De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid

Van toetsing naar geschilbeslechting

Rapport van de Commissie Rechtsbescherming
van de Vereniging voor Bestuursrecht
VAR

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2004

© 2004 J.E.M. Polak / Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 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.

Voorzover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 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 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

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 90 5454 441 4
NUR 823

www.bju.nl

Ten geleide

Hoewel volgens sommigen dromen bedrog zijn, kunnen dromen ook de creativiteit bevorderen. Het kan inspirerend zijn te dromen van een betere wereld, ook in het bestuursrecht. Hoe zou ons stelsel van rechtsbescherming er idealiter uitzien? Met die vraag is de Commissie Rechtsbescherming van de VAR in 2000 door het VAR-bestuur op pad gestuurd. De mensen die deze opdracht zouden gaan uitvoeren, zijn echter allerminst dromers, wel denkers. De gedachte was evenwel dat bij het nadenken over een beter systeem dan we thans hebben, niet op voorhand allerlei varianten om praktische redenen zouden moeten worden afgewezen. Een ideaal systeem (als dat bestaat) kan weliswaar naar alle waarschijnlijkheid niet op afzienbare termijn worden gerealiseerd, maar kan inspirerend werken en leiden tot voorstellen die wel (op afzienbare termijn) realiseerbaar zijn.

De Commissie heeft haar opdracht met verve vervuld. Zij is behendig omgegaan met de spanning tussen principiële uitgangspunten en praktische vereisten en heeft een mooi evenwicht gevonden tussen idealen en realiseerbare doeleinden. Dat evenwicht ligt in het aangeven van de *richting* waarin ons stelsel van rechtsbescherming zich zou moeten ontwikkelen. De standpunten en voorstellen worden uitvoerig onderbouwd en worden voorafgegaan door een compacte, maar heldere beschrijving van het huidige stelsel en de knelpunten daarin. De vele bronnen in de voetnoten zorgen ervoor dat dit rapport tevens een wegwijzer is voor wie op dit terrein of onderdelen daarvan zich (nog) verder wil verdiepen. Het ondanks de ingewikkelde materie uiterst leesbaar geschreven rapport zal daarom naar mijn overtuiging niet alleen voor de wetgever, maar ook voor wetenschap en rechtspraktijk van grote waarde blijken.

De VAR bestaat 65 jaar. Bij zo'n verjaardag hoort een cadeau. Het VAR-bestuur is er uitermate trots op dit boek als zodanig aan alle VAR-leden te kunnen aanbieden. Het bestuur dankt de Commissie voor haar buitengewone en vruchtbare inspanningen en wenst haar eindrapport een brede verspreiding ook buiten de kringen van de VAR toe.

Lex Michiels,
voorzitter VAR, Vereniging voor Bestuursrecht

Inhoud

Voorwoord **11**

1 Algemeen **13**
1.1 Inleiding 13
1.1.1 Aanleiding 13
1.1.2 Probleemstelling 13
1.1.3 Opbouw van het rapport 14
1.2 Schets van het huidige stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid 14
1.2.1 (Rechts)bescherming tegen de overheid 14
1.2.2 Het wettelijk systeem 15
1.3 Knelpunten 19

2 Grondslagen **23**
2.1 Wat is besturen? 23
2.1.1 Inleiding 23
2.1.2 Kenmerkende eigenschappen van het bestuurshandelen 23
2.1.3 Twee nadere eigenschappen 27
2.1.4 Drie bijzondere categorieën 28
2.2 Wat is bestuursrechtspraak? 29
2.3 Waarom bestuursrechtspraak? 31
2.3.1 Inleiding 31
2.3.2 Argumenten voor bestuursrechtspraak 32
2.3.3 Conclusie 36
2.4 'Recours objectif' of 'recours subjectif'? 38
2.4.1 Inleiding 38
2.4.2 Het recours objectif 39
2.4.3 Het recours subjectif 42
2.4.4 Het Nederlandse stelsel 44

3 Randvoorwaarden **47**
3.1 Constitutionele randvoorwaarden 47
3.1.1 Inleiding 47
3.1.2 Effectieve rechtsbescherming 48
3.1.3 Toegang tot de rechter 50
3.1.4 Onafhankelijkheid en onpartijdigheid 53
3.1.5 Eerlijke en openbare behandeling 56

3.1.6 Ontvankelijkheidseisen 58
3.1.6.1 Beroepsgerechtigde 58
3.1.6.2 Beroepstermijnen 59
3.1.7 Verplichte procesvertegenwoordiging en rechtsbijstand 59
3.1.8 Omvang van de toetsing 61
3.1.9 Redelijke termijn 62
3.1.10 Spoedprocedures 63
3.1.11 Motivering 64
3.1.12 Aantal instanties 64
3.2 Maatschappelijk draagvlak voor bestuursrechtspraak 66
3.2.1 Inleiding 66
3.2.2 Snelheid 66
3.2.3 Oplossingsgerichtheid 68
3.2.4 Slotsom 69

4 Aspecten van bestuursrechtspraak 71
4.1 Besluit of vordering; naar een 'duaal' stelsel? 71
4.1.1 Karakter van het bestuursprocesrecht 71
4.1.2 Tekortkomingen van het besluitmodel 73
4.1.3 Voordelen van het besluitmodel 76
4.1.4 Ontvlechting van bestuursrechtelijke rechtsgangen 77
4.1.4.1 Inleiding 77
4.1.4.2 Vermogensrechtelijke geschillen 79
4.1.4.3 Geschillen over feitelijke bestuurshandelingen 81
4.1.4.4 Geschillen inzake overeenkomsten 82
4.1.5 Drie scenario's 82
4.1.6 Selectieve toepassing vernietigingsactie 84
4.1.7 Soortgelijke besluiten en proefprocedure 85
4.1.8 Voorafgaande uitspraak; rechtsingang bestuur 86
4.1.9 De verhouding tussen de bestuursrechtelijke rechtsgangen 86
4.2 De bestuursrechtelijke rechtsbetrekking 89
4.2.1 Inleiding 89
4.2.2 De subjectumlitis-benadering 91
4.2.3 Fundamentum petendi 91
4.3 Het belanghebbendebegrip 93
4.3.1 Inleiding: monochroom of niet? 93
4.3.2 De besluitvormingsfase 95
4.3.2.1 Algemeen 95
4.3.2.2 Belangenorganisaties 97
4.3.3 De rechtsbeschermingsfase 97
4.3.3.1 Belanghebbende in een subjectieve en in een objectieve rechtsgang 97
4.3.3.2 Enige standpunten in de literatuur 100
4.3.3.3 Relativiteit en congruentie 101
4.3.3.4 'Afgeleid' belang 103
4.3.4 Het beroepsrecht voor rechtspersonen (art. 1:2, derde lid, Awb) 104
4.3.5 Het bestuursorgaan als belanghebbende 106

4.4 De omvang van het geding 106
4.4.1 Inleiding 106
4.4.2 Ambtshalve toetsen en ambtshalve aanvullen 107
4.4.3 Het bestuursproces als trechter 108
4.4.4 De trechter tussen bezwaar en beroep 109
4.4.5 Beoordeling 111
4.4.5.1 Algemeen 111
4.4.5.2 Geen bewijsfuik 111
4.4.5.3 In beginsel geen bewijstrechter 112
4.5 De omvang van het geding in hoger beroep 114
4.5.1 Uitgangspunten 114
4.5.2 Object van het geding in appèl 116
4.5.3 Partijen en de omvang van het geding 117
4.5.4 Nieuwe bezwaren in appèl 119
4.5.5 Conclusie 120
4.6 Toetsing naar toen of naar nu? 121
4.6.1 Inleiding 121
4.6.2 Ex nunc-toetsing en het materiële recht 124
4.6.3 Bezwaren tegen ex nunc-toetsing gewogen 126
4.6.4 Conclusies 128
4.7 Uitspraakbevoegdheden 129
4.7.1 Inleiding 129
4.7.2 Wenselijke uitspraakbevoegdheden van de bestuursrechter 130
4.8 Punitief bestuursrecht 133
4.8.1 Voorgeschiedenis 133
4.8.2 Eisen aan de rechtsbescherming 134

5 Het stelsel van rechtsbescherming 139
5.1 Inleiding 139
5.2 De bestuursrechtelijke rechtsgangen 140
5.3 Rechtspraak in één of twee feitelijke instanties 142
5.3.1 De stand van zaken 142
5.3.2 Wenselijke ontwikkelingen 142
5.4 Het probleem van de rechtseenheid 145
5.4.1 Inleiding 145
5.4.2 De rechtseenheid op deelgebieden van het bestuursrecht 146
5.4.3 De rechtseenheid in het algemeen bestuursrecht 148
5.4.4 De rechtseenheid tussen het bestuursrecht en andere rechtsgebieden 150
5.4.5 Conclusies in de bestuursrechtspraak 151
5.5 Bestuurlijke voorprocedures 152
5.5.1 Algemeen 152
5.5.2 Administratief beroep 153
5.6 Conclusie 154

6 Alternatieve beslechting van bestuursrechtelijke geschillen 157
6.1 Inleiding 157
6.2 Arbitrage en bindend advies 159
6.3 Mediation 160
6.4 De bezwaarschriftprocedure als toegangspoort tot mediation 164
6.5 De bestuursrechter als bemiddelaar 165
6.6 Enkele voorstellen 167

7 Conclusies 169

Samenstelling van de Commissie 175

Voorwoord

Met overwegend veel plezier heeft de Commissie zich sinds haar eerste vergadering op 4 juli 2000 gewijd aan de haar door het VAR-bestuur gegeven opdracht te rapporteren over de gewenste ontwikkeling van het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming op langere termijn. Dat de Commissie om haar taak te volbrengen niet over één nacht ijs is gegaan, heeft verschillende oorzaken. De leden van de Commissie waren en zijn allen druk bezet, de opdracht was niet gering en het schrijven aan het rapport, een gezamenlijke activiteit, kwam bij de 'normale' dagelijkse werkzaamheden. Bovendien zijn sommige onderwerpen controversieel. Toch zijn we erin geslaagd over vrijwel alle onderwerpen die in dit rapport aan bod komen, overeenstemming te bereiken. Hierop vormt de gewenste institutionele vormgeving van het hoger beroep in het bestuursrecht, die in hoofdstuk 5 aan de orde komt, de enige echte uitzondering. De verschillen van inzicht binnen de Commissie worden op dit ene punt in het rapport tot uiting gebracht. Daarnaast hebben sommige leden op bepaalde onderdelen ook wel minderheidsstandpunten ingenomen en kwam het voor dat sommigen in het rapport bepleite oplossingen graag wat radicaler hadden gezien, zonder dat dat uitdrukkelijk is vermeld. Het is in een Commissie als deze niet doenlijk een rapport te schrijven waarvan ieder lid iedere letter onverkort voor zijn of haar rekening neemt. Dat hoeft ook niet. Belangrijker is, dat binnen de Commissie consensus bestaat over de richting waarin ons stelsel van rechtsbescherming zich zou behoren te ontwikkelen.

De Commissie heeft zich niet tot doel gesteld een geheel nieuw stelsel van rechtsbescherming te ontwerpen, maar heeft vooral getracht op een coherente wijze richting te geven aan allerlei discussies die op dit moment op het terrein van haar taakopdracht worden gevoerd. Daarbij komt veel wel aan bod, maar heeft de Commissie ook sommige onderwerpen laten liggen of slechts gedeeltelijk behandeld. Zo krijgt de invloed van het Europese bestuursrecht minder aandacht dan gerechtvaardigd wordt door het belang ervan, wat echter verklaarbaar is door het feit dat deze invloed zich meer doet gevoelen op het terrein van het materiële bestuursrecht, waarover dit rapport niet gaat. Om dezelfde reden komen onderwerpen als het aansprakelijkheidsrecht en het bestuursstrafrecht slechts aan de orde voorzover daarbij het systeem van rechtsbescherming aan de orde is.

De Commissie heeft sinds haar instelling veelvuldig, in beginsel eens in de twee maanden, plenair vergaderd tot haar laatste vergadering op 8 september 2003. Dit geschiedde steeds aan de hand van door leden van de Commissie geschreven teksten. Deze vergaderingen waren weliswaar vaak inspirerend, maar noopten niet zelden tot grondige herformulering van de aangeleverde teksten. De Commissie heeft in de eind-

fase van haar bestaan dankbaar gebruikgemaakt van wat naar voren is gebracht op de VAR-studiebijeenkomst op 28 maart 2003 over het conceptrapport.[1]

De Commissie bestond uit mr. D. Allewijn, mr. E.J. Daalder, mr. Th.G. Drupsteen, mr. J.W. Ilsink, prof. mr. F.J. van Ommeren, mr. R.M.P.G. Niessen-Cobben, prof. mr. R.M. van Male, prof. mr. A.J.C. de Moor-van Vugt, prof. mr. R.J.N. Schlössels, prof. mr. N. Verheij, prof.mr. R.J.G.M. Widdershoven en ondergetekende als voorzitter. Mr. A.G.A. Nijmeijer trad op als secretaris.[2] Alle leden van de Commissie hebben schriftelijke bijdragen aan het rapport geleverd. De eindredactie is verricht door een subcommissie, die naast de voorzitter en de secretaris bestond uit de leden De Moor-Van Vugt, Schlössels, Verheij en Widdershoven.

Hoewel de Commissie niet de illusie heeft dat over de gewenste richting van het systeem van rechtsbescherming in ons land niet meer valt te zeggen, heeft zij wel het vertrouwen dat het rapport aan de discussies daarover zal bijdragen en dat ook de wetgever zijn voordeel met ons rapport kan doen. Mocht dat laatste niet het geval zijn, dan troosten wij ons met de gedachte dat onze werkzaamheden en vergaderingen vrijwel steeds boeiende intellectuele exercities waren.

Prof. mr. J.E.M. Polak,
voorzitter van de commissie

1. Hetzelfde geldt voor de bespreking van de studiebijeenkomst en het commentaar op het conceptrapport van S.E. Zijlstra in zijn artikel De toekomst van de rechtsbescherming, NTB 2003, p. 158-167.
2. In de beginfase hebben ook prof. mr. H.Ph.J.A.M. Hennekens, mr. R.W.L. Loeb, prof. mr. A.A. van Rossum en prof. mr. M. Schreuder-Vlasblom deel uitgemaakt van de commissie, maar zij hebben zich wegens drukke werkzaamheden uit de Commissie moeten terugtrekken. Mr. Th.G. Drupsteen is na die beginfase deel gaan uitmaken van de Commissie.

1 Algemeen

1.1 Inleiding

1.1.1 Aanleiding

In 1999 wijdde de VAR Vereniging voor bestuursrecht haar jaarvergadering aan de verschuiving van rechtsmacht van de burgerlijke rechter naar de bestuursrechter als gevolg van de rechtspraak over het zogenoemde zuiver schadebesluit. Ter vergadering ontstond een discussie over de wenselijkheid van verdere uitbreiding van de bevoegdheid van de bestuursrechter. Daarbij werden zowel meer principiële en dogmatische argumenten als meer praktische en politieke overwegingen naar voren gebracht. Naar aanleiding daarvan opperde de voorzitter van de VAR, prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels, de gedachte om uit de VAR een Commissie Rechtsbescherming te vormen.[3]

Deze Commissie zou zich moeten bezinnen op de gewenste ontwikkeling van het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming op langere termijn. De politieke en praktische haalbaarheid op de korte termijn zou daarbij geen rol behoeven te spelen. Medio 2000 stelde het bestuur van de VAR deze Commissie daadwerkelijk in. De Commissie bestond uit personen uit de kring van de wetenschap, de bestuursrechtspraak, de advocatuur en de overheid. De Commissie stond onder voorzitterschap van prof. mr. J.E.M. Polak, hoogleraar aan de Universiteit Leiden en lid van de Raad van State in buitengewone dienst. Mr. A.G.A. Nijmeijer, als docent en onderzoeker werkzaam aan de Universiteit Utrecht, trad op als secretaris. Allen waren op persoonlijke titel lid van de Commissie.[4] Dit rapport is het eindproduct van de Commissie. Het gaat uit van de stand van het recht op 1 oktober 2003.

1.1.2 Probleemstelling

De directe aanleiding voor de instelling van de Commissie lag als gezegd in een discussie over de verdeling van rechtsmacht tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter. De opdracht die het bestuur van de VAR aan de Commissie heeft gegeven, is veel ruimer. De Commissie is verzocht na te denken over het gehele Nederlandse stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid en in het bijzonder over het stelsel van bestuursrechtspraak. Derhalve heeft de Commissie zich afgevraagd welke knelpunten zich thans in dit stelsel voordoen en welke oplossingen daarvoor denkbaar zijn.

---

3. Zie het verslag van de vergadering, VAR-geschrift 123, Den Haag 2000, p. 91.
4. Zie voor de samenstelling van de Commissie het voorwoord en de bijlage.

Het formuleren van knelpunten veronderstelt een maatstaf waaraan het stelsel moet voldoen. Bij het begin van haar werkzaamheden heeft de Commissie deze maatstaf niet expliciet geformuleerd. Maar terugkijkend op drie jaar discussies binnen de Commissie zijn impliciet steeds twee invalshoeken gehanteerd:

– het stelsel moet de burger een adequate rechtsbescherming bieden. Dit betekent dat de burger de materiële rechtspositie die het recht hem toekent, zoveel mogelijk ook daadwerkelijk moet kunnen realiseren. Maar:
– het bestuur moet effectief en efficiënt – dat wil onder meer zeggen: tegen redelijke kosten – kunnen besturen. Dit stelt soms grenzen aan de mogelijkheden voor de burger om zijn materiële rechtspositie te realiseren.

De Commissie heeft geconstateerd dat het bestaande stelsel niet altijd aan deze maatstaven voldoet en heeft daarvoor oplossingen gezocht. Soms passen deze oplossingen binnen het bestaande stelsel. Maar daartoe heeft de Commissie zich niet beperkt. Zij heeft zich ook afgevraagd of de grondslagen van ons stelsel nog voldoen. Daarom heeft de Commissie zich niet beperkt tot oplossingen die op korte termijn 'haalbaar' zijn, maar geprobeerd een samenhangende visie te ontwikkelen op de richting waarin ons stelsel zich op langere termijn zou moeten ontwikkelen.

1.1.3 Opbouw van het rapport

Dit rapport bestaat uit zeven hoofdstukken. In deze inleiding wordt het bestaande stelsel van rechtsbescherming geschetst en worden de knelpunten daarin geïnventariseerd. Hoofdstuk 2 behandelt de grondslagen van dit bestaande stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid. Hoofdstuk 3 schetst de constitutionele en maatschappelijke randvoorwaarden waaraan het stelsel moet voldoen. Hoofdstuk 4 – de kern van het rapport – gaat in op een aantal aspecten van bestuursrechtspraak. Hoofdstuk 5 is gewijd aan de institutionele kant van het vraagstuk, in het bijzonder aan de organisatie van de bestuursrechtspraak. In hoofdstuk 6 komen alternatieve vormen van beslechting van bestuursrechtelijke geschillen aan de orde. In hoofdstuk 7 worden de standpunten van de Commissie bijeengebracht in de vorm van enkele conclusies.

1.2 Schets van het huidige stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid

1.2.1 (Rechts)bescherming tegen de overheid

Het Nederlandse recht geeft burgers vele manieren om hun rechten en belangen te beschermen tegen aantasting door de overheid. De Commissie heeft zich geconcentreerd op de *rechts*bescherming tegen de overheid in eigenlijke zin. Van rechtsbescherming is sprake als een burger tegen een overheidshandeling een voorziening kan vragen die ook de overheid rechtens bindt. Aldus kennen wij de volgende vormen van rechtsbescherming:

– beroep bij de bestuursrechter;
– een vordering bij de burgerlijke rechter ter zake van overheidshandelingen waartegen geen beroep openstaat;
– bestuurlijke voorprocedures, uiteenvallend in:
  – bezwaar bij het bestuursorgaan dat het bestreden besluit heeft genomen, en
  – administratief beroep bij een ander bestuursorgaan.

Naast deze klassieke vormen van rechtsbescherming kent ons recht ook andere vormen van bescherming tegen de overheid. Zo kan een burger over een gedraging van een bestuursorgaan een klacht indienen. Dit klachtrecht bestaat in twee vormen: het interne en het externe klachtrecht. Het interne klachtrecht is de bevoegdheid om over een gedraging van een bestuursorgaan een klacht in te dienen bij dit bestuursorgaan zelf, dat daarover ook zelf een oordeel geeft (art. 9:1 Awb). Van extern klachtrecht is sprake als de klacht kan worden ingediend bij een instantie die onafhankelijk is van het bestuursorgaan. Voor bestuursorganen van de rijksoverheid en een toenemend aantal decentrale overheden is dit de Nationale ombudsman. Bij de Tweede Kamer is thans een wetsvoorstel aanhangig dat burgers het recht geeft om ook over alle decentrale bestuursorganen te klagen bij een externe instantie. Dat kan naar keuze van het bestuursorgaan de Nationale ombudsman of een eigen externe klachtinstantie zijn.[5]

Daarnaast zijn ook vormen van alternatieve geschillenbeslechting, zoals 'mediation', in opkomst. Kenmerkend voor 'mediation' is dat partijen, onder (bege)leiding van een 'mediator', hun geschil zelf oplossen. Van een rechtens bindend oordeel van een overheidsorgaan is ook in dit geval geen sprake.

De Commissie heeft zich geconcentreerd op de 'klassieke' vormen van rechtsbescherming en in het bijzonder op de bestuursrechtspraak. Daarnaast wordt in hoofdstuk 6 kort aandacht besteed aan alternatieve vormen van geschilbeslechting. Het klachtrecht komt slechts zijdelings aan de orde. Daarmee ontkent de Commissie niet het belang van het klachtrecht. Haar oogmerk is slechts haar toch al zo brede taakopdracht enigszins overzienbaar te houden.

1.2.2 Het wettelijk systeem

De kern van het anno 2003 bestaande stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid kan worden samengevat in zes hoofdregels, neergelegd in een handvol wetsartikelen:[6]

1. Beroep bij de bestuursrechter kan in beginsel slechts worden ingesteld tegen een *besluit* (art. 8:1, eerste lid, Awb). Een besluit is een schriftelijke publiekrechtelijke rechtshandeling van een bestuursorgaan (art. 1:3, eerste lid, Awb). Dit is niet de plaats om alle nuances van dit begrip te bespreken.[7] Waar het om gaat is dat de bestuursrech-

5. Zie het wetsvoorstel extern klachtrecht Awb, Kamerstukken II 2002/03, 28 747, nr. 1-3.
6. Zie voor een uitvoeriger beschrijving de regeringsnota 'Keuzen voor de bestuursrechtspraak', aan de Tweede Kamer aangeboden bij brief van 18 mei 2001, Kamerstukken II 2000/01, 26 352, nr. 47. De nota zelf is te vinden op www.justitie.nl onder Thema's/Wetgeving/Dossiers/Awb/Nota's.
7. Zie voor een uitgebreide behandeling F.J. van Ommeren, G.A. van der Veen, Het Awb-besluit, Nijmegen 1999.

telijke rechtsbescherming aanknoopt bij de eenzijdige vaststelling van de rechtspositie van een burger door een bestuursorgaan. Dit wordt tegenwoordig wel 'het besluitmodel' genoemd.

De wet houdt niet in alle gevallen strikt vast aan het besluit als maatstaf voor het recht om beroep bij de bestuursrechter in te stellen. Soms staat beroep open tegen publiekrechtelijke handelingen van bestuursorganen, die geen besluiten zijn. Om historische redenen is dit het geval bij handelingen van een bestuursorgaan ten aanzien van een ambtenaar of dienstplichtige als zodanig (art. 8:1, tweede lid, Awb), alsmede bij publiekrechtelijke handelingen van bestuursorganen van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie (art. 18, eerste lid, onderdeel b, Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie). Recenter heeft de wetgever in het reguliere vreemdelingenrecht dezelfde keuze gemaakt voor handelingen ten aanzien van een vreemdeling als zodanig (art. 72, derde lid, Vreemdelingenwet 2000). Daarnaast zijn enkele handelingen van bestuursorganen voor de mogelijkheid van beroep met een besluit gelijkgesteld. De belangrijkste daarvan is het niet tijdig nemen van een besluit (art. 6:2, aanhef en onderdeel b, Awb).

Omgekeerd is een aantal categorieën besluiten van de mogelijkheid van beroep uitgezonderd. Twee daarvan zijn principieel belangrijk: beroep staat niet open tegen besluiten houdende algemeen verbindende voorschriften of beleidsregels (art. 8:2 Awb), noch tegen besluiten ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling (art. 8:3 Awb). De eerste uitzondering geeft uitdrukking aan een bepaalde opvatting over de trias politica (zie nader par. 2.1.4), de tweede wil voorkomen dat de bestuursrechter indirect het terrein van het privaatrecht zou betreden.

Enkele meer pragmatisch gemotiveerde uitzonderingen zijn neergelegd in de artikelen 8:4 en 8:5 Awb. Eerstgenoemde bepaling zondert bepaalde categorieën besluiten uit van de mogelijkheid van beroep, laatstgenoemde doet hetzelfde met besluiten op grond van met name genoemde wettelijke voorschriften.

2. Het beroep kan in beginsel slechts worden ingesteld door een *belanghebbende* (art. 8:1 Awb). Belanghebbende is degene die door een besluit rechtstreeks in zijn belang is getroffen (art. 1:2, eerste lid, Awb). In dit verband worden aan een bestuursorgaan toevertrouwde belangen aangemerkt als belangen van dit bestuursorgaan (art. 1:2, tweede lid, Awb). Bij rechtspersonen worden ook de algemene en collectieve belangen die zij blijkens hun doelstellingen en feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen, als hun belangen beschouwd (art. 1:2, derde lid, Awb).

Enkele bijzondere wetsbepalingen kennen het recht van beroep bij de bestuursrechter niet slechts toe aan belanghebbenden, maar aan een ieder. Doorgaans is dan sprake van een 'getrapte' 'actio popularis': een ieder kan bij de voorbereiding van een besluit zijn bedenkingen tegen het voorgenomen besluit inbrengen, en ieder die dit heeft gedaan, kan vervolgens beroep instellen. De belangrijkste voorbeelden van besluiten waarvoor deze regeling geldt, zijn bestemmingsplannen (art. 28, zevende lid, Wet op de ruimtelijke ordening) en milieuvergunningen (art. 20.6 Wet milieubeheer). De regering is voornemens ook bij deze besluiten het recht van beroep te beperken tot belanghebbenden.

3. De *rechtbank* is de algemeen aanvullende bestuursrechter van eerste aanleg (art. 8:1, eerste lid, Awb). Tegen een besluit staat beroep open bij de rechtbank, tenzij de wet een andere bestuursrechter aanwijst (art. 8:6 Awb). Dit laatste is nog vrij vaak het geval. Tegen een groot aantal besluiten op het terrein van het economisch bestuursrecht staat beroep in eerste en enige aanleg open bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Tegen besluiten op grond van een reeks regelingen ten behoeve van – kort gezegd – door de Tweede Wereldoorlog in het bijzonder getroffen personen, alsmede tegen besluiten en handelingen ten aanzien van rechterlijke ambtenaren (art. 48 Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren) staat beroep in eerste en enige aanleg open bij de Centrale Raad van Beroep. Tegen besluiten omtrent goedkeuring van bestemmingsplannen, besluiten op het gebied van het milieurecht en een zeer heterogene categorie andere besluiten staat beroep in eerste en enige aanleg open bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Tegen fiscale besluiten staat nu nog beroep open bij het gerechtshof (art. 26 Awr jo. art. 8:4, aanhef en onderdeel g, Awb), maar in de nabije toekomst zal de rechtbank ook voor deze besluiten bevoegd worden.[8] Tegen besluiten op grond van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften, ten slotte, staat wel beroep open bij de rechtbank, maar bij de sector kanton in plaats van bij de sector bestuursrecht en zonder toepassing van hoofdstuk 8 Awb. Dit laatste is te verklaren vanuit de strafrechtelijke herkomst van deze besluiten.

4. Beroep bij de bestuursrechter kan pas worden ingesteld nadat een *bestuurlijke voorprocedure* is gevolgd (art. 7:1 Awb). De hoofdregel is, dat eerst een bezwaarschrift moet worden ingediend bij het bestuursorgaan dat het bestreden besluit heeft genomen. Pas nadat het bestuursorgaan naar aanleiding van dit bezwaarschrift zijn besluit heeft heroverwogen, kan de belanghebbende zich tot de bestuursrechter wenden.

Deze regel lijdt uitzondering indien een andersoortige bestuurlijke voorprocedure is of kan worden gevolgd. Dit doet zich in de eerste plaats voor als ingevolge een bijzondere wetsbepaling administratief beroep openstaat (art. 7:1, eerste lid, aanhef en onderdeel a, Awb). Daarvan is sprake als tegen een besluit voorziening kan worden gevraagd bij een ander bestuursorgaan dan het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen (art. 1:5, tweede lid, Awb). Administratief beroep kwam tot in de jaren tachtig van de vorige eeuw zeer veel voor. Het Benthem-arrest,[9] waarin het Europese Hof voor de Rechten van de Mens ons Kroonberoep in strijd met artikel 6 EVRM oordeelde, maakte een eind aan deze bloeiperiode. Sedertdien is administratief beroep relatief zeldzaam; wij zien het vooral nog bij besluiten van 'ambtelijke' bestuursorganen, dat wil zeggen ambtenaren die rechtstreeks aan hen geattribueerde bevoegdheden uitoefenen.[10]

---

8. Zie wetsvoorstel belastingrechtspraak in twee instanties, Kamerstukken II 2003/04, 29 251, nr. 1-3.
9. EHRM 23 oktober 1985, Series A, vol. 97, AB 1986, 1 m.nt. E.M.H. Hirsch Ballin; NJ 1986, 102 m.nt. EAA, NJCM-bull. 1985, p. 669 m.nt. TZ/AWH. Zie voor een terugblik na vijftien jaar N. Verheij, De toegang tot de rechter in het bestuursrecht, in R.A. Lawson, E. Myjer, 50 jaar EVRM, Leiden 2000, p. 183.
10. Zie nader par. 5.5.2.

In de tweede plaats wijkt de bezwaarschriftprocedure voor een goedkeuringsprocedure binnen het bestuur (art. 7:1, eerste lid, aanhef en onderdelen b en c, Awb). Ook in dat geval wordt het besluit immers binnen het bestuur opnieuw beoordeeld, zij het dat geen sprake is van een volledige heroverweging zoals in bezwaar.

In de derde plaats kan een belanghebbende zonder eerst bezwaar te maken beroep instellen tegen een besluit dat is voorbereid met toepassing van een van de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedures van afdeling 3.5 Awb. In de nabije toekomst zal hetzelfde gelden voor alle besluiten waarbij de nieuwe uniforme openbare voorbereidingsprocedure is toegepast.[11] Al deze procedures hebben gemeen dat een uitgewerkt ontwerp-besluit wordt gepubliceerd, naar aanleiding waarvan de burger zijn visie naar voren kan brengen. Het voorgenomen besluit is dus al eens heroverwogen, zodat voor een hernieuwde heroverweging geen aanleiding bestaat.

Naar verwachting op 1 maart 2004 zal het mogelijk worden om de bezwaarschriftprocedure over te slaan als het bestuursorgaan en alle belanghebbenden daarmee instemmen. Een daartoe strekkend wetsvoorstel rechtstreeks beroep is thans aanhangig bij de Eerste Kamer.[12]

5. Tegen de uitspraak van de rechtbank staat *hoger beroep* open. Deze regel geldt uiteraard niet als de rechtbank niet de bevoegde rechter van eerste aanleg is (zie onder 3). Als dit wel het geval is, staat hoger beroep open bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, tenzij de wet een andere appèlrechter aanwijst (art. 37 Wet op de Raad van State). De Centrale Raad van Beroep treedt op als appèlrechter op het gebied van – ruw gezegd – het ambtenarenrecht, de sociale zekerheid en de studiefinanciering (art. 18 Beroepswet jo. de bijlage bij de Beroepswet). Het College van Beroep voor het bedrijfsleven oordeelt in hoger beroep over uitspraken van de rechtbank te Rotterdam over besluiten op grond van een aantal belangrijke wetten op het gebied van het economisch bestuursrecht (o.m. de Mededingingswet; zie art. 20 Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie jo. de bijlage bij die wet). Het gerechtshof te Leeuwarden oordeelt in hoger beroep over uitspraken van de (sectoren kanton van de) rechtbanken over besluiten op grond van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (art. 14 WAHV). Ten slotte zullen in de nabije toekomst de gerechtshoven in hoger beroep oordelen over uitspraken van de rechtbanken in belastingzaken.[13]

6. Indien geen bestuursrechter bevoegd is, is de *burgerlijke rechter* bevoegd. Artikel 112, eerste lid, van de Grondwet bepaalt dat de rechterlijke macht oordeelt over geschillen over burgerlijke rechten en over schuldvorderingen. Sedert HR 31 december 1915, NJ 1916, p. 407 (Guldenmond/Noordwijkerhout) acht de burgerlijke rechter zich op grond van (de voorgangers en equivalenten van) deze bepaling bevoegd, zodra eiser *stelt* in een burgerlijk recht te zijn getroffen. Voorts is vaste jurisprudentie dat een vordering uit onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) strekt tot bescherming van een burgerlijk recht, ook als de beweerde onrechtmatige daad een

11. Zie de Wet van 24 januari 2002, Stb. 2002, 54. Vermoedelijke inwerkingtreding 1 oktober 2004.
12. Kamerstukken I 2002/03, 27 563, nr. 236.
13. Zie het in noot 8 genoemde wetsvoorstel belastingrechtspraak in twee feitelijke instanties.

publiekrechtelijke handeling van een bestuursorgaan is. Aangezien vrijwel ieder geschil als een vordering uit onrechtmatige daad kan worden geformuleerd, betekent dit in de praktijk dat de burgerlijke rechter vrijwel altijd bevoegd is.[14]

Toch waakt de burgerlijke rechter ervoor het terrein van de bestuursrechter te betreden. De afbakening wordt echter niet op het niveau van de bevoegdheid, maar op het niveau van de ontvankelijkheid gerealiseerd. Een vordering bij de burgerlijke rechter die steunt op de onrechtmatigheid van een bestuurshandeling waartegen een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang openstaat of heeft opengestaan, is niet-ontvankelijk. Dit staat bekend als het leerstuk van de formele rechtskracht. Een besluit krijgt formele rechtskracht indien een daartegen openstaande rechtsgang bij de bestuursrechter niet of tevergeefs is benut. In dat geval houdt ook de burgerlijke rechter het besluit voor rechtmatig, zelfs als evident is dat het besluit zou zijn vernietigd als de rechtsgang bij de bestuursrechter was benut.[15] Slechts in zeer bijzondere gevallen wordt een uitzondering op dit uitgangspunt gemaakt.[16]

Dit alles geldt echter niet indien tegen de aangevochten bestuurshandeling geen beroep bij de bestuursrechter kan worden ingesteld. In de praktijk betekent dit, dat de burgerlijke rechter op het gebied van de rechtsbescherming tegen de overheid fungeert als 'restrechter'. In alle gevallen waarin geen beroep bij de bestuursrechter mogelijk is, kan de burger zich tot de burgerlijke rechter wenden. Aldus vult de burgerlijke rechter alle leemten in het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming op.

1.3 Knelpunten

a. Te beperkte bevoegdheid. De bevoegdheid van de bestuursrechter is grosso modo beperkt tot besluiten. Binnen het kader van bestuursrechtelijke rechtsverhoudingen ontstaan echter ook geschillen over handelingen van bestuursorganen die geen besluiten zijn. Daarover oordeelt thans de burgerlijke rechter in zijn rol als 'restrechter'. De vraag rijst of het niet logischer zou zijn om geschillen die binnen een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking ontstaan, ook door de bestuursrechter te laten beoordelen.

Dat de praktijk een zekere behoefte heeft aan een ruimere bevoegdheid van de bestuursrechter, wordt geïllustreerd door de rechtspraak inzake de 'zelfstandige' besluiten. Om uitspraken te kunnen doen over wat in wezen geschillen over publiekrechtelijke schuldvorderingen zijn, hebben de bestuursrechters op enigszins gekunstelde wijze besluiten moeten construeren.

Voorts staat geen beroep open tegen besluiten inhoudende algemeen verbindende voorschriften of beleidsregels. Velen vinden dit een knelpunt,[17] maar eenstemmigheid bestaat daarover niet.

---

14. Zie over de taakverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter uitvoeriger J.A.M. van Angeren, De gewone rechter en de bestuursrechtspraak, Deventer 1998; J.E.M. Polak, Burgerlijke rechter of bestuursrechter?, diss. UvA 1999, Deventer 1999; A.J.C. de Moor-van Vugt, J.L. de Wijkerslooth, N. Verheij, Verschuiving van de magische lijn, preadviezen VAR 1999, VAR-geschrift 1999, Alphen aan den Rijn 1999.
15. HR 16 mei 1986, AB 1986, 573 m.nt. FHvdB (Heesch/Van de Akker).
16. Zie voor een schaars voorbeeld HR 11 november 1988, AB 1989, 81 m.nt. FHvdB (Ekro).
17. Zie J.E.M. Polak, Burgerlijke rechter of bestuursrechter?, diss. UvA 1999, Deventer 1999, p. 56 e.v.

b. Opeenstapeling van procedures. De koppeling van de bevoegdheid van de bestuursrechter aan het begrip besluit leidt soms tot een te beperkte toegang tot de bestuursrechter, maar soms – in combinatie met de korte beroepstermijn – ook tot het omgekeerde. Doordat in beginsel tegen ieder besluit beroep openstaat – het aantal uitzonderingen is goed beschouwd klein – kan soms in wezen hetzelfde geschil bij herhaling aan de rechter worden voorgelegd of moet een geschil op soms geforceerde wijze in evenveel stukjes worden geknipt als er besluiten zijn. Dit draagt bij aan de stroperigheid van besluitvormingsprocedures die – al wordt zij ook wel eens overdreven – wel degelijk een reëel maatschappelijk probleem vormt. In situaties waarin sprake is van een hoofdbesluit met één of meer nevenbesluiten – bijvoorbeeld een besluit dat een betalingsverplichting inhoudt, gevolgd door een besluit omtrent kwijtschelding en/of een besluit omtrent uitstel van betaling en/of een rentebesluit – leidt het besluitmodel voorts tot een inefficiënte vorm van geschilbeslechting die zowel bestuur als burger nodeloos op kosten jaagt.[18]

c. Procedures duren te lang. Hoewel de doorlooptijden van zaken de laatste jaren bij een aantal bestuursrechtelijke colleges korter zijn geworden, blijft de duur van procedures een punt van zorg, zeker in combinatie met het hiervoor gesignaleerde fenomeen van 'stapeling' van procedures en het gegeven dat de uitspraak van de bestuursrechter lang niet altijd een einde maakt aan het geschil (zie hierna onder g).[19]

d. Formalisering. Terwijl in het burgerlijk procesrecht wordt gestreefd naar deformalisering, lijkt in het bestuursprocesrecht juist sprake van formalisering. De Awb-wetgever heeft gekozen voor rechtsbescherming als hoofdfunctie van het bestuursproces. Daardoor is het bestuursrechtelijk proces meer dan voorheen een partijenproces geworden. De belanghebbende heeft meer invloed op de omvang van het geschil, maar daardoor worden aan zijn processuele opstelling ook meer gevolgen verbonden. De verhoogde aandacht voor de omvang van het geschil heeft zich voor een deel vertaald in verschijnselen als de 'argumentatieve trechter' (in de literatuur ook wel argumentatieve 'fuik' genoemd) en de 'bewijstrechter', waardoor het voor burgers steeds moeilijker wordt om zonder rechtsbijstand procedures te voeren.

e. Te beperkte uitspraakbevoegdheden. De Nederlandse bestuursrechter heeft maar een beperkt aantal uitspraakbevoegdheden. Centraal staat de vernietiging van een besluit. Zodra een beroep gegrond is, schrijft de wet deze uitspraak bindend voor. Wel zijn er bijkomende uitspraakbevoegdheden, zoals de bevoegdheid om rechtsgevolgen in stand te laten, alsmede de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien. Daarnaast is er de – vooralsnog afhankelijke – schadevergoedingsbevoegdheid. Maar er zijn nog een aantal leemten, die overigens deels samenhangen met de beperking van de bevoegdheid van de bestuursrechter tot besluiten. Met name heeft de bestuursrechter onvoldoende bevoegdheden om:

---

18. Zie de kritiek van de VAR-werkgroep Vierde tranche (Den Haag 1999) op de regeling inzake bestuursrechtelijke geldschulden in het Voorontwerp vierde tranche Awb.
19. Zie bijvoorbeeld B.J. van Ettekoven, Alternatieven van de bestuursrechter; observaties uit de eerste lijn, preadvies VAR 2001, VAR-geschrift 126, Den Haag 2001.

– het bestuur te verplichten om iets te doen of juist na te laten;
– declaratoire uitspraken te doen over een rechtspositie of een rechtsbetrekking;
– een ge- of verbod uit te spreken over schadevergoeding, toe te kennen met het oog op onrechtmatig *feitelijk* bestuurshandelen.

f. Niet gericht op definitieve beslechting van het geschil. Een systeem van vernietigen is niet primair gericht op definitieve ('finale') geschilbeslechting. De 'ex tunc'-toetsing staat soms in de weg aan een efficiënte geschilbeslechting. Hetzelfde geldt voor het gegeven dat de toetsing van besluiten plaatsvindt 'van buiten naar binnen': eerst wordt bezien of de juiste procedures zijn doorlopen en of voldaan is aan de meer formele beginselen. Tot de kern van het geschil wordt pas doorgedrongen als al het andere in orde is. Als in eerdere stappen iets is misgegaan, bestaat de kans dat het geschil zich voortsleept. Vaak vernietigt de rechter in zo'n geval een besluit op formele gronden. Daarna moet een nieuw besluit worden genomen. Niet uitgesloten is dat dit tweede besluit inhoudelijk dezelfde strekking heeft als het eerste. In dat geval is de kans groot dat ook tegen dit tweede besluit beroep wordt ingesteld, omdat de rechter aan het inhoudelijke geschilpunt nog niet was toegekomen.

g. Eén of twee instanties. In het bestuursrecht staat nu eens beroep in één, dan weer in twee feitelijke instanties open, zonder dat voor dit verschil altijd een inhoudelijke grond valt aan te wijzen. Rechtspraak in twee instanties is in 1994 tot uitgangspunt verklaard, maar op pragmatische gronden is dit uitgangspunt nog maar gedeeltelijk doorgevoerd. Over de vraag in hoeverre twee instanties altijd wenselijk zijn, wordt wel verschillend gedacht, maar algemeen wordt onderschreven dat het huidige stelsel op dit punt weinig systematisch is.

h. Gebrek aan rechtseenheid. Het bestuursrecht kent thans vijf hoogste rechters: de Hoge Raad, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de Centrale Raad van Beroep, het College van Beroep voor het bedrijfsleven en het Gerechtshof Leeuwarden (Mulderzaken). Dit leidt tot verschillen in jurisprudentie, waarvan met name die tussen de ABRvS en de CRvB de aandacht trekken. Voor een deel zijn deze verschillen te verklaren uit verschillen in de aard van de door de onderscheiden colleges te berechten geschillen, maar er is een breed gevoelen dat de rechtseenheid in het bestuursrecht onvoldoende is gewaarborgd.[20]

20. Zie J. van Erp, M. Schadé, S. Verberk, Ph.M. Langbroek, R.J.G.M. Widdershoven, Eenheid van rechtspraak, Verslag van een eerste meting in het bestuursrecht, Den Haag 2001.

2 Grondslagen

2.1 Wat is besturen?

2.1.1 Inleiding

In dit hoofdstuk gaat de Commissie op zoek naar de grondslagen van de bestuursrechtspraak. Om te kunnen bepalen hoe de bestuursrechtspraak moet worden vormgegeven, moeten wij ons afvragen waartoe zij dient. In hoeverre en waarom hebben wij naast de civiele en de strafrechtspraak behoefte aan gespecialiseerde bestuursrechtspraak? Om deze vragen te beantwoorden moeten wij weten wat bestuur en besturen eigenlijk zijn. Wat maakt het openbaar bestuur en het besturen zo bijzonder dat dit een eigen soort rechtspraak met een eigen soort rechter rechtvaardigt?

Deze vragen worden hierna in omgekeerde volgorde besproken. Eerst wordt nagegaan welke eigenschappen kenmerkend zijn voor het handelen van het openbaar bestuur. Daarna komt aan de orde in hoeverre deze eigenschappen het wenselijk of zelfs noodzakelijk maken om de controle op dit bestuurshandelen op te dragen aan een gespecialiseerde bestuursrechter. Ten slotte staat de Commissie stil bij de uitgangspunten die de vormgeving van het beroep bij de bestuursrechter behoren te bepalen. Bij dit laatste gaat het met name om de vraag of dit beroep (meer) een 'recours objectif' dan wel (meer) een 'recours subjectif'[21] behoort te zijn.

2.1.2 Kenmerkende eigenschappen van het bestuurshandelen

Welke eigenschappen van het bestuur of het bestuurshandelen rechtvaardigen een eigen soort rechtspraak met een eigen rechter? Bij de beantwoording van deze vraag doet zich het probleem voor dat hét bestuur en dé overheid niet bestaan. Er zijn vele verschillende soorten overheidslichamen met vele verschillende bestuursorganen. Deze bestuursorganen verrichten de meest uiteenlopende bestuurshandelingen.

Toch zijn er enkele wezenlijke eigenschappen die het bestuurshandelen kenmerken. Sommige van deze eigenschappen heeft het bestuurshandelen steeds, andere doorgaans. Daarom wordt hierna onderscheid gemaakt tussen de kern van het bestuursrecht en het omringende bestuursrecht. De kern van het bestuursrecht betreft het bestuurshandelen dat alle hierna te noemen eigenschappen heeft. Het omringende bestuursrecht betreft het bestuurshandelen dat niet al deze eigenschappen heeft, maar wel enkele.

---

21. Zie voor een verklaring van deze aan de Franse doctrine ontleende termen paragraaf 2.4.

a. De kern van het bestuursrecht

De volgende eigenschappen van het handelen van het openbaar bestuur zijn wezenlijk voor het bestuursrecht:

- Het bestuur behoort altijd te handelen ter behartiging van een algemeen belang. Vaak, maar niet altijd, doet het bestuur dit door:
  - krachtens op de wet berustende bevoegdheden,
  - schriftelijke[22] publiekrechtelijke rechtshandelingen (besluiten) te verrichten, die strekken tot
  - het eenzijdig vaststellen van de rechtspositie van de burger.

Tot de kern van het bestuursrecht behoren de bestuurshandelingen die al deze vier eigenschappen hebben. Maar de kern is niet het hele bestuursrecht. Het overheidshandelen behoort steeds gericht te zijn op de behartiging van een algemeen belang, maar het overheidshandelen, óók het bestuursrechtelijk relevante handelen, omvat veel meer dan het nemen van besluiten tot het eenzijdig vaststellen van rechtsposities. Ook berust niet iedere bestuursbevoegdheid op een wettelijke grondslag. Het omringende bestuursrecht betreft lang niet altijd besluiten in de zin van de Awb. Omgekeerd betreffen niet alle besluiten de kern van het bestuursrecht, omdat de bestuursrechter vooral de laatste jaren besluiten heeft uitgevonden die eigenlijk geen besluiten zijn, louter om zichzelf bevoegd te maken en aldus te voorzien in een maatschappelijke behoefte aan bestuursrechtelijke rechtsbescherming.

De meest algemene eigenschap van bestuurshandelen is dat het steeds dient ter behartiging van een meer of minder concreet bepaald algemeen belang. Natuurlijk leveren ook particulieren regelmatig een bijdrage aan de behartiging van het algemeen belang, maar het bestuurshandelen is stéédsgericht op het algemeen belang. Dit algemeen belang kan echter zeer abstract zijn: de bescherming van het milieu, de bevordering van de werkgelegenheid, de volksgezondheid of het onderwijs. In dat geval is de behartiging van het algemeen belang soms een weinig onderscheidend kenmerk van het bestuurshandelen.

Een tweede belangrijk kenmerk van veel bestuurshandelen is dat het een uiting is van het eenzijdige gezag van het openbaar bestuur over de burger. Het bestuur heeft vaak de bevoegdheid om de rechtspositie van de burger eenzijdig vast te stellen. Op grond van de wet kan het de burger bepaalde gedragingen verbieden of gebieden. Dat is een wezenlijk kenmerk van publiekrecht. Particulieren kunnen in de meeste gevallen een ander slechts iets verbieden of gebieden als die ander daarvoor op enigerlei wijze zijn toestemming heeft gegeven. Maar daarbij passen twee kanttekeningen. Enerzijds zijn er onderdelen van het privaatrecht, zoals het personen- en familierecht, waarin de eenzijdige gezagsverhouding eveneens domineert. Anderzijds zijn bestuursrechtelijke rechtsverhoudingen soms formeel-juridisch gezien eenzijdig, maar in de maatschappelijke werkelijkheid tweezijdig. Voorbeelden zijn de ambtelijke aanstelling, de concessie en sommige subsidies.

De overheidstaak wordt wel onderscheiden in een ordenende, een presterende en een arbitrerende taak. De arbitrerende taak wordt deels uitgevoerd door de rechterlijke

---

22. Onder omstandigheden gelden ook elektronisch vastgelegde rechtshandelingen als 'schriftelijk'. Zie het wetsvoorstel Elektronisch bestuurlijk verkeer, Kamerstukken I 2002/03, 28 483, nr. 199.

macht, deels door het openbaar bestuur. De presterende taak wordt uitgevoerd door het bestuur. Het meest typerend voor het openbaar bestuur is de ordenende taak, die goeddeels wordt verricht op basis van hoofdlijnen die zijn uitgezet door de wetgevende macht. Met deze ordenende taak onderscheidt het bestuur zich van burgers, maatschappelijke organisaties en het bedrijfsleven, waaraan deze taak niet primair is toebedeeld.

Men pleegt het bestuurshandelen ook wel te onderscheiden in het ordenende en het financiële bestuur. Dit onderscheid overlapt het voorgaande. Financieel bestuur is vaak presterend bestuur, maar niet altijd: in het belastingrecht is het veeleer de burger die moet presteren. Kenmerkend voor het ordenend bestuursrecht (ruimtelijke ordening, milieurecht, economisch bestuursrecht) is dat besluiten worden genomen op grond van een afweging van het algemeen belang en deelbelangen. Tot deze laatste behoren in het ordenend bestuursrecht doorgaans ook belangen van derden. In het financieel bestuursrecht (belastingen, sociale zekerheid) is besturen doorgaans meer een kwestie van wetsuitvoering. Het gaat daar vaak om sterk gebonden beschikkingen, waarbij de belangen van derden niet of nauwelijks in het geding zijn.

Veel bestuurshandelingen zijn schriftelijke publiekrechtelijke rechtshandelingen en dus besluiten in de zin van artikel 1:3 Awb. De meeste besluiten zijn vatbaar voor beroep op de bestuursrechter,[23] maar daarop bestaan nog uitzonderingen.[24] Bij gefaseerde besluitvorming leidt dit er soms toe dat er meer voor beroep vatbare beslissingen zijn dan uit een oogpunt van proceseconomie wenselijk is. Anderzijds is er soms behoefte aan rechtsbescherming tegen bestuurshandelingen die naar traditionele maatstaven geen besluiten zijn. In de rechtspraak is een ontwikkeling gaande waarin van meer en meer bestuurshandelingen die van oudsher als privaatrechtelijk werden aangemerkt, het publiekrechtelijk karakter wordt erkend. Deze handelingen worden vervolgens tot besluiten bestempeld om beroep bij de bestuursrechter mogelijk te maken. Daarmee komen wij in het omringende bestuursrecht.

b. Het omringende bestuursrecht

De kern van het bestuursrecht wordt als het ware omringd door bestuurshandelen dat deels andere eigenschappen heeft.[25] Dit omringende bestuursrecht omvat in ieder geval twee categorieën bestuurshandelen:

- voorbereidings- en uitvoeringshandelingen van besluiten;
- besluiten die accessoir zijn aan eerdere besluiten, waarbij met name aandacht verdienen:
  - beslissingen omtrent de vermogensrechtelijke afwikkeling van eerdere besluiten.

Besluiten worden veelal voorafgegaan door voorbereidingshandelingen en gevolgd door feitelijke uitvoeringshandelingen. Deze voorbereidings- en uitvoeringshandelin-

23. Waarbij veelal eerst bezwaar moet worden gemaakt (art. 7:1 Awb); zie paragraaf 5.5. Kortheidshalve wordt dit er in het vervolg van dit rapport niet steeds bij gezegd.
24. Zie de artikelen 8:2 tot en met 8:5 Awb.
25. Vgl. voor dit beeld: R.M. van Male, De administratieve rechter: geheel of gedeeltelijk bevoegd?, in: F.A.M. Stroink e.a. (red.), Reorganisatie van de rechterlijke macht, Staatsrechtconferentie 1989, Lelystad 1990, p. 51 e.v.

gen zijn veelal geen besluiten, en zelfs als zij dat wel zijn niet vatbaar voor beroep (art. 6:3 Awb). Maar soms heeft voorbereiding of uitvoering ook het karakter van een besluit. Tegen voorbereidingshandelingen en uitvoeringshandelingen staat over het algemeen geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open. Zo staat wel beroep open tegen de vaststelling van een premie voor de sociale verzekeringen, maar niet tegen vooraankondigingen, premienota's en betalingsherinneringen en dergelijke.

Veel bestuurshandelen is accessoir in de zin dat het verbonden is met ander bestuurshandelen. In veel gevallen kan niet met één bestuurshandeling worden volstaan, maar moet een aantal vervolgstappen worden gezet die soms de rechtspositie van de burger opnieuw bepalen. Dit bestuurshandelen bestaat uit vervolgstappen die door de originaire bestuurshandeling mogelijk en soms ook noodzakelijk worden.[26]

Voorbeelden van originaire bestuurshandelingen zijn: de verlening van een vergunning, de verstrekking van een subsidie, een belastingaanslag, enzovoort. Voorbeelden van accessoire bestuurshandelingen zijn: de intrekking van een vergunning, de toekenning van schadevergoeding, de uitbetaling, intrekking of terugvordering van een toegekende subsidie, het verhaal van de kosten van bestuursdwang, enzovoort.

Sedert het midden van de jaren negentig is de aandacht voor de vermogensrechtelijke afwikkeling van door het bestuur genomen besluiten sterk toegenomen. Het gaat dan bijvoorbeeld om beslissingen van bestuursorganen omtrent het toekennen van schadevergoeding of nadeelcompensatie, het terugbetalen van onverschuldigd betaalde uitkeringen of subsidies of het opeisen van verbeurde bestuurlijke dwangsommen. Tot voor kort beschouwde de bestuursrechter veel van deze bestuurshandelingen als privaatrechtelijk. Voor een deel doet hij dat nog steeds, met name bij handelingen die verband houden met het aangaan of uitvoeren van een overeenkomst.

Sedert een aantal jaren beschouwt de bestuursrechter een deel van deze vermogensrechtelijke bestuurshandelingen als besluit in de zin van artikel 1:3 Awb. Dit geldt met name voor besluiten omtrent schadevergoeding, nadeelcompensatie en terugvordering van zonder rechtsgrond betaalde uitkeringen of subsidies.[27] Bij de toetsing van deze besluiten maakt de bestuursrechter mede gebruik van beginselen en regels uit het Burgerlijk Wetboek, maar geeft hij daaraan een eigen invulling en toepassing.[28] Er is een ontwikkeling gaande in de richting van een bestuursrechtelijk vermogensrecht.[29] De vierde tranche van de Awb, waarin een algemene regeling voor bestuursrechtelijke geldschulden is opgenomen, zal daaraan een flinke impuls geven.[30]

---

26. Vgl. F.J. van Ommeren, Op weg naar publiekrechtelijk vermogensrecht, NTBR 1998, p. 115 e.v. en J.E.M. Polak, Burgerlijke rechter of bestuursrechter?, diss. UvA 1999, Deventer 1999, p. 81 e.v. Vgl. ook VAR-werkgroep Vierde tranche Awb, De vierde tranche Awb, Den Haag 2000, p. 29, 30.
27. Zie resp. CRvB 28 juli 1994, AB 133, m.nt. RMvM (Van B.) en ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229 m.nt. PvB (Van Vlodrop); ABRvS 18 februari 1997, AB 1997, 143 m.nt. PvB (Beurskens); ABRvS 21 oktober 1996, AB 1996, 496 m.nt. NV (Nanne/VROM).
28. Zie bijvoorbeeld B.J. Schueler, B.J. van Ettekoven, De Centrale Raad van Beroep en de aansluiting bij het civiele aansprakelijkheidsrecht, in: R.M. van Male e.a. (red.), Centrale Raad van Beroep 1903-2003, Den Haag 2003, p. 155 e.v.
29. Van Ommeren, t.a.p.
30. Zie het Voorontwerp vierde tranche Awb, Den Haag 1999, te vinden op www.justitie.nl onder Thema's/Wetgeving/Dossiers/Awb/Voorontwerpen. Ten tijde van het afsluiten van dit rapport had de Raad van State advies uitgebracht over een op dit voorontwerp gebaseerd wetsvoorstel, maar was nog geen wetsvoorstel ingediend. Naar verwachting zal dit laatste begin 2004 geschieden.

2.1.3 Twee nadere eigenschappen

Twee eigenschappen die het bestuurshandelen soms, maar niet altijd heeft, zijn voor het bestuursrecht zo belangrijk dat zij hier apart moeten worden genoemd:
– beslissingsruimte voor het bestuur; en
– gevolgen voor derden.

In belangrijke delen van het bestuursrecht – vooral, maar niet uitsluitend, het financiele bestuursrecht – is besturen vooral wetstoepassing: als de feiten vaststaan, wordt de inhoud van de beslissing die het bestuur moet nemen, grotendeels door de wet gedicteerd. Wij spreken dan van gebonden beslissingen. Zo vloeit volgens de Huursubsidiewet iemands aanspraak op huursubsidie in beginsel dwingend voort uit een beperkt aantal feitelijke gegevens. Bij het nemen van dergelijke besluiten behoeft het bestuur geen keuzen meer te maken, omdat de wetgever alle bij het besluit betrokken belangen reeds volledig heeft gewaardeerd en afgewogen.

Bij veel andere besluiten, daarentegen, laat de wet het bestuur wel ruimte om keuzen te maken. Deze beslissingsruimte bestaat in twee varianten. Soms heeft de wetgever de voor de uitoefening van een bevoegdheid relevante rechtsfeiten slechts vaag omschreven.[31] In een deel van deze gevallen moet daaruit worden afgeleid dat de wetgever de nadere invulling van deze vage normen primair aan het bestuur en niet aan de rechter heeft willen opdragen. In die gevallen heeft het bestuur bij de juridische kwalificatie van de feiten een zekere *beoordelings*vrijheid. Binnen zekere grenzen kan het bestuur bijvoorbeeld kiezen of het een bepaald samenstel van feiten wel of niet kwalificeert als 'gevaar voor de openbare orde'.

In andere gevallen kon of wilde de wetgever de bij de uitoefening van een bevoegdheid betrokken belangen niet volledig zelf waarderen en afwegen, maar heeft hij dit gedeeltelijk aan het bestuur overgelaten. In die gevallen heeft het bestuur *beleids*vrijheid om op grond van deze nadere waardering en afweging van belangen te kiezen of het aan een gegeven feitencomplex rechtsgevolgen verbindt, en zo ja, vaak ook om te kiezen welke rechtsgevolgen dit precies zijn. Het kan bijvoorbeeld kiezen om een vergunning niet, wel of onder voorwaarden te verlenen of om al dan niet een last onder dwangsom op te leggen. In het laatste geval kan en moet het bestuur ook nog keuzen maken over de inhoud van de last en de hoogte van de dwangsom.

Deze onderscheidingen lopen dwars door het onderscheid tussen de kern van het bestuursrecht en het omringende bestuursrecht heen. Het zijn ook geen scherpe onderscheidingen, maar punten op een glijdende schaal. Niettemin zijn deze onderscheidingen van belang voor een goed beeld van de aard van het bestuurshandelen. Bij strikt gebonden bestuur verschilt de taak van het bestuur niet wezenlijk van die van de rechter: het gaat in beide gevallen om wetstoepassing. Maar bij beoordelingsvrijheid en vooral bij echte beleidsvrijheid is er wel een wezenlijk verschil. In deze gevallen heeft de wetgever aan het bestuur een rechts*vormende* taak opgedragen. Het resultaat van de bestuurlijke besluitvorming (het besluit) is dan een stukje positief recht, met werking jegens een ieder ('erga omnes'). Dit heeft gevolgen voor de taak van de bestuursrech-

31. Bedoeld is een meer dan gewone mate van vaagheid. Enige vaagheid is er natuurlijk altijd, want rechtsregels worden uitgedrukt in woorden. Zoals Paul Scholten ooit uitriep: 'Woorden zijn nooit duidelijk!'

ter. Die is in deze gevallen wezenlijk anders dan de taak van de burgerlijke rechter of de strafrechter. De bestuursrechter mag de rechtsvormende taak van het bestuur niet overnemen, maar slechts toetsen of het bestuur binnen de grenzen van het bestaande recht is gebleven.

Veel bestuurshandelen richt zich uitsluitend tot één bepaalde burger (de geadresseerde) en heeft uitsluitend gevolgen voor deze geadresseerde. Voorbeelden zijn beslissingen omtrent WW- of bijstandsuitkeringen, de meeste[32] belastingaanslagen en beslissingen omtrent verblijfsvergunningen. Maar een flink deel van het bestuurshandelen raakt ook de belangen van derden. Dat is een tweede belangrijke nadere eigenschap van het bestuurshandelen. Als deze derden belanghebbenden in de zin van artikel 1:2 Awb zijn, heeft dit een aantal gevolgen voor de rechtsbescherming. Het belangrijkste gevolg dat op deze plaats moet worden genoemd, is dat deze derden-belanghebbenden toegang hebben tot de bestuursrechter. Dat is een belangrijk verschil met het burgerlijk recht, waar derden doorgaans geen, althans veel moeilijker toegang tot de rechter hebben. De achtergrond hiervan is dat het bestuur, anders dan een particulier, voorzover de wet daartoe ruimte laat ook de belangen van deze derden moet meewegen, en de bestuursrechter dus moet kunnen toetsen in hoeverre het bestuur dit heeft gedaan.

2.1.4 Drie bijzondere categorieën

Drie, onderling uiteenlopende, categorieën bestuurshandelingen moeten hier wegens hun bijzondere eigenschappen afzonderlijk worden genoemd:
– regelgevend bestuurshandelen;
– punitief (bestraffend) bestuurshandelen;
– handelingen in rechtsbetrekkingen tussen overheden onderling.

Regelgevend bestuurshandelen
Algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels dienen naar positief Nederlands recht te worden onderscheiden van andere besluiten, omdat zij als gevolg van de in de politiek dominante opvatting van de trias politica niet vatbaar zijn voor beroep bij de bestuursrechter.

Bestraffend bestuursoptreden
Het bestraffende bestuurshandelen – men denke met name, maar niet uitsluitend, aan het opleggen van bestuurlijke boeten – speelt zich af in het grensgebied van bestuurs- en strafrecht. Mede door de autonome uitleg die het Europese Hof voor de Rechten van de Mens aan artikel 6 EVRM heeft gegeven,[33] is dit bestuurshandelen aan eigen, strafrechtelijk getinte, normen en regels onderworpen. Het belang van dit bestraffende bestuurshandelen is door de opkomst van de bestuurlijke boete sedert het begin van

32. Een aanslag inkomstenbelasting raakt ook de belangen van een eventuele partner wiens inkomensbestanddelen in de aanslag zijn betrokken, maar de praktische betekenis daarvan is zeer beperkt.
33. EHRM 21 februari 1984, Series A, vol. 73, NJ 1988, 937 m.nt. E.A. Alkema (Öztürk); EHRM 24 februari 1994, Series A, vol. 284, NJ 1994, 496 m.nt. EAA (Bendenoun).

de jaren negentig sterk toegenomen. Daarom wordt daaraan in paragraaf 4.8 kort afzonderlijk aandacht besteed.

Rechtsbetrekkingen tussen overheden
Rechtsbetrekkingen tussen overheidslichamen en bestuursorganen verschillen onderling principieel van die tussen overheid en burger, doordat overheden nimmer autonome rechtssubjecten kunnen zijn. Daarom gelden voor rechtsbetrekkingen tussen overheden soms andere regels. Meer in het bijzonder bestaat in geschillen tussen overheden geen recht op toegang tot de rechter; artikel 6 EVRM geeft aan overheden geen aanspraken.[34] Mede om deze reden blijven deze geschillen tussen overheden onderling in dit rapport verder buiten beschouwing.

2.2 Wat is bestuursrechtspraak?

Alvorens te kunnen ingaan op de betekenis van de in de vorige vraag besproken eigenschappen van het bestuurshandelen voor de wenselijkheid of noodzaak van bestuursrechtspraak, alsmede voor de vormgeving daarvan, moet eerst de vraag worden beantwoord wat bestuursrechtspraak eigenlijk is.

De literatuur brengt, met vele nuances, het begrip rechtspraak in verband met het behandelen en beëindigen van rechtsgeschillen. Polak[35] en Duynstee[36] zien als kenmerk van rechtspraak dat geschillen worden berecht of straffen worden opgelegd. Duynstee omschrijft het berechten van geschillen als het bindend vaststellen van de inhoud van de concrete rechtsbetrekking tussen partijen. In het strafrecht gaat het dan om het bindend vaststellen van de gegrondheid van de ingestelde vervolging en zo nodig de aard en de omvang van de straf.

Van Galen en Van Maarseveen[37] omschrijven rechtspraak het met behulp van juridische maatstaven oordelen over geschillen die door anderen ter beslissing worden voorgelegd. De Waard[38] ziet rechtspraak als een juridisch genormeerd proces van beoordeling, aan de hand van rechtsnormen, van een beweerde (dreigende) schending van bestaande rechten of rechtsplichten, uitmondend in een uitspraak die aan het resultaat van deze beoordeling rechtens bindende gevolgen verbindt. Wiarda[39] benadrukt dat rechtspraak moet geschieden door 'een orgaan dat ten opzichte van de daarbij betrokken partijen en belangen als buitenstaander kan worden beschouwd'. Hij ziet onafhankelijkheid en onpartijdigheid dus als wezenskenmerken van rechtspraak.

---

34. Zie I.C. van der Vlies, R.J.G.M. Widdershoven, Ph.M. Langbroek, N.M. van Waterschoot, Bestuursgeschillen, Deventer 1999 en de regering in Kamerstukken II 1999/2000, 27 286, nr. 1. Dit laat natuurlijk onverlet dat men het om andere redenen wenselijk kan achten om bestuursgeschillen door de rechter te laten beslechten.
35. J.M. Polak, Vormen en beginselen van rechtspraak in het algemeen; Preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht, nr. 4, Deventer 1976, p. 5.
36. F.J.F.M. Duynstee, Rechterlijke onafhankelijkheid, in: Rechtspleging, Deventer 1974, p. 49.
37. A. van Galen, H.J.Th.F. van Marseveen, Beginselen van administratief procesrecht, preadvies; geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht LXXXII-I, Alphen aan den Rijn 1978, p. 17.
38. B.W.N. de Waard, Beginselen van behoorlijke rechtspleging, met name in het administratief procesrecht, diss. UU 1987, Zwolle 1987.
39. G.J. Wiarda, Rechtsregels als houvast voor de rechtspraak, NJB 1977/7, p. 161.

In deze omschrijvingen van het begrip rechtspraak is het beslechten van geschillen een steeds terugkerend element. Vanuit het bestuursrecht gezien is dat opmerkelijk.[40] Ooit werden aan de bestuursrechtspraak twee functies toegekend.[41] De ene was rechtsbescherming van de burger, de andere was controle op de 'geldigheid' van besluiten. Scheltema[42] heeft er reeds lang geleden op gewezen dat bestuursrechtspraak als controlemechanisme niet voldoet. De bestuursrechter krijgt slechts een betrekkelijk willekeurige selectie uit de genomen besluiten te zien, want tegen veel slechte besluiten wordt geen beroep ingesteld. In tweepartijenverhoudingen komt daar nog bij dat de bestuursrechter slechts de vals-negatieve beslissingen – de burger wordt ten onrechte iets onthouden – te zien krijgt. Tegen de vals-positieve besluiten – de burger wordt ten onrechte iets toegekend – wordt in een tweepartijenverhouding immers geen beroep ingesteld. Als controle op de kwaliteit van het bestuur is rechtspraak dus niet adequaat.[43]

Mede om deze redenen heeft de wetgever bij de totstandkoming van (de tweede tranche van) de Algemene wet bestuursrecht uitdrukkelijk uitgesproken, dat rechtsbescherming de primaire functie van de bestuursrechtspraak is.[44] De controlefunctie zag hij als een bijkomende en daarom ondergeschikte functie.

Daarmee is het probleem echter slechts verplaatst. De volgende vraag is wat rechtsbescherming is. Rechtsbescherming is niet zonder meer hetzelfde als geschilbeslechting. 'Geschilbeslechting' betekent taalkundig dat er een einde komt aan het geschil. Dit betekent niet dat partijen van elkaars standpunt overtuigd zijn. Dat zou mooi zijn, maar is voor het recht veelal te hoog gegrepen. Het betekent wel dat bindend wordt vastgesteld wie in hoeverre inhoudelijk het recht aan zijn zijde heeft. Het betekent ook dat deze vaststelling slechts geschiedt voorzover partijen daarover een geschil hebben en dit geschil aan de rechter hebben voorgelegd. Met andere woorden: slechts voorzover partijen daarom hebben gevraagd.

Het opvallende is nu dat het vooropstellen van de rechtsbeschermingsfunctie eigenlijk alleen op dit laatste punt tot verandering heeft geleid. Vroeger werd wel verdedigd dat de bestuursrechter ieder besluit volledig en zo nodig ambtshalve moest toetsen aan alle toepasselijke rechtsnormen. Tegenwoordig wordt een besluit als regel slechts getoetst op de punten waarover appellant heeft geklaagd. Schending van een hoorplicht, bijvoorbeeld, leidt niet tot vernietiging als niemand daarover klaagt. In zoverre beperkt de bestuursrechter zich tegenwoordig tot het geschil.

Maar hij beslecht dit geschil lang niet altijd. Het komt nog steeds voor dat de bestuursrechter een besluit vernietigt wegens strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel of het motiveringsbeginsel, waarbij in het midden blijft of appellant ook inhoudelijk gelijk heeft. Men kan dit rechtsbescherming noemen – de burger heeft immers recht

---

40. Vanuit het strafrecht gezien eigenlijk ook. Een vrijheidsstraf vereist steeds een uitspraak van een rechter, óók als de verdachte bekent en zich zou neerleggen bij de eis, in welk geval er strikt genomen geen geschil meer is.
41. Zie N. Verheij, Naar een klantvriendelijke rechter, in: J.B.J.M. ten Berge e.a., Nieuw bestuursprocesrecht, Deventer 1992, p. 131 e.v.
42. M. Scheltema, Beginselen van administratieve rechtspraak, RM Themis 1978, p. 259-275.
43. S.E. Zijlstra, De toekomst van de rechtsbescherming. Het conceptrapport van de VAR-commissie Rechtsbescherming kritisch besproken, NTB 2003/6, p. 158 e.v. meent dat aldus een leemte ontstaat, omdat ook andere vormen van controle op het bestuur, zoals bestuurlijk toezicht, de laatste decennia sterk zijn teruggedrongen. Hoe dat zij, dat probleem kan om de hier genoemde reden niet door rechtspraak worden opgelost.
44. PG Awb II, p. 174 r.k.

op een zorgvuldig genomen besluit en een behoorlijk motivering – maar geschilbeslechting is het niet.

Daarbij komt dat de bestuursrechter maar een deel van de bestuursrechtelijke geschillen tussen burgers en bestuursorganen beslecht, namelijk dat deel dat over besluiten gaat. De bestuursrechter oordeelt dus vooral over geschillen die de kern van het bestuursrecht betreffen. Tot het omringende bestuursrecht dringt hij slechts door, door op soms nogal gekunstelde wijze besluiten te ontwaren in bestuurshandelingen die dat eigenlijk niet zijn.

Derhalve kan men bestuursrechtspraak nog niet zonder meer definiëren als het door een onafhankelijke en onpartijdige instantie (kortweg: een rechter) beslechten van geschillen tussen burgers en bestuursorganen, want in een aanzienlijk aantal gevallen wordt het geschil niet beslecht of komt er helemaal geen bestuursrechter aan te pas. Maar de omschrijving 'het door een rechter toetsen van de geldigheid van besluiten van bestuursorganen' voldoet ook niet meer, want enerzijds toetst de bestuursrechter deze geldigheid tegenwoordig vaak maar zeer gedeeltelijk, en anderzijds bemoeit hij zich met behulp van een strategisch besluitbegrip met meer dan besluiten in strikte zin. De werkelijkheid is dat de bestuursrechtspraak bezig is zich te ontwikkelen van toetsing naar geschilbeslechting en zich thans ergens tussen deze twee polen bevindt. Zoals hierna uitvoerig zal worden uiteengezet, is de Commissie van oordeel dat deze ontwikkeling moet doorgaan. Op den duur kan bestuursrechtspraak dan wellicht worden gedefinieerd als 'het beslechten van bestuursrechtelijke geschillen'. Maar zover is het nog lang niet.[45]

2.3 Waarom bestuursrechtspraak?

2.3.1 Inleiding

Vormgeving en inrichting van de bestuursrechtspraak zijn een afgeleide van de maatschappelijke functie van deze bestuursrechtspraak. In algemene termen bestaat daarover overeenstemming: de bestuursrechtspraak strekt tot effectuering van het grondbeginsel van de rechtsstaat, dat ook het bestuur bij al zijn handelen is gebonden aan het recht. Naar hedendaags inzicht is daarvoor nodig dat geschillen over de rechtmatigheid van het bestuursoptreden aan een onafhankelijke rechter kunnen worden voorgelegd.[46]

Toch is deze verwijzing naar de rechtsstaatgedachte niet zonder meer toereikend om het bestaan van de bestuursrechtspraak te rechtvaardigen. Immers, de Nederlandse *burgerlijke* rechter legt zijn bevoegdheid zo ruim uit, dat hij bij gebreke van bestuurs-

45. Men zou bestuursrechtspraak natuurlijk kunnen omschrijven als 'het beslechten van geschillen omtrent de geldigheid van besluiten'. Maar dan wordt het een woordenspel dat verhult wat er werkelijk gaande is.

46. Het is goed in herinnering te roepen dat het Nederlandse recht nog maar achttien jaar geleden niet aan deze eis voldeed. Voor EHRM 23 oktober 1985, AB 1986, 1 (Benthem) was de weg naar de onafhankelijke rechter afgesloten indien de wetgever administratief beroep op de Kroon had opengesteld. Nu er ook volgens het EHRM nog steeds categorieën geschillen tussen burger en overheid zijn waarvoor artikel 6 EVRM niet geldt (bijvoorbeeld geschillen over de toelating van vreemdelingen), is strikt genomen nog steeds niet uitgesloten dat de wetgever voor die categorieën geschillen met administratief beroep op de Kroon zou volstaan.

rechtspraak in vrijwel alle denkbare geschillen tussen burger en overheid bevoegd zou zijn. Derhalve zou aan het rechtsstatelijk vereiste van onafhankelijke rechterlijke controle op het bestuur ook langs die weg kunnen worden voldaan. Er zijn ook nog altijd belangrijke vormen van bestuursoptreden waarbij deze controle niet door de bestuursrechter, maar door de burgerlijke rechter wordt uitgeoefend.

Niettemin heeft de wetgever er in de loop van de twintigste eeuw steeds vaker voor gekozen de controle op het bestuursoptreden op te dragen aan een gespecialiseerde bestuursrechter. Dit roept de vraag op wat daarvoor eigenlijk de reden is. Welke eigenschappen van het bestuurshandelen rechtvaardigen de instelling van een aparte rechter voor geschillen met het openbaar bestuur? Gelden deze eigenschappen voor al het bestuurshandelen, of slechts voor een deel daarvan? In de literatuur zijn in dit verband verschillende (groepen van) argumenten naar voren gebracht.[47]

2.3.2 Argumenten voor bestuursrechtspraak

a. Geen rechtsvaststelling maar toetsing

Het meest principieel is het – omstreden! – argument dat bestuursrechtspraak wezenlijk iets anders is dan civiele rechtspraak. De burgerlijke rechter beslecht een geschil tussen partijen door hun onderlinge rechtsbetrekking bindend vast te stellen. Het typische van het bestuursrecht is dat een van de partijen, het bestuursorgaan, zelf eenzijdig (een deel van) haar rechtsbetrekking tot haar wederpartij kan vaststellen door daarover een besluit te nemen. De bestuursrechter toetst vervolgens of het bestuursorgaan de rechtsbetrekking correct heeft vastgesteld. Bij een ontkennend antwoord kan hij slechts bij uitzondering zelf de rechtsbetrekking vaststellen door te bepalen dat zijn uitspraak in de plaats treedt van het bestreden besluit (art. 8:72, vierde lid, Awb). In de meeste gevallen moet hij volstaan met vernietiging van het bestreden besluit en terugwijzing naar het bestuur.

Dit houdt verband met de ten onzent heersende opvatting over de scheiding van de machten, die meebrengt dat de rechter de beleids- en beoordelingsvrijheid van het bestuur moet respecteren, maar heeft in veel gevallen ook een praktische achtergrond: de rechter mist soms de deskundigheid – en de tijd! – om te beoordelen welke voorschriften precies aan een vergunning moeten worden verbonden en dergelijke.

Een en ander is overigens niet onomstreden en wordt in de praktijk wel gerelativeerd. In het belastingrecht stelt de rechter na vernietiging van een aanslag als regel wel zelf de belastingschuld van appellant vast. Dit houdt verband met de opvatting – fictie? – dat de belastingschuld rechtstreeks en objectief uit de wet voortvloeit, zodat de aanslag als het ware een declaratoir karakter heeft. De jarenlange praktijk in milieugeschillen leert voorts dat de praktische problemen bij het formuleren van vergunningvoorschriften en dergelijke overkomelijk zijn als de rechter over voldoende deskundige adviseurs kan beschikken.[48] Maar ook daar heeft de rechter uiteindelijk om principiële redenen een zekere beoordelingsvrijheid voor het bestuur erkend.[49]

---

47. Zie i.h.b. J.E.M. Polak, Burgerlijke rechter of bestuursrechter?, diss. UvA 1999, Deventer 1999, p. 128 e.v.
48. De Kroon, maar ook de Afdeling voor de Geschillen van Bestuur als TwK-rechter, placht immers, op advies van de voorlopers van de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak, wel degelijk zo nodig zelf gedetailleerde technische voorschriften vast te stellen.
49. ABRvS 21 april 1998, AB 1998, 199 m.nt. GJ.

Eén verschil blijft echter bij alle relativering overeind. Het bestuursrechtelijk proces gaat niet over de toewijsbaarheid van eisers vordering, maar over de geldigheid van het bestreden besluit. Dit heeft ingrijpende gevolgen. Zowel het toetsingskader als de uitspraakbevoegdheden van de bestuursrechter zijn toegesneden op de toetsing van besluiten.[50] De bestuursrechter die een beroep tegen de weigering van huursubsidie behandelt, vraagt zich in eerste instantie niet af of eiser recht heeft op huursubsidie. Hij vraagt zich af of het weigeringsbesluit voldoet aan de daaraan gestelde, deels formele, eisen. Als het antwoord ontkennend is, stelt hij dus ook niet vast dat eiser recht heeft op huursubsidie, maar vernietigt hij het weigeringsbesluit, met als gevolg dat *het bestuur* opnieuw moet beslissen over eisers recht op huursubsidie.

Deze gerichtheid op het besluit werkt door in het procesrecht. Artikel 8:69 Awb geeft de eiser meer invloed op de omvang van het geschil dan hij vroeger had, maar deze invloed wordt nog altijd begrensd door het bestreden besluit. Eiser kan binnen de grenzen van dit besluit het geschil beperken, maar hij kan het niet uitbreiden tot buiten de grenzen van het bestreden besluit.[51]

Ten slotte werkt deze gerichtheid op het besluit wellicht zelfs door in de wijze waarop de bestuursrechter met de feiten omgaat. Traditioneel verdedigde men dat de bestuursrechter zoveel mogelijk zelf de materiële waarheid moest vaststellen. In een belangrijk artikel hebben Schreuder-Vlasblom en Daalder[52] dit genuanceerd. Naar hun oordeel moet de rechter allereerst vaststellen welke verdeling van de onderzoeks- en bewijslast uit het toepasselijk wettelijk kader (waaronder begrepen art. 4:2 Awb) voortvloeit. Vervolgens moet hij beoordelen of het bestuur op zorgvuldige wijze aan zijn onderzoeks- en bewijslast heeft voldaan. Indien dit het geval is, zou het bestreden besluit niet wegens een onjuiste feitelijke grondslag behoren te worden vernietigd, ook al blijkt uit later – want in dit geval te laat – door de burger ingebrachte gegevens dat het wellicht materieel onjuist was. Deze visie wordt echter niet algemeen gedeeld.[53] Alles bijeen betekent dit echter wel dat van een bestuursrechter een andere werkwijze en attitude wordt gevraagd dan van een civiele rechter.

b. Afweging van algemeen belang en deelbelangen

In zekere zin verplaatst het onder a. genoemde argument het probleem alleen maar naar de vraag, *waarom* het bestuursproces dan zo sterk is gericht op het besluit. Op één niveau ligt het antwoord in de onvolledigheid van bestuursrechtelijke wetten.[54] Omdat de wet de rechtsbetrekking tussen bestuur en burger vaak maar (zeer) gedeeltelijk normeert, zijn besluiten nodig om de rechtspositie van de burger te preciseren. Maar deze gelede normstelling is niet specifiek voor het bestuursrecht. Ook voor het gros van de privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen geldt dat de concrete inhoud daarvan niet

50. J.E.M. Polak, t.a.p. onderscheidt het argument van 'het instrumentarium van de rechter' als een afzonderlijk argument, maar men kan verschillen in toetsingskader en uitspraakbevoegdheden ook zien als een gevolg van de onder a en b genoemde verschillen.
51. Vgl. D. Allewijn, Een nieuw denkmodel voor de bestuursrechter, RMThemis 1998, p. 291-298.
52. E.J. Daalder, M. Schreuder-Vlasblom, Balanceren boven nul. De vaststelling van feiten in het bestuursrecht, NTB 2000/7, p. 214.
53. Zie R.H. de Bock, De toetsing van feiten door de bestuursrechter en het vriespunt van de Afdeling bestuursrechtspraak, JBPlus 2000/2, p. 66 en de noot van N. Verheij onder ABRvS 20 februari 2001, AB 2002, 29.
54. Zie R.M. van Male, Onvoltooid recht, oratie EUR 1993, Zwolle, 1993.

uitsluitend, of zelfs maar primair, wordt bepaald door de wet, maar door de rechtshandelingen van partijen (in het bijzonder overeenkomsten).

Het bijzondere van het bestuursrecht is dat deze nadere normering in hoofdzaak geschiedt door *eenzijdige* rechtshandelingen, ofwel besluiten. De verklaring daarvoor ligt in de betrokkenheid van het algemeen belang. Een besluit behelst een oordeel van het bestuursorgaan over hetgeen het algemeen belang in concreto vergt. De democratiepool van het bipolaire begrip 'democratische rechtsstaat' brengt mee dat *dit* oordeel toekomt aan het bestuur en niet aan de rechter. De rechter gaat over de andere pool: blijft het bestuur bij zijn behartiging van het algemeen belang binnen de grenzen van het recht?

Een van deze grenzen, thans in essentie neergelegd in artikel 3:4, eerste lid, Awb, is dat het bestuursorgaan, voorzover de wet beslissingsruimte laat, het algemeen belang altijd moet afwegen tegen relevante andere (deel)belangen. Dit kunnen ook belangen zijn van anderen dan de eiser in het bestuursrechtelijk proces. Dat betekent weer dat deze belangen van derden in voorkomende gevallen ook ten processe behartigd moeten kunnen worden. Het bestuursprocesrecht biedt daarvoor voorzieningen (vgl. art. 8:1 jo. art. 1:2 en art. 8:26 Awb), die het burgerlijk procesrecht niet in die vorm kent. Het burgerlijk procesrecht heeft die voorzieningen ook minder nodig, omdat de uitkomst van het proces – de uitspraak – nooit rechtstreeks bepalend kan zijn voor de rechtspositie van niet-partijen. De uitspraak in een bestuursrechtelijk proces, daarentegen, werkt in beginsel jegens een ieder.

Samengevat: het bestuursrechtelijk proces onderscheidt zich van het burgerlijk proces, en behoort zich daarvan ook te onderscheiden, omdat het nooit alleen maar gaat over de belangen van eiser en verweerder, maar altijd ook over het algemeen belang en vaak over deelbelangen van anderen dan eiser.

c. De cultuur van de goede toegang

Een geheel ander argument is dat de structurele machtsongelijkheid tussen bestuur en burger hogere eisen aan de toegankelijkheid van de rechtspraak stelt dan het civiele rechtsverkeer. Omdat de overheid in veel gevallen feitelijk en meestal juridisch veel machtiger is dan de burger, dient daarvoor een zekere compensatie te worden geboden in de vorm van een gemakkelijke toegang tot de rechter. Deze gemakkelijke toegang blijkt dan uit de relatief lage eisen die aan een beroepschrift worden gesteld, het ontbreken van verplichte procesvertegenwoordiging, mede daardoor relatief lage financiële drempels, en het vrijwel ontbreken van proceskostenrisico voor de burger. Ook de relatief informele procedure kan worden genoemd. In laatstgenoemd opzicht is het verschil met het burgerlijk procesrecht overigens kleiner aan het worden. Het bestuursrechtelijk proces evolueert sedert de inwerkingtreding van de Awb in de richting van een partijenproces, hetgeen een zekere formalisering meebrengt, terwijl in het burgerlijk procesrecht juist een tendens naar deformalisering bestaat.

Het toegankelijkheidsargument heeft historisch bijvoorbeeld een belangrijke rol gespeeld bij de beslissing om geschillen inzake sociale zekerheid niet aan de gewone rechter over te laten. Polak[55] wijst er overigens op dat de bestuursrechter op tenminste

55. T.a.p.

één punt juist aanzienlijk minder toegankelijk is dan de burgerlijke rechter: de zeer korte en in naam van de rechtszekerheid onverbiddelijk gehandhaafde beroepstermijn.

d. Ongelijkheidscompensatie

Naar klassieke opvatting rechtvaardigt ook de noodzaak van 'ongelijkheidscompensatie' het bestaan van aparte bestuursrechters met een eigen procesrecht. De burgerlijke rechter is 'lijdelijk', omdat het burgerlijk (proces)recht uitgaat van de principiële gelijkheid van partijen. In het bestuurs(proces)recht, daarentegen, zijn de partijen – overheid en burger – juist rechtens en vaak ook feitelijk ongelijk. De bestuursrechter zou deze ongelijkheid moeten compenseren door een actieve opstelling ten aanzien van zowel de feiten (zoeken naar de materiële waarheid) als het recht (zo nodig ambtshalve toetsen), opdat de burger niet de dupe wordt van processuele fouten.

Zo gezien hangt dit argument nauw samen met het toegankelijkheidsargument. Ter wille van de toegankelijkheid kan de burger in het bestuursrecht ook zonder professionele rechtsbijstand procederen. Juist als hij dat doet, mogen processuele fouten en omissies hem niet te zwaar worden aangerekend. Vroeger zei men zelfs wel dat de bestuursrechter "de raadsman van de burger" zou moeten zijn. In een proces dat primair strekt tot handhaving van het objectieve recht door controle op de geldigheid van besluiten, was dat ook niet bezwaarlijk, want daarin deed de inbreng – of het gebrek daaraan – van partijen strikt genomen niet terzake.

Als gezegd (par. 2.2) vinden wij tegenwoordig echter dat het bestuursrechtelijk proces primair strekt tot rechtsbescherming van de burger, waarbij rechtsbescherming steeds meer wordt opgevat als geschilbeslechting. Naarmate het accent meer op geschilbeslechting ligt, komt de idee dat de rechter één partij moet helpen meer en meer in strijd met diens onpartijdigheid. Daarom wordt het beeld van de 'rechter-als-raadsman' tegenwoordig nauwelijks meer gebruikt.

Daarmee is de gedachte van de ongelijkheidscompensatie echter niet verouderd. Zij is nog steeds herkenbaar, bijvoorbeeld in de verplichting van het bestuursorgaan om eigener beweging alle op de zaak betrekking hebbende stukken – dus ook stukken die ten voordele van de burger strekken – over te leggen (art. 8:42 Awb), in het relatief informele karakter van de procedure, de relatief lage eisen die aan een beroepschrift worden gesteld (art. 6:5 en 6:6 Awb), het in vergelijking met het burgerlijk proces grote belang van de mondelinge behandeling ter zitting, en dergelijke.

e. De noodzaak van specialisatie

Ten slotte is er het specialisatieargument. Dit heeft verschillende vormen. In zekere zin doet ook het argument van de eigen aard van de bestuursrechtspraak een beroep op de noodzaak van specialisatie: er moeten aparte bestuursrechters zijn, omdat die iets anders moeten doen dan civiele rechters. Daarnaast wordt er soms eenvoudig op gewezen dat bij de huidige omvang en ontwikkeling van het bestuursrecht redelijkerwijs niet meer van rechters kan worden verwacht dat zij zowel het privaatrecht als het bestuursrecht volledig beheersen.

Het laatste is op zichzelf juist, maar als argument voor afzonderlijke bestuursrechtspraak minder overtuigend. Hetzelfde geldt namelijk binnen het bestuursrecht en binnen het burgerlijk recht. Het is allang niet meer mogelijk het gehele burgerlijk recht, van familierecht tot vervoersrecht, op hoog niveau te beheersen. Evenzo is het

allang niet meer mogelijk om het gehele bestuursrecht, van sociaalzekerheidsrecht via ruimtelijkordeningsrecht en onderwijsrecht tot vreemdelingenrecht – om van het belastingrecht maar te zwijgen – met voldoende diepgang te beheersen. Dit dwingt tot specialisatie van rechters als personen, maar daarmee nog niet tot specialisatie van rechters als colleges, noch tot een van het burgerlijk procesrecht te onderscheiden bestuursprocesrecht.

f. 'Checks and balances'

Een meer staatsrechtelijk argument dat wel ten gunste van het bestaan van afzonderlijke, van de gewone rechter te onderscheiden, bestuursrechters wordt aangevoerd, is dat dit bijdraagt aan het evenwicht tussen de verschillende staatsmachten.[56] In deze visie voorkomt het bestaan van aparte bestuursrechters dat de (hoogste) gewone rechter te veel macht krijgt. Voor degenen die dit argument onderschrijven, hangt het vaak nauw samen met een variant van het specialisatieargument, inhoudende dat bestuursrechtspraak bij voorkeur moet worden uitgeoefend door rechters die door ervaring en opleiding vertrouwd zijn met de bestuurspraktijk. De keerzijde hiervan is vaak een zeker wantrouwen jegens de gewone rechter, die te weinig begrip zou hebben voor 'les besoins du service public'. De Franse term is niet toevallig: Frankrijk is het voorbeeld bij uitstek van een land waar volgens de heersende leer juist de 'séparation des pouvoirs' meebrengt dat de gewone rechter niet over het bestuur mag oordelen. In plaats daarvan is, onder het motto 'juger l'administration, c'est encore administrer', de bestuursrechtspraak opgedragen aan colleges die, hoewel onafhankelijk van het bestuur in enge zin, in staatsrechtelijke zin niet tot de rechterlijke, maar tot de uitvoerende macht worden gerekend.

2.3.3 Conclusie

De in de vorige paragraaf genoemde argumenten gaan voor de verschillende deelterreinen van bestuursrecht in wisselende mate op. Men kan globaal onderscheiden tussen wat wel wordt genoemd het 'ordenend bestuursrecht' en het 'tweepartijenbestuursrecht'. In het ordenend bestuursrecht – ruimtelijke en economische ordening, milieurecht – heeft de wetgever de betrokken belangen vaak maar (zeer) gedeeltelijk afgewogen en heeft de wetgeving (daarom) een sterk procedureel karakter. Daardoor behelst besturen in het ordenend bestuursrecht vaak een nadere normstelling op grond van een nadere belangenafweging. Dat de rechter rekening moet houden met de belangen van derden en de primaire verantwoordelijkheid van het bestuur voor de behartiging van het algemeen belang moet respecteren (zie par. 2.3.2 onder b), is daarom vooral voor het ordenend bestuursrecht een belangrijk argument voor afzonderlijke bestuursrechtspraak.

In het 'tweepartijenbestuursrecht' – belastingrecht, sociaalzekerheidsrecht, maar ook ambtenarenrecht en vreemdelingenrecht – heeft besturen vaak meer het karakter van gebonden wetsuitvoering. Vaak is er geen ruimte voor door de rechter te respecteren eigen afwegingen van het bestuur en zijn er ook geen derdenbelanghebbenden. In

56. Zie P. Bovend'Eerdt, C.A.J.M. Kortmann, Het Court-Packing plan van het kabinet Kok, NJB 2000/36, p. 1769-1775.

dergelijke situaties vervaagt het verschil tussen een rechter die zelf de rechtsbetrekking tussen partijen vaststelt, en een rechter die toetst of het bestuur dit correct heeft gedaan. In zoverre zou het voor grote delen van het 'tweepartijenbestuursrecht' niet ondenkbaar zijn om de rechtsbescherming op meer civielrechtelijke leest te schoeien, in die zin dat de rechter zelf de rechtsbetrekking tussen partijen vaststelt.

Hier staat echter tegenover dat het argument van 'de cultuur van de goede toegang' juist voor belangrijke delen van het 'tweepartijenbestuursrecht' in sterke mate opgaat. Schoolvoorbeelden zijn (het asielgedeelte van) het vreemdelingenrecht en (de uitkeringskant van) de sociale zekerheid. De (vermeende) asielzoeker of uitkeringsgerechtigde verkeert ten opzichte van het bestuursorgaan veelal in een uitgesproken zwakke positie, terwijl er voor hem zeer grote belangen op het spel staan.

Omgekeerd zijn er in het economisch bestuursrecht en in het milieurecht gevallen waarin de machtsongelijkheid tussen het bestuur en de burger – in deze context veelal een bedrijf – veel minder pregnant is, omdat het soms om zeer grote en kapitaalkrachtige bedrijven gaat. Men kan anderzijds verdedigen dat ook op deze terreinen altijd sprake is van een juridische ongelijkheid: ook in een geschil tussen KPN en OPTA kan OPTA wel eenzijdig de rechtspositie van KPN vaststellen, maar KPN niet die van OPTA.

Overigens is het onderscheid tussen 'ordenend bestuursrecht' en 'tweepartijenbestuursrecht' allesbehalve scherp. Het gaat veeleer om een glijdende schaal. Er zijn dan ook deelterreinen van bestuursrecht waarop verschillende argumenten tegelijk spelen, in wisselende verhoudingen. In het vreemdelingenrecht, bijvoorbeeld, is als gezegd sprake van een grote mate van structurele machtsongelijkheid, maar speelt – althans volgens de overheid – ook het argument van de afweging van algemeen belang en deelbelangen een grote rol. In het ruimtelijk bestuursrecht is dit laatste argument vrijwel altijd aan de orde, het argument van de machtsongelijkheid daarentegen soms wel en soms niet, afhankelijk van het 'soort' burger waar het om gaat. Achter de juridische abstractie 'aanvrager van een bouwvergunning' kan immers zowel een particulier schuilgaan die een dakkapel aan zijn woning wil toevoegen, als een commercieel onroerendgoedexploitant.

Kortom: de wenselijkheid van een van de civiele rechtspraak te onderscheiden bestuursrechtspraak steunt op verschillende argumenten, die op de verschillende deelterreinen van bestuursrecht in verschillende mate opgaan. Maar op het overgrote deel van de terreinen die wij tot het bestuursrecht rekenen, gaat ten minste een van de genoemde argumenten op.

Dit geldt ook voor het 'omringende' bestuursrecht. De uitvinding van het zuiver schadebesluit, bijvoorbeeld, kan mede worden begrepen als een poging om voor geschillen over schadevergoeding de toegang tot de rechter te verbeteren. Doorgaans is de (financiële) drempel voor een beroep bij de bestuursrechter immers beduidend lager dan die voor een vordering uit onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter. Dat de ingewikkeldheid van het stelsel dat vervolgens is ontstaan, de toegankelijkheid inmiddels heeft verminderd, doet daar niet aan af.

2.4 'Recours objectif' of 'recours subjectif'?

2.4.1 Inleiding

Als vaststaat dat de rechtspraak in bestuursrechtelijke geschillen geheel of gedeeltelijk behoort te worden opgedragen aan een gespecialiseerde bestuursrechter, rijst vervolgens de vraag hoe het procesrecht voor deze bestuursrechter moet worden vormgegeven. In de literatuur wordt de discussie daarover de laatste jaren gevoerd aan de hand van twee modellen, veelal aangeduid met de aan de Franse doctrine ontleende termen 'recours objectif' en 'recours subjectif'.[57] Dit zijn – naar ook in de Franse literatuur wordt erkend[58] – ideaaltypische modellen. Het reëel bestaande procesrecht is altijd een mengvorm tussen beide, maar dat doet aan de analytische waarde van de modellen niet af. Zeer kort gezegd – zie nader hierna en hoofdstuk 4 – gaat het wederom om de vraag, of men de toetsing van het bestreden besluit aan het objectieve recht, dan wel de bescherming van de subjectieve rechten van eiser centraal stelt.

De keuze tussen beide modellen wordt bepaald door wat men als het doel van bestuursrechtspraak ziet. Dient bestuursrechtspraak vooral het algemene belang van de publieke rechtsgemeenschap bij rechtshandhaving of gaat het vooral om de bescherming van individuele rechtsposities van burgers? Een keuze voor (een primaat van) een van beide doelstellingen is van grote invloed op de kenmerken van het bestuursrechtelijk proces en op de vormgeving van het procesrecht.[59] De thans her en der gevoerde discussies over 'het besluitmodel' versus 'een vorderingenmodel', over de noodzakelijke uitspraakbevoegdheden van de bestuursrechter en over de wijze van toetsing veronderstellen dan ook een visie op de doelstellingen van het bestuursrechtelijk proces.

Het onderscheid tussen een 'recours objectif' en een 'recours subjectif' heeft een belangrijke rol gespeeld in de discussies rond het ontstaan van enkele belangrijke Europese stelsels van bestuursrechtspraak. In de Duitstalige wereld leidde deze discussie in de negentiende eeuw aanvankelijk tot tegenstellingen tussen de verschillende Duitse landen. Er was sprake van een Noord-Duitse (meer objectieve) en een Zuid-Duitse (meer subjectieve) opvatting. Maar in de tweede helft van de negentiende eeuw ging de idee van het 'recours subjectif' ook in het Noorden domineren. Aangenomen werd dat het beschermen van subjectieve rechten van burgers het primaire doel van de bestuursrechtspraak was. Hieruit groeide in de twintigste eeuw een gedifferentieerd 'Klagen-stelsel'. Bij de Duitse bestuursrechter kunnen verschillende vorderingen ('Klagen') worden ingesteld, waarvan de vernietiging ('Aufhebung') er slechts een is.

Deze vormgeving van het Duitse procesrecht houdt nauw verband met de theorievorming over subjectieve rechten in het publiekrecht. Daartoe rekent men naast de 'klassieke' vermogensrechten ook de grondrechten, zoals gewaarborgd door het 'Grundgesetz'. Zowel voor de ontvankelijkheid als voor de gegrondheid van een 'Klage' is van belang of (mogelijk) een subjectief recht van klager is geschonden.

---

57. Zie R. Chapus, Droit du contentieux administratif, 5ième éd., Paris 1995, p. 154.
58. T.a.p.
59. Dat niet noodzakelijkerwijs uniform hoeft te zijn, maar kan verschillen afhankelijk van de aard van het materiële geschil dat aan de bestuursrechter ter toetsing wordt voorgelegd (bijvoorbeeld twee- of meerpartijengeschil).

In Frankrijk leidde een soortgelijke discussie tot een tweedeling tussen het op vernietiging gerichte 'recours pour excès de pouvoir' enerzijds en het 'recours de pleine juridiction' (vol beroep) anderzijds. Dit laatste is onder meer gericht op schadevergoedings- en nakomingsacties. De laatste zijn van belang omdat in het Franse bestuur de publiekrechtelijke overeenkomst ('contrat administratif') een relatief belangrijke rol speelt. De beide vormen van beroep verschillen onder meer op punten als de mogelijke vorderingen en de wijze van toetsing (bijvoorbeeld 'ex tunc' respectievelijk 'ex nunc'). Het 'recours de pleine juridiction' heeft ertoe bijgedragen dat in Frankrijk de rechtsbescherming tegen het bestuurshandelen beduidend meer omvat dan een beroep tegen eenzijdige publiekrechtelijke rechtshandelingen.[60]

De discussie over een 'objectief' versus een 'subjectief' stelsel is ook in Nederland gevoerd, zij het vaak niet in die termen. Rond de totstandkoming van de Awb heeft bijvoorbeeld A.Q.C. Tak krachtig gepleit voor een subjectief stelsel of, meer precies, voor een scherp onderscheid tussen objectieve rechtsgangen binnen het bestuur en de volgens Tak naar zijn aard subjectieve rechtsgang bij de rechter.[61] De wetgever – als altijd in Nederland wars van te veel theorie – heeft zich echter nooit laten verleiden tot een expliciete keuze tussen beide benaderingen. Zoals zal blijken, neemt dit echter niet weg dat het onderscheid tussen 'recours objectif' en 'recours subjectif' een helder licht werpt op enkele actuele ontwikkelingen binnen de Nederlandse bestuursrechtspraak, zoals het beroep tegen zuivere schadebesluiten.

2.4.2 Het recours objectif

In een 'objectieve' benadering dient het bestuursproces vooral het algemene belang van handhaving van het objectieve recht. Inzet van het beroep is de geldigheid of ongeldigheid van de aangevallen rechtshandeling van het bestuur. Een bestuurshandeling is ongeldig als zij in strijd is met het objectieve publiekrecht. De sanctie die daarbij past is de vernietiging. Men spreekt dan ook wel van een vernietigings- of annulatieberoep. Vernietiging betekent dat de aangevallen rechtshandeling met terugwerkende kracht ('ex tunc') uit de rechtsorde wordt verwijderd, zodat de daarmee beoogde rechtsgevolgen geacht worden nooit te hebben bestaan. Zo'n vernietiging werkt naar haar aard jegens een ieder ('erga omnes').

Het rechtssubject en zijn rechtspositie spelen bij een objectieve rechtsgang een ondergeschikte rol. Het effect van een vernietigingsberoep kan zijn dat de rechtens relevante belangen van de appellant worden beschermd, maar dat is niet altijd het geval en ook niet het primaire doel.

Een vernietigingsberoep richt zich naar zijn aard tegen publiekrechtelijke rechtshandelingen, althans beslissingen. Feiten kan de rechter immers niet ongedaan maken. Rechtsbescherming tegen feitelijk handelen vergt andere uitspraakbevoegdheden, zoals een veroordeling tot schadevergoeding, een verbod of gebod, of een verklaring dat de handeling onrechtmatig is. Daardoor beperkt een 'recours objectif' zich door-

60. Zie voor een Nederlandstalige beschrijving van de Duitse en Franse stelsels van rechtsbescherming A.J. Bok, Rechtsbescherming in Frankrijk en Duitsland, 2e druk, Deventer 1992.
61. A.Q.C. Tak, Het moment X, TvO 1990, p. 134-138. Zie recent ook diens Nederlands bestuursprocesrecht in theorie en praktijk, Den Haag 2002.

gaans tot de kern van het bestuursrecht: besluiten waarbij in naam van een specifiek algemeen belang de rechtspositie van een burger eenzijdig wordt vastgesteld. In de praktijk kan het gaan om een algemeen beroep tegen alle besluiten (vgl. art. 8:1 Awb) of om een enumeratiestelsel, waarin de wet de voor beroep vatbare besluiten opsomt (zoals thans nog in het Nederlandse fiscale recht).[62]

In een zuiver 'recours objectif' doet het er eigenlijk niet toe wie de rechter op een mogelijk ongeldig besluit attendeert. In feite zou dus iedereen tegen elk besluit in beroep moeten kunnen komen. Om het aantal beroepen te beperken wordt in de praktijk echter meestal de eis gesteld dat appellant een zeker belang heeft. Het objectieve karakter van de rechtsgang brengt dan echter mee dat dit belangvereiste niet normatief, maar louter feitelijk wordt ingevuld. Ons artikel 8:1, eerste lid, juncto 1:2, eerste lid, Awb is daarvan een voorbeeld. Om ontvankelijk te zijn moet een appellant aannemelijk maken dat hij rechtstreeks is geraakt in een eigen, concreet en persoonlijk belang.[63] Hij hoeft echter niet aan te tonen dat zijn subjectieve rechten zijn aangetast. Het gevolg is bijvoorbeeld dat bewoners van een villawijk zich met succes kunnen verzetten tegen de vestiging van een woonwagenkamp, op de grond dat dit kamp dichter bij een spoorlijn ligt dan de Wet geluidhinder toelaat.

Een volgend kenmerk van een zuiver 'recours objectif' is dat de bestuursrechter, zodra een besluit aan hem is voorgelegd, dit gehele besluit, zo nodig ambtshalve, moet toetsen aan alle toepasselijke regels van geschreven en ongeschreven publiekrecht. Als het besluit op enig punt in strijd is met enige rechtsregel, moet hij vernietigen. Hij is daarbij niet gebonden aan de door appellant aangevoerde beroepsgronden. Deze zijn hooguit een hulpmiddel om mogelijke strijd met het recht op te sporen. Of het besluit ook *jegens* appellant onrechtmatig is, is hooguit van ondergeschikt belang. Een inbreuk op een subjectief recht van appellant is niet vereist. Daarom is evenmin van belang of de geschonden regel de specifieke belangen van appellant beoogt te beschermen (relativiteits- of Schutznormleer).

De doelstelling en de kenmerken van een 'recours objectif' bepalen ten slotte ook het criterium voor de bevoegdheid van de bestuursrechter. In een 'recours objectif' is de bestuursrechter doorgaans slechts bevoegd als de aangevallen bestuurshandeling een voor vernietiging vatbare publiekrechtelijke rechtshandeling (naar Nederlands recht: een besluit) is. Dit is in zoverre een formeel criterium, dat de vorm van het bestuurshandelen en niet de aard van de rechtsbetrekking beslissend is. Dit behoeft geen probleem te zijn. Het besluitbegrip verdient natuurlijk uitleg, maar zolang men vasthoudt aan de regel dat slechts een publiekrechtelijke rechtshandeling die steunt op een specifieke (wettelijke) bestuursbevoegdheid een besluit is, levert dit geen onoverkomelijke problemen op. In dat geval is het besluitbegrip een in beginsel helder en eenduidig criterium en dus een bruikbaar bevoegdheidsanker. Ook is dan duidelijk wat een appellant kan vorderen, namelijk in beginsel slechts vernietiging.

---

62. Omgekeerd bevat een algemeen stelsel veelal een opsomming van van beroep uitgezonderde besluiten (vgl. bijvoorbeeld de artikelen 8:2 tot en met 8:5 Awb).
63. Zie H.D. van Wijk, bewerkt door W. Konijnenbelt, R.M. van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, 12e druk, Den Haag 2002, par. 3.3.

In het huidige Nederlandse stelsel dreigt het besluitbegrip echter 'oeverloos' te worden.[64] Dit komt door de voortschrijdende 'subjectivering' van ons stelsel. Anno 2003 oordelen Nederlandse bestuursrechters niet langer alleen over de geldigheid van besluiten, maar ook over de toewijsbaarheid van schuldvorderingen op grond van (on)rechtmatige daad of onverschuldigde betaling. Daarover gaat immers in wezen de jurisprudentie inzake zuivere schadebesluiten en terugvorderingsbesluiten.[65] Voorts doen zij in bepaalde gevallen declaratoire uitspraken (de rechtsoordelenjurisprudentie).

Onze bestuursrechters doen dit met behulp van wat Konijnenbelt[66] een 'strategisch' besluitbegrip heeft genoemd. Bestuurshandelingen die dogmatisch gezien geen besluiten zijn, worden toch als besluiten aangemerkt, omdat de bestuursrechter vindt dat daartegen bestuursrechtelijke rechtsbescherming moet openstaan. Daardoor wordt het steeds moeilijker om de rechtsbescherming die de Nederlandse bestuursrechter in de praktijk biedt en kennelijk wil bieden, dogmatisch in te passen in het van oorsprong op de 'recours objectif'-gedachte gebaseerde 'besluitmodel'.

Dit speelt het sterkst bij de rechtspraak over het zuiver schadebesluit, voorzover deze betrekking heeft op schadevergoeding wegens onrechtmatig handelen. Daar is het 'besluit' van het bestuursorgaan slechts een vermomming voor wat in wezen niet meer is dan het standpunt van een van de partijen in een geschil over een schuldvordering. Bij besluiten inzake nadeelcompensatie ligt dit genuanceerder, omdat daarbij volgens sommigen[67] wel sprake kan zijn van een in rechts*vorming* resulterende belangenafweging door het bestuur, die de rechter tot op zekere hoogte behoort te respecteren.

Hierna zal de Commissie betogen dat een 'recours objectif' soms niet voldoet, omdat het een definitieve beslechting van het geschil bemoeilijkt. Juist daarom wil zij reeds hier opmerken dat er ook gevallen zijn waarin het vernietigingsberoep zeer effectief is en daarom in een duidelijke behoefte voorziet. Door de vernietiging van een bouwvergunning wordt de toestemming van burgemeester en wethouders om te bouwen met terugwerkende kracht ongedaan gemaakt. De buurman die niet wil dat er wordt gebouwd, schiet daar als regel meer mee op dan met een uitspraak waarbij de bouwvergunning jegens hem onrechtmatig wordt verklaard. In het laatste geval zou hij immers tevens een verbod – al dan niet onder dwangsom – van tenuitvoerlegging van de vergunning jegens de bouwer, dan wel een gebod tot intrekking van de vergunning moeten verkrijgen. Dat kan wel, maar het is veel omslachtiger dan een vernietiging.

---

64. Denk aan de jurisprudentie over het publieketaakcriterium, de diverse zelfstandige besluiten en de appellabele rechtsoordelen.
65. Zie ABRvS 21 oktober 1996, AB 1996, 496 m.nt. NV (Nanne/VROM); ABRvS 18 februari 1997, AB 1997, 143 m.nt. PvB (Beurskens) en ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229 m.nt. PvB (Van Vlodrop).
66. Van Wijk, Konijnenbelt, Van Male, a.w., 12e druk, p. 184-187.
67. De meningen zijn hierover verdeeld, ook binnen de Commissie. Onder meer B.J. Schueler, in: J.E. Hoitink, G.E. van Maanen, B.P.M. van Ravels, B.J. Schueler, Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad, preadviezen VAR 2002, VAR-geschrift 128, Den Haag 2002, p. 138-139 en N. Verheij, Overheidsaansprakelijkheid in de Awb, Overheid en Aansprakelijkheid 2002/4, p. 117 e.v. menen dat er ruimte is voor belangenafweging, maar onder meer R.J.N. Schlössels, Nadeelcompensatie en het égalitébeginsel: chaos of ius commune, G.St. 2002, 7162 acht de vraag of het bestuur tot nadeelcompensatie is gehouden, een zuivere rechtsvraag.

2.4.3 Het recours subjectif

Een 'subjectieve' benadering van het bestuursproces vertrekt vanuit het perspectief van de aanlegger. De centrale vraag is, of het bestuur inbreuk heeft gemaakt op de subjectieve rechten van de aanlegger. Zo ja, dan is het bestuurshandelen jegens de aanlegger onrechtmatig. Dat is niet hetzelfde als ongeldig. Een bestuurshandeling kan in strijd met het objectieve recht en dus ongeldig, maar toch jegens de aanlegger niet onrechtmatig zijn, omdat het geschonden voorschrift niet beoogt de door de aanlegger aangevoerde belangen te beschermen (Schutznormleer).

De subjectieve rechten die aldus worden beschermd, kunnen vermogensrechten zijn, grond- of mensenrechten, of (andere) door het publiekrecht toegekende aanspraken op prestaties van het bestuur. Het kunnen ook zogenoemde 'reflexrechten' zijn: een als verbod aan het bestuur geformuleerd wettelijk voorschrift kan onder omstandigheden een daarmee corresponderend recht van de burger inhouden.[68] Dit is echter slechts het geval als het geschonden voorschrift beoogt de aanlegger een aanspraak toe te kennen, dan wel anderszins zijn belangen te beschermen.

De keerzijde van het centraal stellen van de rechtspositie van de aanlegger is dat de vorm van het bestuurshandelen er minder toe doet. In de subjectieve benadering behoort de bestuursrechter rechtsbescherming te (kunnen) bieden zodra de rechten van een burger worden aangetast door enige bestuurshandeling, onverschillig of dit al dan niet een publiekrechtelijke rechtshandeling is. Daarom is binnen een 'recours subjectif' de bevoegdheid van de bestuursrechter niet gekoppeld aan het besluitbegrip. Daar is veel voor te zeggen. Het bestuur kan immers niet alleen door besluiten, maar ook door andere handelingen (waaronder nalaten) rechten van burgers aantasten. Dit roept wel de vraag op wat dan wel het criterium is voor de bevoegdheidsafbakening tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter. Men zal dit criterium dan moeten zoeken in de aard van de rechtsbetrekking, tenzij men kiest voor een strikt formeel criterium (alle geschillen met het bestuur bij de bestuursrechter). Dit laatste heeft men echter zelfs in Frankrijk, waar het wel het uitgangspunt is, niet weten vol te houden.

In een 'recours subjectif' biedt de rechter rechtsbescherming door te oordelen over de vordering van eiser. Zijn uitspraak is (zo mogelijk)[69] gericht op het definitief en dus waar nodig 'ex nunc' vaststellen van de rechtsbetrekking tussen bestuur en burger, voorzover deze in geschil is. Daarbij past dat de uitspraak in beginsel slechts partijen bindt (werking 'inter partes').

Een en ander vergt een gedifferentieerd stelsel van rechtsvorderingen en corresponderende uitspraakbevoegdheden. Denkbaar zijn in ieder geval:

1. een vordering om een bestuurshandeling onrechtmatig te verklaren, al dan niet aangevuld met een vordering om het bestuur – al dan niet onder dwangsom – iets te verbieden of gebieden;
2. een vordering tot schadevergoeding wegens rechtmatige of onrechtmatige daad of een andere vordering tot het vaststellen van een betalingsverplichting (bijvoorbeeld op grond van onverschuldigde betaling);

---

68. Vgl. de jurisprudentie van het HvJEG over rechtstreekse werking van richtlijnen.
69. Dit zal niet altijd mogelijk zijn, gelet op de discretionaire bevoegdheden van het bestuur.

3. een vordering tot nakoming of ontbinding van meerzijdige publiekrechtelijke rechtshandelingen;
4. een vordering tot vaststelling van een rechtstoestand (declaratoir).

Als een vordering niet rechtstreeks is gericht op de toewijzing van een subjectieve aanspraak – maar op het onrechtmatig verklaren van een besluit – zal zij in een zuiver subjectief stelsel slechts kunnen worden toegewezen als de geschonden rechtsregel beoogt de rechtens relevante belangen van de eiser te beschermen. Dit heeft ook gevolgen voor het antwoord op de vraag aan wie een actie toekomt. In een zuiver subjectief stelsel is een louter feitelijk belang daarvoor niet zonder meer voldoende, het moet een in concreto rechtens relevant belang zijn. Dit betekent overigens ook, dat in een subjectief stelsel het onderscheid tussen de ontvankelijkheid en de gegrondheid van de vordering vervaagt.

Een subjectieve benadering betekent niet per se dat de klassieke vernietigingsactie moet worden afgeschaft. Zij kan ook worden gevolgd om de vernietigingsactie te 'subjectiveren'. Zo kan de Duitse bestuursrechter slechts tot 'Aufhebung' overgaan indien er sprake is van strijd met het (objectieve) publiekrecht en tevens subjectieve onrechtmatigheid wordt vastgesteld. Bepaalde vernietigingen worden hierdoor voorkomen. Denk bijvoorbeeld aan een besluit dat krachtens een gebrekkig mandaat is genomen, terwijl het bevoegde orgaan het besluit wel voor zijn rekening wenst te nemen. In het Nederlandse stelsel voorziet de vernietiging onder in stand laten van de rechtsgevolgen (art. 8:72, derde lid, Awb) in dit verband in een behoefte.[70]

Een benadering van bestuursrechtelijke rechtsbescherming waarin centraal staat de vraag of de rechten ('echte' subjectieve rechten of publieke 'reflexrechten') van eiser zijn aangetast, heeft het voordeel dat zij goed aansluit bij artikel 6 EVRM.[71] Deze verdragsbepaling eist immers onafhankelijke en onpartijdige rechtspraak in ieder geschil, ook met het bestuur, over 'civil rights'. Daarbij is de aard van de bestuurshandeling waardoor deze 'civil rights' zijn aangetast (eenzijdige publiekrechtelijke rechtshandeling of niet), in beginsel niet van belang. Het EVRM laat zich echter niet uit over de vraag of de vereiste rechtsbescherming door de bestuursrechter of door de burgerlijke rechter moet worden geboden. Daarom voldoet het Nederlandse recht, waarin de burgerlijke rechter altijd bevoegd is als andere rechters dat niet zijn, op zichzelf aan de eisen van het EVRM. Maar om versnippering van rechtsmacht te voorkomen kan het niettemin wenselijk zijn om de door het EVRM verlangde rechtsbescherming tegen het bestuur waar mogelijk bij één (gespecialiseerde) rechter te concentreren.

Bij dit alles mogen wij niet vergeten dat een 'subjectief' stelsel ook nadelen heeft. Een subjectief stelsel betekent voor de burger een zwaardere stelplicht en bewijslast en hogere eisen aan de omschrijving van zijn vordering in zijn beroep- of verzoekschrift. Ook is niet onaannemelijk dat de taak van de rechter zwaarder zou worden, waardoor procedures langer gaan duren.[72] Daar staat overigens weer tegenover dat het, in ieder

70. Een vernietiging 'sec', daarentegen, behoudt in theorie altijd ten minste één 'objectief' element: het vernietigde besluit is weg en dat gegeven werkt naar zijn aard jegens een ieder. Er zijn echter grote delen van het (financiële) bestuursrecht waarin dit geen praktische betekenis heeft, omdat het besluit maar voor één belanghebbende praktische betekenis heeft.
71. En in bepaalde opzichten ook bij het gemeenschapsrecht; zie daarvoor hoofdstuk 3.
72. Zie N. Verheij, Van besluit naar vordering. Vragen bij een Maastrichts bestuursprocesrecht, in: M.A. Heldeweg e.a., Uit de school geklapt. Opstellen uit Maastricht, Den Haag 2000, p. 275 e.v.

geval voor andere vorderingen dan vernietiging, minder noodzakelijk wordt om met de huidige zeer korte beroepstermijnen te werken. De kunst is dus om de voordelen van de objectieve en de subjectieve benadering zoveel mogelijk te combineren en de nadelen van beide zoveel mogelijk te vermijden. In het navolgende, vooral in hoofdstuk 4, zal de Commissie daartoe een poging wagen.

2.4.4 Het Nederlandse stelsel

Als gezegd zijn het 'recours objectif' en het 'recours subjectif' ideaaltypische modellen. In de praktijk vertoont ieder stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming kenmerken van beide benaderingen. Het is dus een kwestie van meer of minder. Wel maken sommige stelsels een herkenbaar onderscheid tussen subjectieve en objectieve beroepsgangen. Schoolvoorbeeld is het Franse onderscheid tussen het objectieve 'recours pour excès de pouvoir' (annulatieberoep) en het subjectieve 'recours de pleine juridiction' (o.m. schadevergoeding, nakomen overeenkomsten).

Het Duitse stelsel is primair geënt op de 'subjectieve' leer, maar kent – zoals reeds bleek – ook 'objectieve' elementen, zoals de vernietiging ('Aufhebung'). Bij het actuele Nederlandse stelsel is het precies andersom. Dit is van oorsprong sterk objectief met een enkel subjectief element. Door ontwikkelingen in de jurisprudentie is ons stelsel echter sterk in beweging. Naast de objectieve component krijgt geleidelijk ook de subjectieve component een volwaardige plaats. Een probleem daarbij is dat het procesrecht van de Algemene wet bestuursrecht nog altijd uitgaat van een objectief model: een vernietigingsberoep tegen besluiten. Daardoor vergt het – zolang wetgeving uitblijft – de nodige creativiteit om de subjectieve acties (vorderingen) waaraan de praktijk kennelijk behoefte heeft, in het systeem in te passen.

De 'objectieve' oorsprong van ons stelsel verklaart de dominante procestechnische positie van het besluitbegrip. Voor de bestuursrechter is het besluit zowel het belangrijkste bevoegdheidsanker als het centrale object van toetsing. Hij verklaart ook, waarom de vernietiging nog steeds de eerste en belangrijkste uitspraakbevoegdheid van de bestuursrechter is (vgl. art. 8:72, eerste lid, Awb).

Niettemin kent het Nederlandse wettelijke stelsel ook verschillende 'subjectieve' elementen. Zo is er sinds 1994 de mogelijkheid om in geval van vernietiging van een besluit schadevergoeding toe te kennen (art. 8:73, eerste lid, Awb), zij het dat dit vooralsnog een afhankelijke vordering is. Voorts heeft de Awb enkele scherpe kantjes van de 'ex tunc'-toetsing afgeslepen. In een beperkt aantal gevallen kan de rechter het geschil 'ex nunc' beslechten door zelf in de zaak te voorzien (art. 8:72, vierde lid, slot). Daarnaast zijn er bepalingen, zoals de artikelen 6:18 en 6:19 Awb, die niet zozeer het bestuursproces 'subjectiveren', maar wel beogen enkele procestechnische nadelen van het besluitmodel, zoals versnippering van procedures, te verzachten.

Sedert het midden van de jaren negentig heeft het subjectieve element binnen ons stelsel van bestuursrechtspraak bovendien aan betekenis gewonnen door de erkenning als besluiten van 'zelfstandige' beslissingen omtrent schadevergoeding, nadeelcompensatie en terugvordering. Deze 'strategische' jurisprudentie rekt het besluitbegrip op om de bestuursrechter in staat te stellen om te oordelen over wat in wezen geschillen over schuldvorderingen (dus subjectieve rechten) zijn. Het 'besluitmodel' heeft in deze context nog slechts een formele, procestechnische functie. Het gaat in deze gevallen

niet meer om een echt vernietigingsberoep. Materieel gaat het om de definitieve vaststelling van de inhoud van een rechtsbetrekking, zoals een plicht tot schadevergoeding of terugbetaling. Dit verklaart ook waarom het zelf in de zaak voorzien in deze situaties niet op bezwaren stuit.

Deze jurisprudentie legt tevens de vinger op de zere plek van het huidige stelsel van bestuursrechtspraak. Zij illustreert immers dat de rechtspraktijk behoefte heeft aan een ruimere bevoegdheid van de bestuursrechter. Een tot besluiten (in strikte zin) beperkte vernietigingsactie voldoet niet meer. Er is zowel behoefte aan acties tegen andere bestuurshandelingen dan besluiten als – daarmee samenhangend – aan meer variatie in uitspraakbevoegdheden. Om aan die behoefte tegemoet te komen doen bestuursrechters tegenwoordig ook uitspraken over publiekrechtelijke schuldvorderingen, die, omdat het wettelijk systeem dit nu eenmaal eist, met kunst- en vliegwerk in het besluitmodel worden gewrongen. Buitenwettelijke 'beslissingen' van bestuursorganen over bepaalde schuldvorderingen worden tot appellabel besluit verheven om de bestuursrechter bevoegd te maken.

Dit pragmatische systeem deelt uiteraard in de voor- en nadelen van het besluitmodel. Bovendien kunnen via de constructie van het 'zelfstandig' besluit niet alle bestuursrechtelijke schuldvorderingen aan de bestuursrechter worden voorgelegd, maar slechts die schuldvorderingen die verband houden met een appellabel besluit. Op zichzelf is deze eis van 'formele connexiteit' wel begrijpelijk. Hij voorkomt dat de bestuursrechter zich helemaal 'loszingt' van het door de formele wetgever vastgestelde bevoegdheidscriterium (het besluit). Maar het leidt soms tot moeilijk uit te leggen en op de burger formalistisch overkomende resultaten.[73]

73. Zie voor voorbeelden onder meer G.C.W. van der Feltz, Niet geregelde nadeelcompensatie en formele rechtskracht. Er zij licht!, NTB 2003/7, p. 209.

3 Randvoorwaarden

3.1 Constitutionele randvoorwaarden

3.1.1 Inleiding

De bestuursrechtspraak moet evenals de andere takken van rechtspraak blijven binnen de kaders van fundamentele rechten, grondbeginselen en grondwettelijke normen. De belangrijkste bronnen voor deze kaders zijn internationale verdragen (in het bijzonder het EVRM en het IVBPR) en het EG-recht. De Grondwet is minder belangrijk, omdat deze weinig normen bevat die zich lenen voor rechtstreekse toepassing op of in de bestuursrechtspraak. Zo treft men in de Grondwet geen recht op toegang tot de rechter aan. Voorts verhindert de Grondwet zelf, in het bijzonder het toetsingsverbod van artikel 120 Grw., vaak de toepassing van grondwettelijke normen die zich op zichzelf voor toepassing in de bestuursrechtspraak zouden lenen, zoals de grondrechten. De wet in formele zin kan niet aan de Grondwet worden getoetst, ook niet als zij in strijd is met de grondrechten[74] en ook niet als de wet materieel een beschikking inhoudt.[75] Daardoor is de effectiviteit van de in de Grondwet verzekerde rechten in de praktijk gering. Zodra een wet in formele zin inbreuk op de grondwettelijke grondrechten maakt, is een beroep daarop zinloos.

De Europese normen, daarentegen, zijn de afgelopen decennia steeds belangrijker gebleken. Op de terreinen die raken aan door het EVRM of de EG beschermde rechten, bleek telkens weer dat de rechtspraak garanties moet bieden die verder gaan dan het Nederlandse recht vergt. Bovendien zijn er steeds minder terreinen die niet door deze Europese normen worden beïnvloed. De Europese normen trekken zich ook niet zoveel aan van formele kwalificaties. Bij de toepassing van deze normen zoeken de beide Europese Hoven naar functionele en materiële criteria, die dwars door formele categorieën heen snijden. Zowel het EG-recht als het EVRM eist niet alleen toegang tot de rechter wanneer de rechten die uit beide verdragsstelsels voortvloeien beweerdelijk zijn geschonden, maar verplicht de nationale rechter ook om aan deze rechten te toetsen, ongeacht de aard van de bestreden bestuurshandeling, teneinde een effectieve rechtsbescherming te garanderen.

In deze paragraaf bespreekt de Commissie de aspecten van deze constitutionele kaders die voor de toekomst van de bestuursrechtspraak van belang zijn. Een uitputtende bespreking zou het bestek van dit rapport te buiten gaan.[76] In plaats daarvan

74. Dit gaat wellicht veranderen. Zie het initiatief-wetsvoorstel-Halsema, Kamerstukken II 2002/2003, 28 331, nr. 8.
75. Men denke aan de omstreden Vergunningenwet Westerschelde.
76. Zie daarvoor, wat het communautaire recht betreft, J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal, R.J.G.M. Widdershoven, Inleiding tot het Europees bestuursrecht, 2e druk, Nijmegen 2002.

volgt een overzicht van onderwerpen waarbij grondwettelijke, verdragsrechtelijke of communautaire eisen een rol spelen.

3.1.2 Effectieve rechtsbescherming

In de rechtspraak uit Straatsburg en Luxemburg is het vereiste van effectieve rechtsbescherming een grondbeginsel. Als aan burgers rechten worden toegekend, moeten deze ook kunnen worden afgedwongen, zo nodig bij een onafhankelijke rechter, zo houden beide hoven ons voor. Dit grondbeginsel is ook in de Nederlandse bestuursrechtspraak aanvaard en uitgewerkt in het stelsel van toegang tot de bestuursrechter met aanvulling door de burgerlijke rechter. Het is echter niet grondwettelijk vastgelegd. De in artikel 112, eerste lid, Grw. neergelegde regeling voor de berechting van geschillen over burgerlijke rechten biedt, door de ruime uitleg die de Hoge Raad daaraan geeft, wel een zekere waarborg voor de toegang tot de rechter, maar geheel sluitend is deze niet.[77] In ieder geval is, anders dan bijvoorbeeld in Duitsland (art. 19 IV GG), het fundamentele recht op toegang tot de rechter niet als zodanig in de Grondwet neergelegd. Onze Grondwet beperkt zich tot het recht niet te worden afgehouden van de rechter die door de wet is toegekend (art. 17).

Bovendien zegt de Grondwet weinig of niets over de kwaliteit van de procedure of over de wijze waarop een burger zijn rechten geldend moet kunnen maken. Het is voldoende als men de door de wet toegekende rechter kan bereiken. Voor de doeltreffendheid van rechtsmiddelen of procedures biedt de Grondwet geen waarborgen. Daardoor komt, grondwettelijk bezien, aan een Nederlandse burger geen recht op effectieve rechtsbescherming toe. Dit recht vloeit voor ons uitsluitend voort uit internationale, met name Europese, normen. Een zo fundamenteel recht zou in onze eigen Grondwet echter niet misstaan. Daarom bepleit de Commissie om het recht op effectieve rechtsbescherming ook in onze Grondwet expliciet vast te leggen.

De jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: Hof van Justitie of HvJEG) eist effectieve rechtsbescherming bij beweerde schending van rechten die EG-burgers aan het communautaire recht ontlenen.[78] Het Hof ontleedt deze algemene eis in verschillende deeleisen, die hierna zullen worden besproken. Deze eisen betreffen de toegang tot de rechter, de effectiviteit van procedures en van de 'remedies' om schendingen ongedaan te maken, de plicht om rechterlijke uitspraken te motiveren, diverse ontvankelijkheidskwesties (termijnen, belanghebbende), de bewijslastverdeling en de omvang van de toetsing. Als de rechtspraak van het Hof van Justitie en de communautaire regelgeving geen eisen stellen, geldt het beginsel van de procedurele autonomie van de Lid-Staten, maar ook het beginsel van non-discriminatie: vorderingen die op EG-recht berusten, mogen niet anders worden behandeld dan vergelijkbare nationale vorderingen.

---

77. De Grondwet verzette zich er immers niet tegen dat de burgerlijke rechter vóór het Benthem-arrest ook terugtrad als beroep op de Kroon openstond.
78. Zie over het bestuursrechtelijke stelsel van rechtsbescherming en het communautaire recht: E.M. Vermeulen, Rechtsbescherming in een communautaire context, diss. KUB 2001, Den Haag 2001.

Ook het EVRM eist effectieve rechtsbescherming, maar dan voor het geval dat een van de door dit verdrag gewaarborgde rechten in het geding is. Ingevolge artikel 13 EVRM moet bij schending van een materiële verdragsnorm een effectief rechtsmiddel openstaan. Als het geschil de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen of de gegrondheid van een strafvervolging betreft – wat in zeer veel bestuursrechtelijke geschillen het geval is – moet dit ingevolge artikel 6 EVRM een rechtsmiddel bij een onafhankelijke rechter zijn. Buiten deze terreinen[79] mag het ook een rechtsmiddel bij een niet-rechterlijke instantie zijn, mits de onafhankelijkheid daarvan voldoende is gewaarborgd.[80] Zodra er een pleitbare stelling is dat er sprake is van schending van een van de rechten uit het EVRM, heeft men recht op effectieve rechtsbescherming.

De effectiviteit van het rechtsmiddel hangt van een aantal factoren af. Het rechtsmiddel moet – uiteraard – daadwerkelijk bestaan, maar ook daadwerkelijk toegankelijk zijn voor de klager. Het moet voorts doelmatig en voldoende doeltreffend zijn.[81] De bevoegde nationale instantie moet zich kunnen buigen over de merites van de klacht en moet daadwerkelijk rechtsherstel kunnen bieden.[82] Daarbij behoren adequate uitspraakbevoegdheden; een enkele vernietiging kan onvoldoende zijn (zie uitvoeriger par. 4.7). Soms betekent dit dat een (zeer snelle) spoedvoorziening moet kunnen worden gegeven.[83] Ten slotte mag de inhoudelijke toetsing van bestuursbesluiten niet te marginaal zijn, omdat anders het rechtsmiddel de schending van het EVRM niet daadwerkelijk kan tegenhouden of herstellen.[84]

De eis van effectiviteit geldt in abstracto: als de klacht gegrond is, moeten de nationale instanties rechtsherstel of schadevergoeding kunnen bieden. Dat in concreto maar een zeer geringe praktische kans daartoe bestaat, doet voor de beoordeling van de effectiviteit niet terzake.[85]

Bij een eventuele hervorming van de Nederlandse bestuursrechtspraak moeten wij deze effectiviteitsbeginselen uit het EVRM en het EG-recht in acht nemen. In het bijzonder kunnen Europese normen dwingen tot ruimere mogelijkheden om feitelijke en rechtsvragen aan de rechter voor te leggen dan het Awb-procesrecht, zoals dit in de praktijk wordt uitgelegd en toegepast, thans toelaat. Hierna gaat de Commissie op enkele van deze punten nader in.

---

79. In de praktijk hebben wij het dan, bij de huidige stand van de jurisprudentie, over een klein deel van het ambtenarenrecht en grote delen van het vreemdelingenrecht en het belastingrecht. Zie resp. EHRM 8 december 1999, AB 2000, 195 m.nt. LV (Pellegrin), EHRM 5 oktober 2000, JV 2001/264, NJCM-bull. 2001, p. 762 m.nt. M. Kuijer (Maaouia/Frankrijk) en EHRM 12 juli 2001, nr. 44759/98, Vakstudienieuws 2001/44.5 (Ferrazzini).
80. EHRM 21 februari 1975, Golder, Series A, vol. 18 en latere jurisprudentie, zoals besproken door T. Barkhuysen, Artikel 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten, Lelystad 1998, p. 143-145.
81. Barkhuysen, p. 118.
82. EHRM 11 juli 2000, Jabari/Turkije, NJB 2000, p. 1787, nr. 39; EHRM 7 november 2002, AB 2002, 25 m.nt. LV (Kingsley).
83. EHRM 5 februari 2002, Conka/België, 51564/99, n.n.g.
84. Zie de bespreking van de toetsing aan de zogenoemde 'Wednesbury principles' door de Engelse rechter in Barkhuysen, p. 130-134. Deze toetsing is vergelijkbaar met toetsing op kennelijke onredelijkheid, maar gaat nog iets minder ver.
85. EHRM 28 oktober 1994, Series A, vol. 300, NJ 1995/509, par. 99-100.

3.1.3 Toegang tot de rechter

Zowel het EG-recht als het EVRM stelt de eis dat degenen wier rechten op basis van deze verdragen geschonden zijn, toegang tot de rechter hebben om de schending ongedaan te kunnen maken. Een meer subjectieve benadering van de rechtsbescherming en de daaruit voortvloeiende criteria voor de toegang tot de rechter zijn hiermee niet in strijd. Integendeel, zowel het EVRM als de uitleg die het Hof van Justitie geeft aan de eis van effectieve rechtsbescherming noopt tot nuancering van het standpunt dat bestuursrechtspraak vooral de handhaving van het objectieve recht dient.

Het HvJEG heeft aangegeven dat EG-onderdanen toegang dienen te hebben tot een nationale rechter, wanneer zij van oordeel zijn dat hun door het EG-recht gewaarborgde rechten of vrijheden zijn geschonden.[86] In het Handvest voor de Grondrechten is deze rechtspraak bevestigd. Het gemeenschapsrecht spreekt zich niet uit over de vraag *welke* rechter de zaak moet behandelen. De inrichting van de rechtspraak valt onder de procedurele autonomie van de lidstaten. Wel is het Hof van tijd tot tijd genoodzaakt aan te geven welke nationale instanties als 'rechter' kunnen worden aangemerkt, zodat zij prejudiciële vragen kunnen en soms moeten stellen. Deze jurisprudentie blijft hier wegens haar geringe belang voor dit rapport buiten beschouwing.

Redelijke beperkingen in de toegang tot de rechter zijn volgens het HvJEG toelaatbaar, zolang zij maar niet leiden tot het de facto afsluiten van de toegang tot de rechter.[87] Zo mogen de nationale wetgevers – binnen de grenzen van het non-discriminatiebeginsel – redelijke beroeps- en verjaringstermijnen stellen. Ook mogen zij de toegang tot de rechter beperken tot burgers die aan bepaalde eisen – zoals het zijn van belanghebbende – voldoen.

Artikel 6, eerste lid, EVRM geeft een recht op toegang tot de rechter voorzover het geschil gaat over burgerlijke rechten en verplichtingen of over een 'criminal charge'.[88] Deze toegang tot de rechter mag volgens het EHRM worden onderworpen aan beperkingen, zoals beroepstermijnen, griffierechten, verplichte procesvertegenwoordiging[89] of een verplichting om eerst een voorprocedure te volgen.[90] Maar deze drempels mogen de toegang niet zodanig beperken dat de rechtsbescherming in de praktijk niet meer toegankelijk of niet meer effectief is. Daarom zijn sommige beperkingen onder omstandigheden niet toelaatbaar, dan wel slechts toelaatbaar als de staat compenserende maatregelen treft om de toegankelijkheid en effectiviteit te waarborgen. Als procesvertegenwoordiging verplicht is of de zaak zo complex is dat rechtsbijstand in de praktijk onontbeerlijk is, bijvoorbeeld, moet deze rechtsbijstand voor iedereen bereikbaar zijn. Dit betekent dat er in dergelijke gevallen een regeling moet zijn voor vergoeding van de kosten van rechtsbijstand.[91] Bij een strafvervolging ('criminal charge') geeft artikel 6, derde lid, onderdeel c, onder omstandigheden een recht op kosteloze bijstand (zie ook hierna).

---

86. Zie het standaardarrest Johnston, 15 mei 1986, 222/84, Jur. 1651.
87. De terminologie is: dat het niet uiterst moeilijk of vrijwel onmogelijk mag worden gemaakt om beroep in te stellen.
88. Uitvoerig over de betekenis van deze begrippen: M.L.W.M. Viering, Het toepassingsgebied van artikel 6 EVRM, diss. KUN 1994, Zwolle 1994.
89. EHRM 27 februari 1975, Golder, Series A, vol. 18, NJ 1975, 462.
90. Zo ook HR 8 maart 2002, NJB 2002/29, nr. 28, p. 1428.
91. EHRM 9 oktober 1979, Airey v. Ireland, Series A, vol. 32, NJ 1980/376.

Beperkingen van de toegang tot de rechter moeten voorts een legitiem doel dienen en mogen niet verder gaan dan noodzakelijk is om dit doel te bereiken.[92] Zo is de eis dat voorafgaand aan de procedure een zekerheid wordt gesteld op zichzelf niet in strijd met artikel 6 EVRM, maar het EHRM gaat wel na of zo'n eis – ook in het concrete geval – in redelijke verhouding staat tot het daarmee beoogde doel.[93] Ook het EG-recht staat toe dat van degene die een procedure wil beginnen een zekerheid wordt verlangd, mits daarbij geen onderscheid wordt gemaakt tussen burgers van de Lid-Staat in kwestie en burgers van andere Lid-Staten. Aan dit beginsel van non-discriminatie moeten alle procedures voor rechtsbescherming voldoen.[94]

De eis van effectieve rechtsbescherming uit het EVRM brengt ook met zich dat het systeem van rechtsbescherming als zodanig helder en samenhangend moet zijn.[95] Op zichzelf toelaatbare procedurele eisen en beperkingen kunnen in concreto toch een schending opleveren, als het stelsel van procesrecht ondoorzichtig is waardoor misverstanden kunnen ontstaan over de te volgen procedures.[96]

De hier aangestipte beperkingen betreffen vooral formele kwesties, zoals ontvankelijkheidseisen. De strekking van de jurisprudentie van de beide Europese rechters is dat een appellant die door ingewikkelde juridische eisen de draad kwijtraakt, dit niet tegengeworpen mag krijgen. Daarom moet de noodzaak van een beperking steeds worden onderbouwd vanuit in het belang van een goed verloop van de procedure redelijkerwijs te stellen eisen.

Ook de Nederlandse bestuursrechtspraak moet steeds in dit licht worden bekeken. Bij de zogenoemde 'trechterjurisprudentie' van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State is twijfel mogelijk of deze geheel in overeenstemming is met de Europese eisen rond toegang tot de rechter en effectieve rechtsbescherming. In de praktijk functioneert deze jurisprudentie als een beperking op de ontvankelijkheid van beroep.[97] In paragraaf 4.4 wordt nader op deze kwestie ingegaan, mede in het licht van de eisen van '*full jurisdiction*', waarover meer hierna.

Voor enkele deelterreinen van het bestuursrecht gelden de aan artikel 6 EVRM ontleende eisen strikt genomen niet, omdat geschillen op deze terreinen volgens het EHRM niet over burgerlijke rechten of verplichtingen gaan. Dit geldt bij de huidige stand van de jurisprudentie voor geschillen over belastingheffing, over politieke rechten, over nationaliteit en immigratie, over schadevergoeding uit publieke middelen en over subsidies aan instellingen met een algemeen-belangdoelstelling.[98] Heffingen op het gebied van de sociale zekerheid vallen weer wel onder het bereik van artikel 6 EVRM.

Aanvankelijk achtte het EHRM artikel 6 EVRM ook niet van toepassing op geschillen in verband met de status van ambtenaar, dat wil zeggen geschillen over werving,

---

92. EHRM 28 mei 1985, Ashingdane, Serie A, vol. 93, NJ 1991/623.
93. EHRM 13 juli 1995, Tolstoy Miloslavsky, Series A, vol. 323, NJ 1996/544.
94. HvJEG 23 januari 1997, C-29/95, Jur. 1997, I-285, SEW 1998, p. 23.
95. EHRM 16 december 1992, Geoffre de la Pradelle, Series A, vol. 253-B.
96. EHRM 4 december 1995, Bellet, Series A, vol. 333-B.
97. Vgl. P. van Dijk, Artikel 6 EVRM en de Afdeling bestuursrechtspraak, Lezing ter gelegenheid van van de 19e verjaardag van het SIM op 26 oktober 2000, Utrecht 2001, p. 9.
98. Barkhuysen, p. 179-180. Zie voor de subsidie aan instellingen EHRM 18 juni 2002, Woonbron, no. 47 122/99, NJB 2002/29, p. 1417; NJCM-bull. 28(2003)6, p. 785 m.nt. N. Verheij.

bevordering, het dienstverband zelf, pensioen en ontslag.[99] In 1999 heeft het EHRM echter een functioneel criterium ingevoerd om te bepalen in hoeverre ambtenarenzaken buiten het bereik van artikel 6 EVRM vallen.[100] Sedertdien zijn geschillen omtrent de rechtspositie van werknemers van de overheid nog slechts uitgezonderd voorzover deze werknemers betrokken zijn bij de typische overheidstaak om met openbaar gezag het algemeen belang te behartigen. Als typische voorbeelden daarvan noemt het EHRM functies bij de krijgsmacht of bij de politie.[101] Beslissend is echter niet de organisatie(-eenheid) waarbij de ambtenaar werkzaam is, maar de functie die daadwerkelijk wordt uitgeoefend.[102] Een arbeidsconflict van een administratief medewerker bij de politie valt dus wel onder het bereik van artikel 6 EVRM.[103]

Het standpunt dat geschillen inzake belastingen niet onder het bereik van artikel 6, eerste lid, EVRM vallen, is aan erosie onderhevig. Het EHRM heeft sommige geschillen die verband houden met belastingheffing, zoals schadeclaims en geschillen over terugvordering van te veel betaalde belasting, wel onder artikel 6, eerste lid, EVRM gebracht.[104] Voorts staat belastingheffing materieel niet ver af van de heffing van premies voor de sociale zekerheid, terwijl het EHRM geschillen over sociale zekerheid al onder artikel 6 heeft gebracht.[105] Ten slotte vallen de bestuurlijke boeten die wegens overtreding van de belastingwet kunnen worden opgelegd, wel onder het bereik van artikel 6 EVRM, omdat deze boeten een 'criminal charge' behelzen.[106] Dit is van belang omdat tussen de hoogte van de boete en het bedrag van de belastingaanslag een nauw verband bestaat, zodat het een in feite niet los van het ander kan worden beoordeeld.

Al met al is er veel voor te zeggen om de eisen van artikel 6 EVRM ook voor de belastingrechtspraak te laten gelden. Op zichzelf voldoet de Nederlandse belastingrechtspraak ook aan deze eisen. Het EHRM heeft echter nog onlangs benadrukt dat geschillen over belastingheffing, ook al hebben zij financiële gevolgen, niet op die enkele grond geschillen over burgerlijke rechten en verplichtingen zijn.[107]

De Commissie meent evenwel dat in Nederland een recht op toegang tot de rechter, op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn en op effectieve rechtsbescherming zou moeten bestaan in alle geschillen tussen een burger en de overheid, onverschillig of die al dan niet over burgerlijke rechten of verplichtingen of een 'criminal charge'

---

99. EHRM 26 november 1992, Lombardo v. Italy, Series A, vol. 249-B, EHRM 24 augustus 1993, Massa v. Italy, Series A, vol. 265-B.
100. Zie EHRM 8 december 1999, Pellegrin, NJ 2001, 131; AB 2000, 195 m.nt. I.V.
101. R.o. 66 in het arrest Pellegrin luidt: 'The Court therefore rules that the only disputes excluded from the scope of Article 6 § 1 of the Convention are those which are raised by public servants whose duties typify the specific activities of the public service in so far as the latter is acting as the depositary of public authority responsible for protecting the general interests of the State or other public authorities. *A manifest example of such activities is provided by the armed forces and the police.*'
102. EHRM 27 juni 2000, Fryndlander, AB 2001, 86, EHRC 2000, 67.
103. Maar hoe zit het met de secretaresse van een minister? Dat is in Nederland niet zonder reden een vertrouwensfunctie!
104. EHRM 26 maart 1992, Editions Periscope/France, Series A, vol. 234-B, EHRM 23 oktober 1997, The Building Societies, Rep. 1997 VIII.
105. EHRM 9 december 1994, Schouten en Meldrum, Series A, vol. 304, BNB 1995/113.
106. Zie bijv. EHRM 23 juli 2002, Janosevic, no. 34 619/97, n.n.g.
107. EHRM 12 juli 2001, Ferrazini, nr. 00044759/98, Vakstudienieuws 2001/44.5.

gaan. Dit recht zou kunnen worden vastgelegd in de reeds in paragraaf 3.1.2 bepleite grondwetsbepaling.[108]

3.1.4 Onafhankelijkheid en onpartijdigheid

De inrichting en de organisatie van een gerecht moeten zodanig zijn, dat de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van het gerecht zijn gewaarborgd. Het recht op onafhankelijke en onpartijdige rechtspraak is neergelegd in artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie,[109] maar in de praktijk is vooralsnog belangrijker dat ook artikel 6 EVRM dit recht garandeert.

Bij de toetsing aan dit recht word onderscheid gemaakt tussen onafhankelijkheid, subjectieve onpartijdigheid en objectieve onpartijdigheid.[110] Onafhankelijkheid betekent dat de rechter in vrijheid van enige invloed of druk van buitenaf kan oordelen, alsmede dat zijn oordeel slechts door een hogere, evenzeer onafhankelijke, rechter terzijde kan worden gezet. Subjectieve onpartijdigheid betekent de afwezigheid van persoonlijke vooringenomenheid van de rechter. Objectieve onpartijdigheid betekent dat ook de schijn van een dergelijke vooringenomenheid moet worden vermeden.

Dit laatste betekent bijvoorbeeld dat een rechter zich moet onthouden van een oordeel in zaken bij de uitkomst waarvan hij enig persoonlijk belang heeft. Volgens het EHRM betekent het onder meer ook dat leden van een rechterlijk college die eerder in een andere hoedanigheid bij het onderwerp van het geschil betrokken zijn geweest, onder omstandigheden niet aan de behandeling en beslissing van dit geschil mogen deelnemen, omdat zij niet langer als onpartijdig kunnen worden beschouwd.[111] Dit geldt vooral als de rechter betrokken is geweest bij een inhoudelijk oordeel over 'the same case or the same decision'.[112] Door voorbereidende handelingen, zoals het opvragen van stukken of het horen van een getuige, wordt de onpartijdigheid objectief gezien niet aangetast, zo meent het EHRM.[113] Wel betekent deze jurisprudentie van het EHRM naar het oordeel van de Commissie, dat een voorzieningenrechter niet kan deelnemen aan de behandeling en beslissing van de bodemzaak, omdat hij al een inhoudelijk, zij het voorlopig, oordeel heeft gegeven.

De regel dat ook de schijn van onpartijdigheid moet worden vermeden, is voor Nederland van bijzonder en actueel belang in verband met de positie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Aan deze Afdeling is een belangrijk deel van de bestuursrechtspraak opgedragen, deels in eerste en enige instantie, zoals in

---

108. Dit zou ook aansluiten bij artikel 47 van het Handvest voor de grondrechten van de Europese Unie en het daaraan identieke artikel II-47 van de ontwerp-Grondwet voor Europa. De werkingssfeer van deze bepalingen is weliswaar beperkt tot geschillen over door het recht van de Unie gegarandeerde rechten, maar daarbinnen uitdrukkelijk en bewust niet beperkt tot geschillen over burgerlijke rechten.
109. Zie inmiddels ook (het identieke) artikel II-47 van het ontwerp-Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa.
110. Zie o.m. de noot van L.F.M. Verhey en B.W.N. de Waard onder EHRM 6 mei 2003, AB 2003, 211 (Kleyn) en B.W.N. de Waard, Beginselen van behoorlijke rechtspleging, diss. UU 1987, Zwolle 1987.
111. EHRM 28 september 1995, Procola, Series A, vol. 326, NJ 1995/667 m.nt. EAA; AB 1995, 588 m.nt. ICvdV, NJCM-bull. 1995, p. 1098 m.nt. RdW.
112. EHRM 22 april 1994, Saraiva de Carvalho, Series A, vol. 286-B; EHRM 23 augustus 1993, Nortier, Series A, vol. 267.
113. Zie EHRM 24 februari 1993, Fey v. Austria, Series A, vol. 255, NJ 1993/649 m.nt. EAA.

ruimtelijkeordenings- en milieuzaken, deels in hoger beroep. Daarnaast adviseert de Raad van State de regering over voorgenomen wetgeving (art. 73 Grw.).

Dit betekent dat de Afdeling regelmatig moet oordelen over de toepassing van wettelijke voorschriften, over het ontwerp waarvan de volle Raad van State heeft geadviseerd. Aangezien de 'gewone' staatsraden van rechtswege zowel lid zijn van de Afdeling bestuursrechtspraak als van de volle Raad, roept dit de vraag op in hoeverre de Afdeling de toepassing van deze voorschriften kan oordelen als een onafhankelijke en niet-bevooroordeelde rechterlijke instantie. Bij een negatief antwoord zou de Afdeling niet voldoen aan de vereisten van artikel 6 EVRM.

In de wandeling staat deze problematiek bekend als de Procola-problematiek, naar het arrest van het EHRM over de Luxemburgse Raad van State in de Procola-zaak.[114] Daarin oordeelde het EHRM dat de Luxemburgse Raad van State als rechter niet meer onpartijdig was, omdat vier van de vijf staatsraden die het beroep in de betrokken zaak behandelden, eerder hadden geadviseerd over de wettelijke bepaling waarvan de verbindendheid in geschil was, en zelfs de tekst van die bepaling hadden voorgesteld.

Het Procola-arrest heeft niet geleid tot principiële veranderingen in de organisatie en het functioneren van de Raad van State en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad. Zo is het niet uitgesloten dat een lid van de Afdeling oordeelt over de toepassing van een wettelijk voorschrift, waarover hij of zij mede heeft geadviseerd toen het als ontwerp voor advies aan de volle Raad werd voorgelegd. Wel zijn er in de samenstelling en het functioneren van de Afdeling bestuursrechtspraak praktische veranderingen opgetreden, die de kans op deze samenloop aanzienlijk verkleinen.

Zo telt de Afdeling tegenwoordig meer staatsraden in buitengewone dienst dan gewone staatsraden. Anders dan de gewone staatsraden zijn de staatsraden in buitengewone dienst niet betrokken bij de wetgevingsadvisering. Bij de staatsraden in buitengewone dienst doet zich dus geen 'Procola-probleem' voor. In de praktijk is kamer 4 van de Afdeling (vreemdelingenzaken) vrijwel geheel bemenst door staatsraden in buitengewone dienst en kamer 3 (hogerberoepszaken) voor een zeer aanzienlijk deel. In kamer 1 en 2 (resp. ruimtelijkeordenings- en milieuzaken) treden staatsraden in buitengewone dienst minder vaak op.

Voorts maakt de Afdeling een inschatting of een binnengekomen zaak 'Procola-gevoelig' is. Als dit het geval is, wordt een zittingskamer samengesteld uit uitsluitend staatsraden in buitengewone dienst. Door dit optreden van staatsraden in buitengewone dienst is de kans op een Procola-probleem aanzienlijk verkleind, maar niet uitgesloten. De keerzijde daarvan is uiteraard dat het vaak genoemde voordeel van rechtspraak door de Raad van State, namelijk de wederzijdse bevruchting van wetgevingsadvisering en bestuursrechtspraak, in deze gevallen ook niet wordt gerealiseerd.

Een aantal auteurs, zoals Brenninkmeijer en Schilder[115] en Tak,[116] bleef dan ook principiële kritiek uitoefenen op het optreden van de Afdeling bestuursrechtspraak als rechter. Een andere steen des aanstoots was hierbij, dat in de Afdeling door de samenval met het lidmaatschap van de volle Raad, ook niet-juristen als volwaardige rechters

---

114. EHRM 28 september 1995, Series A, vol. 326, NJ 1995, 667 m.nt. EAA, AB 1995, 588 m.nt. ICvdV, NJCM.-bull 1995, p. 1098 m.nt. RdW.
115. A.F.M. Brenninkmeijer, A.E. Schilder, Kroniek van het algemeen deel van het bestuursrecht, NJB 2001, p. 1481.
116. A.Q.C. Tak, Rechters met slappe knieën, NJB 2002, p. 1459.

aan de bestuursrechtspraak deelnemen. In de veronderstelde achtergrond en afkomst van de staatsraden en hun betrokkenheid – via de volle Raad – op het optreden van de regering zoeken deze auteurs de verklaring voor het in hun ogen 'gouvernementele' karakter van de jurisprudentie van de Afdeling.

Met spanning werd dan ook uitgezien naar het oordeel van het EHRM in de zaak-Kleyn (ook wel de Betuwe-spoorlijnzaak genoemd). In deze zaak had het Hof alle inhoudelijke klachten van een aantal tegenstanders van de spoorlijn wegens kennelijke ongegrondheid niet-ontvankelijk verklaard, maar hun klachten betreffende de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de Afdeling bestuursrechtspraak in behandeling genomen.

De uitspraak van het Hof[117] is duidelijk. Na een uitvoerige uiteenzetting van de merites van de zaak, de verhouding tussen onder meer de Tracéwet en het tracébesluit Betuwe-spoorlijn en de geschiedenis, de organisatie en het functioneren van de Raad van State en de Afdeling bestuursrechtspraak komt het Hof – met twaalf tegen vijf stemmen – tot de volgende conclusies:

– het Hof vindt in hetgeen verzoekers naar voren hebben gebracht geen enkele aanleiding om te twijfelen aan de onafhankelijkheid van de individuele leden van de Afdeling bestuursrechtspraak, mede gelet op de wijze van benoeming, hun ambtstermijn en het ontbreken van enige indicatie van een gebrek aan voldoende en toereikende garanties tegen mogelijke druk van buitenaf (r.o. 195);
– niettemin kan de opeenvolgende uitoefening van een adviesfunctie en een rechterlijke functie binnen één organisatie onder omstandigheden twijfel oproepen over de objectieve onpartijdigheid van de organisatie. Het Hof wijst hierbij op het grote belang dat rechterlijke instanties het publiek vertrouwen inboezemen (r.o. 196);
– het Hof is minder zeker dan de Nederlandse regering dat de interne maatregelen die de Raad van State naar aanleiding van het Procola-arrest heeft genomen, garanderen dat de Afdeling bestuursrechtspraak in alle zaken die bij haar worden aangebracht, een onpartijdige rechterlijke instantie in de zin van artikel 6 EVRM is (r.o. 198);
– het Hof ziet geen reden om aan te nemen dat de staatsraden die in de Betuwe-zaak oordeelden persoonlijk vooringenomen waren (r.o. 195);
– aan de vraag naar de objectieve onpartijdigheid van de Afdeling in deze zaak komt het Hof niet toe, omdat het meent, dat in beroep bij de Afdeling een andere zaak voorlag dan waarover de volle Raad had geadviseerd: de beroepszaak betrof een tracébesluit, het advies een wijziging van de Tracéwet. Er was dus niet voldaan aan het vereiste van een zelfde zaak (r.o. 199, 200).[118]

Voorts overweegt het Hof, net als eerder in de zaak-McGonnell,[119] dat het EVRM niet een bepaald constitutioneel stelsel of een bepaalde opvatting over de scheiding van de machten in de lidstaten voorschrijft en dat het daarom niet zijn taak is daarover algemene uitspraken te doen (r.o. 193).[120] Dat is van belang, want in de Procola-zaak

117. EHRM 6 mei 2003, JB 2003, 119 m.nt. AWH, AB 2003, 211 m.nt. LV en BdeW.
118. Anders de *dissenting opinion* van de Nederlandse rechter Thomassen en de Italiaanse rechter Zagrebelsky.
119. EHRM 8 februari 2000, AB 2000, 269 m.nt. LV.
120. Anders de *dissenting opinion* van rechters Tsatsa-Nikolovska, Strážnicka en Ugrekhelidze.

leek het Hof nog wel zo'n algemene uitspraak te doen. Maar het Hof geeft wel een waarschuwing: wees er niet gerust op dat de interne maatregelen die de Afdeling heeft getroffen, voldoende garanties bieden voor een onafhankelijke behandeling in een geval waarin het advies en de beroepszaak wel over 'dezelfde zaak' gaan.

Het arrest is door enkele auteurs met enige teleurstelling ontvangen.[121] Daar is naar het oordeel van de Commissie geen reden voor. Een veroordeling van de Afdeling is uitgebleven, maar de boodschap is duidelijk: schep voldoende garanties voor een onafhankelijke en onpartijdige behandeling van zaken. De huidige maatregelen sluiten immers niet uit dat tijdens de zitting of na afloop in de raadkamer een Procola-probleem wordt geconstateerd. De samenstelling van de zittingskamer kan dan niet meer worden veranderd.

De benodigde garanties kunnen op verschillende manieren worden geboden. Waarschijnlijk is voldoende een wettelijke bepaling die uitsluit dat een staatsraad in beroep oordeelt over een zaak waarin de toepassing aan de orde is van een wettelijk voorschrift, over het ontwerp waarvan hij of zij als lid van de volle Raad heeft geadviseerd. De Belgische Wet op de Raad van State kent sedert jaar en dag een dergelijke bepaling. Een verdergaande stap zou zijn het geheel scheiden van wetgevingsadvisering en bestuursrechtspraak.

Als eerste maatregel na het Kleyn-arrest maakt de Afdeling de samenstelling van zittingskamers nu tien dagen tevoren bekend op haar website. Partijen hebben daardoor de gelegenheid bezwaar te maken tegen de voorgenomen samenstelling en zo nodig een wrakingsverzoek in te dienen. Verder treft de Raad intern maatregelen om de wetgevingsadvisering te versterken. Dit zal leiden tot het verder ontvlechten van wetgevingsadvisering en bestuursrechtspraak. Ten slotte zal op korte termijn een aanpassing van de Wet op de Raad van State noodzakelijk zijn, om althans een anti-samenloopbepaling op te nemen.

3.1.5 Eerlijke en openbare behandeling

Artikel 121 Grondwet bepaalt dat terechtzittingen in beginsel openbaar zijn. Er is enige discussie geweest over de vraag of dit artikel uitsluitend betrekking heeft op zittingen van gerechten behorende tot de rechterlijke macht.[122] Wat hiervan zij, in de meeste wetten is bepaald dat zittingen van gerechten openbaar zijn, uitzonderingen in bijzondere situaties daargelaten.[123]

Het communautaire recht geeft op dit punt (nog)[124] geen bijzondere aanwijzingen. Veelal wordt aangesloten bij de artikelen 6 en 13 EVRM. Het uitgangpunt van artikel 6 EVRM is dat de betrokkene recht heeft op een openbare mondelinge behandeling in eerste aanleg. Artikel 14, eerste lid, IVBPR bevat een soortgelijke regeling. Als de zaak erg technisch is, zoals bijvoorbeeld voorkomt in de sociale zekerheid, behoeven de betrokkenen niet per se in het openbaar te worden gehoord.[125] Dergelijke zaken zijn

121. R.A. Lawson, Procola in de polder, Een kleyne uitspraak over grote vragen, NJB 2003, p. 1114-1118 en A.F.M. Brenninkmeijer, De toekomst van de bestuursrechtspraak na de uitspraak in de EHRM-zaak Kleyn, idem, p. 1119-1123.
122. Zie A.K. Koekkoek, De Grondwet, Een systematisch en artikelgewijs commentaar, Deventer 2000, p. 549-550.
123. Alleen in belastingzaken is de zitting in beginsel niet openbaar; zie art. 27c Algemene wet inzake rijksbelastingen.
124. Voor de toekomst neemt artikel II-47 van de ontwerp-Grondwet voor Europa de norm van artikel 6 EVRM over.
125. EHRM 24 juni 1993, Schuler-Zgraggen v. Switzerland, Series A, vol. 263.

soms beter gediend met een schriftelijke behandeling. Het EHRM motiveert dit door te wijzen op het belang van afhandeling binnen redelijke termijn. Het IVBPR laat eveneens uitzonderingen toe op de openbaarheid van de behandeling, waarbij bescherming van de privacy en de openbare orde en goede zeden een rol kunnen spelen.

In hogere instanties kan onder bepaalde omstandigheden worden volstaan met een schriftelijke procedure. Dit kan als de feiten niet worden betwist, de zaak niet ingewikkeld is en de rechter nog slechts staat voor rechtsvragen.[126] Maar als de rechter nog feitelijke kwesties moet beoordelen, heeft de betrokkene recht op een openbare en mondelinge behandeling, tijdens welke hij zijn standpunten naar voren kan brengen. Dit geldt ook als de hoogste rechter in eerste en laatste aanleg optreedt.[127]

Er zijn ook situaties waarin een appèl- of cassatierechter partijen niet behoeft te horen. Het gaat dan vooral om zaken over burgerlijke rechten en verplichtingen, maar ook in zaken over een 'criminal charge' kan soms van het openbaar horen worden afgezien. Naast het geval waarin nog slechts rechtsvragen ter beoordeling staan, noemt het EHRM zaken die gaan over lichte overtredingen, gevallen waarin slechts een lichte straf kan worden opgelegd, en zaken waarin ook de feitelijke vragen aan de hand van het dossier kunnen worden beantwoord. In zaken waarin de (on)schuld van een betrokkene moet worden vastgesteld, moet deze zeker in het openbaar worden gehoord.

Een eerlijke behandeling betekent volgens het EHRM een proces op tegenspraak, waarbij partijen kunnen reageren op hetgeen door de wederpartij naar voren is gebracht.[128] Partijen moeten voorts over en weer elkaars stellingen, getuigen en bewijzen kunnen onderzoeken en weerleggen. Daarbij moeten zij niet alleen kunnen ingaan op de beweringen van de tegenpartij, maar ook op die van adviseurs of deskundigen die zijn aangesteld door de rechter.[129] In voorkomende gevallen zullen zij zelfs moeten worden betrokken bij het totstandkomen van een advies of deskundigenbericht, wanneer de adviseur of deskundige in het kader van zijn onderzoek getuigen ondervraagt of documenten raadpleegt.[130] In geval van een 'criminal charge' moet de beschuldigde de getuigen à charge kunnen ondervragen en zelf getuigen à decharge kunnen oproepen. Ook overig bewijs moet in tegenwoordigheid van de beschuldigde in een openbare zitting worden besproken met het oog op mogelijke tegenspraak of weerlegging.[131]

Het door artikel 6 EVRM gegarandeerde eerlijke proces omvat ook het recht van een beschuldigde om geen verklaringen tegen zichzelf af te leggen (het *nemo tenetur*-beginsel). Het is hier niet de plaats om uitgebreid in te gaan op de jurisprudentie terzake. De Commissie volstaat met te wijzen op artikel 14 IVBPR, derde lid, aanhef en onderdeel g, waarin dit recht uitdrukkelijk is neergelegd.[132]

---

126. EHRM 19 februari 1998, M. Jacobsson v. Sweden, Rep. 1998-I.
127. EHRM 18 februari 1991, Fredin, Series A, vol. 192.
128. EHRM 20 februari 1996, Vermeulen v. Belgium, Reports 1996-I p. 224. Zie voor een Nederlandse (belasting)zaak EHRM 27 maart 1998, J.J. v. Nederland, Rep. 1998-II, p. 603, JN 1999/110.
129. Zie bijv. de zaak Feldbrugge, EHRM 29 mei 1996, Series A, vol. 99, NJ 1987, 432.
130. EHRM 18 maart 1997, Mantovanelli v. France, Reblz. 1997-II, p. 425.
131. EHRM 6 december 1988, Barberà, Messegué and Jabardo v. Sapin, Series A, vol. 146.
132. Zie voor het zogheten 'zwijgrecht' van degene aan wie een bestraffende sanctie dreigt te worden opgelegd, onder meer E.E.V. Lenos, Bestuurlijke sanctietoepassing en strafrechtelijke waarborgen in de sociale zekerheid, diss. RUL 1998, Lelystad 1998.

3.1.6 Ontvankelijkheidseisen

3.1.6.1 Beroepsgerechtigde

Op grond van artikel 6 EVRM mogen eisen worden gesteld aan het belang van de verzoeker in een procedure.[133] Het EG-recht staat dit eveneens toe, maar beperkingen van de kring van beroepsgerechtigden mogen er niet toe leiden dat de uitoefening van door het gemeenschapsrecht verleende rechten praktisch onmogelijk wordt gemaakt. Dit betekent concreet dat in sommige gevallen de kring ruimer moet worden getrokken dan naar nationaal recht zou zijn gebeurd.

Met name de jurisprudentie met betrekking tot het afgeleide belang en met betrekking tot belanghebbendheid van concurrenten kan in bepaalde gevallen niet worden toegepast. Zij die aanspraken kunnen ontlenen aan het EG-recht, moeten ook toegang tot de rechter hebben. Een richtlijn kan bijvoorbeeld een ruimere personele werking hebben dan overeenkomt met het begrip belanghebbende uit de Awb.[134] Verder kan iemand die zelf niet onder de personele werkingssfeer van een richtlijn valt, toch een rechtstreeks belang hebben bij een juiste toepassing daarvan, met name als het gaat om gelijke behandeling.[135] Ten derde kan een concurrent door zijn recht op een eerlijke mededinging belanghebbende zijn bij besluiten waarin geen of een onjuiste toepassing wordt gegeven aan het gemeenschapsrecht.[136]

Door het uitgangspunt van de procedurele autonomie van de Lid-Staten zou het op zichzelf niettemin toelaatbaar zijn om ook in deze gevallen strikt vast te houden aan het nationale belanghebbendebegrip. Maar dan zouden betrokkenen toegang moeten hebben tot de burgerlijke rechter om daar hun rechten te effectueren. Dit zou onder omstandigheden kunnen meebrengen dat de burgerlijke rechter zich zou moeten uitspreken over de rechtmatigheid van besluiten met formele rechtskracht.[137] Dat is uit een oogpunt van systematiek minder gewenst. Het verdient de voorkeur dat de bestuursrechter zelf het belanghebbendebegrip gemeenschapsrechtconform interpreteert.

Voor belangenorganisaties die hun collectieve of ideële belangen willen behartigen via de rechter, biedt het gemeenschapsrecht weinig uitkomst. Tot nu toe biedt het Hof dergelijke belangenorganisaties geen ruimte om op te komen tegen besluiten van de EG-instellingen zelf. Steeds is de eis gesteld van een rechtstreeks en individueel belang.[138] Het Gerecht van Eerste Aanleg heeft geprobeerd belangenorganisaties toegang tot de Europese rechter te bieden, maar werd door het Hof in een andere

---

133. EHRM 28 juni 1990, Obermeier, Series A, vol. 179.
134. Vgl. HvJEG 30 mei 1998 (C-59/89) 361/88, TA Luft, Jur. 1991, I-2607, waarin werd aangegeven dat de personele werkingssfeer van de betrokken milieurichtlijn een zeer ruime was.
135. HvJEG 11 juli 1991, C-87/90 – C-89/90, Verholen e.a., Jur. 1991, I-3757.
136. Zie Vz. CBB 4 januari 1991, AB 1991, 185, Texaco.
137. Nog afgezien van de mogelijkheid dat het bestuursorgaan zelf op grond van het gemeenschapsrecht verplicht is om terug te komen op een besluit dat strijdt met het gemeenschapsrecht. Zie de zaak Kühne, waarin het CBB daarover een prejudiciële vraag aan het HvJEG heeft gesteld (CBB 1 november 2000, AB 2001, 232 m.nt. JHvdV). Inmiddels heeft de AG Léger in deze zaak een conclusie genomen, waarin hij het standpunt inneemt dat een bestuursorgaan een verzoek om correcte toepassing van het gemeenschapsrecht niet mag afwijzen louter op basis van het argument van de formele rechtskracht (Conclusie 17 juni 2003, C-453/00). Daarover E. Steyger, Formele rechtskracht geen rustig bezit meer, NTB 2003/7, p. 231.
138. Recent HvJEG 25 juli 2002, C-50/00 P, UPA, AB 2002, 371, m.nt. F.A. de Lange.

zaak gepasseerd.[139] Er is nog geen jurisprudentie over de vraag of het nationale procesrecht belangenorganisaties toegang tot de rechter zou moeten bieden, maar er is reden om aan te nemen dat het Hof die stap niet snel zal zetten. Tot nu toe wordt aangenomen dat er slechts een effectief rechtsmiddel moet zijn voor hen die persoonlijk aan het gemeenschapsrecht rechten kunnen ontlenen. Daarbij hanteert het Hof ook een soort Schutznormvereiste om vast te stellen wie tot een procedure moet worden toegelaten.[140]

Een en ander laat vanzelfsprekend onverlet dat andere internationale verdragen of secundair gemeenschapsrecht voor bepaalde categorieën geschillen een recht op toegang tot de rechter voor belangenorganisaties kunnen scheppen. Voor – kort gezegd – milieugeschillen, bijvoorbeeld, schept het Verdrag van Aarhus zo'n recht.[141]

3.1.6.2 Beroepstermijnen

Als gezegd verzet artikel 6 EVRM zich niet tegen beroepstermijnen, mits deze een legitiem doel dienen en niet verder gaan dan noodzakelijk. Deze termijnen mogen echter niet zodanig zijn dat zij een effectief gebruik van het rechtsmiddel beroep (nagenoeg) onmogelijk maken.

Ook de jurisprudentie van het HvJEG laat toe dat de toegang tot de rechter wordt gereguleerd door beroepstermijnen en verjaringstermijnen voor aanspraken, mits deze redelijk zijn. Het Hof van Justitie maakt evenwel een uitzondering als een aanspraak voortvloeit uit een richtlijn en deze richtlijn niet tijdig of niet juist in nationale regelgeving is omgezet (Emmott-jurisprudentie). In dat geval mag een beroeps- of verjaringstermijn niet worden tegengeworpen aan een belanghebbende die als gevolg van de te late of onjuiste implementatie zijn rechten niet kon kennen toen deze termijn liep,[142] dan wel anderszins door toedoen van de wederpartij of de lidstaat geen gebruik heeft gemaakt van een mogelijkheid tot beroep.[143]

3.1.7 Verplichte procesvertegenwoordiging en rechtsbijstand

Artikel 6 EVRM neemt als uitgangpunt dat burgers bij de rechter zelf hun belangen mogen verdedigen. Niettemin accepteerde het EHRM in het arrest-Gillow een regel, inhoudende dat een civiele zaak slechts door een advocaat aanhangig kon worden gemaakt.[144] In een later arrest aanvaardde het EHRM zelfs een stelsel van verplichte procesvertegenwoordiging in strafzaken.[145]

Dit lijkt op het eerste gezicht tegenstrijdig, maar wordt begrijpelijk als men beseft dat het EHRM steeds toetst of de toegang tot de rechter in concreto is gewaarborgd. Als rechtsbijstand verplicht of in de praktijk noodzakelijk is, moet de burger zo nodig

---

139. GvEA 3 mei 2002, T-177/01, Jégo-Quéré, AB 2002, 235.
140. Zie recent HvJEG 17 september 2002, C-253/00, Muñoz, AB 2003, 399 m.nt. AdMvV.
141. Verdrag betreffende toegang tot informatie, inspraak bij besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden Trb. 2001, nr. 73.
142. HvJEG 25 juli 1991, C-208/90 (Emmott), NJ 1994/186 en HvJEG 1 december 1998, C-326/96, Levez, Jur. I-7835, NJ 1999/524.
143. HvJEG 1 december 1998, C-321/96, Edis, Jur. 1998, I-4951.
144. EHRM 24 november 1986, Gillow, Series A, vol. 109.
145. EHRM 25 september 1992, Croissant, Serie A, vol. 237-B, NJ 1993, 526.

een beroep kunnen doen op kosteloze, althans voor hem betaalbare rechtsbijstand. In geval van een strafvervolging (in ruime zin, dus ook bij een bestuurlijke boete of andere bestraffende bestuurlijke sanctie) geeft artikel 6 EVRM expliciet een recht op rechtsbijstand, 'indien de belangen van een behoorlijke rechtspleging dit eisen' (in dezelfde zin artikel 14, derde lid, IVBPR). Maar ook in civiele zaken geldt een recht op zo nodig kosteloze rechtsbijstand, indien de mogelijkheid om zonder advocaat een procedure te volgen slechts in theorie bestaat.[146]

Artikel 18 Grondwet geeft een ieder het recht zich te laten bijstaan in alle rechtsgedingen, maar garandeert niet zonder meer een recht op kosteloze rechtsbijstand. Wel geeft het artikel de wetgever opdracht een regeling te treffen voor kosteloze of gesubsidieerde rechtsbijstand voor minder draagkrachtigen. In de praktijk zijn de mogelijkheden om beroep te doen op deze Wet op rechtsbijstand vrij beperkt. Wie over enig eigen inkomen of vermogen beschikt, moet al snel een flinke eigen bijdrage betalen. Voorts wordt voor geschillen die in het kader van een beroep of bedrijf ontstaan, in het geheel geen gesubsidieerde rechtsbijstand verleend.

In aanvulling op de gesubsidieerde rechtsbijstand bestaat sedert 1994 ook voor de bestuursrechter de mogelijkheid om een partij in de proceskosten te veroordelen (art. 8:75 Awb). Dit geschiedt echter tegen een forfaitair tarief, dat beduidend lager kan liggen dan de werkelijke kosten. De mogelijkheden om de kosten van een voorprocedure bij een bestuursorgaan vergoed te krijgen zijn nog iets beperkter.[147] Toch lijkt dit niet in strijd met het EVRM of het EG-recht, zolang geen afbreuk wordt gedaan aan het recht op effectieve rechtsbescherming.

Dit is wel het geval als belanghebbenden van een procedure gaan afzien wegens het risico van hoge kosten die uiteindelijk niet worden vergoed. Dit laatste zou zich kunnen voordoen als de – door de Commissie betreurde – juridisering van de bezwaarschriftprocedure zover voortschrijdt dat professionele rechtsbijstand een praktische noodzaak wordt. Het antwoord op dit probleem zou echter niet in de eerste plaats moeten worden gezocht in het verruimen van de vergoedingsregeling, maar in het terugdringen van die juridisering.

Bij de toetsing of kosteloze rechtsbijstand had moeten worden verstrekt, maakt het EHRM onderscheid tussen zaken in eerste aanleg en zaken in hoger beroep of cassatie. Tot dusver heeft deze toetsing vooral plaatsgevonden voor zaken waarin sprake was van een 'criminal charge'. In eerste aanleg zijn van belang de ernst van het delict waarvan betrokkene wordt beschuldigd, en de zwaarte van de straf die hij riskeert. Als dit een vrijheidsstraf is, is gratis rechtsbijstand altijd verplicht.[148] In hoger beroep of cassatie leek het EHRM gratis rechtsbijstand aanvankelijk niet nodig te vinden voor zaken die kennelijk geen kans van slagen hebben of waarin geen ingewikkelde rechtsvraag aan de orde is. Voor zaken waarin een vrijheidsstraf aan de orde is, lijkt dit standpunt inmiddels verlaten te zijn.[149]

---

146. EHRM 9 oktober 1979, Airey v. Ireland, Series A, vol. 32, NJ 1980/376.
147. Zie de artikelen 7:15 en 7:28 Awb.
148. EHRM 10 juni 1996, Benham, Rep. 1996-III.
149. A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek, J. van der Velde, EVRM, Rechtspraak & Commentaar, par. 3.6.11, p. 10.

3.1.8 Omvang van de toetsing

Artikel 6 EVRM eist dat de rechter beschikt over *full jurisdiction*. Dit wil zeggen dat de rechter zowel over de feiten als over rechtsvragen moet kunnen oordelen. Deze toetsingsbevoegdheid mag niet te beperkt zijn. De rechter moet niet alleen aan de wet, maar ook aan algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur kunnen toetsen.[150]

Nog niet duidelijk is hoe indringend de rechter de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid door het bestuur moet kunnen toetsen. In één geval vond het EHRM toetsing aan procedurele eisen en op overschrijding van de discretionaire bevoegdheid te beperkt.[151] In geval van vrijheidsbeneming werd ook de Engelse toetsing aan het zogenoemde 'ultra vires'- (letterlijk: voorbij de bevoegdheden) criterium te licht bevonden, omdat deze naar Engels recht inhield dat niet alle feiten bij de rechter ter discussie konden worden gesteld.[152] Derhalve is duidelijk dat de rechter in ieder geval feiten die essentieel zijn voor de beslechting van het geschil, moet kunnen onderzoeken. Hij moet in staat zijn de 'merits of the matter' te onderzoeken.[153]

Het is niet uitgesloten dat de beperkingen om kennis te nemen van feiten en argumenten die de Nederlandse bestuursrechter zichzelf in de zogenoemde trechterjurisprudentie heeft opgelegd, in het licht van dit vereiste van *full jurisdiction* te ver gaan. Het EHRM staat toe dat het rechterlijke feitenonderzoek wordt beperkt, maar dan moet aan twee voorwaarden zijn voldaan, namelijk:

a. het gespecialiseerde karakter van de feitenvaststelling moet een bijzondere rechtvaardiging voor de beperking bieden, én
b. de vaststelling van de feiten door het bestuur dient met de nodige quasi-rechterlijke waarborgen te zijn omkleed.[154]

Met name de wijze waarop de ABRvS de regel toepast, dat de belanghebbende in beroep bij de rechter geen zaken mag aanvoeren die hij niet reeds in de bezwaarfase heeft aangevoerd, zou met de hier besproken norm in strijd kunnen komen. Er is dan immers geen enkele rechter die de zaak volledig kan onderzoeken.[155] In milieuzaken wordt dit wellicht nog gerechtvaardigd door het gespecialiseerde karakter van de feitenvaststelling, maar de Afdeling komt in de gevarenzone als zij dezelfde regel ook toepast in een relatief eenvoudige huursubsidiezaak.[156] Zie hierover nader paragraaf 4.4.

Uit het EG-recht volgt dat de toetsingsbevoegdheid van de rechter evenmin mag worden beperkt door bewijsregels die het de rechter in feite onmogelijk maken op bepaalde feiten een beroep te doen. Daarnaast speelt in het EG-recht het vraagstuk van de ambtshalve toetsing. Als een rechter naar nationaal recht de bevoegdheid tot

150. EHRM 27 november 1991 (Oerlemans vs Netherlands), Series A, vol 219.
151. EHRM 28 juni 1990 (Obermeier vs Austria), Series A, vol. 179.
152. EHRM 2 maart 1987 (Weeks vs UK), Series A, vol. 114.
153. Zie EHRM 17 december 1996, Terra woningen, RJ&D 1996, p. 2105, NJCM-bull. 1997, p. 617.
154. Zie EHRM 18 maart 1997, Mantovanelli, Rep. 1997-II, p. 425.
155. Zo ook A.M.L. Jansen, Anderhalve feitelijke instantie?, in: R.H. Happé e.a. (red.), Hoger beroep in de steigers, Den Haag 2003, p. 33.
156. ABRvS 20 februari 2001, AB 2002, 29 m.nt. NV.

ambtshalve toetsing heeft, is hij verplicht deze te gebruiken om te toetsen aan dwingende regels van EG-recht, ook al is daarop geen beroep gedaan. Welke regels van dwingend recht zijn, is nog niet duidelijk. Het Hof van Justitie heeft tot dusver slechts het kartelverbod van artikel 81 EG met zoveel woorden van openbare orde verklaard.[157] Daarnaast valt echter ook te denken aan rechtstreeks werkende bepalingen van richtlijnen en aan bepalingen van de naar hun aard direct toepasselijke EG-verordeningen.

Als het de rechter naar nationaal recht verboden is ambtshalve te toetsen, brengt het uitgangspunt van de nationale procedurele autonomie mee dat het Europese recht dit verbod in beginsel respecteert. Maar zo'n verbod moet wel een rechtvaardiging vinden in beginselen die aan het nationale stelsel van rechtspraak ten grondslag liggen, zoals de rechten van de verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel of het vereiste van een goed en vlot verloop van de procedure. Is zo'n rechtvaardiging er niet, dan eist het Europese effectiviteitsbeginsel dat het EG-recht zo nodig ook ambtshalve wordt toegepast.

In de zaak Van Schijndel heeft het Hof toegestaan dat in de civielrechtelijke cassatieprocedure het communautaire recht niet ambtshalve wordt toegepast, omdat voor deze beperking voldoende rechtvaardiging bestaat.[158] Anders lag het met de Belgische belastingrechtspraak, omdat daar de beperkingen met betrekking tot ambtshalve toetsing ook nog eens werden gecombineerd met zeer beperkte mogelijkheden van partijen om na de bezwarenprocedure nog met nieuwe gronden te komen. Deze konden slechts worden opgenomen in het beroepschrift of in een aanvullend stuk dat was ingediend binnen zestig dagen nadat het bestuursorgaan zijn beslissing op bezwaar bij de bevoegde rechter had gedeponeerd. Daardoor waren de mogelijkheden om vragen over de verenigbaarheid van een beslissing met het EG-recht door een rechter te laten beoordelen in de praktijk te beperkt.[159]

Gelet hierop zou de Afdeling bestuursrechtspraak er goed aan doen om haar jurisprudentie over de argumentatieve trechter met de nodige voorzichtigheid toe te passen. Als appellanten na de bestuurlijke fase met nieuwe gronden komen die aan het EG-recht zijn ontleend, kunnen deze gronden niet zomaar buiten beschouwing worden gelaten.[160] Volgens de wet heeft de bestuursrechter immers ruime bevoegdheden om deze gronden mee te nemen.[161]

3.1.9 Redelijke termijn

Artikel 6, eerste lid, EVRM eist dat de rechter binnen een redelijke termijn uitspraak doet over een geschil over burgerlijke rechten of verplichtingen of over de gegrondheid van een strafvervolging. Dit geldt dus ook voor geschillen over de rechtmatigheid

157. HvJEG 1 juni 1999, C-126/97, Eco Swiss v. Benetton, Jur. 1999, I-3055.
158. HvJEG 14 december 1995, C-430/93 en C-431/93, Van Schijndel en Van Veen, Jur. I-4705.
159. HvJEG 14 december 1995, C-312/93, Peterbroeck, Jur. 1995 I-4599; deze zaak is gevoegd behandeld met de zaken Van Schijndel en Van Veen.
160. Een voorbeeld waarin dat ten onrechte wel gebeurde met een beroep op de argumentatieve trechter, is ABRvS 20 maart 2002, AB 2002, 122 m.nt. JV (IPPC-richtlijn). Zo ook ABRvS 15 januari 2003, AB 2003, 128 m.nt. JV onder nr. 129, maar in ABRvS 19 februari 2003, AB 2003, 129 m.nt. JV lijkt de Afdeling weer om.
161. Zie J.H. Jans e.a., Inleiding Europees bestuursrecht, Nijmegen 2002, p. 298-299.

van besluiten van bestuursorganen waarbij burgerlijke rechten of verplichtingen worden vastgesteld of een bestraffende sanctie is opgelegd.

Bij de beoordeling of de termijn waarbinnen de rechter uitspraak heeft gedaan nog redelijk is, telt ook de duur van een voorprocedure mee, indien deze voorprocedure een noodzakelijke voorwaarde is om toegang tot de rechter te krijgen. Voor het Nederlandse bestuursrecht betekent dit dat de duur van de bezwaarschriftprocedure of van een eventueel administratief beroep, maar ook de duur van een eventuele openbare voorbereidingsprocedure als bedoeld in de afdelingen 3.4 en 3.5 Awb meetellen bij het bepalen van de termijn.[162]

Het EHRM hanteert geen eenduidig criterium voor de maximale acceptabele duur van een procedure of van een reeks opeenvolgende procedures. De rechtspraak is nogal casuïstisch, maar niettemin zijn bepaalde criteria herkenbaar. Hoe zwaarder het belang van eiser weegt, des te korter moet de procedure zijn. Dit geldt in ieder geval voor zaken rond gezondheid, leven en dood.[163] Voor het bestuursrecht is van belang dat samenhangende procedures voor de bestuursrechter en vervolgens voor de civiele rechter bij elkaar worden opgeteld, in het bijzonder wanneer het gaat om schadevergoeding.[164]

Staten hebben de plicht vertragingen en achterstanden bij de behandeling van zaken op een effectieve manier ongedaan te maken. Zij kunnen zich niet beroepen op overbelasting van het bestuurlijke of rechterlijke apparaat, tenzij de overbelasting tijdelijk is en daartegen effectieve maatregelen worden ingezet.[165]

Het EG-recht stelt geen expliciete eisen aan de duur van een procedure. Niettemin moet worden aangenomen dat de eis van een effectieve rechtsbescherming wel grenzen stelt.

3.1.10 Spoedprocedures

Het Hof van Justitie eist dat het nationale procesrecht de mogelijkheid biedt om een voorlopige voorziening te krijgen in geval van twijfel aan de verenigbaarheid van een nationaal besluit of een nationale regeling met het gemeenschapsrecht.[166] Voorts moet er een procedure zijn om uitvoeringsbesluiten te schorsen of een andere voorlopige voorziening, te treffen als er twijfel is over de geldigheid van het gemeenschapsrecht zelf. In dit laatste geval moet de rechter in de uitspraak die strekt tot het treffen van een voorlopige voorziening, een (voorlopig) antwoord geven op de geldigheidsvraag. Vervolgens moet hij als regel een prejudiciële vraag stellen, want doorgaans zal de vraag naar de geldigheid van de gemeenschapshandeling nog niet eerder bij het Hof van Justitie aan de orde zijn geweest.

Hoe dit onderdeel van de procedure wordt ingericht, is weer een kwestie van nationaal procesrecht. Nederlandse bestuursrechters kiezen voor het stellen van een prejuciële vraag doorgaans voor een tussenuitspraak, hoewel de Awb deze figuur niet

---

162. Zie A.M.L. Jansen, De redelijke termijn, met name in het bestuursrecht, diss. KUB 2000, Den Haag 2000, p. 33 en 117-118; uiteraard voorzover de aard van het geschil wordt gedekt door artikel 6 EVRM.
163. Zie Jansen, a.w., p. 170-172.
164. EHRM 10 februari 1995, Allenet de Ribemont v. France, Series A, vol. 308, NJ 1997/523.
165. Jansen, ibid.
166. C-213/89, Factortame I, Jur. 1990, I-2433.

kent.[167] Soms kiest de rechter echter voor het schorsen van de behandeling van de zaak totdat het Hof van Justitie een uitspraak heeft gedaan over de gestelde vragen. De Awb geeft evenmin de bevoegdheid om aan de voorlopige voorziening de voorwaarde te stellen dat door de appellant een financiële zekerheid wordt gesteld. Het Hof van Justitie stelt deze eis wel voor gevallen waarin de financiële belangen van de EG kunnen worden benadeeld, als achteraf blijkt dat de gewraakte EG-regels toch geldig zijn.[168] Derhalve moet ook de nationale rechter zo nodig een dergelijke voorwaarde aan zijn uitspraak verbinden.

Het EHRM is van oordeel dat als in een spoedprocedure een 'full examination' van de feiten en de rechtsvragen mogelijk is, deze procedure op zichzelf voldoet aan artikel 6 EVRM.[169]

3.1.11 Motivering

De Grondwet eist in artikel 121 dat vonnissen worden gemotiveerd. Het gaat hierbij om uitspraken van gerechten behorende tot de rechterlijke macht. In gewone wetgeving is dezelfde eis gesteld voor de niet tot de rechterlijke macht behorende gerechten.[170]

Het EHRM stelt enkele eisen aan de motivering van rechterlijke uitspraken. Voor het bestuursrecht is van belang dat de rechter een duidelijke motivering moet geven als hij een beslissing neemt met toepassing van vage normen of begrippen. In dat geval moet de rechter aangeven op grond van welke feiten hij tot het oordeel komt dat de vage norm kan of moet worden toegepast.[171] Voorts mag de rechter aan vorderingen, verzoeken of gronden die voor de zaak van belang zijn, niet stilzwijgend voorbijgaan.[172]

De summiere motivering die sommige bestuursrechters aan hun uitspraken geven, voldoet niet altijd aan deze eisen. Dit luistert extra nauw in geval van rechtspraak in één instantie. Volgens Jansen moeten in dat geval extra eisen aan de motivering worden gesteld. In ieder geval moet de motivering helder zijn en inzicht geven in de punten die voor het geschil van bijzonder belang zijn.[173]

3.1.12 Aantal instanties

Artikel 6 EVRM eist niet dat tegen een rechterlijke uitspraak hoger beroep openstaat.[174] Ook het EG-recht stelt op dit punt geen eisen. Artikel 2 van het Zevende Protocol bij het EVRM geeft wel een recht op hoger beroep indien de uitspraak betrekking heeft op een 'criminal charge'. Dit recht kan worden beperkt als het gaat om een overtreding waarop slechts een lichte straf staat, en als de zaak in eerste aanleg

167. ABRvS 7 december 1998, JB 1999, 14.
168. HvJEG 21 februari 1991, C-143/88 en C-92/89, Zückerfabrik Suderdithmarschen en Soest, Jur. 1991, I-534.
169. EHRM 27 november 1991, Oerlemans, Series A, vol. 219, NJ 1992/666.
170. Koekkoek, a.w., p. 551-552.
171. EHRM 29 mei 1997, Georgiadis v. Greece, Rep. 1997-III.
172. EHRM 22 april 1992, Vidal v. Belgium, Series A, vol. 235-B.
173. A.M.L. Jansen, Anderhalve feitelijke instantie, in: R.H. Happé e.a. (red.) Hoger beroep in de steigers, Den Haag 2003.
174. EHRM 4 mei 1999, 38088/97, JV 1999/179.

wordt beoordeeld door de hoogste instantie. Dit Zevende Protocol is (nog) niet door Nederland geratificeerd. Nederland is echter wel gebonden aan de vergelijkbare norm van artikel 14, vijfde lid, van het IVBPR. Laatstgenoemd artikel geeft een recht op hogere voorziening aan een ieder die voor een strafbaar feit is veroordeeld of aan wie een bestuurlijke punitieve sanctie is opgelegd.

Dit betekent dat in bestuursrechtelijke zaken hoger beroep moet openstaan als een punitieve sanctie is opgelegd. In andere gevallen is berechting in één instantie voldoende. Uit de jurisprudentie van het EHRM kan men echter afleiden dat bij rechtspraak in één instantie extra zorgvuldigheid is geboden. Een goed ingerichte bestuurlijke voorfase kan aan deze zorgvuldigheid bijdragen.[175] Voorts toetst het EHRM bij rechtspraak in één instantie extra streng aan de eisen van onafhankelijke en onpartijdige rechtspraak, 'full jurisdiction' en een toereikende motivering van uitspraken.[176] In een stelsel van rechtspraak in één instantie kunnen fouten op deze punten immers niet meer door een andere nationale rechter worden gecorrigeerd. Alle reden om onze hoogste bestuursrechters extra kritisch te volgen als zij in eerste en enige aanleg rechtspreken, zoals nog vaak voorkomt.

Voor Nederland is dit in het bijzonder van belang voor de belastingrechtspraak. Thans staat in belastingzaken beroep open bij het gerechtshof, gevolgd door beroep in cassatie bij de Hoge Raad. Er zijn dus wel twee instanties, maar de tweede instantie, de Hoge Raad, kan niet over de feiten oordelen. Voor zaken waarin een fiscale boete is opgelegd, is dit niet voldoende. Inmiddels is duidelijk dat artikel 14, vijfde lid, IVBPR voor in ieder geval de zwaardere fiscale boeten[177] een tweede instantie eist, die beschikt over 'full jurisdiction'.[178] Zoals hiervoor uiteengezet, betekent dit dat deze tweede instantie ook over de feiten moet kunnen oordelen.

Voor de belastingrechtspraak levert dit een dilemma op. Voor de reguliere belastingheffing is één feitelijke instantie voldoende, maar voor de fiscale boete zijn twee feitelijke instanties nodig. In de praktijk is de boeteoplegging in fiscale zaken echter zodanig verweven met de reguliere belastingheffing, dat het vrijwel ondoenlijk is beide in verschillende procedures te behandelen. Reeds daarom is er veel voor te zeggen om ook in het belastingrecht een vorm van hoger beroep in te voeren. Daaraan bestaat ook in de praktijk behoefte. Een groot aantal cassatieberoepen klaagt in wezen over de feitenvaststelling.[179] Daardoor voelt de Hoge Raad zich soms genoodzaakt om zich langs de weg van de toetsing van de motivering van de feitelijke oordelen van het gerechtshof uit te spreken over de feiten, hoe terughoudend ook. Een en ander is voor de Commissie reden om ook voor de belastingrechtspraak te kiezen voor een vorm van hoger beroep. Het is dan ook verheugend dat daartoe, na veel vertraging, inmiddels een wetsvoorstel is ingediend.[180]

---

175. Vgl. EHRM 22 november 1995, Bryan, Series A, vol. 335-A.
176. Zie A.M.L. Jansen, Anderhalve feitelijke instantie, in: R.H. Happé e.a. (red.), Hoger beroep in de steigers, Den Haag 2003 en de daar aangehaalde literatuur.
177. Indien door opzet of grove schuld van de belastingplichtige te weinig belasting is geheven, bedraagt de maximale boete 100% van de verschuldigde belasting. Daardoor komen in de praktijk boeten van vele miljoenen euro's voor.
178. Human Rights Committee (HRC) 20 juli 2000, no. 701/1997 (Gomez Vasquez) FED 2000/683 en HRC 6 april 1998, no. 626/1995, www.unhchr.ch (Domukovsky).
179. Zie P.J. van Amersfoort, in: R.H. Happé e.a. (red.), Hoger beroep in de steigers, Den Haag 2003.
180. Wetsvoorstel belastingrechtspraak in twee feitelijke instanties, Kamerstukken II 2003/04, 29 251, nr. 1-3.

3.2 Maatschappelijk draagvlak voor bestuursrechtspraak

3.2.1 Inleiding

Welke eisen stelt de maatschappij aan de bestuursrechtspraak? De beantwoording van deze vraag lijkt eenvoudig. Er is een algemeen aanvaard beeld van wat goede rechtspraak is. Goede rechtspraak is rechtspraak die draagvlak heeft in de maatschappij. Schueler omschrijft dit draagvlak in zijn oratie als 'een traditie in vertrouwen'.[181] Het (voort)bestaan van dit vertrouwen hangt in zijn opvatting vooral af van de procedurele rechtvaardigheid van de rechtspraak. Een belangrijk aspect daarvan is nog steeds het ruimhartig toepassen van een eeuwenoud beginsel van zorgvuldigheid: hoor en wederhoor. Uit onderzoek blijkt inderdaad dat rechtsgenoten het als een belangrijk kenmerk van kwaliteit van rechtspraak zien dat de rechter de betrokkenen de ruimte laat om hun verhaal te doen.[182] Daarnaast vinden zij het belangrijk dat de rechter deskundig en goed voorbereid is. Maar er zijn meer aspecten die de rechtspraak draagvlak geven.

Idealiter kenmerkt goede rechtspraak zich volgens de Commissie door volstrekte, zichtbare onafhankelijkheid, juridische kwaliteit, snelheid, consistentie, probleemoplossend vermogen en overtuigingskracht. Daarnaast worden tegenwoordig ook aan de rechterlijke organisatie eisen als servicegerichtheid en transparantie gesteld.

Ten slotte wordt traditiegetrouw van de bestuursrechtspraak, ook in eerste aanleg, het uitzetten en volgen van duidelijke, consistente lijnen verwacht. Dat is noodzakelijk opdat bestuursorganen, vooral de zogeheten beschikkingenfabrieken, die (soms zeer) grote aantallen gelijksoortige besluiten moeten nemen, zich daar snel naar kunnen richten. Deze consistentie wordt meer en meer ook van andere takken van rechtspraak verlangd – hetgeen zich bijvoorbeeld uit in richtlijnen voor straftoemeting, de Trema-alimentatienormen, de kantonrechtersformule voor ontslagvergoedingen – maar weegt om genoemde reden in de bestuursrechtspraak extra zwaar.

Al deze gezichtspunten tezamen bepalen hoe de bestuursrechtspraak eruit moet zien. Twee van deze gezichtspunten, waarop de bestuursrechtspraak historisch gezien niet altijd even hoog heeft gescoord, zijn in het maatschappelijk debat over de bestuursrechtspraak de laatste jaren scherper in beeld gebracht. Deze twee gezichtspunten zijn de snelheid en het probleemoplossend vermogen. Daarom gaat de Commissie op deze twee aspecten hierna nader in.

3.2.2 Snelheid

Veel dingen gaan alsmaar sneller. Maatschappelijke ontwikkelingen voltrekken zich in sneltreinvaart, hypes volgen elkaar op en op de elektronische snelweg verloopt de communicatie vliegensvlug. De rechtspraak behoeft bij deze algehele maatschappelijke versnelling niet voorop te lopen. Dit is, omdat zij ook een reflexieve functie heeft,

181. B.J. Schueler, Het zand in de machine, Over de noodzaak tot beperking van de rechtsbescherming, oratie UvA 2003, Deventer 2003, p. 11.
182. Zie het rapport Open voor publiek, Amersfoort 2002, p. 3. De Raad voor de Rechtspraak verwijst in zijn Jaarverslag 2002 naar dit onderzoek (p. 19-20).

zelfs niet wenselijk. Maar zij kan ook niet geheel bij deze ontwikkeling achterblijven, omdat zij dan buiten de maatschappij zou komen te staan.

Het rapport 'Rechtspraak en rechtshandhaving'[183] beschrijft hoe in het civiele recht en het bestuursrecht hoge kosten vooral worden veroorzaakt door uitstel van activiteiten:

'Behoefte aan snelheid en toegankelijkheid speelt ook in het bestuursrecht. Bij kwesties in het kader van de ruimtelijke ordening en vergunningverlening streven in elk geval de partijen die voornemens, besluiten of plannen ten uitvoer willen brengen, naar snelheid. Individuele belanghebbenden kunnen wellicht gebaat zijn bij vertraging, het maatschappelijk belang is gediend met snelle beslechting van geschillen.'[184]

Dat de procespartijen zelf vaak bijdragen aan de vertraging, neemt niet weg dat een minder lijdelijke opstelling van de rechter daarvoor een remedie zou kunnen zijn.[185]

De rechtspraak reageert op de roep om meer snelheid met inspanningen om de doorlooptijden te verkorten. Deze inspanningen hebben ook succes.[186] Niettemin is er nog veel winst te boeken. De procesvoering in bestuursrechtelijke zaken is in de afgelopen jaren meer zittingsgericht geworden. Na de eerste stukkenwisseling worden zaken steeds vaker meteen ter zitting aangebracht.

In feite betekent dit dat in de doorsneebodemzaak niet meer proceshandelingen worden verricht dan in de meeste voorlopigevoorzieningszaken. Waar nu een gemiddelde doorlooptijd van een jaar of negen maanden al als een goede prestatie wordt gezien, zou bij het doorzetten van deze ontwikkeling een gemiddelde doorlooptijd van vier tot zes maanden haalbaar moeten zijn, indien tenminste binnen de door artikel 8:66 Awb voorgeschreven termijn van zes weken uitspraak wordt gedaan. Voor rechtsgenoten is het soms moeilijk te begrijpen dat een zaak wel snel ter zitting kan komen, maar dat men vervolgens enkele maanden moet wachten op de uitspraak. Men kan – terecht – moeilijk accepteren dat de rechtbank eerst druk uitoefent om snel met stukken te komen, om vervolgens zelf ruim de tijd te nemen.[187]

Als de behandeling van bodemzaken aan een korte termijn zou worden gebonden, zouden ook andere klachten over de 'stroperige' kanten van de bestuursrechtspraak (zoals te formele toetsing, juridiserende werking, verstarrende werking van de ex tunc-toetsing) minder ernstig worden.[188]

---

183. Rechtspraak en rechtshandhaving, maatschappelijke effecten van verbetering, Rapport van de Werkgroep Effecten Rechtspraak van het Ministerie van Justitie, mei 1998.
184. T.a.p., p. 11. Zie ook Raad voor de Rechtspraak, Economisch belang van de rechtspraak, www.rechtspraak.nl/Raad_voor_de_rechtspraak/publicaties (stand 28 augustus 2003).
185. T.a.p., p. 7.
186. A.T. Marseille, De dagelijkse praktijk van het hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak, NJB 2003/21, p. 1062 e.v.
187. Zie het onderzoek Open voor publiek, p. 13.
188. Vergelijk B.J. van Ettekoven, VAR-reeks 126, p. 34 e.v. voor een tekstvoorstel voor een wetsartikel met een maximumbehandeltermijn.

3.2.3 Oplossingsgerichtheid

De belangrijkste maatschappelijke functie van rechtspraak, ook van bestuursrechtspraak, is het oplossen van conflicten, in dit geval tussen burger en overheid. Traditioneel blinkt de bestuursrechter niet uit in een oplossingsgerichte attitude. In het denkmodel van de bestuursrechter moet eerst een groot aantal formele vragen worden afgewerkt eer mogelijk tot de kern van de zaak kan worden doorgedrongen. Dit zijn vragen als is de bestreden beslissing een besluit, is de indiener van het beroepschrift belanghebbende, zijn de belanghebbenden gehoord, is het besluit zorgvuldig genomen en gemotiveerd?

In de gevallen waarin de bestuursrechter wel aan een inhoudelijk oordeel toekomt, concentreert hij zich, als gevolg van zijn plicht om ex tunc (naar toen) te toetsen, veelal op de vraag hoe het in het verleden niet had gemoeten. Slechts bij uitzondering komt hij toe aan de vraag hoe het dan in de toekomst wel moet (vaststelling van de rechtsbetrekking ex nunc). Met de in 1994 over de volle breedte van het bestuursrecht ingevoerde schikkingscomparitie wordt nog maar spaarzaam geëxperimenteerd.

Vanuit juridisch-dogmatisch en historisch oogpunt moge dit alles begrijpelijk zijn, het maatschappelijk perspectief vraagt van de bestuursrechter een meer op oplossing of materiële beslechting van geschillen gerichte attitude. In het eerder aangehaalde rapport 'Rechtspraak en rechtshandhaving' wordt bijvoorbeeld ingegaan op het verschijnsel van de formele toetsing:

'Zowel bij ruimtelijke ordening en vergunningverlening als bij de sociale zekerheid menen respondenten dat besluiten te vaak op formele gronden worden vernietigd, zelfs als alle betrokken partijen uitdrukkelijk om een inhoudelijk oordeel vragen. Ook wordt bij vernietiging op formele gronden veelal geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om via overwegingen ten overvloede toch een oordeel te geven over het materiële geschilpunt.'

In die gevallen waarin de burger dan wel het idee heeft gekregen dat de rechter goed naar hem heeft geluisterd en hij begrijpt waar het om gaat, is een uitspraak op formele gronden, die niets oplost, natuurlijk een domper.

Dat er een verband bestaat tussen snelheid en oplossingsgerichtheid blijkt uit de volgende passage:

'Daarnaast wordt opgemerkt dat terugverwijzing na vernietiging door rechters zelden wordt voorzien van een nieuwe beslistermijn. Hierdoor ontstaat onduidelijkheid en vertraging. De toelichting van uitspraken wordt overigens ook op dit terrein onvoldoende geacht.'

En een laatste citaat uit dit rapport:

'Ook de procedures in het bestuursrecht worden als te formeel en te weinig oplossing/schikkingsgericht gezien. Evenals in het civiele recht is sprake van een (te) lijdelijke opstelling van de rechter.'[189]
Uit het voorgaande blijkt tevens dat rechtsgenoten in bepaalde gevallen wel vrede zouden kunnen hebben met een uitspraak op formele gronden, als deze maar zodanig is onderbouwd dat het standpunt van de rechter helder wordt, en mits uit de uitspraak blijkt dat de rechter de problemen die er zijn, heeft onderkend.[190] Overigens blijkt uit onderzoek dat men over het algemeen niet ontevreden is met de motivering van de uitspraken van rechtbanken.[191] Uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak, daarentegen, worden in de literatuur regelmatig bekritiseerd wegens hun beknoptheid, die ertoe leidt dat sommige uitspraken minder snel worden geaccepteerd.

3.2.4 Slotsom

De conclusie is dat er, maatschappelijk gezien, behoefte bestaat aan een bestuursrechter die:
1. zich in de voorfase actief inzet voor een vlotte procesvoering;
2. ter zitting doorstoot naar de kern van het tussen partijen bestaande geschil en onderzoekt of daarin een minnelijke regeling te bereiken valt;
3. in zijn uitspraak het geschil zo enigszins mogelijk definitief beslecht; en
4. in geval een definitieve beslechting toch niet mogelijk blijkt, in heldere taal duidelijk maakt waarom dat niet kan en hoe het verder moet.

De onder 1 genoemde behoefte vraagt om korte, duidelijke termijnen voor alle partijen in de schriftelijke fase van het proces, om effectieve sancties bij overschrijding van deze termijnen, om een strikt uitstelbeleid en om een bestuursrechter die dit alles met zijn gezag en zijn bevoegdheden ondersteunt.

De onder 2 verwoorde wens vraagt om rechters die inhoudelijk deskundig genoeg zijn om boven de stof te staan, en die communicatief vaardig genoeg zijn om partijen mee te nemen naar de kern van de zaak.

De onder 3 genoemde eis vraagt om een eenvoudig procesrecht met weinig processuele drempels en voldoende rechterlijke bevoegdheden om geschillen definitief te beslechten.

Tot slot vraagt de onder 4 genoemde eis om goed gemotiveerde uitspraken, waarin bovendien duidelijk wordt aangegeven wat het vervolgtraject zou moeten zijn, ook in tijd gemeten.

189. T.a.p., p. 29.
190. Zie het onderzoek Open voor publiek, p. 22.
191. Zie het onderzoek Open voor publiek, p. 13. In dit onderzoek waren zes rechtbanken betrokken.

4 Aspecten van bestuursrechtspraak

4.1 Besluit of vordering; naar een 'duaal' stelsel?

4.1.1 Karakter van het bestuursprocesrecht

Ons bestuursprocesrecht is besluitenprocesrecht. Het is gericht op de toetsing van besluiten. Historisch gezien is dit begrijpelijk. Het is immers van oudsher een kerntaak van de bestuursrechter om op verzoek van een burger te controleren of het bestuur binnen de grenzen van zijn bevoegdheden is gebleven. Dit geldt niet alleen voor Nederland, maar ook voor veel andere Europese landen.

Het bestuur reguleert het maatschappelijk leven vooral door middel van besluiten. Een besluit is een publiekrechtelijke rechtshandeling van een bestuursorgaan (art. 1:3 Awb), waarin het bestuursorgaan de rechtspositie van één of meer andere rechtssubjecten (nader) vaststelt. Feitelijk heeft dit andere rechtssubject soms (grote) invloed op de inhoud van het besluit (zie par. 2.3.3), maar juridisch gezien stelt het bestuursorgaan zijn rechtspositie eenzijdig vast.

Een besluit behelst de toepassing en/of concretisering van rechtsregels of rechtsbeginselen, meestal[192] neergelegd in wettelijke voorschriften. Soms, vooral in het financiële bestuursrecht, heeft de wetgever de betrokken algemene en bijzondere belangen reeds (vrijwel) volledig afgewogen. In deze gevallen rest het bestuur slechts wetstoepassing: het stelt feiten vast, kwalificeert deze in het licht van de toepasselijke wettelijke voorschriften en past vervolgens deze voorschriften toe. De taak van het bestuur verschilt dan niet wezenlijk van de taak van de rechter. Slechts om praktische redenen (bijvoorbeeld: grote aantallen, kosten, laagdrempeligheid) is deze taak aan het bestuur en niet aan de rechter opgedragen.

In andere gevallen zijn de wettelijke regels onvolledig in die zin, dat de wetgever de afweging van de betrokken algemene en bijzondere belangen geheel of gedeeltelijk aan het bestuur heeft overgelaten.[193] In deze gevallen behelst het besluit een nadere normstelling op grond van een nadere belangenafweging. Dan is bij uitstek sprake van 'gelede normstelling'.[194] Vooral dan wordt duidelijk dat een besluit een rechts*vormend* karakter heeft. Het besluit behelst dan objectief recht, dat jegens een ieder ('erga omnes') werkt.

Het objectiefrechtelijke, rechtsvormende karakter van besluiten leidt tot de gedachte dat bevoegdheidscontrole de belangrijkste taak van de bestuursrechter is. De rechter

192. Maar niet altijd. Er zijn ook buitenwettelijke besluiten.
193. Vgl. R.M. van Male, Onvoltooid recht, oratie EUR 1993, Zwolle, 1993.
194. Zie reeds H.D. van Wijk in de eerste druk van zijn Hoofdstukken van administratief recht, Groningen, 1968.

mag de rechtsvormende taak van het bestuur niet overnemen, maar slechts het bestuur controleren. Verheij[195] heeft dit samengevat als: het bestuur beslist, de rechter toetst. Dit is een typerend verschil tussen het bestuursprocesrecht en het burgerlijk procesrecht. In het burgerlijk recht heeft de wetgever de rechter belast met het zo nodig vaststellen van in geschil zijnde rechtsbetrekkingen. In het bestuursrecht, daarentegen, heeft de wetgever bestuursorganen belast met het (eenzijdig) vaststellen van rechtsbetrekkingen tussen burger en overheid. De bestuursrechter toetst slechts of de bestuursrechter bij deze vaststelling binnen de grenzen van het recht is gebleven.

Deze notie van bevoegdheidscontrole op de vorming van objectief recht door het bestuur bepaalt in belangrijke mate de kenmerken van het thans bestaande bestuursprocesrecht:

– De actietermijnen (beroepstermijnen) zijn veel korter dan in het burgerlijk recht. Omdat besluiten 'erga omnes' werken, mag over hun geldigheid niet te lang onzekerheid bestaan.
– Het voorwerp van geschil is van rechtswege gegeven: een publiekrechtelijke rechtshandeling, waarvan de rechter de rechtmatigheid moet controleren. De eiser kan het object van het geschil niet naar eigen inzicht anders omschrijven. Een bestuursrechtelijk geding *moet* gaan over een reeds genomen besluit. Dat partijen hun rechtsstrijd wel kunnen beperken tot concrete geschilpunten (vgl. art. 6:5 jo. 8:69 Awb) maakt dit niet anders. Partijen kunnen hun geschil wel beperken tot aspecten van het bestreden besluit, maar niet uitbreiden buiten de grenzen van het bestreden besluit. Slechts in uitzonderlijke gevallen heeft de wetgever het object van geschil ruimer omschreven (zie bijvoorbeeld art. 8:1, tweede lid, Awb).
– De rechter moet de feiten vaststellen zoals die waren en het recht toepassen zoals dit luidde op het tijdstip waarvan het bestuur bij het nemen van het bestreden besluit moest uitgaan. Met latere veranderingen in de feiten of het recht mag hij geen rekening houden (ex tunc-toetsing).
– Voorzover en omdat de wetgever de rechtsvorming aan het bestuur heeft opgedragen, moet de rechter de door de wetgever aan het bestuur gelaten keuzevrijheid (beleids- en beoordelingsruimte) respecteren en dus terughoudend toetsen. Staatsrechtelijk gezien is dan immers het bestuur, niet de rechter, verantwoordelijk voor de gemaakte keuzen.
– Als het bestreden besluit in strijd met het recht is, moet het worden vernietigd (art. 8:72, eerste lid, Awb). Het in het besluit neergelegde objectieve recht moet uit de rechtsorde worden verwijderd, omdat het in strijd is met hoger recht. Vernietiging is in de praktijk de belangrijkste uitspraakbevoegdheid van de bestuursrechter. Zo nodig moet het bestuursorgaan na vernietiging een nieuw besluit nemen met inachtneming van de rechterlijke uitspraak. De vernietiging werkt 'erga omnes', niet slechts tussen partijen.
– De bestuursrechter heeft doorgaans niet tot taak de inhoud van een na vernietiging te nemen nieuw besluit bindend vast te stellen, want dan zou hij de rechtsvormende taak van het bestuur overnemen. Als het bestuur rechtens nog meer

195. N. Verheij, Tussen toen en nu, JBPlus 2003/1, p. 26-45.

dan één besluit kan nemen, moet de bestuursrechter opnieuw de keuzevrijheid van het bestuur respecteren.

4.1.2 Tekortkomingen van het besluitmodel

In de bestuursrechtelijke literatuur wordt regelmatig gediscussieerd over afschaffing of relativering van het besluitmodel. Daarom heeft de Commissie zich beraden over de voor- en nadelen van dit model. Om misverstand te vermijden: dit is een discussie over rechtsbescherming, niet over besluitvorming. Besluiten nemen zal altijd de kernactivititeit van bestuursorganen blijven. Het besluit als bestuursrechtelijke rechtshandeling vervult in het bestuursrecht per definitie een wezenlijke functie, die niet kan worden 'afgeschaft'.

Maar er bestaan in het bestuursrecht ook geschillen die niet over besluiten gaan. Het gaat dan ruwweg om wat in hoofdstuk 2 het 'omringende' bestuursrecht is genoemd. Soms brengt de jurisprudentie dergelijke geschillen met behulp van een 'strategisch besluitbegrip' toch onder de rechtsmacht van de bestuursrechter. Dan worden bestuurshandelingen als besluit aangemerkt, die dat eigenlijk niet zijn. De figuur van het zuiver schadebesluit[196] is een goed voorbeeld.

Hier treedt een belangrijke beperking van het Awb-procesrecht op de voorgrond. In het stelsel van de Awb kan de bestuursrechter geschillen slechts beslechten voorzover deze over besluiten gaan. Hij heeft immers slechts rechtsmacht als er een besluit is (art. 8:1, eerste lid, Awb). Maar ook het procesrechtelijk 'gereedschap' en met name de uitspraakbevoegdheden van de bestuursrechter zijn toegesneden op het toetsen van besluiten. Dit blijkt uit de prominente rol van de vernietiging. De inzet van een bestuursrechtelijke rechtsstrijd is voor alles de vernietiging van een besluit (art. 8:72, eerste lid, Awb). De andere uitspraakbevoegdheden van de rechter zijn daarvan afhankelijk. De rechtsbetrekking tussen partijen vaststellen door zelf in de zaak te voorzien (art. 8:72, vierde lid, Awb)[197] is slechts mogelijk als eerst een besluit is vernietigd. Evenzo kan de bestuursrechter de overheid in beginsel[198] slechts tot schadevergoeding (art. 8:73, eerste lid, Awb) veroordelen nadat het schadeveroorzakend besluit is vernietigd.

Het besluitmodel brengt ook mee dat de bestuursrechter bij zijn oordeel over de rechtmatigheid van het besluit niet kan differentiëren tussen belanghebbenden. Vernietiging betekent dat het besluit met terugwerkende kracht uit de rechtsorde wordt verwijderd. Derhalve werkt vernietiging naar haar aard jegens een ieder ('erga omnes'). De rechter kan wel bepalen dat de rechtsgevolgen van een vernietigd besluit in stand blijven (art. 8:72, derde lid, Awb), maar niet dat zij jegens bepaalde belanghebbenden wel in stand blijven en jegens andere niet. Hij kan de onrechtmatigheid van een besluit dus niet 'relativeren'.

Erkend zij dat er ook onder het huidige procesrecht gevallen zijn waarin de bestuursrechter de inhoud van een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking wél recht-

196. Zie i.h.b. ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229 m.nt. PvB (Van Vlodrop B.V.).
197. Hierover: J.E.M. Polak, K. van Lessen Kloeke, M.F. van der Mersch, 'Zelf in de zaak voorzien': tussenstand en vooruitblik, NTB 2002/1, p. 3 e.v.
198. Vgl. art. 8:73a Awb.

streeks kan bepalen. Indien rechtens nog maar één besluit mogelijk is, kan de bestuursrechter bepalen dat zijn uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde (gedeelte van het) besluit ('zelf in de zaak voorzien'; art. 8:72, vierde lid, Awb). Onder omstandigheden is dit een adequaat middel om bestuursrechtelijke geschillen effectief en efficiënt te beslechten. Dit geldt ook voor de in de praktijk vaker voorkomende variant, waarbij de rechter weliswaar strikt genomen niet zelf in de zaak voorziet, maar in zijn overwegingen de inhoud van het besluit dat het bestuur na vernietiging moet nemen, geheel dicteert. Bij besluiten met derdenwerking kunnen beide bevoegdheden echter in de regel slechts worden uitgeoefend, als de betrokken derden aan het geding hebben deelgenomen.

In het licht van de doelstelling van effectieve geschilbeslechting schiet het besluitenprocesrecht dus in twee opzichten tekort. In de eerste plaats zijn er bestuursrechtelijke geschillen die niet over besluiten gaan, omdat niet ieder bestuurshandelen dat de rechtspositie van burgers direct of indirect raakt, de vorm heeft van een besluit. In de tweede plaats heeft de bestuursrechter ook bij geschillen die wél over besluiten gaan, soms onvoldoende mogelijkheden om het geschil definitief te beslechten.

Tegen deze achtergrond is het niet vreemd dat het besluitbegrip zowel als criterium voor de afbakening van de rechtsmacht van de bestuursrechter als dragend concept voor de inrichting van het bestuursprocesrecht in toenemende mate ter discussie staat. Er tekent zich een draagvlak af om het besluitmodel in ieder geval op termijn en gedeeltelijk te verlaten.[199] Met deze voorstanders[200] van hervorming wijst de Commissie op de volgende nadelen van het traditionele 'besluiten-procesrecht':

1. Het huidige procesrecht geeft een deels formeel criterium voor de toegang tot de rechter: in beginsel is rechtsbescherming slechts mogelijk als en wanneer – en steeds wanneer – het bestuurshandelen de vorm aanneemt van een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb. Dit leidt soms tot een teveel aan rechtsbeschermingsmomenten, maar soms ook tot een aantoonbaar tekort.[201, 202]

---

199. Zie voor een overzicht van de literatuur: R.J.N. Schlössels, Het besluitbegrip en de draad van Ariadne. Enige beschouwingen over de rechtsmacht van de bestuursrechter, oratie KUN, Den Haag 2003. Vgl. ook J.E.M. Polak, Burgerlijke rechter of bestuursrechter? De gewenste verdeling van de rechtsmacht bij: regelgeving, schadeveroorzakend overheidshandelen, tweewegen-leervragen, diss. UvA, Deventer 1999 en N. Verheij, Een eigen recht(er), Recente verschuivingen in de bevoegdheidsverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter, in: Verschuiving van de magische lijn, VAR-reeks 122, Alphen aan den Rijn 1999. Vgl. verder de rubriek 'Stelling' in NJB 2003/20, p. 1023-1027, met standpunten over de rechtsmacht van de bestuursrechter en het besluitbegrip van: D. Allewijn, A.F.M. Brenninkmeijer, P.J.J. van Buuren, J.E.M. Polak, M. Scheltema, A.J.C. de Moor-van Vugt, A.E. Schilder, B.J. Schueler en A.Q.C. Tak. Zie over de verwevenheid van het rechtsmachtvraagstuk en de inrichting en (toekomstige) differentiatie van het bestuursprocesrecht reeds: M. Schreuder-Vlasblom, Heroriëntatie bestuursrechtspraak, in: D. Allewijn, P. Nicolaï, M. Schreuder-Vlasblom, Het nieuwe bestuursprocesrecht, VAR-reeks 112, Alphen aan den Rijn 1994, i.h.b. p. 58, 64.

200. Er zijn ook tegenstanders, die benadrukken dat de rechtsbescherming zich moet concentreren op het besluiten, omdat deze nu eenmaal de kern van het bestuurshandelen vormen, alsmede schrijvers die er – op zichzelf terecht; zie par. 4.1.3 – op wijzen dat het besluitmodel ook voordelen heeft. Vgl. onder meer P.J.J. van Buuren in de rubriek 'Stelling' in NJB 2003/20, p. 1024; F.A.M. Stroink, Handhaaf het besluitbegrip als ontvankelijkheidseis, JB 1999/118, p 595-596 en E.J. Daalder, Laten we het besluit gewoon maar houden, RMThemis 1998/6, p. 192-193. Zie ook Stroink v. Verheij in NTB 2003/4, p. 122.

201. Vgl. o.m. J.E.M. Polak, De rechtsbescherming in het bestuursrecht in 2010: naar een poldermodel voor de rechtsbescherming?, NTB 2000/3, p. 58. Zie ook het Rapport van de VAR-werkgroep Vierde tranche Awb (Werkgroep-Damen), De vierde tranche Awb. Commentaar en vraagpunten, Den Haag 2000, o.m. p. 28-29, 46.

202. Hierbij komt dat het besluitbegrip in uitzonderlijke gevallen een toegang tot de bestuursrechter creëert, terwijl dat op staatsrechtelijke gronden minder wenselijk is. Vgl. bijv. C.A.J.M. Kortmann, Wie van de drie: de algemene wet, de algemene wet of de bijzondere wet?, in: C.A.J.M. Kortmann, B.P. Vermeulen, P.J. Zoontjens, De Awb en de bijzondere wetgeving, VAR-reeks 124, Den Haag 2000, m.n. p. 28 e.v.

2. De koppeling van de toegang tot de bestuursrechter aan het besluitbegrip leidt soms tot een versnipperde en daardoor minder doelmatige of doeltreffende geschilbeslechting. Het komt immers vaak voor dat binnen één in geschil zijnde rechtsbetrekking meer besluiten worden genomen. Het besluitmodel verdeelt de rechtsbetrekking en daarmee soms ook het geschil in zoveel 'partjes' als er besluiten zijn.[203] Dit belemmert een 'integrale' benadering van bestuursrechtelijke geschillen. Bovendien dwingt het burgers om alert te zijn op alle bezwaar- en beroepsmomenten. Nauw met het besluitmodel verbonden is immers het leerstuk van de formele rechtskracht: een besluit dat niet binnen zes weken is aangevochten, wordt rechtens onaantastbaar, hoe onjuist het ook is. Dit zorgt regelmatig voor complicaties.[204] Ten slotte komt het zelfs voor dat één geschil wordt versnipperd over de bevoegdheden van de bestuursrechter en de burgerlijke rechter. In dat geval moeten de door de Hoge Raad ontwikkelde aansluitings- en voorrangsregels, die eveneens bekend staan onder de verzamelnaam formele rechtskracht, in stelling worden gebracht.[205]
3. Het besluitmodel draagt bij aan de 'stroperigheid' van de besluitvorming. Het stelsel van vernietigen en opnieuw voorzien staat soms op gespannen voet met het uitgangspunt van effectieve geschilbeslechting binnen een redelijke termijn.[206] Dit klemt temeer nu de rechter vaak pas kan worden benaderd nadat een bestuurlijke voorprocedure is doorlopen (art. 7:1 Awb). De opkomst van het 'trechtermodel' in het bestuursprocesrecht kan mede als een reactie hierop worden gezien. De bestuursrechter ziet zich genoodzaakt om de rechtsstrijd te stroomlijnen naarmate de instantie vordert, opdat de rechtsonzekerheid over het aangevallen besluit niet langer blijft bestaan dan noodzakelijk. In de literatuur zijn inmiddels wel de nodige voorstellen gedaan om binnen het stelsel van vernietigen en opnieuw voorzien de besluitvoming verder te stroomlijnen.[207] Hoewel de Commissie deze discussie over het bevorderen van 'finaliteit' en tijdigheid waardevol acht, wijst zij erop dat een effectieve beslechting van bepaalde typen geschillen misschien beter buiten de soms knellende kaders van het besluitmodel kan worden bewerkstelligd.
4. Bij bepaalde 'strategische' besluiten – Schueler[208] spreekt ronduit van 'nepbesluiten' – zoals zuivere schadebesluiten, schiet het klassieke besluitenprocesrecht tekort, omdat het nooit bedoeld is voor een effectieve beslechting van geschillen

---

203. Zie: M. Scheltema, Van rechtsbescherming naar een volwaardig bestuursrecht, NJB 1996/33, i.h.b. p. 1357-1358.
204. Vgl. R.M. van Male, Herijking van formele rechtskracht (Verwachting), NTB 1999/6, p. 157-158. Vgl. bijv. voor de complicaties in de sfeer van het niet tijdig beslissen en overheidsaansprakelijkheid: B.P.M. van Ravels, De formele rechtskracht van een fictie, in: B.P.M. van Ravels, M.A. van Voorst van Beest (red.), Natuurlijk van belang (Van Wijmen-bundel; red.), 2003, p. 133 e.v.
205. Hierover: J.A.M. van Angeren, De gewone rechter en de bestuursrechtspraak, Deventer 1998.
206. Zie o.m. A.M.L. Jansen, De redelijke termijn. Met name in het bestuursrecht, diss. KUB, Den Haag 2000 en meer in het algemeen: M. Scheltema, Het tijdigheidsbeginsel, in: R.L. Vucsán (red.), De Awb-mens: boeman of underdog (Damen-bundel), Nijmegen 1996, p. 241 e.v.
207. Zie o.m. B.J. van Ettekoven, Alternatieven van de bestuursrechter (observaties vanuit de eerste lijn), in: Alternatieven van en voor de bestuursrechter, VAR-reeks 126, Den Haag 2001; J.E.M. Polak, Effectieve bestuursrechtspraak, oratie RUL, Deventer 2000 en A.R. Neerhof, Van effectieve bestuursrechters en geschillen die voorbij gaan? De bevoegdheden van de bestuursrechter om geschillen definitief op te lossen, JBPlus 1999/1, p. 71 e.v.
208. Zie zijn reactie in de rubriek 'Stelling', NJB 2003/20, p. 1027.

over schuldvorderingen. Dan wreekt zich bijvoorbeeld het ontbreken van enige regeling van het bewijsrecht of van kwesties als vermeerdering van eis.

5. Ten slotte ervaren sommigen het als een gemis dat het besluitmodel per definitie niet voorziet in een rechtsingang voor het bestuur.

De nadelen van het besluitmodel liggen overigens, als gezegd, niet alleen in de sfeer van het procesrecht. Het besluitbegrip bepaalt ook de rechtsmacht van de bestuursrechter (vgl. art. 8:1 Awb). Daardoor kan de bestuursrechter niet, of slechts met veel kunst- en vliegwerk, oordelen over geschillen over feitelijk bestuurshandelen, of over geschillen over het gebruik van van oorsprong privaatrechtelijke rechtsfiguren in een publiekrechtelijke context. Het gaat dan bijvoorbeeld om geschillen over overeenkomsten of over (beheers)handelingen betreffende het publiek domein.

4.1.3 Voordelen van het besluitmodel

De Commissie hecht eraan om te benadrukken dat het besluitmodel ook voordelen kent. Van oudsher worden aan het 'besluitenprocesrecht' kenmerken toegedicht als een laagdrempelige toegang en een actieve rechter, die zelf onderzoek doet naar de materiële waarheid en zo nodig ambtshalve toetst. Daarnaast werkt het besluitmodel door in het bewijsrecht: op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel (art. 3:2 Awb) en het motiveringsbeginsel (art. 3:46 Awb) rust op het bestuur een substantiële adstructieplicht. Door dit alles zou de rechter de structurele machtsongelijkheid tussen burger en bestuur enigszins kunnen en moeten compenseren. Dit staat traditioneel bekend als het beginsel van de ongelijkheidscompensatie.

De praktijk van vóór het besluitenprocesrecht bij de Raden van Beroep in sociale-zekerheidszaken beantwoordde in belangrijke mate aan het zojuist geschetste beeld, maar bijvoorbeeld de Arob-rechter stelde zich veel 'lijdelijker' op.[209]

Sinds de invoering van de Awb is er in het gehele bestuursrecht – met uitzondering wellicht van het belastingrecht – een tendens om de eigen (proces)verantwoordelijkheid van burgers meer te benadrukken.[210] Het bestuursrechtelijk proces is meer een partijenproces geworden. Sommige schrijvers menen dat de positie van de burger tegenover het bestuur daardoor ernstig is verzwakt.[211] Anderen hebben dit beeld aan de hand van empirisch onderzoek genuanceerd.[212] Hoe dit zij, in ieder geval gaan 'laagdrempelig procesrecht' en 'besluitenprocesrecht' niet noodzakelijkerwijs samen.

---

209. Zie N. Verheij, Naar een klantvriendelijke rechter, in: A.Q.C. Tak e.a., Nieuw bestuursprocesrecht, Deventer 1992, p. 131 e.v.
210. Hierbij wordt onder meer een beroep gedaan op het concept van de 'wederkerige rechtsbetrekking' tussen burger en bestuur. Vgl. P. Nicolaï, De stiekeme citoyen, in: R.L. Vucsán (red.), De Awb-mens: boeman of underdog? (Damenbundel), Nijmegen 1996, p. 179 e.v.
211. Vgl. onder meer de verschillende publicaties van Damen, waaronder L.J.A. Damen, Helpt de Centrale Raad van Beroep Jan Splinter door de bestuursrechtelijke winter?, in: R.M. van Male e.a. (red.), Centrale Raad van Beroep 1903-2003, Den Haag 2003, p. 243 e.v. en L.J.A. Damen, Rechtsvorming door de bestuursrechter onder de Awb, in: F.A.M. Stroink e.a. (red.), Vijf jaar JB en de Awb, Den Haag 1999, i.h.b. p. 27 e.v. Zie verder: R.J.N. Schlössels, Ongelijkheidscompensatie in het bestuursproces. Mythe of vergeten rechtsbeginsel?, in: P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red.), De rechter bewaakt: over toezicht en rechters (red. Bovend'Eert e.a.), Deventer 2003, p. 139 e.v.
212. Zie: A.T. Marseille, De dagelijkse praktijk van het hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak, NJB 2003/21, p. 1062 e.v.

Informele procesvoering en ongelijkheidscompensatie zijn ook in een verzoekschriftprocedure mogelijk.

Toch gaat het volgens de Commissie niet om een zwart-witkeuze voor of tegen het besluitmodel. De Commissie pleit dan ook niet voor een zuiver 'recours subjectif'. Waar de praktijk om vraagt, is veeleer een meer gedifferentieerd procesmodel. Dit zou langs de volgende lijnen kunnen worden vormgegeven:

1. Op termijn moet het besluitmodel, naar het voorbeeld van Frankrijk en Duitsland, worden geïntegreerd in een ruimer bevoegdheidsmodel, dat aanknoopt bij de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Binnen dit ruimere bevoegdheidsmodel zal onderscheid moeten worden gemaakt tussen het typische besluitenprocesrecht – waaraan voor bepaalde zaken nog steeds behoefte bestaat – en het overige bestuursprocesrecht.
2. Waar mogelijk moet de bestuursrechter de in geschil zijnde rechtsbetrekking tussen bestuur en burger vaststellen. Het klassieke vernietigingsberoep met bijbehorende rechtmatigheidstoetsing moet echter ook worden behouden. Bij alle kritiek op het besluitmodel mag namelijk niet worden vergeten dat er ook veel gevallen zijn waarin het vernietigingsberoep wél een adequate en effectieve 'remedy' is. Als ideaaltypisch voorbeeld denke men aan het geval dat de rechter naar aanleiding van een beroep tegen een bestuurlijke boete tot het oordeel komt dat appellant het beboetbare feit niet heeft gepleegd of dat hem daarvan geen verwijt kan worden gemaakt. In zo'n geval is vernietiging zowel de meest eenvoudige als de meest effectieve oplossing. Maar de bestuursrechter heeft naar het oordeel van de Commissie niet tot taak in algemene zin de rechtmatigheid van besluiten van bestuursorganen te waarborgen. Dat kan een rechter, gelet op de aan het rechtspreken inherente functionele en staatsrechtelijke beperkingen, eenvoudig niet waarmaken.

Bij dit alles bepleit de Commissie wel hervormingen, maar geen radicale breuk met het bestaande stelsel. Het verdient de voorkeur om de weg van de geleidelijkheid te bewandelen en zoveel mogelijk aan te sluiten bij ontwikkelingen die zich reeds in het huidige stelsel aftekenen.

4.1.4 Ontvlechting van bestuursrechtelijke rechtsgangen

4.1.4.1 Inleiding

De kenmerken van het klassieke bestuursprocesrecht overtuigen meer naarmate een besluit de rechtspositie van meer dan één rechtssubject bepaalt, zoals vaak voorkomt in het omgevingsrecht en bij de handhaving van de openbare orde. Bij besluiten die de rechtspositie van derden niet (direct) raken, zoals de meeste besluiten in het financiële bestuursrecht, overtuigen zij minder. In het laatste geval valt niet onmiddellijk in te zien waarom de beroepstermijn slechts zes weken zou bedragen of waarom appellant niet in beginsel vrij zou zijn om de omvang van het geschil te omschrijven, noch waarom de werking van de uitspraak niet beperkt zou kunnen blijven tot de partijen bij het geding (werking 'inter partes').

De bestuursrechter zou ernaar moeten streven om een geschil zoveel mogelijk inhoudelijk en definitief te beslechten. In veel gevallen kan dit ook. Weliswaar moet de rechter op staatsrechtelijke gronden de door de wetgever aan het bestuur gelaten keuzevrijheid respecteren, maar dit neemt niet weg dat de rechter het bestuur zo nodig standpunten kan ontlokken die een inhoudelijke beslechting van het geschil mogelijk maken.

Bovendien is in belangrijke delen van het financiële bestuursrecht doorgaans niet of nauwelijks sprake van beleidsvrijheid van het bestuur, die door de rechter zou moeten worden gerespecteerd. Dit geldt voor het belastingrecht en het socialezekerheidsrecht, maar met name ook voor het 'publiekrechtelijke vermogensrecht', dat aan het ontstaan is door de erkenning van zelfstandige terugvorderings- en schadebesluiten. Of in een concreet geval op een bestuursorgaan een verbintenis tot schadevergoeding rust, dan wel aan een bestuursorgaan een vordering uit onverschuldigde betaling toekomt, is immers geen beleidsvraag, maar een zuivere rechtsvraag. Bij bepaalde publiekrechtelijke betalingsverplichtingen die op grond van de wet bij besluit moeten worden vastgesteld, kan dit overigens anders liggen. Denk bijvoorbeeld aan subsidies of bijzondere bijstand. Daarbij kunnen wel beleidsmatige afwegingen aan de orde zijn.

Dit betekent dat uit een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking uiteenlopende soorten geschillen kunnen ontstaan. Soms gaat het geschil over de rechtmatigheid van een stukje objectief recht – bijvoorbeeld een vergunning of een subsidie*besluit* – en soms wil eiser een subjectief recht afdwingen. In laatstbedoelde gevallen gaat het bijvoorbeeld om een recht op schadevergoeding of om uitbetaling van een eerder bij besluit vastgestelde subsidie*aanspraak*. Wat dan in rechte ter discussie staat, is eigenlijk geen besluit in de zin van een vaststelling van een norm van objectief recht. Belangen van derden zijn veelal niet in het geding. Derhalve is er voor de rechter geen aanleiding voor terughoudende toetsing of voor het hanteren van een 'trechtermodel'.

Een en ander laat zien dat een eventuele uitbreiding van de rechtsmacht van de bestuursrechter tot het 'omringende' bestuursrecht niet louter kan bestaan uit het openstellen van een klassiek vernietigingsberoep tegen andere bestuurshandelingen dan besluiten. Zo'n uitbreiding vergt ook een ander procesrecht. Dit blijkt uit de uitbreiding van de rechtsmacht van de bestuursrechter tot geschillen over uit bestuurshandelen voortvloeiende schuldvorderingen, die in de tweede helft van de jaren negentig heeft plaatsgevonden. De Commissie juicht deze uitbreiding op zichzelf toe, maar constateert ook dat zij binnen het besluitmodel slechts met behulp van gekunstelde en nodeloos ingewikkelde constructies kon worden gerealiseerd.

Tegelijk zijn er, het zij herhaald, tal van geschillen waarvoor het klassieke besluitenprocesrecht wél en zelfs uitstekend voldoet. Als een besluit materieel in strijd met de wet is, is de simpele verwijdering daarvan uit de rechtsorde vaak een effectieve en afdoende vorm van rechtsherstel. Als het bestuur beleidsvrijheid heeft en er derdenbelanghebbenden zijn, is het soms de enige mogelijke vorm van rechtsherstel. De conclusie ligt voor de hand: de Commissie pleit niet voor afschaffing van het besluitmodel, maar voor aanvulling daarvan met een bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedure. Deze is in de eerste plaats bedoeld voor geschillen op het gebied van het 'omringende' bestuursrecht, maar kan ook in delen van het financiële bestuursrecht goede diensten bewijzen.

In deze verzoekschriftprocedure zou niet een bestreden beslissing, maar de vordering van eiser het voorwerp van geschil moeten zijn. Dit is onder meer van belang voor de hierna te bespreken categorieën van bestuursrechtelijke geschillen.

4.1.4.2 Vermogensrechtelijke geschillen

Een verzoekschriftprocedure zou met name nuttig zijn voor de al meermalen genoemde geschillen over uit bestuurshandelen voortvloeiende schuldvorderingen. De Commissie denkt daarbij met name aan vorderingen tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad. Deze kunnen sedert enige jaren aan de bestuursrechter worden voorgelegd door een beroep tegen een zelfstandig schadebesluit.

Het is winst dat deze geschillen thans in ruimere mate aan de bestuursrechter kunnen worden voorgelegd (en niet alleen in het kader van art. 8:73 Awb). Maar de prijs die daarvoor is betaald, is dat de bestuursrechter thans ook in deze vermogensrechtelijke geschillen het traditionele model van de toetsing van besluiten moet hanteren. Dat is nodeloos ingewikkeld. Het dwingt de rechter bijvoorbeeld om zich, mede aan de hand van procedurele normen, te buigen over de vraag naar de geldigheid van het besluit tot weigering van schadevergoeding. In een verzoekschriftprocedure zou hij meteen kunnen doorstoten naar de vraag waar het alle partijen werkelijk om gaat: bestaat er ja dan neen een verbintenis tot vergoeding van schade, en zo ja, tot welk bedrag. Dat zou een belangrijke vereenvoudiging zijn.

De staatsrechtelijke argumenten voor het besluitmodel gaan in deze gevallen ook niet op. Er is bij schadevergoeding geen beleidsvrijheid van het bestuur, noch enig ander primaat van het bestuur en dus ook geen reden voor een stelsel van vernietigen en opnieuw voorzien. De rechter kan het geschil dus zonder enig bezwaar zelf definitief beslissen, waarbij zijn uitspraak bij voorkeur meteen een executoriale titel zou moeten opleveren. De uitspraak zou voorts slechts tussen partijen behoren te werken. De te beantwoorden vraag is immers, of het bestuur jegens verzoeker tot schadevergoeding verplicht is. Zoals het civiele aansprakelijkheidsrecht leert, volgt uit een bevestigend antwoord op die vraag geenszins zonder meer en automatisch dat het bestuur jegens een ieder onrechtmatig heeft gehandeld. Omgekeerd sluit een ontkennend antwoord niet uit dat het bestuur jegens een ander wél aansprakelijk is.[213]

Een bijkomend argument voor een verzoekschriftprocedure is dat het besluitmodel bij deze geschillen ook andere onnodige complicaties geeft. Zo rijzen in het besluitmodel, bij gebrek aan een wettelijke regeling, vragen omtrent de verjaring van rechtsvorderingen.[214] De verjaring van een vordering tot schadevergoeding kan niet zomaar worden gekoppeld aan het tijdstip waarop het schadebesluit is genomen,[215] zolang niet is geregeld binnen welke termijn dit besluit moet worden aangevraagd of genomen. Binnen een besluitmodel ontstaat voor dit type geschillen een onoverzichtelijk stelsel van termijnen voor verjaring van de rechtsvordering, aanvraagtermijnen of

---

213. Zie recent G.E. van Maanen, Schadevergoeding en formele onrechtmatigheid, paper voor het congres Tien jaar JB en Awb, Maastricht 12 december 2003.
214. Hierover J.M.H.F. Teunissen, Verjaring en verval van publiekrechtelijke geldvorderingen, Gst. 1998, 7085, 1. Zeer uitvoerig: M.W. Scheltema, M. Scheltema, Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht, Deventer 2003, p. 149 e.v.
215. Vgl. bijv. CRvB 19 oktober 1995, Gst. 1997, 7048, 3.

vervaltermijnen voor het nemen van een besluit en bezwaar- en beroepstermijnen. Dit pleit ervoor om terugvorderings- en schadevergoedingsgeschillen onder te brengen in een 'recours subjectif' en het ontstaan van de rechtsvordering niet te koppelen aan een te nemen besluit. Voor de verjaring zou dan de gewone termijn van vijf jaar kunnen gelden, in plaats van een korte beroepstermijn.

Een verzoekschriftprocedure kan in de tijd gelijk lopen met een vernietigingsberoep, maar noodzakelijk is dit niet. Evenmin behoeft een verzoekschriftprocedure af te doen aan de thans geldende eis dat een burger zich eerst tot het bestuur wendt alvorens een procedure te starten. Ook in het civiele rechtsverkeer is het immers gebruikelijk dat men zich eerst tot de wederpartij wendt.

Het voorgaande geldt in iets mindere mate voor geschillen over onverschuldigde betaling door de overheid. Deze beginnen veelal met een op initiatief van het bestuursorgaan genomen terugvorderingsbesluit. Vervolgens moeten twee vragen worden onderscheiden. De eerste is of het bestuur inderdaad onverschuldigd heeft betaald en deswege een vordering op de burger heeft. Dat is een zuivere rechtsvraag,[216] die de rechter derhalve zonder bezwaar definitief kan beslissen. De tweede vraag is of het bestuur in het concrete geval tot terugvordering mocht overgaan. Deze tweede vraag heeft beleidsmatige aspecten, omdat het bestuur, uitzonderingen daargelaten, niet verplicht is om tot terugvordering over te gaan. In theorie is bij de tweede vraag dus wel plaats voor een stelsel van vernietigen en opnieuw voorzien.

Maar in de praktijk geldt meestal een 'terugvorderen, tenzij'-beleid. In die gevallen past de rechter slecht terughoudendheid bij de beoordeling of aan het 'tenzij' is voldaan. Dat is zelden het geval, zodat de rechter in het gros van de gevallen de rechtsbetrekking definitief kan vaststellen. Bovendien valt niet goed in te zien waarom voor terugvorderingsgeschillen een korte beroepstermijn zou moeten gelden. De rechtszekerheid van derden is per definitie niet in het geding. Een langere actietermijn zou bovendien het voordeel hebben dat ook geschillen die – zoals in de praktijk nogal eens gebeurt – pas in de executiefase rijzen, aan de bestuursrechter kunnen worden voorgelegd.

Om al deze redenen zou ook voor geschillen over onverschuldigde betaling een verzoekschriftprocedure nuttig kunnen zijn. Bij invoering daarvan zou tevens moeten worden overwogen of niet ook het bestuur, in de gevallen waarin het niet bevoegd is tot invordering bij dwangbevel, zijn vordering uit onverschuldigde betaling bij de bestuursrechter zou moeten kunnen instellen.

Ter vermijding van misverstand: de Commissie bepleit, nogmaals, uitdrukkelijk niet om het besluitmodel voor het gehele financiële bestuursrecht te verlaten. Zodra bij het toekennen van een publiekrechtelijke financiële aanspraak beleids- of beoordelingsvrijheid aan de orde is, zoals bij subsidies, behoudt het besluitmodel goede zin. Wanneer 'echte' besluiten, steunend op een geschreven bestuursbevoegdheid, de rechtspositie van belanghebbenden bepalen, behoudt het vernietigingsberoep een belangrijke functie. Dan past de rechter in de regel meer terughoudendheid bij het

---

216. Zelfs dat is niet helemaal waar. Vaak ontstaat de vordering uit onverschuldigde betaling door de intrekking met terugwerkende kracht van een eerder besluit tot toekenning van een financieel voordeel. Deze intrekking is meestal een discretionaire bevoegdheid. Maar als vaststaat dat de intrekking rechtmatig is of – op grond van formele rechtskracht – daarvoor moet worden gehouden, staat ook vast dat onverschuldigd is betaald.

definitief afdoen. Niettemin kan de rechter ook dan streven naar een definitieve beslechting van het geschil, door naar aanleiding van een geconstateerd gebrek het bestuursorgaan te vragen een nader standpunt in te nemen. Dit staat wel bekend als een 'bestuurlijke lus'.

Het nut van het stelsel van vernietigen en opnieuw voorzien wordt dus mede bepaald door de mate van beleids- en beoordelingsvrijheid die het bestuur toekomt. In dat licht zijn er ook schemergebieden. Zo is bijvoorbeeld bij besluiten omtrent nadeelcompensatie omstreden, ook binnen de Commissie, of het bestuur daarbij beleidsvrijheid heeft.[217]

De Commissie wijst er ten slotte uitdrukkelijk op dat de hier bepleite ontvlechting van 'objectieve' en 'subjectieve' rechtsgangen nooit volledig zal kunnen zijn. De uitkomst van een vernietigingsberoep kan van belang zijn voor de beslissing in een verzoekschriftprocedure. Stel ter illustratie dat de vordering van een bestuursorgaan uit onverschuldigde betaling is gebaseerd op een intrekkingsbesluit en dit intrekkingsbesluit in beroep wordt vernietigd. Dan is de betaling opeens niet meer onverschuldigd. In zo'n geval zou de bestuursrechter de vordering uit onverschuldigde betaling moeten aanhouden, totdat een eventueel gerepareerd intrekkingsbesluit onherroepelijk is. De Commissie zal in het vervolg van dit rapport meer in het algemeen ingaan op de verhouding tussen de verschillende bestuursrechtelijke rechtsgangen in een 'duaal stelsel'.

4.1.4.3 Geschillen over feitelijke bestuurshandelingen

Naar geldend recht is de burgerlijke rechter bevoegd om kennis te nemen van geschillen over feitelijke handelingen van bestuursorganen, behoudens enkele uitzonderingen, zoals in het ambtenarenrecht (art. 8:1, tweede lid, Awb), het recht van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie (art. 18 Wet bbo) en het reguliere vreemdelingenrecht (art. 72, derde lid, Vreemdelingenwet 2000). Elders bepleit de Commissie om voor deze geschillen de bestuursrechter bevoegd te maken. In dat geval zou het procesrecht voor deze geschillen meer moeten lijken op het burgerlijk procesrecht dan op het traditionele besluitenprocesrecht. Enerzijds zijn er geen dwingende redenen voor een sterk van het burgerlijk procesrecht afwijkend procesrecht: het gaat bij geschillen over feitelijke handelingen immers niet om de toetsing van objectief recht. Anderzijds voorziet het besluitenprocesrecht voor geschillen over feitelijk handelen niet in toereikende uitspraakbevoegdheden: zo ontbreekt de bevoegdheid om een ge- of verbod op te leggen.

Gelet hierop ligt het voor de hand om ook voor geschillen over feitelijk handelen een verzoekschriftprocedure bij de bestuursrechter te openen. Daarin dient verzoeker in zijn verzoekschrift uiteen te zetten welke handeling van het bestuursorgaan hij om welke reden onrechtmatig acht, alsmede een gerichte vordering in te stellen. Aan deze vordering is de rechter vervolgens gebonden.

---

217. Zie N. Verheij, Overheidsaansprakelijkheid in de Awb, Overheid en Aansprakelijkheid 2002/4, p. 125 v. R.J.N. Schlössels, Nadeelcompensatie en het égalitébeginsel: chaos of ius commune?, Gst. 2002, 7162.

4.1.4.4 Geschillen inzake overeenkomsten

Een verzoekschriftprocedure is volgens de Commissie ook aangewezen indien de rechtsmacht van de bestuursrechter zich in de toekomst zou gaan uitstrekken tot (bepaalde) bestuursrechtelijke overeenkomsten. In dat geval zou ook het bestuur een eigen rechtsingang bij de bestuursrechter moeten krijgen, want een stelsel waarbij de verschillende partijen bij een overeenkomst zich in geval van geschil tot verschillende rechters moeten wenden, is wel heel onaantrekkelijk. Binnen het besluitmodel is zo'n eigen rechtsingang voor het bestuur vrijwel niet te realiseren; in een verzoekschriftprocedure, daarentegen, is dat vrij eenvoudig.

4.1.5 Drie scenario's

De Commissie heeft tot taak ook een langetermijnverkenning te verrichten, zo nodig ook de horizon van de Algemene wet bestuursrecht te verkennen. Gelet hierop heeft zij zich afgevraagd hoe het bestuursprocesrecht zich in de eenentwintigste eeuw zou kunnen ontwikkelen. Uitgangspunt daarbij is dat ontvlechting van bestuursrechtelijke rechtsgangen naar het oordeel van de Commissie onvermijdelijk is. Maar dit uitgangspunt kan meer of minder radicaal worden ingevuld. Globaal zijn drie scenario's denkbaar:

1. Consolidatie van het bestaande stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Het besluitmodel blijft de hoofdstructuur van het bestuursprocesrecht bepalen. Daarnaast worden op beperkte schaal zelfstandige verzoekschriftprocedures ingevoerd, bijvoorbeeld voor geschillen omtrent schadevergoeding. Het gaat dan om *afgeleide* acties 'in de schaduw' van het besluitenprocesrecht voor de beslechting van geschillen in de sfeer van het 'omringende' bestuursrecht.[218]
2. Een voortschrijdende ontvlechting van een 'recours objectif' (rechtmatigheidstoetsing van bepaalde besluiten) en een 'recours subjectif' (geschillenbeslechting 'inter partes'). Dit is een ontwikkelingsmodel voor de langere termijn. Op den duur kan dit leiden tot een algemeen onderscheid tussen enerzijds een klassiek vernietigingsberoepen, anderzijds een 'vol beroep' in het kader van een algemene verzoekschriftprocedure. Dit lijkt op het 'Franse model', dat de voordelen van het besluitmodel (vernietigingsberoep tegen besluiten) combineert met een goed uitgerust 'recours subjectif'.[219] In dit scenario moet de verhouding tussen de beide bestuursrechtelijke procedures wel goed worden doordacht. Het risico bestaat immers dat stapeling van procedures afbreuk zou doen aan de efficiency van het bestuursproces. Voorts zal in dit scenario nader moeten worden bezien tegen welke besluiten vernietigingsberoep wordt opengesteld. Naar het oordeel van de Commissie zal het vernietigingsberoep in dit scenario selectiever moeten worden opengesteld dan thans.

---

218. Onder het 'omringende' bestuursrecht verstaat de Commissie, zoals in hoofdstuk 2 uiteengezet, het recht dat de meer indirecte (rechts)gevolgen van de bestuurlijke bevoegdheidsuitoefening normeert.
219. Vgl. R.J.N. Schlössels, Het besluitbegrip en de draad van Ariadne, oratie KUN, Den Haag 2003. Zie over het Franse stelsel ook: N. Verheij, Bevoegdheidsverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, nr. 50, Deventer 1994, p. 30-31.

3. Volledige subjectivering van het bestuursprocesrecht, ook in de sfeer van de uitspraakbevoegdheden. Dit is het meest radicale scenario. Men zou het het 'Maastrichtse model' kunnen noemen, omdat het vooral door de Maastrichtse hoogleraar A.Q.C. Tak met kracht is bepleit.[220] In dit scenario zou, vanuit de idee van individuele rechtsbescherming, de vernietigingsfiguur geheel verdwijnen. Weliswaar sluiten een vernietigingsactie en de verzoekschriftprocedure elkaar niet noodzakelijkerwijs uit, maar in de 'Maastrichtse' visie behoort de rechter op staatsrechtelijke gronden niet bevoegd te zijn besluiten van het bestuur te vernietigen. Hij zou slechts bevoegd moeten zijn om in concrete gevallen te beoordelen of een bepaald besluit jegens de aanlegger van het geding onrechtmatig is.

De Commissie vindt het niet wenselijk de vernietigingsactie af te schaffen. In veel gevallen is de vernietiging een bijzonder effectieve uitspraakbevoegdheid. De rechtsgevolgen van een onrechtmatig besluit kunnen met terugwerkende kracht uit de rechtsorde worden verwijderd. Vooral in de sfeer van 'echte' beschikkingen (bijvoorbeeld vergunningen en ontheffingen) bieden andere uitspraakbevoegdheden meestal geen uit een oogpunt van rechtsbescherming gelijkwaardig alternatief.

Theoretisch is het natuurlijk wel denkbaar dat de bestuursrechter in een uitspraak die slechts tussen partijen werkt, bijvoorbeeld zou uitspreken dat de verlening van een vergunning jegens een verzoeker (bijvoorbeeld een omwonende) onrechtmatig is. Als dat zou betekenen dat de aanvrager de vergunning niet meer kan gebruiken, zal het bestuur waarschijnlijk genoodzaakt zijn de vergunning in te trekken en eventueel een gewijzigde vergunning te verlenen. Hetzelfde resultaat kan echter eenvoudiger, doeltreffender en met meer rechtszekerheid worden bereikt door een vernietiging. Niet voor niets vervult de rechterlijke vernietiging ook in andere rechtsstelsels een belangrijke functie. Dit is onder meer het geval in Duitsland, Frankrijk, België, Engeland en in de communautaire rechtsorde.

Indien de rechtsmacht van de bestuursrechter in de toekomst zou worden uitgebreid tot bepaalde – thans nog – uitgezonderde besluiten, kan het wel noodzakelijk worden om de vernietigingsbevoegdheid op onderdelen anders te regelen. Bij beroep tegen een besluit inhoudende een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel kan het bijvoorbeeld nuttig en nodig zijn om de gevolgen van de vernietiging in de tijd te kunnen beperken. Dat is bijvoorbeeld mogelijk door in de wet te bepalen dat de rechter kan bepalen dat de vernietiging geheel of slechts ten dele terugwerkt. Een expliciete wettelijke bepaling geniet de voorkeur boven een extensieve uitleg van het begrip 'gehele of gedeeltelijke vernietiging' in die zin dat deze begrippen ook een temporele werking kunnen hebben.

Nu de Commissie de vernietigingsbevoegdheid van de bestuursrechter wil handhaven, resteren het eerste en het tweede scenario. De Commissie benadrukt dat deze scenario's elkaar niet uitsluiten. Scenario twee bouwt voort op het eerste scenario. Indien de rechtsmacht van de bestuursrechter op termijn wordt verruimd tot feitelijk

220. Zie reeds: A.Q.C. Tak, De ongewenste discussie, in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), Nieuw bestuursprocesrecht, Deventer 1992, p. 67 e.v. Hierover in kritische zin: N. Verheij, Van besluit naar vordering? Vragen bij een Maastrichts bestuursprocesrecht, in: M.A. Heldeweg e.a. (red.), Uit de school geklapt? Opstellen uit Maastricht, Den Haag 1999, p. 275 e.v.

bestuurshandelen en geschilbeslechting in de sfeer van het 'overheidsprivaatrecht', zal naar het oordeel van de Commissie scenario twee in beeld komen.

Binnen handbereik – zeker voor geschillen over vergoeding van schade als gevolg van vernietigde besluiten – ligt het eerste scenario: handhaving van het besluitmodel onder gelijktijdige aanvulling daarvan met nader aan te duiden zelfstandige vorderingen, in te stellen door middel van een verzoekschrift.

Zowel in scenario één als in scenario twee zal het besluitbegrip niet langer exclusief de rechtsmacht van de bestuursrechter bepalen. Het vernietigingsberoep tegen 'echte' besluiten moet dan in een meer omvattend kader worden ingepast. Met andere woorden: er dient te worden voorzien in een meer omvattende rechtsmacht voor de bestuursrechter. Dat zou kunnen met behulp van het concept van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Dit concept sluit goed aan bij artikel 112 van de Grondwet, alsmede bij de basisfilosofie van de Algemene wet bestuursrecht. De Commissie zal hier in paragraaf 4.2 nader op ingaan.

Ter afsluiting van deze paragraaf wil de commissie nog het volgende opmerken. Het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming is niet alleen een product van de wetgever, maar in belangrijke mate ook door de rechter vormgegeven. Dit geldt trouwens ook in andere landen (denk in het bijzonder aan Frankrijk). Toch meent de Commissie dat in alle hiervoor genoemde scenario's de wetgever het voortouw moet nemen bij de verdere ontwikkeling van het bestuursprocesrecht. De wetgever moet de belangrijke keuzen maken, de rechtsmacht van de bestuursrechter zo goed mogelijk afbakenen, het procesrecht in ieder geval op hoofdlijnen codificeren en duidelijkheid bieden over de uitspraakbevoegdheden van de rechter.

4.1.6 Selectieve toepassing vernietigingsactie

Als gesteld is de Commissie van oordeel dat de vernietigingsactie in de toekomst selectiever dan thans zou kunnen worden opengesteld. Bij samengestelde geschillen – dat wil zeggen: als wat in wezen één geschil is, over meer besluiten gaat – kan de Commissie zich voorstellen dat het aantal formele rechtsbeschermingsmomenten in het kader van het 'recours objectif' wordt beperkt. Vooral ook in de sfeer van grote infrastructurele projecten is het stapelen van procedures naar aanleiding van afzonderlijke besluiten soms problematisch.

Het gaat dan veelal om gevallen waarin de overheid een project wil realiseren waarvoor verschillende (deel)besluiten op grond van verschillende wettelijke regelingen nodig zijn. Dat leidt soms tot een opeenstapeling van procedures, waarbij regelmatig onduidelijk is hoe de verschillende procedures zich precies tot elkaar verhouden, alsmede welke gevolgen de uitkomst van de ene procedure heeft voor een andere. Dat is ondoelmatig en roept zelfs maatschappelijke weerstanden tegen de bestuursrechtspraak op.[221] Zowel de betrokken burgers als de overheid hebben in dit verband behoefte aan rechterlijke beslissingen die mede richtinggevend zijn voor de rechtmatigheid van de verschillende (deel)besluiten.

---

221. Denk aan de discussie over 'juridisering' die enkele jaren geleden werd losgemaakt door het rapport van de Werkgroep-Van Kemenade, Bestuur in het geding, Haarlem 1997.

De Commissie tekent hierbij wel aan dat hier niet alleen vragen van rechtsbescherming aan de orde zijn. Het aantal besluiten dat nodig is, wordt bepaald door de structuur van de bijzondere wetgeving. Daarom is het vooral een taak voor de bijzondere wetgever om door middel van coördinatie van procedures en – waar mogelijk – integratie van bestuursbevoegdheden te komen tot minder besluitmomenten.[222] De bijzondere wetgever kan het beste overzien of beroep tegen bepaalde besluiten kan worden uitgesloten, opdat het aantal vernietigingsprocedures wordt beperkt. Daarbij moet het beperken van beroepsmomenten niet worden verward met het beperken van het aantal besluiten. Het aantal te nemen besluiten wordt immers bepaald door de onderliggende bestuursbevoegdheden (specialiteitsbeginsel).

Meer in algemene zin moet bij het uitsluiten van het vernietigingsberoep, mede gelet op artikel 6 EVRM en het communautaire recht (zie hoofdstuk 3), een effectieve rechtsbescherming steeds gewaarborgd blijven. Daarom is het uitsluiten van de vernietigingsactie een optie die steeds weloverwogen moet worden toegepast. Voorkomen moet worden dat de burgerlijke rechter zich toch weer genoodzaakt ziet aanvullende rechtsbescherming te verlenen; dit zou immers op gespannen voet staan met het uitgangspunt van de Commissie dat de rechtsmacht van de bestuursrechter moet worden verruimd. Uitsluiten van de vernietigingsactie zou daarentegen juist eerder aanvaardbaar kunnen zijn, als de bestuursrechter in het kader van de nog te realiseren verzoekschriftprocedure in bijzondere gevallen zelf aanvullende rechtsbescherming zou kunnen verlenen. De verzoekschriftprocedure zou dan wellicht de 'vangnet'-functie van de burgerlijke rechter kunnen overnemen.

Ook dan zal echter nog de vraag moeten worden beantwoord of, en zo ja, in hoeverre de rechtskracht van een besluit waartegen géén vernietigingsberoep heeft opengestaan, in een later stadium alsnog kan worden aangetast. Indien een besluit dat door de bestuursrechter niet kan worden vernietigd, wél buiten toepassing kan worden gelaten omdat het jegens een belanghebbende onrechtmatig is, wordt er uiteindelijk weinig 'procedurewinst' geboekt.

4.1.7 Soortgelijke besluiten en proefprocedure

Naast de problematiek van de complexe besluitvorming is er de problematiek van de soortgelijke besluiten. Het gaat om situaties waarin één (juridisch) standpunt van een bestuursorgaan wordt neergelegd in (soms heel veel) individuele besluiten. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen als de verbindendheid van een veelvuldig toegepaste nieuwe wetsbepaling omstreden is, zoals in het midden van de jaren negentig bijvoorbeeld het geval was bij de zogenoemde malusregeling in de WAO. In ons huidige stelsel moet ook in zo'n geval iedere belanghebbende afzonderlijk rechtsmiddelen aanwenden, omdat anders het tot hem gerichte besluit formele rechtskracht krijgt. Het gevolg is veel procedures over dezelfde problematiek.

De belastingwetgeving voorziet voor dergelijke situaties inmiddels in de mogelijkheid om met één of enkele proefprocedures te volstaan. Het betreft de regeling voor

222. Zij het dat de Awb-wetgever kan helpen door het aanreiken van een facultatieve standaardregeling. Zie het voorontwerp Samenhangende besluiten, te vinden op www.justitie.nl onder Thema's/Wetgeving/Dossiers/Awb/Voorontwerpen.

zogenoemde 'massale bezwaarschriften' (art. 25a AWR). De inspecteur kan eigener beweging besluiten tot het voeren van enkele proefprocedures. Ten aanzien van de andere besluiten wordt vervolgens bepaald dat zij zijn te beschouwen als een 'massaal' bezwaar. De uitkomst van de proefprocedures is voor de rechtsvragen die (ook) in de andere procedures aan de orde zijn, bepalend. De Commissie meent dat deze regeling een nuttige bijdrage levert aan een doelmatige rechtsbescherming. Het verdient daarom aanbeveling te onderzoeken of deze regeling een breder toepassingsbereik kan krijgen.

4.1.8 Voorafgaande uitspraak; rechtsingang bestuur

De Commissie heeft zich afgevraagd of bestuursorganen bij onzekerheid over de rechtmatigheid van voorgenomen (complexe) besluitvorming de mogelijkheid zouden moeten hebben om op voorhand aan de bestuursrechter een declaratoire uitspraak te vragen. Ofschoon de Commissie er begrip voor heeft dat het bestuur soms behoefte heeft aan zekerheid op voorhand, wijst zij deze optie af. Bestuursorganen behoren, gelet op hun staatsrechtelijke positie en de hun toegekende bestuursbevoegdheden, zelf verantwoordelijkheid voor de besluitvorming te nemen. Hiertoe behoort ook het (in eerste instantie) toepassen van wet en ongeschreven recht. Dit geldt ook buiten de sfeer van de complexe besluiten. Derhalve is de Commissie ook geen voorstander van een model waarbij het bestuur de rechter zou kunnen verzoeken om aan een burger een boete of een last onder dwangsom op te leggen. Een bijkomend argument hiervoor is dat een dergelijke rechtsingang voor het bestuur voor de bestuursrechter een aanzienlijke werklast zou kunnen meebrengen.[223]

4.1.9 De verhouding tussen de bestuursrechtelijke rechtsgangen

Hiervoor heeft de Commissie een voorkeur uitgesproken voor een 'duaal' stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming ('scenario twee'). Gelet hierop heeft de Commissie zich beraden over de verhouding tussen enerzijds de vernietigingsactie en anderzijds de toekomstige bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedure. De Commissie wil daarbij allereerst enige mogelijke misverstanden wegnemen.

Op het eerste gezicht zou men kunnen denken dat met de bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedure een derde rechtsbeschermingsprocedure in het leven wordt geroepen, die gaat concurreren met de civiele procedure en daardoor het stelsel van rechtsbescherming ingewikkelder maakt. Dat is uitdrukkelijk niet de bedoeling. De Commissie is juist voorstander van een bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedure, opdat de bestuursrechter voor geschillen, voortvloeiend uit bestuursrechtelijke rechtsbetrekkingen, de aanvullende rechtsbeschermingstaken van de burgerlijke rechter kan

223. De Commissie merkt nog op dat met het creëren van een rechtsingang voor het bestuur natuurlijk nog geen antwoord is gegeven op de vraag of vorderingen van het bestuur toewijsbaar zijn. Dit is immers geen procestechnische vraag. Hierover lijkt in de literatuur soms onduidelijkheid te bestaan. Zo schrijft Zijlstra (S.E. Zijlstra, De toekomst van de rechtsbescherming. Het conceptrapport van de VAR-commissie Rechtsbescherming kritisch besproken, NTB 2003/6, p. 166-167): 'Wat betreft subsidies vind ik invoering van een recht voor het bestuur om de gesubsidieerde prestatie af te dwingen, veel te ver gaan.' De Commissie is het daar mee eens, maar de vraag óf een prestatie kan worden afgedwongen, is een vraag van materieel recht, te onderscheiden van de vraag of er (in abstracto) een rechtsingang bestaat.

overnemen. Daardoor zou het stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid juist worden gestroomlijnd.

De verhouding tussen de vernietigingsactie en de verzoekschriftprocedure wordt in de visie van de Commissie primair bepaald door hetgeen men in rechte wenst te bereiken. De vernietigingsactie met bijbehorend 'besluitenprocesrecht' is bedoeld voor gevallen waarin appellant de vernietiging van een 'echt' besluit wil bewerkstelligen. Daarbij zal het begrip besluit strikter moeten en kunnen worden uitgelegd dan thans het geval is. De verzoekschriftprocedure is bedoeld voor het verkrijgen van een andere uitspraak, zoals een veroordeling tot schadevergoeding of de vaststelling van een andere financiële aanspraak.[224]

Bij een voortschrijdende ontvlechting van bestuursrechtelijke rechtsgangen, zoals door de Commissie bepleit, zal deze vraag naar de verhouding tussen het vernietigingsberoep en de overige acties bij de bestuursrechter steeds pregnanter worden. Maar in wezen doet deze vraag zich nu reeds voor. Ook naar geldend recht is sprake van samenloop en zelfs concurrentie van rechtsgangen, met dien verstande dat het 'bestuursrechtelijke' 'recours subjectif' thans nog voor een belangrijk deel is ondergebracht bij de burgerlijke rechter. Voor geschillen over de aansprakelijkheid voor vernietigde besluiten is dit 'recours' naar Nederlands recht zelfs verdeeld over een civiele rechtsgang (onrechtmatigedaadsactie) en twee bestuursrechtelijke rechtsgangen (zelfstandig schadebesluit en toepassing art. 8:73 Awb). Inspiratie voor procedurele regels over de verhouding van rechtsgangen kan dan ook voor een belangrijk deel worden ontleend aan geldend recht.

De Commissie stelt daarbij voorop dat voor de vernietigingsactie tegen 'echte' besluiten een korte beroepstermijn zal moeten blijven gelden. Indien een belanghebbende een besluit vernietigd wil zien, zal hij binnen deze termijn in actie moeten komen. Als hij dit niet, dan wel zonder succes, doet, wordt het besluit als zodanig in rechte onaantastbaar. In zoverre blijft het leerstuk van de formele rechtskracht gelden. Deze onaantastbaarheid dient volgens de Commissie in beginsel door te werken in eventuele latere verzoekschriftprocedures.

Daarbij passen echter wel enige nuanceringen.[225] De Commissie verstaat onder onaantastbaarheid: de onmogelijkheid om – uitzonderingen daargelaten – de beoogde rechtsgevolgen van het besluit als zodanig in rechte aan te tasten. Hier duikt opnieuw het onderscheid tussen 'recours objectif' en 'recours subjectif' op. Dat een besluit onaantastbaar is, betekent bijvoorbeeld niet noodzakelijkerwijs dat het besluit rechtmatig is. Een onaantastbaar besluit kan wel degelijk een onrechtmatige daad *jegens* een belanghebbende impliceren. Deze onrechtmatigheid kan door de bestuursrechter afzonderlijk in het kader van een verzoekschriftprocedure worden beoordeeld. Dit is van groot belang. Het betekent namelijk dat, in afwijking van het geldende recht, een belanghebbende in een verzoekschriftprocedure met succes schadevergoeding zou

224. Zo zou denkbaar zijn dat ter verkrijging van een uitspraak over de hoogte van een belastingschuld een verzoekschriftprocedure wordt gevolgd. Dat het bestuur deze belastingschuld in eerste instantie vaststelt bij besluit (een aanslag) staat daar op zichzelf niet aan in de weg.

225. De Commissie kan zich goed vinden in de beschouwingen van Roozendaal, die heeft betoogd dat het leerstuk van formele rechtskracht op punten aanpassing behoeft. Zie: B.J.P.G. Roozendaal, De toekomst van de formele rechtskracht, Overheid & Aansprakelijkheid 2003/4, p. 149 e.v.

kunnen vorderen, hoewel het besluit, wat de beoogde rechtsgevolgen betreft, onaantastbaar is.

Hiermee neemt de Commissie afstand van een strikte toepassing van het leerstuk van de formele rechtskracht.[226] Dit lijkt temeer verdedigbaar nu dit leerstuk door de Hoge Raad primair is ontwikkeld om een werkbare rechtsmachtverdeling tussen de bestuursrechters en de civiele rechter te realiseren. Tegenstrijdige rechtspraak moest worden voorkomen. Dit argument legt echter minder gewicht in de schaal wanneer de bestuursrechtelijke geschilbeslechting op termijn volledig bij de bestuursrechter wordt geconcentreerd. Wél speelt nog het rechtszekerheidsargument, dat eveneens aan het leerstuk van formele rechtskracht ten grondslag ligt. Maar dit argument is naar het oordeel van de Commissie niet in geding, indien wordt aanvaard dat in een bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedure géén vordering kan worden toegewezen waarvan het effect materieel gelijkstaat aan de vernietiging van het (reeds onaantastbare) besluit. Zo zou de bestuursrechter een vordering strekkende tot onrechtmatigverklaring en verkrijging van een verbod tot tenuitvoerlegging van een beschikking nietontvankelijk moeten verklaren als een beschikking niet in een vernietigingsberoep ter discussie is gesteld.

Ook in de spiegelbeeldige situatie moeten de objectieve en de subjectieve rechtsgang worden onderscheiden. Indien een besluit in het 'recours objectif' door de bestuursrechter is vernietigd, is dit een belangrijke aanwijzing dat het besluit onrechtmatig is. Maar niet meer dan een aanwijzing, omdat de onrechtmatigheid naar het oordeel van de Commissie, anders dan thans het geval is,[227] afzonderlijk op basis van een daartoe strekkende vordering door de bestuursrechter moet worden vastgesteld. Omdat het mogelijk moet zijn de vernietigingsactie te combineren met een verzoek inzake schadevergoeding, hoeft er geen sprake te zijn van een ondoelmatige stapeling van procedures. De vernietigingsprocedure en de verzoekschriftprocedure moeten worden onderscheiden, maar kunnen in het bestuursproces desgewenst praktisch in elkaar overvloeien. Maar zij kunnen ook volgtijdelijk worden ingesteld, bijvoorbeeld omdat de omvang van de schade pas later bekend wordt.

Deze gedachtegang, die haar inspiratie mede vindt in de door de Hoge Raad ontwikkelde regels voor de verhouding tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter, kan ook bij andersoortige bestuursrechtelijke procedures worden toegepast. De Commissie moet hier volstaan met een enkel voorbeeld. Indien een belastingaanslag onaantastbaar is geworden, kan de hoogte van de belastingschuld in beginsel[228] ook niet meer in het kader van de verzoekschriftprocedure ter discussie worden gesteld. Maar de verzoekschriftprocedure zou nog wel kunnen worden benut voor het aan de bestuursrechter voorleggen van bijvoorbeeld een geschil over de invordering. Iets dergelijks geldt als na het onaantastbaar worden van een intrekking van een subsidie een bedrag wordt teruggevorderd en een geschil ontstaat over de vraag of de vordering van het bestuur al dan niet is verjaard. De intrekking zelf geldt dan in de

---

226. Vgl. HR 16 mei 1986, AB 1986, 573 m.nt. JRSt.
227. Vgl. HR 31 mei 1991, AB 1992, 290 m.nt. FHvdB. Zie verder: R.J.N. Schlössels, Overheidsaansprakelijkheid voor vernietigde besluiten. Een wondere wereld van juridische spinsels, wartaal en klassieke leerstukken?, in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt, Deventer 2003, p. 515 e.v., i.h.b. p. 520-526.
228. In EHRM 16 april 2002, no. 36677/97 (Dangeville) moest iets dergelijks volgens het EHRM wel kunnen, maar die zaak betrof een nogal buitenissige casus.

regel als gegeven, maar de vraag naar de verjaring kan in de verzoekschriftprocedure ten volle aan de orde komen. De verjaringsproblematiek behoort tot de wereld van het 'recours subjectif' (het betreft immers de vraag of voor een schuld nog een rechtsvordering bestaat) en staat in beginsel los van het uitoefenen van de intrekkingsbevoegdheid.[229] Een laatste voorbeeld: als een burger krachtens een onaantastbaar besluit een bedrag aan de overheid heeft betaald, kan deze betaling in beginsel niet meer in een verzoekschriftprocedure als onverschuldigd worden teruggevorderd.[230]

De Commissie gebruikt hier bewust steeds de uitdrukkingen 'in beginsel' en 'in de regel'. In bijzondere situaties kunnen uitzonderingen op het 'nieuwe' leerstuk van de formele rechtskracht nodig zijn. In het door de Commissie voorgestane stelsel van rechtsbescherming, waarin de bestuursrechtelijke geschilbeslechting zoveel mogelijk bij één rechter (de algemene bestuursrechter) wordt geconcentreerd, is er ook meer ruimte voor een genuanceerde toepassing van dit leerstuk, omdat dit geen gevolgen meer zal hebben voor de taakverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter. Overigens is en wordt het leerstuk van de formele rechtskracht op punten reeds herijkt. De Commissie wijst op de (nieuwe) rechtspraak over de aansprakelijkheid bij niet tijdig besluiten[231] en de – de overigens nog niet naar tevredenheid opgeloste – problematiek van de verhouding tussen de figuur van het onzuiver schadebesluit en 'zelfstandige' nadeelcompensatieclaims.[232]

4.2 De bestuursrechtelijke rechtsbetrekking

4.2.1 Inleiding

Zoals hiervoor aangegeven wil de Commissie de rechtsmacht van de bestuursrechter loskoppelen van het besluitbegrip. Derhalve zal de wetgever deze rechtsmacht op een andere manier moeten omschrijven. Vervolgens moet zowel het klassieke besluitenprocesrecht als de verzoekschriftprocedure in het nieuwe stelsel worden ingepast.

Tot dusver is de wetgever bij het bepalen van de rechtsmacht van de Nederlandse bestuursrechter altijd uitgegaan van een zogenoemde fundamentum petendi-benadering: de werkelijke aard van de rechtsverhouding is bepalend. Zo is het besluitbegrip een materieel begrip, dat aanknoopt bij het begrip publiekrechtelijke rechtshandeling. De bestuursrechter acht zich bijgevolg niet reeds bevoegd zodra een appellant stelt dat

---

229. Vgl. hierover: J.H.M.F. Teunissen, Verjaring bij publiekrechtelijke betalingsaanspraken uit onverschuldigde betaling, Gst. 7189, 120.
230. Hoe strikt het leerstuk van formele rechtskracht in dit kader toepassing vindt (dan wel mag vinden), is mede afhankelijk van communautair recht. Vgl. HR 24 februari 2003, AB 2003, 120 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (Maple Tree Holding B.V.). Zie in dit verband ook: E. Steyger, Formele rechtskracht geen rustig bezit meer (Verwachting), NTB 2003/1, p. 231.
231. Hierover: B.P.M. van Ravels, De formele rechtskracht van een fictie, in: B.P.M. van Ravels, Van Voorst van Beest (red.), Natuurlijk van belang (Van Wijmen-bundel), Deventer 2003, p. 133 e.v. en A.M.L. Jansen, Formele rechtskracht na stilzitten. De CRvB als leading judge, NJB 2003/33, p. 1752 e.v.
232. Zie voor een compleet overzicht van relevante literatuur en rechtspraak ten aanzien van deze materie: G.C.W. van der Feltz, Niet geregelde nadeelcompensatie en formele rechtskracht. Er zij licht!, NTB 2003/7, p. 209 e.v. Zie ook: J.A.M.A. Sluysmans, N.W.A. Tollenaar, Vergoeding van schade en de fuik van de formele rechtskracht, Gst. 7185, 81 en B.J.P.G. Roozendaal, De toekomst van de formele rechtskracht, Overheid & Aansprakelijkheid 2003/4, p. 149-159, i.h.b. p. 155-156.

er sprake is van een zodanige rechtshandeling, maar toetst zelf of daadwerkelijk sprake is van een besluit. Hierbij speelt onder meer het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht (de afbakening tussen besluiten en rechtshandelingen naar burgerlijk recht) een belangrijke rol. Als bekend is deze 'magische lijn' soms moeilijk te trekken. Iedere verdeling van rechtsmacht die aansluit bij het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht, zal leiden tot schemergebieden.

Toch meent de Commissie dat de aard van de rechtsbetrekking in geschil bepalend moet zijn voor de rechtsmachtverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter. Dit criterium bevordert zowel de eenheid van geschilbeslechting tussen burgers en bestuur als de ontwikkeling van het bestuursrecht op langere termijn. Besturen omvat nu eenmaal meer dan besluiten nemen. Het nemen van besluiten is een zeer belangrijke activiteit van het bestuur, maar niet de enige. De Commissie acht het voor de langere termijn geen goede benadering om het vraagstuk van verdeling van rechtsmacht te blijven koppelen aan pragmatische gegevenheden, zoals de specialisatie van rechters. De veelgehoorde gedachte dat geschillen over aansprakelijkheid bij de burgerlijke rechter horen, *omdat* deze daarin is gespecialiseerd, spreekt de Commissie niet aan.[233] Uiteindelijk vloeit specialisatie van rechters voort uit de rechtsmachtverdeling en niet omgekeerd.

De meest vérstrekkende uitwerking van de leer van het fundamentum petendi zou meebrengen dat de bestuursrechter, behoudens wettelijke uitzonderingen, bevoegd wordt kennis te nemen van alle geschillen die voortvloeien uit een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Naar het oordeel van de Commissie zou dit in de toekomst inderdaad het criterium moeten worden voor de bevoegdheid van de bestuursrechter. Het concept van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking sluit, als gesteld, goed aan bij de basisfilosofie van de Awb en bij artikel 112 van de Grondwet. Ook wordt het in dit concept mogelijk om zo nodig een rechtsingang voor het bestuur te realiseren. Indien men het wenselijk zou achten om ook geschillen over algemeen verbindende voorschriften ('bestuurswetgeving') onder de bevoegdheid van de bestuursrechter te brengen – de Commissie spreekt zich daarover thans niet uit – zou ook dat goed in het concept van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking passen.

De Commissie gebruikt het begrip rechtsbetrekking hier in een meer neutrale zin. Zij onderschrijft daarmee uitdrukkelijk niet de gedachte dat iedere rechtsrelatie tussen bestuur en burger kan worden vertaald in 'subjectieve' aanspraken en verplichtingen. Integendeel, publieke rechtsvorming – het nemen van 'echte' besluiten – is primair een objectiefrechtelijke aangelegenheid. Iets anders is dat subjectieve rechten van burgers door een besluit kunnen worden getroffen.

Het criterium van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking roept uiteraard de vraag op, wanneer en op welke grond een rechtsbetrekking dan als bestuursrechtelijk moet worden aangemerkt. Naar het oordeel van de Commissie zijn bij de beantwoording van deze vraag twee hoofdvarianten denkbaar: een meer formeel georiënteerde subjectum litis-benadering en een zuivere materiële fundamentum petendi-benadering.

---

233. Vgl. S.E. Zijlstra, De toekomst van de rechtsbescherming. Het conceptrapport van de VAR-commissie Rechtsbescherming kritisch besproken, NTB 2003/6, p. 165.

4.2.2 De subjectumlitis-benadering

De eerste benadering gaat ervan uit dat de bestuursrechter bevoegd is van een geschil kennis te nemen zodra het bestuur bij de rechtsbetrekking is betrokken. Bepalend is de formele definitie van het begrip 'bestuur'. Pront-Van Bommel hanteert in haar proefschrift (onder meer) het uitgangspunt van het subjectum litis.[234] Voorstanders van deze benadering plegen te beklemtonen dat zij nauwelijks afbakeningsproblemen oproept, mits het begrip 'bestuur' duidelijk wordt gedefinieerd. Daartegen kan worden ingebracht dat aldus slechts schijnzekerheid wordt geschapen. Begrippen als 'bestuur' of 'bestuursorgaan' roepen hun eigen specifieke definitieproblemen op. Er is meer 'bestuur' dan men gelet op artikel 1:1 Awb in eerste instantie zou vermoeden. De onzekerheid over de reikwijdte van het begrip 'bestuur' heeft er bijvoorbeeld toe geleid dat het 'subjectum litis' in het Franse bestuursrecht wel een eerste, maar géén doorslaggevend criterium is om bestuursrechtelijke rechtsbetrekkingen te onderscheiden van civielrechtelijke.

Een ander mogelijk bezwaar tegen de subjectumlitis-benadering is dat zij licht zou kunnen leiden tot een zwart-wit onderscheid tussen bestuursorganen en rechtspersonen, waarbij rechtsbetrekkingen tussen overheidsrechtspersonen en burgers bijna per definitie als privaatrechtelijk worden aangemerkt. De Commissie vraagt zich echter af of dit wel recht doet aan de bestuursrechtelijke werkelijkheid. Overheidsrechtspersonen sluiten bijvoorbeeld ook overeenkomsten met een overwegend publiekrechtelijke inhoud.

4.2.3 Fundamentum petendi

Een alternatief voor de subjectum litis-benadering biedt de meer materieel georiënteerde fundamentum petendi-leer. Volgens sommigen schept deze benadering nog meer onzekerheid dan het besluitbegrip. De Commissie meent evenwel dat er relatief eenvoudig onderscheidende criteria kunnen worden ontwikkeld. Het antwoord op de vraag of een rechtsbetrekking als 'bestuursrechtelijk' moet worden aangemerkt, zal dan door de rechter worden gegeven aan de hand van een verzameling van materiële criteria. De Commissie wijst met name op het openbaargezagscriterium (een door een geschreven bestuursbevoegdheid beheerste rechtsbetrekking is bestuursrechtelijk) en het – aanvullende – 'publieke taak'-criterium. Maar óók het klassieke onderscheid tussen 'de overheid als zodanig' en de 'overheid op gelijke voet met een particulier' kan een functie vervullen.

Naar het oordeel van de Commissie zal in de meeste geschillen tussen burger(s) en bestuur snel duidelijk zijn dat er sprake is van een geschil dat voortvloeit uit een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. In het schemergebied is enige onzekerheid onvermijdelijk, maar dat geldt ook voor het huidige besluitbegrip. Bovendien wijst de Commissie erop dat de wetgever bij de invulling van het criterium van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking aanvullende regie kan en moet voeren door geschillen

234. Pront-Van Bommel (2002), p. 37-38, 75, 90, 95-96, 282 e.v.

uitdrukkelijk wel of juist niet aan de bestuursrechter toe te wijzen (positieve, respectievelijk negatieve enumeratie).

De Commissie volstaat met deze globale verkenning. Zij maakt geen keuze voor één bepaalde benadering. Wél wijst zij er nogmaals op dat zowel het Franse als Duitse bestuursrecht de rechtsmacht van de (algemene) bestuursrechter in beginsel koppelt aan de idee van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking.[235] Hierbij biedt de materiële benadering – en dus de 'aard' van de rechtsbetrekking – de doorslag. Deze rechtsstelsels leren derhalve dat het mogelijk is om het concept van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking in voldoende mate te operationaliseren.

Indien de rechtsmacht van de bestuursrechter op termijn zou worden gekoppeld aan het concept van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking beveelt de Commissie met het oog op de rechtszekerheid wel aan om althans in eerste instantie aan te knopen bij wettelijke bestuursbevoegdheden en geschreven publieke taken.

Ten slotte nog een opmerking over het begrip 'bestuursrechtelijke verbintenis'. In haar proefschrift heeft Pront-Van Bommel het standpunt ingenomen dat het concept van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking minder geschikt zou zijn voor de afbakening van de rechtsmacht van de bestuursrechter. Als alternatief stelt zij daarom voor om deze rechtsmacht te koppelen aan het begrip 'bestuursrechtelijke verbintenis'.[236] De Commissie plaatst vraagtekens bij deze benadering. In het voorafgaande werd reeds aangestipt dat de invulling van het begrip 'subjectief recht' in het bestuursrecht problemen met zich brengt. Het Duitse bestuursrecht, dat is verzand in eindeloze theorievorming over dit begrip,[237] is in dit kader veelzeggend. De Commissie is daarom geen voorstander van de introductie van het begrip 'bestuursrechtelijke verbintenis' in het bestuursprocesrecht. Dit rechtsdogmatische begrip, dat traditioneel een sterke civielrechtelijke inkleuring kent, zou wellicht nog meer interpretatievragen oproepen.

Los hiervan merkt de Commissie op dat ook het begrip verbintenis geen sluitend antwoord geeft op de vraag wanneer een geschil bestuursrechtelijk van aard is. In dat opzicht voegt het begrip bestuursrechtelijke verbintenis op het punt van de rechtsmachtverdeling weinig toe aan het meer neutrale en bredere concept van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Uit een zodanige rechtsbetrekking kunnen geschillen voortvloeien die betrekking hebben op een 'verbintenis', maar ook geschillen waarin als vanouds objectiefrechtelijke rechtmatigheidsvragen centraal staan. De Commissie kiest er immers voor om voor 'echte' besluiten ook het klassieke vernietigingsberoep te handhaven.

---

235. Zie voor een (literatuur)overzicht: R.J.N. Schlössels, Het besluitbegrip en de draad van Ariadne. Enige beschouwingen over de rechtsmacht van de bestuursrechter, oratie KUN, Den Haag 2003, p. 15-20. Zie ook: N. Verheij, Bevoegdheidsverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, nr. 50, Deventer 1994 (hoofdstuk 3 en 4).
236. S. Pront-van Bommel, Bestuursrechtspraak, diss. UvA 2002, Den Haag 2002, p. 83 e.v.
237. Hierover: H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Auflage, München 2002, p. 160 e.v.

4.3 Het belanghebbendebegrip

4.3.1 Inleiding: monochroom of niet?

Een van de dragende begrippen van de Algemene wet bestuursrecht is het begrip 'belanghebbende' (art. 1:2 Awb).[238] Dit begrip steunt op een lange rechtsculturele traditie. De Awb bouwt hier voort op de Wet Arob, maar het begrip kwam ook reeds voor in de ontwerpen-Loeff uit 1905, die op hun beurt weer inspiratie putten uit Saksisch en Frans recht.[239] De laatste jaren is echter, onder meer in het kader van de juridiseringsdiscussie, regelmatig de vraag opgeworpen of het belanghebbendebegrip niet te ruim of juist te beperkt is.[240]

In de meest elementaire vorm is een belang niets anders dan een 'verschilmoment'.[241] Iemand heeft belang bij een besluit indien hij daarvan (potentieel) voor- of nadeel ondervindt. Dit voor- of nadeel kan materieel of immaterieel zijn, maar moet wel objectief bepaalbaar zijn.[242]

In het stelsel van de Awb vervult het belanghebbendebegrip twee functies. In de eerste plaats bakent het de kring van personen af die toegang hebben tot de rechtsbescherming. Ingevolge artikel 8:1, tweede lid, Awb kan, tenzij een bijzondere wet anders bepaalt, dan wel uit communautair of internationaal recht een ruimere toegang voortvloeit, slechts een belanghebbende in de zin van artikel 1:2 Awb tegen een besluit bezwaar maken of beroep instellen. In dit kader is het belanghebbendebegrip 'van openbare orde'.[243] De rechter dient derhalve ambtshalve te waken over een juiste toepassing van dit begrip. Dit heeft een overvloedige rechtspraak opgeleverd.

In de tweede plaats bakent het belanghebbendebegrip in beginsel ook de kring van personen af die bij de voorbereiding van een besluit moeten worden betrokken (zie bijvoorbeeld de artikelen 4:7 en 4:8 Awb). Opmerkelijk is dat de Awb voor de besluitvormingsfase hetzelfde belanghebbendebegrip hanteert als voor de rechtsbeschermingsfase. De vraag of iemand belanghebbende is bij de voorbereiding van een besluit wordt in één adem beantwoord met de vraag of deze persoon, nadat het besluit is genomen, toegang behoort te hebben tot de bestuursrechter. De wetgever heeft er dus voor gekozen om aan dit begrip in de non-contentieuze én contentieuze fase dezelfde

238. Recent in kaart gebracht door J.C.A. de Poorter, De belanghebbende. Een onderzoek naar de betekenis van het belanghebbendebegrip in het bestuurs(proces)recht, diss. UvT 2003, Den Haag 2003.
239. Zie hierover bijv. M.W. Scheltema, De ontvankelijkheid der administratieve rechtsvordering, diss. RUL, Leiden 1908.
240. Vgl. S. Pront-van Bommel, Bestuursrechtspraak. Voorstellen voor modernisering van de bestuursrechtspraak, diss. UvA, Amsterdam 2002, p. 119.
241. De Commissie mengt zich niet in de discussies over het moeilijk grijpbare begrip 'belang'. Verwezen wordt naar de theoretische beschouwingen in: J. van Baars, Point d'intérêt, point d'action, diss. VU, Amsterdam 1971; P.C.E. van Wijmen, Recht, belang en rechtsbescherming. Actie en belang, forum en toetsingsgrond; een dwarsdoorsnede van de rechtsbescherming tegen het overheidsbestuur, diss. VU, Den Haag1981 en C.A. Groenendijk, Bundeling van belangen bij de burgerlijke rechter, diss. KUN, Zwolle 1981.
242. Het belanghebbendebegrip dient te worden onderscheiden van het procesbelang. Een belanghebbende die géén procesbelang aannemelijk kan maken, heeft geen belang (meer) bij een uitspraak. Vgl. van Wijk, Konijnenbelt & van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, 12e druk, Den Haag 2002, p. 555 e.v. en uitvoerig J.C.A. de Poorter, De belanghebbende. Een onderzoek naar de betekenis van het belanghebbendebegrip in het bestuurs(proces)recht, diss. UvT 2003, Den Haag 2003, p. 197 e.v. Deze problematiek blijft in dit rapport verder rusten.
243. Zie in dit kader: R.J.M.G. Widdershoven, R.J.N. Schlössels, F.A.M. Stroink e.a., Algemeen bestuursrecht 2001. Hoger Beroep, Den Haag 2001, p. 175.

betekenis toe te kennen. Men spreekt wel van een 'monochrome' inkleuring van het belanghebbendebegrip.[244]

Hiermee is, zoals Van Male heeft gesteld,[245] de materieelrechtelijke rechtspositie van rechtssubjecten in beginsel afhankelijk geworden van hun procesrechtelijke positie. Deze benadering is voor het bestuur in zoverre aantrekkelijk dat op basis van de ontvankelijkheidsrechtspraak van de rechter kan worden bepaald of een persoon belanghebbende is in de non-contentieuze fase.

Het is de vraag of de 'monochrome' benadering soms niet te ongenuanceerd is. Zij leidt in ieder geval tot een minder gelukkig verschil tussen de begrippen 'belanghebbende' en 'belang'. Een persoon of entiteit kan aan de eisen van artikel 1:2 Awb voldoen, terwijl het belang dat hij vertegenwoordigt uiteindelijk geen rol kan spelen in het besluitvormingsproces.

Dit komt doordat 'belang' normatief, maar 'belanghebbende' feitelijk wordt opgevat. De besluitvorming door een bestuursorgaan is gericht op eenzijdige rechtsvorming. Deze rechtsvorming is steeds doelgebonden. Daarom stelt het specialiteitsbeginsel grenzen aan de belangen die bij de rechtsvorming mogen meewegen.[246] Maar om als belanghebbende te worden aangemerkt is in het stelsel van de Awb voldoende dat men feitelijk in enig belang is geraakt. Dientengevolge kan een buurman belanghebbende zijn bij een planologische vrijstelling voor de uitbreiding van een discotheek, hoewel zijn 'openbare orde en overlast'-bezwaren bij de besluitvorming niet inhoudelijk mogen meewegen.

Deze buurman ontleent de status van belanghebbende kennelijk aan de gedachte dat degene die feitelijk door een besluit in enig belang wordt geraakt, reeds daarom 'aanspraak' kan maken op een rechtmatig besluit.[247] Hij kan als lid van de publieke rechtsgemeenschap de objectieve rechtmatigheid van het besluit 'claimen'. Dit past typisch bij de 'recours objectif'-gedachte. Toch is het de vraag of de toegang tot de bestuursrechtelijke rechtsbescherming in de toekomst niet beter kan worden beperkt tot belanghebbenden die een rechtens beschermd belang aannemelijk kunnen maken. De Commissie komt hierop terug.

Ook de spiegelbeeldige situatie kan zich in het huidige bestuursprocesrecht voordoen. Het komt voor dat een persoon door een besluit evident wordt geraakt in een concreet, materieel belang, maar toch niet als belanghebbende wordt aangemerkt, met als gevolg dat hem de toegang tot de rechter wordt ontzegd. Dit is problematisch. De Commissie heeft er in paragraaf 3.1.3 op gewezen dat zodra een besluit materieel neerkomt op het vaststellen van iemands 'civil rights and obligations', betrokkene toegang moet hebben tot een onafhankelijke en onpartijdige rechter (art. 6 EVRM). In het Nederlandse stelsel betekent dit dat een (te) beperkte uitleg van het belanghebbendebegrip kan meebrengen dat de burgerlijke rechter bij op zichzelf voor beroep bij de

---

244. Vgl. de interventie van L.J.A. Damen bij de VAR-preadviezen inzake 'De belanghebbende' uit 1992 (VAR-reeks 109), p. 25-28.
245. R.M. van Male, Enkele aspecten van het begrip belanghebbende in de Algemene wet bestuursrecht, in: De belanghebbende, VAR-reeks 108, Den Haag 1992, p. 25.
246. Zie meer uitvoerig over deze problematiek: R.J.N. Schlössels, Het specialiteitsbeginsel. Over de structuur van bestuursbevoegdheden, wetmatigheid van bestuur en beleidsvrijheid, diss. UM, Den Haag 1998, p. 196.
247. Deze gedachte wordt bijvoorbeeld verdedigd door J.C.A. de Poorter, a.w.; zie expliciet ook zijn preadvies voor de Jonge VAR 2003, te vinden op www.verenigingvoorbestuursrecht.nl (verschijnt in druk 2004).

bestuursrechter vatbare besluiten toch aanvullende rechtsbescherming moet bieden. Dit maakt het systeem van rechtsbescherming mogelijk strijdig met de in paragraaf 3.1.3 beschreven eis van het EVRM dat zo'n systeem helder en samenhangend moet zijn.

Een schoolvoorbeeld van zo'n geval biedt het Montenegro-arrest.[248] Buitenlandse zeelieden kwamen in beroep tegen een subsidiebesluit dat was gericht tot hun Nederlandse werkgever. Daarin was de omstreden voorwaarde opgenomen dat deze zeelieden niet op een bepaald schip zouden mogen varen. Niettemin werd hun beroep door de bestuursrechter niet ontvangen, omdat de zeelieden slechts een 'afgeleid belang' zouden hebben. De zeelieden wendden zich vervolgens tot de burgerlijke rechter, die de voorwaarde jegens hen onrechtmatig oordeelde. Scheltema en Scheltema, die deze problematiek uitvoerig analyseren, menen dat overeind kan worden gehouden dat werknemers in het algemeen geen belanghebbenden zijn bij besluiten die zich richten tot hun werkgevers, maar dat de zeelieden in dit geval wél belanghebbenden waren omdat de specifieke subsidievoorwaarde juist jegens hen onrechtmatig was.[249] Hierna komt dit leerstuk van het 'afgeleid belang' uitvoeriger aan de orde.

Op deze plaats stelt de Commissie vast dat het zojuist geschetste probleem, dat zich overigens maar sporadisch voordoet, eenvoudig kan worden ondervangen door het begrip belanghebbende zo nodig 'EVRM-conform' uit te leggen. Een ieder wiens 'civil rights' door een besluit worden bepaald, zou als belanghebbende moeten worden aangemerkt. Dat is overigens slechts een minimuminvulling van het belanghebbendebegrip. Zij voorkomt echter in ieder geval dat personen die ingevolge het EVRM-recht toegang tot de rechter hebben, zich in een bestuursrechtelijke context toch tot de burgerlijke rechter moeten wenden.

4.3.2 De besluitvormingsfase

4.3.2.1 Algemeen

Hoewel de Commissie zich richt op de rechtsbescherming, moet zij in dit verband eerst bezien wat het begrip belanghebbende betekent in het besluitvormingsrecht. Deze vraag is niet voor alle besluitvormingsprocessen relevant. Soms is het recht om in de bestuurlijke besluitvorming te participeren toegekend aan 'een ieder', los van enig concreet belang bij de uitkomst van de besluitvorming. Dit geldt bijvoorbeeld bij de voorbereiding van bestemmingsplannen (art. 23 WRO jo. art. 3:13, tweede lid, Awb) en milieuvergunningen (art. 8.6 Wet milieubeheer jo. art. 3:24, eerste lid, Awb). Men spreekt dan van wel van een 'actio popularis'. Deze ligt thans onder vuur.[250] In die discussie behoeft de Commissie zich echter niet te mengen. Niemand bepleit een actio popularis voor alle besluiten. Bij de meeste besluiten rijst dus de vraag, wie bij de voorbereiding daarvan moeten worden betrokken.

---

248. HR 20 november 1987, NJ 1988, 843.
249. M.W. Scheltema, M. Scheltema, Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht, Deventer 2003, p. 304-305.
250. Vgl. o.m. het 'Strategisch akkoord' van CDA, LPF en VVD (Kamerstukken II 2001/02, 28 375, nr. 5).

Bij een bestuurlijk besluitvormingsproces moeten volgens de Commissie alle (rechts)personen worden betrokken die mogelijkerwijs drager zijn van belangen, waarmee het bestuursorgaan, mede gelet op het specialiteitsbeginsel (art. 3:4, eerste lid, Awb), mogelijkerwijs rekening moet houden. Dit zijn belangen die bij een eerste selectie voldoende bij het besluit betrokken zijn.

In deze eerste fase is de zorgvuldigheid van het besluitvormingsproces gediend met de erkenning van een tamelijk ruime kring van belanghebbenden. Het gaat in deze fase nog om een zorgvuldige inventarisatie, selectie en waardering van de betrokken belangen in het licht van het recht en de feiten. Daarbij ligt een feitelijke invulling van het belanghebbendebegrip voor de hand. Bepalend is of een nog niet nader gekwalificeerd belang bij een besluit voldoende aannemelijk is.

De Awb gaat uit van een feitelijk belanghebbendebegrip. Om als belanghebbende bij een besluit te worden aangemerkt, is niet vereist dat de besluitvorming van invloed is of kan zijn op (subjectieve) rechten of rechtens beschermde belangen van een persoon, al zal dit regelmatig wel het geval zijn. Evenmin vereist is dat het belang wordt beschermd door de beweerdelijk geschonden regel van objectief publiekrecht. Er geldt, met andere woorden, geen Schutznorm- of relativiteitsvereiste.

De Commissie onderschrijft deze benadering voor de besluitvormingsfase. In het bestuurlijk besluitvormingsproces moet het bestuursorgaan vaststellen welke belangen betrokken zijn en welke juridische status deze belangen hebben, alsmede beoordelen in hoeverre het deze belangen moet meewegen in het proces van rechtsvorming, dan wel daarmee op andere wijze rekening moet houden. Een beperkte opvatting van het belanghebbendebegrip, waarin belangen bij voorbaat juridisch worden gekwalificeerd, verdraagt zich naar het oordeel van de Commissie slecht met deze opdracht. In deze fase moet het bestuur betrokkenen juist ook de gelegenheid bieden om te betogen dat hun belangen juridisch relevant zijn.

Om te voorkomen dat de kring van (mogelijke) belanghebbenden té groot wordt, is echter wel een zekere beperking nodig. Op praktische gronden kan van een bestuursorgaan niet worden verwacht dat het zich bij de besluitvorming verdiept in alle mogelijke belangen van iedere persoon of entiteit die zich meldt. De rechtspraak heeft hiervoor bruikbare criteria ontwikkeld. Deze begrenzen de kring van belanghebbenden aan de hand van objectieve, maar niet specifiek juridische maatstaven. Volgens vaste jurisprudentie moet sprake zijn van een eigen, objectief bepaalbaar, actueel en persoonlijk belang.[251] Dit belang moet bovendien 'rechtstreeks' door het betrokken besluit worden geraakt (zie art. 1:2, eerste lid, Awb).

In de literatuur is erop gewezen dat laatstgenoemd criterium voor de besluitvormingsfase soms een te vérgaande beperking stelt.[252] De Commissie deelt deze opvat-

---

251. De rechtspraak is overvloedig. Voor overzichten moet kortheidshalve worden verwezen naar de handboeken. Zie voorts M.B. Koetser, 'Belanghebbende' volgens de rechtsprekende afdelingen van de Raad van State, in: De belanghebbende, VAR-reeks 108, Alphen aan den Rijn 1992. Voor een recent jurisprudentieoverzicht: R.J.N. Schlössels, Het belanghebbende-begrip: een blik op de actuele rechtspraak inzake artikel 1:2 lid 1 en 2 Awb, JBPlus 2001/3, p. 101 e.v. en J.C.A. de Poorter, De belanghebbende. Een onderzoek naar de betekenis van het belanghebbendebegrip in het bestuurs(proces)recht, diss. UvT 2003, Den Haag 2003, hoofdstuk 8.

252. Zie: H. Bolt, De Awb en het begrip 'belanghebbende', NJB 1993/15, p. 553-554 en J.L. Boxum, De kneedbaarheid van de belanghebbende, in: In wederkerigheid (Scheltema-bundel), Deventer 1997, p. 85 e.v.

ting. Het is voldoende dat een persoon een belang stelt dat mogelijkerwijs bij de besluitvorming is betrokken. In 'betrokkenheid' ligt reeds een causaliteitseis besloten.

4.3.2.2 Belangenorganisaties

In Nederland worden veelvuldig belangenorganisaties bij de besluitvorming betrokken. Voorzover dit de democratische legitimatie van de besluitvorming bevordert, is dit een goede zaak.[253] Er zijn in dit verband twee modellen denkbaar. In de eerste plaats kan de toegang tot de besluitvorming worden verleend door de bijzondere wetgever. In dat geval is het aan de bijzondere wetgever om af te wegen of de in het geding zijnde algemene belangen – bijvoorbeeld bescherming van het milieu of behoud van monumenten – rechtvaardigen dat belangenorganisaties formeel bij de besluitvorming worden betrokken. Het gaat dan om maatwerk.

De Awb gaat, in navolging van de jurisprudentie, een stap verder. Bestuursorganen moeten rechtspersonen die blijkens hun statuten en feitelijke werkzaamheden een bepaald collectief of algemeen belang in het bijzonder behartigen, in de regel bij de besluitvorming betrekken (art. 1:2, derde lid, Awb). Dit geldt zowel voor rechtspersonen die opkomen voor de belangen van hun leden, zoals een vakbond die de belangen van werknemers behartigt, als voor rechtspersonen die opkomen voor algemene belangen. Dit laatste is in het bijzonder van belang voor belangen die anders 'stemloos' zouden zijn, zoals het belang van een bedreigde diersoort.

Het bij de publieke besluitvorming betrekken van dergelijke organisaties *kan* de kwaliteit van deze besluitvorming verbeteren. Maar het bestuur, niet de belangenorganisatie als 'pseudo-overheid', draagt de eindverantwoordelijkheid voor de behartiging van het algemeen belang. Dat belangenorganisaties naar geldend recht op ruime schaal aan de besluitvorming kunnen deelnemen, heeft ook schaduwzijden. Deze organisaties hebben, als intermediaire structuren tussen overheid en individu, een bevoorrechte positie. Maar sommige van deze organisaties – met name stichtingen – zijn intern 'gesloten'. Dit plaatst vraagtekens bij hun representativiteit: vertegenwoordigt de organisatie werkelijk een substantiële groep burgers? In de juridiseringsdiscussie is voorts naar voren gebracht dat belangenorganisaties, met name in de sfeer van het omgevingsrecht, niet zelden juridische procedures gebruiken om politieke discussies in de rechtszaal voort te zetten, dan wel louter en alleen om de besluitvorming te vertragen. In dat licht zou de rechter kritischer kunnen toetsen of de organisatie voldoende representatief is (zie hierna).

4.3.3 De rechtsbeschermingsfase

4.3.3.1 Belanghebbende in een subjectieve en in een objectieve rechtsgang

Artikel 8:1, eerste lid, Awb koppelt het recht om tegen een besluit beroep in te stellen zonder meer aan de status van 'belanghebbende' als bedoeld in artikel 1:2 Awb. Inge-

253. Zie voor een rechtsvergelijkende en rechtspolitieke analyse: M.A. Heldeweg, R.J.N. Schlössels, R.J.G.H. Seerden, De kwadratuur van de algemeen belangactie? Over de legitimiteit van algemeen belangacties in democratisch-rechtsstatelijk en rechtsvergelijkend perspectief, RMThemis 2002/2, p. 43 e.v.

volge artikel 7:1, eerste lid, Awb geldt hetzelfde voor het recht om bezwaar te maken. De definitie van artikel 1:2 Awb bepaalt dus de toegang tot de rechtsbescherming. Deze definitie is een codificatie van decennia van jurisprudentie over de vraag wie tegen overheidsbesluiten een bestuursrechtelijk rechtsmiddel behoort te kunnen aanwenden.[254] Indringende studies[255] nemen niet weg dat het geldende recht vooral door de rechter is gevormd. De Awb-wetgever bouwt voort op deze casuïstische praktijk. Van een dogmatische herijking was geen sprake. Met name heeft de wetgever de definitie van 'belanghebbende' niet geënt op de rechtsbeschermingsdoelstelling van de Awb.[256]

Welke natuurlijke en rechtspersonen of andere entiteiten toegang dienen te hebben tot de bestuursrechter hangt volgens de Commissie af van het doel van bestuursrechtspraak. Ook hier is het onderscheid tussen een subjectieve en een objectieve rechtsgang van belang. Bij een subjectieve rechtsgang gaat het om de vraag wie door een overheidsbesluit zodanig in zijn materiële belangen wordt getroffen dat gesproken kan worden van een rechtsgeschil tussen het bestuursorgaan en de drager van die belangen. De rechtens relevante belangaantasting staat centraal. De kring van beroepsgerechtigden blijft beperkt tot rechtssubjecten en *hun* rechtsbelangen.

Daarmee is nog niet gezegd welke belangen de drager daarvan toegang tot de rechter kunnen verschaffen. In de meest radicale vorm van een 'recours subjectif' heeft slechts degene die aantasting van een subjectief recht aannemelijk maakt, toegang tot de rechter.[257] De aanlegger moet door een besluit in zijn rechtspositie zijn getroffen. Het woord 'recht' is hier bewust tussen aanhalingstekens geplaatst, omdat niet evident is wat wij in het bestuursrecht onder een subjectief recht moeten verstaan. Absolute en relatieve vermogensrechten vallen er in ieder geval onder. Voorts ligt het in het publiekrecht voor de hand om ook de klassieke grond- en mensenrechten tot de subjectieve rechten te rekenen. Ook dit zijn immers concrete, individuele aanspraken jegens de overheid.

Maar men kan in het bestuursrecht de verzameling van 'rechten' ook ruimer nemen. Men zou tot de publieke 'subjectieve' rechten ook kunnen rekenen de aanspraken van burgers die kunnen ontstaan als 'reflex' van tot het bestuur gerichte objectieve rechtsregels. Voorzover regels van objectief publiekrecht mede belangen van bepaalde rechtssubjecten beschermen, zou men vanuit een 'Schutznorm'-gedachte kunnen zeggen dat deze subjecten 'recht' hebben op naleving van deze regels. Zo vloeit uit de hoorplicht van het bestuur een recht om gehoord te worden voor de burger voort.

---

254. PG Awb I, MvT, p. 147-148.
255. Zie voor de 'oudere' Nederlandse rechtsontwikkeling: P.J.J. van Buuren, Kringen van belanghebbenden, in het bijzonder in procedures tegen de overheid, Deventer 1978. De theorievorming in Nederland is overigens véél ouder. Zie i.h.b. M.W. Scheltema, De ontvankelijkheid der administratieve rechtsvordering, diss. RUL, Leiden 1908. Dit proefschrift bevatte reeds een uitvoerige rechtsvergelijkende analyse.
256. De gebrekkige 'doordenking' van het belanghebbendebegrip dient in een breder kader te worden geplaatst. Meer in het algemeen kan men stellen dat de wetgever de rechtsbeschermingsdoelstelling weliswaar benadrukte, maar deze doelstelling slechts ten dele vertaalde naar het bestuursprocesrecht. Zie in dit kader o.m. de bijdragen in de Groningse bundel Begrensde bestuursrechtspraak (red. A.T. Marseille, H.E. Bröring), CRBS-reeks, Den Haag 2003.
257. Goed te onderscheiden van de vraag wat de relatie dient te zijn tussen de (subjectieve) rechtspositie van de aanlegger en de gegrondheid van het beroep. Indien men een subjectieve benadering hanteert in de sfeer van de ontvankelijkheid, ligt het voor de hand dat bijvoorbeeld de 'vernietiging' van een besluit slechts aan de orde kan zijn indien er rechtsnormen zijn geschonden die de rechtspositie van de aanlegger beschermen.

Maar deze rechten zijn juridisch niet altijd even 'hard'. Soms is weinig discussie mogelijk. Een voorschrift in een bestemmingsplan dat bedrijfsmatige activiteiten uitsluit, zal in de regel mede de belangen van omwonenden beschermen. Deze omwonenden hebben dan 'recht' op weigering van een bouwvergunning voor een kantoorpand. Maar stel nu dat in strijd met het voorschrift toch bedrijfsmatige activiteiten worden ontplooid. Hebben de omwonenden dan 'recht' op handhaving door het bestuur? Volgens de rechtspraak over de bestuurlijke 'beginselplicht' tot handhaving[258] is dat hooguit een 'beginselrecht', dat dus niet onverkort afdwingbaar is. Het is de vraag of het verhelderend is om dit een subjectief recht te noemen. In het Duitse bestuursprocesrecht,[259] dat veel trekken van een 'recours subjectif' heeft, heeft het begrip 'subjectief recht' veel zeggingskracht verloren door het veronderstellen van een 'recht' op rechtmatige bevoegdheidsuitoefening, met inbegrip van een 'recht' op wat met een onnavolgbaar Duitse uitdrukking heet een 'ermessenfehlerfreie Entscheidung'.

De Commissie ziet er daarom van af om het begrip 'subjectief recht' voor het bestuursrecht af te bakenen.[260] Zij wijst er wél op dat artikel 6 EVRM steeds een toegang tot een onafhankelijke en onpartijdige rechter eist indien en voorzover sprake is van een 'determination of civil rights and obligations'. De Straatsburgse rechtspraak over 'civil rights and obligations' vormt daarom de minimummaatstaf bij de invulling van het belanghebbendebegrip.

Bij een 'recours objectif' ligt een andere benadering van het belanghebbendebegrip voor de hand. In een zuiver objectieve rechtsgang gaat het om de vraag of een besluit in overeenstemming is met de regels van objectief publiekrecht. De bestuursrechter vervult een toezichtfunctie en toetst zo nodig ook ambtshalve. Zijn primaire taak is niet het beslechten van geschillen of het beschermen van subjectieve rechten, maar het handhaven van het publiekrecht als zodanig. Daarom doet de (juridische) aard van de belangen van de aanlegger er eigenlijk niet zoveel toe. Het beroep wordt wel ingeleid door een beroepschrift van een belanghebbende, maar dat is voor de rechter hooguit een hulpmiddel om gebreken in het besluit op het spoor te komen. Als het beroep eenmaal aanhangig is, gaat de bestuursrechter in het ideaaltypische 'recours objectif' verder zijn eigen weg. Voorzover de hem opgedragen rechtmatigheidscontrole daartoe noopt, doet hij ambtshalve onderzoek naar de feiten en toetst hij het besluit ambtshalve aan het recht. Bescherming van de rechtspositie van de aanlegger is daarvan soms het effect, maar niet het primaire doel. De 'belanghebbende' is in dit verband niet meer dan 'onbezoldigd Rijksverklikker'.[261] Om te voorkomen dat de kring van mogelijke 'verklikkers' te ruim wordt, kan de wetgever ervoor kiezen om deze aan de hand van genoemde 'feitelijke' criteria in te dammen. Het belanghebbendebegrip dat de bestuursrechter in het licht van de artikelen 1:2 en 8:1 Awb hanteert, sluit op hoofdlijnen bij deze benadering aan.

---

258. Hierover: Van Wijk, Konijnenbelt, Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, 12e druk, Den Haag 2002, p. 485.
259. Zie voor een analyse van het Verwaltungsprozessrecht op dit punt: R.J.N. Schlössels, Het specialiteitsbeginsel, diss. UM 1998, Den Haag 1998, i.h.b. p. 352-357; zie bijv. ook: B.W.N. de Waard, A.J. Bok, P.C. Gilhuis, Algemeen bestuursrecht 2001. Rechtsvergelijking bestuursrechtspraak, Den Haag 2001, p. 101-102 en J.C.A. de Poorter, a.w. p. 13-46.
260. Vgl. bijv. S. Pront-van Bommel, Bestuursrechtspraak, diss. UvA 2002, Den Haag 2002, p. 134-135 en meer uitvoerig: R. Bergamin, Rechten jegens de overheid. Het begrip publiekrechtelijk subjectieve rechten, diss. UvA, Nijmegen 1995.
261. Aldus N. Verheij, Een klantvriendelijke rechter, in: J.B.J.M. ten Berge, F.A.M. Stroink, A.Q.C. Tak e.a., Nieuw bestuursprocesrecht, Deventer 1992, p. 136.

4.3.3.2 Enige standpunten in de literatuur

De Nederlandse literatuur is meestal niet enthousiast over 'subjectivering' van het belanghebbendebegrip. Men vreest dat in een 'recours subjectif' de handhaving van het objectieve recht erbij inschiet.[262] Het benadrukken van de rechtsbeschermingsfunctie van de bestuursrechtspraak zou ten koste gaan van de toezichtsfunctie. Nu ook het bestuurlijk toezicht op bestuursorganen de laatste twintig jaar is teruggedrongen, zou daardoor een rechtsstatelijk tekort in de controle op het bestuur kunnen ontstaan.[263] De Commissie meent evenwel dat een eventueel tekort aan bestuurlijk toezicht nimmer door rechterlijk 'toezicht' kan worden weggenomen. Het gaat om twee wezenlijk verschillende rechtsstatelijke controlemechanismen.

Maar er zijn ook positieve geluiden. Scheltema en Scheltema[264] menen dat een belanghebbende slechts een beroepsrecht zou moeten hebben als hij ook met succes schadevergoeding zou kunnen vorderen op de grond dat het desbetreffende besluit jegens hem onrechtmatig is. Zij gaan in hun streven naar rechtseenheid nog een stap verder door te stellen:

'Met andere woorden, het moet niet zo zijn dat degene die wel een recht op schadevergoeding heeft, toch niet tegen het besluit kan opkomen, of dat degene die wel beroep kan instellen en daarmee ook succes heeft, toch zijn schade niet vergoed kan krijgen. Toch is deze afstemming tussen beide leerstukken – begrip belanghebbende en relativiteitsleer – en tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter nog niet goed vorm gegeven. Een ongelukkig gevolg daarvan is dat de verhouding tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter daardoor wordt verstoord.'

Op het eerste gezicht pleiten deze auteurs slechts voor een betere afstemming van het bestuursproces en het civiele proces. Maar hun pleidooi voor synchronisatie van het vernietigingsberoep ('recours objectif') en de schadevergoedingsactie ('recours subjectif') bij zowel het voor ontvankelijkheid vereiste belang als de toewijsbaarheid van de vordering is in wezen een pleidooi voor 'subjectivering' van het vernietigingsberoep. Het uitgangspunt van de Scheltema's is immers dat slechts degene jegens wie het bestuursorgaan onrechtmatig heeft gehandeld, vernietiging van het schadeveroorzakende besluit kan vorderen. Het doorvoeren van deze benadering in het Nederlandse bestuursprocesrecht zou de kring van belanghebbenden in het kader van het vernietigingsberoep – in ieder geval die van de in het eerste lid van artikel 1:2 Awb bedoelde

262. Vgl. Van Male (1992), p. 28 e.v., i.h.b. p. 32 en P.J.J. van Buuren, Belanghebbende en de Algemene wet bestuursrecht, NJB 1992/19, p. 609. Voor een meer recente 'afwijzing' zie: Pront-Van Bommel (2002), p. 145-146. Vgl. ook: J.C.A. de Poorter, De belanghebbende. Een onderzoek naar de betekenis van het belanghebbendebegrip in het bestuurs(proces)recht, diss. UvT 2003, Den Haag 2003, p. 107. Meer gecharmeerd van deze benadering is M. Schreuder-Vlasblom, Heroriëntatie bestuursrechtspraak, in: Het nieuwe bestuursprocesrecht, VAR-reeks 112, Alphen aan den Rijn 1994, p. 52. Vgl. ook haar Kronieken Bestuursprocesrecht, o.m. NTB 2001/5, p. 126-127 en NTB 2003/6, p. 181. Verder zij gewezen op: W. Konijnenbelt, Eenkleurige belanghebbenden, NTB 1997/8, p. 320-321. De rechtspraak wijst het 'Schutznormdenken' in het kader van de ontvankelijkheid af, mede gelet op de parlementaire geschiedenis (vgl. PG Awb I, NEV, p. 153). Vgl. o.m. ABRvS 27 juni 1997, JB 1997/191 en ABRvS 4 november 1997, JB 1997/285, beide met noot R.J.N.S.; CRvB 7 mei 1998, AB 1998, 306 m.nt. HH.

263. Vgl. S.E. Zijlstra, Rechtsbescherming en de kwaliteit van het overheidsbestuur, in: F.J. van Ommeren, S.E. Zijlstra (red.), De rechtsstaat als toetsingskader, Den Haag 2003, p. 269 e.v.

264. M.W. Scheltema, M. Scheltema, Gemeenschappelijk recht, Deventer 2003, p. 303.

'gewone' belanghebbenden – op punten beperken, terwijl de controlefunctie van het bestuursproces geheel wordt uitgebannen. Dit doet denken aan de 'Maastrichtse leer' van Tak.[265]

4.3.3.3 Relativiteit en congruentie

Welke benadering verdient nu aanbeveling? Zoals eerder in dit rapport naar voren kwam, vraagt de Commissie méér aandacht voor de karakteristieken van het 'recours subjectif'. Daarom wil zij bezien of de wetgever ook het belanghebbendebegrip in het kader van het vernietigingsberoep zou moeten 'subjectiveren'. Dit zou passen bij het aan de Awb ten grondslag liggende primaat van de rechtsbeschermingsfunctie en aansluiten bij actuele ontwikkelingen in het bestuursprocesrecht.

Als een belanghebbende eenmaal de drempel van de ontvankelijkheid heeft genomen, stelt zijn rechtspositie thans geen beperkingen aan de gronden die hij tegen een besluit kan aanvoeren. Een concurrent kan de bouw van een supermarkt in zijn omgeving ernstig vertragen door te klagen over overschrijding van rooilijnen, hoewel dit niets van doen heeft met het concurrentiebelang waarin hij is getroffen.[266] In het milieurecht, waar geen belanghebbendebegrip maar een 'actio popularis' geldt, geldt dit nog sterker. In theorie[267] kan een inwoner van Maastricht klagen over de vergunning voor een bedrijf in Groningen. Praktisch belangrijker is dat omwonenden, louter omdat zij omwonenden zijn, een bouwvergunning kunnen aanvechten wegens schending van voorschriften die hun rechtspositie in het geheel niet beogen te beschermen.

In het model van een 'recours subjectif' is dit merkwaardig. Daarin zou een betrokkene niet alleen voldoende belang bij de procesgang moeten hebben, maar zou de aard van zijn belang bovendien bepalend zijn voor de omvang van het geschil dat hij aanhangig kan maken. Een concurrent zou bijvoorbeeld slechts kunnen klagen over schending van voorschriften, die zijn economische positie beogen te beschermen. Dit wordt wel het congruentievereiste genoemd:[268] de normschending waarover iemand klaagt, moet verband houden met het belang dat hij stelt. Dit zou kunnen leiden tot een stelsel, waarin voor de ontvankelijkheid van een beroep een 'rechtens relevant belang' is vereist. Dit zou een drempel opwerpen tegen appellanten die in rechte bezwaren aanvoeren die geen verband houden met hun belangen.[269]

Toch kiest de Commissie niet voor deze benadering. De beoordeling of het door appellant gestelde belang inderdaad door de beweerdelijk geschonden voorschriften wordt beschermd, is vaak te complex om reeds in het kader van de ontvankelijkheidsvraag uit te voeren. Zij vergt zodanig diepgaand inhoudelijk onderzoek van de aangevoerde bezwaren en uitleg van de toepasselijke voorschriften, dat zij dicht bij de

---

265. Vgl. de 'subjectieve' visie van Tak, die het 'rechtens te beschermen belang' centraal stelt in zijn visie op het bestuursprocesrecht. Zie o.m. A.Q.C. Tak, De ongewenste discussie, in: J.B.J.M. ten Berge, F.A.M. Stroink, A.Q.C. Tak e.a. (red.), Nieuw bestuursprocesrecht, Deventer 1992, p. 77.
266. Vgl. bijv. ABRvS 19 december 2001, JB 2002/46.
267. Onderzoek wijst uit dat het in de praktijk zelden voorkomt. A.A.J. de Gier, J. Robbe, Ch. Backes, De actio popularis in het ruimtelijke ordenings- en het milieurecht, Den Haag: Ministerie van VROM 1999.
268. Van Buuren stelde deze problematiek reeds in zijn proefschrift aan de orde. P.J.J. van Buuren (1978), p. 88 e.v.
269. De Commissie realiseert zich dat hier (wellicht) een strengere eis wordt gesteld dan in het civiele recht (vgl. artikel 3:303 BW). Hierbij verdient aantekening dat het civiele proces van origine een 'recours subjectif' is waarin burgers opkomen voor hun eigen rechtspositie.

beoordeling ten gronde zou komen. Daarom meent de Commissie, in navolging van Schueler,[270] dat een 'subjectivering' van het vernietigingsberoep beter in de sfeer van deze beoordeling ten gronde kan worden gerealiseerd. Dit zou betekenen dat een besluit slechts wordt vernietigd indien het bestuursorgaan een rechtsnorm heeft geschonden die het belang van appellant beoogt te beschermen. Het Duitse bestuursprocesrecht laat zien dat het goed mogelijk zo'n subjectief element in te passen in de vernietigingsactie.[271]

De Commissie acht dit ook wenselijk. Het huidige bestuursprocesrecht laat beroepen toe die grenzen aan misbruik van procesrecht. Het voorbeeld van de villabewoners die bezwaar maken tegen een woonwagenkamp op de grond dat de woonwagenbewoners te veel geluidshinder zouden ondervinden van een nabijgelegen spoorlijn, is illustratief. In zo'n geval maakt het procesrecht het mogelijk om geluidsnormen te gebruiken ter verdediging van geheel andere belangen dan zij beogen te beschermen. Dat zou niet mogelijk moeten zijn. Het gevolg dat een besluit dat in strijd is met het objectieve recht, in beroep toch stand houdt, omdat appellant geen 'subjectieve' normschending kan aantonen, is volgens de Commissie aanvaardbaar. Er blijven dagelijks vele met het recht strijdige besluiten in stand, omdat daartegen geen bezwaar of beroep wordt aangetekend. Daarmee is niet gezegd dat dit geen probleem is, maar slechts dat het niet aan de rechter is om dit probleem op te lossen, om de eenvoudige reden dat de rechter daartoe niet is geëquipeerd.

De Commissie wijst er in dit verband wel op dat de scherpe kantjes van een stringente toepassing van het relativiteitsvereiste kunnen worden verzacht door in het bestuursprocesrecht een variant van de uit het privaatrecht bekende 'correctie-Langemeijer' te introduceren. Voor het privaatrecht houdt deze correctie kort gezegd in, dat de schending van een wettelijk voorschrift dat niet beoogt de belangen van de gelaedeerde te beschermen, toch onrechtmatig kan zijn, indien daardoor jegens de gelaedeerde tevens is gehandeld in strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt.

Voor de bestuursrechter zou dit betekenen dat hij bij schending van een voorschrift dat niet in het belang van appellant is geschreven, toch tot vernietiging kan overgaan indien uit deze schending blijkt dat jegens appellant onzorgvuldig is gehandeld. Men denke aan het geval dat een concurrent klaagt over schending van de rooilijnvoorschriften op de grond dat hijzelf juist wel strikt aan zijn rooilijnvoorschriften is gehouden. Met behulp van deze correctie zou de bestuursrechter bevredigend maatwerk kunnen leveren.

---

270. Vgl. B.J. Schueler, Het zand in de machine. Over de noodzaak tot beperking van de rechtsbescherming, oratie UvA, Deventer 2003, p. 20 e.v. Dit is ook onderkend door Pront-Van Bommel (2002), p. 139.

271. Naar Duits recht wordt een rechtssubject overigens slechts door de bestuursrechter ontvangen indien en voorzover hij aannemelijk kan maken dat mogelijkerwijs zijn subjectieve rechten (in ruime zin) door het bestuur zijn aangetast. Het beroep is slechts gegrond als de rechter vaststelt dat deze aantasting daadwerkelijk heeft plaatsgevonden (vgl. par. 113.1 VwGO).

4.3.3.4 'Afgeleid' belang

Ingevolge artikel 1:2, eerste lid, Awb is belanghebbende degene die rechtsreeks in zijn belang is getroffen. Met het woord rechtstreeks beoogde de wetgever, in navolging van oudere jurisprudentie, te bereiken dat iemand slechts toegang tot de bestuursrechter, dan wel tot de besluitvormingsprocedure heeft, indien er voldoende causaal verband is tussen het aangevochten besluit en de beweerde belangenaantasting. Tegen deze achtergrond heeft de rechtspraak het leerstuk van het zogenoemde afgeleid belang ontwikkeld. Dit komt erop neer dat iemand geen belanghebbende is, als hij zijn belang slechts ontleent aan een contractuele relatie met de geadresseerde of indien de gestelde belangenaantasting anderszins mede het gevolg is van een andere handeling dan het aangevochten besluit.[272]

Dit leerstuk leidt soms tot onbevredigende resultaten. Soms heeft degene met een afgeleid belang eigenlijk meer belang bij het besluit dan de geadresseerde. Bekende voorbeelden zijn de werknemer en de huurder, die regelmatig meer belang hebben dan hun werkgever of verhuurder. De werknemers van een gesubsidieerde stichting worden door een beëindiging van de subsidie soms zwaarder getroffen dan de stichting zelf. Soms ontzegt de leer van het afgeleid belang zelfs personen met concrete vermogensrechtelijke belangen, die evident door het besluit worden geraakt, de toegang tot de rechter.[273]

De Commissie meent dat, afgezien van het hiervoor besproken congruentievereiste, een ieder die door een besluit in voldoende mate wordt getroffen in een relevant en rechtmatig belang, toegang tot de bestuursrechter zou moeten hebben. Dat er nog een 'schakel' tussen besluit en belang zit, zou niet zonder meer doorslaggevend moeten zijn.

De praktijk heeft laten zien dat de leer van het afgeleid belang soms minder wenselijke gevolgen heeft voor contractpartners, concurrenten en personen of ondernemingen die zich in afhankelijke of vergelijkbare omstandigheden bevinden. Op deelgebieden van het bestuursrecht zijn juist voor deze partijen grote belangen bij de besluitvorming betrokken. Men denke aan besluiten die betrekking hebben op gereguleerde markten. Een tot onderneming A gericht besluit van de toezichthoudende autoriteit kan (ook) grote gevolgen hebben voor onderneming B.[274] Waarom zou onderneming B niet kunnen opkomen tegen een handhavingsbesluit van de toezichthouder waarbij ook haar positie de facto evident in het geding is? Waarom zou een aan een ziekenhuis verbonden maatschap van cardiologen[275] niet kunnen opkomen tegen een in de vergunning van het ziekenhuis opgenomen besluit omtrent een bepaalde cardiologische behandeling?

---

272. Zie voor rechtspraak over het leerstuk van het 'afgeleid belang': Van Male (1992), p. 49; Koetser (1992), p. 146-148; R.J.N. Schlössels, Het belanghebbende-begrip: een blik op de actuele rechtspraak inzake artikel 1:2 lid 1 en 2 Awb, JBPlus 2001/3, p. 109-111.
273. Vgl. bijv. ABRvS 13 juni 2000, JB 2000/218 m.nt. RJNS.
274. Zie M.P. Nieuwe Weme, Beroep tegen besluiten van de Autoriteit Financiële Markten inzake openbare biedingen, in: Van Solinge, Holtzer (red.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2001-2002 (deel 68), Deventer 2002, i.h.b. p. 163 e.v.
275. Vgl. ABRvS 9 juli 1996, AB 1996, 412.

Gelet op dergelijke voorbeelden, alsmede de soms onzuivere toepassing van het leerstuk,[276] geeft de Commissie, in het voetspoor van de aanhoudende kritiek in de literatuur,[277] de wetgever in overweging om het rechtstreekscriterium te schrappen. In ieder geval zou de rechter dit criterium genuanceerder moeten toepassen. Als een besluit een rechtens relevant belang treft, moet de toegang tot de rechter zijn gewaarborgd,[278] óók bij een langere causaliteitsketen.[279]

4.3.4 Het beroepsrecht voor rechtspersonen (art. 1:2, derde lid, Awb)

Artikel 1, derde lid, Awb bepaalt dat bij rechtspersonen mede als hun belangen worden beschouwd de algemene en collectieve belangen die zij krachtens hun doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen. Dit is een uitbreiding van het belanghebbendebegrip van artikel 1:2, eerste lid. Deze uitbreiding is verwant, maar niet identiek aan de regeling van artikel 3:305a BW, die echter op punten afwijkt.[280]

Het derde lid van artikel 1:2 Awb moet in samenhang met het eerste lid worden gelezen. Derhalve moet een belangenorganisatie aannemelijk maken dat het besluit haar statutaire belang treft. Op dit punt geldt reeds naar huidig recht een soort congruentievereiste.[281] Een vereniging die zich het behoud van natuurgebieden op de Veluwe tot doel stelt, kan niet worden ontvangen in een beroep tegen de sloop van een monument, ook al ligt dit monument in een natuurgebied op de Veluwe.

Artikel 1:2, derde lid, Awb maakt onderscheid tussen collectief-belangacties en algemeen-belangacties. De bestuursrechtspraak besteedt aan dit onderscheid weinig aandacht.[282] Toch is het volgens de Commissie relevant. Het bestaan van collectief-belangacties is nauwelijks omstreden: als een vereniging van ondernemers of huurders in beroep gaat in plaats van alle leden daarvan, profiteren alle betrokkenen van de proceseconomische voordelen.[283] Zuivere algemeen-belangacties roepen daarentegen staatsrechtelijke vragen op en zijn mede daarom omstreden, vooral onder bestuurders en politici.[284]

Een algemeen-belangactie kan volgens de Commissie gerechtvaardigd zijn als reële belangen niet door een concrete belanghebbende kunnen worden behartigd. Een voorbeeld van zo'n bovenindividueel belang is het milieubelang. Wie anders zou

---

276. Vgl. bijv. ABRvS 29 januari 2001, JB 2001/71.
277. Vgl. o.m. S. Pront-van Bommel, Bestuursrechtspraak, diss. UvA 2002, Den Haag 2002, p. 123; R.J.N. Schlössels, Het belanghebbende-begrip: een blik op de actuele rechtspraak inzake artikel 1:2 lid 1 en 2 Awb, JBPlus 2001/3, p. 110-111.
278. Mede ter voorkoming van de eerder vermelde 'Montenegro'-problematiek (HR 20 november 1987, AB 1988, 117 m.nt. FHvdB). Belanghebbenden die buiten de boot vallen, kunnen zich immers altijd tot de civiele rechter wenden.
279. J.C.A. de Poorter, a.w., pleit in zijn dissertatie (p. 154-159) voor handhaving van het vereiste van rechtstreeks belang, maar meent dat de invulling daarvan zou moeten geschieden aan de hand van de leer van de adequate veroorzaking.
280. De Commissie laat terzijde of de verschillen tussen beide regelingen door de aard van de materie worden gerechtvaardigd, behoudens dat zij niet ziet waarom het BW wél en de Awb niet de eis van volledige rechtsbevoegdheid stelt. Zie nader W.R. van der Velde, Het collectief actierecht in het civiele en bestuursrecht, NJB 1997/37, p. 1705 e.v.
281. Vgl. ABRvS 19 september 2001, JB 2001/278 en ABRvS 18 januari 2001, JB 2001/48, beide met noot RJNS.
282. Vgl. o.m. ABRvS 18 september 2002, JB 2002/330 m.nt. R.J.N.S. onder JB 2002/327.
283. Naar geldend bestuursprocesrecht is een 'statutaire' actie uitgesloten als een belangenorganisatie slechts opkomt voor de bijzondere belangen van enige leden.
284. Zie hierover o.m. R.J.N. Schlössels, Wie beschermt de beschermelingen tegen hun beschermers? Enige publiekrechtelijke kanttekeningen bij algemeen belangacties, in: A.W. Jongbloed (red.), Samen sterk. Over het optreden in rechte door groeperingen, Den Haag 2002, p. 105 e.v.

vanuit het milieubelang tegen de toelating van een bestrijdingsmiddel kunnen opkomen dan een milieuorganisatie?

Niettemin passen echte algemeen-belangacties naar hun aard beduidend beter bij een 'recours objectif' dan bij een 'recours subjectif'. In feite ontlenen dergelijke acties hun bestaansrecht louter aan de controlefunctie van het bestuursproces. Bij een voortschrijdende subjectivering van het bestuursprocesrecht worden zij een vreemde eend in de bijt. Zij voorzien echter in een behoefte en krijgen, vooral in het omgevingsrecht, veel steun in de literatuur[285] en zelfs in het internationale recht.[286] Ten slotte vormen zij voor het bestuur een prikkel tot zorgvuldige toepassing van het recht. Al met al meent de Commissie dat dit type actie moet worden behouden.

Naarmate de belangen die een organisatie aan zich trekt, algemener zijn, is er echter wel een legitimatieprobleem. Representeert de organisatie eigenlijk wel in voldoende mate de rechtssubjecten voor wie zij pretendeert in rechte op te komen? Als een bewonersvereniging bezwaar maakt tegen een kinderspeelplaats in een gemeentelijk plantsoen, is het maar de vraag of de bewoners met kleine kinderen daarachter staan. Toch accepteert de rechter thans, veelal zonder onderzoek naar de achtergronden en de representativiteit, dat zo'n bewonersorganisatie met een beroep op het algemeen belang of een abstract collectief belang van een grote groep personen in rechte opkomt tegen de bestuurlijke belangenafweging. Een ander bekend voorbeeld: milieuorganisaties houden Schiphol aan wettelijke geluidsnormen. Nu komt het voor dat de vliegtuigen juist om bepaalde woningen te ontlasten buiten de voorgeschreven geluidszones vliegen. Dat leidt tot meer geluidsoverlast op andere plaatsen, maar bij minder woningen. In hoeverre behartigt de milieuorganisatie, die opkomt tegen het niet naleven van de relevante voorschriften, dan 'het milieubelang'?

Dit betekent voor de Commissie nog steeds niet dat de algemeen-belangactie moet worden afgeschaft. De regeling van de Awb voldoet op hoofdlijnen.[287] Maar de bestuursrechter zou meer dan thans aandacht moeten besteden aan de vraag of een belangenorganisatie in concreto voldoet aan de wettelijke voorwaarden om toegang tot de rechter te krijgen. Daarbij is het volgende van belang:

1. De statutaire doelomschrijving moet voldoende specifiek zijn (het 'in het bijzonder'-criterium van art. 1:2, derde lid, Awb). De behartiging van 'het' algemeen belang is aan de overheid. Belangenorganisaties kunnen slechts opkomen voor specifieke delen van het algemeen belang.
2. De rechter zou kritischer moeten kijken naar de feitelijke werkzaamheden van een belangenorganisatie. Deze wettelijke eis is niet slechts relevant voor informele verenigingen. Hij strekt ertoe te voorkomen dat 'papieren' organisaties in rechte worden ontvangen.

Op het punt van de representativiteit doet de Commissie geen voorstel, omdat daarvoor geen algemeen toepasbare criteria te geven zijn, behoudens het negatieve crite-

285. Zie bijv. M.P. Jongma en F.C.M.A. Michiels, Het beroepsrecht van milieuorganisaties moet blijven!, NJB 2002/45/46, p. 2238-2239.
286. Zie het Verdrag van Aarhus 25 juni 1998, Trb. 2001/73.
287. Zie voor een analyse van de rechtspraak: J.E.M. Polak, De procesbevoegdheid van collectiviteiten in het bestuursprocesrecht, JBPlus 1999/1, p. 3 e.v. Zie ook: R.J.N. Schlössels, Het statutair belang in geding? Enige opmerkingen over art. 1:2, derde lid, Awb, in: Rechtspraak bestuursrecht. De Annotaties 1997-1998, Den Haag 1999, p. 1 e.v.

rium dat aan een evident niet-representatieve organisatie de toegang tot de rechter zou kunnen worden geweigerd. Bijgevolg heeft de Commissie ook geen voorkeur voor de rechtsvorm waarin particulieren algemene belangen behartigen. Wel onderschrijft zij de eis van rechtspersoonlijkheid, omdat deze bevorderlijk is voor de kenbaarheid van het proces van behartiging van collectieve en algemene belangen door private organisaties.

4.3.5 Het bestuursorgaan als belanghebbende

Artikel 1:2, tweede lid, Awb behelst eveneens een uitbreiding van het belanghebbendebegrip. Bestuursorganen zijn nimmer belanghebbende in de zin van het eerste lid, omdat zij per definitie geen eigen belangen hebben.[288] Het tweede lid van artikel 1:2 bepaalt echter dat door de wetgever aan een bestuursorgaan toevertrouwde belangen als belangen van dat bestuursorgaan worden beschouwd. Zonder deze bepaling zou bijvoorbeeld een gemeenteraad niet in beroep kunnen komen tegen de onthouding van goedkeuring aan een verordening.

Deze wettelijke fictie is in de literatuur bekritiseerd.[289] Er is op gewezen dat een bezwaar- en beroepsrecht voor bestuursorganen onder omstandigheden politieke en bestuurlijke verantwoordelijkheden kan doorkruisen, doordat de rechter gaat fungeren als scheidsrechter in conflicten tussen bestuursorganen. Ook de rechtspraktijk lijkt soms met dit probleem te worstelen.[290] Gelet hierop is de Commissie, ook gezien het doel van bestuursrechtspraak, van oordeel dat nader onderzoek zou moeten worden gedaan naar de staatsrechtelijke implicaties van deze bepaling.

4.4 De omvang van het geding

4.4.1 Inleiding

In deze en de volgende paragraaf zal de Commissie vrij uitvoerig aandacht besteden aan de omvang van het geding bij de bestuursrechter. Dat is een kwestie die de laatste jaren veel jurisprudentie heeft opgeleverd en veel pennen in beweging heeft gebracht. Dit houdt verband met de eerder gesignaleerde geleidelijke 'subjectivering' van ons bestuursprocesrecht. In een 'recours subjectif' hebben partijen meer invloed op de omvang van het geding dan in een 'recours objectif', maar rijzen dus ook meer vragen rond hoever deze invloed gaat en hoe en tot in welke fase van het geding partijen deze invloed kunnen uitoefenen.

De Commissie behandelt onder de noemer 'omvang van het geding' twee onderwerpen. Eerst wordt, in paragraaf 4.4.2, kort ingegaan op de vraag in hoeverre de

---

288. Realistischer: die eigen belangen worden door het recht niet erkend.
289. Zie o.m. J.M.H.F. Teunissen, Provinciebestuur machteloos bij overtreding bestemmingsplannen?, Gst. 7104 (1999), p. 457 e.v.; R.J.N. Schlössels, Het belanghebbende-begrip: een blik op de actuele rechtspraak inzake artikel 1:2 lid 1 en 2 Awb, JBPlus 2001/3, p. 113-114. Zie ook: J.M.H.F. Teunissen, De algemeen belangorganisatie als bestuursrechtelijk (pseudo-) Openbaar Ministerie? Pleidooi voor afschaffing van de actio popularis en van het actierecht van algemeen belangorganisaties en bestuursorganen ex artikel 1:2 Awb, Gst. 7179 (2003), p. 61 e.v., i.h.b. p. 67.
290. Vgl. bijv. ABRvS 6 november 2002, JB 2002/5, m.nt. RJNS.

rechter het recht ambtshalve moet toepassen. Vervolgens wordt uitvoerig ingegaan op de actuele discussie over de vraag, in hoeverre van de gefaseerde opbouw van de rechtsbescherming een 'trechter'- of 'fuik'-werking zou moeten uitgaan, in die zin dat de omvang van het geding in de loop van het proces wel kleiner, maar niet meer groter zou kunnen worden.

4.4.2 Ambtshalve toetsen en ambtshalve aanvullen

In een zuiver 'recours objectif' is de omvang van het geding eigenlijk geen probleem, want hij is met het besluit gegeven. De rechter moet controleren of het aan hem voorgelegde besluit geldig is. Strikt genomen is een besluit pas geldig als het in overeenstemming is met alle toepasselijke regels van publiekrecht. Daaruit werd vroeger dan ook wel afgeleid dat de rechter elk besluit aan alle toepasselijke rechtsregels zou moeten toetsen, zo nodig ambtshalve en desnoods zelfs tegen de wil van partijen (vgl. par. 2.4.2). Daarachter schuilt ook de opvatting dat regels van publiekrecht eigenlijk per definitie van openbare orde zijn. Het beroepschrift is in deze opvatting niet meer dan een heuristisch hulpmiddel voor de rechter. Zelfs als het beroepschrift het geschil uitdrukkelijk beperkt tot één bepaald aspect van het besluit, is de rechter daar niet aan gebonden. Een afgezwakte variant van deze opvatting was tot 1 januari 1994 te vinden in het toenmalige artikel 69 van de Beroepswet. Daar stond: de rechter *kan* zich beperken tot het punt van geschil. 'Kan'; de rechter was daartoe dus niet verplicht.

Een rechter die zich kan bemoeien met kwesties die niet in geschil zijn, past echter minder goed bij het door de Awb geponeerde primaat van de rechtsbeschermingsfunctie van het bestuursproces en al helemaal niet bij het pleidooi van de Commissie om rechtsbescherming op te vatten als geschilbeslechting. Daarom geldt de zojuist aangeduide opvatting thans terecht als achterhaald. Artikel 8:69 Awb gaat ervan uit dat partijen het geschil tot op zekere hoogte kunnen afbakenen en dat de rechter in beginsel aan deze afbakening is gebonden.

Tot op zekere hoogte, want het bestuursrechtelijk proces richt zich nog steeds tegen een besluit. Derhalve kunnen partijen het geding niet uitbreiden buiten de grenzen van het besluit. Artikel 8:69 Awb betekent daarom vooral dat appellant het geding kan *beperken* tot een aspect van het besluit.

Aan een zodanige beperking is de rechter in beginsel gebonden. In beginsel, want al vinden wij niet meer dat het gehele publiekrecht per definitie van openbare orde is, er zijn nog steeds regels die wel van openbare orde zijn en waaraan de rechter dus ook ambtshalve moet toetsen. Of zoals Kooper[291] het formuleert, er zijn kwesties die van openbare orde zijn en waarover de rechter zich eigener beweging een oordeel moet vormen. Dit geldt in ieder geval voor de bevoegdheid van de rechter en de ontvankelijkheid van het beroep.

Veel meer kwesties van openbare orde zijn er volgens de Commissie niet. Naar het oordeel van de Commissie betekent de bewering dat aan een regel ambtshalve moet worden getoetst namelijk dat de rechter die regel altijd moet toepassen, ook als partijen daar niet om hebben gevraagd, maar sterker nog, desnoods tegen de uitdruk-

291. R. Kooper, Wie is er bang voor aanvulling van rechtsgronden? NTB 2000/6, p. 167.

kelijke en eenstemmige wil van partijen in. Voor een dergelijke toetsing is in een op geschilbeslechting gericht proces slechts plaats voorzover dit strikt onvermijdelijk is.

Nu is in paragraaf 3.1.8 uiteengezet dat de rechter naar gemeenschapsrecht gehouden is ambtshalve aan dwingende regels van gemeenschapsrecht te toetsen, voorzover hij daartoe naar nationaal recht bevoegd is. In de visie van de Commissie is de rechter echter naar Nederlands recht slechts in zeer beperkte mate bevoegd tot ambtshalve toetsen. De keuze voor geschilbeslechting als primaire functie van het bestuursproces en dus grondslag van het bestuursprocesrecht vormt daarvoor naar het oordeel van de Commissie in beginsel een voldoende rechtvaardiging. Maar dan is in het licht van het gemeenschapsrecht wel een voorwaarde (zie par. 3.1.8) dat geen strenge bewijstrechter (zie hierna) wordt toegepast. Veiligheidshalve zou de beperkte bevoegdheid tot ambtshalve toetsing voorts uitdrukkelijk in de wet kunnen worden neergelegd.

Artikel 8:69, tweede lid, Awb verplicht de rechter wel om ambtshalve de rechtsgronden van het beroep aan te vullen. Ambtshalve aanvullen is echter iets anders dan ambtshalve toetsen en moet daarvan scherp worden onderscheiden. Ambtshalve aanvullen betekent, juist als in het burgerlijk procesrecht, niets anders dan dat de rechter de feitelijke stellingen en argumenten van partijen zo nodig moet vertalen in een beroep op toepasselijke rechtsregels. Met name appellant is immers niet verplicht zijn standpunt in juridische termen te formuleren, laat staan daarbij naar relevante wetsartikelen te verwijzen. Als appellant in zijn beroepschrift klaagt dat hij zijn bezwaarschrift niet mondeling heeft mogen toelichten, moet de rechter zo nodig aanvullen dat dit een schending is van artikel 7:2 Awb. Meer betekent ambtshalve aanvullen van rechtsgronden niet.

Artikel 8:69, derde lid, Awb bepaalt ten slotte dat de rechter bevoegd is om ambtshalve de feiten aan te vullen. In een zuiver 'recours objectif' zou de rechter daartoe zelfs verplicht moeten zijn, want daarin gaat het om de materiële waarheid. Bewijsregels zijn dan minder belangrijk. Als de geldigheid van een besluit wordt gezien als een objectief gegeven, gaat het niet aan dat een ongeldig besluit in stand blijft, alleen omdat een partij slordig of onhandig is geweest bij de bewijslevering. In de moderne opvatting is dit laatste minder problematisch en moet artikel 8:69, derde lid, Awb vooral in de sleutel van de ongelijkheidscompensatie worden gezet: de rechter mag zelf feiten die hem relevant en aannemelijk voorkomen, in het geding brengen als appellant vergeten is zich daarop te beroepen.

4.4.3 Het bestuursproces als trechter

Ideaaltypisch heeft het bestuursproces de vorm van een trechter, waarin de omvang van het geding in de loop van het proces steeds verder wordt gereduceerd. Tussen de aanvraagfase en het appèl wordt, via bezwaar en eerste aanleg, het geding als het goed gaat steeds verder toegespitst, zodat de appèlrechter nog slechts een beperkt aantal juridische knopen hoeft door te hakken. Deze kan zich dan volledig wijden aan zijn taak als bewaker van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling. Binnen dit trechtermodel past het dat partijen hun kaarten zo vroeg mogelijk in de procedure op tafel leggen. Aldus kan aan het geschil zo snel mogelijk een eind worden gemaakt, hetgeen zowel het algemeen belang als belangen van partijen dient.

Dat deze trechter in veel geschillen bestaat en dat dit als uitgangspunt ook wenselijk is, is niet omstreden. Wat wel omstreden is, is of, en zo ja, in hoeverre de rechter dit trechtermodel moet afdwingen door sancties toe te passen jegens partijen die, om welke reden dan ook, niet tijdig in de procedure al hun kaarten op tafel leggen. Het trechtermodel kan dan immers in strijd komen met waarden van het bestuursproces als materiële waarheidsvinding, ongelijkheidscompensatie en laagdrempeligheid. Deze spanning vormt het thema van deze paragraaf.

Ter onderbouwing van het trechtermodel worden twee soorten argumenten gebezigd, die in de rechtspraak overigens niet altijd scherp worden onderscheiden. In de eerste plaats halen rechters regelmatig het beginsel van een goede procesorde van stal. Zij doen dit echter op uiteenlopende manieren, veelal pover onderbouwd en daardoor weinig verklarend.[292] Daarom besteedt de Commissie daaraan maar in beperkte mate aandacht.

In de tweede plaats worden meer principiële argumenten genoemd, die per fase van de procedure verschillen:

– Tussen bezwaar en de rechter in eerste aanleg: omdat de rechter in het licht van de wederzijdse verantwoordelijkheden van burger en bestuur voor een zorgvuldige feitenvergaring en besluitvorming moet beoordelen of een besluit onrechtmatig is, kan de burger argumenten en bewijs die niet in de bestuurlijke fase zijn aangevoerd, soms niet meer bij de rechter inbrengen. Op dit principiële argument wordt hierna nader ingegaan.
– Tussen rechter in eerste aanleg en appèlrechter: omdat het object van het geding in appèl de uitspraak van de eerste rechter is, is het uitgangspunt van de beoordeling in appèl het geding zoals dat in eerste aanleg (mede) door de aangevoerde gronden en argumenten is beperkt. Voor het aanvoeren van nieuwe gronden en argumenten in appèl bestaat in deze visie slechts ruimte voorzover kan worden gerechtvaardigd dat deze nova niet eerder zijn ingebracht. Dit punt wordt nader besproken in paragraaf 4.5.

4.4.4 De trechter tussen bezwaar en beroep

Over het bij de eerste rechter inbrengen van argumenten die en bewijs dat niet reeds in bezwaar zijn, respectievelijk is, aangevoerd worden drie opvattingen gehuldigd.

a. Geen beperkingen

Deze opvatting ziet men vooral in de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep. Bij de rechtbank kunnen nieuwe argumenten en nieuw bewijs worden ingebracht, zelfs als de burger kan worden verweten dat hij deze niet eerder, namelijk in de bestuurlijke fase, naar voren heeft gebracht.[293] Deze opvatting brengt mee dat een besluit, dat blijkens te laat door de burger ingebrachte feiten en gegevens inhoudelijk rechtens onjuist is, wordt vernietigd, ook al kan het bestuursorgaan geen onzorgvuldigheid worden

---

292. Vergelijk B.W.N. de Waard, De goede procesorde, JBPlus 2001, p. 148-162; R.J.G.M. Widdershoven, R.J.N. Schlössels, F.A.M. Stroink e.a., Algemeen bestuursrecht 2001: Hoger beroep, Den Haag, p. 139-145.
293. Zie bijvoorbeeld CRvB 23 juli 1996, RSV 1997, 17; CRvB 6 maart 1998, AB 1998/349; CRvB 21 maart 2000, RSV 2000, 105. Zie in algemene zin, R.J.G.M. Widdershoven e.a. 2001, p. 77.

verweten. Wel verdisconteert de CRvB het feit dat de onrechtmatigheid van het besluit (mede) is te wijten aan de burger, in het (partieel) achterwege laten van een proceskostenveroordeling en van schadevergoeding.[294]

In bepaalde omstandigheden aanvaardt ook de Afdeling bestuursrechtspraak de mogelijkheid om een grond die in redelijkheid ook in bezwaar had kunnen worden geformuleerd, eerst in beroep in te brengen, namelijk voorzover deze grond verband houdt met (de schending van) een specifieke verantwoordelijkheid van het bestuur. In een uitspraak van 15 mei 1997 overwoog de Afdeling bijvoorbeeld in verband met het gelijkheidsbeginsel:[295]

'De Afdeling overweegt in dit verband dat het bewaken van de consistentie van het eigen optreden bij uitstek de verantwoordelijkheid is van het bestuursorgaan en dat het niet primair op de weg van een burger ligt om te onderzoeken of de wijze waarop het bestuursorgaan hem tegemoet treedt, in overeenstemming is met de bestuurlijke gedragslijn in vergelijkbare zaken.'

b. De bewijstrechter

Deze opvatting lijkt bij de Afdeling bestuursrechtspraak de heersende leer te zijn. Zij is met name helder onderbouwd door Daalder en Schreuder-Vlasblom.[296] In hun visie is het niet de taak van de bestuursrechter om de feiten waarop een besluit is gebaseerd zelfstandig opnieuw vast te stellen, maar slechts om te beoordelen of een besluit, gelet op de wederzijdse verantwoordelijkheid van bestuur én burger voor de feitenvaststelling, rechtmatig tot stand is gekomen. Deze wederzijdse verantwoordelijkheden worden bepaald door enerzijds artikel 3:2 Awb, dat het bestuur een plicht tot zorgvuldige feitenvergaring oplegt, en anderzijds artikel 4:2 Awb, dat bij besluiten op aanvraag de burger een informatieplicht oplegt voor gegevens die tot diens bewijsdomein behoren. Als de burger niet uiterlijk in de bezwaarfase aan zijn informatieplicht heeft voldaan, terwijl het bestuur hem daarover tijdig en genoegzaam heeft geïnformeerd, kan het bestuur in beginsel niet worden verweten dat het onzorgvuldig heeft gehandeld. Het besluit is daarom rechtmatig. Te laat ingebrachte gegevens en feiten kunnen aan dit oordeel niet afdoen. De beperking op het inbrengen van nieuwe informatie vloeit in deze visie rechtstreeks voort uit de taakafbakening tussen rechter en bestuur.

c. De bewijsfuik

In sommige uitspraken lijkt de Afdeling bestuursrechtspraak een nog hardere lijn te volgen. In deze uitspraken wordt niet toegestaan dat appellant bij de eerste rechter nieuwe gegevens of nieuw bewijs inbrengt, hoewel niet duidelijk is dat deze gegevens reeds in de bestuurlijke fase tot het exclusieve bewijsdomein van de burger behoorden,

---

294. Zie voor het achterwege laten van de proceskostenveroordeling CRvB 29 februari 1996, AB 1998/14; CRvB 8 maart 1999, RSV 1999, 208 en CRvB 19 november 1998, TAR 1999, 22. Zie voor het achterwege laten van schadevergoeding CRvB 29 februari 1996, TAR 1996/77.

295. ABRvS 15 mei 1997, RAwb 1997, 152 m.nt. Willemsen. Overigens mag het beroep op het gelijkheidsbeginsel niet pas ter zitting worden gedaan. Dat is blijkens Vz. ABRvS 12 mei 1997, RAwb 1997, 152 m.nt. Willemsen in strijd met de goede procesorde.

296. Zie E.J. Daalder, M. Schreuder-Vlasblom, Balanceren boven nul, NTB 2000/7, p. 214-221. Vergelijk bijv. ABRvS 19 augustus 1999, AB 1999/403 m.nt. MSV; ABRvS 13 februari 2001, JB 2001/87 m.nt. RJNS.

noch dat het bestuur over deze bewijslast duidelijke voorlichting heeft gegeven.[297] Het enkele feit dat de burger de relevante gegevens niet in de bestuurlijke fase (inclusief bezwaar) heeft ingebracht, zodat het bestuur er bij de besluitvorming geen rekening mee kon houden, is voor de rechter reeds voldoende om deze gegevens buiten beschouwing te laten. Zo lijkt de burger terecht te komen in een bewijsfuik.[298]

4.4.5 Beoordeling

4.4.5.1 Algemeen

In deze paragraaf worden de hiervoor weergegeven standpunten beoordeeld. De Commissie meent dat de bewijsfuik (opvatting c) zonder meer moet worden afgewezen. Zij meent voorts in meerderheid dat de bewijstrechter (opvatting b) zou moeten worden gereserveerd voor bijzondere gevallen. Derhalve dient in de regel te worden gekozen voor opvatting a. Bij deze voorkeur past wel als relativering dat de pas bij de rechter aangevoerde gronden, argumenten en bewijs volgens de Commissie wel dienen te blijven binnen de buitengrenzen van het geschil.[299] Is een besluit splitsbaar en wordt in de bestuurlijke fase alleen een bepaald onderdeel aangevochten, dan kunnen in de rechterlijke fase in beginsel geen gronden, argumenten en bewijs worden aangevoerd met betrekking tot de niet-aangevochten onderdelen.

Met deze opvatting sluit de Commissie aan bij het standpunt van de voorzitters van de sectoren bestuursrecht van de rechtbanken en de presidenten van de appèlinstanties, die zich op een studieconferentie op 5 maart 2000 op de volgende uitgangspunten verenigden:

– Bij splitsbaarheid van een besluit werkt het niet-bestreden deel van het besluit door naar alle volgende instanties.
– Binnen het aldus afgeperkte geschil wordt aan partijen niet tegengeworpen dat zij bepaalde rechtsgronden en/of feitelijke gronden niet reeds in bezwaar hebben aangevoerd.
– Een fatale beperking naar rechtsgronden en/of feitelijke gronden wordt eerst in hoger beroep aanvaardbaar geacht (zie hierover par. 4.5).

Hierna worden de elementen van deze opvatting nader onderbouwd.

4.4.5.2 Geen bewijsfuik

De gronden waarop de Commissie de bewijsfuik afwijst, zijn grotendeels dezelfde als die waarop ook de bewijstrechter niet haar voorkeur heeft. Bovendien staat de bewijsfuik op gespannen voet met artikel 6 EVRM. Het EHRM laat toe dat het rechterlijk

---

297. ABRvS 15 mei 1997, RAwb 1997, 152 m.nt. Willemsen. Overigens mag het beroep op het gelijkheidsbeginsel niet pas ter zitting worden gedaan. Dat is blijkens Vz. ABRvS 12 mei 1997, RAwb 1997, 152 m.nt. Willemsen in strijd met de goede procesorde.
298. Aldus L.J.A. Damen, Hoe en wanneer moet een oud-mijnwerker zijn silicose bewijzen? AAe 2000, p. 61.
299. Aldus ook: B.W.N. de Waard, De goede procesorde, JBPlus 2001, p. 148-162; Commissie Evaluatie Awb II, Algemeen bestuursrecht 2001: toepassing en effecten van de Awb 1997-2001, Den Haag 2002, p. 21.

feitenonderzoek wordt beperkt,[300] maar daartoe moet wel aan twee voorwaarden worden voldaan (zie par. 3.1.8):

– de beperking moet een bijzondere rechtvaardiging vinden in het gespecialiseerde karakter van de desbetreffende feitenvaststelling, én
– de bestuurlijke feitenvaststelling dient met de nodige quasi-rechterlijke waarborgen te zijn omkleed.

Aan het eerste vereiste – het feitenonderzoek is gespecialiseerd – kan in de (omgevingsrechtelijke) zaken waarin de Afdeling bestuursrechtspraak de fuik toepast, zijn voldaan. Aan het tweede vereiste kan op zich ook worden voldaan, voorzover de uiteindelijke feitenvaststelling plaatsvindt in de bezwaarschriftprocedure of de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure, die beide met enige semi-rechterlijke waarborgen zijn omkleed. Maar dan moet het voor appellant zonder meer duidelijk zijn welk bewijs van welke feiten hij reeds in de bestuurlijke fase moet aanvoeren. Bestaat daarover onduidelijkheid, doordat het bestuur hem daarover niet adequaat heeft geïnformeerd, dan heeft de burger geen daadwerkelijke mogelijkheid om effectief gebruik te maken van de procedurele waarborgen die in de bestuurlijke fase gelden. Dan wordt het door artikel 6 EVRM gewaarborgde recht op een rechter met '*full jurisdiction*' naar het oordeel van de Commissie te veel uitgehold.

4.4.5.3 In beginsel geen bewijstrechter

Resteert de keuze tussen 'geen beperkingen' (a) of 'bewijstrechter' (b). De Commissie stelt voorop dat de bewijstrechter, althans in zaken waarin de feitenvaststelling een gespecialiseerd karakter heeft, niet in strijd is met artikel 6 EVRM. Anders dan bij de bewijsfuik is de burger bij de bewijstrechter immers adequaat geïnformeerd over het bewijs dat hij reeds in de bezwarenprocedure moet aanvoeren, zodat hij effectief gebruik kan maken van de semi-rechterlijke waarborgen van deze procedure. Bovendien kan een bewijstrechter binnen het systeem van de Awb worden verdedigd als men de nadruk legt op de medeverantwoordelijkheid van de burger voor het bijeenbrengen van de relevante feiten. Toch is de Commissie in algemene zin geen voorstander van een bewijstrechter.

Dit standpunt sluit niet uit dat de wetgever bij een bepaald besluit een bewijstrechter dwingend voorschrijft. Zo schrijven veel wetten voor dat de aanvrager bepaalde gegevens binnen een bepaalde dwingende termijn aan het bestuur moet overleggen. Als de aanvrager dit verzuimt, moet de aanvraag buiten behandeling worden gelaten of worden afgewezen. In beroep beoordeelt de rechter dan slechts of dit laatste terecht is geschied. Als een aanvraag voor een bouwvergunning buiten behandeling is gelaten wegens het ontbreken van een bouwtekening, kan de burger dit met succes aanvechten door bij de rechter alsnog een bouwtekening in te dienen.

Evenzo kan uit de aard van een besluit voortvloeien dat met na een bepaalde datum ingebrachte informatie geen rekening meer kan worden gehouden. Dit doet zich bijvoorbeeld voor bij een subsidieplafond dat wordt verdeeld door onderlinge vergelij-

300. Vgl. EHRM 22 november 1995, Bryan, vol. 335-A; EHRM 7 november 2000, AB 2002, 25 m.nt. LV (Kingsley).

king en prioritering van de aanvragen. De Commissie wijst de bewijstrechter derhalve slechts af voorzover hij niet uit de bijzondere wet of de aard van het besluit voortvloeit. Zij heeft daarvoor de volgende argumenten.

In de eerste plaats heeft een bewijstrechter tot gevolg dat het debat over de feiten steeds meer in de bezwaarschriftprocedure wordt geconcentreerd. Dit geldt niet alleen voor feitelijke gegevens die betrokkene relatief eenvoudig kan produceren, maar ook voor meer complexe zaken. Als een besluit berust op een advies van een deskundige, zal betrokkene een eventuele contra-expertise vaak al in bezwaar moeten inbrengen.[301] Dit leidt tot verdere formalisering en juridisering van de bezwaarschriftprocedure, die slecht past bij de tamelijk informele regeling hiervan in afdeling 7.2 van de Awb. Deze formalisering staat bovendien op gespannen voet met de opvatting van de regering over de bezwaarschriftprocedure. Volgens deze opvatting – die bijvoorbeeld blijkt uit het wetsvoorstel rechtstreeks beroep[302] – moet de bezwaarschriftprocedure een tamelijk lichte procedure zijn, waarin het bestuur de kans krijgt om zijn besluit te heroverwegen en bestuur en burger proberen het geschil op informele wijze op te lossen. De rechtspraak van de Afdeling inzake de bewijstrechter staat haaks op deze opvatting, omdat zij leidt tot polarisering van de verhoudingen.

In de tweede plaats staat de bewijstrechterrechtspraak op gespannen voet met de gedachte dat in het bestuursproces de materiële waarheidsvinding vooropstaat, nu zij tot gevolg kan hebben dat de bestuursrechter zijn oordeel moet baseren op feiten die niet in bezwaar zijn aangevochten, maar wel degelijk onjuist kunnen zijn. Anders gezegd: een materieel onrechtmatig besluit blijft overeind omdat de correcte feiten niet tijdig zijn aangevoerd. Mede gelet op het 'erga omnes'-karakter van besluiten acht de Commissie dit minder wenselijk. Daalder en Schreuder-Vlasblom stellen op zichzelf terecht dat het bestuur geen onzorgvuldigheid kan worden verweten indien de burger ondanks adequate voorlichting door het bestuur bewijs uit zijn bewijsdomein niet tijdig heeft ingebracht, maar het is de vraag of zorgvuldigheid wel de enige maatstaf voor de (on)rechtmatigheid van een besluit moet zijn. Naar het oordeel van de Commissie kan ook een zorgvuldig voorbereid besluit soms onrechtmatig zijn, namelijk wanneer uit later aangevoerde informatie blijkt dat het materieel onjuist is.[303]

Als de burger de door het bestuur aan de beslissing op bezwaar ten grondslag gelegde argumenten in beroep bestrijdt met nieuw bewijs, is dit in de regel evenmin in strijd met de goede procesorde. De notie van een goede procesorde betekent vooral dat partijen elkaar en de rechter niet met nieuwe stukken mogen overrompelen, omdat dan geen recht kan worden gedaan aan het beginsel van hoor en wederhoor en bijgevolg een zorgvuldige behandeling van de zaak in gevaar komt. Maar het handhaven van een goede procesorde vergt maatwerk. De omstandigheden van het geval bepalen waar de grens ligt. Een van de relevante omstandigheden kan bijvoorbeeld zijn dat de burger zonder deskundige rechtsbijstand procedeert. Voorts is van belang in hoeverre

---

301. Dit volgt uit ABRvS 28 juni 1999, AB 1999, 360 (Silicose II). Zie voorts A.G.A. Nijmeijer, Welstandstoezicht juridisch getoetst, Bouwrecht Monografieën deel 20, Deventer 2001, p. 252-255 en de daar vermelde rechtspraak van de ABRvS, waaruit blijkt dat ook een contra-expertise in verband met een welstandsoordeel in de regel reeds in bezwaar moet worden aangevoerd.
302. Zie Kamerstukken I 2002/03, 27 563, nr. 236.
303. Vgl. de noot van N. Verheij onder ABRvS 20 februari 2001, AB 2002, 29.

het alsnog toelaten van nieuwe gegevens daadwerkelijk belangen van andere partijen schaadt.

Tegen deze achtergrond zou de Commissie, wat het inbrengen van nieuw bewijs betreft, aan het bepaalde in artikel 4:2, tweede lid, Awb geen té verstrekkende gevolgen willen verbinden. Slechts wanneer duidelijk is dat een burger min of meer bewust de bestuurlijke besluitvorming heeft gefrustreerd, dan wel zo laat met stukken komt dat het bestuursorgaan daar niet meer adequaat op kan reageren, zou de rechter nieuw bewijs in de beroepsfase moeten weigeren.

Hiermee is niet gezegd dat de burger niet mag worden aangesproken op zijn medeverantwoordelijkheid voor een efficiënte en betrouwbare besluitvorming. Als een burger ondanks duidelijke verzoeken van het bestuursorgaan nalatig is bij inbrengen van bewijs dat redelijkerwijs tot zijn bewijsdomein behoort, mag dat gevolgen hebben. De rechter zou dan echter bij voorkeur moeten kiezen voor andere sancties dan het uitsluiten van bewijs. Overeenkomstig de rechtspraak van de CRvB kan daarbij worden gedacht aan het (gedeeltelijk) achterwege laten van de proceskostenveroordeling en schadevergoeding.

4.5 De omvang van het geding in hoger beroep

4.5.1 Uitgangspunten

Dient het trechtermodel ook gevolgen te hebben voor de verhouding tussen het geding in hoger beroep en het geding in eerste aanleg? In hoeverre moet de bevoegdheid om gronden, argumenten of bewijsmiddelen die niet in eerste aanleg zijn ingebracht, voor het eerst in hoger beroep in te brengen, worden beperkt? De standpunten hierover bewegen zich tussen twee uitersten. Enerzijds wordt verdedigd dat in hoger beroep het veld weer helemaal openligt. Anderzijds wordt gesteld dat gronden, argumenten of bewijsmiddelen slechts voor het eerst in hoger beroep kunnen worden ingebracht, voorzover zij redelijkerwijs niet reeds in eerste aanleg naar voren hadden kunnen worden gebracht: eenmaal prijsgegeven blijft prijsgegeven.

Toch bestaat over dit onderwerp in de rechtspraak wel een zekere mate van overeenstemming. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het reeds in paragraaf 4.4 genoemde standpunt van de voorzitters van de sectoren bestuursrecht en de presidenten van de appèlinstanties. Dit houdt in dat het onder omstandigheden aanvaardbaar is om grenzen te stellen aan het voor het eerst in hoger beroep inbrengen van feitelijke of rechtsgronden.

De verschillende standpunten over dit vraagstuk hangen samen met verschillende visies op de functie van het hoger beroep. Hoger beroep heeft in het algemeen drie functies:

– herkansing voor partijen (herstel van fouten);
– controle van de eerste aanleg;
– bevorderen van de rechtseenheid.

Voor het bestuursrechtelijk hoger beroep is dit in beginsel niet anders. De wenselijke omvang van het geding in hoger beroep hangt mede af van de functie die men centraal

stelt. Grosso modo kan men zeggen dat de controle- en rechtseenheidsfunctie leiden tot een beperkte omvang van het geding in hoger beroep. In het licht van deze functies is het in beginsel minder wenselijk dat in hoger beroep nog nieuwe gronden en argumenten worden aangevoerd, die niet waren aangevoerd in eerste aanleg. Voor de controlefunctie spreekt dit voor zich: als het niet aan de eerste rechter is voorgelegd, heeft die er niets over gezegd en valt er dus ook niets te controleren. Voor de rechtseenheidsfunctie geldt dat deze beter tot haar recht komt naarmate de appèlrechter zich meer kan concentreren op het beoordelen van rechtsoordelen van eerstelijnsrechters.

Wie echter het hoger beroep primair ziet als een herkansing en een middel om in eerste aanleg gemaakte fouten, niet alleen van de rechter maar ook van partijen, te herstellen, komt tot het tegenovergestelde resultaat. Dan moet er immers juist zoveel mogelijk ruimte zijn om zaken die men in eerste aanleg 'vergeten' is, in hoger beroep alsnog in te brengen.

Bij de afweging die hier moet worden gemaakt, moeten voorts de doorlooptijden worden betrokken. Hoger beroep betekent voor een deel van de zaken een verlenging van de procedure. Artikel 6, eerste lid, EVRM eist dat bij een geschil over burgerlijke rechten of verplichtingen, dan wel een 'criminal charge', de gehele procedure, vanaf een eventuele verplichte bestuurlijke voorprocedure tot en met de einduitspraak in hoogste instantie en zelfs met inbegrip van een eventuele executiefase, binnen een redelijke termijn wordt afgerond.[304] Dit is trouwens ook om maatschappelijke en economische redenen wenselijk: de onzekerheid omtrent de rechtmatigheid van bijvoorbeeld een milieu- of bouwvergunning mag niet eindeloos duren (zie ook par. 3.2). Dit kan een reden zijn om de mogelijkheid tot herkansing te beperken. Het kost de appèlrechter nu eenmaal meer werk en dus meer tijd om geheel nieuwe gronden, argumenten of bewijsmiddelen te beoordelen, dan om het oordeel van de eerste rechter te toetsen.

Ten slotte worden beperkingen van de omvang van het geding in appèl ook wel gebaseerd op het beginsel van de goede procesorde. Dit beginsel stelt in de eerste plaats grenzen aan het inbrengen van nieuwe gronden, argumenten en bewijs binnen een instantie van rechtspraak, dus ook in de appèlprocedure. Voor ieder proces geldt van oudsher dat partijen hun stellingen, argumenten en bewijs op een zodanig tijdstip moeten inbrengen, dat de wederpartij zich daartegen voldoende kan verweren (verdedigingsbeginsel) en de (appèl)rechter voldoende tijd heeft om deze op hun merites te beoordelen.

In de tweede plaats gebruikt de rechter het beginsel van een goede procesorde ook wel om de verhouding tussen eerste aanleg en hoger beroep te reguleren. Dat wil zeggen: om grenzen te stellen aan het pas in appèl inbrengen van nieuwe gronden of argumenten, als dit ook al in eerste aanleg had kunnen gebeuren. Hoever de beperking van het inbrengen van nieuwe gronden en argumenten op basis van dit beginsel mag en moet gaan, is afhankelijk is van de mate waarin men de herkansingsfunctie tot haar recht wil laten komen.

---

304. Zie par. 3.1.9 en uitvoerig A.M.L. Jansen, De redelijke termijn, in het bijzonder in het bestuursrecht, diss. KUB 2000, Den Haag 2000.

4.5.2 Object van het geding in appèl

Om de gewenste omvang van het geding in hoger beroep te kunnen bepalen moet eerst worden vastgesteld wat het object van het geding in hoger beroep is. Is dat de uitspraak van de eerste rechter of het in eerste aanleg bestreden besluit van het bestuur? Een deel van de literatuur kiest voor de aangevallen uitspraak en verbindt daaraan het gevolg dat hetgeen niet aan de eerste rechter is voorgelegd, in hoger beroep in beginsel buiten de orde is. De aangevallen uitspraak gaat immers slechts over hetgeen aan de eerste rechter is voorgelegd. Derhalve moet voor het voor het eerst in hoger beroep inbrengen van gronden, argumenten of bewijs een bijzondere rechtvaardiging bestaan. Deze bijzondere rechtvaardiging kan bijvoorbeeld zijn dat zich sedert de aangevallen uitspraak nieuwe ontwikkelingen hebben voorgedaan, of dat nieuwe gegevens beschikbaar zijn gekomen, waarover men in eerste aanleg redelijkerwijs nog niet kon beschikken.[305] In deze visie wordt de herkansingsfunctie van het hoger beroep aanzienlijk beperkt.

De wet (artikel 37 Wet op de Raad van State en de gelijkluidende bepalingen in de Beroepswet en de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie) gaat ervan uit dat de uitspraak van de rechtbank het object van het geding in hoger beroep is. Dit ligt ook voor de hand. Het doet recht aan het gegeven dat er al een rechterlijke uitspraak over het besluit ligt. Voorts ontstaat aldus een debat tussen de appèlrechter en de eerste rechter, hetgeen bijdraagt aan de kwaliteit van de rechtspraak en de rechtsontwikkeling. Ten slotte moet de aangevallen uitspraak in ieder geval mede het object van het geding in hoger beroep zijn, omdat de appèlrechter niet alleen het bestreden besluit, maar ook het (processuele) handelen van de eerste rechter moet beoordelen. Als de eerste rechter fundamentele normen van procesrecht heeft geschonden, moet de aangevallen uitspraak in de regel worden vernietigd, los van de vraag of er iets schort aan het bestreden besluit. Hetzelfde geldt als de eerste rechter de regels omtrent de ontvankelijkheid van het beroep onjuist heeft toegepast.

Niettemin staat via de aangevallen uitspraak ook het in eerste aanleg bestreden besluit in hoger beroep ter beoordeling. Voorzover appellant het beroep in eerste aanleg tegen dit besluit bewust heeft beperkt tot een bepaald afsplitsbaar onderdeel van het besluit, zoals bijvoorbeeld een aan een vergunning verbonden voorschrift of een aan een subsidie verbonden verplichting, staat naar het oordeel van de Commissie ook in hoger beroep slechts dit onderdeel van het besluit ter discussie.

Buiten deze gevallen betekent de keuze voor de aangevallen uitspraak als primair aanknopingspunt voor het hoger beroep echter *niet* noodzakelijkerwijs dat in hoger beroep geen nieuwe gronden, argumenten of bewijsmiddelen meer kunnen worden aangevoerd. Een blik op het civiele hoger beroep is in dit verband verhelderend.[306] Ook in het civiele appèl is het object van het geding de uitspraak in eerste aanleg. Niettemin kunnen in verband met de herkansingsfunctie van het appèl toch nieuwe gronden en argumenten worden aangevoerd. Of men dit ook in het bestuursrechtelijk appèl wil toestaan, wordt dan ook niet zonder meer bepaald door de keuze van de

305. Zie bijvoorbeeld M. Schreuder-Vlasblom, De Awb, Het bestuursprocesrecht, Deventer 2001, p. 251-260.
306. Zie over de overeenkomsten tussen het civiele en het bestuursrechtelijke appèl R.H. Happé e.a. (red.), Hoger beroep in de steigers, Den Haag 2003, i.h.b. p. 95-108 en 203-206.

aangevallen uitspraak als object van het geding, maar vooral door de waarde die men aan de herkansingsfunctie toekent. De Commissie komt hier in paragraaf 4.5.4 op terug.

4.5.3 Partijen en de omvang van het geding

Partijen kunnen de omvang van het geding in appèl op verschillende manieren beïnvloeden. De aanlegger kan in zijn appèlschrift het geding beperken. Dan rijst de vraag, in hoeverre verweerder in appèl nog andere onderdelen van de aangevallen uitspraak ter discussie kan of zou moeten kunnen stellen. Maar het komt ook voor dat de aanlegger het geding in appèl juist wil uitbreiden door nieuwe gronden of argumenten aan te voeren. Dit laatste komt in paragraaf 4.5.4 aan de orde.

De aanlegger kan het geding in hoger beroep in het bijzonder op twee manieren beperken:

– De aanlegger kan zijn appèl beperken tot een onderdeel van de uitspraak, bijvoorbeeld tot het oordeel over schadevergoeding (art. 8:73 Awb) of over het al dan niet zelf voorzien.
– De aanlegger kan zijn appèl toespitsen op het oordeel van de rechtbank over een bepaald (afsplitsbaar) onderdeel van het besluit, bijvoorbeeld op het oordeel over de ingangsdatum van een uitkering of over een bepaald vergunningvoorschrift.

In beide gevallen is de appèlrechter in beginsel aan deze door de aanlegger aangebrachte beperkingen gebonden. Binnen de hierdoor bepaalde omvang van het geding moet hij de rechtsgronden ambtshalve aanvullen (art. 8:69, tweede lid, Awb), althans moet hij (ambtshalve) controleren of de rechter in eerste aanleg deze plicht op correcte wijze heeft verricht. Is dat niet het geval, dan vult de appèlrechter de rechtsgronden ambtshalve aan. Buiten de omvang van het geding moet de appèlrechter ambtshalve toetsen aan bepalingen van openbare orde en wellicht onder omstandigheden aan bepalingen van gemeenschapsrecht.[307]

De aldus door de aanlegger aangebrachte beperkingen van de omvang van het geding binden niet alleen de rechter, maar ook de verweerder in appèl. Deze kan zich uiteraard verweren tegen hetgeen de aanlegger naar voren brengt, maar geen andere onderdelen van de uitspraak ter discussie stellen, noch daaromtrent gronden of argumenten aanvoeren. Het procesrecht van de Awb voorziet bovendien niet in een rechtsfiguur die vergelijkbaar is met het incidenteel appèl in het civiele procesrecht.[308] Dit levert soms een leemte in de rechtsbescherming op. Een voorbeeld kan dit verduidelijken.

Stel, de rechtbank vernietigt een besluit op grond a, terwijl zij andere door appellant aangevoerde gronden verwerpt of buiten behandeling laat. De aanlegger is hiermee tevreden, maar het bestuursorgaan of een andere belanghebbende gaat in hoger beroep en wordt in het gelijk gesteld. De oorspronkelijke aanlegger wil dan alsnog zijn in eerste aanleg verworpen of niet behandelde gronden aan de orde stellen, maar dat

307. Zie par. 3.1.8 en 4.4.1.
308. Zie J.E.M. Polak, Een grievenstelsel in het bestuursrecht, in: R.H. Happé e.a. (red.), Hoger beroep in de steigers, Den Haag 2003, p. 63-70.

kan niet meer: de omvang van het geding in hoger beroep wordt bepaald door degene die hoger beroep instelt.

De Centrale Raad van Beroep heeft dit probleem gedeeltelijk opgelost door een soort jurisprudentieel incidenteel appèl te ontwikkelen. Degene die in hoger beroep als verweerder optreedt, kan eigen bezwaren tegen de aangevallen uitspraak aanvoeren, mits deze voldoende nauw samenhangen met de door de aanlegger van het hoger beroep aangevoerde bezwaren. Als een partij op arbeidskundige gronden in hoger beroep komt tegen een uitspraak omtrent arbeidsongeschiktheid, kan de andere partij daartegen ook medische gronden aanvoeren, omdat er een nauwe samenhang is tussen het medische en het arbeidskundige aspect van een oordeel omtrent arbeidsongeschiktheid.[309] In een andere zaak beoordeelde de CRvB naar aanleiding van bezwaren van de burger alsnog de bevoegdheid tot terugvordering, nadat de rechtbank het terugvorderingsbesluit op een andere grond had vernietigd en het bestuursorgaan daartegen met succes in beroep was gekomen.[310]

Deze jurisprudentie neemt de gesignaleerde leemte in de rechtsbescherming slechts gedeeltelijk weg. Van de Afdeling bestuursrechtspraak zijn geen uitspraken bekend waarin zij 'eigen' gronden van de verweerder in hoger beroep met toepassing van het samenhangcriterium toelaat. Waar de Afdeling bevoegd is, blijft de leemte dus bestaan.[311] Bovendien is ook de oplossing van de CRvB beperkt tot bezwaren van 'gedaagde' in hoger beroep, die nauw samenhangen met de bezwaren van degene die het hoger beroep heeft ingesteld. Andere bezwaren van 'gedaagde' in hoger beroep vallen ook bij de CRvB buiten boord.[312]

Daarom zou de wetgever naar het oordeel van de Commissie in het bestuursprocesrecht een 'echt' incidenteel appèl moeten invoeren.[313] Bij een echt incidenteel appèl kan 'gedaagde' in hoger beroep ook opkomen tegen niet door de insteller van het 'gewone' hoger beroep aangevochten onderdelen van de aangevallen uitspraak en daaromtrent gronden en argumenten aanvoeren. Dit bevordert ook een compromisgerichte houding van partijen als beide van de rechtbank gedeeltelijk gelijk hebben gekregen. Wie hoger beroep instelt, loopt immers het risico dat hij een incidenteel appèl uitlokt, waarin ook voor hem gunstige onderdelen van de uitspraak in eerste aanleg weer ter discussie worden gesteld. Dit risico vormt een prikkel tot een weloverwogen gebruik van het hoger beroep.

De invoering van incidenteel appèl kan ertoe leiden dat een burger door het instellen van hoger beroep in een slechtere situatie terechtkomt dan na de uitspraak in eerste aanleg. Zolang de uitkomst na hoger beroep niet ongunstiger is dan het in eerste aanleg bestreden besluit, is dit volgens de Commissie niet in strijd met het verbod van 'reformatio in peius'.

---

309. CRvB 18 december 1998, JB 1998/18 m.nt. RJNS.
310. CRvB 6 oktober 1998, JB 1998/264 m.nt. RJNS; RAwb 1999, 82 m.nt. Willemsen.
311. Bijvoorbeeld in ABRvS 20 augustus 1998, RAwb 1998, 163 m.a. BdeW. Zie voor andere voorbeelden, R.J.G.M. Widdershoven e.a. 2001, p. 100-103.
312. Vergelijk CRvB 24 januari 2002, AB 2002/140 m.nt. HBr.
313. In die lijn ook R.J.G.M. Widdershoven e.a., Algemeen bestuursrecht 2001: hoger beroep, Den Haag 2001, p. 107-110, alsmede Commissie Evaluatie Awb II 2002, p. 36-39. In het belastingrecht bestaat reeds incidenteel beroep in cassatie (art. 28a Awr) en is inmiddels voorgesteld om incidenteel hoger beroep in te voeren. Zie voor het laatste het wetsvoorstel belastingsrechtspraak in twee feitelijke instanties, Kamerstukken II 2003/04, 29 251, nr. 1-3.

4.5.4 Nieuwe bezwaren in appèl

Ten slotte is er de vraag in hoeverre de aanlegger van het hoger beroep in appèl nog nieuwe gronden, argumenten en bewijs (hierna samengevat als: bezwaren) tegen het in eerste aanleg bestreden besluit mag aanvoeren. Het gaat dan om bezwaren die de partij ook in eerste aanleg al had kunnen aanvoeren, maar om welke reden dan ook niet heeft aangevoerd. Op dit punt botsen de in paragraaf 4.5.1 genoemde uitgangspunten met elkaar: meer in het bijzonder moet een afweging worden gemaakt tussen het zoveel mogelijk verwezenlijken van de herkansingsfunctie enerzijds en overwegingen van redelijke termijn en goede procesorde anderzijds. De Commissie meent dat deze uitgangspunten het beste langs de volgende lijnen met elkaar kunnen worden verzoend.

Bij nieuwe bezwaren moet onderscheid worden gemaakt tussen:

a. bezwaren tegen in eerste aanleg niet-bestreden afsplitsbare onderdelen van het besluit;
b. nieuwe gronden tegen in eerste aanleg wel bestreden onderdelen van het besluit;
c. nieuwe argumenten en bewijs ter onderbouwing van reeds in eerste aanleg aangevoerde gronden.

Ad a.

Voorzover appellant het beroep in eerste aanleg tegen een besluit bewust heeft beperkt tot een bepaald afsplitsbaar onderdeel van het besluit, werkt deze beperking door in hoger beroep. De vergunninghouder die in eerste aanleg bewust slechts één bepaald vergunningvoorschrift heeft bestreden, kan de andere voorschriften in hoger beroep niet meer aan de orde stellen. Wie een onderdeel van een besluit in eerste aanleg bewust buiten het geding houdt, om er vervolgens in hoger beroep alsnog over te beginnen, handelt in beginsel in strijd met een goede procesorde. Slechts in bijzondere omstandigheden kan dit anders zijn.[314] Bovendien doet deze opvatting recht aan het gegeven dat in appèl primair de uitspraak in eerste aanleg ter beoordeling staat.

Ad b.

Bij voor het eerst in hoger beroep ingebrachte gronden moet onderscheid worden gemaakt tussen formele en materiële gronden.

b1. Wat de Commissie betreft mogen formele gronden niet voor het eerst in appèl worden aangevoerd, tenzij zij van openbare orde zijn.[315] Deze opvatting hangt samen met het streven naar een meer materiële bestuursrechtspraak. Met het oog daarop is aantrekkelijk noch wenselijk als in hoger beroep alsnog moet worden geoordeeld over bijvoorbeeld de vraag of betrokkene in bezwaar terecht niet is gehoord.

---

314. Denkbaar is bijvoorbeeld dat een rechtshulpverlener een onderdeel van een besluit in eerste aanleg niet aanvecht, omdat hij dit terecht kansloos acht, waarna hangende hoger beroep informatie beschikbaar komt, die meebrengt dat het aanvankelijk niet ingebrachte bezwaar ineens kansrijk wordt. Denk aan een 'omgaan' van de hoogste rechter.
315. Over gronden die van openbare orde zijn, moet de rechter immers zo nodig ambtshalve een oordeel geven. Een appellant mag dus voor het eerst in hoger beroep aanvoeren dat niet burgemeester en wethouders, maar de gemeenteraad het besluit had moeten nemen, omdat de rechter dit ook zou moeten vaststellen als het niet was aangevoerd.

b2. Over materiële gronden moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat de eerste rechter deze soms ambtshalve moet aanvullen. Als de rechtbank dit ten onrechte niet heeft gedaan, moet dit in hoger beroep alsnog gebeuren, ook al is er niet over geklaagd. De appèlrechter moet namelijk ambtshalve de toepassing van artikel 8:69 Awb toetsen. De vraag of in appèl nog nieuwe materiële gronden mogen worden aangevoerd, is dus beperkt tot die materiële gronden die de rechtbank niet ambtshalve behoefde aan te vullen.
Op dit punt noopt het in paragraaf 2.3.3 gemaakte onderscheid tussen het 'tweepartijenbestuursrecht' en het 'ordenend' bestuursrecht tot nuancering.

– In bijvoorbeeld het belastingrecht en het socialezekerheidsrecht zijn bij het geschil veelal maar twee partijen betrokken. De appèluitspraak maakt in de meeste gevallen definitief een einde aan het geschil, ook al moet dit vaak nog in een bestuursbesluit worden vastgelegd. In deze gevallen behoort, net als in het civiele procesrecht, de herkansingsfunctie van het hoger beroep voorop te staan. In appèl mogen nieuwe gronden worden aangevoerd, tenzij dit zodanig laat geschiedt dat het in strijd is met een goede procesorde.
– In het ordenend bestuursrecht, zoals in het omgevingsrecht of het economisch bestuursrecht, zijn bij geschillen veelal derdenbelanghebbenden betrokken. Ook kan het oordeel van de appèlrechter, wegens de doorgaans na vernietiging resterende bestuurlijke beleids- en beoordelingsvrijheid, maar zelden een definitieve vaststelling van de rechtsbetrekking inhouden. In deze gevallen is er, mede met het oog op de eis van berechting binnen een redelijke termijn, reden om de mogelijkheden tot herkansing te beperken. Het voor het eerst in appèl aanvoeren van nieuwe gronden stuit daarom doorgaans op bezwaren.

Ad c.
Argumenten en bewijs ter nadere onderbouwing van reeds in eerste aanleg aangevoerde gronden dienen volgens de Commissie ook voor het eerst in appèl te kunnen worden aangevoerd.[316] Dit doet recht aan de herkansingsfunctie van het appèl. Wel geldt uiteraard ook in appèl als grens dat stukken niet zodanig laat mogen worden aangevoerd dat dit in strijd komt met een goede procesorde. Van dit standpunt gaan ook beide appèlrechters uit. Zo staat de ABRvS het toe dat pas in hoger beroep de in beroep bij de rechtbank aangevoerde strijd met het gelijkheidsbeginsel nader wordt geadstrueerd met fotomateriaal.[317]

4.5.5 Conclusie

Samenvattend doet de Commissie de volgende aanbevelingen over de omvang van geding in appèl.

a. De wetgever dient incidenteel appèl mogelijk te maken.
b. Het object van hoger beroep is de uitspraak van eerste aanleg. Daarom kunnen afsplitsbare onderdelen van het besluit, die in eerste aanleg niet in het geding waren, ook niet in hoger beroep worden aangevochten. Derhalve kunnen in

316. Zo ook: B.N.W. de Waard, De goede procesorde, JBPlus 2001, p.158.
317. ABRvS 9 mei 2000, JB 2000, 179, RAwb 2000, 115 m.a. Embregts.

hoger beroep ook geen gronden, argumenten of bewijsmiddelen worden aangevoerd, die op dergelijke onderdelen betrekking hebben.

c. Formele gronden mogen niet voor het eerst in appèl worden aangevoerd, tenzij zij van openbare orde zijn.
d. In het tweepartijenbestuursrecht (belastingrecht, sociaalzekerheidsrecht) mogen materiële gronden voor het eerst in hoger beroep worden aangevoerd, tenzij dit zodanig laat geschiedt dat het in strijd komt met een goede procesorde.
e. In het ordenend bestuursrecht (omgevingsrecht, economisch bestuursrecht) kunnen materiële gronden in beginsel niet voor het eerst in hoger beroep worden aangevoerd.
f. Argumenten en bewijs ter nadere onderbouwing van in eerste aanleg aangevoerde gronden kunnen voor het eerst in hoger beroep worden aangevoerd, tenzij dit zodanig laat geschiedt dat het in strijd komt met een goede procesorde.

4.6 Toetsing naar toen of naar nu?

4.6.1 Inleiding

Sedert jaar en dag leren alle studenten bij bestuursrecht dat de bestuursrechter 'ex tunc' (naar toen) toetst: hij beoordeelt het bestreden besluit naar het tijdstip waarop het is genomen, en houdt in beginsel geen rekening met ontwikkelingen die zich na het bestreden besluit hebben voorgedaan. Deze toetsing naar toen heeft zich in de bestuursrechtelijke dogmatiek een unieke positie verworven. Zij ontbeert een expliciete wettelijke grondslag, maar is binnen het bestuursrecht als uitgangspunt vrijwel onomstreden. Buiten het bestuursrecht, met name bij de civiele vakbroeders en -zusters, loopt er echter niemand warm voor. Vooral de toepassing van de ex tunc-leer op nieuw bewijs van oude feiten stuit bij hen op onbegrip. Het recht van partijen om hun stellingen ten overstaan van de rechter te bewijzen wordt veelal als een essentieel processueel recht gezien.

Daarmee zitten wij meteen midden in de vele misverstanden die er over de naar toen-regel bestaan. Deze regel gaat namelijk helemaal niet over bewijs. Men kan in algemene zin de vraag stellen in hoeverre de rechter rekening moet houden met nieuwe ontwikkelingen hangende het beroep. Zoals Verheij[318] onlangs heeft uiteengezet, moeten daarbij echter verschillende vragen worden onderscheiden:

1. In hoeverre moet de rechter nadere besluiten beoordelen (de problematiek van de artikelen 6:18 en 6:19 Awb)?
2. Wat is bij het te beoordelen besluit het relevante tijdstip voor de beoordeling van:
   a. de feiten;
   b. het toepasselijke recht en beleid?
3. Tot welk tijdstip in de procedure kunnen tegen dit besluit niet eerder aangevoerde argumenten worden aangevoerd (de discussie over de 'argumentatieve fuik')?

318. N. Verheij, Tussen toen en nu. Het relevante tijdstip voor besluitvorming in bezwaar en toetsing in beroep, JBPlus 2003/1, p. 26.

4. Tot welk tijdstip kan voor deze argumenten niet eerder aangevoerd bewijs worden aangevoerd (de discussie over de 'bewijsfuik')?[319]

Strikt genomen heeft de naar toen-regel slechts betrekking op de tweede vraag. De bestuursrechter moet eerst vaststellen welk besluit hij moet beoordelen. Vervolgens moet hij vaststellen naar welk tijdstip de voor dat besluit relevante feiten en rechtsregels moeten worden beoordeeld. Pas daarna komt aan de orde tot op welk tijdstip in de procedure een partij zich op deze feiten of rechtsregels kan beroepen en zo nodig bewijs mag leveren. Men kan zelfs verdedigen dat hij slechts ziet op vraag 2a, aangezien vraag 2b primair aan de hand van de toepasselijke regels van overgangsrecht moet worden beantwoord. Er is natuurlijk wel een zeker verband tussen al deze vragen, maar zij moeten voor een goed begrip wel worden onderscheiden.

In de literatuur is enige kritiek op de naar toen-regel uitgeoefend.[320] De laatste jaren wijzen vooral voorstanders van definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter erop dat de toetsing naar toen ertoe bijdraagt dat de bestuursrechter achteraf vaststelt hoe het niet had gemogen of gemoeten, maar niet toekomt aan de vraag hoe het dan wel moet of mag.[321]

Vóór de totstandkoming van de Awb waren de Afdeling rechtspraak en de ambtenarenrechter het meest streng in de ex tunc-leer. Andere bestuursrechters hadden manieren gevonden om zich aan de al te knellende banden van de ex tunc-toetsing te onttrekken:

– de socialeverzekeringsrechter placht op ruime schaal aanvullingen op de motivering van besluiten te aanvaarden;
– het College van Beroep voor het bedrijfsleven vroeg, als zich hangende het geding een relevant novum voordeed, aan de verwerende partij of dit aanleiding was het besluit al dan niet te wijzigen. Het antwoord op die vraag werd in het te toetsen besluit geïncorporeerd;
– de Afdeling voor de geschillen van bestuur van de Raad van State liet nova een rol spelen bij het eventueel in stand laten van de rechtsgevolgen, het eventueel zelf in de zaak voorzien en bij het gebruikmaken van de adviesbevoegdheid van artikel 6, eerste lid, Tijdelijke wet kroongeschillen.

De ex tunc-leer hangt samen met het 'Recht der Verwaltung zur Erstentscheidung' (vgl. par. 2.1.2 en 2.3.2 onder a). Zij is vooral functioneel op die terreinen van het bestuursrecht waar de besluitvorming inderdaad (zoals de artikelen 3:2 tot en met 3:4 van de Awb als hoofdregel lijken te veronderstellen) een zuivere belangenafweging

---

319. De termen 'argumentatieve fuik' en 'bewijsfuik' zijn geïntroduceerd door L.J.A. Damen, De bewijsfuik. Hoe en wanneer moet een oud-mijnwerker zijn silicose bewijzen?, noot bij ABRvS 28 juni 1999, Ars Aequi 2000, p. 61-69.
320. Zie o.m. J.H.M.F. Teunissen, Toetsing ex tunc of ex nunc, in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), Nieuw bestuursprocesrecht, Deventer 1992, p. 111 e.v.; dez. Toetsing ex tunc of ex nunc, enige opmerkingen naar aanleiding van de zaak Oostelijke wegomlegging Nistelrode, G.St. 6914 (1991); H.Ph.J.A.M. Hennekens, Vernietiging door de administratieve rechter; enkele knellende punten nader bezien, G.St. 7027 (1996), p. 128; W. van Blommestein, Toetsing ex nunc; in het vreemdelingenrecht én het bestuursrecht?, NTB 2000/5, p. 128.
321. Zie o.m. J.E.M. Polak, Effectieve bestuursrechtspraak. Enkele beschouwingen over het vermogen van de bestuursrechtspraak geschillen materieel te beslechten, Deventer 2000, i.h.b. p. 19-27; B.J. van Ettekoven, Alternatieven van de bestuursrechter. Observaties vanuit de eerste lijn, VAR-reeks 126, Den Haag 2001.

inhoudt. De rechter behoort die belangenafweging te respecteren en bij dat respect hoort dat hij geen nova in zijn beoordeling betrekt.

Een van de vele rechtsterreinen waarop zo'n zuivere bestuurlijke belangenafweging zich vrijwel niet voordoet, is het vreemdelingenrecht. In verband met de vele gevallen die gelijk moeten worden behandeld, is op dit terrein vrijwel elke bevoegdheid 'dichtgeregeld' met beleid. De wetgever heeft dan ook al een aantal malen aangegeven dat hij bereid is op praktische gronden het recht van de minister op 'Erstentscheidung' prijs te geven. In de Vreemdelingenwet 1993 geschiedde dit door het opnemen van artikel 33b, dat de voorzieningenrechter de bevoegdheid gaf om de bezwaarschriftprocedure af te doen, zo nodig zelfs ex nunc. In de Vreemdelingenwet 2000 is de wetgever voor asielzaken nog verder gegaan door de rechtbank uitdrukkelijk op te dragen om zo nodig ex tunc te toetsen (art. 83, derde lid, Vw 2000).[322] Wel moet de rechtbank het bestuur dan eerst uitnodigen om een standpunt in te nemen over de gevolgen van het novum voor het bestreden besluit. Daarmee sluit de wetgever aan bij de ontsnappingsweg die het CBB reeds voor 1 januari 1994 had ingeslagen.[323]

Zoals reeds in paragraaf 3.2 uiteengezet, maakt juist de lange duur van bestuursrechtelijke procedures het moeilijk uit te leggen waarom de bestuursrechtspraak principieel slechts is geïnteresseerd in feiten van vele jaren geleden, namelijk ten tijde van het bestreden besluit. Voorbeelden waaruit blijkt hoe ineffectief deze ex tunc-toetsing kan zijn, kunnen heel sprekend zijn. Zo kent iedereen wel een milieuzaak waarin de rechter vijf jaar na dato een oordeel geeft over een milieuvergunning, maar dit oordeel vanwege gewijzigde milieu-inzichten, veranderde productieprocessen, enzovoort alleen nog historisch belang heeft. Even sprekend zijn vreemdelingenzaken waarin het beroep tegen een weigering van toelating moet worden verworpen, omdat er ten tijde van het bestreden besluit in het land van herkomst geen gevaar voor een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM was, terwijl dit gevaar op het tijdstip waarop de rechter de zitting sluit, door een machtswisseling of burgeroorlog inmiddels wel reëel is geworden. Dergelijke voorbeelden geven een pleidooi voor een al dan niet geclausuleerde vorm van ex nunc-toetsing al snel overtuigingskracht.

Bovendien past zo'n pleidooi goed in de tendens tot 'civilisering' van het bestuursproces in de richting van een 'recours subjectif' of vorderingenstelsel. De civiele rechter toetst immers ook ex nunc. Hetzelfde geldt, in ieder geval als uitgangspunt, voor de subjectieve 'remedies' in de Duitse en Franse bestuursrechtspraak.

Dat de civiele rechter steeds ex nunc toetst, is overigens gemakkelijker gezegd dan aangetoond. Het hangt van de zaak af. De toetsing van een ontslag op staande voet door de kantonrechter vertoont overeenkomsten met de toetsing ex tunc van een bestuursbesluit. Ook voor de beoordeling van de onrechtmatigheid van een daad zal toch veelal worden teruggekeken naar het moment waarop deze daad werd gepleegd; bij een toerekenbaar niet-nakomen is dit veelal niet anders. Kortom: ook de burgerlijke rechter ziet vaak om.

Ook los daarvan zijn er redenen om niet al te hard van stapel te lopen. Ook in het huidige stelsel hebben wetgever en rechter al enkele technieken ontwikkeld om de negatieve gevolgen van de ex tunc-toetsing onder omstandigheden te nuanceren.

---

322. Zie over de eerste rechtspraak op grond van dit artikel: K.F. Bolt, Dat verandert de zaak!, JBPlus 2002/4, p. 158.
323. Zie Van Blommestein, a.w.

Gewezen zij bijvoorbeeld op de zogenoemde retrospectieve ex tunc-toetsing, waarbij nieuwe feiten en omstandigheden die het bestuur ten tijde van het nemen van het bestreden besluit had moeten voorzien, in de beoordeling worden betrokken en reden kunnen zijn voor vernietiging.

Daarnaast kent de Awb twee uitspraakbevoegdheden waarbij nieuwe feiten en nieuw recht in beginsel kunnen worden meegenomen, namelijk de bevoegdheid om na vernietiging de rechtsgevolgen van het besluit in stand te laten (art. 8:72, derde lid, Awb) en de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien (art. 8:72, vierde lid, Awb). Ten slotte verplicht artikel 6:19 Awb de rechter om hangende het beroep genomen besluiten tot wijziging of intrekking van het bestreden besluit mee te nemen in de procedure tegen het oorspronkelijke besluit. Ook dat biedt mogelijkheden om nieuwe feiten en omstandigheden in de beoordeling mee te nemen.

Een andere reden om niet al te hard van stapel te lopen is dat ex nunc-toetsing lang niet in alle bestuursrechtelijk geschillen zinvol of mogelijk is. Dat hangt namelijk nogal van de aard van het besluit en van het toepasselijke materiële recht af. Daarop wordt in de volgende paragraaf ingegaan. Ten slotte heeft ex nunc-toetsing een aantal bezwaren die niet onoplosbaar zijn, maar wel nadere bestudering vragen.

4.6.2 Ex nunc-toetsing en het materiële recht

In grote delen van het bestuursrecht is ex nunc-toetsing mogelijk noch wenselijk. Dit geldt voor al het bestuursrecht waarin de rechtsaanspraak is gerelateerd aan de feitelijke en juridische situatie in een bepaalde periode of op een bepaald tijdstip. Zo is het voor de rechtmatigheid van een aanslag inkomstenbelasting over 1999 niet interessant dat iemand in 2000 minder is gaan verdienen. Iets dergelijks geldt voor de meeste subsidiebesluiten (woningbouwsubsidies, sommige economische subsidies, huursubsidie, cultuur- en welzijnssubsidies) en de meeste socialezekerheidsbesluiten (ziektegeld, werkloosheidsuitkering, pensioen). Op al deze terreinen voldoet de huidige ex tunc-toetsing – mits voldoende snel uitgevoerd – uitstekend en zou ook een verschuiving van de bestuursrechtspraak in de richting van een 'recours subjectif' niet tot een andere toetsing leiden.

Beziet men de literatuur, die vooral is gebaseerd op de praktijk van de ex nunc-toetsing in Duitsland, dan lenen met name besluiten met voortdurende werking en belastende besluiten die nog niet zijn uitgevoerd, zich goed voor een toetsing ex nunc.[324] Bij de laatste categorie kan blijkens Duitse rechtspraak worden gedacht aan een bestuursdwangaanschrijving tot verwijdering van een bouwwerk waarvoor volgens de planologische voorschriften geen vergunning kan worden verleend. Veranderen de planologische voorschriften tijdens het aanhanging zijn van het beroep zodanig dat de vergunning inmiddels wel zou kunnen worden verleend, dan kan de rechter dit meenemen, hetgeen leidt tot vernietiging van de aanschrijving. Een ander voorbeeld uit de Duitse rechtspraak is een bevel tot sluiting van een inrichting op de grond dat daarin verboden werkzaamheden worden verricht. Staking van deze werkzaamheden hangende het beroep kan dan leiden tot een ex nunc-vernietiging.

---

324. Vergelijk J.H.M.F. Teunissen, Toetsing ex tunc of ex nunc, in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), Nieuw bestuursprocesrecht, Deventer 1992, p. 111 e.v., p. 122-126, waarin ook de hierna genoemde Duitse rechtspraak wordt vermeld.

Het is maar de vraag of deze categorie voor Nederland veel betekenis heeft of zou moeten hebben. Zij hangt samen met het gegeven dat in Duitsland bezwaar en beroep in de regel schorsende werking hebben. Daardoor gaat dit type zaak in Duitsland slechts over de effectuering van de opgelegde sanctie in de toekomst. Dan is het niet zo vreemd dat er ex nunc wordt getoetst.

In Nederland kan de ex tunc-toetsing van herstelsancties volgens de Commissie niet worden gemist. In de eerste plaats zouden deze sancties ineffectief worden als uitsluitend ex nunc zou worden getoetst. In dat geval zou men een overtreding immers straffeloos kunnen voortzetten tot kort voor de rechterlijke uitspraak. In de tweede plaats is het zowel voor het bestuursorgaan als voor de burger van belang om te weten of het sanctiebesluit destijds rechtmatig was, enerzijds in verband met eventuele aansprakelijkheidsacties, anderzijds met het oog op de effectuering in of naar het verleden. Bij dit laatste denke men aan de invordering van dwangsommen die zijn verbeurd voor overtredingen tussen de oplegging en de rechterlijke uitspraak.

Dit betekent niet dat er bij herstelsancties in het geheel geen plaats is voor ex nunc-toetsing. In aanvulling op de zojuist geschetste ex tunc-toetsing zou, voorzover de sanctie nog niet is tenuitvoergelegd, een ex nunc-oordeel over de effectuering voor de toekomst kunnen worden gegeven.

Bij besluiten met voortdurende werking kan worden gedacht aan een milieuvergunning, een bouwverbod of de toelating van een vreemdeling. Of ex nunc-toetsing bij dergelijke besluiten werkelijk mogelijk is, hangt in hoge mate af van het materiële recht dat op het besluit van toepassing is.[325] Drie situaties kunnen worden onderscheiden.

a. Besluiten waarbij nieuwe feiten of nieuw recht volgens de wettelijke voorschriften geen invloed hebben op de materieelrechtelijke aanspraak. Gedacht kan worden aan de regel dat wijzigingen in het bestemmingsplan niet relevant zijn voor de rechtmatigheid van een onder het oude bestemmingsplan afgegeven bouwvergunning. Bij deze besluiten is ex nunc-toetsing niet mogelijk.
b. Besluiten waarbij nieuwe feiten of nieuw recht wel invloed kunnen hebben op de materieelrechtelijke aanspraak, maar waarbij niet duidelijk is welke deze invloed precies is, omdat het bestuur bij het verdisconteren van de nova nog beoordelings- of beleidsvrijheid heeft. Een extra complicerende factor kan daarbij zijn dat bij de besluitvorming derdenbelanghebbenden waren betrokken, die niet in beroep zijn gegaan. In de situatie is ex nunc-toetsing in beginsel denkbaar, maar zullen wel voorzieningen moeten worden getroffen met het oog op de resterende beleids- of beoordelingsvrijheid en de derdenbelanghebbenden.
c. Besluiten waarbij uit het recht voortvloeit tot welke materieelrechtelijke aanspraken veranderingen in het recht of de feiten behoren te leiden. Was er geen beroepszaak aanhangig geweest, dan hadden de nova voor het bestuur aanleiding moeten zijn om het besluit te wijzigen. Bij deze besluiten is ex nunc-toetsing mogelijk.

---

325. Zie ook N. Verheij, a.w.

Voorzover ex nunc-toetsing volgens het geldende materiële recht op zichzelf denkbaar is (situaties b en c), speelt nog de vraag of deze toetsing ook ten nadele van de aanvrager van het besluit (dat is dus bijvoorbeeld de vergunninghouder) met voortdurende werking mag uitpakken. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan een ex tunc onrechtmatige weigering die als gevolg van veranderingen in feiten of recht inmiddels wel rechtmatig zou zijn, maar ook aan de situatie dat een ex tunc rechtmatige vergunning door nieuwe feiten (of nieuw recht) die zich hebben voorgedaan hangende het beroep van derden, inmiddels niet meer rechtmatig zou kunnen worden verleend. Voor de eerste situatie biedt artikel 8:72, derde lid, Awb (vernietiging met instandlating van de rechtsgevolgen) doorgaans een goede oplossing, die ook een grondslag schept voor eventuele aansprakelijkheidsacties. Voor de tweede situatie moet de oplossing primair in het materiële recht worden gezocht. Voorzover de nieuwe feiten of het nieuwe recht volgens dit materiële recht reden zouden zijn om het besluit te wijzigen of in te trekken, is er in beginsel ook ruimte voor ex nunc-toetsing.

Gelet op het voorgaande is ex nunc-toetsing het minst problematisch bij besluiten waarbij uit het materiële recht dwingend voortvloeit welke gevolgen nieuwe feiten en nieuw recht moeten hebben. Op het eerste gezicht lijkt dit een omvangrijke categorie besluiten. Maar bij veel besluiten die in beginsel tot deze categorie behoren, namelijk de meeste besluiten in het financiële bestuursrecht (belastingen, veel uitkeringen, subsidies) is ex nunc-toetsing toch niet mogelijk, omdat de rechtsaanspraak is gerelateerd aan de feitelijke en juridische situatie in een bepaalde periode of op een bepaald tijdstip. Er zijn in deze categorie waarschijnlijk wel enkele besluiten waarbij ex nunc-toetsing wel mogelijk zou zijn, maar grote veranderingen moet men daarvan niet verwachten.

Bij besluiten waarbij het bestuur bij het verbinden van gevolgen aan nieuwe ontwikkelingen beleids- of beoordelingsvrijheid heeft, is ex nunc-toetsing op zichzelf denkbaar, maar spelen enige andere bezwaren, die zich onder omstandigheden tegen ex nunc-toetsing kunnen verzetten.

4.6.3 Bezwaren tegen ex nunc-toetsing gewogen

Een principieel bezwaar dat tegen ex nunc-toetsing wordt aangevoerd, is dat de rechter daarbij het gevaar loopt om op de stoel van het bestuur te gaan zitten. Dit gevaar is met name reëel wanneer het bestuur bij het verdisconteren van nieuwe feiten of nieuw recht nog beleids- of beoordelingsvrijheid heeft. In de nieuwe Vreemdelingenwet 2000, waarin een beperkte mate van ex nunc-toetsing wordt toegestaan, is dit gevaar onderkend en is terzake een voorziening getroffen. Wanneer nieuwe feiten en omstandigheden worden ingeroepen, moet de rechtbank op grond van artikel 83, derde lid, Vw het bestuursorgaan (de minister) verzoeken om zo spoedig mogelijk aan de wederpartij en aan de rechtbank te laten weten of deze nova aanleiding zijn voor handhaving, wijziging of intrekking van het bestreden besluit. Omdat het bestuursorgaan hierdoor in staat wordt gesteld in het licht van de nieuwe feiten en omstandigheden invulling te geven aan zijn beleids- of beoordelingsvrijheid, wordt het genoemde principiële bezwaar ondervangen. Deze variant op de bestuurlijke lus zou op zichzelf ook bij andere besluiten waarbij het bestuursorgaan beleids- of beoordelingsvrijheid heeft, kunnen worden toegepast.

Ook afgezien van de stoel van het bestuur kan een ex nunc-toetsing ertoe leiden dat de rechter voor zijn beurt spreekt, immers op een moment waarop nog niet vaststaat dat er tussen partijen een geschil bestaat.

Hiermee belanden we bij een volgend (mogelijk) bezwaar tegen ex nunc-toetsing. In veel zaken zal het aanvoeren van nieuwe feiten en omstandigheden leiden tot een incident in de procedure – waarin het bestuur wordt verzocht zich hierover uit te spreken – en zal de afdoening worden vertraagd.[326] In de relatief eenvoudige tweepartijengeschillen in het vreemdelingenrecht zal deze vertraging, naar mag worden gehoopt, binnen de perken blijven. Alsdan weegt het voordeel dat de zaak wel actueel kan worden afgedaan zwaarder dan de nadelen van vertraging. Niettemin heeft de wetgever ook bij deze geschillen een beperking gesteld aan beoordelen van nova door de rechter: de rechter hoeft hiermee namelijk geen rekening te houden indien de goede procesorde zich daartegen verzet of de afdoening van de zaak daardoor ontoelaatbaar wordt vertraagd (art. 83, eerste lid, Vreemdelingenwet 2000).

Naarmate het procesincident langer duurt, nemen de voordelen van de ex nunc-toetsing die daardoor wordt mogelijk gemaakt, af. Met name wanneer bij een besluit allerlei derdenbelangen betrokken (kunnen) zijn, is het de vraag of ex nunc-toetsing nog wel aangewezen is. Op zichzelf is het mogelijk om derdenbelanghebbenden die niet in beroep zijn gegaan tegen het besluit, in de procedure te betrekken, wanneer dit noodzakelijk is met het oog op nieuwe feiten en omstandigheden. De rechter kan dit doen op grond van artikel 8:26 Awb. Bij omvangrijke besluiten (in de sfeer van het milieu of de ruimtelijke ordening) is het echter de vraag of de rechterlijke procedure dan niet erg zwaar wordt belast. Bovendien is de inbreng van deze derden in de rechterlijke procedure beperkter dan wanneer het bestuur een nieuw besluit zou nemen waarin de nova worden verdisconteerd.

Een andere manier waarop de inbreng van derden zou kunnen worden georganiseerd, is dat het bestuur hen op de voor de desbetreffende besluiten gebruikelijke wijze hoort bij het bepalen van zijn standpunt naar aanleiding van de nova. Het procesincident dreigt dan echter wel erg lang te gaan duren. Bovendien kunnen in deze procedure nieuwe belanghebbenden optreden, die hun zegje komen doen over de opgeworpen nova. Aldus wordt de procedure wel erg ingewikkeld.

Een derde bezwaar dat tegen ex nunc-toetsing wordt aangevoerd, zijn de (mogelijke) gevolgen voor de aansprakelijkheid in een vervolgprocedure bij de burgerlijke rechter. Omdat de burgerlijke rechter ervan uitgaat dat met de vernietiging van het besluit de civielrechtelijke onrechtmatigheid, alsmede de schuld van het bestuursorgaan in beginsel is gegeven, zou ook een vernietiging wegens nova tot aansprakelijkheid leiden. Zou deze redenering juist zijn, dan zou dat inderdaad onwenselijk zijn. Zoals Teunissen[327] reeds heeft aangegeven, worden in deze redenering echter oorzaak en gevolg verwisseld. Het standpunt dat een overheidslichaam aansprakelijk is voor de schade die voortvloeit uit een vernietigd besluit, kon door de Hoge Raad worden ingenomen, juist omdat die schade het gevolg was van een onrechtmatige daad, te weten

326. Hierop wees ook N. Verheij, Van besluit naar vordering, in: M.A. Heldeweg (red.), Uit de school geklapt. Opstellen uit Maastricht, Den Haag 2000, p. 275 e.v.

327. J.H.M.F. Teunissen, Toetsing ex tunc of ex nunc, in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), Nieuw bestuursprocesrecht, Deventer 1992, p. 115-116.

het in strijd met het recht genomen besluit, van die overheid. Wordt een besluit pas onrechtmatig als gevolg van na het besluit ingetreden nova, dan is van een dergelijke onrechtmatige daad geen sprake en is er evenmin aansprakelijkheid. Deze denkwijze ligt ook ten grondslag aan het arrest van de Hoge Raad inzake Staat/Boeder, waarin de Staat alleen aansprakelijk wordt gesteld voor de kosten van bezwaar voorzover de herroeping in bezwaar berustte op een onjuiste wetsuitleg bij het nemen van het primaire besluit.[328] Al met al lijkt het risico van aansprakelijkheid geen reden voor het niet invoeren van ex nunc-toetsing. In voorkomend geval kan de rechter in één uitspraak zowel de situatie op het oorspronkelijke ex tunc-moment als de nieuw ingetreden situatie beoordelen.

Ten slotte kan nog een vierde bezwaar worden aangevoerd tegen ex nunc-toetsing: het lokt beroepen – en vertraging van procedures – uit. Een ten tijde van het instellen kansloos beroep kan immers toch nog doel treffen, omdat ten tijde van de uitspraak de feiten en omstandigheden inmiddels zijn gewijzigd. Dit zal de werklast van de rechter verzwaren, temeer nu partijen ongetwijfeld heel creatief zullen zijn in het aanvoeren van nieuwe feiten en omstandigheden. Op zich hoeft daar weinig tegen te zijn, als de rechter in de regel iets met deze nova kan. Gelet op het voorafgaande kan daarover bij nogal wat besluiten twijfel bestaan.

Is deze twijfel juist, dan is het de vraag of invoering van ex nunc-toetsing over de hele linie wel wijs is. Dit zou bij de burger immers verwachtingen kunnen wekken, die de rechter vervolgens niet kan waarmaken. Nu de mogelijkheid van de rechter om ex nunc te toetsen in hoge mate afhangt van het materiële recht dat de besluitvorming beheerst, zou ook kunnen worden gekozen voor de invoering van ex nunc-toetsing à la carte. Zoals dat reeds in het vreemdelingenrecht is gebeurd, wordt ex nunc-toetsing alsdan alleen ingevoerd op terreinen waarop de rechter van deze bevoegdheid daadwerkelijk gebruik zal maken.

Een andere mogelijkheid zou zijn dat in het algemene bestuursprocesrecht een bevoegdheid (dus geen verplichting) voor de rechter tot ex nunc-toetsing (inclusief de mogelijkheid van een bestuurlijke lus) wordt neergelegd, die kan worden gebruikt voorzover het materiële recht, de voortgang van de procedure of de belangen van derden zich daartegen niet verzetten.

4.6.4 Conclusies

Dit alles leidt naar het oordeel van de Commissie tot de volgende conclusies:

a. Ex nunc-toetsing is niet mogelijk bij besluiten waarvan de materiële aanspraak is gerelateerd aan de feitelijke en juridische situatie in een bepaalde periode of op een bepaald tijdstip. Daaronder vallen bijna alle besluiten in het belastingrecht, veel subsidiebesluiten en de meeste socialeverzekeringsbesluiten.
b. Ex nunc-toetsing is onproblematisch bij gebonden besluiten, waarbij het materiele recht zodanig is dat gewijzigde feiten of omstandigheden en nieuw recht invloed kunnen hebben op de materiële rechtspositie van betrokkenen.

328. HR 20 februari 1998, NJ 1998, 526.

c. Bij besluiten met beoordelings- en beleidsvrijheid, waarbij het materiële recht zodanig is dat nova invloed kunnen hebben op de materiële rechtspositie van betrokkenen, moet onderscheid worden gemaakt tussen:
   – tweepartijengeschillen (bijvoorbeeld over een verblijfsvergunning in het vreemdelingenrecht): met een aantal voorzieningen (bestuurlijke lus, garanties tegen onaanvaardbare vertraging) is ex nunc-toetsing mogelijk; en
   – drie- of meerpartijengeschillen: met dezelfde voorzieningen is ex nunc-toetsing op zich denkbaar. Wel kan het gevaar voor vertraging en procedurele complicaties zodanig zijn dat in de praktijk maar beperkt van deze vorm van toetsing gebruik kan worden gemaakt.

4.7 Uitspraakbevoegdheden

4.7.1 Inleiding

Over welke uitspraakbevoegdheden de bestuursrechter idealiter zou moeten beschikken hangt af van de keuzen die men maakt bij diverse eerder in dit rapport besproken onderwerpen. Wanneer men met de Commissie kiest voor geschilbeslechting als centrale doelstelling van de bestuursrechtspraak en in verband daarmee voor uitbreiding van de rechtsmacht van de bestuursrechter tot – op den duur – alle geschillen die uit bestuursrechtelijke rechtsbetrekkingen zijn ontstaan, alsmede voor aanvulling van het vernietigingsberoep met een meer 'subjectief' getinte verzoekschriftprocedure, dan moeten de bestaande uitspraakbevoegdheden worden uitgebreid.

In deze opvatting is de taak van de bestuursrechter immers niet minder dan het beslechten van bestuursrechtelijke geschillen in de ruimste zin. Deze geschillen kunnen dan betrekking hebben op:
– een publiekrechtelijke rechtshandeling van een bestuursorgaan, ofwel een besluit;
– een – althans naar haar verschijningsvorm – civielrechtelijke rechtshandeling van een bestuursorgaan, in zijn hoedanigheid van orgaan van een tot de overheid behorende rechtspersoon;
– een feitelijke handeling van een bestuursorgaan, al dan niet in zijn hoedanigheid van orgaan van een tot de overheid behorende rechtspersoon;
– een rechtstoestand (bijvoorbeeld een geschil over het al dan niet bestaan van een aanspraak of van een uit het objectieve publiekrecht voortvloeiend rechtsgevolg zoals een vergunningplicht).

Gelet op deze diversiteit aan geschillen heeft de bestuursrechter een gevarieerd arsenaal van uitspraakbevoegdheden nodig. Deze kunnen in twee groepen worden ingedeeld: enerzijds uitspraakbevoegdheden die ten dienste staan van de objectieve controle op de geldigheid van besluiten, anderzijds uitspraakbevoegdheden die ten dienste staan van 'subjectieve' geschilbeslechting tussen partijen. Ook hier komt het onderscheid tussen het 'recours objectif' en het 'recours subjectif' dus weer om de hoek kijken.

4.7.2 *Wenselijke uitspraakbevoegdheden van de bestuursrechter*

Om de doelstelling van adequate geschilbeslechting te kunnen realiseren heeft de bestuursrechter effectieve uitspraakbevoegdheden nodig. Ook uit het EVRM en uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende eisen als 'effective remedies' en 'full jurisdiction' (zie daarover paragraaf 3.1) vragen daarom. In dit verband kan niet worden volstaan met de bevoegdheid tot vernietiging; die is reeds in het bestaande stelsel van bestuursrechtspraak soms onvoldoende.[329]

De bevoegdheid om een besluit te vernietigen kan adequaat zijn bij een besluit dat de rechtspositie van een belanghebbende in voor hem nadelige zin heeft bepaald. Maar ook dan volstaat zij lang niet altijd. Als bijvoorbeeld het bestreden besluit geen stand houdt, maar een iets minder nadelig besluit waarschijnlijk wel, behoort de rechter met het oog op een definitieve beslechting van het geschil tevens bevoegd te zijn om een beslising te nemen die in de plaats komt van het vernietigde besluit. Artikel 8:72, vierde lid, Awb voorziet reeds in deze bevoegdheid tot 'zelf in de zaak voorzien', maar deze wordt weinig gebruikt. Wat de Commissie betreft zou de bestuursrechter de mogelijkheden om zelf in de zaak te voorzien reeds thans verder moeten verkennen.

Een vernietiging volstaat ook niet als het onrechtmatige besluit een (gedeeltelijke) weigering betreft om een aanspraak te verlenen. Ook dan is er behoefte aan een aanvullende bevoegdheid om een geschil definitief te beslechten.

Om geschillen adequaat te kunnen beslissen behoort de bestuursrechter tevens bevoegd te zijn om het bestuursorgaan te dwingen een bepaalde feitelijke handeling te verrichten of juist na te laten, bijvoorbeeld om bij het voorbereiden van een nieuw besluit een bepaalde deskundige te raadplegen. Het opdragen van feitelijke maatregelen kan soms ook een adequate vorm van rechtsherstel zijn. Men denke bijvoorbeeld aan een opdracht om door middel van advertenties in de media bekend te maken dat de gemeentesecretaris op onjuiste gronden is ontslagen. Om het tijdig nemen van een nieuw besluit of het verrichten van de gelaste feitelijke maatregel te kunnen afdwingen behoort de bestuursrechter tevens bevoegd te zijn om een dwangsom op te leggen (vgl. art. 8:72, vijfde en zevende lid, Awb).

De bestuursrechter dient voorts bevoegd te zijn om, indien het beroep gegrond is, het bestuursorgaan te veroordelen tot vergoeding van schade, proceskosten en griffierecht. Bij schadevergoeding is dan wel een verzoek daartoe van de gelaedeerde partij nodig. De in artikel 8:73 van de Awb neergelegde dubbel facultatieve bevoegdheid om het bestuursorgaan te veroordelen tot schadevergoeding is te vrijblijvend; de rechter zou verplicht moeten zijn om op een verzoek te beslissen. Nog beter zou zijn om, zoals de Commissie hiervoor heeft bepleit, voor vorderingen tot schadevergoeding een afzonderlijke rechtsingang in de vorm van een verzoekschriftprocedure in te voeren.

Hierbij is van belang dat uitspraken van de bestuursrechter ter zake van schadevergoeding naar hun aard slechts tussen partijen werken. In wezen geldt dat nu ook al voor de zogenoemde zelfstandige schadebesluiten. Een verplichting tot schadevergoeding geldt naar haar aard slechts jegens één of meer geïndividualiseerde rechtssubjec-

329. Vgl. bijv. ook EHRM 7 november 2000, AB 2002, 25 m.nt. LV (Kingsley v. The United Kingdom).

ten. Dat spoort niet met de gangbare doctrine volgens welke besluiten jegens een ieder werken, maar een zelfstandig schadebesluit is dan ook geen echt besluit, maar een 'strategisch' besluit, dat is verzonnen om de toegang tot de bestuursrechter te openen. Daarom zou het beter zijn voor schadevergoedingskwesties een verzoekschriftprocedure te openen. Dat laat onverlet dat zo'n verzoekschrift desgewenst gelijktijdig met een beroepschrift tegen een schadeveroorzakend besluit kan worden ingediend. Het zelfstandig schadebesluit zal dan tot het verleden gaan behoren.

Anders dan sommige buitenlandse bestuursrechters (vgl. de Duitse Feststellungsklage) beschikt de Nederlandse bestuursrechter niet over de bevoegdheid om zuiver declaratoire uitspraken te doen. Dit geeft problemen als een burger een bijzonder belang heeft bij bijvoorbeeld een bindende uitspraak over de uitleg van een wettelijk voorschrift. Zo'n belang zal in ieder geval aanwezig zijn als het nagenoeg onmogelijk, dan wel onredelijk bezwarend is om de desbetreffende rechtsvraag in het kader van een beroep tegen een besluit aan de bestuursrechter voor te leggen. Om deze tekortkoming te ondervangen heeft de Nederlandse rechtspraktijk de figuur van het appellabel rechtsoordeel geïntroduceerd.[330] Maar ook dat is een 'strategisch' besluit en in wezen slechts een noodconstructie. Invoering van de mogelijkheid om de rechter, in nader te bepalen gevallen, bij verzoekschrift te vragen om een declaratoire uitspraak te doen lost het probleem directer en eenvoudiger op.

De bestuursrechter is thans niet bevoegd kennis te nemen van geschillen over rechtshandelingen die, mede gelet op hun vorm, als 'privaatrechtelijk' worden gekwalificeerd. De Commissie denkt hier aan rechtshandelingen die bestuursorganen verrichten in hun hoedanigheid van orgaan van desbetreffende overheidsrechtspersoon; de rechtshandeling wordt dan veelal toegerekend aan die rechtspersoon. Concreet gaat het onder meer om overeenkomsten met beleidsaspecten en om handelingen ter oprichting van een rechtspersoon.

Eén deel van deze rechtshandelingen heeft inhoudelijk gezien eigenlijk een publiekrechtelijk karakter. Dit geldt bijvoorbeeld voor bevoegdhedenovereenkomsten, overeenkomsten ter uitvoering van een subsidiebesluit en concessieovereenkomsten. In andere gevallen is het materiële rechtskarakter minder duidelijk. Dan rijst de vraag of er sprake is van een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Wij bevinden ons dan in het 'schemergebied', waar – wat de rechtsmacht van de bestuursrechter betreft – sturing door de wetgever (door middel van enumeratie) niet kan worden gemist.

Hoe dit zij, als de rechtsmacht van de bestuursrechter wordt uitgebreid tot (bepaalde) geschillen over overeenkomsten, heeft dit ook gevolgen voor de uitspraakbevoegdheden die nodig zijn. De rechter zal het bestuur tot nakoming en schadevergoeding moeten kunnen veroordelen. Ook zal hij overeenkomsten in voorkomende gevallen moeten kunnen ontbinden en interpreteren. Er is geen goede reden de bevoegdheden van de bestuursrechter op dit punt wezenlijk anders te regelen dan die van de burgerlijke rechter. Wellicht zou met enkele schakelbepalingen tussen de Alge-

330. Hierover o.m. F.C.M.A. Michiels, Rechtsoordelen zonder rechtsbescherming, AA 1998/7/8, p. 695 e.v.; H.Ph.J.A.M. Hennekens, Het rechtsvaststellend besluit onder de loupe. Het rechtsoordeel als ongewenst rechtsfenomeen, Gst. 7092 (1999), p. 89 e.v.; F.J. van Ommeren, Wetsinterpretatie: het bestuurlijk rechtsoordeel als rechtsvaststellend besluit?, JBPlus 2000/3, p. 113 e.v. en R.J.N. Schlössels, Het besluitbegrip: doos van Pandora of hoofd van Medusa?, NTB 2002/1, p. 1 e.v.

mene wet bestuursrecht en het BW en het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering al veel geregeld kunnen worden.

Men dient zich voorts te realiseren dat, als de bestuursrechter over contractuele geschillen zou gaan oordelen, ook de overheid een eigen rechtsingang bij de bestuursrechter zou moeten krijgen. Het is immers niet goed denkbaar dat de ene partij bij een overeenkomst bij de bestuursrechter zou moeten procederen en de andere partij bij diezelfde overeenkomst bij de burgerlijke rechter. Zoals de Commissie eerder heeft opgemerkt, is zo'n rechtsingang voor het bestuur eigenlijk slechts in het kader van een verzoekschriftprocedure goed te realiseren.

Ook als de bestuursrechter in beginsel dezelfde uitspraakbevoegdheden heeft als de burgerlijke rechter, is het overigens niet uitgesloten dat hij deze op onderdelen anders zal gebruiken. De gerichtheid van het bestuursrecht op de behartiging van het algemeen belang en de betrokkenheid van derden kunnen daar onder omstandigheden toe dwingen. Bij geschillen over quasi-'privaatrechtelijke' rechtshandelingen zou de bestuursrechter bijvoorbeeld kunnen worden geroepen om te oordelen over de geoorloofdheid van de toepassing van een beleidsmatige erfpachtovereenkomst, mede ten opzichte van derden, over de weigering om overeenkomsten aan te gaan, of over het aangaan van overeenkomsten waartegen derdenbelanghebbenden juist bezwaar hebben. Daarbij kan sprake zijn van beleidsvrijheid van het bestuur, die de rechter moet respecteren en die meebrengt dat hij een 'civiele' uitspraak – bijvoorbeeld een verbod om een overeenkomst uit te voeren – moet combineren met een terughoudende 'bestuursrechtelijke toetsing'.

In dat verband rijst meer in het bijzonder de vraag of artikel 8:3 Awb zou moeten worden geschrapt.[331] Dit artikel bepaalt thans dat tegen een besluit ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling geen beroep openstaat. Als dit artikel zou vervallen, zou het zojuist aangeduide type geschil deels in de sfeer van het vernietigingsberoep terechtkomen. Dat is niet onverdedigbaar, omdat aan het besluit ter voorbereiding van de 'privaatrechtelijke' rechtshandeling in deze gevallen het besluitkarakter niet kan worden ontzegd.[332] Maar het zou naar het oordeel van de Commissie dan wel wenselijk zijn om niet alle besluiten ter voorbereiding van privaatrechtelijke rechtshandelingen appellabel te maken, maar slechts bepaalde, uitdrukkelijk door de wetgever op te sommen voorbereidingsbesluiten.

Voor het overige kan de beslechting van geschillen over bestuursrechtelijke overeenkomsten, en met name over de uitvoering daarvan, beter vorm krijgen in het 'recours subjectif', dat hiertoe procestechnisch beter is uitgerust.

---

331. Vgl. P. de Haan, De concessie op de grens van publiek- en privaatrecht. Een tweetal proefschriften, NTB 2002/7, i.h.b. p. 204.
332. Anders: C.N.J. Kortmann, Overeenkomsten in de vijfde tranche van de Awb?, Preadvies 'Jonge VAR', Den Haag 2003. Hij ontwaart geen publiekrechtelijke grondslag voor deze besluiten.

4.8 Punitief bestuursrecht

4.8.1 Voorgeschiedenis

De laatste twintig jaar is de aandacht voor de handhaving van het bestuursrecht sterk toegenomen.[333] Sedert de jaren tachtig van de twintigste eeuw drong geleidelijk het besef door dat deze handhaving nogal eens tekortschiet. Het bestuur stelt wel regels, maar houdt soms te weinig toezicht of treedt te weinig op tegen overtredingen. Bestuursorganen beschikken ten behoeve van de handhaving van oudsher over toezichthoudende bevoegdheden (vgl. thans afdeling 5.2 Awb)[334] en over bevoegdheden om reparatoire of herstelsancties op te leggen. Een herstelsanctie strekt tot het geheel of gedeeltelijk beëindigen van de overtreding of van de gevolgen daarvan, dan wel tot het voorkomen van herhaling van de overtreding.[335] Het schoolvoorbeeld is de bestuursdwang, maar in de praktijk is de bestuurlijke last onder dwangsom inmiddels veel belangrijker (vgl. thans de afdelingen 5.3 en 5.4 Awb).

Voor de rechtsbescherming is vooral van belang dat het bestuur steeds vaker ook beschikt over de bevoegdheid om punitieve sancties op te leggen. Het kenmerk van een punitieve sanctie is dat zij wordt opgelegd met het oogmerk om de overtreder leed toe te voegen, ofwel te straffen. Het schoolvoorbeeld is de door een bestuursorgaan opgelegde geldboete, maar er zijn ook andere punitieve sancties. Zo kan bijvoorbeeld de intrekking van een vergunning of van een subsidie of andere financiële aanspraak onder omstandigheden een punitieve sanctie zijn.[336] Wanneer dat precies het geval is, is een in de praktijk soms moeilijke vraag, die de Commissie hier laat rusten. Het gaat in dit rapport om de gevolgen van de kwalificatie als punitieve sanctie voor de rechtsbescherming.

Nog niet zo lang geleden waren punitieve bestuurlijke sancties betrekkelijk zeldzaam, behalve in het belastingrecht. In het belastingrecht speelt de bestuurlijke boete al heel lang een belangrijke rol, maar daarbuiten kwam zij tot het begin van de jaren negentig nauwelijks voor. Voorzover punitieve handhaving van het bestuursrecht al nodig werd gevonden, vertrouwde men daarvoor vooral op het strafrecht.

De ontdekking van 'het handhavingstekort' bracht daar verandering in. Enerzijds werd in steeds bredere kring aanvaard dat voor een adequate handhaving vaak ook punitieve sancties nodig zijn, anderzijds werd steeds duidelijker dat de 'strafrechtsketen' nooit voldoende capaciteit zou hebben om daarin over de volle breedte van het bestuursrecht in voldoende mate te voorzien. Daarom week de wetgever uit naar de bestuurlijke boete. Eerst werd het grootste deel van het verkeersstrafrecht door middel van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften omgebouwd tot (een soort) bestuursrecht. Begin 1994 adviseerde vervolgens de toenmalige Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten (CTW) om de bestuurlijke boete

---

333. De literatuur over handhaving is inmiddels volstrekt onoverzienbaar. Een goed overzicht bieden het rapport van de Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving (Commissie-Michiels), Handhaven op niveau, Deventer 1998 en A.B. Blomberg, Integrale handhaving van milieurecht, diss. VU 2000, Den Haag 2000.
334. Daarover O.J.D.M.L. Jansen, Het handhavingstoezicht, diss. UvA 1999, Nijmegen 1999.
335. Vgl. de definitie van artikel 5.0.2, eerste lid, onderdeel b, Voorontwerp vierde tranche Awb.
336. Zie B.J. van der Griend, Het oogmerk als ijkpunt, uitgave Raad van State, Den Haag 2003.

ook elders in het bestuursrecht op ruime schaal in te voeren.[337] De regering nam dit advies over.[338] Als gevolg daarvan is de laatste tien jaar in enige tientallen wetten, vooral op het gebied van de sociale zekerheid en het economisch bestuursrecht, aan bestuursorganen de bevoegdheid toegekend om geldboeten op te leggen. In de niet al te verre toekomst zullen in de Algemene wet bestuursrecht voorts algemene regels inzake bestuurlijke boeten worden opgenomen.[339]

4.8.2 Eisen aan de rechtsbescherming

Deze ontwikkeling is voor de rechtsbescherming van belang, omdat de rechtsbescherming tegen punitieve sancties aan een aantal specifieke eisen moet voldoen.[340] Naar vaste rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens is een bestuurlijke boete of andere door een bestuursorgaan opgelegde punitieve sanctie een 'strafvervolging' ('criminal charge') in de zin van artikel 6, eerste lid, EVRM en dus ook in de zin van artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politeke Rechten (IVBPR). Derhalve moet de rechtsbescherming bij punitieve bestuurlijke sancties voldoen aan de in de artikelen 6 en 7 EVRM en 14 en 15 IVBPR neergelegde minimumwaarborgen voor een behoorlijke strafrechtelijke procedure. Anders gezegd: bij punitieve sancties moet het bestuursrecht een aan het strafrecht gelijkwaardige rechtsbescherming bieden.

Dit betekent dat bij punitieve sancties, in aanvulling op de in paragraaf 3.1 besproken verdragsrechtelijke eisen, nog een aantal andere eisen geldt. Het gaat het bestek van dit rapport te buiten om deze eisen hier uitvoerig te bespreken. Dat is ook niet nodig, omdat reeds een overvloedige literatuur beschikbaar is. De Commissie volstaat daarom met de volgende korte opsomming.

Legaliteit, lex certa en lex mitior

Het legaliteitsbeginsel speelt bij punitieve sancties een nóg grotere rol dan in het overige bestuursrecht. Het is een grondbeginsel van strafrecht, dat straffen slechts kunnen worden opgelegd voorzover de wet daarin voorziet. Dit beginsel is ook neergelegd in artikel 7 EVRM en 15 IVBPR. Voor het bestuursrecht nog belangrijker dan voor het strafrecht zelf is dat daarin niet één, maar ten minste vier regels besloten liggen.

De eerste regel wordt vaak aangeduid met het klassieke Latijnse adagium 'nullum *crimen* sine praevia legi poenali': geen strafbaar feit zonder voorafgaande strafbepaling. Dit betekent dat een punitieve sanctie slechts kan worden opgelegd voor een gedraging die is verboden bij een wettelijk voorschrift, dat in werking is getreden vóór het tijdstip waarop de gedraging plaatsvond. Overigens bepaalt artikel 5.0.4, tweede lid, van het Voorontwerp vierde tranche Awb terecht dat deze regel ook voor herstelsancties geldt.

---

337. Advies 'Handhaving door bestuurlijke boeten', CTW 1994/1, Den Haag (Ministerie van Justitie) 1994.
338. Zie het kabinetsstandpunt, Kamerstukken II 1993/94, 23 400 VI, nr. 48.
339. Zie het Voorontwerp vierde tranche Awb, Den Haag 1999. Een op dat voorontwerp gebaseerd wetsvoorstel zal naar verwachting begin 2004 worden ingediend.
340. Zie over het navolgende uitvoerig o.m. C.L.G.F.H. Albers, Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten, diss. UM 2002, Den Haag 2002; P.M. van Russen Groen, Rechtsbescherming in het bestuursstrafrecht, diss. EUR 1998, Deventer 1998.

De tweede regel is dat de wet de verboden gedraging voldoende nauwkeurig moet omschrijven, zodat de burger weet waarvoor hij kan worden gestraft. Dit is een eis van rechtszekerheid en wordt daarom wel aangeduid als het 'lex certa'-beginsel.[341]

De derde regel is dat niet alleen de verboden gedraging, maar ook de op te leggen straf vooraf bij de wet moet zijn voorzien: 'nulla *poena* sine praevia legi poenali'. Het is vooral deze regel, die in de praktijk voor het bestuursrecht nog belangrijker is dan voor het klassieke strafrecht. In het klassieke strafrecht worden de gedragsnorm en de bevoegdheid tot strafoplegging vaak samengevat in wettelijke bepalingen van het type 'Hij die … wordt gestraft met …'. In het bestuursrecht zijn de gedragsnorm en de bevoegdheid tot strafoplegging vaker op verschillende plaatsen in de wet neergelegd. De meeste gedragsvoorschriften waarvoor tegenwoordig een bestuurlijke boete kan worden opgelegd, bestonden reeds lang voordat de bestuurlijke boete werd geïntroduceerd. Toch kan het bestuursorgaan in zo'n geval slechts een boete opleggen voor gedragingen die plaatsvonden op een tijdstip nadat niet alleen het gedragsvoorschrift, maar ook het voorschrift dat de bevoegdheid verleent om een boete op te leggen, in werking is getreden. Artikel 5.0.4, eerste lid, Voorontwerp vierde tranche Awb is in dit opzicht onvoldoende expliciet.

De vierde regel vloeit niet dwingend voort uit het legaliteitsbeginsel, maar hangt daarmee wel nauw samen. Hij is neergelegd in het tweede lid van artikel 7 EVRM en van artikel 15 IVBPR. Hij houdt in dat de overtreder moet kunnen profiteren van een hangende de procedure tot strafoplegging optredende verandering van wetgeving, voorzover deze impliceert dat de wetgever de overtreding minder strafwaardig is gaan vinden. De achterliggende gedachte is dat de overheid een burger niet mag straffen naar een maatstaf die ten tijde van de bestraffing reeds achterhaald is. Dit wordt wel het 'lex mitior'-beginsel genoemd. Artikel 5.4.1.7, vierde lid, Voorontwerp vierde tranche Awb formuleert dit ten onrechte als een norm die zich slechts tot het bestuur richt. Ook als de wetgeving pas in de fase van het beroep bij de rechter verandert, moet de rechter de nieuwe wetgeving toepassen. Dit komt omdat de rechter bij de beoordeling van punitieve sancties een andere taak heeft dan in het overige bestuursrecht: de rechter moet bij punitieve sancties niet toetsen, maar zelf beslissen.[342]

Het vermoeden van onschuld en het 'nemo tenetur'-beginsel

Iemand is onschuldig totdat zijn schuld is bewezen. Deze grondregel van het strafrecht geldt ook bij punitieve bestuurlijke sancties. Dit betekent onder meer dat het bestuursorgaan moet bewijzen dat de overtreding is begaan en dat deze kan worden toegerekend aan degene aan wie de boete of andere punitieve sanctie wordt opgelegd. Van een bewijstrechter, laat staan van een bewijsfuik, kan geen sprake zijn, reeds omdat er in beginsel geen eigen bewijsdomein van de burger is. Dit is slechts anders als de burger een strafuitsluitingsgrond aanvoert: dan mag, net als in het strafrecht, van hem worden verlangd dat hij deze min of meer aannemelijk maakt.

Verwant met het vermoeden van onschuld is het beginsel dat niemand kan worden gehouden ('nemo tenetur') een verklaring tegen zichzelf af te leggen, ook wel het

341. Zie voor een recent geval waarin dit beginsel was geschonden ABRvS 20 november 2002, AB 2003, 173 m.nt. NV.
342. Zie op dit en andere kritiekpunten op het voorontwerp ook het rapport van de VAR-werkgroep Vierde tranche (werkgroep-Damen), Den Haag 2000.

'zwijgrecht' genoemd.[343] Dit betekent volgens de Hoge Raad[344] niet dat een burger op geen enkele wijze kan worden verplicht om aan zijn eigen veroordeling mee te werken. Het betekent wel dat een burger niet verplicht is vragen te beantwoorden, voorzover hij met het oog op het opleggen van een punitieve sanctie wordt ondervraagd en het antwoord bewijs voor een door hem gepleegde overtreding zou opleveren.

Hoever dit 'zwijgrecht' precies gaat, is een van de lastigste problemen van het hedendaagse bestuursrecht. Dat komt omdat de burger in het bestuursrecht, anders dan in het strafrecht, vaak wettelijk verplicht is de overheid inlichtingen te verschaffen. Veel bestuursrechtelijke wetgeving zou zonder zo'n inlichtingenplicht niet uitvoerbaar zijn. Dit roept de vraag op, hoe dergelijke inlichtingenplichten zich verhouden tot het zwijgrecht. Beantwoording van deze vraag zou een beschouwing vergen die het bestek van dit rapport verre te buiten gaat. Duidelijk is wel dat vragen die neerkomen op 'Heeft u het gedaan?', niet behoeven te worden beantwoord, maar zo simpel stelt het probleem zich in de praktijk meestal niet. De Commissie moet in dit kader volstaan met erop te wijzen dat er nog een tussenweg is: soms is de burger wel verplicht om vragen te beantwoorden ten behoeve van de primaire bestuurstaak (bijvoorbeeld belastingheffing), maar mogen deze antwoorden vervolgens niet als bewijs voor een overtreding worden gebruikt.[345]

Rechten van de verdediging

Fundamenteel is ook de norm dat degene aan wie een punitieve sanctie is of dreigt te worden opgelegd, zich adequaat moet kunnen verdedigen. Daaruit vloeit een reeks van rechten voort, die hier slechts zeer summier kunnen worden samengevat. Ten eerste moet degene die van een overtreding wordt beschuldigd, vanaf het eerste begin van de procedure zo nauwkeurig mogelijk kunnen weten waarvan hij wordt beschuldigd. Dit betekent dat een beschuldigde die het Nederlands niet beheerst, in alle stadia van de procedure zo nodig in een taal die hij begrijpt op de hoogte moet worden gesteld van de beschuldiging en van alle daarvoor relevante details. Dit betekent niet per se dat alle relevante documenten moeten worden vertaald. Voldoende is dat de beschuldigde kan weten waartegen hij zich moet verweren.

In de praktijk is de beschuldigde niet altijd in staat om zichzelf adequaat te verweren. Daarom heeft hij altijd recht op bijstand door een raadsman of -vrouw. Deze bijstand moet zo nodig kosteloos zijn. Ten slotte moeten aan de raadsman of -vrouw zo nodig de faciliteiten en de tijd worden gegund, die nodig zijn om een adequate verdediging te voeren.

Ne bis in idem

Er dient tegen te worden gewaakt dat iemand tweemaal wordt gestraft voor hetzelfde feit. Dit geldt niet alleen binnen het strafrecht of binnen het bestuursrecht, maar ook tussen beide rechtsgebieden. Het geldende bestuursrecht voldoet aan deze eis en gaat

---

343. Dit is expliciet neergelegd in artikel 14, vijfde lid, onderdeel g, IVBPR, maar wordt door het EHRM ook in artikel 6 EVRM gelezen: EHRM 25 februari 1993, NJ 1993, 485 m.nt. Knigge (Funke).
344. HR 15 februari 1977, NJ 1977, 557 m.nt. GEM.
345. Zie EHRM 17 december 1996 (Saunders), ECHR Reports 1996-VI, p. 2044, NJ 1997, 699.

– terecht – veelal nog iets verder, door ook te eisen dat iemand niet tweemaal met een procedure wegens hetzelfde feit mag worden lastiggevallen (nemo debet bis vexari). Concreet: als iemand eenmaal wordt vervolgd, is een bestuurlijke boete verder uitgesloten, en als aan iemand een bestuurlijke boete is opgelegd, is strafvervolging vervolgens uitgesloten.

Recht op hoger beroep

Artikel 14, vijfde lid, IVBPR bepaalt, dat iemand die wegens een 'criminal charge' is veroordeeld, recht heeft op een hogere voorziening. Inmiddels is vrij algemeen aanvaard dat 'een hogere voorziening' betekent: een rechter die zowel de feiten als het recht opnieuw kan beoordelen. Het Nederlandse recht voldoet doorgaans aan deze eis. In het belastingrecht bestond lange tijd twijfel of dit wel aan de verdragsrechtelijke eisen voldeed, omdat er wel een tweede instantie was (de Hoge Raad), maar deze niet opnieuw over de feiten kon oordelen. Om die reden is onlangs een wetsvoorstel ingediend, dat ertoe strekt ook in het belastingrecht een tweede feitelijke instantie in te voeren.[346]

Evenredigheid en de taak van de rechter

Belangrijk is dat de bestuursrechter bij de beoordeling van punitieve sancties een andere taak heeft dan bij andere besluiten. Bij punitieve sancties moet de bestuursrechter zich opstellen als een strafrechter. De strafrechter toetst niet een beslissing van het Openbaar Ministerie, maar beslist zelf of een straf moet worden opgelegd, en zo ja, welke. Evenzo kan de bestuursrechter bij een bestuurlijke boete of andere punitieve sanctie niet volstaan met het toetsen van het sanctiebesluit van het bestuur. Hij moet zelf beslissen:

1. of de feitelijke gedraging waarvan het bestuur de burger beschuldigt, is bewezen;
2. of deze gedraging een overtreding oplevert, die met een punitieve bestuurlijke sanctie is bedreigd;
3. of deze sanctie aan de overtreder kan worden opgelegd; en
4. welke sanctie, gelet op de omstandigheden van het geval, passend is.

Dit is natuurlijk niets anders dan een vertaling in bestuursrechtelijke terminologie van de vier materiële vragen die de strafrechter moet beantwoorden: is het feit bewezen, zijn feit en dader strafbaar, en wat moet de strafmaat zijn? Bij geen van deze vragen komt het bestuur enige door de rechter te respecteren beleids- of beoordelingsvrijheid toe. Die is er, omdat de meeste bestuurlijke sanctiebevoegdheden discretionaire bevoegdheden zijn, hooguit ten aanzien van de opportuniteit van de sanctionering.

Hieruit vloeit voort dat de rechter bij punitieve sancties niet kan volstaan met toetsing aan de 'marginale' evenredigheidsnorm van artikel 3:4, tweede lid, Awb, maar 'vol' op evenredigheid moet toetsen. Dat komt omdat de rechter een punitieve sanctie eigenlijk helemaal niet moet toetsen; hij moet haar *bepalen* en daarbij zelf de evenredigheid in acht nemen.

346. Kamerstukken II 2003/04, 29 251, nr. 1-3.

Dit betekent niet dat een stelsel van vaste wettelijke boetetarieven, zoals dit onder meer voorkomt in de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften en in de financiële toezichtswetgeving, op zichzelf niet toelaatbaar zou zijn, maar wel dat bestuur en rechter ook dan voldoende ruimte moeten krijgen – of desnoods, met een beroep op artikel 6 EVRM, moeten nemen – om van het tarief af te wijken als de omstandigheden van het geval daartoe nopen.

Het ontbreken van enige beleids- of beoordelingsvrijheid van het bestuur betekent naar het oordeel van de Commissie ook dat de bestuursrechter een geschil over een bestuurlijke boete in de regel definitief kan beslechten. Indien de boete wordt vernietigd, kan de rechter doorgaans ook beoordelen of een lagere boete wel passend zou zijn geweest. Zo ja, dan kan de rechter zelf in de zaak voorzien door zelf die lagere boete op te leggen.

5 Het stelsel van rechtsbescherming

5.1 Inleiding

Dit hoofdstuk gaat over de institutionele kant van het stelsel van rechtsbescherming. De centrale vraag is bij welke instantie tegen een bestuurshandeling voorziening moet kunnen worden gevraagd. Dat is een vraag die zowel de politiek als het juridisch forum al zo'n twee eeuwen zeer verdeeld houdt. Daardoor hebben institutionele vraagstukken in het Nederlandse debat over de rechtsbescherming altijd veel – wellicht té veel – aandacht gekregen.[347]

In de negentiende eeuw streed men over de vraag of de rechter überhaupt over bestuurshandelingen mocht oordelen. In 1915 beslechtte de Hoge Raad deze strijd ten gunste van de rechter,[348] maar met een belangrijke uitzondering: de rechter kon niet oordelen over bestuurshandelingen waartegen beroep openstond bij het hoogste bestuursorgaan, de Kroon. Deze uitzondering verviel pas toen het Europese Hof voor de Rechten van de Mens haar in 1985 in strijd oordeelde met het door artikel 6 EVRM gewaarborgde recht op toegang tot de rechter.[349] Sedertdien is in Nederland algemeen aanvaard dat iedere bestuurshandeling uiteindelijk aan het oordeel van enige onafhankelijke rechter moet kunnen worden onderworpen. Daarmee gaat het Nederlandse recht thans zelfs verder dan het EHRM eist.[350] Voorzieningen binnen het bestuur zijn nog altijd belangrijk, maar slechts als voorprocedures voor het beroep bij de rechter. Deze bestuurlijke voorprocedures komen aan het slot van dit hoofdstuk aan de orde.

Het verzet tegen rechterlijke controle op het bestuur werd aanvankelijk gegrond op (de Franse versie van) de leer van de machtenscheiding. Vanaf het midden van de negentiende eeuw werd het ook in verband gebracht met het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht. De rechter zou een privaatrechter zijn en daarom niet over het bestuur kunnen oordelen. Daardoor werd tussen bestuur en burgerlijke rechter een derde weg zichtbaar: een bestuursrechter. Deze bleek twee varianten te kennen: bestuursrechtspraak door de gewone rechter of door gespecialiseerde colleges.

Over een keuze uit deze wegen en varianten werd men het nimmer eens. Minister Loeff wilde in 1905 algemene bestuursrechtspraak opdragen aan de gewone rech-

---

347. Uitvoerig over de geschiedenis van de rechtsbescherming: M. Schreuder-Vlasblom, De macht der kritiek, diss. UU 1987, Zwolle 1987.
348. HR 31 december 1915, NJ 1916, p. 407 (Guldenmond/Noordwijkerhout).
349. EHRM 23 oktober 1985, Series A vol. 97; AB 1986, 1 m.nt. E.M.H. Hirsch Ballin; NJ 1986, 102 m.nt. E.A. Alkema.
350. Het EHRM acht artikel 6 EVRM immers niet van toepassing op onder meer sommige ambtenaren-, vreemdelingen- en belastingzaken (resp. EHRM 8 december 1999, AB 2000, 195 m.nt. LV (Pellegrin), EHRM 5 oktober 2000, JV 2001/264, NJCM-bull. 2001, p. 762 m.nt. M. Kuijer (Maaouia/Frankrijk) en EHRM 12 juli 2001, nr. 44759/98 (Ferrazzini)).

ter,[351] maar strandde op de stelling van Struycken[352] dat de burger meer had aan administratief beroep bij een bestuursorgaan. Sedertdien koos de wetgever decennialang voor deeloplossingen op deelterreinen. Vele wetten regelden varianten van administratief beroep of beroep bij een bestuursrechter. Andere wetten lieten door niets te regelen de rechtsbescherming over aan de burgerlijke rechter. Pas in 1976 bracht de Wet Arob een aanvullende vorm van algemene bestuursrechtspraak.

In 1984 herhaalde de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie in essentie Loeffs voorstel.[353] In 1994 is daaraan een begin van uitvoering gegeven door de zogeheten eerste fase van de herziening van de rechterlijke organisatie. Sedertdien is de rechtbank in beginsel de algemeen bevoegde bestuursrechter van eerste aanleg (art. 8:1 Awb), maar met vele uitzonderingen. Een groot deel van de bestuursrechtspraak in eerste aanleg en bijna alle bestuursrechtspraak in hoger beroep bleef opgedragen aan andere gerechten binnen en buiten de rechterlijke macht. In een derde[354] fase van de herziening zouden daarover nadere beslissingen worden genomen.[355]

Na jaren van uitstel verscheen in 2001 een nieuwe discussienota over deze derde fase.[356] Deze veronderstelt de noodzaak van bestuursrechtspraak. De ooit vurig bepleite alternatieven bij bestuur en burgerlijke rechter krijgen geen aandacht meer. De kernvraag is of de bestuursrechtspraak aan de gewone rechter, dan wel aan gespecialiseerde colleges moet worden opgedragen. Daarover bleken politiek en juridisch Nederland als vanouds zeer verdeeld.

Het kabinet-Balkenende II kiest waarschijnlijk voor het zoveel mogelijk handhaven van de status quo. Nu een belangrijke stroming deze status quo onbevredigend vindt,[357] zal het debat niettemin doorgaan. Mede gelet op haar taakopdracht om niet alleen naar de korte termijn te kijken, zal derhalve ook de Commissie haar visie moeten geven. Deze blijkt helaas niet op alle punten eensluidend te zijn.

5.2 De bestuursrechtelijke rechtsgangen

De discussienota 'Keuzen voor de bestuursrechtspraak' onderscheidt negen verschillende bestuursrechtelijke rechtsgangen:

1. Tegen bestuurlijke boeten voor verkeersovertredingen krachtens de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (WAHV) staat beroep open bij (de sector kanton van) de rechtbank (art. 9 WAHV), met hoger beroep bij het gerechtshof te Leeuwarden (art. 14 WAHV).

---

351. Kamerstukken II 1904/05, nr. 159.
352. A.A.H. Struycken, Administratie of rechter, Arnhem 1910.
353. Staatscommissie Herziening rechterlijke organisatie, Eindrapport, Deel 1, Den Haag 1984.
354. De tweede fase zou bestaan uit opheffing van de kantongerechten en herziening van het burgerlijk procesrecht. Dit is, nadat een eerder wetsvoorstel was ingetrokken, op 1 januari 2002 gerealiseerd in het kader van de modernisering van de rechterlijke organisatie, waarbij de kantongerechten werden omgevormd tot de sectoren kanton van de rechtbanken.
355. Zie de brief van de Minister van Justitie van 22 juni 1990, Kamerstukken II 1989/90, 21 048/21 206, nr. 3.
356. 'Keuzen voor de bestuursrechtspraak', aangeboden bij brief van 18 mei 2001, Kamerstukken II 2000/01, 26 352, nr. 47. De nota zelf is te vinden op www.justitie.nl onder Thema's/Wetgeving/Dossiers/Awb/Nota's. Zie ook het Verslag van een Algemeen Overleg, Kamerstukken II 2001/02, 26 352, nr. 53 en de nadere brief van de Minister van Justitie van 12 juni 2002, Kamerstukken II 2001/02, 26 352, nr. 61.
357. Zie laatstelijk bijvoorbeeld het Jaarverslag 2001/2002 van de Hoge Raad, Den Haag 2003, p. 9 e.v.

2. In belastingzaken staat beroep open bij het gerechtshof en beroep in cassatie bij de Hoge Raad (art. 26 resp. 28 Awr).
3. In een groot deel van het economisch bestuursrecht staat beroep in eerste en enige aanleg open bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (art. 18 Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie en een groot aantal bijzondere wetsbepalingen).
4. In een kleiner deel van het economisch bestuursrecht staat beroep open bij de rechtbank te Rotterdam, met hoger beroep bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (zie de bijlage bij de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie).
5. Beroep in eerste en enige aanleg bij de Centrale Raad van Beroep staat open tegen besluiten op grond van een reeks wetten inzake pensioenen en uitkeringen voor oorlogsgetroffenen en enkele bijzondere wetten in de sfeer van het ambtenarenrecht.
6. In het ambtenaren-, sociaalzekerheids- en studiefinancieringsrecht staat beroep open bij de rechtbank, gevolgd door hoger beroep bij de Centrale Raad van Beroep (art. 18 Beroepswet jo. de bijlage bij de Beroepswet).
7. In het milieurecht, alsmede tegen bestemmingsplannen, andere ruimtelijke plannen en tegen besluiten op grond van enkele tientallen bijzondere wetten staat beroep in eerste en enige aanleg open bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.
8. In vreemdelingenzaken staat beroep open bij de rechtbank te Den Haag (die echter tevens zitting houdt in de andere arrondissementshoofdplaatsen), met een beperkt hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (art. 71 Vreemdelingenwet 2000).
9. In de overige gevallen staat beroep open bij de rechtbank, met hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (art. 37 Wet RvS).[358]

Op dit verbrokkelde stelsel is in de loop van de jaren veel kritiek geleverd. Daarbij wordt steevast aangevoerd dat het stelsel voor de burger te ondoorzichtig is. Dit bezwaar heeft de laatste jaren aan kracht verloren. Niemand zal beweren dat het stelsel de elegantie van de eenvoud heeft. Maar het is al zeer veel eenvoudiger dan voorheen. Recent zijn twee bijzondere bestuursrechters opgeheven (het College van beroep studiefinanciering per 1 januari 2001 en de Tariefcommissie per 1 januari 2002) en vóór 1 januari 1994 zou de lijst van rechtsgangen nog zeer veel langer zijn geweest.[359]

Belangrijker nog is dat, anders dan vroeger, een keuze voor de verkeerde rechtsgang voor de burger vrijwel nooit meer fataal is. Ingevolge de artikelen 3:45 en 6:23 Awb dient de burger door het bestuursorgaan, onderscheidenlijk de rechter, te worden voorgelicht over de tegen het besluit of de uitspraak openstaande rechtsgang. Artikel 6:15 Awb verplicht bestuur en rechter tot doorzending van een desondanks bij de verkeerde instantie ingediend bezwaar- en beroepschrift. Sedert 1 april 2002[360] geldt

358. In een zeer klein aantal gevallen staat nog beroep open bij bijzondere colleges (zoals het College van Beroep voor het Hoger Onderwijs; art. 7.63 WHW). Deze uitzonderingen blijven hier gemakshalve buiten beschouwing. Men kan zich afvragen of aan dergelijke bijzondere colleges nog wel behoefte bestaat.
359. Zie voor de veelheid aan rechtsgangen die ooit bestond, R.J.G.M. Widdershoven, Gespecialiseerde rechtsgangen in het administratieve recht, diss. UU 1989, Zwolle 1989.
360. Zie de Eerste evaluatiewet Awb, Stb. 2002, 53, artikel I, onderdeel E.

bovendien dat vertraging bij de doorzending slechts bij misbruik van procesrecht tot niet-ontvankelijkheid leidt. Bij misbruik van procesrecht moet men denken aan het geval dat iemand opzettelijk voor de verkeerde rechtsgang kiest. Dit komt in de praktijk nooit voor.

Dit neemt niet weg dat het stelsel wel vragen oproept. Eén vraag betreft de keuze tussen rechtspraak in één of twee feitelijke instanties. Een tweede vraag is, of in dit stelsel de rechtseenheid wel voldoende is verzekerd. Beide vragen komen in de volgende paragrafen aan de orde.

5.3 Rechtspraak in één of twee feitelijke instanties

5.3.1 De stand van zaken

In het huidige Nederlandse stelsel van bestuursrechtspraak is nu eens sprake van rechtspraak in één en dan weer in twee feitelijke instanties. Bij de eerste fase van de herziening van de rechterlijke organisatie werd rechtspraak in twee feitelijke instanties tot uitgangspunt gekozen, maar werden op dit uitgangspunt de nodige uitzonderingen gemaakt, deels op inhoudelijke, maar deels ook op pragmatische gronden. Twee van deze uitzonderingen (studiefinancieringszaken en vreemdelingenzaken) zijn recent verdwenen. Thans is nog sprake van rechtspraak in één instantie bij:

– besluiten op het terrein van het milieurecht (ABRvS);
– bestemmingsplannen en andere ruimtelijke plannen (ABRvS);
– een groot deel van de besluiten op het gebied van het economisch bestuursrecht (CBB);
– besluiten op grond van diverse wetten inzake oorlogsgetroffenen en enkele bijzondere wetten in de sfeer van het ambtenarenrecht (CRvB);
– een heterogene restcategorie van besluiten (voornamelijk ABRvS).

Twee deelgebieden van bestuursrecht nemen (ook) in dit opzicht een enigszins bijzondere positie in. Het vreemdelingenrecht kent sedert 1 april 2001 rechtspraak in twee instanties, maar in hoger beroep vindt door een grievenstelsel en diverse andere bijzondere procesrechtelijke voorzieningen slechts een beperkte toetsing plaats. Het belastingrecht kent ook rechtspraak in twee instanties, maar de tweede instantie – de Hoge Raad – oordeelt als cassatierechter niet over de feiten. Onlangs is een wetsvoorstel ingediend dat ook in belastingzaken beroep openstelt bij de rechtbank, met hoger beroep bij het gerechtshof en beroep in cassatie bij de Hoge Raad.[361]

5.3.2 Wenselijke ontwikkelingen

In het privaatrecht en het strafrecht is rechtspraak in twee feitelijke instanties van oudsher de hoofdregel. Voor het bestuursrecht is in de eerste fase van de herziening van de rechterlijke organisatie dezelfde hoofdregel geformuleerd, maar kennen we in

361. Kamerstukken II 2003/04, 29 252, nr. 1-3.

feite een gemengd stelsel. Niet alleen zijn er beduidend meer uitzonderingen op de hoofdregel dan in het privaatrecht of in het strafrecht, deze uitzonderingen zijn ook anders van aard. In het privaatrecht en het strafrecht betreffen de uitzonderingen veelal het uitsluiten van hoger beroep in bagatelzaken, in het bestuursrecht daarentegen gaat het veelal om rechtspraak in eerste aanleg door de hoogste feitenrechter en speelt het belang van de zaak doorgaans geen rol. Een en ander roept de vraag op, of in het bestuursrecht niet voor meer zaken een tweede feitelijke instantie zou moeten worden ingevoerd.

Juridisch noodzakelijk is een tweede feitelijke instantie slechts bij bestuurlijke boeten en vergelijkbare punitieve sancties. Daarbij verplicht artikel 14, vijfde lid, IVBPR tot rechtspraak in twee instanties, behoudens waarschijnlijk in bagatelzaken. Zoals in paragraaf 3.1 is uiteengezet, is het (ook) volgens de Commissie niet langer voor redelijke twijfel vatbaar dat dit twee *feitelijke* instanties moeten zijn. In de meeste gevallen voldoet ons bestuursrecht aan deze eis, maar in het belastingrecht is dat niet het geval. De voorgenomen invoering van een tweede feitelijke instantie voor belastingzaken is dan ook toe te juichen.

In de overige gevallen kan de nationale wetgever in beginsel kiezen voor rechtspraak in één of in twee feitelijke instanties. Daarbij kunnen verschillende overwegingen een rol spelen. In het verleden was de geografische bereikbaarheid van de rechtspraak vaak een argument om de rechtspraak in eerste aanleg over verschillende, door het land verspreide colleges te verdelen. Dan is een tweede instantie nodig om de rechtseenheid te waarborgen. Anno 2003 weegt dit bereikbaarheidsargument echter niet meer zo zwaar, dat men alleen daarom een tweede instantie zou moeten invoeren waar die nu nog ontbreekt.

In het recentere verleden was de werklast vaak het belangrijkste argument voor invoering van een tweede instantie. Onder de Wet Arob raakte de Afdeling rechtspraak van de Raad van State op den duur zo overbelast dat doorlooptijden onaanvaardbaar opliepen en spreiding van de werklast over meer colleges van eerste aanleg reeds daarom nodig was. Op de deelterreinen van bestuursrecht waar thans nog sprake is van rechtspraak in eerste en enige aanleg, speelt ook dat argument echter op dit moment geen grote rol meer.[362] Wel zijn er grote delen van het bestuursrecht waar de bestaande twee instanties reeds om die reden niet kunnen worden gemist.

Anno 2003 gaat het bij de keuze tussen één of twee feitelijke instanties vooral om de vraag in hoeverre een tweede feitelijke instantie nodig is om de kwaliteit van de rechtspraak (in engere zin)[363] te waarborgen. Een tweede feitelijke instantie is een belangrijke waarborg voor kwaliteit, omdat zij de gelegenheid biedt om in eerste aanleg door partijen of door de rechter gemaakte fouten te herstellen. Het risico van dergelijke fouten bestaat in beginsel op alle deelterreinen van bestuursrecht. Dat risico is immers in beginsel niet afhankelijk van de aard van de materie. Hooguit kan men zeggen dat op sommige terreinen de zaken *gemiddeld* wat complexer zijn dan op andere, maar dat neemt niet weg dat ingewikkelde zaken op alle terreinen voorkomen. Niet voor niets

362. Maar als het zaaksaanbod, bijvoorbeeld door conflictopwekkende regelgeving, op een van die gebieden sterk zou stijgen, zou dat weer anders kunnen komen te liggen!

363. In engere zin, want in ruimere zin zijn bereikbaarheid en tijdigheid natuurlijk ook aspecten van de kwaliteit van de rechtspraak.

heeft men ook in het privaatrecht en het strafrecht de waarborg van hoger beroep steeds over de volle breedte van het rechtsgebied noodzakelijk geacht.

Gelet hierop meent de Commissie dat rechtspraak in twee feitelijke instanties ook voor het bestuursrecht de hoofdregel moet zijn. Uiteraard moet de tweede instantie partijen dan ook een voldoende ruime 'herkansing' bieden (zie par. 4.5). Deze hoofdregel zou consequenter dan nu moeten worden toegepast. Uitzonderingen op de hoofdregel zijn denkbaar, maar niet valt in te zien waarom bijvoorbeeld het gehele milieurecht en een groot deel van het economisch bestuursrecht zo'n uitzondering zouden moeten vormen. De gemiddelde zwaarte van de zaken op die terreinen pleit eerder voor het tegendeel. Minstgenomen zou de keuze tussen één of twee instanties op meer systematische wijze moeten worden gemaakt.

Bij dit pleidooi voor rechtspraak in twee instanties passen wel enkele kanttekeningen. Een nadeel van hoger beroep is natuurlijk dat procedures daardoor langer kunnen gaan duren. Dat nadeel wordt groter naarmate vaker hoger beroep wordt ingesteld. Aannemelijk is dat deze appèlquote mede afhangt van de kwaliteit van de eerste aanleg. Deze behoeft dan ook evenveel, zo niet meer, aandacht als de kwestie van één of twee instanties. Hoger beroep is goed, maar een hoogwaardige eerste aanleg is beter. Waar mogelijk moet de vereiste kwaliteit reeds in eerste aanleg worden geboden.

In dit verband verdient onder meer de keuze tussen enkelvoudige of meervoudige behandeling van zaken de aandacht. In eerste aanleg bij de rechtbanken en de gerechtshoven worden zaken in behandeling genomen door een enkelvoudige kamer, maar is verwijzing naar een meervoudige kamer mogelijk ((art. 26 Awr jo.) art. 8:10 Awb). In de praktijk wordt bij de rechtbanken en bij de gerechtshoven in belastingzaken de overgrote meerderheid (bij de rechtbanken soms meer dan 90%) van de zaken enkelvoudig afgedaan.

Deze keuze voor enkelvoudige behandeling als hoofdregel is op zichzelf te billijken. Een flink deel van het zaaksaanbod bij de rechtbanken en de gerechtshoven bestaat uit zogenoemde 'bulkzaken': grote aantallen als regel relatief eenvoudige zaken, vooral op het gebied van het financieel bestuursrecht. Het is praktisch ondenkbaar en trouwens ook niet nodig en daarom ondoelmatig om die allemaal meervoudig te behandelen. Maar onder druk van de werklast worden in de praktijk niet alleen eenvoudige, maar ook meer ingewikkelde zaken als regel enkelvoudig afgedaan. Bovendien gebeurt dit, mede door het roulatiebeleid, soms ook door (in het bestuursrecht) relatief onervaren rechters. Dit brengt riscio's voor de kwaliteit mee. De Commissie zou er dan ook voor willen pleiten de capaciteit zodanig uit te breiden dat zonder verlenging van de doorlooptijden meer zaken meervoudig kunnen worden behandeld. Dat is geen alternatief voor een tweede instantie, maar kan wel de druk op die tweede instantie verminderen.

Er kunnen goede gronden bestaan voor uitzonderingen op de hoofdregel van rechtspraak in twee instanties. Deze gronden kunnen met name zijn gelegen in de noodzaak om de totale duur van de besluitvormingsprocedures – van bestuurlijke voorbereiding tot en met het eindoordeel van de hoogste rechter – binnen aanvaardbare grenzen te houden. Gelet hierop zijn uitzonderingen te overwegen bij:

– besluiten die ongewoon spoedeisend zijn;
– besluiten die reeds in de bestuurlijke fase een ongewoon lange voorbereidingsprocedure kennen.

Het schoolvoorbeeld van de eerste categorie wordt gevormd door besluiten op grond van de Kieswet inzake de registratie van politieke groeperingen en de geldigheid van kandidatenlijsten. Om te voorkomen dat verkiezingen achteraf ongeldig zouden moeten worden verklaard, is het van het grootste belang dat beroepsprocedures omtrent dergelijke besluiten volledig kunnen worden afgerond in de relatief korte periode tussen registratie, respectievelijk kandidaatstelling en de verkiezingen. Bij de tweede categorie kan men denken aan bepaalde besluiten in de sfeer van het ruimtelijk bestuursrecht, zoals tracébesluiten.

Het zou goed zijn om de huidige gevallen van rechtspraak in één instantie nog eens systematisch door te lichten om na te gaan in hoeverre er werkelijk voldoende argumenten zijn om met één instantie te volstaan. Daarbij ware te bedenken dat een keuze voor één instantie in de praktijk slechts tot versnelling leidt, indien dit instrument selectief wordt toegepast. Als te vaak voor rechtspraak in één instantie wordt gekozen, raakt de in enige en hoogste instantie oordelende rechter al spoedig overbelast. De ervaringen met de Wet Arob zijn op dit punt veelzeggend. Een procedure in twee instanties duurt thans gemiddeld korter dan een Arob-procedure in één instantie in de laatste jaren van de Wet Arob.

Indien er gronden zijn om te kiezen voor rechtspraak in één instantie, dan dient dit naar het oordeel van de Commissie, overeenkomstig de huidige situatie, de hoogste instantie op het desbetreffende deelgebied van bestuursrecht te zijn. Voorts zouden zaken dan in beginsel moeten worden behandeld door een meervoudige kamer. De waarborgen voor de vereiste kwaliteit moeten dan immers geheel binnen die ene instantie worden gevonden.

5.4 Het probleem van de rechtseenheid

5.4.1 Inleiding

In het privaatrecht en het strafrecht wordt de rechtseenheid verzekerd doordat er maar één hoogste rechter is: de Hoge Raad der Nederlanden. Het bestuursrecht, daarentegen, kent vijf hoogste rechters:

- de Hoge Raad (voor het belastingrecht);
- de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (voor het omgevingsrecht, vreemdelingenrecht en de categorie 'overige');
- de Centrale Raad van Beroep (voor het ambtenaren-, sociaalzekerheids- en studiefinancieringsrecht);
- het College van Beroep voor het bedrijfsleven (voor het economisch bestuursrecht);[364]

364. In een beperkt aantal gevallen – namelijk voorzover het gaat om de uitleg van ook voor het belastingrecht relevante begrippen – staat tegen uitspraken van de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven beroep in cassatie bij de Hoge Raad open (zie voor een recent overzicht bijlage 5 van de nota 'Keuzen voor de bestuursrechtspraak'). In zoverre zijn CRvB en CBB niet in alle gevallen de hoogste rechter. In de praktijk beoordeelt de HR jaarlijks minder dan twintig uitspraken van de CRvB en slechts incidenteel een uitspraak van het CBB. Ter vergelijking: de CRvB doet jaarlijks zo'n zesduizend uitspraken, het CBB zo'n zevenhonderd.

– het Gerechtshof Leeuwarden (voor zaken op grond van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften).[365]

Deze stand van zaken roept de vraag op of in dit stelsel de rechtseenheid wel voldoende is verzekerd. Bij de beantwoording van deze vraag moeten drie niveaus van rechtseenheid worden onderscheiden:
– de rechtseenheid op deelgebieden van het bestuursrecht;
– de rechtseenheid binnen het bestuursrecht als geheel;
– de rechtseenheid tussen het bestuursrecht enerzijds en het privaatrecht en het strafrecht anderzijds.

Deze drie niveaus komen hierna achtereenvolgens aan de orde.

5.4.2 De rechtseenheid op deelgebieden van het bestuursrecht

De vijf hoogste rechters oordelen over redelijk goed afgebakende deelgebieden van het bestuursrecht. De bevoegdheidsverdeling tussen met name de Afdeling bestuursrechtspraak en het College van Beroep voor het bedrijfsleven is op onderdelen voor verbetering vatbaar, maar dit betreft relatief ondergeschikte punten.[366] De rechtseenheid op de onderscheiden deelgebieden van bestuursrecht is dus goed gewaarborgd. Dat is belangrijk. De bijzondere delen van het bestuursrecht behelzen de ordening van de samenleving, waaraan het bestuursrecht zijn bestaansrecht ontleent. Deze ordening vergt een uniforme uitleg van landelijke regelgeving. Het ontbreken van een uniforme uitleg van – om een paar belangrijke voorbeelden te noemen – de Wet op de inkomstenbelasting, de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering, de Wet op de ruimtelijke ordening, de Wet milieubeheer, de Mededingingswet of de Vreemdelingenwet 2000 zou het maatschappelijk verkeer binnen Nederland ernstig belemmeren. Uit recent onderzoek blijkt dan ook dat praktijkjuristen deze rechtseenheid op deelgebieden van het bestuursrecht minstens even belangrijk vinden als de rechtseenheid binnen het bestuursrecht als geheel.[367]

Bij een eventuele hervorming van de bestuursrechtspraak dient deze rechtseenheid binnen de bijzondere delen zoveel mogelijk behouden te blijven. Natuurlijk is dit vereiste niet absoluut. Het moet worden afgewogen tegen andere kwaliteitseisen waaraan het stelsel van bestuursrechtspraak moet voldoen. Als bij invoering van rechtspraak in twee instanties de eerste aanleg over meer rechtbanken wordt verdeeld, is dat uit een oogpunt van rechtseenheid een zekere achteruitgang, omdat de rechtseenheid dan niet meer door de eerste en enige, maar pas door de tweede rechter wordt gewaar-

365. Strikt genomen is ook het Gerechtshof Leeuwarden op het terrein van de WAHV niet de allerhoogste rechter, omdat van zijn uitspraken nog wel cassatie in het belang der wet mogelijk is (art. 78, derde lid, Wet RO). Dit is echter geen volwaardig alternatief voor een gewoon rechtsmiddel.

366. Zie A. Bruining, De wetgever is nog niet uitgedacht, een beschouwing over de mogelijkheden tot herverkaveling van rechtsmacht binnen het bestuursrecht, NJB 2001, p. 659. De regering is voornemens een wetsvoorstel in te dienen om de bevoegdheidsverdeling op enige punten te stroomlijnen.

367. Zie J. van Erp, M. Schadé, S. Verberk, Ph.M. Langbroek, R.J.G.M. Widdershoven, Eenheid van rechtspraak, Verslag van een eerste meting in het bestuursrecht, Den Haag 2001.

borgd. Niettemin meent de Commissie dat het kwaliteitsvoordeel van een tweede instantie dan in beginsel zwaarder moet wegen.

De rechtspraak in hoger beroep[368] moet echter bij niet meer dan één rechter per deelgebied geconcentreerd blijven. Dit spreekt vanzelf als de appèlrechter de hoogste rechter is. Maar het geldt naar het oordeel van de Commissie ook als een derde instantie in beeld komt. Dit is het geval als men kiest voor integratie van de bestuursrechtspraak in de gewone rechterlijke macht. Als daarbij het model van het privaatrecht en het strafrecht zou worden gevolgd, zou de appèlrechtspraak over vijf gerechtshoven worden verspreid. Dat is het stelsel dat in de nabije toekomst voor het belastingrecht zal gelden.

In dit stelsel zou de rechtseenheid binnen de bijzondere delen pas in derde instantie – bij de Hoge Raad – aan bod komen. Dat heeft nadelen. In de eerste plaats bestaat het gevaar dat de Hoge Raad dan te veel zaken zou krijgen, waardoor de doorlooptijden te veel zouden oplopen. De voor de hand liggende oplossing voor dit probleem is een verlofstelsel, maar het is niet zeker dat dit voldoende zou helpen. Verlof zou in dit stelsel immers niet slechts moeten worden verleend als de zaak een vraag van algemeen bestuursrecht of een algemene rechtsvraag oproept, maar ook als 'slechts' de uniforme uitleg van bijzondere wetgeving in het geding is. Het laatste komt zeer veel vaker voor dan het eerste. Dit zou de doorlooptijden te ver kunnen doen oplopen. Een derde instantie brengt, ook als zij over voldoende capaciteit beschikt, onvermijdelijk enige verlenging van de procedure mee. Deze verlenging kan aanzienlijk zijn, omdat cassatie nu eenmaal meebrengt dat soms zaken zullen moeten worden teruggewezen naar de feitenrechter. Deze verlenging kan maatschappelijk aanvaardbaar zijn, als slechts in een gering deel van de zaken daadwerkelijk in drie instanties wordt geprocedeerd. Naarmate dit laatste vaker moet gebeuren, neemt de maatschappelijke aanvaardbaarheid snel af (zie par. 3.2).

In het wetsvoorstel tot invoering van belastingrechtspraak in twee feitelijke instanties, wordt om dergelijke redenen voorgesteld sprongcassatie (cassatie van de uitspraak van de rechtbank in eerste aanleg, met voorbijgaan van het gerechtshof) mogelijk te maken voor zaken waarin bij voorbaat duidelijk is dat partijen het oordeel van de hoogste rechter over een rechtsvraag willen inwinnen.[369] Dat is één mogelijke oplossing. Deze is echter mede ingegeven door de historisch gegroeide situatie: in belastingzaken zijn al sedert de jaren vijftig van de twintigste eeuw vijf gerechtshoven bevoegd. Daarnaast speelt een rol dat in het belastingrecht de duur van de procedure wellicht iets minder zwaar weegt dan bijvoorbeeld in het ordenend bestuursrecht, waar het oordeel van de rechter beslissend kan zijn voor de voortgang van maatschappelijke activiteiten.

Voor het overige bestuursrecht ligt het naar het oordeel van de Commissie meer voor de hand om per deelgebied van het bestuursrecht zoveel mogelijk één hoogste feitenrechter aan te wijzen. Ook dit sluit aan bij de bestaande, historisch gegroeide situatie. Als men kiest voor handhaving van de bestaande organisatie van de bestuursrechtspraak, dan wel voor samenvoeging van de bestaande hoogste bestuursrechters

368. Of meer algemeen: in hoogste feitelijke aanleg. Als er maar één feitelijke instantie is, is concentratie daarvan evenzeer wenselijk.

369. Kamerstukken II 2003/04, 29 251, nr. 1-3.

buiten de gewone rechterlijke macht, bestaat per deelgebied reeds één hoogste rechter, die tevens feitenrechter is. Indien men kiest voor integratie van de bestuursrechtspraak in de gewone rechterlijke macht, zou naar het oordeel van de Commissie per deelgebied – met uitzondering van het belastingrecht – één gerechtshof als hoogste feitenrechter moeten worden aangewezen.

5.4.3 De rechtseenheid in het algemeen bestuursrecht

De bijzondere delen van het bestuursrecht regelen zeer verschillende vormen van overheidsoptreden op de meest uiteenlopende terreinen van het maatschappelijk leven. Zij vertonen onderling dan ook grote verschillen. Maar er zijn ook vragen die zich bij iedere verhouding tussen overheid en burger (kunnen) voordoen en daarom op ieder beleidsterrein terugkeren. Daaruit vloeien gemeenschappelijke regels en beginselen voort, die samen het algemeen deel van het bestuursrecht vormen. De ontwikkeling van dit algemeen deel is lange tijd belemmerd doordat de wetgever deze gemeenschappelijke vragen niettemin per beleidsterrein placht te regelen. Dat deed afbreuk aan de toegankelijkheid, de inzichtelijkheid en de coherentie en daarmee aan de overtuigingskracht van het bestuursrecht. In reactie daarop won het inzicht veld dat het beter is om gemeenschappelijke vragen ook uniform te regelen. Anders gezegd: dat niet alleen binnen, maar ook tussen de bijzondere delen, op het niveau van het algemeen bestuursrecht, behoefte bestaat aan rechtseenheid.

Zo gezien is de rechtseenheid in het algemeen bestuursrecht de laatste tien jaar sterk verbeterd. De totstandkoming van de Algemene wet bestuursrecht heeft tal van onnodige en verwarrende verschillen in de wetgeving weggenomen. Maar misschien wel juist daardoor werd het resterende gebrek aan rechtseenheid duidelijker zichtbaar. De Awb is maar een wet. Wetten behoeven uitleg, in laatste instantie door rechters. Doordat het bestuursrecht vijf verschillende hoogste rechters kent, is een uniforme toepassing van algemene leerstukken niet automatisch verzekerd. Dat was altijd al zo, maar juist doordat de vijf hoogste rechters nu één algemene wet toepassen, komen deze verschillen scherper naar voren en zijn zij meer omstreden.

Hierbij past wel enige relativering. Om te beginnen is, zoals reeds opgemerkt, het aantal hoogste rechters de laatste tien jaar wel degelijk afgenomen. Ook daardoor is het probleem in ieder geval kleiner geworden. Voorts moet de mate waarin de diverse hoogste rechters de Awb verschillend uitleggen, niet worden overdreven. De jurisprudentie van met name de Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad van Beroep loopt inderdaad soms uiteen, maar niet zo vaak en zo ver als soms is gesuggereerd. Dat komt mede doordat er, bij gebrek aan een formele rechtseenheidsvoorziening, allerlei informele afstemmingsmechanismen bestaan. Zo is er regelmatig overleg tussen de hoogste rechters en worden steeds vaker leden van het ene college als plaatsvervanger in een van de andere benoemd.[370] Ten slotte is er inmiddels veelvuldig op gewezen dat sommige verschillen gerechtvaardigd worden door verschillen in de aard van de zaken waarvan de verschillende colleges kennisnemen.

370. Zie voor een overzicht van deze coördinatiemechanismen ook H. Bekker, J.H. van Kreveld, Coördinatie binnen de bestuursrechtspraak, in: R.M. van Male e.a. (red.), Centrale Raad van Beroep 1903-2003, Den Haag 2003, p. 291.

Niettemin zijn er nog altijd verschillen in jurisprudentie, die niet aldus kunnen worden verklaard en kennelijk evenmin langs informele weg kunnen worden weggenomen. Bovendien kunnen natuurlijk steeds nieuwe verschillen ontstaan, omdat er nu eenmaal steeds nieuwe rechtsvragen rijzen. Daarom is er behoefte aan een meer formele rechtseenheidsvoorziening voor het algemeen bestuursrecht.

Een dergelijke rechtseenheidsvoorziening kan op verschillende wijzen worden vormgegeven. De keuze uit de verschillende mogelijkheden hangt samen met de visie die men heeft op de gewenste ontwikkeling van het stelsel van bestuursrechtspraak op langere termijn. Indien men van oordeel is dat op kortere of langere termijn moet worden gestreefd naar verdere integratie van de bestuursrechtspraak in de gewone rechterlijke macht, is het (al dan niet geleidelijk) openstellen van beroep in cassatie bij de Hoge Raad ook voor het bestuursrecht de meest voor de hand liggende rechtseenheidsvoorziening.[371] Deze oplossing heeft ook het voordeel dat meteen een voorziening is getroffen voor de rechtseenheid tussen het bestuursrecht enerzijds en het privaatrecht en het strafrecht anderzijds.

Zoals opgemerkt kan cassatie soms tot substantiële verlenging van de procedure leiden. In verband daarmee zou kunnen worden overwogen voor het bestuursrecht te kiezen voor (een vorm van) cassatie in het belang der wet. Cassatie in het belang der wet doet geen afbreuk aan de rechten van partijen. Dat neemt het nadeel van vertraging gedeeltelijk weg: de belanghebbende weet na de uitspraak van de hoogste feitenrechter waar hij aan toe is. Voor het bestuursorgaan is dat in mindere mate het geval. Vaak zal de in cassatie te beantwoorden rechtsvraag immers ook van belang zijn voor andere 'lopende' gevallen. De neiging zal dan bestaan om procedures in die andere gevallen aan te houden totdat de cassatierechter heeft beslist. Niettemin zou een vorm van cassatie in het belang der wet in de behoefte aan rechtseenheid kunnen voorzien, eventueel als tussenstap op weg naar een gewone cassatievoorziening.

Indien men van oordeel is dat de bestuursrechtspraak in hoogste instantie blijvend buiten de huidige[372] gewone rechterlijke macht moet worden ondergebracht, ligt cassatie als rechtseenheidsvoorziening niet in de rede. In beginsel zijn er dan twee andere mogelijkheden. De eerste mogelijkheid is concentratie van alle bestuursrechtspraak in hoogste instantie bij één college, al dan niet deel uitmakend van de Raad van State. Bij het huidige zaaksaanbod zou dat college dan wel zo groot worden, dat het interne voorzieningen voor het bewaren van de rechtseenheid zou moeten treffen.

Een tweede, minder vérgaande mogelijkheid is onder meer bepleit door de Raad van State in haar Jaarverslag over 2001: een gemeenschappelijke rechtseenheidskamer van de hoogste bestuursrechters. Indien in een zaak bij een van de hoogste bestuursrechtelijke colleges een rechtsvraag rijst die beantwoording behoeft in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling op het gebied van het algemeen bestuursrecht, zou het desbetreffende college deze bij wijze van prejudiciële vraag moeten voorleggen aan deze rechtseenheidskamer, die daarover een bindende beslissing geeft.[373] Het voordeel van deze oplossing zou zijn dat zij met relatief weinig moeite en

371. Aldus ook de Hoge Raad in zijn Jaarverslag 2001/2002, Den Haag 2003, p. 10.
372. Huidige, omdat het in theorie natuurlijk ook mogelijk is om de bestaande bestuursrechtelijke colleges, dan wel een eventueel te vormen 'Hoog Administratief Gerechtshof', bij wet aan te wijzen als behorend tot de rechterlijke macht (zie artikel 116, eerste lid, Grw.).
373. Zie over de vormgeving van een dergelijke rechtseenheidskamer ook H. Bekker, J.H. van Kreveld, a.w.

bijna geen kosten en dus op korte termijn gerealiseerd zou kunnen worden. Dat komt omdat een dergelijke rechtseenheidskamer naar verwachting slechts een handvol zaken per jaar zou hoeven behandelen, mede doordat de beslissing om een zaak aan de rechtseenheidskamer voor te leggen in een prejudicieel stelsel niet aan partijen, maar aan de rechter is.[374]

Een nadeel is natuurlijk dat ook het stellen van prejudiciële vragen de behandeling van een zaak aanzienlijk kan vertragen. Men bedenke daarbij dat ook in deze variant de vertraging vaak niet beperkt zal zijn tot de zaak waarin de vragen worden gesteld, maar zich mede zal voordoen in soortgelijke zaken, omdat het bestuur of de feitenrechter daarin het oordeel van de rechtseenheidskamer wil afwachten.

Binnen de Commissie bestaat geen eenstemmigheid over de wenselijke ontwikkeling van het stelsel van bestuursrechtspraak op langere termijn. Sommige leden zijn voorstander van verdere integratie van de bestuursrechtspraak in de gewone rechterlijke macht, anderen geven de voorkeur aan verdere concentratie van de bestuursrechtspraak in hoogste instantie bij een afzonderlijke hoogste bestuursrechter of aan handhaving van de bestaande situatie. Eenstemmigheid bestaat echter wel over de noodzaak van enigerlei formele rechtseenheidsvoorziening voor het algemeen bestuursrecht. De gemeenschappelijke rechtseenheidskamer kan dan als minimumvariant gelden, onder de aantekening dat een deel van de Commissie de voorkeur geeft aan verdergaande maatregelen.

5.4.4 De rechtseenheid tussen het bestuursrecht en andere rechtsgebieden

Ten slotte is ook de rechtseenheid tussen het bestuursrecht enerzijds en het privaat- en strafrecht anderzijds van belang. Zolang de bestuursrechter uitsluitend over besluiten oordeelt, moet ook de burgerlijke rechter van tijd tot tijd de Awb uitleggen. Zowel de bestuursrechter als de burgerlijke rechter en de strafrechter kunnen worden geroepen tot de uitleg van nationale en internationale mensenrechten en tot de toepassing van EU-recht.

Ten slotte hebben de laatste tien jaar steeds meer van oorsprong privaatrechtelijke of strafrechtelijke leerstukken een bestuursrechtelijk equivalent gekregen. De opkomst van het zuiver schadebesluit en het opnemen van een titel over bestuursrechtelijke geldschulden in de vierde tranche van de Awb zijn symptomen van de ontwikkeling van wat wel een 'publiekrechtelijk vermogensrecht' is genoemd. Het is van groot belang dat dit niet nodeloos gaat afwijken van het privaatrechtelijk vermogensrecht.

De jaren negentig van de twintigste eeuw hebben voorts een stormachtige opkomst van de figuur van de bestuurlijke boete laten zien. Daardoor wordt de bestuursrechter steeds vaker geconfronteerd met van oorsprong strafrechtelijke vraagstukken. Ook dat komt tot uiting in de vierde tranche van de Awb, waarin ook een titel over de bestuurlijke boete is opgenomen. Ook daarbij is van belang dat tussen bestuursrecht en strafrecht niet meer verschillen ontstaan dan door de aard van de onderscheiden rechtsgebieden wordt gerechtvaardigd.

---

374. Hetgeen natuurlijk onverlet laat dat de rechter bij de beslissing om al dan niet prejudiciële vragen te stellen wel acht zal moeten slaan op de opvattingen van partijen daarover.

Er is dus behoefte aan rechtseenheid tussen het bestuursrecht enerzijds en het privaatrecht en het strafrecht anderzijds. Het antwoord op de vraag, tot welke maatregelen dat zou moeten leiden, hangt wederom af van de visie die men heeft op de gewenste toekomstige ontwikkeling van het stelsel van bestuursrechtspraak. Indien men kiest voor integratie van de bestuursrechtspraak in de gewone rechterlijke macht, is het openstellen van beroep in cassatie bij de Hoge Raad ook voor dit probleem de oplossing. Een variant daarop zou zijn het openstellen van cassatie in het belang der wet tegen uitspraken van bestuursrechters waarbij strafrechtelijk of privaatrechtelijk getinte rechtsvragen zijn beslist.

Indien niet voor integratie zou worden gekozen, kan de oplossing ook worden gevonden in een variant op de in de vorige paragraaf geschetste gemeenschappelijke rechtseenheidskamer. Te denken valt aan een rechtseenheidskamer waarvan de samenstelling varieert met de aard van de te beantwoorden prejudiciële vraag. De kamer zou dan bijvoorbeeld paritair kunnen worden samengesteld uit enerzijds leden van de Hoge Raad en anderzijds leden van de bestuursrechtelijke colleges.

5.4.5 Conclusies in de bestuursrechtspraak

Als tot instelling van een gemeenschappelijke rechtseenheidskamer zou worden overgegaan, zou het naar het oordeel van de Commissie sterk aanbeveling verdienen om te voorzien in de mogelijkheid dat de rechtseenheidskamer voorafgaand aan haar beslissing door middel van een openbare conclusie van een onafhankelijk rechterlijk ambtenaar wordt voorgelicht omtrent het geschil en de rechtsvragen die moeten worden beslist. Deze onafhankelijke adviseur zou dus een equivalent vormen van het parket bij de Hoge Raad of daartoe wellicht zelfs kunnen behoren. Het staat naar het oordeel van de Commissie buiten kijf dat de conclusies van het parket bij de Hoge Raad, maar ook die van de advocaten-generaal bij het Hof van Justitie en van vergelijkbare instituten bij buitenlandse bestuursrechters,[375] een grote bijdrage aan de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling hebben geleverd en nog steeds leveren.

Een conclusie kan, juist omdat het geen bindende beslissing is, de voorliggende zaak en de daarin aan de orde zijnde rechtsvragen in breder verband plaatsen, wijzen op ontwikkelingen in de wetgeving, de literatuur en de rechtspraak, ook van andere en zelfs buitenlandse colleges, de voor- en nadelen van mogelijke beslissingen in kaart brengen en afwegen, kortom, expliciet recht doen aan het gegeven dat de uitspraak materieel meer is dan de beslissing van een concreet geval, namelijk ook een bijdrage aan de rechtsvorming. Binnen het bestuursrecht worden daar in het belastingrecht sedert vele jaren goede ervaringen mee opgedaan.

De instelling van een rechtseenheidskamer zou een geschikt moment zijn om deze figuur ook in het overige bestuursrecht te introduceren. Op termijn zou invoering ook bij de andere hoogste bestuursrechters overweging verdienen. Mits selectief toegepast – zoals ook in het belastingrecht het geval is – zouden de voordelen daarvan naar het

375. Men zegt vaak dat het Franse bestuursrecht overwegend door de rechter – de Conseil d'Etat – en niet door de wetgever is ontwikkeld. Dat is waar, maar dan is het minstens zozeer ontwikkeld in de conclusies van de – tot de Conseil d'Etat behorende – 'commissaires du gouvernement' als in de vaak nogal lapidaire uitspraken.

oordeel van de Commissie ruimschoots opwegen tegen het nadeel, dat in een minderheid van de zaken enige vertraging optreedt.

Indien de wetgever de Commissie op dit punt zou volgen, is er wel een aandachtspunt. Het EHRM erkent de waarde van een onafhankelijke conclusie, maar is van oordeel dat partijen op de conclusie moeten kunnen reageren, met name als een punt wordt aangesneden of een oplossing wordt aangedragen die niet eerder in het geding is besproken.[376] Daarvoor moet dus een stap in de procedure worden ingebouwd. De adviseur van het gerecht mag voorts niet aanwezig zijn in de raadkamer, omdat partijen dan niet meer op zijn inbreng kunnen reageren.[377]

5.5 Bestuurlijke voorprocedures

5.5.1 Algemeen

In ons stelsel van rechtsbescherming gaat aan het beroep op de bestuursrechter veelal een bestuurlijke voorprocedure vooraf. De hoofdregel is neergelegd in artikel 7:1, eerste lid, Awb (jo. art. 1:5, eerste lid, Awb): degene die beroep bij de bestuursrechter wil instellen, dient eerst een bezwaarschrift in te dienen bij het bestuursorgaan dat het bestreden besluit heeft genomen. In deze voorprocedure moet het besluit in beginsel volledig worden heroverwogen (art. 7:11 Awb). Dit betekent dat het bestuur zich niet mag beperken tot de vraag of het primaire besluit rechtmatig is, maar zich binnen de grenzen van de wet ook moet afvragen of het wel het meest wenselijke besluit was.

De hoofdregel dat eerst bezwaar moet worden gemaakt, lijdt uitzondering in drie gevallen:

– indien tegen het besluit administratief beroep openstaat;
– indien het besluit aan goedkeuring is onderworpen;
– indien de uniforme openbare voorbereidingsprocedure[378] is gevolgd.

In al deze gevallen staat geen bezwaar open, omdat reeds een andersoortige bestuurlijke voorprocedure is gevolgd[379] en een bezwaarschriftprocedure dus een doublure zou zijn. Dat is niet helemaal waar, want de andere voorprocedures zijn niet identiek aan bezwaar. In de openbare voorbereidingsprocedure wordt geen besluit, maar een ontwerpbesluit heroverwogen. Bovendien is deze 'heroverweging-vooraf' met minder waarborgen omringd dan de bezwaarschriftprocedure. Bij goedkeuring vindt geen

376. EHRM 30 oktober 1991, nr. 00012005/86 (Borgers), CEDH Series A, vol. 214, NJ 1992, 73.
377. APBP/France, d.d. 21 maart 2002, no. 38436/97, n.n.g., Kress/France, d.d. 7 juni 2001, no. 39594/98, n.n.g.
378. De Commissie gaat gemakshalve uit van de situatie dat de Wet uniforme openbare voorbereidingsprocedure Awb (Stb. 2002, 54) in werking is getreden. Daartoe moet eerst de thans (december 2003) bij de Raad van State aanhangige aanpassingswet het Staatsblad bereiken. Dat zal naar verwachting in de loop van 2004 gebeuren.
379. De overige in artikel 7:1, eerste lid, Awb genoemde uitzonderingen zijn louter wetstechnisch van aard. Zij dienen om te voorkomen dat bijvoorbeeld tegen een besluit op bezwaar weer bezwaar zou moeten worden gemaakt, waardoor een eindeloze cirkelgang zou ontstaan. In het voorontwerp van een Wet beroep wegens niet tijdig beslissen (28 maart 2002, te vinden op www.justitie.nl, onder Thema's/Wetgeving/Dossiers/Awb/Voorontwerpen) wordt wel een echte nieuwe uitzondering voorgesteld voor het geval het beroep zich richt tegen niet-tijdig beslissen door het bestuursorgaan.

volledige, maar slechts een beperkte heroverweging plaats en is er meestal[380] geen, althans geen formele, gelegenheid voor betrokkenen om hun opvattingen over het besluit kenbaar te maken.

Niettemin kan men zeggen dat ons bestuursrecht een algemene regel kent, dat een besluit binnen het bestuur eenmaal 'opnieuw wordt bekeken' voordat het aan de rechter kan worden voorgelegd. Dat is in beginsel een goede regel. De 'zeef' van de bezwaarschriftprocedure is op veel terreinen volstrekt onmisbaar om de belasting van de rechterlijke macht tot hanteerbare proporties te beperken. Bovendien is zij vaak een eis van doelmatigheid. Bij grote 'beschikkingsfabrieken' is een zeker percentage administratieve fouten onvermijdelijk. Een procedure bij de rechter is een onevenredig omslachtige en kostbare manier om dergelijke fouten te herstellen.

De openbare voorbereidingsprocedure is een goed alternatief voor de bezwaarschriftprocedure bij ingrijpende besluiten met een ruime of onbekende kring van betrokkenen. Goedkeuring is wezenlijk iets anders, maar omdat de duur van besluitvormingsprocedures binnen redelijke grenzen moet blijven, is er niettemin veel te zeggen voor de regel dat goedkeuring bezwaar uitsluit. Kortom, de Commissie ziet geen aanleiding om op dit punt wezenlijke veranderingen te bepleiten.

Maar ook bij goede regels zijn er soms goede redenen voor uitzonderingen. Er zijn, ook wanneer niet de openbare voorbereidingsprocedure is gevolgd, gevallen waarin alle betrokkenen hun argumenten reeds bij de voorbereiding van een besluit zo uitputtend hebben gewisseld, dat bij voorbaat vaststaat dat een bezwaarschriftprocedure geen toegevoegde waarde zal hebben. Om die reden is thans bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel aanhangig dat voorziet in de mogelijkheid om de bezwaarschriftprocedure over te slaan als alle belanghebbenden en het bestuursorgaan daarmee instemmen.[381] Zonder zich te willen uitspreken over de precieze modaliteiten van dit 'rechtstreeks beroep'[382] is de Commissie van oordeel dat een dergelijke nuancering van de hoofdregel ondersteuning verdient.

5.5.2 Administratief beroep

Administratief beroep lijkt het meest op bezwaar. Ook in administratief beroep dient in beginsel een volledige heroverweging van het bestreden besluit plaats te vinden. Het verschil met bezwaar is slechts dat deze heroverweging niet geschiedt door het bestuursorgaan dat het bestreden besluit heeft genomen, maar door een ander bestuursorgaan.

Tot in de jaren tachtig van de twintigste eeuw was het administratief beroep voor ons bestuursrecht zeer belangrijk. Velen zagen het lange tijd als een alternatief voor bestuursrechtspraak. Generaties studenten moesten een rijtje verschillen tussen administratief beroep en administratieve rechtspraak uit het hoofd leren. Sedert het

380. De bekende uitzondering is de goedkeuring van bestemmingsplannen door GS. Daarbij gaat het in feite om een mengvorm van goedkeuring en administratief beroep, die overigens op de nominatie staat om te verdwijnen (zie het voorstel voor een nieuwe Wet op de ruimtelijke ordening, Kamerstukken II 2002/03, 28 916, nr. 1-3).

381. Kamerstukken II 2000/01, 27 563.

382. Al moeten natuurlijk niet nodeloos veel varianten worden bedacht, zoals de Tweede Kamer nu lijkt te doen. Zie B.M.J. van der Meulen, Onoverkomelijk bezwaar, NTB 2002, p. 87.

Benthem-arrest[383] staat echter vast dat administratief beroep geen alternatief voor, maar slechts een aanvulling op bestuursrechtspraak kan zijn. Het oordeel over de rechtmatigheid van een besluit is in laatste instantie voorbehouden aan een onafhankelijke rechter.

Lange tijd was administratief beroep tevens een belangrijke vorm van controle door 'hogere' overheden op 'lagere' overheden. De aanhalingstekens geven aan dat dit niet goed meer past bij moderne opvattingen over decentralisatie. Ten slotte was het op gemeentelijk niveau niet zonder belang als een vorm van controle door de gemeenteraad op het college van burgermeester en wethouders. Maar ook het beroep op de gemeenteraad heeft sterk aan betekenis ingeboet. Het past bovendien niet in de recente 'dualisering' van het gemeentebestuur.

De indruk bestaat dat administratief beroep tegenwoordig nog het meest voorkomt in de vorm van administratief beroep – veelal maar niet altijd op een minister[384] – tegen besluiten van ambtenaren met eigen geattribueerde bevoegdheden. In dat geval kan het een bescheiden, maar nuttige functie vervullen als instrument om landelijke eenheid van beleid te verzekeren, zij het dat de wetgever veelal hetzelfde resultaat zou kunnen bereiken door bevoegdheden te attribueren aan de minister, waarna deze desgewenst aan de betrokken ambtenaren kunnen worden gemandateerd. De vraag rijst wel of de regeling van afdeling 7.3 Awb voldoende is toegesneden op deze vorm van administratief beroep.

Deze regeling – die in feite medio jaren tachtig is geschreven[385] – houdt nog sterk rekening met de figuur van administratief beroep op een bestuursorgaan van een andere bestuurslaag. Omdat dit een zekere inbreuk op de decentralisatiegedachte is, kan de beslissing op een administratief beroep bijvoorbeeld niet worden gemandateerd aan een ambtenaar. Men kan zich afvragen of deze beperking voor administratief beroep binnen hiërarchische verhoudingen wel nodig is.

Een verdergaande hervorming zou zijn om het administratief beroep om te vormen tot een variant op bezwaar, met als enige bijzondere eigenschap dat bij wijze van uitzondering niet het bestuursorgaan dat het bestreden besluit heeft genomen, maar een ander bestuursorgaan op het bezwaar beslist. Dit zou de wettelijke regeling aanzienlijk kunnen bekorten.

5.6 Conclusie

Zoals reeds aangegeven, bestaat binnen de Commissie geen overeenstemming over de wenselijke toekomstige inrichting van de bestuursrechtspraak in hoogste aanleg en in het bijzonder niet over het antwoord op de vraag of wel of niet zou moeten worden gestreefd naar verdere integratie van de bestuursrechtspraak in de gewone rechterlijke

383. EHRM 23 oktober 1985, Series A, vol. 97, AB 1986, 1 m.nt. E.M.H. Hirsch Ballin; NJ 1986, 102 m.nt. E.A. Alkema. Ook in R.A. Lawson, E. Myjer (red.), 50 jaar EVRM, p. 183 m.nt. N. Verheij.

384. Zo kent de WAHV bijvoorbeeld administratief beroep op de officier van justitie tegen beslissingen van opsporingsambtenaren.

385. Zij kwam in vrijwel de huidige vorm al voor in het eerste Voorontwerp van de Commissie-Scheltema, verschenen in januari 1987.

macht. Juist daarom is het goed om aan het slot van dit hoofdstuk nog eens de punten op te sommen waarover wel eenstemmigheid bestaat:

– De bezwaarschriftprocedure dient te worden gehandhaafd, maar wel met de mogelijkheid om deze met wederzijds goedvinden over te slaan.
– Rechtspraak in twee feitelijke instanties dient ook in het bestuursrecht uitgangspunt te zijn, met de mogelijkheid van gefundeerde uitzonderingen.
– De bestuursrechtspraak in hoogste feitelijke aanleg dient per deelgebied van het bestuursrecht zoveel mogelijk bij één rechter te worden geconcentreerd, behoudens waar de rechtseenheid op een deelgebied reeds op andere wijze is verzekerd, zoals in het belastingrecht.
– Er moet enigerlei institutionele rechtseenheidsvoorziening komen, zowel voor het algemeen bestuursrecht als voor de eenheid tussen het bestuursrecht en de andere rechtsgebieden.

6 Alternatieve beslechting van bestuursrechtelijke geschillen

6.1 Inleiding

Bij alternatieve geschillenbeslechting denkt men doorgaans aan alternatieven voor overheidsrechtspraak, zoals daar zijn:
- arbitrage;
- bindend advies;
- conflictbemiddeling, waaronder mediation.

Daarnaast onderscheidt men verschillende varianten en mengvormen.[386]

Arbitrage en bindend advies hebben met rechtspraak gemeen dat de beslechting van het geschil in handen wordt gelegd van een niet bij het conflict betrokken derde. Ook bij conflictbemiddeling is een derde betrokken. Niet altijd is dit een neutrale derde, het kan ook iemand zijn die zijn gezag om partijen tot rede te brengen aan zijn uiteindelijke beslissingsbevoegdheid ontleent.[387] In de wereld van het openbaar bestuur is de bemiddeling op basis van informeel gezag, door ervaren bestuurders die in hoog aanzien staan, een bekend verschijnsel. Bij mediation heeft de bemiddelaar geen enkele vorm van gezag, de mediator wordt door partijen ingehuurd om hen te begeleiden bij het vinden van hun eigen gezamenlijke oplossing voor het onderliggende conflict. De mediator gaat daarbij methodisch te werk[388] op basis van een met partijen gesloten mediationovereenkomst.[389]

Arbitrage en bindend advies kunnen tezamen met rechtspraak worden ingedeeld bij de bovenpartijelijke conflictoplossingsmethoden. Mediation hoort bij de zogeheten tussenpartijelijke oplossingsmethoden.

De aandacht voor alternatieve beslechting van geschillen waarbij de overheid is betrokken, groeit. De Raad van Ministers van de Raad van Europa heeft in een aanbeveling van 5 september 2001 (Rec(2001)9) alternatieve geschillenbeslechting op dit terrein bepleit. Enerzijds onderkent de Raad de noodzaak daartoe in verband met de werklast van administratieve gerechten, die eraan in de weg zou kunnen staan dat zij hun zaken binnen een redelijke termijn afdoen. Maar anderzijds onderkent de Raad

386. Zoals conciliation, mitigation, med-arb, minitrial, minitrage, zie: M.A. Schonewille in: Handboek mediation, Den Haag 2001, p. 325 e.v.
387. Bijvoorbeeld – in verschillende soorten conflicten – managers en chefs, burgemeesters, wethouders en andere gezagsdragers, (voorzitters van) bezwaarcommissies, schikkende rechters.
388. Zie H.J. Bonenkamp, Het mediationproces, in: Handboek mediation, Den Haag 2001, p. 105 e.v.
389. T.a.p., p. 349 e.v.

ook dat beslechting van geschillen tussen overheid en burger door de rechter niet steeds de meest geëigende methode van conflictoplossing is en dat alternatieve manieren van geschiloplossing de overheid en de burger dichter bij elkaar kunnen brengen. Voorts wijst hij op voordelen zoals:

– meer eenvoud en flexibiliteit;
– meer snelheid, minder kosten;
– minnelijke regelingen zijn te prefereren;
– deskundigheid;
– beslechting volgens maatstaven van billijkheid en niet slechts volgens strikte regels;
– vertrouwelijkheid.

Het bevorderen van alternatieve geschillenbeslechting mag niet ten koste gaan van de wettelijk verankerde rechtsbescherming. De aanbeveling wijst in dit verband op de volgende aspecten:

– noch de overheid, noch particulieren mogen de mogelijkheid van alternatieve geschillenbeslechting aanwenden om aan hun wettelijke verplichtingen te ontkomen;
– een rechterlijke toets moet steeds mogelijk blijven;
– de beginselen van gelijkheid en onpartijdigheid moeten, net als de rechten van partijen, gerespecteerd worden.

Ook de Nederlandse nationale overheid ondersteunt de ontwikkeling van alternatieve beslechting van bestuursrechtelijke geschillen, naar bijvoorbeeld blijkt uit de Beleidsbrief Adr,[390] waarin alternatieve geschillenbeslechting onder andere wordt gezien als een middel tegen juridisering. In het onderzoeksproject Mediation naast rechtspraak, waarin rechters de mogelijkheid wordt geboden partijen kosteloos een bemiddelingspoging door een mediator aan te bieden, zijn twee deelprojecten[391] gericht op bestuursrechtelijke geschillen. Een eerste onderzoeksresultaat wijst uit dat het aantal geslaagde mediations in bestuursrechtelijke geschillen iets hoger ligt dan het gemiddelde.

Bij verschillende overheidslichamen, zoals de Provincie Overijssel, wordt in het kader van de bezwaarschriftprocedure standaard een bemiddelingspoging ondernomen.

Hierna wordt allereerst aandacht besteed aan arbitrage en bindend advies (par. 6.2), daarna aan mediation (par. 6.3) en tot slot aan de reflexwerking van deze vormen van conflictoplossing op de traditionele conflictbeslechting in de bezwaarschriftprocedure (par. 6.4) en de procedure bij de bestuursrechter (par. 6.5). Tot slot worden enkele voorstellen geformuleerd (par. 6.6).

390. Kamerstukken II 1999/2000, 26 352, nr. 19.
391. Bij de Rechtbanken Zwolle en Amsterdam.

6.2 Arbitrage en bindend advies

Over arbitrage en bindend advies in geschillen waarbij de overheid is betrokken, is weinig geschreven. Dit leidt tot de hypothese dat deze vormen van alternatieve geschillenbeslechting in deze geschillen niet veel voorkomen, dan wel dat zich daarbij geen bijzondere problemen voordoen, of beide. Doorgaans wordt het gebruik van deze conflictbeslechtingsmethoden niet ongeoorloofd geacht.[392]

Arbitrage vindt in het civiele rechtsverkeer doorgaans plaats op basis van tevoren overeengekomen arbitrageclausules in contracten. Het middel is dan ook in hoofdzaak gericht op het beslechten van conflicten tussen contractpartners. Het is uitvoerig geregeld in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Het laat zich in rechtsverhoudingen met de overheid dan ook vooral denken in situaties waarin overeenkomsten met de overheid worden gesloten. Bij geschillen over besluiten waarbij de kring van belanghebbenden moeilijk af te bakenen is, lijkt arbitrage geen optie, omdat arbitrage geen beslissingen met werking 'erga omnes' genereert. In de bestuursrechtelijke rechtsbetrekkingen waarbij naar hun aard slechts twee partijen bestrokken zijn, zoals de verhouding van de overheid tot ambtenaren, belastingplichtigen en uitkeringsgerechtigden, laat arbitrage zich in theorie wel denken, doch staan wellicht andere factoren eraan in de weg dat zij een hoge vlucht neemt: de kosten zijn hoog en de procedure is aan vele formaliteiten gebonden. Het aantal gevallen waarin die nadelen opwegen tegen de voordelen (meer controle door partijen over de definiëring van het geschil, tijdsbesparing, deskundigheid arbiters), is waarschijnlijk gering. De auteurs van het onderzoeksverslag bestuursgeschillen[393] beschouwen arbitrage als een mogelijk geschikte vorm voor de beslechting van geschillen tussen overheden, maar achten het noodzakelijk dat daarvoor een eigen bestuursrechtelijke variant wettelijke regeling vindt.

Bindend advies is een lichtvoetiger wijze van het gezamenlijk uit handen geven van (een deel van) een conflict. Op gezag van het onderzoeksrapport Bestuursgeschillen[394] kan worden aangenomen dat het bindend advies hier en daar in het bestuursrecht toepassing vindt. De fase waarin een besluit wordt voorbereid, leent zich goed voor bindend advies, aldus dit rapport, aan de rechter komt in voorkomend geval de taak toe te toetsen of het bestuursorgaan op goede gronden het advies aan zijn besluit ten grondslag heeft gelegd.

Voordeel van het bindend advies is de laagdrempeligheid. In het bestuursrecht kennen wij de bij uitstek toegankelijke bezwaarschriftprocedure,[395] die in aanleg hetzelfde kan bieden. Opvallend is dat de heroverweging binnen het bestuursorgaan in de bovengenoemde aanbeveling van de Raad van Europa wordt gerekend tot de alternatieve wijzen van geschillenbeslechting. Zo bezien voldoet Nederland, met zijn – als

392. S. Pront-van Bommel, Bemiddeling, de vaststellingsovereenkomst en arbitrage in bestuursrechtelijke geschillen, in: Van toetsing naar bemiddeling, Deventer 1997, p. 39.
393. I.C. van der Vlies, R.J.G.M. Widdershoven, Ph. Langbroek, N.M. van Waterschoot, Bestuursgeschillen, Deventer 1999, p. 153.
394. T.a.p., p. 156.
395. Bij uitstek toegankelijk, onder meer omdat zij in beginsel kosteloos is en het bestuur verplicht is belanghebbenden op de mogelijkheid van bezwaar te wijzen.

hoofdregel – verplichte bezwaarschriftprocedure, reeds ruimschoots aan de aanbeveling.

Zowel bij arbitrage als bij bindend advies dient de vraag zich aan of partijen afstand kunnen doen van hun recht het geschil aan de bestuursrechter voor te leggen. Dat zij daarvan afstand kunnen doen door de beroepstermijn ongebruikt te laten verstrijken of een eerder (eventueel ter sauvering van de termijn) ingesteld beroep in te trekken, staat wel vast. Maar kan ook op voorhand, in een overeenkomst tot het aangaan van arbitrage of bindend advies, afstand van het rechtsmiddel worden gedaan? Uiteraard kan dit, maar zodanige afstand is niet waterdicht: de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de Centrale Raad van Beroep achten beide het recht van bezwaar en beroep van openbare orde, zodat afstand daarvan bij overeenkomst niet in de weg staat aan een ontvankelijk beroep. Wel kan de aangegane arbitrage- of bindend-adviesovereenkomst met de daarin opgenomen afstand van het beroepsrecht betekenis hebben voor de inhoudelijke beoordeling van het geschil.[396]

De Hoge Raad acht, als hoogste belastingrechter, afstand van het beroepsrecht bij vaststellingsovereenkomst wel geoorloofd. Nu, zoals in dit rapport al herhaaldelijk naar voren is gekomen, het beslechten van geschillen tussen overheid en burger de centrale functie van de bestuursrechtspraak behoort te zijn, acht de Commissie de tijd gekomen om voor het gehele bestuursrecht de mogelijkheid te openen bij overeenkomst afstand te doen van het recht om beroep in te stellen. Nu de recours-objectief-gedachte sterk wordt gerelativeerd, staat het openbare-ordeaspect van het beroepsrecht daaraan niet langer in de weg.

6.3 Mediation

Over mediation in zaken waarbij de overheid is betrokken, zijn meer pennen in beroering gebracht dan over arbitrage en bindend advies.[397] Vanuit het juridisch perspectief is het veelal moeilijk scherp zicht te krijgen op mediation, als typisch niet-juridisch instrument voor het oplossen van conflicten.

Mediation grijpt niet aan op het gejuridiseerde geschil, zoals dat naar voren komt door het naast elkaar leggen van besluit en beroepschrift, en zelfs niet op de geformaliseerde rechtsbetrekking tussen burger en overheid, zoals deze naar voren komt uit aanvraag, voornemen, zienswijzen, bedenkingen, primair besluit en bezwaarschrift. De mediator gaat ervan uit dat iedere belangentegenstelling in de kiem een conflict in zich bergt en dat de wijze waarop de partijen met deze belangentegenstelling omgaan, bepalend is voor de vraag of zij daarvoor zelf een oplossing vinden dan wel daarover in een conflict geraken. Gebeurt dit laatste, dan transformeert het conflict in de verhouding tussen overheid en burger al gauw tot een geschil, waarin standpunten

396. Van der Vlies e.a., a.w., p. 38.

397. Bijv. I.C. van der Vlies, S. Pront, D. Allewijn, Van toetsen naar bemiddelen, de bestuursrechter als ultimum remedium, in: NTB 1996, p. 213; A.F.M. Brenninkmeijer, Conflictbemiddeling in het bestuursrecht, in: Van toetsing naar bemiddeling, Deventer p. 57; M. Scheltema, Toepassing in de Awb, t.a.p., p. 75; M.A. Pach, Mediation in het bestuursrecht, het kan, het mag en het werkt, VAR-reeks 126, p. 99 e.v.; I.C. van der Vlies, Geschilbeslechting en conflictbehandeling, juridisch geregeld, t.a.p., p. 209 e.v.; L.F. Wiggers-Rust (red.), Mediation: een nieuw instrument in het speelveld van milieu en ruimtelijke ordening, Den Haag 1999 en S. Pront, Bestuursrechtspraak, diss. UvA 2002, p. 217 e.v.

worden ingenomen die van argumenten worden voorzien, waarna de rechter een keuze tussen die standpunten moet maken. Niet steeds leidt dit tot een oplossing van het onderliggende conflict.[398]

De mediator is geschoold in het faciliteren van een onderhandelingsproces, waarin partijen komen tot erkenning van de over en weer spelende belangen (waaronder wensen en verlangens worden begrepen) en tot het zoeken naar een gezamenlijke oplossing waarin aan die belangen op een evenwichtige manier tegemoet wordt gekomen. Aldus voorkomen partijen dat hun conflict escaleert en/of deëscaleren zij het. Een gezamenlijke oplossing kan ook bestaan in het voorleggen van het geschil aan een bindend adviseur, een deskundige, of aan de overheidsrechter.

Mediation in geschillen met de overheid is toelaatbaar in al die gevallen dat het bestuursorgaan met de belanghebbende in discussie kan treden over het beëindigen van een geschil over de feiten, over het vaststellen en afwegen van belangen en over de betekenis van normen, ook rechtsregels, die van toepassing zijn. Aldus de opvatting van Pront-Van Bommel over de toelaatbaarheid van mediations.[399] Deze opvatting komt aanvaardbaar voor, behalve waar zij de suggestie wekt dat de uitleg van regelgeving in mediation onderhandelbaar zou zijn. Daarvoor is het belang van de overheid bij een consistente uitleg van de regels voor al haar burgers doorgaans te groot.

Bij mediation tussen overheid en burger wordt onderscheid gemaakt tussen de preventieve fase en de curatieve fase.[400] Preventieve mediation wordt ingezet om interactieve beleidsvorming te faciliteren. De juridische aspecten van mediation in deze fase zijn geen andere dan de juridische aspecten van onderhandelend bestuur; zij vallen buiten het bestek van de werkzaamheden van de Commissie.[401]

Als er al een gejuridiseerd geschil is, kenbaar aan een genomen besluit en een daartegen gericht bezwaar- of beroepschrift, kan mediation worden gezien als een alternatief voor de bezwaarschriftprocedure of de procedure bij de bestuursrechter. Dit betekent dat vanuit het bestuursrechtelijk perspectief eisen aan de mediation mogen worden gesteld. Allereerst is uiteraard de eis dat aan partijen de gang naar de bestuursrechter niet wordt onthouden. Als iemand van die rechtsgang afstand doet, dan dient dat een volkomen vrijwillige keuze te zijn. Aan het bestuursorgaan dat tot een mediation toetreedt, mag tevens de eis worden gesteld dat het zijn binding aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook aan de mediationtafel overeind houdt, en zich niet inlaat met oplossingsrichtingen die de legaliteit van het overheidsbestuur geweld aan zouden doen.

Overige aspecten die vanuit bestuursrechtelijk perspectief bij mediation tussen overheid en burger onder ogen moeten worden gezien, zijn:

– De partijen aan de mediationtafel. In kleine en concrete geschillen, bijvoorbeeld over de toepassing van bestuursdwang, zullen de belanghebbenden die hebben

398. Zie McGillavry in Handboek mediation, p. 20: 'Het oplossen van conflicten verloopt zelden via de vraag wie gelijk heeft maar via de erkenning en waardering van verschillen.'

399. Pront-Van Bommel, diss., p. 238.

400. Wiggers-Rust (red.) t.a.p., p. 24.

401. Zie over onderhandelend bestuur o.a. S. Pront, H. Stout, I.C. van der Vlies, Juridische kwaliteiten van onderhandelend bestuur, Amsterdam 1998 en B.W.N. de Waard, De rechter en de onderhandelende overheid, in: Hertogh, Huls, Wilthagen, Omgaan met de onderhandelende overheid, Amsterdam 1998, p. 189 e.v.; B.W.N. de Waard (ed.), Negotiated decision-making, Den Haag 2001.

meegedaan (of hebben kunnen meedoen) in het formele besluitvormingstraject, doorgaans ook de conflictpartners aan de mediationtafel zijn. In gevallen met een verder reikende impact is het vaak lastig op voorhand uit te maken wie er aan die tafel moeten plaatsnemen. Voor het bijleggen van het conflict is het vaak voldoende als de eigenlijke conflictpartijen aan tafel zitten. Voor het maken van bindende afspraken over een oplossingsrichting zijn veelal ook andere belanghebbenden, wellicht ook andere overheden nodig. Van geval tot geval zal hierin een weg moeten worden gevonden. Vaststaat uiteraard dat het uiteindelijke onderhandelingsresultaat geen personen of instanties kan binden die de vaststellingsovereenkomst niet ondertekenen.

– Bevoegdheid bestuursorgaan. Namens het bestuursorgaan neemt doorgaans een ambtenaar deel aan de mediation. Deze heeft in het algemeen geen volledig mandaat; dat betekent dat hij tussendoor moet terugkoppelen naar het bevoegde bestuursorgaan en eventueel het gekozen controleorgaan. De mediator in dit soort zaken moet daar oog voor hebben.
– Vertrouwelijkheid. In de mediationovereenkomst komen de deelnemers vertrouwelijkheid met elkaar overeen. Dit wekt nogal eens het beeld van 'achterkamertjes' op. Hoe dit zij, de bedoeling van de vertrouwelijkheidsclausule is dezelfde als bij onderhandelingen tussen advocaten, namelijk dat men later in een rechtsstrijd niet kan worden gehouden aan stappen die men al onderhandelend heeft gezet. Per geval onderhandelen partijen over de vrijheid die zij nodig hebben om tussendoor overleg met hun 'achterban' te kunnen voeren. Voor vertegenwoordigers van bestuursorganen behoort tot die achterban steevast het bevoegde bestuursorgaan. De vertrouwelijkheidsclausule is niet waterdicht. De bestuursrechter zal partijen – indien relevant voor de afloop van een zaak – mogen ondervragen over hetgeen in de mediation is voorgevallen; het feit dat partijen elkaar geheimhouding hebben beloofd, noopt de rechter dan wel een afweging te maken tussen het belang van de waarheidsvinding en het belang van nakoming van de geheimhoudingsclausule. Voorts heeft de mediator geen verschoningsrecht, dus opgeroepen als getuige zal hij moeten verklaren. Ook hier zal de rechter de aangegeven afweging moeten maken. Deze problematiek ligt bij mediations met de overheid niet anders dan in mediations tussen particulieren. Met het resultaat van de mediation, de vaststellingsovereenkomst, moeten partijen in de openbaarheid kunnen komen.
– Dwingend recht en recht van openbare orde. Vanuit juridisch oogpunt bestaat de perceptie dat er niets te onderhandelen valt waar het recht dwingend, van openbare orde of beide is. Voor de mediator is dat niet vanzelfsprekend. Het resultaat van een mediation is lang niet altijd een compromis, waarin beide partijen een beetje gelijk krijgen in hun juridische standpunt. Veel vaker komt het voor dat partijen geen rechterlijke uitspraak over de toepassing van de dwingendrechtelijke bepaling meer nodig hebben, omdat ieder in de overeenkomst toch voldoende krijgt van dat waar het hem *in wezen* om te doen was (en zelden is dat het juridisch gelijk). Een voorbeeld: na aanscherping van de milieuregels vraagt een onderneming een bouwvergunning voor een verwerkingsinstallatie van afval. Het bestemmingsplan staat de toekenning van deze vergunning echter niet toe. Het gemeentebestuur weigert haar dan ook. De rechtsstrijd zal nu gaan om de vraag

of de bouwvergunning al dan niet terecht is geweigerd. Het dwingend recht geeft daarop een helder antwoord. Daar valt dus niets te onderhandelen. Maar aan de mediationtafel leggen partijen hun belangen op tafel. Voor de onderneming zijn dat: voortzetting van de onderneming en voldoen aan de aangescherpte milieuregels. Voor het gemeentebestuur: besturen in overeenstemming met het recht en behoud van de werkgelegenheid verschaffende onderneming binnen de gemeentegrenzen. Bij het vragen naar de toekomstplannen kan dan bijvoorbeeld blijken dat de onderneming binnen een aantal jaren toch naar een nieuw industrieterrein zal verhuizen. Oplossingen waarbij het afval (eventueel tijdelijk) elders wordt verwerkt, de verhuizing wordt versneld, enzovoort, komen dan in beeld. Nu het geschil is uitgepeld uit zijn juridische context ligt de nadruk immers niet meer op oplossingen die niet kunnen (bouwvergunning), maar op oplossingen die wel mogelijk zijn. Als partijen weer 'on speaking terms' zijn, kunnen zij elkaar ook verstaan in hun verhalen over hun juridische beperkingen, waaronder begrepen het gelijkheidsbeginsel. Gelijke monniken, gelijke kappen, daarover worden partijen het aan de mediationtafel doorgaans al gauw eens. Niet iedere oplossing in 'strijd' met zogeheten dwingend recht zal overigens onaanvaardbaar zijn. Men stelle zich een geschil over een ziekenfondsverstrekking voor dat wordt beëindigd door een 'coulancebetaling' van de zijde van het fonds. De wet kent geen coulancebetaling, maar is zij daarmee in strijd met dwingend recht? De Commissie meent van niet. Ook buiten de rechtszaal en de mediationkamer om zal een fonds wel eens zo'n betaling doen.

– Machtsverschil. Bij een al te groot machtsverschil valt er over de kern van het geschil niet te onderhandelen: de uitgeprocedeerde asielzoeker zal het land – en zijn voorzieningen – moeten verlaten en de belastingplichtige zal moeten betalen, net als de bijstandsfraudeur. De machtige partij zal dan ook niet makkelijk naar de onderhandelingstafel te krijgen zijn, tenzij zij daar iets te halen heeft. Bijvoorbeeld medewerking van de asielzoeker aan zijn uitzetting, medewerking van de betalingsplichtige aan een betalingsregeling (met bankgarantie). De mediator verhult een machtsverschil niet, maar doorbreekt wel onvruchtbare dader/slachtofferpatronen.
– Verschil in emotionele betrokkenheid. De mediator gaat met partijen op zoek naar het moment waarop zij zijn opgehouden naar elkaar te luisteren en hun eigen plan zijn gaan trekken. In de relatie tussen twee particulieren (buren, ouders, zakenpartners) is vaak heel duidelijk aan te geven op welk moment het conflict is gaan escaleren. Conflicten met de overheid zijn wat dat betreft vaak wat minder 'heet', ook al omdat de overheid niet vooringenomen mag zijn. Toch speelt ook aan de kant van de overheid een emotionele component vaak een rol:[402] een bestuursorgaan heeft ook gevoel.
– Termijnen. In de mediationovereenkomst komen partijen overeen dat zij elkaar tijdens de duur van de mediation niet in of buiten rechte zullen bestrijden. In zaken met de overheid moet daarbij steeds onder ogen worden gezien hoe partijen wensen om te gaan met tijdens het onderhandelingsproces benodigde

402. Pach, t.a.p., p. 137: 'Het blijft mensenwerk (…) Ook bij het ontstaan en in stand blijven van geschillen met de overheid spelen gevoelens van gekwetstheid, onvoldoende erkenning enzovoort een niet onbelangrijke rol.'

voorlopige voorzieningen en eventueel verstrijkende termijnen. Dit kan nog worden gecompliceerd doordat ook derden van een termijn gebruik zouden kunnen of willen maken. Dit moeten partijen onder ogen zien.

Naar uit het voorgaande volgt, brengt mediation in een bestuursrechtelijk ingekleurd geschil specifieke opdrachten voor de mediator mee. Maar daarmee wordt mediation niet minder kansrijk. Het feit dat de overheid partij is, leidt er juist toe dat de mediation meer dan gemiddeld kansrijk is: de overheid is er immers op grond van de Awb op gericht zonder vooringenomenheid informatie over relevante feiten en af te wegen belangen te verzamelen en vervolgens tot een evenwichtige belangenafweging te komen. De mediator die hieraan op respectvolle wijze weet te appelleren, vindt in de overheid dikwijls een bondgenoot bij het bereiken van een oplossing waar alle betrokkenen mee verder kunnen.[403]

Kwalitatief hoogwaardige mediations in conflicten tussen burgers en openbaar bestuur kunnen in belangrijke mate bijdragen aan een snelle en effectieve besluitvorming van de overheid en aan een wezenlijker overbrugging van de kloof tussen burgers en overheid dan de bestuursrechtspraak kan bieden. Het is daarom van belang dat in elke fase van besluitvorming en rechtsbescherming voldoende impulsen worden ingebouwd om verdere juridisering en escalatie van het conflict te voorkomen en het om te buigen in de richting van oplossingen waarmee alle betrokkenen verder kunnen. Op de vormgeving van die impulsen moet nader worden gestudeerd.

6.4 De bezwaarschriftprocedure als toegangspoort tot mediation

De potentie van de bezwaarschriftprocedure als conflictoplossend mechanisme komt in de hedendaagse bestuurspraktijk onvoldoende tot haar recht. Die procedure is op sommige deelterreinen van het bestuursrecht zelfs zodanig gejuridiseerd dat het onderscheid met een rechtszaak grotendeels is weggevallen. Met als gevolg dat zij gaandeweg als een nodeloze herhaling van zetten werd beschouwd, die door partijen desgewenst ook wel kan worden overgeslagen (zie ook par. 5.5.1).

Een tegengestelde beweging is te zien in die experimenten bij sommige provincies en departementen en bij tal van gemeenten, waarin de bezwaarschriftprocedure wordt gebruikt om partijen op het spoor van een onderhandelende oplossing te zetten, ofwel doordat partijen in dat stadium mediation wordt aangeboden, ofwel doordat tijdens de behandeling van de bezwaarschriftprocedure, al dan niet met behulp van mediationtechnieken, een schikkingspoging wordt gedaan. De bezwaarschriftprocedure is vaak de eerste gelegenheid waarbij partijen hun geschil ten overstaan van een betrekkelijk neutrale derde presenteren. Een neutrale derde is vaak nodig om partijen zonder gezichtsverlies naar de onderhandelingstafel te geleiden. De beweging waarbij de bezwaarschriftprocedure deze dejuridiserende werking krijgt, dient dan ook te worden

403. Zie Scheltema, t.a.p., p. 79: 'Dat is eigenlijk ook het systeem van de Awb: door de zorgvuldigheid van de procedure in een zo vroeg mogelijk stadium wettelijk te verankeren, is men genoodzaakt in een zo vroeg mogelijk stadium te beginnen met het voorkomen dat zaken tot (onbeheersbare) conflicten uitgroeien, dus ook in de primaire besluitvormingsfase.'

bevorderd. Ook de regering meende, in haar standpunt over het rapport van de Werkgroep-Van Kemenade, dat de bezwaarschriftprocedure volop mogelijkheden biedt om gebruik te maken van bemiddeling als vorm van geschilbeslechting.[404]

De bestuursrechter is er mede debet aan dat de bezwaarschriftprocedure is gejuridiseerd, bijvoorbeeld doordat hij in zijn ambtshalve toetsing een prominente plaats heeft gegeven aan de formele bepalingen over de bezwaarschriftprocedure. Hij zou ook aan de tegenbeweging steun kunnen verlenen, door die ambtshalve toetsing minder zwaar aan te zetten en artikel 6:22 Awb vaker in stelling te brengen. Wellicht zou hij zelfs een materiële toets kunnen aanleggen, namelijk of in de bezwaarschriftprocedure voldoende is gepoogd om tot een oplossing te komen waar ieder mee kan leven. Onder omstandigheden zou een besluit op bezwaarschrift in strijd met algemene beginselen van behoorlijk bestuur kunnen zijn als deze vraag ontkennend wordt beantwoord. Zo'n ontwikkeling zou sporen met die in de civiele rechtspleging, waarin partijen ook gaandeweg een verantwoordingsplicht tegenover de rechter krijgen over de pogingen die zij hebben gedaan om buiten rechte tot een oplossing te komen.

6.5 De bestuursrechter als bemiddelaar

Het debat over mediation in het bestuursrecht valt samen met het debat over de effectiviteit van de bestuursrechtspraak. In brede bestuursrechtelijke kring wordt onderkend dat de bestuursrechtspraak meer gericht zou moeten zijn op een snelle en definitieve beëindiging van het tussen partijen bestaande inhoudelijke geschil.[405]

De belangrijkste factor voor de weinig oplossingsgerichte attitude van de bestuursrechter is zijn klassieke taakopvatting: toetsing ex tunc van bestuursbesluiten aan het geschreven en ongeschreven recht. Een versterkende factor is dat de werklast en de zorg weg te blijven van de stoel van het bestuur ertoe hebben geleid dat de toetsing aan procedureel recht voorrang heeft gekregen boven toetsing aan inhoudelijke rechtsnormen. De Commissie verwijst naar hetgeen in paragraaf 3.2 is betoogd.

De Algemene wet bestuursrecht heeft de rechter een aantal instrumenten in handen gegeven om de blik wat af te wenden van het voorliggende besluit alleen en zich te concentreren op het geschil dat tussen partijen op basis van dat besluit bestaat: de uitspraak wordt gedaan op de grondslag van het beroepschrift (art. 8:69), vormverzuimen kunnen worden gepasseerd (art. 6:22), formele vernietiging van een besluit hoeft niet in de weg te staan aan inhoudelijke beoordeling van het geschil (art. 8:72). Voorts kreeg de bestuursrechter het middel van de comparitie aangereikt, niet alleen voor het geval hij nog nadere inlichtingen behoeft, maar ook voor het geval hij de kans aanwezig acht dat partijen hun geschil in der minne zouden kunnen regelen.

Dit heeft niet merkbaar geleid tot een zich wijzigende attitude van de bestuursrechter. In het bestuursrechtelijk discours worden nieuwe juridische instrumenten besproken om een grotere effectiviteit te bewerkstelligen. Veelal gaat het dan om varianten waarin de rechter – nadat hij ex tunc een vernietigingsgrond heeft onderkend – ex

404. Kamerstukken II 1998/99, 26 360, nr. 1, p. 33.
405. Zie de uitvoerige literatuuropgave van J.E.M. Polak, Effectieve bestuursrechtspraak, Deventer 2000, p. 3.

nunc zelf in de zaak kan voorzien op basis van een nieuwe ronde van hoor en wederhoor.[406] In paragraaf 4.7 is hierop nader ingegaan.

Vervanging van het beroep tegen besluiten door een algemene verzoekschriftprocedure of een vorderingenmodel zou in een en ander voorzien. Maar de vraag rijst of daarmee weer niet andere – evenzeer juridiserende – ontwikkelingen zouden worden bevorderd, zoals de noodzaak van verplichte rechtsbijstand. Voor het debat hierover verwijst de Commissie op deze plaats naar haar eerdere beschouwingen terzake. Het is maar de vraag of door betrekkelijk marginale wijziging van de juridische kaders de bestuursrechter tot een meer probleemoplossende attitude kan worden bewogen.

Er zijn wel verschillende niet-juridische factoren die zo'n tendens bevorderen. Te noemen valt in de eerste plaats de integratie van de bestuursrechtspraak in eerste aanleg met de civiele rechtspraak in de rechtbanken. Civiele rechters hebben al langer het instrument van de schikkings- en inlichtingencomparitie, waardoor velen het tot hun taak rekenen partijen te begeleiden bij hun schikkingsonderhandelingen. Nieuwe ontwikkelingen in het burgerlijk procesrecht (comparitie na antwoord als hoofdregel) bevorderen dit. De schikkende bestuursrechter komt in de schaduw van zijn civiele collega langzaam tot leven. In de civiele rechtspraak wordt het debat over de vraag hoe ver de rechter hierbij moet gaan, onder andere gevoerd aan de hand van de verschillende rechtersstijlen. Daar wordt wel gewerkt met het beeld van de kadi-rechtspraak[407] en de rechter als 'social engineer'.

Over verschillende rechtersstijlen in de bestuursrechtspraak is niet veel materiaal voorhanden. Op de VAR-vergadering van 11 mei 2001 was een zeer kleine meerderheid het eens met de stelling van Pach, dat de bestuursrechter ook tot taak heeft aandacht te besteden aan de vredestichtende taak van rechtspraak, hetgeen kan leiden tot een effectievere bestuursrechtspraak.[408]

De toenemende aandacht voor mediation, ook in bestuursrechtelijke geschillen, en ook in de fase waarin een geschil al bij de bestuursrechter voorligt, heeft tot gevolg dat bestuursrechters zich opnieuw bezinnen op de vraag wat zij zelf in probleemoplossende zin voor partijen kunnen betekenen. Bestuursrechters in arrondissementen waar mediationprojecten plaatsvinden, volgen zogeheten verwijscursussen, waarin aan mediation ontleende technieken worden aangereikt om met partijen in gesprek te komen over de aard van hun geschil, het onderliggende conflict, en verschillende manieren om tot een oplossing te geraken. Uiteindelijk leidt dit ertoe dat de rechter meer zicht krijgt op de verschillende richtingen die hij kan inslaan met de aan hem voorgelegde zaak: uitspraak doen, schikkingspoging, verwijzing naar mediation. Uiteindelijk zou dit kunnen leiden tot een meer effectieve en probleemoplossende bestuursrechtspraak.

406. Zie B.J. Schueler, Na de vernietiging, diss. UU 1994, Deventer 1994; B.J. van Ettekoven, Alternatieven van de bestuursrechter, VAR-reeks 126, p. 58 e.v. (bestuurlijke lus); Polak, a.w., p. 46 e.v.

407. F. Bruinsma, Functies en typen van rechtspraak, in: Kwaliteit van rechtspraak op de weegschaal, Deventer 1998, p. 51 e.v.

408. Aldus ook de Minister van BZK in zijn brief over alternatieve afdoening van bestuursgeschillen, Kamerstukken II 1999/2000, 27 286, nr. 1, p. 8.

6.6 Enkele voorstellen

Alternatieve geschillenbeslechting in het bestuursrecht behoeft als zodanig geen wettelijke regeling. Op basis van de voorgaande beschouwingen formuleert de Commissie niettemin de navolgende voorstellen:

– In de Awb ware expliciet neer te leggen dat de termijn voor het beslissen op bezwaar wordt verlengd zolang een mediation tussen partijen loopt.
– In de rolreglementen van de gerechten ware hetzelfde neer te leggen voor de fase bij de beroepsrechter.
– De mogelijkheid bij overeenkomst afstand van beroepsrecht te doen ware over het gehele terrein van het bestuursrecht te openen.
– Bij de toetsing van de gang van zaken in de bezwaarschriftprocedure zou voorop moeten staan de vraag of in die fase voldoende moeite is gedaan om alsnog tot een gezamenlijke oplossing van het conflict te komen.
– Onderzoek moet worden verricht naar manieren waarop partijen bij bestuursrechtelijke besluitvorming en rechtsbescherming kunnen worden gestimuleerd hun geschil aan de onderhandelingstafel, eventueel onder leiding van een neutrale procesbegeleider, bij te leggen.

7 Conclusies

1. De Commissie heeft zich geconcentreerd op de rechtsbescherming tegen het bestuur. Over de rechtsbescherming tegen bestuurswetgeving heeft de Commissie nog geen definitief standpunt ingenomen. Wel is het vraagstuk van de rechtsbescherming tegen bestuurswetgeving aan de orde gekomen als onderdeel van de vraag, waarop de bevoegdheid van de bestuursrechter in de toekomst gebaseerd moet zijn (zie hoofdstuk 4). Het past bij de in dit rapport bepleite ontwikkeling om geschillen over bestuurswetgeving in de toekomst onder de bevoegdheid van de bestuursrechter te brengen.

2. De **kern** van het bestuursrecht bestaat uit vier kenmerken:
   – optreden van het bestuur geschiedt altijd uit een oogpunt van algemeen belang;
   – het gaat om eenzijdig vaststellen van de rechtspositie van de burger;
   – het gaat om het uitoefenen van een op de wet berustende bevoegdheid;
   – het gaat om schriftelijke publiekrechtelijke rechtshandelingen (besluiten).

   Naast deze kern is er het **omringende** bestuursrecht: zo zijn er voorbereidingshandelingen en uitvoeringshandelingen (versus besluiten), is er naast originair bestuurshandelen dat tot de kern behoort connex bestuurshandelen (van originair bestuurshandelen afgeleid, ook wel accessoir bestuurshandelen genoemd). Ook overeenkomsten met overheden kunnen tot het omringende bestuursrecht worden gerekend.

3. Mede tegen de achtergrond van deze eigenschappen dient de vraag te worden beantwoord of er behoefte is aan aparte bestuursrechtspraak. De Commissie beantwoordt deze vraag positief. Vooral ten aanzien van wat hiervoor als de kern van het bestuursrecht is aangeduid, zijn er verschillende argumenten pro aparte bestuursrechtspraak. Deze argumenten pro zijn:
   – Het accent in de bestuursrechtspraak ligt meer dan in de civiele rechtspraak op toetsing en niet op rechtvaststelling. Hoewel deze tegenstelling thans meer en meer wordt gerelativeerd, betekent het feit dat een van de partijen (het bestuursorgaan) zelf eenzijdig een deel van de rechtsbetrekking tot zijn wederpartij kan vaststellen door daarover een besluit te nemen, in ieder geval wel dat in bestuursrechtelijke geschillen doorgaans een andere werkwijze en attitude wordt gevraagd. Is de bestuursrechter enerzijds primair toetser van door de overheid vastgesteld recht en zelf meestal geen rechtvaststeller, anderzijds dient de bestuursrechter in verband met de ongelijkheidscompen-

satie – waarover hierna meer – juist ten behoeve van de burger actiever op te treden dan in een civiel proces.
- Afweging van algemeen belang en deelbelangen: het bestuursrechtelijk proces onderscheidt zich van het burgerlijk proces en behoort zich daarvan ook te onderscheiden omdat het nooit alleen maar gaat over de belangen van eiser en verweerder, maar altijd over het algemeen belang en vaak ook over deelbelangen van anderen dan eiser.
- De cultuur van de goede toegang; het toegankelijkheidsargument. Dit argument heeft historisch een belangrijke rol gespeeld bij de beslissing om geschillen betreffende sociale zekerheid niet aan de gewone rechter over te laten. Daarnaast wordt in dit verband vaak genoemd dat, waar de eis dat de overheid aan het recht gebonden is een hoofdelement van de rechtsstaat is, verlangd mag worden dat in geschillen met overheden een gemakkelijke toegang tot de rechter bestaat. Andere argumenten die genoemd worden, maar die bij de gedachtevorming binnen de Commissie minder een rol lijken te hebben gespeeld, zijn de noodzaak tot specialisatie en het staatsrechtelijke argument van de checks en balances.

Bij dit alles onderkent de Commissie dat er verschillende vormen van bestuur zijn en uiteenlopende soorten rechtsverhoudingen, die ieder een eigen procesrechtelijke benadering vragen. Om daaraan recht te doen bepleit de Commissie de ontwikkeling naar een duaal stelsel, zoals hierna zal worden aangegeven.

4. Ten aanzien van het onderscheid recours objectif-recours subjectif onderkent de Commissie de in de laatste jaren in gang gezette verschuiving van recours objectif naar recours subjectif. Zij wenst daarbij niet te kiezen voor de een of de ander, maar streeft een situatie van 'the best of both worlds' na. Zij onderkent dat juist ook vanuit het oogpunt van een goede toegang tot de rechter het besluitmodel (dat historisch gezien meer past bij het meer traditionele recours objectif) grote voordelen biedt en bovendien ook de rechtszekerheid in een groot aantal gevallen lijkt te dienen in verband met de bij het recours objectif behorende uitspraken van schorsing en vernietigen. Dat laat evenwel onverlet dat dat besluitmodel als te knellend wordt ervaren. De Commissie heeft een aantal belangrijke knelpunten gesignaleerd, zoals het feit dat niet zelden een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking in partjes wordt verdeeld, waaraan zowel voor het bestuur (stroperigheid, soms vele rechtsbeschermingsmomenten achter elkaar) als voor de burger (die daarbij alert moet zijn om die nieuwe rechtsbeschermingsmomenten niet te missen en die gebaat zou zijn bij het integraal aan de rechter kunnen voorleggen van het geschil) nadelen verbonden zijn. Dat in het huidige bestuursprocesrecht het appellabele besluit *altijd* de ingang moet zijn voor een bestuursrechtelijke procedure, wordt als een zwak punt en een te knellend systeem gezien. Vanuit 'the best of both worlds'-gedachte kiest de Commissie daarom voor een gemengd stelsel.

5. Bij de vormgeving daarvan denkt de Commissie voor de korte termijn aan behoud van het besluitmodel voor vooral het bestuursrecht, dat tot de kern behoort, aangevuld met een aantal specifieke verzoekschriftprocedures voor

vooral het omringende bestuursrecht, waarbij de bestuursrechter passende uitspraakbevoegdheden moet krijgen. Zo wordt een begin gemaakt met het op langere termijn te vervolmaken 'duaal stelsel' met enerzijds een bij het recours objectif passend 'vernietigingsberoep' en anderzijds een bij een recours subjectif passend 'vol beroep' (waarvoor de verzoekschriftprocedure van art. 429 Rv model kan staan). Bij die verzoekschriftprocedures voor het omringende bestuursrecht kan dan als leidraad dienen dat door het specifiek benoemen van een aantal verzoekschriftprocedures de veelvuldig in de literatuur bepleite bestuursrechtelijke rechtsbetrekking onder de competentie van de bestuursrechter gaat vallen zonder dat vooralsnog in de wet dit betrekkelijk vage begrip als vervanger van het besluitbegrip gaat dienen met het niet-denkbeeldige gevaar dat de bestuursrechter weer jaren bezig is om bij de invulling van dit begrip de nieuwe ontvankelijkheidsgrenzen te bepalen. Door invoering van verzoekschriftprocedures op wat hiervoor het omringende bestuursrecht werd genoemd, kunnen de knelpunten die het besluitmodel oplevert, in belangrijke mate worden ondervangen. Ook wanneer meer besluiten in het kader van een publiekrechtelijke rechtsbetrekking achter elkaar worden genomen, zou niet van de burger verlangd moeten worden dat steeds opnieuw beroep wordt ingesteld, maar zou het concept van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking kunnen helpen door met een eenvoudig verzoek een integrale procedure over die rechtsbetrekking mogelijk te maken. Daarbij meent de Commissie dat van het hiervoor genoemde omringende bestuursrecht het overeenkomstenrecht vooralsnog niet onder de competentie van de bestuursrechter behoeft te worden gebracht. Zij heeft niet de indruk dat daaraan in de praktijk grote behoefte bestaat. Zou dat op termijn anders worden, dan dienen de uitspraakbevoegdheden op dit terrein te worden aangepast en te worden geregeld, naar het voorbeeld van de regeling bij de burgerlijke rechter.

6. Voor wat betreft de uitspraakbevoegdheden meent de Commissie dat bij de voor het omringende bestuursrecht bepleite verzoekschriftprocedures, definitieve geschilbeslechting uitgangspunt dient te zijn. Zo zou ten aanzien van schadebesluiten van het model van het zelfstandig schadebesluit moeten worden afgestapt. Het vorderingenmodel, gericht op een definitieve uitspraak, ligt bij dit type besluiten meer in de rede.
   Bij voorbereidings- en uitvoeringshandelen ligt het voor de hand dat ook verbods- en gebodsacties op basis van een verzoekschriftprocedure mogelijk worden. De Commissie meent overigens dat ook voor het vernietigingsberoep geldt dat de aandacht om tot een meer definitieve geschilbeslechting te komen positief moet worden gewaardeerd. In dat kader zijn in paragraaf 4.7 een aantal aanbevelingen gedaan en mogelijkheden genoemd tot uitbreiding van de uitspraakbevoegdheden, ook bij het vernietigingsberoep.

7. De Commissie gaat uit van de volgende uitgangspunten:
   – bij splitsbaarheid van een besluit werkt het niet-bestreden deel van het besluit door naar alle volgende instanties;

– binnen het aldus afgeperkte geschil wordt aan partijen niet tegengeworpen dat zij bepaalde rechtsgronden en/of feitelijke gronden niet al in bezwaar hebben aangevoerd.

Dit sluit aan bij de bevindingen van de Commissie-Boukema (Commissie Evaluatie Awb II).

Wat de omvang van het geding in hoger beroep betreft, is de Commissie van mening dat de uitspraak in eerste instantie, gelet op de efficiency en rechtsvormende taak van de appèlinstanties, het object van geschil is. De Commissie meent evenwel dat dat niet noodzakelijkerwijs betekent dat in hoger beroep zonder bijzondere rechtvaardigingsgrond geen nieuwe gronden of argumenten meer kunnen worden aangevoerd. Wat betreft nieuwe bezwaren moet onderscheid worden gemaakt tussen

a. bezwaren ten aanzien van andere splitsbare onderdelen van het in eerste aanleg bestreden besluit;
b. nieuwe gronden ten aanzien van in eerste aanleg wel bestreden onderdelen; en
c. nieuwe argumenten ten aanzien van in eerste instantie wel aangevoerde gronden.

Een beperking als onder a bedoeld werkt wel door in hoger beroep. Het pas in hoger beroep inbrengen van nieuwe gronden als onder b bedoeld zou in het financiële bestuursrecht mogelijk moeten zijn, maar in het ordenend bestuursrecht met het oog op een goede procesorde en de rechtszekerheid van de verschillende partijen minder. De onder c bedoelde argumenten die de gronden adstrueren, moeten in appèl met het oog op de herkansingsfunctie kunnen worden aangevoerd, waarbij vanzelfsprekend de goede procesorde daaraan beperkingen kan stellen.

Bij een en ander geldt dat beperkingen die door de aanlegger in hoger beroep zelf worden aangebracht (bijvoorbeeld als een onderdeel van de uitspraak c.q. een onderdeel van het besluit niet wordt bestreden), vanzelfsprekend de appèlrechter binden.

8. De Commissie is voorstander van het invoeren van incidenteel appèl. Niet alleen is het soms bepaald ongerechtvaardigd dat een partij die vernietiging van een besluit heeft bewerkstelligd op een bepaalde grond en daarvan dus niet appelleert, de andere door haar in eerste aanleg aangevoerde gronden niet meer aan de appèlrechter zou mogen voorleggen wanneer de verliezende partij appelleert. Bovendien zou een bijkomend voordeel van het instellen van incidenteel appèl kunnen zijn, dat de mogelijkheden om tot schikkingen te komen enzovoort erdoor worden vergroot.

9. De Commissie meent dat de tegenstelling tussen ex nunc en ex tunc thans veelal te dogmatisch wordt gebezigd. De Commissie beveelt een gedifferentieerde bena-

dering aan en meent dat het niet mogelijk is de ex nunc-toetsing over de hele linie in te voeren. Ex nunc-toetsing is niet problematisch bij gebonden besluiten, waarbij het materiële recht zodanig is dat gewijzigde feiten/omstandigheden invloed kunnen hebben op de materiële rechtspositie van betrokkenen. Bij besluiten met beoordelings- en beleidsvrijheid moet onderscheid worden gemaakt tussen twee- en meerpartijengeschillen. Bij tweepartijengeschillen is ex nunc-toetsing wel mogelijk, bij drie- of meerpartijengeschillen is het op zichzelf denkbaar (al dan niet met bestuurlijke lus), maar kunnen processuele complicaties de nadelen die eraan verbonden zijn, groter maken dan de voordelen.

10. Ten aanzien van het belanghebbendebegrip meent de Commissie dat sommige 'grote' belanghebbenden vooral door de leer van het 'afgeleid belang' ten onrechte geen toegang hebben tot de bestuursrechter. Overwogen zou moeten worden het criterium te wijzigen in een 'voldoende en relevant rechtmatig belang'.

    Is de Commissie dus enerzijds voorstander van het verruimen van het belanghebbendebegrip, teneinde aan hen die daadwerkelijk feitelijk worden getroffen door besluiten, de toegang tot de bestuursrechter niet te ontzeggen, anderzijds is zij er ook voor dat het in het bestuursproces ook daadwerkelijk gaat om de materiële belangen van de verschillende procespartijen, zodat een soort van Schutznormtheorie wordt ingevoerd. De Commissie meent dat zo'n benadering beter bij de inhoudelijke beoordeling van een geschil een plaats kan krijgen dan in de sfeer van de ontvankelijkheid. De benadering zou daarom geen betekenis moeten hebben voor de interpretatie van het belanghebbendebegrip. Daarvoor zijn verschillende redenen aan te voeren. Zo kan het heel wel zijn dat een belanghebbende verschillende bezwaren aanvoert, waarvan slechts een enkele op basis van een te hanteren relativiteitsleer al om die reden niet zou behoeven te worden gehonoreerd. Daarnaast zou het reeds in de ontvankelijkheidssfeer beantwoorden van relativiteitsvragen het gevaar met zich brengen dat de niet-ontvankelijk verklaarde appellant alsnog bij de gewone rechter een wel ontvankelijke vordering indient.

11. Wat de gewenste veranderingen in het stelsel van rechtsbescherming betreft, is de Commissie het over de volgende punten eens:
    - De bezwaarschriftprocedure dient te worden gehandhaafd, maar wel met de mogelijkheid om deze met wederzijds goedvinden over te slaan.
    - Rechtspraak in twee feitelijke instanties dient ook in het bestuursrecht uitgangspunt te zijn, met de mogelijkheid van gefundeerde uitzonderingen.
    - De bestuursrechtspraak in hoogste feitelijke aanleg dient per deelgebied van het bestuursrecht zoveel mogelijk bij één rechter te worden geconcentreerd, behoudens waar de rechtseenheid op een deelgebied reeds op andere wijze is verzekerd, zoals in het belastingrecht.
    - Er moet enigerlei institutionele rechtseenheidsvoorziening komen, zowel voor het algemeen bestuursrecht als voor de eenheid tussen het bestuursrecht en de andere rechtsgebieden.

Over de wenselijke toekomstige inrichting van de bestuursrechtspraak in hoogste instantie wordt binnen de Commissie verschillend gedacht.

12. De Commissie hoopt dat dit rapport een bijdrage kan leveren aan de modernisering van de rechtsbescherming in het bestuursrecht. Bij die modernisering past ook aandacht voor alternatieve geschillenbeslechting. In de bezwaarschriftprocedure dient het streven tot een gezamenlijke oplossing voorop te komen staan. Daarnaast heeft de Commissie een aantal voorstellen gedaan die ruimte bieden voor mediation tijdens de procedure bij de bestuursrechter.

Samenstelling van de Commissie

prof. mr. J.E.M. Polak, *voorzitter*	Hoogleraar bestuursrecht, Universiteit Leiden; lid van de Raad van State in buitengewone dienst
mr. D. Allewijn	Coördinerend vice-president Rechtbank Den Haag
mr. E.J. Daalder	Advocaat bij Pels Rijcken Drooglever Fortuijn, Den Haag, tevens plv. landsadvocaat
mr. Th.G. Drupsteen	Lid van de Raad van State
mr. J.W. Ilsink	Raadsheer in de Hoge Raad der Nederlanden
prof. mr. R.M. van Male	Raadsheer in de Centrale Raad van Beroep; hoogleraar bestuursrecht Erasmus Universiteit Rotterdam
prof. mr. A.J.C. de Moor-van Vugt	Hoogleraar bestuursrechtelijke handhaving, Universiteit van Tilburg
mr. R.P.G.M. Niessen-Cobben	Universitair hoofddocent belastingrecht, Universiteit Maastricht
prof. mr. F.J. van Ommeren	Raadadviseur, Directie Wetgeving, Ministerie van Justitie; hoogleraar Staats- en bestuursrecht, Vrije Universiteit Amsterdam
prof. mr. R.J.N. Schlössels	Hoogleraar bestuursrecht, Katholieke Universiteit Nijmegen
prof. mr. N. Verheij	Coördinerend raadadviseur, Directie Wetgeving, Ministerie van Justitie; hoogleraar Europees bestuursrecht en openbaar bestuur, Universiteit Maastricht
prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven	Hoogleraar Europees bestuursrecht, Universiteit Utrecht
mr. A.G.A. Nijmeijer, *secretaris*	Docent en onderzoeker, Universiteit Utrecht