter zo vertrouwde werk deels over te hevelen naar de bestuursrechter. Natuurlijk valt alles te leren, maar de vraag is of we niet steeds meer gaan doubleren. We hebben inmiddels onrechtmatigheid, causaliteit en relativiteit, waarmee al heel wat ervaring is opgedaan en we zien nu parallel lopende vragen, namelijk de vraag van de verrekening, die van de wettelijke rente en de vraag van de verjaring in het kader van de bestuurlijke geldschulden. Die regeling is nog geen onverdeeld succes, schrijven ook de preadviseurs in hun preadvies, overigens in reactie op wat anderen vonden.

Ten aanzien van de bevoegdhedenovereenkomst is op te merken dat die nogal gemengd van aard is. Ik herinner me uit mijn werk als mediator dat ik die overeenkomst nogal eens incorporeerde in een vaststellingsovereenkomst en dat daaraan ook vermogensrecht te pas kon komen. Kortom, ik vraag mij af of het een idee is – het moet natuurlijk onderzocht worden, wellicht ook experimenteel – de kennis van rechters en van juridisch medewerkers bij elkaar te brengen en zaken door burgerlijke rechters en bestuursrechters in combinatie te laten beoordelen en afdoen. Zou dit voor de burger niet het meest praktisch zijn? Huisman refereerde al aan de zaak Etam/Zoetermeer, HR 8 juli 2011, ECLI:HR:2011:BP3057. Ik hoorde hierover

'en-en' spreken en de vraag is gesteld of er misschien toch nog verschillende mogelijkheden zijn, maar met mijn benadering heb je alles bij elkaar. De preadviseurs spraken in het kader van die scenario's over vergaand, verdergaand, en verstgaand. Misschien zou dit voor sommige zaken de gulden middenweg kunnen zijn.

Goethe heeft er eens zijn verrassing over uitgesproken dat een idee, een enkele gedachte, vele eeuwen een nieuwe gestalte kan geven. Dit geldt voor het onderwerp van deze vergadering in zekere zin misschien ook. Als we belangrijke ingrijpende keuzes maken, moeten we daarover naar mijn idee heel goed nadenken. Ik stel dus voor om verder onderzoek te doen, om dit echt te completeren, het debat aan te gaan en daarbij niet alleen dit illustere bestuursrechtelijke gezelschap te betrekken, maar ook privatisten en EU-juristen. Ik denk dat je met vereende krachten en een op beide rechtsgebieden betrokken houding, heel mooie en verantwoorde keuzes kunt maken.

Ik sluit af met de gedachte: *united we stand, divided we fall*. Daarover hoor ik graag de gedachten van de preadviseurs.

Mr. P.J. Huisman

Het antwoord op de vraag of wij op dit moment voldoende materiaal hebben, in de zin van een bestuursrechter die voldoende is toegerust om alle typen geschillen te kunnen beslechten, is: nee. Maar wij willen dat dit in de toekomst wel het geval zal zijn, door andere uitspraakbevoegdheden aan de bestuursrechter te geven en zijn competentie te verruimen. Het probleem dat er nog onvoldoende materiaal is, kan op verschillende manieren opgelost worden en wij zijn voorstander van het stapsgewijs aanpakken daarvan in plaats van met zevenmijlslaarzen.

Als een toezegging is neergelegd in een overeenkomst – ik refereer daarbij ook aan het voorbeeld van Polak – houdt het bij de bestuursrechter op een bepaald moment op, en dit is en blijft jammer. Wat dit betreft zouden wij dus willen dat de bestuursrechter iets verder kan gaan en dat hij daartoe ook de uitspraakbevoegdheden krijgt. Historisch gezien is het besluit het aanknopingspunt voor de bevoegdheid van de bestuursrechter, maar daaraan raakt ook allerlei handelen dat nu niet onder zijn competentie valt. Daarom vinden wij het belangrijk dat hij ook volledig kennis kan nemen van geschillen over bevoegdhedenovereenkomsten. Die gaan immers in de kern over iets wat typisch bij deze rechter thuishoort: een geschil over de uitoefening van een *publiekrechtelijke* bevoegdheid. Het is niet wenselijk om de geschillen te blijven opknippen en over twee verschillende rechters te verdelen. Dat de bestuursrechter met bepaalde geschilpunten die een relatie hebben met een besluit nu nog niets kan doen, of dat hij nog niet voldoende in die materie zit, hoeft het hem toekennen van meer uitspraakbevoegdheden niet in de weg te staan. Specialisatie kan volgen en die is er ook al gekomen op het terrein van de schadevergoeding. Wij zouden het echter geen goede zaak vinden als dezelfde taken bij twee rechters zouden worden ondergebracht in die zin dat zij zich over dezelfde typen schadevergoeding kunnen uitlaten. Wij zouden daarom graag zien dat die bevoegdheid echt aan één rechter wordt gegeven, zodat hij zich daarin kan specialiseren. Wij willen dus geen doublure, maar wij willen dat er echt een exclusieve bevoegdheid komt op dit punt, dus dat er stapje voor stapje wordt uitgebreid voor zover dit kan.

Gevraagd is hoe het dan zit met de kennis van de rechters. Het is natuurlijk niet verkeerd als er rechters aanschuiven die al ervaring op dit gebied hebben opgedaan; dit valt alleen maar toe te juichen, evenals het doen van nader onderzoek op dit gebied met privatisten en internationaalrechtelijk geschoolde juristen. Daar kunnen wij dus alleen maar voor zijn.

Voorzitter: Ik begrijp dat Huisman aan het eind van zijn antwoord een pleidooi houdt voor gemengde kamers. Mag ik ze zo noemen?

Huisman: Ja.

Uitreiking van de VAR-prijs

De voorzitter van de jury, mr. A.J.C. de Moor-van Vugt, draagt het juryrapport voor[1]

Op een zonnige dag, vrij kort geleden, werd de jury benaderd om de winnaar te gaan zoeken. De aanwijzingen waren helder, in tegenstelling tot die in sommige spelprogramma's, zoals *Wie is de Mol?*: zoek een auteur van een oorspronkelijk werk, gepubliceerd in de voorafgaande periode van vier jaar, dat naar het oordeel van de jury een bijzonder waardevolle bijdrage heeft geleverd aan de ontwikkeling van het algemeen deel van het Nederlands bestuursrecht. Daarbij moest het gaan om publicaties met een omvang van ten minste 25 pagina's – hier is een kwantitatief criterium aan de orde – waarbij de auteur ten tijde van de verschijning ten hoogste 40 jaar oud was. Gelukkig mochten we zelf bepalen wat tot het algemeen deel wordt gerekend, al geeft het reglement daarvoor wel enige aanwijzingen.

Rond de 70 verkiesbare werken zijn vanaf 2009 tot 2012 verschenen, en wij hebben de grens strikt bij eind 2012 gelegd, waardoor we enkele voortreffelijke publicaties uit 2013 niet hebben kunnen meenemen. Wat zoal verschenen is, hebben we in kaart kunnen brengen dankzij de hulp van twee student-assistenten van de UvA, namelijk Leonie van Sloten en Jenneke Evers, die ik hierbij ook hartelijk dank. We hebben zo eerst een longlist van alle bestuursrechtelijke publicaties opgesteld die binnen de criteria vielen. Daarnaast hebben we alle vakgroepen staats- en bestuursrecht én het Vrouwennetwerk Bestuursrecht gevraagd om werken onder onze aandacht te brengen. Laatstgenoemde club hebben we natuurlijk ingeschakeld om het vrouwelijk talent niet te vergeten. We hebben daarop een aantal reacties gehad, waarvoor we dankbaar zijn en die we allemaal in de overwegingen hebben betrokken. Met nadruk meld ik dat wij ook Engelstalige werken en werken met een Europeesrechtelijke focus hebben bekeken, juist omdat de ontwikkelingen in de academische wereld eisen dat internationaal wordt gepubliceerd. Dat daardoor de zichtbaarheid van de rechtswetenschap voor de Nederlandse maatschappij aan het verdwijnen is, betreur ik zeer omdat daarmee ook steeds meer het nut van de rechtswetenschap ter discussie komt te staan.

Toen werd het spannend, want het is niet gemakkelijk om met zoveel mooie en lezenswaardige publicaties op een rij tot een shortlist te komen. De jury had een zekere voorkeur voor proefschriften, wat vooral te verklaren valt uit het feit dat in proefschriften over het algemeen de ontwikkelingen en gedachtelijnen in kaart

1 Van de jury maakten verder deel uit mr. G.J.T.M. Jurgens en mr. R.J.N. Schlössels.

worden gebracht, deze verder worden doordacht terwijl, voor zover dit in andere werken ook gebeurt, de auteurs van deze werken meestal niet meer voldoen aan de leeftijdsgrens. Daarbij komt dat we een duidelijke trend signaleren om dikkere proefschriften te schrijven, dus u begrijpt hoe groot onze opgave was nu we in zo'n korte tijd zoveel werken moesten doornemen.

Lastig was het vervolgens om een keuze te maken uit de publicaties die we het mooist vonden. Uitwendige criteria hielpen niet; de meeste werken zijn elektronisch beschikbaar, boeken zijn soms even dik en hebben vergelijkbare kaften, en geen enkele kaft of iPad waarvan wij lazen, bleek bestand tegen vette vingers. Bovendien zouden uitwendige criteria geen recht doen aan de inhoud van de werken en het belang daarvan. Het criterium 'behorend tot het algemeen deel' hielp wel enigszins, maar het hielp niet veel. Er zijn werken die vanuit de analyse van het bijzonder deel veel bijdragen aan de ontwikkeling van het algemeen deel. Het criterium 'kern van het algemeen deel' hielp ook maar beperkt, omdat bepaalde werken die meer aan de rand van het algemeen deel moeten worden gesitueerd, toch ook nuttige kennis bijdragen aan die kern.

Eén boek van de twee boeken, daar ging het om, want we hielden uiteindelijk twee kanshebbers over. Beide boeken houden verband met komende regelingen in de Awb. Beide boeken geven een zeer gedegen, diepgravende analyse van het onderwerp. Beide boeken kijken over de grenzen en beide zijn zeer compleet wat betreft de behandeling van literatuur en jurisprudentie. Beide werken de vraagstelling tot in detail uit en geven vernieuwende antwoorden op de problemen die voor ons liggen. Uiteindelijk, na een zeer close call, is er een winnaar gekozen. Voor de runner-up, Michiel Tjepkema, heeft de jury niets dan waardering. We willen hem dan ook in het kader van de VAR-prijs een eervolle vermelding geven.

[Applaus]

Prijswinnaar – de echte liefhebbers van *Wie is de Mol?* wisten de naam al na de eerste drie alinea's – is iemand die veel heeft gedaan op het gebied van het algemeen deel. Ik licht mijn opmerking kort toe voor de mensen die niet naar het programma *Wie is de Mol?* kijken. Wat ik hier aan het voordragen ben, is een acrostichon. De prijswinnaar is degene die veel heeft gedaan op het terrein van het algemeen deel, maar daarvoor nog niet de volle eer heeft gekregen. Het is degene die werkelijk vanaf de wortels, dus vanaf het ontstaan, van het bestuursrecht heeft gespeurd naar een systeem waarbij gerechtigheid en rechtszekerheid zodanig met elkaar zijn verenigd dat het de Europatoets kan doorstaan. Het bekroonde werk is een dogmatisch betoog waarin alle aspecten van de onaantastbaarheid van besluiten en uitspraken van de bestuursrechter fijnmazig worden uitgediept. In de slotparagraaf biedt de auteur een spoorboekje voor regeling in de Awb van de stabiele beschikkingen. Daarmee geeft de auteur zijn visitekaartje af als beoefenaar van het systeemdenken. Daarbij komt dat deze auteur niet alleen alles weet van de stabiele beschikking, maar dat hij ook alles weet van zo ongeveer alle andere onderwerpen van het bestuursrecht. Hij kent de bestuursrechtelijke canon uit zijn hoofd en is wel 'de geheime Utrechtse zoekmachine' genoemd. Dit blijkt ook wel uit de literatuurlijst in zijn proefschrift die bijna 200 pagina's beslaat. In talloze annotaties en artikelen, nationaal en internationaal, legt hij op heldere wijze brede verbanden tussen de verschillende

vraagstukken en tussen het Nederlands recht en het EU-recht. Het is mede vanwege die bijdrage aan het debat, die zichtbaarheid naar buiten en kennis in de breedte, dat de jury Rolf Ortlep als winnaar heeft gekozen.

[Langdurig applaus]

Mr. R. Ortlep

Ik heb natuurlijk niets voorbereid. Als ik dit geweten had, was ik wel even naar de kapper gegaan!

Voordat ik meer in het algemeen iets ga zeggen, dank ik de jury. Ik ben eigenlijk heel verbaasd. Ik zat achter in de zaal en had een aantal namen van mensen in het hoofd die de winnaar zouden kunnen zijn, maar ik had niet aan mezelf gedacht. Ik ben nog relatief jong en dacht: ik heb nog vier jaar. Ik was namelijk van plan om nog te produceren.

Ik dank de VAR en de voorzitter – in Utrecht mag ik hem 'de grote leider' noemen – eveneens voor de eer. Ik wil daarnaast nog een aantal mensen bedanken. Degenen die mij kennen, verwachten al dat ik zo meteen een bepaalde persoon noem omdat hij daarbij hoort. Ik heb hem al gezien. Als dit niet het geval was geweest, had ik hem wel papiertjes horen verscheuren en had ik in ieder geval geweten waar hij zit! Zoals gezegd wil ik een aantal mensen bedanken, want zonder hen kan ik in mijn werk niet zijn wie ik ben. Ik ben er namelijk achter gekomen dat ik een beetje een atypisch persoon ben, dus die mensen helpen mij om te functioneren. Allereerst dank ik dus nog eens in het bijzonder Schueler. Ik zal hem nu niet 'de grote leider' noemen, maar aan hem heb ik de afgelopen jaren gigantisch veel gehad. Daarnaast bedank ik Gerdy Jurgens – zij komt ook uit Utrecht – en mijn 'grote zus' Cathine Knijff.

Nu kom ik bij de persoon wiens naam u verwacht, namelijk Rob Widdershoven. Ik moet nu bedenken wat ik ga zeggen. Een paar maanden geleden werd ik gebeld door Gio ten Berge die mij vertelde dat het toch tijd werd dat ik een prijs ging winnen omdat ik anders 'uit de familie' zou worden gehaald. Zijn gedachte is namelijk: grootvader – vader – kleinzoon, en de zoon, Rob Widdershoven, heeft twintig jaar geleden de VAR-prijs gewonnen. Ik dacht: ik heb nog vier jaar te gaan om die prijs te behalen, maar het is me nu al gelukt! Rob, ik had het niet gered zonder jouw hulp. Ik dank je voor alles wat met wetenschap te maken heeft. Vroeger kon Schoordijk zeggen dat hij alles te danken had aan Bregstein, maar tegenwoordig kun je zoiets niet meer zeggen. Maar je weet het Rob, daar heb ik maling aan. Nogmaals dank voor alles.

[Applaus]

Huldiging van de winnaars van de VAR-pleitwedstrijd

De voorzitter spreekt als volgt

Ik vraag heel graag uw aandacht voor een feestelijk moment dat te maken heeft met de VAR-pleitwedstrijd die afgelopen woensdag in Rotterdam is 'uitgevochten' door negen teams van verschillende rechtenfaculteiten. Die hebben, zoals dit altijd gaat bij de VAR-pleitwedstrijd – als ik mij goed herinner, gebeurde dit al in december – een casus toegezonden gekregen. Deze had dit keer betrekking op maneges, paarden en handhaving. Dat deze casus betrekking had op handhaving, zal u niet verbazen, want naast vele anderen werken in Rotterdam de twee handhavingsspecialisten Aletta Blomberg en Lodewijk Rogier die deze casus hebben bedacht. Het is een prachtige casus die veel aanknopingspunten biedt voor studenten om te laten zien wat zij op schrift kunnen, en afgelopen woensdag konden zij in de rechtszalen van de Erasmus Universiteit laten zien wat zij mondeling kunnen. Ik ben er de hele dag bij geweest en heb prachtige voorbeelden gezien van pleittalent. Ook tussen degenen die niet gewonnen hebben, zitten heel goede pleiters. Het was een genoegen om naar de pleitwedstrijd te kijken en te luisteren.

Afgelopen woensdag is de casus in de ochtend behandeld. Er kwamen vier teams naar boven die uiteindelijk op de eerste, de tweede, de derde en de vierde plaats eindigden. Om de positie te bepalen, werden er twee finales gehouden, namelijk een troostfinale en een 'echte' finale.

De uitslag is als volgt: Utrecht is op de vierde plaats geëindigd, Tilburg eindigde op de derde plaats, Leiden kwam op de tweede plaats terecht en Rotterdam is als eerste geëindigd.

[Applaus]

Voorzitter: Ik verzoek het winnende team uit Rotterdam naar voren te komen. Dit team bestaat uit Brigitte Ebben, Frank van Tienen, Oscar Havermans en Matthijs IJzerman. Hun begeleiders waren Farshida Zafar en Maayke Maas-Cooymans. Beiden zijn aanwezig. Graag wil ik ook voor hen een applaus, want het is weliswaar een studentenpleitwedstrijd maar voor de begeleiders – zij die wel eens zo'n team begeleid hebben, weten dat – is het ook een enorme, fantastische onderneming om een en ander goed te laten verlopen.

[Applaus]

Voorzitter: Jullie hebben gewonnen en dit is een enorme prestatie. Wij hebben daar woensdag natuurlijk al uitgebreid bij stilgestaan en zelfs uitgebreid gedineerd in een Rotterdamse, ontzettend gezellige kroeg. De dag was niet alleen opvallend omdat Rotterdam won – het gebeurde in Rotterdam dus als Rotterdam wint, maakt dat de dag extra feestelijk – maar die dag was dit ook omdat die stad in de schijnwerpers werd gezet op een wijze die je verwacht als het om Rotterdam gaat. Het is een werkstad waar goed gewerkt wordt. Alles gebeurde precies op tijd, alles was perfect georganiseerd. Er was geen rimpeltje te ontdekken en evenmin was er een wanklank te horen. Niets! Kortom, Rotterdam zoals Rotterdam moet zijn; niet zeuren maar werken, of woorden van gelijke strekking. Die organisatie hadden we in grote mate te danken aan Aubrich Bakhuis en Hanneke Nummerdor. Ik noem ze apart omdat het een groot genoegen is voor de VAR als iets dergelijks vlekkeloos verloopt.

[Applaus]

Voorzitter: Zoals ik zei, was de pleitwedstrijd en alles daar omheen vlekkeloos georganiseerd, maar hoe is het om aan een dergelijke wedstrijd mee te doen? Wat is het mooiste moment geweest?

Frank van Tienen: Het mooiste moment was toen bekend werd gemaakt dat we hadden gewonnen.

Voorzitter: Waarom?

Frank van Tienen: De aanloop daarnaartoe is ook heel mooi. Ik vond het persoonlijk heel leuk dat – ik denk dat ik wat dit betreft namens mijn team spreek – we het samen heel goed konden vinden en dat de samenwerking buitengewoon goed verliep. Gedurende de wedstrijd werden we steeds enthousiaster. Regelmatig gingen er om 01.00 uur bijvoorbeeld nog mailtjes over en weer met de vraag: heb je daar al aan gedacht/heb je daar al naar gekeken? Toen de pleitrondes goed verliepen en we vertrouwen hadden in de stukken was dit leuk, maar toen we uiteindelijk in de finale stonden, hadden wel heel erg het gevoel dat het ook echt moest gebeuren. En dit is gelukt!

Voorzitter: Wat was het lastigste moment? Wanneer dacht je: was ik er maar nooit aan begonnen?

Matthijs IJzerman: Dat was één minuut voor de finale. Iemand aan wie ik vroeg of ik nog kon stoppen, zag ik toen wit wegtrekken, en ik dacht: 'dit zal dus niet'. Dit was echt het moeilijkste moment. Ik ben het overigens helemaal met Frank eens dat de eerste pleitprijs geweldig is, maar de echte prijs is voor ons de samenwerking geweest want die zal ik vooral nooit meer vergeten.

Voorzitter: Dat van die samenwerking klinkt heel goed. Zo horen we het graag. We hopen dat de samenwerking in de praktijk zo blijft, want dit is niet gegarandeerd. Het begin is in ieder geval goed.

Een jury heeft ons ontzettend geholpen. Daarin hadden onder anderen Willem Konijnenbelt, Ron van Male en Gerrit van der Veen zitting, van wie de laatste hier nu als preadviseur aanwezig is. En er waren veel mensen die als rechter hebben opgetreden. Ik kan nu niet alle namen noemen, maar de VAR is al deze mensen enorm erkentelijk voor het feit dat zij hieraan hun tijd hebben besteed om zodoende de nieuwe generatie de kans te bieden goede bestuursrechtjuristen te worden. U ziet ook nog hoe hun inzet tot resultaat leidt.

Ik hoop dat jullie een prachtige bestuursrechtelijke toekomst tegemoet gaan en om mijn woorden kracht bij te zetten, geef ik jullie nu de beker.

[Applaus]

Interventies, met reacties van de preadviseurs (middaggedeelte)

Voorzitter: Als eerste in deze middag verzoek ik A.J. Bok naar voren te komen. Hij is niet alleen een autoriteit op het gebied van het bestuursrecht en de bestuursrechtelijke rechtsvergelijking, maar hij heeft ook jarenlang op voortreffelijke wijze voor de VAR de website beheerd. U hebt daarvan allemaal geprofiteerd. Als hij dit werk niet had gedaan, hadden we hier niet gezeten. Hij houdt daarmee nu op omdat hij met pensioen gaat, maar eigenlijk houdt hij niet echt op. Mag ik vertellen dat je geschiedenis gaat studeren?

Bok: Ja.

Voorzitter: Dus het leven gaat gewoon door en misschien komen we je nog eens in een rechtshistorische vergadering tegen!

Mr. A.J. Bok

Of het nu de bedoeling was of niet, u hebt, voorzitter, nu verteld dat ik geschiedenis ga studeren!

Iemand die met ingang van september met prepensioen gaat en geschiedenis gaat studeren – dit heb ik eigenlijk altijd al willen doen – staat natuurlijk een beetje in de uitloopstand wat het bestuursrecht betreft. Ik had dan ook gedacht dat ik in deze vergadering een beetje lui achterover kon hangen om te zien wat er tijdens mijn laatste VAR-vergadering zou gebeuren, maar de voorzitter vroeg in de mail of er toch niet een vraag gesteld kon worden over met name het rechtsvergelijkend onderdeel dat in het preadvies van De Graaf aan de orde komt. Aangezien rechtsvergelijking net als geschiedenis een hobby van mij is, heb ik natuurlijk graag ja gezegd. Ik moest de preadviezen toen natuurlijk nog allemaal 'dik' lezen, want dit had ik in de uitloopstand ook niet gedaan. Ik heb de afgelopen twee dagen dan ook behoorlijk gestudeerd en zal proberen mijn bevindingen samen te vatten.

Niet iedereen zal even goed ingevoerd zijn in de rechtsvergelijking, dus misschien mag ik heel kort aan de zaal uitleggen hoe het zit met de Franse bestuursrechter, de Duitse bestuursrechter en de Nederlandse bestuursrechter. Ik zal dat, zoals gezegd, heel kort doen en mijn verhaal dus ontdoen van alle nuances. Als je een soort klassementje maakt, vergelijkbaar met dat van het Eurovisie Songfestival, kun je zeggen dat Frankrijk eindigt met 4 punten, dat Duitsland eindigt met 3 punten en dat Nederland eindigt met 1,5 punt. De Franse bestuursrechter heeft een algemene bevoegdheid ten aanzien van alles wat het bestuursorgaan doet. Die bevoegdheid

wordt samengevat in de term *service public*. Als je dus handelt in het kader van de publieke dienst – wij zouden spreken van het uitoefenen van een publieke taak – is de bestuursrechter bevoegd en is die ook bij uitsluiting bevoegd omdat de gewone rechter daar niet aan komt. De Franse bestuursrechter doet, in overeenstemming met het zojuist aan hem toegekende aantal punten, vier dingen. Hij beoordeelt in de eerste plaats besluiten in het kader van het vernietigingsberoep, wat natuurlijk het belangrijkst is en wat wij ook kennen. In de tweede plaats oordeelt deze rechter over feitelijke handelingen als een soort van besluit, alsmede over feitelijke handelingen als zodanig. In de derde plaats beoordeelt hij overeenkomsten voor zover dat publiekrechtelijke overeenkomsten zijn. In de vierde plaats beoordeelt deze rechter op de drie genoemde terreinen – besluiten, feitelijke handelingen en de overeenkomst – ook de schadevergoeding. Dit is het meest uitgebreide systeem van bestuursrechtelijke rechtsbescherming dat je je zou kunnen voorstellen.

De Duitse bestuursrechter voert drie van de vier genoemde taken uit. Hij beoordeelt besluiten ofwel *Verwaltungsakten*. Hij neemt kennis van aparte acties – die heeft De Graaf in zijn preadvies beschreven – die ingesteld kunnen worden tegen feitelijke handelingen. Denk daarbij onder meer aan de *allgemeine Leistungsklage* waarvan al sprake is geweest. Ook in Duitsland is er een publiekrechtelijke overeenkomst en daar gaat de bestuursrechter eveneens over. De Duitse bestuursrechter geeft evenwel geen schadevergoedingen. Dit heb ik in het preadvies van De Graaf enigszins gemist. Het staat volgens mij wel ergens, maar het had wat prominenter naar voren gebracht kunnen worden. Dit is een eigenaardigheid van het Duitse *Grundgesetz*; het toekennen van schadevergoeding is een taak van de gewone rechter.

Men ziet direct het verschil tussen Frankrijk en Duitsland. In Frankrijk heb je een echte *dualité de juridiction*: twee rechters, namelijk één voor het bestuursoptreden en één voor het private burgergebeuren, die los van elkaar staan. In Duitsland is er, net als in Nederland, een taakverdeling tussen de bestuursrechter en de gewone rechter, met het intrinsieke nadeel dat men bij de bestuursrechter de onrechtmatigheid van het besluit moet ophalen en dat men zich vervolgens grondwettelijk tot de gewone rechter moet wenden om de schadevergoeding op te halen. De positie van de gewone rechter in Duitsland is overigens ook weer verschillend ten opzichte van die van deze rechter in Nederland. In Nederland hebben wij namelijk niet zo'n bepaling in de Grondwet. Wij hebben een bepaling in de Grondwet waarin staat dat de burgerlijke rechter over burgerlijke (burgerrechtelijke) rechtsbetrekkingen gaat, maar als het over bestuursrechtelijke rechtsbetrekkingen gaat, kunnen wij de gewone rechter of de bestuursrechter rechtsmacht opdragen.

In Frankrijk houdt de bestuursrechter zich dus met vier punten bezig, in Duitsland met drie punten en in Nederland met anderhalve punt. Die 1,5 punt staat voor het vernietigingsberoep tegen besluiten, wat een vol punt is, plus op grond van de nieuwe wet van 1 januari op het terrein van de nadeelcompensatie een halve punt. Bij de nadeelcompensatie is de bestuursrechter aan zet maar op het terrein van de onrechtmatige overheidsdaad zowel de bestuursrechter als de gewone rechter.

Als je nu op deze manier dat klassementje opmaakt, ben je daar toch niet helemaal tevreden mee. Natuurlijk is duidelijk dat Nederland een kleiner land is dan de landen Frankrijk en Duitsland, maar het is niet zo mooi om op 1,5 punt te staan als je dit vergelijkt met die 4 punten van Frankrijk en die 3 punten van Duitsland.

Om allerlei redenen is de gedachte dus dat dit beter kan en daarvoor hebben de preadviseurs uiteenlopende voorstellen gedaan.

Nu stel ik mijn vragen, want ik ben wat de beschikbare tijd betreft natuurlijk al een eind gevorderd. Die vragen hebben te maken met het overzichtje dat ik net voor u heb geschetst. Ik zal een vraag stellen aan de preadviseurs Van Ommeren en Huisman en twee vragen aan preadviseur De Graaf.

Op het eerste gezicht zou je zeggen dat het preadvies van Van Ommeren en Huisman het best aansluit bij het Franse model. Als ik goed heb geteld, vinden zij namelijk dat eigenlijk de vier door mij genoemde elementen, te weten besluiten, feitelijke handelingen, bevoegdheidsovereenkomsten – daarop kom ik zo meteen terug – en de schadevergoeding, bij de bestuursrechter ondergebracht zouden kunnen worden. Die score zou dus ook 4 zijn. Dit is volgens mij overigens niet helemaal het geval, want de preadviseurs maken één heel belangrijke uitzondering. Van Ommeren heeft voor de pauze al toegelicht waarom zij die maken. Het moet volgens hen mogelijk zijn om, naast het vernietigingsbesluit tegen besluiten, te procederen tegen feitelijke handelingen, alsmede tegen overeenkomsten, en om schadevergoeding te eisen, maar dit alles moet in relatie staan tot een besluit. Er moet dus sprake zijn van een feitelijke handeling ter voorbereiding van uitvoering van een besluit, of van een overeenkomst over het al dan niet nemen van het besluit, een bevoegdheidsovereenkomst. Ik vraag mij af of het stellen van dit vereiste eigenlijk wel nodig is, kijkend naar het systeem waar de preadviseurs zelf mee komen. Zij ambiëren niet het concept *service public*, maar zij hanteren het concept van de publiekrechtelijke rechtsbetrekking. Als je de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking als uitgangspunt neemt voor de competentie van de bestuursrechter, is het dan nodig om feitelijke handelingen en overeenkomsten die niet besluitgerelateerd zijn, buiten de competentie van de bestuursrechter te houden? Ik zou denken van niet. En in het systeem van de preadviseurs is het consequent om die laatste categorie ook mee te nemen.

Ik noem als voorbeeld het oprekken van een riool en het repareren daarvan. Dit is in Nijmegen, waar ik werk, gebeurd; de hele St. Annastraat, 800 meter lang, lag er op een gegeven moment uit en het tweede fietspad was zelfs verdwenen. We hebben hier dus te maken met feitelijke handelingen die niet gerelateerd zijn aan een besluit, maar ik zou denken dat er toch een publiekrechtelijke of een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking in het geding is, want een en ander gebeurt ter uitvoering van een taak die in de Gemeentewet staat: de gemeente is immers verantwoordelijk voor het onderhoud van de riolen. In het systeem van de preadviseurs zou het naar mijn idee logisch zijn om niet-besluitgerelateerde feitelijke handelingen ook mee te nemen. Waarom hebben de preadviseurs dat niet gedaan? Overigens kan ik mij voorstellen – Polak is daarop ingegaan – dat er overbelasting zou kunnen optreden.

Ik kom op de overeenkomsten. Het gaat in de optie van de preadviseurs alleen over de bevoegdheidsovereenkomst, maar er zijn natuurlijk ook andere overeenkomsten zoals vermogensrechtelijke overeenkomsten en beleidsovereenkomsten. Vaak zit er geen besluit achter beleidsovereenkomsten, maar volgens mij vindt het handelen toch heel vaak plaats in het kader van een publiekrechtelijke, bestuursrechtelijke, rechtsbetrekking. Ik herinner aan de bekende uitspraak inzake die antiekstudio in Lelystad. In die zaak was er sprake van een verkoopovereenkomst met het beding dat men zich aan de bepalingen in het bestemmingsplan moest houden en dat men,

als men dit niet deed, een contractuele boete verbeurde. Prachtig, maar daar zat geen besluit achter. Integendeel, het was juist de bedoeling om te voorkomen dat er een besluit kwam met als doel te vermijden dat bestuursdwang moest worden toegepast. De preadviseurs zonderen dit uit, want het is niet een besluitgerelateerde overeenkomst. Ik zou echter denken dat het handhaven van een bestemmingsplan bij uitstek een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking oplevert. Kort en goed: op zichzelf is het naar mijn idee goed dat de preadviseurs in lijn met het Franse recht niet de bevoegdheid formuleren op basis van een formeel aspect, namelijk de vorm waarin het bestuursorgaan opereert, maar op grond van een materieel criterium, namelijk het criterium van – in hun geval – de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Als je dan echter toch een systeem aan het bouwen bent, moet je doorkaarten en ook het niet-besluitgerelateerd handelen en de niet-besluitgerelateerde overeenkomsten in het systeem betrekken. Er zullen ongetwijfeld goede redenen zijn om het zo te doen, maar misschien kunnen de preadviseurs hun keuze nogmaals toelichten.

Vervolgens een vraag over het voorstel van De Graaf ten aanzien van een nieuw artikel 8:1a dat in de Awb zou moeten worden opgenomen (stelling 8). Volgens de bespreker van het preadvies is het overigens geen stelling, wat waar is, maar het is wel goed dat De Graaf een proeve heeft gedaan van hoe zo'n wettelijke bepaling eruit zou moeten zien, want daardoor krijgen wij een beetje een idee van wat deze ongeveer met zich zou brengen. Ik vind de poging dus lovenswaardig, maar ik heb twee dingen gemist. De Graaf regelt in artikel 8:1a een gebods- en een verbodsactie, en een declaratoir. Dit heeft volgens mij betrekking op feitelijke handelingen en zo'n declaratoir is dan met name besluitgerelateerd. Ik heb de overeenkomst heel erg gemist: die zit dus wel in het voorstel van Van Ommeren en Huisman. De Graaf zegt dat hij een adept is van het Duitse recht, maar dan zou ik denken dat hij de regelingen in dit recht, inhoudende dat er bij de bestuursrechter ook tegen bestuursrechtelijke overeenkomsten kan worden geprocedeerd, eveneens overneemt. Die regelingen tref ik echter niet in de ontwerpbepaling aan. Misschien heeft De Graaf een reden om die daarin niet op te nemen, maar die heb ik in ieder geval gemist.

In het voorstel van De Graaf heb ik ook de schadevergoeding gemist. Stel dat iemand een gebods- of een verbodsactie ter zake van feitelijke handelingen of wat mij betreft ook een nakomingsactie ter zake van publiekrechtelijke overeenkomsten instelt die niet slaagt. De feitelijke handeling kan niet meer verricht worden of kan niet meer ongedaan gemaakt worden en de overeenkomst kan niet meer nagekomen worden. In zo'n geval, als de ingestelde actie geen succes heeft, zal er toch een plaatsvervangende schadevergoeding moeten komen. Ik zou denken dat ook die beslissing bij de bestuursrechter thuishoort. Ik had dan ook verwacht dat dit aspect in de bepaling van De Graaf zou worden geregeld.

Mr. K.J. de Graaf

Allereerst hartelijk dank voor deze vraag en de uiteenzetting over de puntenverdeling van het Eurovisie Songfestival in het bestuursprocesrecht. In mijn telling zou de uitslag – heel internationaal gezegd – natuurlijk zijn: 'Germany: douze points'! De echte vraag had betrekking op het door mij voorgestelde artikel 8:1a. Mij was vooraf duidelijk dat dit natuurlijk geen echte stelling is, maar aan het schrijven van dit onderdeel van mijn preadvies heb ik wel veel plezier beleefd.

Ten aanzien van het eerste punt merk ik op dat rechtsvergelijking altijd lastig is en dat, als je iets niet hebt opgeschreven, dit meestal komt omdat je het niet weet.

Bok zegt naar aanleiding van het door mij voorgestelde artikel 8:1a iets over overeenkomsten. Het voorstel van Van Ommeren en Huisman strekt ertoe dat over bevoegdhedenovereenkomsten, als onderdelen van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking, de bestuursrechter gaat oordelen. We kunnen gerust vaststellen dat daarvan in mijn conceptartikel inderdaad niets is terug te vinden, evenmin als trouwens in het hoofdstuk over het Duitse procesrecht. De overeenkomsten die we in het Duitse bestuursrecht aantreffen, zouden we kunnen zien als ofwel overeenkomsten die *Verwaltungsakten* vervangen of die verplichten tot het nemen van een *Verwaltungsakt*. Volgens mij is het punt dat in het Duitse bestuursprocesrecht procedures kunnen worden gevoerd over de *Verwaltungsakt* die in het vooruitzicht is gesteld, oftewel over de *Verwaltungsakten* die naar aanleiding van zo'n bevoegdhedenovereenkomst tot stand komen; wat in veel gevallen betekent dat dan over die bevoegdhedenovereenkomst zelf niet hoeft te worden geprocedeerd, hoewel die mogelijkheid in het Duitse bestuursprocesrecht bestaat. Als geen uitvoering wordt gegeven aan een bevoegdhedenovereenkomst waar een *Verwaltungsakt* wordt beloofd, moet je een *Verpflichtungsklage* gebruiken om die *Verwaltungsakt* te krijgen.

Welke vormen van rechtsbescherming beogen Van Ommeren en Huisman eigenlijk tegen een bevoegdhedenovereenkomst in te zetten, anders dan een beroepsprocedure in het geval dat een besluit beloofd is waartegen beroep openstaat of een *allgemeine Leistungsklage* indien een feitelijke handeling beloofd is en die niet wordt nagekomen, inclusief het betalen van een geldelijk bedrag? Daarvoor kent het Duitse bestuursrecht wél een procedure, namelijk de *allgemeine Leistungsklage* en de *Unterlassungsklage*, en die wel zijn geregeld in het artikel dat ik heb ontworpen.

De bespreking van de preadviezen in het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* had onder meer tot strekking dat stelling 8 geen stelling is en dat deze daarom niet zou moeten worden opgenomen. Eigenlijk ben ik het daarmee eens en misschien moet ik de conclusie daarmee dan ook afsluiten, maar van de bespreking bleef mij het meest bij dat over de inhoud van stelling 8 niets negatiefs werd gezegd!

Bok: Dat is boffen!

De Graaf: Opgemerkt is dat ook over de schadevergoeding iets zou moeten worden opgenomen in mijn stelling 8. We hebben natuurlijk een zelfstandige verzoekschriftprocedure – het wetsvoorstel daartoe is aangenomen en goedgekeurd en zal op 1 juli 2013 in werking treden – en daaraan kleven wat mij betreft inderdaad gebreken. Het betreft een minuscuul punt, verwoord in het nieuwe artikel 8:88, lid 1, aanhef en onder b, Awb, waarin staat dat bij de bestuursrechter een verzoek kan worden gedaan om vergoeding van de schade die is geleden ten gevolge van een onrechtmatige handeling ter voorbereiding van een onrechtmatig besluit. Met andere woorden: hierin wordt de formele rechtskracht gehandhaafd. In dit artikel had evengoed kunnen staan – en wellicht had dit daarin móéten staan – 'een onrechtmatige voorbereidingshandeling ter voorbereiding van een besluit'.

Bok: We krijgen in de Awb inderdaad een verzoekschriftprocedure ter zake van de onrechtmatige overheidsdaad. Het aantrekkelijke van het voorstel van De Graaf

vind ik dat hij probeert om op één plek in de Awb een algemene regeling te treffen voor alle soorten verzoekschriften die je kunt bedenken en vanuit dit gezichtspunt miste ik dus de overeenkomst en de schadevergoeding. De Graaf heeft echter toegelicht waarom hij deze keuze heeft gemaakt.

De Graaf: Ik ben het natuurlijk volledig met Bok eens, maar als ik de overeenkomst en de schadevergoeding erbij had moeten betrekken, had ik veel van de Awb moeten herschrijven en dat was natuurlijk helemaal niet mijn insteek.

Ik hecht eraan om te zeggen dat de discussie nu gaat over de rechtsmachtverdeling. Bok deelde ook punten uit aan het Franse bestuursrecht, evenals aan het Nederlandse en het Duitse, op grond van de rechtsmachtverdeling tussen civiele rechter en bestuursrechter. Eerlijk gezegd is dit niet de insteek geweest van mijn preadvies. Dit is enkel gericht op de vraag welke bestuursrechtelijke procedures er bestaan in zaken waarin niet een klassiek besluitbegrip centraal staat. Ik herken ook in het huidige bestuursprocesrecht geschillen die door de Nederlandse bestuursrechter beslecht moeten worden en eigenlijk ten onrechte in het besluitbegrip gegoten worden; ook voor die geschillen zouden we iets anders moeten bedenken dan een beroepsprocedure tegen een besluit. Ook op dit punt vind ik dat het Duitse bestuursrecht het op dit moment beter doet dan het Nederlandse.

Mr. F.J. van Ommeren

De kern van de vraag van Bok is waarom niet meteen het Franse model als lichtend voorbeeld wordt genomen, dus waarom wij niet zo ver gaan. Ik probeerde daarover vanmorgen inderdaad ook al iets te zeggen.

In de eerste plaats merk ik op dat wij een groeimodel schetsen waarin de eerste te zetten stap juist niet is dat Frankrijk kan worden gevolgd. Dat zou een veel te grote breuk met de huidige situatie betekenen. Het kernpunt voor ons is en blijft toch wel het bestaande besluitmodel met al die handelingen daar omheen. Bok signaleert terecht dat er twee onderdelen zijn waarop we verder zouden kunnen gaan dan wij nu hebben voorgesteld, namelijk ten eerste doorstoten naar het zelfstandig feitelijk bestuurshandelen en ten tweede, als we dit zouden willen, doorstoten naar allerlei andere overheidsovereenkomsten dan alleen bevoegdhedenovereenkomsten, dus naar overeenkomsten die geen verband meer houden met de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden. Wij zien dit doorstoten echter niet als een heel gelukkige ontwikkeling, zeker niet als eerste stap. Sterker nog, we beginnen nu niet in een witte wereld, dus als we dit nu in één keer zouden willen realiseren, zouden we volgens mij onze eigen glazen ingooien omdat dat veel te veel tegelijkertijd is. Laat dit recht zich nu maar eens in rustige stappen ontwikkelen en laten we maar gewoon beginnen bij die bevoegdhedenovereenkomst. Als ik goed heb geluisterd, wordt alleen al het idee dat zoiets als een overeenkomst bij een bestuursrechter terecht gaat komen als een vrij grote stap ervaren. Dat is een reden te meer om met een specifieke overheidsovereenkomst, de bevoegdhedenovereenkomst, te beginnen. Bovendien zie ik niet zo goed de zin van het zetten van die vervolgstap naar privaatrechtelijke overheidscontracten, door die ook neer te leggen bij een bestuursrechter, omdat juist daarmee het typisch bestuursrechtelijke, de uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid, helemaal uit beeld zal verdwijnen.

Hierover valt veel meer te zeggen, maar ik merk tot slot op dat ik het Franse model, dat wat het rechtssysteem betreft veel meer dichotoom is opgebouwd – er is veel meer sprake van een zwart-wit onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht, ook wat het toepasselijke recht betreft – voor ons rechtssysteem helemaal niet zo'n nastrevenswaardig ideaal vind. In ons rechtssysteem doen zich namelijk juist wat de toepasselijke normen betreft steeds meer diffuse situaties voor en ik denk dat het veel nuttiger is om daarmee rekening te houden, ook met het oog op Europese invloeden, dan nu nog in een soort achterhoedegevecht te proberen om alsnog een dichotoom rechtssysteem op te bouwen. Ik zie daar dus geen praktische redenen voor en het lijkt mij ook niet echt nodig.

Bok: Ik begrijp dat de preadviseurs een principieel standpunt hebben ingenomen maar dat zij, nu zij met de consequenties zijn geconfronteerd, er uit pragmatische overwegingen voor terugschrikken om het uitgangspunt helemaal ten uitvoer te leggen. Klopt dat?

Van Ommeren: Ja, en dat vind ik niet verkeerd. Ik vind het goed om een principieel en dogmatisch uitgangspunt als vertrekpunt te hanteren en dit in verband te brengen met pragmatische invalshoeken. Ik vind het dus goed om die twee dingen stap voor stap met elkaar te vermengen.

Mr. C.J.N. Kortmann

De titel van mijn interventie, tevens de door mij op verzoek vooropgestelde vraag, is 'Het besluit voorbij? Of gewoon één rechter?'

Na het uitspreken van mijn vraag, complimenteer ik de preadviseurs. Er zijn natuurlijk veel complimenten te geven, maar mijn compliment heeft betrekking op de omvang, want het komt niet zo vaak voor dat je zo'n dik boek als preadviezen krijgt toegestuurd. Als dit wel gebeurt, betekent dit voor ons, de lezers, dat we hard moeten werken. Volgens Plato zou het schrijven van een dik boek geen verdienste moeten zijn, maar ik vind dat dit wel een verdienste is omdat, als je zo'n breed onderwerp op 100 pagina's kunt bespreken, veel promovendi wat dit betreft aan jou een voorbeeld kunnen nemen.

Ik citeer de aan de preadviseurs voor deze jaarvergadering voorgelegde vraag van de hier al geprezen VAR-website: 'Is het besluitbegrip nog een adequaat vehikel om de toegang tot de bestuursrechter af te bakenen?' Verheij merkte in zijn bespreking in het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* al op dat het dus niet gaat om de afschaffing van het besluitbegrip, maar dat het gaat over een onderwerp waarover wij, bestuursrechtjuristen, het heel vaak hebben, namelijk verdeling van rechtsmacht. Ik specificeer mijn vraag alvast een beetje, met name voor preadviseur Van der Veen: is het niet beter om gewoon te stoppen met het verdelen van rechtsmacht?

Ik licht mijn vraag kort toe. In de heldere preadviezen zie je dat de wetgever gelijktijdig twee functies toekent aan de bevoegdheid om een besluit te kunnen nemen; als de wetgever het bestuur de bevoegdheid geeft om een besluit te nemen, heeft dit twee functies. De wetgever vindt in de eerste plaats goed dat het bestuur in een bepaalde rechtsbetrekking tussen bestuur en burger, deze betrekking eenzijdig vaststelt. Dit is het rechtvaststellende karakter van het besluit.

De tweede functie die het besluit kan hebben, is veel praktischer van aard – je zou kunnen zeggen, 'lager bij de grond' – namelijk het creëren van rechtsingang bij de bestuursrechter. We hebben het dan dus over de formele rechtspositie in plaats van over de materiële rechtspositie, de vraag hoe die wordt vastgesteld en door welke rechter. Ik geef een kort voorbeeld. Ik hoop niet dat er iemand van het WODC in de zaal is nu ik zeg – ik meen namelijk dat ik dit niet mag zeggen – dat wij onderzoek doen naar de vierde tranche bestuurlijke geldschulden en spreken met mensen uit de praktijk. In een interview werd mij de vraag voorgehouden hoe het mogelijk is dat wettelijke rente bij besluit vastgesteld moet worden en welke idioot dit heeft bedacht. Mij werd gevraagd of ik dit kon verklaren. In lijn met datgene wat ik u net vertelde over die twee functies van het besluit, zei ik dat ik mij daarbij zou kúnnen voorstellen dat er een dogmatische verklaring te geven is die inhoudt dat de wetgever het belangrijk vindt dat wettelijke rente door het bestuursorgaan in de verhouding tot de burger eenzijdig wordt vastgesteld. Ik zei dat ik mij ook een praktische verklaring kan voorstellen, namelijk die dat de wetgever het aantrekkelijk vond om wettelijke rente bij bestuursrechtelijke geldschulden bij de bestuursrechter onder te brengen en dat hij van de vaststelling ervan een besluit heeft gemaakt omdat de ingang nu eenmaal het besluit is. Eerlijk gezegd vrees ik dat de laatstgenoemde reden de werkelijke is. Het is helemaal niet zo logisch om wettelijke rente eenzijdig vast te stellen omdat de wet nu eenmaal bepaalt hoe hoog die rente is. Het zou veel logischer zijn als de rechter dit deed en normaal gesproken, in schadezaken, is dit dan ook het geval. We zien in het schadevergoedingsrecht eveneens de ontwikkeling dat bij onrechtmatige daad dit besluitkarakter 'eruit geveegd' wordt, terwijl wettelijke rente typisch iets is wat ook hoort bij een dergelijk soort vaststelling van rechtsbetrekkingen. Laten we wel wezen, van die wettelijkerentevaststelling is een besluit gemaakt om rechtsingang bij de bestuursrechter te creëren. Wat hier gebeurt, is dat de wetgever bepaalt dat een rechtsverhouding die uit de wet voortvloeit, bij besluit moet worden vastgesteld om rechtsingang bij de bestuursrechter te verkrijgen. Het omgekeerde zie je ook, namelijk dat niet de wetgever vindt dat iets bij de bestuursrechter thuishoort, maar dat laatstgenoemde die mening is toegedaan, iets wat ook is beschreven in de preadviezen. De bestuursrechter hanteert dan gewoon een ruimere interpretatie van het besluitbegrip om die rechtsingang te bieden. Als de wetgever het daarmee niet meer eens is, is het voor hem lastig om te zeggen dat er helemaal geen sprake was van een besluit omdat de rechter dit nu eenmaal beslist. De wetgever kan dan wel besluiten om datgene wat de rechter kennelijk een besluit heeft gevonden op de negatieve lijst te plaatsen – zie Hoofdstuk 8 Awb –, waardoor de rechtsingang verloren gaat.

Ik denk dat de adviseurs in hun preadviezen terecht hebben gesteld dat dit – dit spelen met het besluitbegrip om rechtsingangen te creëren dan wel weg te halen – zeer onwenselijk is. Daarbij komt dat het inconsequent is en niet goed in het systeem past. De preadviseurs stellen voor het dogmatische rechtvaststellende besluitbegrip te handhaven en de rechtsingang bij de bestuursrechter uit te breiden door de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking als basis te nemen, zodat er wat meer mogelijkheden zijn om bij die rechter te komen. Van der Veen pleit in dit kader voor uitbreiding voor allerhande verzoekschriftprocedures voor specifieke gevallen en specifieke uitspraakbevoegdheden.

Het lijkt mij heel verstandig het besluitbegrip als de eenzijdige rechtsvaststelling te handhaven. Het kernpunt voor de preadviseurs is dat de verdeling van rechtsmacht niet langer louter moet worden bepaald door het besluitbegrip met die uitsluitingen van Hoofdstuk 8, maar dat die verdeling bepaald dient te worden door het besluitbegrip met uitsluiting en uitbreiding. Dat klinkt mij niet zo aantrekkelijk in de oren, omdat ik denk dat het geheel daardoor niet eenvoudiger wordt. Hoe zien die uitbreidingen er dan uit? In het preadvies van De Graaf staat dat het Franse recht voor elk soort geschil een eigen *recours* kent: ik zag heel veel verschillende *recours* langskomen. Ook Van der Veen lijkt te pleiten voor iets soortgelijks in ons land, namelijk een centraal vernietigingsberoep met daaromheen allerlei verzoekschriftproceduretjes voor verschillende gevallen. Dit lijkt mij leuk voor advocaten voor wie dit systeem heel veel werk zal opleveren, maar daardoor zal het niet eenvoudiger worden. Sterker nog, dit systeem zou wel eens veel ingewikkelder kunnen worden dan het huidige. Dit doet mij denken aan het Griekse monster Hydra: je hakt de kop eraf om een probleem op te lossen en er komen snel twee koppen voor in de plaats. Ik kan in elk geval vaststellen dat met dit systeem en een besluitbegrip met uitbreidingen en beperkingen juist meer scheidslijnen in de rechtsmachtverdeling worden gecreëerd dan minder. Ik denk dat Verheij zich terecht heeft afgevraagd of daartoe een dringende maatschappelijke noodzaak bestaat. Mijn vraag is dus of we niet moeten stoppen met het verdelen van rechtsmacht. Waarom kiezen we niet voor een systeem waarin één rechter intern zijn rechtsmacht verdeelt en voor een uniforme verzoekschriftprocedure bij die ene rechter? Als dit het geval was, zou ik minder moeite hebben met het onderbrengen van geschillen over bevoegdhedenovereenkomsten bij de bestuursrechter omdat die rechtsmachtverdeling dan niet meer echt bestaat maar alleen nog achter de deuren van de poort van de rechter.

Natuurlijk kunnen de preadviseurs zich formeel verdedigen met het antwoord dat deze oplossing buiten het kader van de te onderzoeken vraag valt, maar ik vraag mij af of het niet onze taak is of ons af te vragen of wel de goede vraag is gesteld.

Voorzitter: Ik wijs erop dat Damen in een beschouwing 'Trekken aan een dood paard?' heeft voorgesteld om een *front office desk* in het leven te roepen, inhoudende dat de burger aanklopt bij de rechterlijke macht en dat deze zelf uitzoekt waar de burger met zijn probleem naartoe moet.

Kortmann: Ja, wij spraken daar al over.

Voorzitter: Wat vindt preadviseur Van der Veen hiervan?

Mr. G.A. van der Veen

Ik denk dat dit weliswaar handig is, maar uiteindelijk toch niet werkzaam, gezien de termijnkwesties die bij een besluit een rol spelen. Ik denk dat men met het oog daarop precies moet weten bij welke *back office* men uiteindelijk moet uitkomen. Anders loop je namelijk het risico dat je te laat met je beroepschrift bij die algemene servicemedewerker van die *front desk* van de rechtbank 2.0 nieuwe stijl komt. Ik denk dus dat dit niet het gehele probleem oplost, maar het kan natuurlijk wel helpen,

zeker in het licht van de vraag van Polak van vanochtend hoe allerhande verzoeken nu eigenlijk precies moeten worden geïnterpreteerd.

Voorzitter: Wilt u heel kort toelichten wat u bedoelt met uw opmerking dat het mogelijk is dat je dan te laat bent?

Van der Veen: De beroepstermijnen in het bestuursrecht gelden voor besluiten en niet voor andere zaken, dus je zult, hoe je het ook wendt of keert, als gemachtigde of als zelfstandig procederende wel een besluit moeten onderkennen en moeten weten dat er daarvoor achter die algemene façade een procedure is. Zolang we die termijnen handhaven – ik denk dat we dit doen – komen we er niet met een algemene vergaarbak van de rechter waarin we het verzoek of het beroep gooien.

Meer in het algemeen is de vraag of er een bestuursrechter nodig is. Die vraag ligt inderdaad volledig buiten het kader van de vraag die aan de preadviseurs is gesteld. Daarbij komt dat de voorzitter daarover vanmorgen al het een en ander heeft gezegd; ja, wij vinden allemaal dat een bestuursrechter nodig is en wij hebben ook geconstateerd dat de hoofdzaak van zijn werkzaamheden, het toetsen van besluiten, prima verloopt. Natuurlijk zien we bij tijd en wijle dat ook de burgerlijke rechter bestuursrechtelijke normen hanteert, maar ik denk dat je iets wat goed werkt, niet zo maar hoeft te veranderen. Wel is het zo dat er naar de mening van de preadviseurs naast het standaardvernietigingsberoep ruimte is om afzonderlijke zaken aan de bestuursrechter voor te leggen. Daarop hebben we in onze preadviezen met onze voorstellen voor een verzoekschriftprocedure ook gefocust, zonder dat we een wedstrijdje wilden doen om te bepalen wie de meeste afzonderlijke procedures kon verzinnen. We weten nu nog niet of er uiteindelijk veel soorten zaken in aanmerking moeten komen of dat dit er weinig zullen blijven. Natuurlijk moet daarbij niet worden gestreefd naar de maximale verschilpunten, maar het maakt volgens mij nogal verschil of je met een verzoekschrift een soort ordemaatregel – lees spoedmaatregel – wilt bewerkstelligen, of een inhoudelijke, diepgaandere beoordeling. Er is hier een verband met het soort zaak dat je dan met een verzoekschrift aan de bestuursrechter wilt voorleggen. Kijk bijvoorbeeld naar datgene wat ik heb beschreven over *naming and shaming*, waarvoor geldt dat je bij voorkeur een spoedoordeel van de bestuursrechter wilt hebben over de vraag of die publicatie omtrent gesteld wangedrag al dan niet de lucht in kan. Gaat het daarentegen over de uitvoering van een besluit, dan kan ik me goed voorstellen dat je die in een bodemprocedure wilt laten behandelen, zoals er ook in de huidige bestuursrechtelijke kolom bodem- en spoedprocedures naast elkaar bestaan. Ik denk dus dat je enigszins moet differentiëren. Dit zien we ook in het civiele recht, waar het misschien zelfs een beetje extreem is. Als ik kijk naar het procesreglement voor de rechtbanken en de gerechtshoven, zie ik dat er veel verschillende regelingen zijn die volgen op de algemene regeling in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Misschien is daar sprake van wat te veel bijzonderheden, maar het zijn wel bijzonderheden die de rechtzoekenden en/of de gemachtigden ook helpen bij de concrete invulling van hun verzoek. En ja, dan is het af en toe zoeken, maar ik denk dat je daarmee uiteindelijk meer geholpen bent dan met die algemene vergaarbak die een enkelvoudige verzoekschriftprocedure bij een rechter brengt. Ik heb groot ontzag voor de rechterlijke macht in dit land, maar ik kan mij goed voorstellen dat die een beetje geholpen moet worden met het verzoek

dat je wilt doen. Het houdt natuurlijk een keer op met de interpretatie, en dan is het plezierig om bijvoorbeeld aan de hand van het procesreglement of de Awb iets van een handreiking te krijgen en te weten te komen welke middelen zoal aanwezig zijn en welke procedures te voeren zijn. Dit zal weliswaar leiden tot het maken van wat keuzes, maar daar komen we dan wel weer uit.

Voorzitter: De vraag aan de vergadering is of het niet beter zou zijn om één rechterlijke organisatie te hebben met verschillende procedures, maar met één grote brievenbus waarin het verzoekschrift of het beroepsschrift wordt gegooid. Er moet dan iemand van die organisatie bij die brievenbus zitten die nagaat of er sprake is van een beroepschrift voor een vernietigingsberoep of dat het een verzoekschrift is voor schadevergoeding enzovoort. Ik breng het in veel te simpele verwoordingen, want het moet niet te ingewikkeld worden. Ik wil weten wat de eerste gedachten daarover zijn van mensen in de zaal.

Mr. E. Steyger

Wij worden uitgenodigd iets te zeggen over de gedachte van 'één front office' bij de gerechten. Ik vind dit een prachtige, simpele oplossing voor een probleem waar natuurlijk nog wat meer kanten aan zitten; er is bijvoorbeeld ook nog een doctrine – die wordt overigens niet zo heel goed nageleefd – over de manier waarop de rechter zich moet opstellen. Een civiele rechter behoort lijdelijk te zijn, wat ik reëel vind. Het idee dat de rechter de omvang van de rechtsstrijd tussen twee particulieren gaat bepalen, vind ik namelijk tamelijk weerzinwekkend. Als het goed is, heeft een bestuursrechter een andere, actieve rol – ook daar kun je wat op afdingen – namelijk die van de ongelijkheidscompensatie, waarover we het vanochtend al hebben gehad. Ik denk dat het verschil tussen procederen tegen het bestuur en procederen tegen een andere particulier echt gehandhaafd moet worden, en dit doe je niet met één loket of iets dergelijks. Een duidelijke scheiding tussen twee soorten rechters is dan toch heel praktisch.

Mr. O.D.J.M.L. Jansen

Mijn bijdrage inzake het idee 'één brievenbusfunctie voor de gerechten' is de volgende. We hebben in het bestuursrecht natuurlijk al een setje clubs dat zeer vertrouwd is met de brievenbusfunctie, namelijk de bestuursorganen. De bestuursorganen krijgen brieven van burgers en moeten nagaan wat zij precies willen. Soms doen burgers een aanvraag voor een besluit, soms doen zij een verzoek om geld uit te betalen en soms schrijven zij gewoon een briefje aan de wethouder in de trant van 'wilt u dat nooit meer doen?'

Kortmann legt bijna de meest vergaande gedachte aan ons voor. In het buitenland heeft een eeuw gelegen iemand een gedachte geventileerd die nóg verder ging dan deze en die werd daar vrij lang nagevolgd. Het betrof het gewoonweg enkelvoudig ontkennen van het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht. Dan is er altijd één rechter en ben je ook klaar!

Ik vind het een beetje een onzalig idee.

Voorzitter: Wat vindt u er onzalig aan?

Jansen: Ik ben geneigd om te zeggen 'alles', maar dat is nog steeds geen argument.

Als je gaat kijken naar het voorstel om een gespecialiseerde gerechtelijke kolom neer te zetten die zich bezighoudt met de relatie van burgers met de overheid – ik ga nog maar even van die gedachte uit – moet je het vernietigingsberoep beschouwen als een verzoek aan de rechter om een besluit te vernietigen, en voor een verzoekschriftprocedure is dit niet heel anders. Dat is immers ook een verzoek aan de rechter, maar dat is er een om iets anders te doen. Je kunt dit dus in principe, op het eerste gezicht, vrij eenvoudig regelen en je kunt er op relatief eenvoudige wijze voor zorgen dat de incidenten die gaandeweg de procedure plaatsvinden, bij elkaar worden geveegd en dat die in die procedure worden meegenomen. Zo zou je een en ander dus procedureel kunnen oplossen, zonder dat er sprake is van een probleem.

Het volgende is dat ik al voor mij zie dat er één loketfunctie bij de rechterlijke macht wordt gecreëerd. Heel interessant is dat dit voor de organisatie betekent dat lager betaalde *front office* medewerkers aan de hand van de soms onduidelijke formuleringen van de burger moeten uitmaken of bedoeld is dat er een civiele procedure wordt gestart waarvoor verplichte rechtsbijstand geldt terwijl betrokkene daarover op dat moment niet beschikt, of dat gevraagd wordt om vernietiging van een besluit waartegen tot de spijt van de jurist eerst een bezwaarschrift moet worden ingediend.

Voorzitter: Sorry dat ik u in de rede val. Bedoelt u te zeggen dat je dan net een dure advocaat in de arm hebt genomen en dat die laag betaalde *front office* medewerker het anders gaat doen?

Jansen: Nee, eigenlijk toch niet, maar goed.

Voorzitter: De dag is nog lang!

Mr. C.J.N. Kortmann

Het leukste vond ik misschien wel de bijdrage van Jansen, die zei dat we in Nederland al zoiets als één organisatie met één brievenbus kennen, namelijk het bestuursorgaan. Ik dacht dus dat hij mijn stelling zou ondersteunen, maar vervolgens zei hij dat hij er eigenlijk alles slecht aan vindt. Ik vind het een geweldig goed argument, dat van die brievenbus, en had daaraan zelf niet gedacht: we hebben zo'n brievenbus dus al en die werkt eigenlijk best goed. Die bestuursorganen krijgen van alles binnen en weten alle informatie redelijk te kanaliseren, ook met de laag betaalde *front office* medewerkers. Dank dus voor dit argument.

Er is natuurlijk wel een punt, namelijk dat we niet alle problemen hiermee oplossen.

Voorzitter: Nog één punt vanwege de tijd. We moeten over naar de volgende interventie.

Kortmann: Ik heb eigenlijk vier punten.

Voorzitter: Maak een keuze, stel een daad!

Kortmann: Dat zal ik doen door een stemverklaring af te geven, want dat vind ik belangrijk als het om dit soort dingen gaat.

In alle betogen van vandaag kun je misschien best een aantal dingen vinden waarvan je zegt dat het een verbetering is of dat je daarmee wat problemen oplost. Ik heb al gezegd dat ik vrees dat er een heleboel nieuwe problemen voor in de plaats komen waaraan we nu nog niet eens hebben gedacht. Dit vind ik aan de voorstellen die ik vandaag heb gehoord een beetje gevaarlijk.

Ik geloof echt dat wij, bestuursrechtjuristen, onze energie beter kunnen steken in andere dingen dan in vrij technisch gepruts aan het verlenen van ingang bij de bestuursrechter, al meen ik serieus dat het voor mij als advocaat bijzonder aantrekkelijk is hiermee te werken. Ik denk echter dat deze opzet niet aantrekkelijk is voor de burgers in het land.

Mr. W. Konijnenbelt

Er is inmiddels zoveel interessants voorbij gekomen dat ik gemakkelijk de hele middag zou kunnen spreken, maar ik wil u dit plezier niet doen.

Ik stel een vraag van architectonische aard, maar in het kader van een weblog van een zieke heer wijs ik eerst op het volgende. Het is maar goed dat onze preadviseurs geen prinsen zijn, want daardoor vallen zij niet onder de doem van het woord dat de psalmist ons heeft voorgehouden: 'Vest op prinsen geen betrouwen.' Op de preadviseurs mogen we best vertrouwen, want ik vind dat ze ons vertrouwenwekkende verhalen hebben voorgeschoteld. Van Ommeren en Huisman hebben een klassiek continentale aanpak; ze redeneren van het algemene naar het bijzondere, dus – Van Ommeren heeft het vanochtend zelf een keer gezegd – echt vanuit het systeem, en daarbij is de vraag aan de orde hoe je dit systeem op een bepaalde manier kunt uitbouwen. De echte uitwerking is aan anderen overgelaten.

Van der Veen doet eigenlijk precies het omgekeerde, hij heeft een Angelsaksische aanpak; hij gaat van het bijzondere naar het algemene. Hij begint met het signaleren van een aantal problemen, daar waar redenen zijn om iets onder de rechtsmacht van de bestuursrechter te brengen zonder dit met goed fatsoen aan een besluit in dogmatische zin te kunnen vastknopen, en laat vervolgens op onbarmhartige wijze zien tot wat voor rafelingen en onzekerheden dit leidt. Daarmee heeft hij in zekere zin het bestaande probleem geïllustreerd, dat sinds een paar uur een *sense of urgency* heeft. Dit vind ik een heel belangrijke verdienste van zijn stuk. Dit is dus een Angelsaksische aanpak en vanochtend heb ik begrepen dat er een tweede laag in zit. Een van de klassieke beroemde Angelsaksische schrijvers is Agatha Christie en zij is in zekere zin de uitvindster van de *cliff hangers*. In haar detectives gebeuren allerlei rare dingen. Tijdens het lezen vraag je je af: waar gaat dit nu weer over en hoe helpt dit ons uit de problemen? De opbouw van haar werken is zodanig dat pas in het allerlaatste hoofdstuk alle puzzelstukjes op hun plaats vallen.

Van der Veen is op heel bijzondere wijze te werk gegaan. Zijn roman bestaat namelijk uit een schriftelijk deel en een mondeling deel. Het schriftelijke deel is het preadvies dat we toegestuurd kregen, daarover rijzen tijdens het lezen allerlei vragen en voor de heel goede verstaander klinkt daarin af en toe wel door waartoe

zijn preadvies zou kunnen leiden. Tot het eind blijft er echter een *cliff hanger* bestaan en pas na de uiteenzetting van vanochtend vallen vele puzzelstukjes echt op hun plaats. Een advocaat heeft verstand van klantenwerving. Van der Veen moest er dus voor zorgen dat deze zaal vol kwam en dit is hem op voortreffelijke wijze gelukt!

De Graaf heeft gekeken naar de ruimere toegang tot de rechter die in Frankrijk en Duitsland al langer bestaat dan het systeem van de ingang via een besluit, een beschikking of iets soortgelijks, aan de hand van de vraag wat de pro's en contra 's van die ruimere toegang zijn. Als ik zijn woorden goed heb verstaan, denk ik dat hij niet alleen een rationele voorkeur heeft voor het Duitse systeem maar dat er ook sprake is van een emotionele kant. Althans, ik heb geconstateerd dat zijn Franse uitspraak passabel, en dat zijn Duitse uitspraak bepaald beter is, dus een zekere emotionele voorkeur is blijkbaar ingebakken!

Ik maak twee korte algemene opmerkingen en stel dan mijn architectonische vraag. We vragen ons af hoe de wetgever de toegang tot de bestuursrechter zou moeten verruimen en hebben het in feite over adviezen aan eerstgenoemde. De verruimingsvraag als zodanig snijd ik nu niet aan, want daarover is voldoende gezegd en daarover zal nog voldoende worden gezegd. Ik wijs er wel op dat de wetgever niet gebonden is aan de dogmatiek. Al jarenlang heb ik kritiek gehoord en gelezen op de wetgever en die hoor ik nog steeds: datgene wat hij doet, zou dogmatisch niet zuiver zijn, of dat wat de rechter doet, zou dogmatisch niet zuiver zijn. Dit is beroepsdeformatie van geleerden en quasigeleerden. Ik zeg nogmaals dat de wetgever en de rechter met dogmatiek niets van doen hebben. Voor hen is de dogmatiek puur een hulpmiddel om wat consistentie te bereiken, tot overtuigende redeneringen te komen en praktisch aanvaardbare uitkomsten te bereiken. Dit is het enige dat van de dogmatiek voor de wetgever en de rechter belangrijk is.

Van der Veen heeft goed laten zien hoe de ontwikkeling is geweest. Het besluitbegrip is indertijd op heel andere gronden, eigenlijk op wetenschappelijke gronden, ingevoerd, en wel door Van der Pot, namelijk om een algemeen wetenschappelijk debat mogelijk te maken over een rechtsfiguur die gemeenschappelijk is aan alle delen van het bijzondere recht. Vervolgens vond er ongeveer een bedrijfsongeval plaats. De commissie-De Monchy wilde een zekere algemene overheidsrechtspraak, maar die moest dan bij de Kroon terechtkomen en er mochten vooral niet te veel zaken komen, zodat de commissie het beschikkingsbegrip als toegangsfuik invoerde; vóór die tijd kenden we dit begrip niet als zodanig. Daarnaast was er het ontwerp ODOL, inhoudende dat alle andere dingen in een bijzondere procedure bij de bestuursrechter terecht zouden komen. ODOL werd geschrapt, de Wet Bab bleef over, alleen voor de centrale overheid maar wel bij de Kroon. Toen hadden we dit beschikkingsbegrip voor het eerst als toegangscriterium. De bedoeling van de commissie-De Monchy was dat we even zouden uitproberen hoe het met die ruime toegang tot de Kroon zou gaan. Zou een en ander goed te behappen zijn, dan zou tot verruiming kunnen worden gekomen. Maar die verruiming is in de pen gebleven, want toen is Bab verder geformaliseerd tot Arob en dat Arob-begrip is een heel klein beetje uitgebreid tot besluiten van algemene strekking, niet zijnde algemeen verbindende voorschriften. De toegang ging echter nog steeds via het besluitbegrip.

Bij de bestuursrechter behoort datgene terecht te komen wat het beste door hem kan worden berecht. Dit is ook helemaal het uitgangspunt van al onze preadviseurs. Die zeggen wat mij betreft zeer overtuigend dat er een heleboel dingen zijn buiten

het besluit in enge zin die daarbij horen. De rechter heeft zijn rechterlijke taak vervuld door te beseffen dat de omschrijving van het besluitbegrip – daarnaar wordt verwezen in Hoofdstuk 8 – in de Awb niet een dogmatische functie heeft. In die wet wordt een poging gedaan om min of meer adequaat te omschrijven wat in ieder geval naar de bestuursrechter moet, maar dit kan niet méér zijn dan een onbeholpen omschrijving. De bestuursrechter ging allerlei dingen uitbouwen en we zien nu dat, als dit spel te lang doorgaat, de grenzen steeds langer en rafeliger worden en dat de problemen op een gegeven ogenblik een te grote omvang aannemen. Dan moet je iets anders verzinnen, en daarom komt die verzoekschriftprocedure ten tonele.

Het gaat mij erom dat men goed ziet wat de rol van de dogmatiek is in als het ware verschillende spelsituaties.

Voorzitter: Dit spel is bijna ten einde!

Konijnenbelt: Ja, maar nu kom ik bij mijn architectonische vraag.

Je kunt je voorstellen dat er twee methoden denkbaar zijn om, zoals is voorgesteld, de toegang tot de rechter te verruimen. In de eerste plaats: je hebt de vernietigingsprocedure en je hebt daarnaast een verzoekschriftprocedure of verzoekschriftprocedures, en laatstgenoemde worden zodanig ingericht dat de verzoeken waarop deze betrekking hebben, op de meest adequate wijze kunnen worden behandeld. Vooral Van der Veen gaat sterk die kant op. Je kunt echter ook een andere kant op gaan, namelijk die van in principe één procedure bij de bestuursrechter die zo flexibel is dat het weliswaar mogelijk is om door verschillende deuren binnen te komen maar dat het eigenlijk dus één procedure is en dat verder alles kan. Uit traditioneel oogpunt was dit de aanpak op grond van de Awb. Je ziet dit daar waar die besluiten een beetje zijn uitgebouwd en daar waar allerlei quasibesluiten tot besluit zijn gebombardeerd, alsmede aan de uitvoerige uitspraakbevoegdheden van de rechter die in artikel 8:72 Awb best nog verder kunnen. Verder is dit te zien aan onze prachtige procedure van de voorlopige voorziening die ultra kort is en ultra eenvoudig en waarmee we alles kunnen doen. Als je die procedure vergelijkt met die van Frankrijk – daar kennen ze vier hoofdprocedures en ongeveer tien bijzondere procedures die allemaal hun eigen beperkingen hebben, wat doffe ellende is – zie je dat Van der Veen helemaal gelijk heeft.

Mijn vraag is voor welk model we moeten kiezen. Moeten we kiezen voor een procesrecht dat uitgaat van verscheidenheid, inhoudende dat alleen datgene gemeenschappelijk gebeurt wat duidelijk gemeenschappelijk kan gebeuren en er verder een heleboel bijzondere procedures zijn? Of moeten we uitgaan van in principe één procesrecht met heel eenvoudige overstapmogelijkheden dat zo flexibel is dat je daarmee alles kunt doen wat nuttig is? Die vraag leg ik aan de vier preadviseurs voor. Het is dus slechts één vraagje!

Mr. G.A. van der Veen

Nu ik deze vraag ga beantwoorden, heb ik meteen de gelegenheid om iets buiten mijn stuk om te zeggen. Dit is een beetje vergelijkbaar met wat ik vroeger als advocaat wilde doen, namelijk een mooi stuk schrijven en vervolgens een mooi pleidooi houden. Met de nieuwe zaaksbehandeling mag het laatste niet meer.

In grote lijnen is de vraag of er één algemene procedure moet komen, of dat er een procedure dient te komen voor alle specifieke dingen. Kijkend naar de Awb met de huidige verzoekschriftprocedure voor schadevergoeding en de voorstellen die wij doen, zie je niet zo'n grote tegenstelling. Met de schadeverzoekschriftprocedure in de Awb is namelijk een net wat andere ingang geregeld naast het vernietigingsberoep dat we al kenden, maar strikt genomen hadden we in deze wet ook al een paar net iets andere ingangen. Denk aan het niet tijdig beslissen, met een procedure die ook niet gericht is op een vernietiging. In wezen is er dus sprake van een nieuwe ingangsmogelijkheid en verder is er in grote lijnen hetzelfde procesrecht. Je kunt verschil van mening hebben over de vraag of dat zo handig is voor schade. Mijn mening daarover – ik denk dat dit niet handig is – heb ik in Hoofdstuk 5 van mijn preadvies verwoord. Zoals ik zei, is er in grote lijnen sprake van hetzelfde procesrecht met voor de schadeverzoekschriftprocedure aan het slot een korte nieuwe uitspraakbevoegdheid, namelijk dat de bestuursrechter het verzoek toewijst als hij daarvoor gronden ziet. Het staat de wetgever naar mijn idee vrij om voor andere zaken die men met een verzoekschrift aan de bestuursrechter zou willen voorleggen, precies dezelfde korte omschrijving te blijven hanteren: de rechter wijst het verzoek geheel of gedeeltelijk toe. Dan heb je voor dit onderdeel bijna eenzelfde flexibele ruime uitspraakbevoegdheid als nu al in het kader van de voorlopige voorziening, want daar luidt de tekst in wezen: de bestuursrechter wijst de voorlopige voorziening toe die hij goed vindt.

De vraag is wat je dan overhoudt aan nuance en, in het ergste geval, aan wildgroei. Je houdt over dat je aan de ingang duidelijk maakt voor wat voor soort zaken mensen een verzoek kunnen indienen. Ik vind dat dit voor de rechtzoekenden zo duidelijk mogelijk moet zijn. We zouden inderdaad met een soort lijst kunnen werken zoals we die in het civiele recht kennen, maar meer dan dat hoeft het niet per se te zijn. Ik zeg nogmaals dat het dus niet een wildgroei hoeft te worden van allerhande verschillende procedures met zo veel mogelijk verschillende onderwerpen. Wel kan ik me goed voorstellen dat in dit kader wordt nagedacht over de vraag voor welke zaken men een spoedprocedure wil en voor welke zaken een soort normale inhoudelijke bodemprocedure, maar daarmee is het wat mij betreft dan ook wel over met het genuanceer.

Mr. F.J. van Ommeren

Konijnenbelt begon zijn interventie met de opmerking dat de wetgever niet gebonden is aan de dogmatiek, een opmerking waarmee ik het helemaal eens ben. Voor mij is dit dus een waarheid als een koe, maar daarmee is het nog niet minder een waarheid. Huisman en ik hebben in ons preadvies bewust gebruikgemaakt van een mengeling van dogmatiek en praktische argumenten; Konijnenbelt heeft aangegeven waarom dit zo belangrijk is. Die dogmatiek heb je heel hard nodig om het recht voorspelbaar te maken en houvast te bieden, en idealiter worden daarop dan ook zo weinig mogelijk uitzonderingen gemaakt. Maar de wetgever mag en moet – daar waar dit niet anders kan – wel uitzonderingen op die dogmatiek kunnen maken. Dit is precies de gedachtegang die wij in ons preadvies hebben gevolgd: zo veel mogelijk vertrekken bij de premissen die ons recht al heeft en daarop zo min mogelijk uitzonderingen maken. Op grond van onze voorstellen hoeft de wetgever veel

minder uitzonderingen te maken op de dogmatiek dan nu het geval is, want als onze voorstellen worden gerealiseerd, hoeft hij niet meer op allerlei plekken geforceerd bestuurshandelingen die dat eigenlijk niet zijn als besluiten aan te merken. Daarom is voor mij juist die mengeling van dogmatiek en pragmatisme ideaal.

Mr. K.J. de Graaf

Konijnenbelt sprak van een architectonische vraag. Mijn preadvies draagt de titel 'Verzoek *naast* beroep?'. Hij heeft het over één procesrecht gehad. Wij van onze kant hebben het over verzoekschriftprocedures, die zich wat mij betreft steeds in de niches van het bestuursprocesrecht zullen bevinden, waardoor in dit verband vaak het woord geneuzel valt. Die kwalificatie is niet onbelangrijk, maar het zijn wel procedures die *naast* dit beroep zouden moeten kunnen worden gevoerd en die daarmee ook een duidelijke combinatie kunnen vormen. Ik denk dat in een verzoekschriftprocedure een combinatie met een beroepschrift heel logisch is. Volgens mij geldt dit voor al die verzoekschriftprocedures die wij voorstellen; er is heel sterk sprake van een combinatie tussen het beroep op de bestuursrechter zoals we dit kennen, en het verzoek om nog iets anders te doen.

Dat er dan één procesrecht is, benadruk ook ik. Ik heb inderdaad een voorkeur voor het Duitse bestuursprocesrecht ten opzichte van het Franse bestuursprocesrecht. Duitsland ligt ook iets dichter bij Groningen dan Frankrijk! In het Duitse bestuursprocesrecht zijn er vergelijkbare uitgangspunten, maar daarin wordt gewoon zorgvuldig onderscheiden welk soort verzoek voorligt: vernietiging van een besluit, een gebod om een feitelijke handeling te verrichten enzovoorts. Ondanks dat die soorten verzoeken zorgvuldig worden onderscheiden, kunnen combinaties gemaakt worden.

Konijnenbelt: Niches zijn voor zover ik weet de plekken waar ik geld kan verdienen!

Mr. B.W.N. de Waard

Ik zat een beetje in tijdnood, waardoor ik niet alle preadviezen heel goed kon lezen. Dit kan natuurlijk niet als je hier het woord voert. Ik durf hier nu toch het woord te voeren omdat ik daartoe een klein beetje ben aangemoedigd. Omdat ik in tijdnood was, nam ik mij voor om de bespreking van de preadviezen van Verheij te lezen want zodoende kon ik een stap overslaan. Ik zou dan immers kunnen aansluiten bij alles wat hij heeft verwoord, of ik zou een ander standpunt kunnen innemen. Nu ik dit zeg, realiseer ik me dat ik eerst mijn vraag had moeten stellen.

Ik stel het punt van de formele rechtskracht aan de orde, want ik vind dat we er wat dit betreft een beetje bekaaid afkomen met het preadvies van Van Ommeren en Huisman. Volgens mij moeten we iets doen met het onderwerp formele rechtskracht en hadden de preadviseurs daarover iets meer moeten schrijven. Ik kan de problematiek van de formele rechtskracht ook doorspelen naar Van der Veen. We hebben in het bestuursrecht vaak last van deze problematiek en ik denk dat we erop moeten letten dat we, iedere keer als we iets gaan veranderen en we de mogelijkheden verruimen om iets aan de rechter te vragen, niet het risico inbouwen dat die rechter op een ander moment kan zeggen dat dit eerder gevraagd had kunnen worden, dat die

kans er geweest is, dat die bleef liggen en dat het dus niet meer mag. Van der Veen heeft enkele dingen voorgesteld ter uitbreiding van de mogelijkheden en daarover moet hij misschien ook nog iets zeggen.

Ik was gebleven bij mijn opmerking over de reactie van Verheij op de preadviezen, die ik met stijgende verbazing heb gelezen. Ik ben het heel erg eens met zijn reactie op het preadvies van Van Ommeren en Huisman, dus zowel met zijn complimenten als met zijn kritiek. Verheij had twee voorname punten van kritiek. Het eerste punt van kritiek betrof die *sense of urgency* en het tweede kritiekpunt was dat de preadviseurs te weinig hebben uitgewerkt. Daarmee ben ik het dus eens en ik zal daarover later in mijn interventie iets meer zeggen.

De reactie van Verheij op het preadvies van Van der Veen verbaasde mij in hoge mate, want als je zo hecht aan een *sense of urgency* zou je heel tevreden moeten zijn met het feit dat deze preadviseur juist enkele dingen noemt waarvoor geldt dat er in de praktijk echt behoefte is aan uitbreiding van de mogelijkheden bij de bestuursrechter. Die reactie begreep ik dus niet en laat ik het daar wat dit betreft bij laten.

Ik kom terug op die *sense of urgency* en wend me tot Van Ommeren en Huisman. Ik heb gezegd dat ik inderdaad het idee had dat het aan dit gevoel een beetje schort. Vanmorgen is er wel iets over de *sense of urgency* gezegd, maar ik ben echt geschrokken van wat ik op pagina 94 van het preadvies las. Daar staat: 'De belangrijkste winst van de verdere introductie van de rechtsbetrekking in het bestuursrecht is dat het wegen opent voor verdere ontwikkeling van ons rechtsgebied. Want dit is meteen het grootste bezwaar van de beperking tot het besluitmodel; het zet het bestuursrecht te veel op slot.'

Kortom, de voorstellen van Van Ommeren en Huisman worden gedaan voor het eigen rechtsgebied. Dit vind ik een ietwat te academische benadering en net als Verheij mis ik daarin de *sense of urgency* echt.

Ik ging vervolgens na waar die uitbreidingen moeten komen en heb onder andere gezien – ik beperk mij nu maar tot dit punt – dat dit moet gebeuren bij de 'ketenbesluitvorming', zoals Van Ommeren en Huisman die noemen. Zij noemen een aantal concrete interessante voorbeelden van dergelijke uitbreidingen aldaar, namelijk subsidies, de handhavingsketen, geldschulden en schaarse publieke rechten. Het zijn bekende voorbeelden, maar in het slot vind ik niet iets waaraan ik kan afleiden dat we nu weten hoe het daarmee verder moet. Mijn punten betreffen dus juist die ketenbesluitvorming, maar er zijn ook andere voorbeelden te bedenken.

Verder is er de problematiek van formele rechtskracht. In een keten van besluitvorming loop je op een gegeven moment namelijk aan tegen de formele rechtskracht of in ieder geval tegen het verwijt dat iets al eerder aan de orde had kunnen komen. Wat dragen de preadviseurs aan in de richting van iets van een reactie daarop? Zij dragen als oplossing aan het voor een aantal zaken verlengen van de beroepstermijn, en dan blijkt dat we niet moeten denken aan het zomaar een beetje verlengen van die termijn maar dat we dienen te denken aan een verlenging van vijf tot twintig jaar! Er wordt immers aangesloten bij het civiele verjaringsrecht. Ik vind dat een erg lange uitbreidingstermijn, ik vind de tekst daarover een beetje ongenuanceerd en ongemotiveerd. Ik kwam bij mijn bestudering van de preadviezen nog iets anders tegen, wat ook een beetje in de richting van een oplossing ging, namelijk dat je in sommige procedures zou moeten kunnen zeggen dat niet meer de rechtsgeldigheid

kan worden aangetast, maar wel de rechtmatigheid tegenover een bepaalde persoon die schade heeft ondervonden. Dit sprak mij aan omdat de oude houding van de civiele rechter tegenover bestuursrechtelijke rechtsgangen heel afhoudend was, in die zin dat hij er zich nooit mee wilde bemoeien. Als een besluit kennelijk aanleiding had gegeven tot vernietiging door de bestuursrechter, was er sprake van een onrechtmatige daad en was er dus aanleiding voor schadevergoeding. Dit past heel erg in de lijn van die civiele rechter die zich natuurlijk nooit wil bemoeien met de beoordeling van de bestuursrechter. Dit begrijp ik, maar iets dergelijks heb ik ook al in het preadvies gelezen en daar gaat het mij dus niet om.

Ik had gehoopt dat de preadviseurs een stapje verder zouden zetten op het punt van de formele rechtskracht, door een voorstel te doen om daarmee wat flexibeler om te gaan. Ik kijk nu naar buiten en zie dat de zon schijnt. Ik zeg dit omdat formele rechtskracht vergelijkbaar is met het weer; heel veel mensen mopperen daarover maar er is niemand die er iets aan doet!

Ik werd nog maar heel kort geleden geconfronteerd met de gedachte dat ik hier iets ging zeggen, wat ik nu doe. Gisterenavond laat heb ik gedacht dat ik op het punt van de formele rechtskracht creatief moest zijn en kreeg ik een idee. Het is weliswaar nog maar een begin van een idee, maar goed. Het heeft betrekking op het volgende. In heel veel zaken komt het voor dat een advocaat zegt dat hij moet inspringen, dat hij een procedure aanhangig moet maken omdat hij anders met de formele rechtskracht te maken krijgt. De rechter komt dan voor de vraag te staan of er nu al een belang is enzovoort. Het gaat om dit soort vragen: moeten we dit nu bespreken of later?

Mijn idee omvat grofweg twee elementen. Het eerste element is het afschaffen van de formele rechtskracht voor zover dit kan, bijvoorbeeld bij besluiten van algemene strekking. Daarover zou je moeten zeggen, zoals dit ooit is gebeurd in de discussie over beroep tegen algemeen verbindende voorschriften, dat je geen formele rechtskracht moet aannemen, geen gezag van gewijsde of hoe je het maar wilt noemen, maar dat dit gewoon ter discussie moeten kunnen komen in een beroep tegen besluiten die op zo'n algemeen verbindend voorschrift berusten. Dit voorstel moet je uitstrekken over alle besluiten van algemene strekking. Ik heb dat eerder uitgewerkt in de Nijmeegse bundel *In de regel*.

Het tweede element is dat er een voorziening zou moeten zijn, een methode of een instrument, inhoudende dat bijvoorbeeld de rechter kan zeggen: het is hartstikke leuk dat u gekomen bent, maar hier hebben we het nog even niet over, wat niet wegneemt dat die formele rechtskracht wordt gestuit. Ik spreek maar even van 'stuiten', al is ook dat een gevaarlijk woord om te gebruiken. Het gaat mij echter wel om een instrument dat op stuiting lijkt, inhoudende dat je al tegen het bestuur of eventueel tegen de rechter kunt zeggen dat je het later nog over de kwestie wilt hebben en dat daadwerkelijk afgesproken moet worden dat dit dan nog kan. Als we op die lijn zouden konden doordenken en als we iets konden vinden wat verstandig is om te doen, zouden we naar mijn idee een stapje verder kunnen zetten.

Voorzitter: Het weer hebben we nog niet veranderd, maar wat de formele rechtskracht betreft, gaat er nu misschien iets veranderen! We zullen zien wat de preadviseurs daarover zeggen. Onder andere met het oog op de tijd vis ik er twee punten uit, namelijk het punt van het afschaffen van de formele rechtskracht waar het

kan, bijvoorbeeld bij besluiten van algemene strekking, en het punt van het treffen van een voorziening, bijvoorbeeld die van stuiting van de formele rechtskracht. Van Ommeren gaat iets zeggen over het eerste punt, dus over het afschaffen van de formele rechtskracht waar dit kan.

Mr. F.J. van Ommeren

Ik ga een beetje formeel doen. Ik ben het eens met het idee om aandacht te besteden aan het tot op zekere hoogte afschaffen van de formele rechtskracht of de bezwaarlijke gevolgen van dat leerstuk te proberen te verminderen. Het ging vandaag eigenlijk om 'het besluit voorbij'. Algemeen verbindende voorschriften en besluiten van algemene strekking passen prima in die besluitwereld. Om die formele reden hebben wij dat soort besluiten in ons preadvies buiten beschouwing gelaten. Ik begrijp wel de gedachtegang achter de vraag waarom het wat die formele rechtskracht betreft juist bij besluiten van algemene strekking niet zo ingewikkeld is. Van mijn kant zit ik veel meer aan te hikken tegen het stuiten van de formele rechtskracht. Ik vind, eerlijk gezegd, dat wij in ons preadvies al behoorlijk wat aandacht aan die formele rechtskracht hebben besteed. Ik wil niet voorbijgaan aan het originele idee van de stuiting en daarover verder denken, maar wij betogen reeds in ons preadvies nogal wat over die formele rechtskracht. Een enkeling vroeg mij in de pauze juist of daarover nu echt zoveel moest worden opgenomen. Gezegd werd dat juist die bestuursrechtelijke vorderingsprocedure ons grotendeels van die formele rechtskracht problematiek kan bevrijden.

Wij hebben met betrekking tot de formele rechtskracht aangegeven dat het nuttig is om daartegen op een andere manier aan te kijken. Dat is zeker ook relevant voor die uitvoerings- of voorbereidingshandelingen waarover we vandaag met name spreken, namelijk de bestuurshandelingen rondom het besluit. Het op een andere manier aankijken tegen de formele rechtskracht houdt in het splitsen van enerzijds de rechtsgeldigheid van het besluit en anderzijds de rechtmatigheid dan wel de onrechtmatigheid. Dit splitsen kan heel goed dienst doen in situaties waarin het besluit formele rechtskracht heeft en waarin het dus als rechtsgeldig moet worden aangemerkt, maar waarin daaraan niet onmiddellijk de consequenties verbonden worden die daaraan op dit moment naar geldend recht moeten worden verbonden, namelijk de consequentie van rechtmatigheid. In onze benadering brengt formele rechtskracht rechtsgeldigheid met zich, maar daarmee wordt niet uitgesloten dat het besluit jegens bepaalde betrokkenen toch onrechtmatig is. De vergunning (of welke beschikking dan ook) blijft gewoon rechtsgeldig en wordt in stand gelaten of blijft behouden in de wereld van het recht. Maar die onrechtmatigheid jegens bepaalde betrokkenen kan bijvoorbeeld een titel zijn voor schadevergoeding. Zo hebben wij de kwestie van de formele rechtskracht uitgewerkt in Hoofdstuk 7 van ons preadvies. Ik zeg daar onmiddellijk bij dat dit helemaal geen originele gedachte is. De laatste jaren is zij in de literatuur wel vaker geopperd. Ik heb met name in AB-annotaties er zelf ook op gewezen dat dit een welkome ontwikkeling zou zijn. Daardoor wordt dus wel afstand genomen van het geldende recht.

Huisman: Mag ik daarover iets zeggen?

Voorzitter: Ja. Houd het wel kort, want jullie moeten eigenlijk met één mond spreken.

Van Ommeren: Dat doen we ook!

Mr. P.J. Huisman

We spreken zeker met één mond, want ik trek de lijn door en reflecteer op het voorstel.

De gedachte van aanhouding en stuiting veronderstelt dat er wordt opgekomen tegen een besluit. Dit zou in bepaalde situaties een procedeerdwang kunnen impliceren, bijvoorbeeld in de situatie Kuijpers/Gemeente Valkenswaard.[1] De vraag is wat het aanknopingspunt is voor stuiting als iemand het met een besluit op zich wel eens is maar als er vooraf onjuiste inlichtingen zijn verstrekt. Zit betrokkene er in zo'n situatie niet naast met zijn vordering?

De Waard: Is die vraag aan mij gericht?

Huisman: Ja.

Voorzitter: De vraag is duidelijk. Graag heel kort antwoorden, want anders krijgen we geen thee meer!

De Waard: Dit zou ik heel jammer vinden, maar ik wil op die kwestie ook niet al te diep ingaan. De preadviseurs plaatsen dit onderwerp zelf in een hoofdstukje over ketenbesluitvorming en ik heb niet het idee dat het altijd moet gaan om dingen in de vorm van een besluit. Formele rechtskracht is misschien niet een begrip dat heel goed past bij het fenomeen dat ik op het oog heb, namelijk – ik neem het zojuist genoemde arrest Kuijpers/Gemeente Valkenswaard als voorbeeld – dat je op een gegeven moment in de situatie kunt komen dat je onjuiste inlichtingen hebt verkregen, maar waarin je dat argument niet meer kunt aanvoeren. Volgens Van der Veen moet het mogelijk zijn om daartegen bij de rechter op te komen. Het gaat mij erom dat je later te horen kunt krijgen dat de mogelijkheid er is geweest maar dat die niet is benut en dat je verweer dus buiten de orde wordt verklaard.

Dit waren de vragen die mij hebben bezighouden ten aanzien van dit punt, dus het gaat mij niet louter om datgene wat we nu 'besluit' noemen maar om aangrijpingspunten.

Voorzitter: Bij andere soorten handelingen kan dit ook aan de orde zijn?

De Waard: Ja, misschien wel.

---

1 HR 9 september 2005, *AB* 2006, 286.

Voorzitter: Wij moeten deze discussie nu afsluiten.

Wij gaan thee drinken en ik geef u mee om tijdens het drinken van de thee even eerbiedig stil te staan bij een historisch moment, namelijk het feit dat Adrienne de Moor – u hoorde haar vandaag al spreken – acht jaar lid is geweest van het VAR-bestuur en dat dit haar laatste dag is in die hoedanigheid. Zij moet de vergadering vandaag wellicht eerder verlaten. Vandaar dat ik op dit moment bij dit feit stil sta. Wij danken haar enorm voor het werk dat zij voor de VAR heeft verricht met haar kennis van het Europese bestuursrecht, het economisch bestuursrecht en van de bestuursrechtspraak in het algemeen, want zij is ook bestuursrechter.

[Applaus]

Mr. P.A. Willemsen

Ik complimenteer De Graaf voor zijn mooie preadvies. Ik vond de andere preadviezen ook heel mooi, maar mijn vraag heeft betrekking op het preadvies van De Graaf, waarin ik weinig kon vinden waarmee ik het niet eens ben. Het was dan ook niet heel gemakkelijk om een vraag te verzinnen, maar ik doe een poging. Mijn vraag sluit een beetje aan op wat Bok heeft opgemerkt, maar ik vind dat laatstgenoemde De Graaf met zijn antwoord liet wegkomen. Nieuwe ronden, nieuwe kansen dus.

De Graaf is erg positief over het Duitse recht; we zouden Duitsland moeten volgen en niet Frankrijk. Met name op het gebied van de schadevergoeding ten aanzien van een onrechtmatig besluit, vind ik dit te kort door de bocht en ik vind eerlijk gezegd dat de preadviseur zich er op dit punt wat gemakkelijk van af heeft gemaakt. Ik vind het preadvies, zoals ik al zei, echt heel mooi, maar op dit punt vind ik het dus ietsje minder goed. Op pagina 235 schrijft de preadviseur: 'Een beperking van de rechtsbescherming in Duitsland is gelegen in paragraaf 40 lid 2 VwGO,[2] dat stelt dat de civiele rechter bevoegd is te oordelen over geschillen omtrent de aansprakelijkheid van de Staat en zijn organen.' In essentie betekent dit dat men in de meeste gevallen zijn schadevordering op grond van onrechtmatige overheidsdaad of rechtmatige overheidsdaad bij de burgerlijke rechter aanhangig moet maken. Op pagina 239 van het preadvies schrijft de preadviseur dat het voor het Franse stelsel van belang is dat het vernietigingsberoep in één beroepschrift kan worden gecombineerd met een geschil over de aansprakelijkheid van het bestuur, waarbij in beginsel elk van beide beroepen zijn eigen aard behoudt. Zo kan een ambtenaar in één beroepschrift de vernietiging vragen van een jegens hem getroffen disciplinaire sanctie en kan hij verzoeken om vergoeding van de schade die de sanctie hem heeft berokkend. In Duitsland ontbreekt deze mogelijkheid, wat mij onhandig lijkt. Wellicht denkt de preadviseur nu dat we toch de mogelijkheid hebben van de *Folgenbeseitigung*: een ongedaanmakingsverbintenis tegenover het bestuur om de gevolgen van een reeds uitgevoerde *Verwaltungsakt* ongedaan te maken, kan in een vordering voor de bestuursrechter geldend gemaakt worden. De meest voorkomende variant is dat de appellant die vordering als het ware combineert met zijn *Anfechtungsklage*, maar het

2 Verwaltungsgerichtsordnung.

gaat hier om een afweeraanspraak die is gericht op reparaties van de *status quo ante*. In theorie kan deze voorwaarde problemen met zich brengen, maar in de praktijk is dit niet of nauwelijks het geval. Als namelijk niet aan die voorwaarde kan worden voldaan, is het mogelijk om geld te vragen. Deze ontwikkeling past volgens het *Bundesverwaltungsgericht* nog in het systeem dat je, als iets feitelijk niet hersteld kan worden, om geld kunt vragen, maar daar ligt dan ook de grens. Alleen onmiddellijke gevolgen zou je moeten kunnen wegnemen met de *Folgenentschädigungsanspruch*. Het resterende nadeel kun je eventueel via de civielrechtelijke weg proberen te verkrijgen. Bij een in strijd met het recht geweigerde of te laat afgegeven vergunning of een andere begunstiging, staat de *Verpflichtungsklage* ter beschikking en een aanspraak op herstel in de zin van de *Folgenentschädigungsanspruch* kan dan niet worden afgeleid.

Kort en goed: het Duitse stelsel is mijns inziens op dit punt minder ver ontwikkeld dan het Franse stelsel en zelfs minder ver dan het Nederlandse. Verdient het Franse recht op dit punt dan niet de voorkeur boven het Duitse recht?

Mr. K.J. de Graaf

Hartelijk dank voor de complimenten en de interessante vragen, waaruit in ieder geval blijkt dat de interveniënte het preadvies zorgvuldig heeft gelezen, en dat is altijd goed om te horen.

Ik ga eerst een heel flauw antwoord geven.

Willemsen: Dat begrijp ik hoor!

De Graaf: Ik heb mij – dit heb ik vandaag al eerder gezegd – niet echt gericht op de vraag waar de rechtsmachtsverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter het best is geregeld of waar dat het minst goed is gebeurd. Het ging mij om geschillen tussen burger en overheid die door bestuursrechters elders dan in Nederland beslecht worden en die niet zien op een eenzijdige bestuursrechtelijke rechtshandeling: ons 'besluit', als rechtsingang bij de bestuursrechter. Ik heb met het oog op zulke geschillen onderzocht welke procedures open staan en hoe eraan is vormgegeven. Ik kan het met Willemsen eens zijn dat in Duitsland niet zo handig geregeld is dat je naar de civiele rechter zou moeten voor schadevergoeding vanwege een onrechtmatige *Verwaltungsakt*. Ik heb van mijn kant alleen de kersen van de taart gehaald, in die zin dat het Duitse bestuursprocesrecht wél procedures kent als het gaat om het afdwingen van een feitelijke handeling van het bestuur indien de burger dit wenst of als daartoe een recht of een plicht bestaat. Het ging mij er dus met name om, het bestaan van die procedure te erkennen en te betogen dat wij ook in Nederland aan een dergelijke procedure behoefte hebben. Ik was niet uit op de constatering dat het in Duitsland minder gesteld is met de mogelijkheid om een combinatie te maken van het beroepschrift en de schadevergoeding voor onrechtmatige daad.

Dat is flauw hè?

Willemsen: Nou, flauw. Ik begrijp het heel goed, maar de titel van uw preadvies is *Verzoek naast beroep*, en dan denk ik 'tja'. Uw eerste stelling komt erop neer dat we Duitsland moeten volgen in plaats van Frankrijk en dan noemt u in uw preadvies wel

het voorbeeld van die ambtenaar die een sanctie opgelegd krijgt en die zo handig die procedures kan stapelen.

De Graaf: Nu ben ik geneigd om u op positieve wijze tegemoet te treden en u gedeeltelijk gelijk te geven. Ik denk namelijk dat u gelijk hebt dat het in Frankrijk op dit punt handiger is geregeld dan in Duitsland, maar op dit punt zijn wij in het Nederlandse bestuursprocesrecht ook al beland. In de mogelijkheid het verzoek om schadevergoeding te combineren met het beroep tegen het vermeende onrechtmatige besluit voorziet het Nederlandse bestuursrecht dus ook, zeker na 1 juli 2013 wanneer dit een aparte procedure zal zijn, namelijk een verzoekschriftprocedure die ook gecombineerd kan worden met een beroepschriftprocedure tegen bijvoorbeeld de sanctie die de ambtenaar is opgelegd.

Willemsen: Voor de ambtenaren klopt dat, maar voor het overige is dit in veel mindere mate het geval.

Ik heb een valse tweede vraag, maar die zal ik bewaren.

Voorzitter: Die stellen we volgend jaar.

Willemsen: Maar ik vond het preadvies heel mooi!

Mr. S. Pront-van Bommel

Ik was al begonnen met het lezen van de preadviezen, want vanwege het zeer interessante en fundamentele onderwerp kon ik mijn nieuwsgierigheid niet bedwingen. Gisteren kreeg ik per e-mail het verzoek van de voorzitter om met een interventie te komen. Dit was een reden voor mij om vannacht en vanochtend door te gaan met lezen, maar dit heb ik – dit zeg ik er meteen bij – met ontzettend veel plezier gedaan.

Van harte spreek ik mijn complimenten uit aan de preadviseurs voor het schrijven van de preadviezen over zo'n complex en veelomvattend onderwerp met zoveel deelonderwerpen van het bestuursrecht. Dit deden zij niet alleen op een beperkt aantal bladzijden, al zijn het er meer dan 300, maar dit deden zij ook op een toegankelijke manier met heel veel voorbeelden. Zij brachten het onderwerp dus op een prettige manier, waardoor de werken goed leesbaar waren, maar dit neemt niet weg dat ik kritiekpunten heb. Ik formuleer het expres heel stellig als 'kritiekpunten' om discussie uit te lokken en zal proberen om deze punten te verpakken in een vraag aan alle preadviseurs maar in het bijzonder aan Van Ommeren en Huisman.

De titel van hun preadvies is 'Van besluit naar rechtsbetrekking: een groeimodel', maar ik vraag mij af of die niet moet luiden: 'Van besluit naar rechtsbetrekking en terug naar het besluit'. Zo ja, zijn we dan niet een beetje terug bij af? De preadviseurs hebben heel veel voorbeelden gegeven, zeer divers, en daarmee hebben zij het probleem in volle omvang laten zien. De vraagstelling was of de situatie nog werkbaar is met het besluitbegrip als het gaat om het beperken van het verkrijgen van toegang tot de rechter. De preadviseurs hebben overtuigend laten zien dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord, maar ik vraag mij van mijn kant af of zij vervolgens de goede oplossingen voor het probleem aandragen. Dit stel ik ter discussie aan de hand van een voorbeeld dat is ontleend aan de dagelijkse praktijk

van het wonen in een Vinex-wijk. Zulk wonen heeft voordelen: je kunt in zo'n wijk niet alleen heel prettig wonen, maar je krijgt er ook vanzelf allerlei heel interessante casussen op je bord zodra de bewoners weten dat je jurist bent. Een van die casussen deel ik hier dus graag.

Eerst de stelling en daarmee de vraag. Als je eenmaal op een pragmatische manier – op basis van allerlei voorbeelden – constateert dat het besluitbegrip niet meer werkt en dat de bestuursrechtspraak wat dit betreft eigenlijk heel erg verwrongen is en als je op basis van die constatering kiest voor het hanteren van de rechtsbetrekking als toegang, is vervolgens de vraag of je niet moet 'doorpakken' – ik vind dit overigens een vreselijke term – door consequent te zijn en het besluitbegrip dus echt los te laten. Van Ommeren en Huisman komen in dit verband tot een afbakening die onderschreven wordt door de andere preadviseurs. Voor mij is de vraag of je het probleem oplost indien dan toch wordt vastgehouden aan het besluitbegrip door te zeggen dat er, met het oog op feitelijke handelingen die appellabel moeten zijn, op de een of andere manier een relatie moet worden gelegd met een besluit. Gedeeltelijk – ik zal dit ook illustreren aan de hand van mijn voorbeeld – blijft het beeld complex en misschien blijft het ook nog wel te zeer verwrongen. Ik raad de preadviseurs dan ook aan om het besluitbegrip echt los te laten, met name wat het onderdeel rechtshandeling betreft.

Graag wil ik van de preadviseurs horen wat dan wel een goede afbakening is. Ik zou zeggen: neem gewoon de publiekrechtelijke bevoegdheid als uitgangspunt. Ik zou voor een heldere afbakening het criterium van het impliciete doel van het bestuursrecht willen hanteren. Die benadering heb ik in het preadvies gemist. Hier en daar zag ik wel terug dat het bestuursrecht dient voor het bieden van rechtsbescherming, maar de vraag is wat dit inhoudt. Tegelijkertijd wordt finale conflictbeslechting genoemd. Ik vraag mij af of finale geschilbeslechting hetzelfde is als het bieden van rechtsbescherming. Ik zou die twee niet zonder meer gelijk willen stellen, want in de tijd treedt er wat dit betreft een verschuiving op. De vraag is dus waartoe de rechtsbescherming dient en of je, als je dit nader bekijkt – ik verzoek de preadviseurs om daarop nader in te gaan – je nog daadwerkelijk kunt houden aan het besluitbegrip, al gebeurt dit via een omweg, zeker als je die rechtsbetrekking centraal stelt. Kort gezegd vraag ik de preadviseurs wat volgens hen de functie van de rechtsbescherming is en wat de functie van de rechtspraak.

Met het oog op die rechtsbescherming heb ik de positie van de burger als uitgangspunt genomen. Begrijp ik als burger waarvoor ik bij de bestuursrechter terecht kan? Kan ik bij hem terecht om rechtsbescherming te vragen? Ik wil eigenlijk meer uitgaan van die finale conflictbeslechting, die breed aanvaard is, en dan vraag ik mij af of ik bij de bestuursrechter terecht kan voor het beslechten van een conflict dat ik met het bestuursorgaan heb. Dit heb ik als uitgangspunt genomen, plus het punt dat die rechter mij goed moet kunnen uitleggen of ik toegang heb of niet. Ik begrijp het als de bestuursrechter zegt dat ik niet bij hem terecht kan omdat er geen sprake is van een typisch bestuursrechtelijke aangelegenheid en omdat het conflict een materie betreft die erg op privaatrecht lijkt omdat het over een overeenkomst met de overheid gaat. Als er een erfpachtovereenkomst in het geding is, begrijp ik dit. Het uit dit oogpunt hanteren van de publiekrechtelijke bevoegdheid als criterium vind ik, als we dan toch weer voor die rechtsbetrekking kiezen, het meest helder. Laat die rechtshandeling los, ook al is het in ver verwijderd verband!

Ik begrijp ook dat we de bestuursrechter niet moeten overladen, want hij heeft een bepaalde functie en die is het beslechten van rechtsconflicten, dus je moet niet te snel, te gemakkelijk en te vaak bij hem terecht kunnen. Ik proef door al die preadviezen heen dat met die kwestie geworsteld wordt, maar een heel helder criterium is dat niet moet worden vastgehouden aan het besluitbegrip. Neem, zou ik willen bepleiten, ook het *belang* als criterium om de toegang voor de burger goed af te bakenen. Het laatste meen ik terug te zien in het preadvies van Van der Veen. Heb ik dit goed begrepen? Er is geen belang als men eerst bij het bestuursorgaan terecht had gekund om na te laten gaan of er daadwerkelijk een conflict is. De rechter kan de burger zeggen – hij kan uitleg geven – dat hij te vroeg bij hem komt, dat hij eerst naar het bestuursorgaan moet gaan, dat hij veel te laat bij hem komt of dat de burger al voor de tweede keer bij hem komt. Voldoende zijn dus in mijn ogen een publiekrechtelijke bevoegdheid en belang en ik vraag mij af of het besluitbegrip niet moet worden losgelaten. Wie A zegt, moet immers ook B zeggen.

Ik kom op het voorbeeld dat ik zojuist al aankondigde.

Voorzitter: Als u een voorbeeld wilt geven, moet dit in twee zinnen gebeuren. Is dit mogelijk? Anders doen we het zonder voorbeeld.

Pront: Dat is mogelijk.

Het ging om de parkeerplaatsen voor de deur van bepaalde huizen, die zouden ontstaan doordat er strepen werden getrokken en op grond van het verkeersbesluit. Het verkeersbesluit maakt niet dat die parkeerplaatsen daar mogen komen, maar dit besluit wordt gelijktijdig genomen. Kun je die burgers uitleggen dat ze voor het trekken van die streep, waardoor mensen hun auto voor de deur mogen parkeren, niet bij de bestuursrechter terechtkunnen maar dat ze dit wel kunnen voor de tijdstippen waarop die auto's daar mogen parkeren?

Het preadvies van Van der Veen zorgt er waarschijnlijk niet voor dat de burger voor het trekken van die streep bij de bestuursrechter terecht kan. Mocht dit wel het geval zijn, dan moet hij mij uitleggen hoe een en ander met het besluitbegrip verband houdt. Ik zeg: neem de publiekrechtelijke bevoegdheid als criterium; dan is de situatie helder, want het betreft hier een bestuursrechtelijke aangelegenheid.

Mr. P.J. Huisman

Volgens mij laten wij de rechtshandeling wel degelijk los en knopen we juist aan bij de aard van de publiekrechtelijke bevoegdheid. Het aanknopingspunt is het besluitbegrip zoals we dit nu hebben en we willen naar een model waarbij alles wat met een besluit te maken heeft onder de competentie van de bestuursrechter komt. Het maakt niet uit of dit het trekken van strepen is of het handhaven en wat daar feitelijk bij hoort, dit valt allemaal onder die rechtsbetrekking. Volgens mij lopen onze meningen wat dit betreft niet uiteen.

Voorzitter: Pront mag hierop één reactie geven, maar ze mag geen wedervraag stellen.

Pront: Toch wordt aan het besluit vastgehouden. Het gaat erom of de inzet van de procedure op de een of andere manier met een besluit te maken heeft, dus het criterium is besluitgerelateerdheid.

Huisman: Ja. Als de inzet dus feitelijk handelen is, ongeacht waarop dit betrekking heeft, los van een besluit, hoort het beroep niet bij de bestuursrechter thuis.

Voorzitter: Bedoelt de preadviseur wellicht te zeggen dat je ook met feitelijk handelen dat geen verband houdt met een besluit, naar de bestuursrechter moet kunnen gaan als je daarover wilt procederen?

Huisman: Ja, voor *bepaald* zelfstandig feitelijk handelen zou dat kunnen, maar dat gaat wel een stap verder dan alleen de besluitgerelateerde feitelijke bestuurshandelingen.

Voorzitter: Het gaat dus om het bestuursrechtelijke karakter, dus om het feit dat het geschil wordt beheerst door materieel bestuursrecht?

Huisman: Ja, daarmee los je het probleem ook op, maar dat gaat wel verder.

Voorzitter: Dan liggen de standpunten inderdaad uit elkaar. Wellicht heeft dit – ik neem maar een voorschot – met het groeimodel te maken.

Mr. F.J. Van Ommeren

Je weet niet wat je allemaal binnenhaalt als je *al* het feitelijke overheidshandelen in één keer gaat overhevelen naar de bestuursrechter. Ik denk dan ook dat je daarmee heel erg voorzichtig moet zijn. Dit is de gedachte achter ons pleidooi om eerst aan te knopen bij het besluitgerelateerd handelen en dan voorzichtig te kijken – daarom spreken we inderdaad van een groeimodel – of er niet méér mogelijkheden zijn, bijvoorbeeld daar waar het zelfstandig feitelijk bestuurshandelen van een wettelijke titel is voorzien. We hebben in dat verband geschreven over de onmiddellijke handhaving van de openbare orde.

Pront vroeg naar de functie van het bestuursrecht.

Pront: Ik vroeg naar de functie van de bestuursrechtspraak.

Van Ommeren: U zei 'bestuursrecht'. Mijn antwoord op de vraag wat de functie van het bestuursrecht is, luidt dat die meer inhoudt dan alleen rechtsbescherming. Natuurlijk wordt een en ander in een rechtsbeschermingssleutel gezet wanneer het onderwerp dat uitlokt, zoals het onderwerp van vandaag. Maar bestuursrecht is voor mij primair het nemen van goede besluiten en beslissingen en het bewerkstelligen van goed overheidsbestuur. Hoe belangrijk rechtsbescherming ook is, zij is niet meer dan het sluitstuk, en juist dit type discussie bergt een beetje het gevaar in zich dat het doel van het bestuursrecht – het nemen van goede besluiten en beslissingen; goed overheidsbestuur – uit het oog wordt verloren. Die functie van het bestuursrecht is mede bepalend geweest voor de door ons gekozen benadering.

Mr. J.L. Verbeek

Ik dank de preadviseurs voor de drie heel mooie preadviezen met mooie analyses vanuit een brede visie en met een enorme rijkdom aan ideeën. Er werden misschien wat veel woorden gebruikt, maar ik heb van Van der Does geleerd dat dit niet erg is, zolang het geen woord te veel is. Ik hoop de komende jaren nog veel meer van dit soort preadviezen te lezen.

Nadat ik de preadviezen gelezen had en ik met name de conclusies en de stellingen op mij had laten inwerken – ik bekijk een en ander, net als de vorige spreker, als beroepsrechter vanuit het oogpunt van de rechtsbescherming – kwam de volgende vraag in mij op. Ik leg deze vraag in de eerste plaats voor aan Huisman en Van Ommeren, maar ik denk dat deze ook aan de andere preadviseurs kan worden voorgelegd. Mijn vraag luidt als volgt: moet het uniforme vernietigingsberoep, dat nu de standaardprocedure is in de Awb, als rechtsingang bij de bestuursrechter uiteindelijk niet worden vervangen door één uniforme verzoekschriftprocedure?

Ik licht mijn vraag toe en benader deze vanuit het uitgangspunt van een effectieve rechtsbescherming voor de burger. Dat het vernietigingsberoep tegen besluiten steeds knellender wordt, hoef ik niet meer toe te lichten, want dit is te lezen in de preadviezen en blijkt verder wel uit alles wat vandaag gezegd en besproken is. Als ik het heb over *effectieve geschilbeslechting*, zijn de criteria die ik daarvoor hanteer – ik benader het op deze wijze omdat het anders een containerbegrip blijft – in de eerste plaats snelheid, in de tweede plaats finale geschilbeslechting en in de derde plaats hanteerbaarheid voor met name de burger die de door Van Ommeren aangehaalde advocaat niet kan betalen, dus de burger die het allemaal maar zelf moet doen.

Wat die snelheid betreft: er wordt aardig succes geboekt, zeker in de eerste lijn dankzij de nieuwe zaaksbehandeling. Dat finale geschilbeslechting in het bestuursrecht überhaupt een kwestie is, komt volgens mij omdat wij, de bestuursrechters, nog steeds *besluiten* moeten toetsen waardoor we niet rechtstreeks kunnen oordelen over de rechtsbetrekking, dus bijvoorbeeld over de vraag of een bepaalde burger recht heeft op een bepaalde uitkering, dan wel of 'zijn' subsidie terecht is ingetrokken, dan wel of er terecht een horecavergunning is verleend voor het café van zijn buurman. We komen aan zulke vragen alleen toe via de band van het toetsen van het besluit: eigenlijk het voertuig waarmee het bestuur de inhoud van die rechtsbetrekking heeft bepaald. Als we van dit besluit af konden komen, zou de bestuursrechter genoodzaakt zijn om altijd rechtstreeks, net als zijn civiele collega, gewoon te oordelen over de inhoud van de rechtsbetrekking. Ik las dan ook met veel genoegen de conclusie in het preadvies van Huisman en Van Ommeren waarin staat dat zij menen dat het begrip bestuursrechtelijke rechtsbetrekking zich voldoende heeft ontwikkeld om als aanknopingspunt te dienen voor de rechtsmacht van de bestuursrechter. Ligt het dan niet voor de hand om dit begrip, in plaats van het besluit, in het bestuursprocesrecht tot object van het geschil te maken? Volgens mij is dit een gedachte die ook wortels heeft in de ontwikkeling van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming, want in de jaren veertig en vijftig heeft de rechtspraak van de civiele kamer van de Hoge Raad daarin een belangrijke rol gespeeld. Ik denk aan de Woonruimteverordeningsarresten en de Landsmeerarresten, die volgens mij allemaal zijn terug te vinden in *AB Klassiek*. Ook in die zaken oordeelde de civiele rechter uiteindelijk over rechtsbetrekkingen waarvan het besluit inderdaad de kern

vormde, want uiteindelijk lagen aan de geschillen besluiten van burgemeesters en andere bestuursorganen ten grondslag. Daarbij diende niet een vernietigingsberoep als rechtsingang, maar een vordering die de burger tegen het bestuursorgaan had ingesteld. Als we voor een dergelijke benadering zouden kiezen, zouden we het vernietigingsberoep als rechtsingang niet meer nodig hebben en zouden we dus kunnen overschakelen naar een verzoekschriftprocedure. Dit zou tevens inhouden dat de bestuursrechter niet meer kan blijven steken in procedurele vernietigingen en dat hij evenmin nog kan vluchten in vernietigingen op het zorgvuldigheids- of het motiveringsbeginsel. Dit mag hij sinds 1 januari van dit jaar overigens ook niet meer doen, maar niettemin gebeurt het nog steeds, uit gewoonte of misschien wel onder druk van het productiesysteem.

Als we kiezen voor een verzoekschriftprocedure, zou dit naar mijn idee ook een uniforme en laagdrempelige verzoekschriftprocedure moeten zijn, want ze moet voor de burger wel hanteerbaar blijven. De burger zou dus een verzoekschrift moeten kunnen indienen waarin hij in de taal van een leek uitlegt wat zijn probleem met het bestuursorgaan inhoudt. Verder zou het aan de rechter zijn om in gesprek met partijen te bepalen wat precies het probleem is, want ik denk dat je de burger niet moet belasten met een keuze tussen een beroep of een verzoekschrift en met meerdere verzoekschriftprocedures waarvoor hij misschien ook zelf vorderingen moet formuleren. Laat dit nou maar aan de rechter over en voor de goede orde merk ik op – dit is al gepasseerd vanmiddag – dat de rechter niet in zijn studeerkamer interpreteert maar dat van de nieuwe zaaksbehandeling ook onderdeel uitmaakt dat hij zo vroeg mogelijk met partijen gaat praten. Dan krijgt hij vanzelf wel boven water waar het probleem nu eigenlijk zit en wat die burger zou moeten bedoelen te vorderen. Geef ons rechters inderdaad ook maar die uitspraakbevoegdheden à la carte, zoals Van der Veen die noemt, dan bespreken we verder wel met partijen hoe die uitspraak er precies uit moet komen te zien.

Mr. G.A. van der Veen

Ik begreep dat alle preadviseurs veel te veel stellingen hebben opgenomen, maar naar aanleiding van het fraaie idee van Verbeek kan ik daaraan toch nog twee stellingen toevoegen.

De eerste stelling is: de bestuursrechter is geen bestuurder. De tweede stelling is: de bestuursrechter is geen procespartij. Daarmee bedoel ik het volgende. Het idee van de verzoekschriftprocedure die we langzaamaan zien ontstaan, is dat de bestuursrechter definitief iets vaststelt. Dit mag hij wat mij betreft doen omdat er, als het goed is, iets aan de orde is waarover het bestuur al een standpunt heeft bepaald of waarvan we vinden dat er niet zo gek veel ruimte moet zijn voor allerlei bestuurlijke vrijheden. Ik denk echter dat het bij het besluit net wat anders in elkaar steekt, dus wat dit betreft ben ik wellicht toch een beetje traditioneel van aard. Natuurlijk hebben we de finale geschilbeslechting – als ik het goed heb, is die geregeld in artikel 8:41a Awb – maar de desbetreffende bepaling is nog steeds een aansporing, een motto, vergelijkbaar met artikel 21 van de Grondwet. Die is dus niet heel erg dwingend en ik denk dat dit maar goed is ook, want juist ten aanzien van het berechten van geschillen over besluiten vinden we nog steeds dat het bestuur het voortouw moet nemen. Daarvoor hebben we toch nog steeds een aparte procedure,

ook met die beperkte termijnen van bezwaar en beroep. Die zouden wat mij betreft zeker niet hoeven te gelden voor allerlei andere zaken. Hiermee grijp ik terug naar de discussie hierover die voor de pauze plaatsvond: het probleem van de formele rechtskracht zou er bij deze benadering niet hoeven te zijn, omdat dan naar mijn idee eerder kan worden gewerkt met verjaringstermijnen. Ik vermoed dat de andere preadviseurs mijn mening op dit punt delen, en zo niet, dan roepen zij mij maar terug.

Ik kom terug op het onderwerp. Ik vind het prima om alles te vervangen door één uniforme verzoekschriftprocedure – dit is voor de pauze eveneens aan de orde geweest – maar dit laat onverlet dat daarachter toch weer moet worden gedifferentieerd. Ik denk dat die differentiatie fors zal zijn, aangezien het gaat om besluiten enerzijds en allerlei andere kwesties anderzijds. Als dit zo is, moet je misschien geen uniformiteit suggereren die er achter die façade toch niet is. Meer in het bijzonder is het niet wenselijk de suggestie te wekken dat de burger inderdaad met alles bij de rechter als bestuurder terecht kan. Daarom benadruk ik dat er een apart beroep moet komen, in ieder geval wat de inhoud betreft.

In de ochtend heb ik mijn zorgen uitgesproken over het formuleren van verzoeken, want het is razend lastig om dit goed te doen. Ik denk dat de rechter partijen wat dit betreft tegemoet zou moeten komen, maar dat het wel een keer ophoudt. Mij lijkt dat het niet zo kan zijn dat de bestuursrechter partijen maar weer eens in een comparitiezitting om de tafel vraagt en de vraag stelt: wat hadden jullie ook alweer precies met elkaar en hoe luidt het verzoek dan vandaag? Nee, je zult een basisprecisie moeten verlangen.

Voorzitter: Dank voor de aansporing om de procedure concreet te blijven beginnen!

Mr. L.M. Koenraad

Op verzoek van de voorzitter bouw ik voort op de interventie van Verbeek. Ik begin met twee heel korte opmerkingen.

In de eerste plaats sluit ik mij aan bij de woorden van lof voor de preadviseurs.

In de tweede plaats zeg ik dat ik het pleidooi van Kortmann beschouw als een wenkend toekomstperspectief en een prachtig plan, maar er is sprake van één probleem, namelijk dat ik ooit minder ambitieuze projecten onder ogen heb gehad. Dit maakt mijn vraag naar mijn idee tot een actuele.

Wat te doen met grensschermutselingen tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter? Er zijn in de preadviezen veel punten aan de orde geweest, maar dit punt is onbesproken gebleven en ik denk dat er toch wel goede redenen zijn om gezamenlijk na te denken over een efficiënt – ik bedoel daarmee snel en finaal – doorverwijzingssysteem. Dit is in de eerste plaats relevant omdat aan zo'n doorverwijzingssysteem meer behoefte bestaat naarmate de kans op competentieconflicten tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter toeneemt; dit zal het geval zijn als de 'magische lijn' wordt verschoven. Van Ommeren zei vanochtend al dat iedere grens bediscussieerd wordt, dus dat ook nieuwe grenzen nieuwe discussies oproepen. Dit zal onnodige procedures en kosten met zich brengen.

In de tweede plaats zeg ik dat het, naarmate een doorverwijzingsmogelijkheid beter functioneert, eenvoudiger wordt om te experimenteren met verschuiving van

rechtsmacht en dat je kunt werken aan je groeimodel. Met deze opmerking wil ik natuurlijk niet zeggen dat de wetgever maar wat aan kan rotzooien met het verdelen van rechtsmacht.

Ik ga in op de systemen en wil graag dat De Graaf in eerste aanleg mijn vraag beantwoordt. In essentie kun je kiezen uit twee systemen. Het eerste systeem noem ik voor het gemak 'het Duitse model', inhoudende dat de rechter die het rechtsmiddel ontvangt – de dagvaarding, het beroepschrift of het verzoekschrift – zo snel mogelijk een oordeel geeft en dat die andere rechter daaraan is gebonden. Het tweede systeem noem ik voor het gemak 'het Franse model', inhoudende dat er een afzonderlijke instantie komt die in eerste en enige aanleg beslist over competentieconflicten. Het eerste systeem heeft wel het voordeel dat we in essentie al kennen, verwoord in artikel 8:71 Awb, en artikel 70 Rv, maar de efficiency laat natuurlijk wel wat te wensen over als je hoger beroep of eventueel cassatie wilt. Je kunt het hoger beroep uitsluiten en eventueel kiezen voor cassatie in het belang der wet en dan kom je dus uit bij de Hoge Raad. Dit klinkt aardig, maar daarbij maak ik één kanttekening, namelijk dat je daarmee een hypotheek neemt op de discussie over de vormgeving van het hoger beroep in het bestuursrecht. Naarmate dit ingewikkelder wordt, neemt de kans op een nuloptie toe.

Het tweede systeem dat door mij is genoemd, zou als voordeel hebben dat er sprake is van een onafhankelijke instantie die een knoop doorhakt. Die onafhankelijke instantie staat dus los van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, van welke rechter in hoger beroep in het bestuursrecht dan ook en van de Hoge Raad. Het nadeel van dit systeem is echter dat er weer een instantie bij komt, alsof we niet genoeg instanties hebben die zich met rechtspraak bezighouden. Mijn vraag aan, in eerste aanleg, De Graaf is naar welk model zijn voorkeur uit zou gaan.

Mr. K.J. de Graaf

De twee door Koenraad bedoelde modellen zijn duidelijk. Ik kies voor het eerste model, maar in mijn preadvies – dit is wel een beetje een kwestie van de knuppel in het hoenderhok gooien – heb ik mij buitengewoon pragmatisch opgesteld, met name daar waar ik schrijf: 'Een gedeelde rechtsmacht laat zich goed denken.' Daarmee beoogde ik te stellen dat het mij voornamelijk gaat om een effectieve en efficiënte afdoening van het gehele geschil en dat daarbij soms noodzakelijk is dat andere handelingen dan besluiten door de bestuursrechter worden beoordeeld. Het lijkt mij daarom handig dat die bestuursrechter zich daarover kan uitlaten. Ik hoop dat niet iedereen over mij heen valt nu ik zeg dat ik in dat verband heb opgemerkt dat dit niet zou hoeven afdoen aan de bevoegdheid van de burgerlijke rechter. Dit is buitengewoon efficiënt en effectief, maar wellicht is dit de nachtmerrie van Koenraad.

Koenraad: Een nachtmerrie? Het verhaal van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking had toch juist tot doel, meer helderheid te scheppen om uiteenlopende rechtsoordelen en meer onduidelijkheid te voorkomen?

Voorzitter: Dit gevaar bestaat?

Koenraad: Ja, dit gevaar zie ik wat dit betreft nog steeds.

Voorzitter: Verbeek en Koenraad zijn met een 'samenhangende interventie' gekomen. Wil Verbeek nog reageren?

Mr. J.L. Verbeek

Natuurlijk heeft Van der Veen er gelijk in dat ergens een juridisch kader moet bestaan waarin de vordering die de burger bedoelt in te stellen moet worden ingepast. Mij lijkt dat we op dit punt discussiëren over de vraag of het glas half vol is of half leeg, maar naar mijn idee zit er wel licht tussen onze opvattingen ten aanzien van het 'neerleggen' van die last. Ik vind namelijk dat je die last niet bij de burger moet neerleggen, maar dat je die uiteindelijk bij de rechter moet laten.

Van der Veen: Ja, maar ik denk dat het verschil maakt of je voor of achter het glas staat.

Voorzitter: Dit zijn mooie antwoorden waarover we kunnen nadenken.

Mr. L.J.J. Rogier

Ik kom voor de handhaving, en de handhaving komt inderdaad altijd achteraan! Mijn vraag over handhavingsbesluiten is of die wel zo mooi passen in het systeem dat de preadviseurs ons voorschotelen.

Eerst nog even dit. Ik vind de drie preadviezen even mooi, maar ze zijn wel veel te dik en veel te laat verschenen. Alleen Kortmann krijgt het voor elkaar om al die preadviezen nog op tijd te lezen. Ik weet niet wanneer hij de preadviezen heeft gekregen, maar ik kreeg ze betrekkelijk kort voor aanvang van deze vergadering, dus ik moest mijn uiterste best doen om ze allemaal te lezen. Dit terzijde.

Ik wilde ook iets zeggen over het harde oordeel dat Verheij in het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* heeft geveld over het preadvies van Van der Veen, maar gelukkig heeft met name Willem Konijnenbelt daarop al heel positief gereageerd in die zin dat Van der Veen eigenlijk onze Agatha Christie is en dat de andere preadviseurs meer systeembouwers zijn. Ze zijn, zo zou je het kunnen zeggen, meer architecten van het bestuursrecht. Ik denk dan aan Rem Koolhaas. Die culturen zijn twee heel andere en misschien heeft Verheij zich daarin verslikt. Van een advocaat die met zijn voeten in de modder staat, wordt namelijk verwacht dat hij creatieve oplossingen verzint voor allerlei situaties die op hem afkomen en dan gaan zijn gedachten soms alle kanten op. Gedachten. Dit probleem gold misschien tijdens het schrijven ook voor Van der Veen: hij moest zijn gedachten op associatieve wijze met de lezer delen.

Als je op de Kneuterdijk werkt, sta je niet met je voeten in de modder want dan sta je op een dijk en dan sta je daar toch wat verder van af. Ik laat het wat dit betreft hierbij.

Ik ga over naar de handhaving. Mijn probleem met de ons in de preadviezen voorgeschotelde dogmatiek met betrekking tot de handhaving is het volgende. Ik denk dat we er met die handhavingsbesluiten toch wel wat bekaaid afkomen, dat daarover te weinig is doorgedacht. Er wordt hier en daar weliswaar een handhavingsbesluit genoemd, maar de kern van het bestuursrecht is en blijft toch het besluit en alles

wat daar omheen hangt en men kijkt voornamelijk vanuit een bestuursrechtelijke, naar het privaatrechtelijke tenderende optiek waarin de handhaving niet goed past; handhaving is van oudsher een bijkomende zaak en dat de Awb voor handhavingsbesluiten nu een zelfstandige grondslag eist, veroorzaakt eigenlijk alleen maar verwarring.

Vroeger – laten we zeggen meer dan een halve eeuw geleden – was handhaving als vanzelfsprekend verbonden aan een bestuursbevoegdheid, namelijk het *privilège du préalable*, maar ik denk dat alleen De Graaf dit begrijpt en natuurlijk Konijnenbelt. De handhavingsmaatregel sloot aan bij een andere bestuursbevoegdheid, zoals bijvoorbeeld de vergunningverleningsbevoegdheid, en bij de verplichting om een vergunning aan te vragen. De handhaving komt dan pas in beeld als er zonder vergunning wordt gehandeld of als vergunningsvoorschriften worden overtreden. In Duitsland is dan ook de last onder dwangsom en de last onder bestuursdwang in een aparte wet geregeld, namelijk in het *Verwaltungsvollstreckungsgesetz* en dat is niet voor niets het geval, want het is iets aparts.

Ik laat de bestuurlijke boete nu even liggen, want ik begrijp dat Michiels daarover iets gaat zeggen. Die staat in Duitsland overigens ook in een aparte wet, namelijk in het *Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG)*. Ik hoop dus dat Michiels ingaat op de bestuurlijke boete in het bestuursrecht.

Handhavingsbesluiten scheppen op zichzelf geen primaire rechtsbetrekking. Laten we dat vaststellen. Het zijn afgeleide besluiten en dan ook nog heel bijzondere waarvoor de vraag voorop staat of er sprake is van een overtreding. Dit is de focus die je moet hebben en je mag niet van partijen laten afhangen of je die hebt of niet. Het probleem in de praktijk is telkens dat dit wel gebeurt. In die zin is de gedachte van Van Ommeren en Huisman op pagina 61, inhoudende dat de rechter eigenlijk moet kijken wat er aan de hand is, niet zo gek. Daarmee zou deze rechter aansluiten bij datgene wat de strafrechter doet; hij vraagt zich af of de wet wel is overtreden, of het strafbare feit is begaan. Dit is een heel andere vraag dan die of er sprake is van een rechtsbetrekking en hoe die er verder uitziet.

Ook de onmiddellijke handhaving van de openbare orde is niet zomaar een feitelijke bestuurshandeling, maar hiervoor geldt eveneens dat het kernprobleem gekoppeld is aan de vraag welke norm nu eigenlijk is overtreden en daar past die dogmatiek die we vandaag voorgeschoteld kregen, niet goed in. Overigens is het een heilloze weg om de rechter vooraf in te schakelen, in die zin dat we dan terug bij af zijn en dat alles weer bij de strafrechter terecht komt. Dit moeten we natuurlijk ook niet hebben!

Allerlei besluiten die rondom handhavingsbesluiten of -handelingen liggen, toezichtshandelingen en uitvoeringsbesluiten – dan heb ik het niet eens over de *naming and shaming* gehad – zijn heel aparte soorten besluiten waarop de op het privaatrecht georiënteerde rechtsbetrekkingenleer niet zo eenvoudig van toepassing is als op de echte bestuursbesluiten en daarmee verbonden handelingen. We hebben het dus over verschillende soorten handelingen en besluiten, en ook de rechter kan niet met elke handeling of elk besluit op dezelfde wijze omgaan. Naar mijn idee gaan de preadviezen op dit probleem onvoldoende in en volgens mij helpt een groeimodel ook niet om dit op te lossen.

Mr. F.J. van Ommeren

Ik vind dat de dogmatiek juist bij uitstek van oudsher hierop is toegesneden, precies om de reden die Rogier aangeeft. Hij zegt namelijk – ik vat zijn woorden samen – dat de handhavingsbevoegdheid van oudsher een inherente bevoegdheid is, inherent aan de originaire bevoegdheid die het bestuursorgaan al heeft om besluiten te nemen. We wilden terecht aparte publiekrechtelijke bevoegdheden, specifiek voor allerlei handhavingsinstrumenten – ik vind dit een prachtige ontwikkeling – en daardoor zijn alweer jaren geleden twee mooie regelingen in de Awb opgenomen voor bestuursdwang en de dwangsom. Ik laat, net als de interveniënt, de boete terzijde, waarvoor nu ook een regeling bestaat. Zoals ik al zei, is dit een prachtige ontwikkeling en ik zie absoluut niet een verschil en zelfs geen spanningsveld tussen datgene wat wij hier betogen en wat de interveniënt inbrengt.

Rogier: Ik kan de redenering goed volgen, maar dit is stap 1. Natuurlijk houdt het er verband mee, maar stap 2 betreft iets anders: het gaat daar om de vraag of er sprake is van een overtreding, en die moet worden vastgesteld. Dit kun je niet aan het bestuur overlaten en misschien kun je dit evenmin goed aan de bestuursrechter overlaten.

Mr. C.J.A. Crasborn

Ik sluit mij aan bij de hoofdstelling dat er geen relatie ontstaat door bestuursdwang of een last onder dwangsom. Die relatie ontstaat echter ook niet door bijvoorbeeld de vergunningverlening. Je zou eerder kunnen zeggen dat door de vergunningverlening een relatie eindigt, namelijk de relatie waarin de aanvrager en het bestuursorgaan hebben gestaan tijdens de voorbereiding van het besluit tot vergunningverlening. Als die vergunning er eenmaal is, is deze onderdeel geworden van het objectieve recht. Ditzelfde geldt voor de handhavingsbeslissingen, wat in feite ook een hier aangevoerd argument is. Het is voor mijn gevoel juist een groot voordeel geweest dat die inherente bevoegdheid tot het uitoefenen van politiedwang, via het besluit dat daaraan ten grondslag ligt, expliciet is gemaakt. Ik zeg nogmaals dat er geen relatie ontstaat door een handhavingsbesluit en evenmin door de zeer belangrijke algemene figuur van de vergunningverlening. Dit is überhaupt mijn grote bezwaar tegen de bestuursrechtelijke betrekking als grondslag voor de bevoegdheid van de rechter. Door veel besluiten ontstaat geen betrekking, en is wel degelijk een bestuursrechtelijke betrekking *vóór* de totstandkoming van een besluit. Dit is een heel belangrijk soort bestuursrechtelijke betrekking, maar het bestuursrecht gaat niet op in bestuursrechtelijke betrekkingen.

Voorzitter: Dit is een vraag aan velen hier. Wij hebben het steeds over een rechtsbetrekking, alsof die bijvoorbeeld uit vergunningverlening ontstaat. Of dit gebeurt, kun je je echter wel degelijk afvragen, gezien de benadering van Crasborn dat een vergunningverlening het objectieve recht verandert en dat de rechtsbetrekking waarover we het moeten hebben, aan de vergunningverlening voorafgaat.

Rogier: Die wordt dan door de wetgever in het leven geroepen, zou je kunnen zeggen. Ja, in die zin klopt het.

Mr. L.J.J. Rogier

Van Ommeren zegt dat het inherent is aan de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking dat er wordt gehandhaafd. Ik begrijp dan niet waarom hij op pagina 61 voorstelt dat de rechter daar toch eerst naar kijkt.

Mr. F.J. van Ommeren

Tegen Crasborn zeg ik dat ik, als ik een vergunning krijg, verplicht ben om mij aan de voorwaarden te houden en dat ik weet dat ik een tik krijg – laat ik het op een alledaagse manier zeggen – als ik mij niet daaraan houd. Als vergunninghouder sta ik dus constant in een bepaalde betrekking tot het bevoegd gezag. Ik kijk hier dus inderdaad anders tegenaan dan Crasborn doet. Ik zou er graag veel meer over zeggen, maar u heeft echt een fundamenteel ander gezichtspunt. Naar mijn idee sta je als vergunninghouder in een *voortdurende* verhouding tot het bevoegd gezag; en is het dus niet zo dat er een gefixeerd punt is, waarna het recht op een gegeven moment klaar is, alsof er dan weer een lege wereld of zoiets ontstaat, waarin het recht geen rol meer speelt. U hakt de rechtsbetrekking in stukjes en zegt dan: kijk maar, er is geen rechtsbetrekking er zijn alleen maar stukjes.

Vervolgens iets over de nadere vraag van Rogier. Heeft die vraag betrekking op het punt in paragraaf 5.3, waarin wij aangeven dat het ook goed zou zijn als de rechter soms meekijkt?

Rogier: Ja. Als ik de impliciete stelling op pagina 61 goed begrijp, houdt die in dat de preadviseurs bepleiten dat bij de handhaving eerst de rechter in bepaalde gevallen vaststelt dat er inderdaad sprake is van een overtreding. Ik vraag mij af hoe hij dit moet doen.

Van Ommeren: Dit *moet* hij niet doen, maar dit *mag* hij doen. Het is moeilijk hier met een korte toelichting te volstaan, omdat wij dit geschreven hebben in de context van datgene wat wij een vordering van het bestuur bij de bestuursrechter hebben genoemd. Zoiets is nogal ingrijpend en vergt een stelselwijziging. Om het toch heel kort te houden, doe ik alsof Rogier dit allemaal weet of heeft meegekregen. Aanleiding voor onze gedachtegang hebben wij gevonden in het overeenkomstenrecht. Als je in die denktrant meegaat, rijst in een groeimodel de vraag of er, als men een vordering door het bestuur in bepaalde gevallen mogelijk maakt – wij willen dit in ieder geval mogelijk maken bij het overeenkomstenrecht –, nog meer gevallen zijn waarin het zinvol is om erover na te denken of ook een vordering van het bestuur bij de bestuursrechter mogelijk moet zijn. Dan komen we niet geheel toevallig bij de handhaving uit en in dit kader geven wij aan dat zo'n vordering denkbaar is in die gevallen waarin bestuursorganen aarzelen of onzeker zijn over het gebruikmaken van hun bestuursrechtelijke handhavingsinstrumentarium. De vraag is of het niet nuttig zou zijn om het voornemen tot handhaving, alleen in die gevallen waarin

bestuursorganen dat wenselijk achten – het is een facultatieve mogelijkheid – van tevoren door de rechter te laten toetsen. Het gaat om die preventieve route.

Mr. F.C.M.A. Michiels

Ik stel mijn vraag naar aanleiding van het preadvies van Van Ommeren en Huisman, maar de vraag kan in principe door alle preadviseurs worden beantwoord. De voorzitter mag dus uitmaken wie straks antwoord zal geven.

Zou het een goed idee zijn om in het toekomstige bestuursrecht waarvoor geldt dat het besluit als toegang tot de rechter voorbij is, met name hoge bestuurlijke boeten niet meer door bestuursorganen te laten opleggen maar dit, op hun verzoek, te laten doen door de bestuursrechter?

Aan deze vraag ligt een algemenere vraag ten grondslag. Vaststellend dat het interessant is om te kijken naar wat er allemaal mogelijk is – dit kunnen we nu naar mijn idee wel doen – in een nieuw bestuursrecht waarin het besluit niet meer als exclusieve toegang tot de bestuursrechter fungeert, heb ik mij afgevraagd wat dit nu aan concrete verbeteringen oplevert, bijvoorbeeld uit het oogpunt van rechtsbescherming, zonder aan de effectiviteit van het bestuurlijk handelen al te zeer af te doen. Er wordt een mooie algemene beschouwing gegeven, maar de vraag is wat het in concreto gaat opleveren wanneer het besluit niet meer als exclusieve toegang tot de bestuursrechter fungeert, en in welke zin we daar wijzer van worden. Dit is naar mijn idee ook een beetje de achtergrond van de milde kritiek van Verheij op alle preadviezen: het is allemaal mooi en aardig, maar wat schieten we ermee op?

Ik wil de vraag toespitsen op de bestuurlijke boete. Kort gezegd komt het erop neer of je in het nieuwe systeem, dat het mogelijk maakt om het besluit niet meer als exclusieve toegang tot de bestuursrechter te laten fungeren, ter vergroting van de rechtsbescherming de bestuursrechter voortaan zelf die boete zou moeten laten opleggen maar dan wel op verzoek van het bestuursorgaan. Die rechter gaan immers niet spontaan zomaar wat boetes opleggen. Ik denk daarbij niet aan boetes van 100 euro of iets dergelijks, maar aan boetes boven een bepaalde grens.

In het preadvies van Van Ommeren en Huisman wordt op pagina 62 gesteld dat een aantrekkelijke kant van het door hen voorgestane stelsel is dat er onder andere in dit soort zaken 'meer aanleiding is de mogelijkheid van dergelijke acties van de overheid bij de bestuursrechter te overwegen'. Dit klinkt nog wel heel voorzichtig. Het staat iedereen natuurlijk altijd vrij om te overwegen, maar de vraag is of de preadviseurs het ook een goed idee vinden. Ik denk even met hen mee, terwijl zij over een antwoord nadenken. Een boete is een straf en in het strafrecht worden straffen van oudsher door de rechter opgelegd, namelijk door de strafrechter. Daarin is wel verandering gekomen met de Wet OM-afdoening, maar zeker voor hoge boetes is doorgaans de strafrechter nog bevoegd. De bestuurlijke boete – dit is weliswaar bestuursrecht – is vooral primair een straf. Misschien zou het ook voor het bestuursrecht een idee zijn de bestuursrechter de straf te laten opleggen. De gedachte hierachter is dat, als de rechter zelf een boete oplegt, hij meer zijn verantwoordelijkheid moet nemen en zich minder kan verschuilen achter het bestuursorgaan en diens beleid. De indruk bestaat bij sommigen namelijk dat de bestuursrechter ondanks de volle toetsing die hij in geval van boeten zegt uit te voeren, in de praktijk in die

toetsing tamelijk terughoudend is. Dit zou niet gunstig zijn voor degene die de boete krijgt opgelegd en vervolgens in beroep gaat. Ik weet niet of de bestuursrechter, als we dit zo zouden doen, tot wezenlijk andere resultaten zou komen dan thans het geval is, maar ik ben wel heel benieuwd naar de visie van de preadviseurs op de door mij geformuleerde vraag.

Mr. K.J. de Graaf

Ik krijg natuurlijk de neiging om in rechtsvergelijkende zin te antwoorden. Het is de interveniënt wellicht ook bekend dat in het Duitse bestuursrecht – ik spreek het woord 'bestuursrecht' een beetje voorzichtig uit – door bestuursorganen inderdaad boetes kunnen worden opgelegd maar dat daar een soort OM-transactiesysteem geldt waarbij, als er verzet komt of er tegen zo'n boete bezwaar wordt gemaakt, juist de officier van justitie dit geschil moet voorleggen aan een strafrechter. In het algemeen denk ik, al ben ik niet een expert op het terrein van de bestuurlijke boetes, dat dit systeem zeker voordelen heeft, ook als je denkt aan artikel 8:72a Awb dat voorziet in de verplichting voor de bestuursrechter om, als tot vernietiging van de door het bestuursorgaan bij besluit opgelegde boete wordt gekomen, zelf in de zaak te voorzien. Daarmee wordt beoogd eenzelfde functie toe te kennen aan de bestuursrechter als aan de strafrechter, maar ik ben bang dat die functie dit wel benadert maar dat deze net niet eenzelfde is. Ik ben volgens mij dus ook op dit punt voorstander van het Duitse systeem, ofwel van een OM-sanctie-/transactiesysteem.

In Frankrijk heeft men volgens mij grote moeite met de indeling van het beroep tegen een bestuurlijke boete, in die zin dat getwijfeld wordt of het een vernietigingsberoep is of dat het een vollerechtsmachtberoep is waarbij de bestuursrechter zelf in de zaak moet voorzien. Het laatste komt er natuurlijk ongeveer uit, maar toch hebben ze daar grote moeite. Ook daar hebben ze dus problemen met het inpassen van de bestuurlijke boete in het rechtsbeschermingssysteem. Ik denk dat Duitsland het ook op dit punt wellicht beter doet.

Voorzitter: Wat is de betekenis van deze schets van met name Duitsland voor de mening over het idee van Michiels?

De Graaf: Ik geloof dat ik voor zijn idee ben.

Voorzitter: Maar met een clausule als het ware, een nuancering?

Michiels: Mag ik proberen te helpen? De Graaf is volgens mij voor het inwisselen van de bestuurlijke boete voor de bestuurlijke strafbeschikking.

De Graaf: Dat zou de conclusie van mijn reactie kunnen zijn, maar die zou even goed kunnen zijn dat uw systeem, waarin de bestuursrechter onmiddellijk die straf oplegt …

Michiels: Dat is niet *mijn* systeem; ik heb alleen maar een vraag gesteld hoor, zeggen wij op de zitting altijd!

De Graaf: Excuus! U stelde een vraag als lid van de VAR.

Michiels: Precies!

Mr. F.J. van Ommeren

Ik heb over het punt van Michiels geen uitgesproken gedachten. Het ging ons erom, te laten zien dat de stelselwijziging een aantal extra mogelijkheden biedt, en daarbij hebben we ons eerlijk gezegd in de voorbeelden primair geconcentreerd op de dwangsom en de bestuursdwang en dus niet zozeer op de punitieve sancties. Uit de vraagstelling is mij ook niet helemaal duidelijk geworden wat het voordeel zal zijn van het neerleggen van die bevoegdheid bij de rechter.

Mr. F.C.M.A. Michiels

Ik begrijp de wedervraag niet zo goed, want het ging erom dat, als de bestuursrechter zelf de boete moet opleggen, hij meer zijn verantwoordelijkheid zou nemen – dit is de gedachte – en hij 'er vol in moet' in plaats van dat hij een beetje laf, terughoudend zit te toetsen wat die bestuursorganen nu doen, waardoor hij misschien tot andere resultaten zou komen en hij misschien anders zou redeneren. Hij zou misschien meer à la de strafrechter redeneren. Hierbij moet je niet alleen denken aan puur een boete in een geïsoleerd geval maar ook aan dingen als cumulatie en noem maar op.

Huisman: Maar dan wordt het toch gewoon strafrecht?

Michiels: Waarom? Nou ja, wacht even. De boete is in feite natuurlijk materieel strafrecht, maar formeel is het bestuursrecht en de bestuursrechter behandelt nu beroepen over de boete. In jullie nieuwe bestuursrecht, om het zo maar te noemen, is het dus denkbaar – dit geven jullie ook zelf aan – dat de bestuursrechter zelf niet alleen in artikel 8:72a-gevallen de boete oplegt maar altijd, of dat hij boetes oplegt boven een bepaalde grens. Hoezo is dit dan strafrecht? Het is dan de bestuursrechter die dit doet.

Huisman: Nou, ik wil daar toch wel even op reageren. Een bestuurlijke boete is bestuurlijk omdat een bestuursorgaan de boete oplegt en het enige ruimte heeft om daarin afwegingen te maken.

Michiels: De bestuursrechter kan ook afwegingen maken!

Huisman: Als het bestuursorgaan er tussenuit wordt gehaald, krijgt men gewoon een oordeel van de rechter, dus het zou dan net zo goed strafrecht kunnen zijn.

Michiels: Ik vind het ook best om het een bestuursrechtelijke boete te noemen.

Voorzitter: Voor deze terminologische kwestie is er ook een oplossing. Ik zie de hand van Jansen omhoog gaan. Het is bestuursstrafrecht, of niet?

Michiels: Dat bestaat niet!

Mr. O.J.D.M.L. Jansen

Als je rechtsvergelijkend kijkt naar de bestuurlijke boetesystemen, is het Duitse systeem een absolute *Einzelkeit*, een uitzondering. Het Europese dominante systeem is dat bestuurlijke boetes worden opgelegd door bestuursorganen. Daarvoor is eenvoudigweg gekozen omdat wij het strafrecht daarmee niet willen belasten; wij willen die moeilijkheden niet in het strafrechtelijk systeem leggen in verband met de omvang van het aantal boetebesluiten of in verband met de grote specialistische gedoetjes. Wij hebben dus liever dat een grote mededingingszaak bij de bestuursrechter ligt dan bij de strafrechter, omdat we bij de strafrechter de meervoudige kamer liever volop productie laten draaien.

Het idee van Michiels zou vanuit juridisch oogpunt gezien kunnen worden gerealiseerd. Daar is niets op tegen, dit is geen systeembreuk als zodanig. Praktisch gezien is de vraag wat het bestuursorgaan in dit geval precies moet voorleggen aan de rechter. Het antwoord daarop is dat het hem eigenlijk een volledig dossier moet voorleggen waarin alle bewijsmiddelen zijn opgenomen en dan is het slechts een heel kleine stap verder naar wat de sanctie is die daarvoor wat het bestuursorgaan betreft zou moeten worden opgelegd.

Het voordeel van het voorleggen aan de rechter is, zoals Michiels zei, dat laatstgenoemde meer wordt ingepeperd dat hij echt iets van die volle toetsing moet gaan maken. Ik vermoed dat de Afdeling bestuursrechtspraak daarvan in bepaalde systemen kan leren.

Mr. A.W.J.G. Buijze

Ik had een heel genuanceerde en tactvolle vraag voorbereid, maar we hebben een beetje haast, dus alle nuance gaat over boord. Het is een vraag over rechtsoordelen en ik stel deze aan alle preadviseurs: wie heeft er nu eigenlijk gelijk?

In het eerste preadvies las ik een voorstel om het mogelijk te maken een verzoek aan bestuursorganen te richten met als doel dat deze een oordeel geven over de rechtspositie van een belanghebbende. Ik vond dit een goed idee; het zit ook in de Dienstenrichtlijn, die erop gericht is de dienstenmarkt te ontsluiten, waarbij het handig is als mensen niet heel veel moeite hoeven te doen om informatie bij elkaar te zoeken. Die mensen gaan dus gewoon naar het bestuursorgaan om te vragen hoe het ongeveer zit, het bestuursorgaan beantwoordt hun vraag en daardoor ontstaat er een mooi dienstenverkeer waarvan we allemaal heel gelukkig worden. Dit kun je natuurlijk uitbreiden naar gevallen buiten de Dienstenrichtlijn: ook daar zou het bestuur, door informatie te verstrekken, het maatschappelijk verkeer en het verkeer tussen burger en bestuursorgaan kunnen vergemakkelijken, wat natuurlijk is toe te juichen. Omdat dit wel goed moet gebeuren, kan ik me vinden in het aansprakelijk stellen van bestuursorganen voor het verstrekken van foutieve informatie.

Dit alles gaat uit van een vrolijk, optimistisch wereldbeeld waarin het bestuur dat allemaal kán. Vereist is dan dat de wetgever redelijk heldere regels heeft opgesteld waarop het bestuur eenvoudig een toelichting kan geven.

Vervolgens ging ik de andere preadviezen lezen en dacht ik dat ik misschien wel een beetje ongelijk had, evenals de eerste preadviseurs. Ik dacht: misschien is het allemaal niet zo simpel. Die rechtsoordelen van het bestuur over het recht die ook geïnterpreteerd moeten worden, blijken moeilijk leesbaar te zijn en die zouden eigenlijk moeten kunnen worden voorgelegd aan de bestuursrechter. En het is goed om vooraf aan het bestuur vragen te stellen, al ben je het misschien wel eens met het bestuur – dit heb ik geleerd van De Graaf – omdat het heel erg ingewikkeld is om de wetten te interpreteren. Ik dacht in eerste instantie dat het verstrekken van informatie een heel gemakkelijke manier was om een beetje extra rechtszekerheid te bieden, maar na het lezen van de andere preadviezen, ging ik daaraan twijfelen. Ik zat dus met een probleem en vroeg mij af wat te doen.

Ik zie nu twee oplossingen. Het voorstel van de preadviseurs van het eerste preadvies om het bestuur te verplichten tot het verstrekken van die informatie, is heel moeilijk te realiseren. Dit is voor het bestuur heel lastig, dus dit moeten we niet doen. Procederen tegen die rechtsoordelen is een beetje overbodig. Het is heel erg duur en draagt eigenlijk helemaal niet bij aan het onderliggende doel van de Dienstenrichtlijn, te weten het zo laag mogelijk houden van de kosten voor het verzamelen van informatie en optimale beschikbaarheid daarvan. Het is niet wenselijk dat je via de bestuursrechter moet gaan om dingen duidelijk te krijgen.

Een andere mogelijkheid is dat we het rechtsoordeel van de bestuursrechter niet nodig hebben. Ik pleit daarvoor. Mocht dit oordeel in de praktijk wel nodig blijken, kunnen we dan niet beter naar de wetgever kijken en zeggen dat er heldere regelgeving moet komen die bijdraagt aan de rechtszekerheid, die het bestuur enigszins eenvoudig kan interpreteren en die het kan meedelen aan onwetende burgers, in plaats van dat we gaan sleutelen aan de rechtsbescherming tegen besluiten en rechtsoordelen?

Mr. G.A. van der Veen

Ik begrijp goed dat de burger en bedrijven willen weten waaraan ze toe zijn als zij bijvoorbeeld een dienst gaan verrichten in een EU-land. Als dit land Nederland is, is er inderdaad een probleem, want dan zal men heel wat akelige regels moeten gaan bevatten. Vandaar dat ik aandacht heb besteed aan de vraag die in de praktijk geregeld voorkomt, die van de rechtsoordelen. Gelukkig hebben we in dit land een vrij normaal bestuur dat meestal naar eer en geweten een antwoord weet te produceren dat in elk geval adequaat lijkt. Soms gaat het echter niet zoals je wilt: je bent het niet eens met het oordeel of het standpunt van het bestuur. Ik heb in het preadvies aangegeven dat je dan toch iets zult moeten doen. Je zult dan inderdaad met dit oordeel of dit standpunt naar de bestuursrechter moeten kunnen gaan. Dit mag niet onbeperkt gebeuren, want dan wordt de bestuursrechter wat vooroverleg betreft de vervanger van het bestuur. Hij wordt dan voorzegger, wat niet handig zou zijn. Ik vrees dat die rechtsgang met wat mitsen en maren en de beperkingen die ik in Hoofdstuk 7 van mijn preadvies heb aangegeven, bij tijd en wijle moet worden gevolgd, omdat je nu eenmaal steeds in casusposities terechtkomt, hoe duidelijk de wetgeving ook

is, waarvoor de wettelijke bepaling net wel geldt of net niet. Dit kan wetgeving in formele zin zijn, maar het kan natuurlijk ook gemeentelijke regelgeving zijn, zoals bestemmingsplannen en dergelijke.

Ik ben het zeker met Buijze eens op het punt van het zo eenvoudig mogelijk en duidelijk maken van regelgeving. Soms kom je er daarmee echter niet en dan heb je mijns inziens de keus tussen ófwel het oude systeem, dat inhoudt dat mensen een vergunning moeten aanvragen en een oeverloze procedure moeten doorlopen, ófwel een nieuw, sneller en beter, systeem, bijvoorbeeld met een verzoekschrift tegen een rechtsoordeel bij de bestuursrechter.

Mr. F.J. van Ommeren

Ik maak een heel korte opmerking, met een louter aanvullend karakter, want ik ben het helemaal eens met de woorden van Van der Veen. Ik vind overigens dat Buijze een prachtige vraag heeft gesteld over een heel belangrijk onderwerp. Daarin suggereert zij echter dat er een zekere tegenstelling zit tussen onze opvatting en die van de andere preadviseurs. Ik zei al dat ik het helemaal met Van der Veen eens ben, en ik sta daarnaast ook nog steeds achter ónze beweringen hierover. Ik zie die tegenstelling namelijk niet.

Datgene wat wij hebben gezegd, heeft kort gezegd betrekking op de voorkant van het verhaal, namelijk de verplichting voor het bestuursorgaan om antwoord te geven op verzoeken van de burger die wil weten waar hij rechtens aan toe is. Van der Veen pakt dit naadloos op door in te gaan op de vraag wat er gebeurt als er vervolgens dan dingen misgaan, de burger het niet met het bestuursorgaan eens is of het bestuursorgaan weigert om mee te werken. Dit zijn dus geen tegenstrijdige verhalen, maar het ene verhaal bouwt voort op het andere.

Buijze: Kunnen we van het bestuur vergen dat het altijd een rechtsoordeel geeft en dat het aansprakelijk is voor een foutief rechtsoordeel in het geval dat de wetgever niet in staat is om duidelijke wetgeving op te stellen?

Voorzitter: Ik vind dit een heel goede vraag, waarover ook ik zal nadenken.

Mr. A.T. Marseille

Ik hoopte dat ik niet meer aan de beurt zou komen, maar het verzoek van de voorzitter kan ik niet weerstaan. Ik moet nóg iets bekennen; ik dacht dat ik de enige persoon in heel Nederland was die voor afschaffing van de bestuursrechter is, maar nu blijkt dat Kortmann daar ook voor is. Ik bevind me dus in goed gezelschap. Zelfs Koenraad zou in ons kamp zitten, maar ik vertrouw hem eerlijk gezegd niet helemaal op dit punt, want hij maakte een voorbehoud.

Ik wil iets vragen omdat ik niet helemaal tevreden ben met de reacties op de opmerkingen van Kortmann. Die waren mij iets te kort door de bocht. Ik ben ook geïnteresseerd in een nadere verklaring van Jansen en Steyger, maar de vraag was eigenlijk gericht aan de preadviseurs. Het antwoord van Van der Veen was voor mij absoluut niet overtuigend. Als je een besluit hebt waarmee je het niet eens bent, kun je een verzoek tot vernietiging indienen bij de gewone rechter maar dit moet wel

binnen zes weken gebeuren. Dit gaat niet mis bij de rechtbank, want ook de eenvoudigste administratief medewerker kan dit wel herkennen en mocht dit niet het geval zijn en mocht het verzoek maanden blijven liggen, dan komt dit beroep wel een keer aan de orde. Ik vraag mij dus af waarom die onwil er is. Als die er is omdat het institutioneel op bepaalde wijze is geregeld en we daar liever niet aan morrelen, zijn we snel klaar en dan heeft het niet veel zin om te antwoorden. Ik hoop dat er iets anders achter die onwil zit, iets substantiëlers.

Ik kon zelf alleen maar het argument bedenken dat er een chaos zal ontstaan; we weten immers wat we nu hebben. Ik denk dat dit argument Van Ommeren en Huisman heel erg aanspreekt, want zij willen voorzichtig zijn.

Ik richt mijn vraag tot Van der Veen en De Graaf omdat zij de twee preadviseurs zijn die heel erg specifiek hebben gekeken naar de wijze waarop het systeem ietwat kan worden uitgebreid. Na lezing was ik ontzettend onder de indruk en vol bewondering. Ik vond de ideeën goed, maar ik kon slechts één conclusie trekken: het zou nog eenvoudiger zijn als de bestuursrechtspraak onder de algemene rechter werd gebracht. Zijn de preadviseurs die ik net noemde, ook tot die conclusie gekomen? In dit geval hoeven zij alleen maar ja te zeggen. Mocht dit niet het geval zijn – ik weet zeker dat Van der Veen nee gaat zeggen – dan wil ik een korte toelichting op het antwoord.

Mr. G.A. van der Veen

Ik weet niet wie als eerste nee mag zeggen, maar dit doe ik dan maar.

Ik zeg inderdaad nee. Waarom bestuursrecht? Ik ben in mijn preadvies uitgegaan van het besluit als de harde kern – dit deden de andere preadviseurs ook – en je kunt zeggen dat dit traditioneel is, dus dat het de standaardreactie is. Dit is inderdaad het geval, maar daar zit veel meer achter. Het procesrecht van de Awb zit nog steeds wezenlijk anders in elkaar dan het civiel procederen. Natuurlijk helpt de civiele rechter je ook steeds meer en wordt de comparitiezitting ook steeds meer gemeengoed maar er blijven serieuze verschillen bestaan wat de termijnen betreft, en ook qua attitude en benadering. Dit is overigens niet alleen ten voordele van het bestuursrecht, want in het bestuursprocesrecht moet je niet aankomen met reconventionele vorderingen en allerlei geinige incidenten waarmee je, als je dit wilt, een procedure een jaar lang lam kunt leggen! Er zijn echter verschillen en die zijn op dit moment zodanig serieus dat ik nu denk – misschien denk ik er over tien jaar anders over – dat we daar niet zomaar van af moeten willen. Laten we eerst kijken of het gaat lukken – dit is immers ook nog maar de vraag – om die bijkomende dingen er goed bij te doen. Het is namelijk wel eens fout gegaan met uitbreiding. Denk aan het fiasco van het zuiver schadebesluit in 1999. Iedereen riep naar aanleiding van de woorden van een aantal preadviseurs dat het fantastisch was, ook leden van de VAR deden dit. Uiteindelijk moeten we constateren dat het een fiasco is geworden, en erger is dat dit probleem nog steeds niet helemaal is opgelost; kijk maar naar de Wet nadeelcompensatie schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten.

Laten we er dus binnen het kader van het bestuursprocesrecht met die specifieke bestuursrechter eerst rustig een paar dingen bij doen. Misschien spreken we elkaar bij een volgende gelegenheid en denken we daar anders over. Nu doe ik dit in ieder geval niet.

Voorzitter: Kars, ga jij ook kort antwoorden door ja of nee te zeggen?

De Graaf: Nee! Ik twijfel namelijk. Ik liep wel degelijk in de vakgroep van Groningen rond met de vraag waarom wij eigenlijk nog bestuursrechtspraak hebben. Die vraag heb ik aan diverse collega's gesteld. Volgens mij is het antwoord op die vraag vandaag wel gegeven. Ten eerste lijken we met zijn allen te vinden dat er ongelijkheidscompensatie zou moeten zijn. Als die gedachte verdampt is of als die een mythe is geworden, moeten we daaraan iets doen en dienen we een concrete maatregel te bedenken waarin die ongelijkheidscompensatie tot haar recht komt. Daarvan zou ik voorstander zijn.

Ten tweede denk ik aan het oude argument, dat van de specialisatie. Ik denk dat ik er voorstander van ben om juist met deze nieuwe geschillen ook te beoordelen en misschien te evalueren of die op een andere, bijzondere, speciale manier zouden moeten worden afgedaan omdat nu eenmaal het bestuur erbij betrokken is, omdat de bestuursrechtelijke normen daarbij betrokken zijn en omdat de belanghebbende minder macht heeft dan de bestuursorganen.

Als we over tien jaar tot de conclusie komen dat we met één procesrecht af kunnen of dat de geschillen op precies dezelfde wijze worden behandeld, kunnen we volgens mij verder gaan met integreren en kunnen we er meer bij betrekken. We moeten echter eerst nagaan in hoeverre de bestuursrechtspraak nog tot onderscheidingen leidt die wij bestuursrechtsjuristen nuttig vinden.

Voorzitter: Hoe beantwoordt Marseille zijn eigen vraag nu hij dit gehoord heeft?

Marseille: Ik had gehoopt dat u zou vragen of ik overtuigd ben.

Voorzitter: Mijn vraag komt op hetzelfde neer.

Marseille: Mijn antwoord is: nee.

Stellingenprocedure

Voorzitter: Dames en heren, we komen nu aan de afgeslankte stemprocedure toe, die inhoudt dat per preadvies één stelling in stemming mag komen. We hebben het er al over gehad welke stellingen het niet mogen worden.

Stelling 4 van De Graaf

Naar Duits voorbeeld ('allgemeine Feststellungsklage') moet in de Awb een uniforme verzoekschriftprocedure – en passende spoedprocedure – worden opgenomen, waarin een belanghebbende de bestuursrechter kan verzoeken zijn rechten dan wel plichten vast te stellen die rechtstreeks verband houden met een besluit dan wel een toekomstig besluit, indien een gerechtvaardigd belang bestaat bij de spoedige vaststelling.

Oordeel
Ruime meerderheid voor.

Stelling 9a van Van der Veen

Het bestuursprocesrecht dient uitgebreid te worden met voorzieningen voor zelfstandige verzoeken en nevenvorderingen om aan besluiten gerelateerde kwesties aan de bestuursrechter te kunnen voorleggen.

Oordeel
Ruime meerderheid voor.

Van Ommeren: Nu wij aan de beurt zijn, wil ik mijn kans gebruiken om onze stelling 3 ter tafel te brengen.

Stelling 3 van Van Ommeren en Huisman

De bevoegdheid van de bestuursrechter dient te worden uitgebreid met voorbereidings- en uitvoeringshandelingen die gerelateerd zijn aan een appellabel besluit.

Voorzitter: Dit is een gelijke stelling.

Van Ommeren: Waarmee is geconstateerd dat die is aangenomen. Wij brengen onze stelling 4 in stemming.

Stelling 4 van Van Ommeren en Huisman

Vanwege de samenhang met een appellabel besluit dient de bestuursrechter kennis te kunnen nemen van geschillen over publiekrechtelijke overeenkomsten.

Oordeel
Een vrij ruime meerderheid voor.