

Toegang tot de rechter: processuele openbaarheid en belang

Jonge VAR-reeks

2

Toegang tot de rechter: processuele openbaarheid en belang

Preadviezen uitgebracht door

Mr. E.C. Pietermaat

Mr. dr. J.C.A. de Poorter

Voor de bijeenkomst
van de Jonge VAR
op 21 november 2003

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2004

© 2004 VAR, Vereniging voor Bestuursrecht

Bebodens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veeveelvoudigd, 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 veeveelvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b 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 440 6

NUR 823

www.bju.nl

Inhoud

Ten geleide	7
Processuele openbaarheid	9
Mr. E.C. Pietermaat	
Het belangvereiste in bestuursrechtelijke procedures	51
Mr. dr. J.C.A. de Poorter	
Verslag	95

Ten geleide

Het VAR-bestuur heeft in 2002 besloten een jaarlijkse bijeenkomst te organiseren voor (met name) jongere VAR-leden. Op die bijeenkomst, te houden in het najaar, worden korte preadviezen besproken waarvan concepten tevoren op de VAR-website zijn geplaatst. Nadat op 22 november 2002 de eerste bijeenkomst onder grote belangstelling in Den Haag had plaatsgevonden, met als thema 'De vijfde tranche', is inmiddels de tweede editie een feit. Op 21 november werd te Leiden opnieuw door een groot aantal belangstellenden geanimeerd gediscussieerd over preadviezen die betrekking hadden op processuele openbaarheid en beroepsgerechtigdheid, twee aspecten van de toegang tot de rechter.

De preadviezen zijn geschreven door Elisabeth Pietermaat, advocaat te Den Haag, en Jurgen de Poorter, universitair docent aan de Universiteit van Tilburg. Over hun belangrijkste standpunten, weergegeven in stellingen, is na de discussie over de preadviezen gestemd. De bijeenkomst was buitengewoon succesvol, zowel inhoudelijk als 'processueel'.

Dit boekje bevat de twee preadviezen en het verslag van de discussie, inclusief de uitslag van de stemming over de stellingen. Het verslag is beknopt, maar geeft de zakelijke inhoud van het gezegde goed weer. Het is samengesteld door Barbara Beijen, student aan de Universiteit Utrecht. Het VAR-bestuur dankt de preadviseurs en de verslaglegster voor hun inspanningen.

Lex Michiels,
voorzitter van de VAR

Processuele openbaarheid

*Mr. E.C. Pietermaat**

1	Inleiding	11
2	Openbaarheid van stukken tijdens de besluitvormingsprocedure	13
2.1	Wettelijk kader	13
2.2	De beslissing om een stuk niet ter inzage te leggen	15
2.2.1	Appellabel besluit, procedurebeslissing of feitelijk handelen?	15
2.2.2	Eigen opvatting: een procedurebeslissing	16
2.3	De beslissing om een stuk wel ter inzage te leggen	17
2.3.1	Appellabel besluit, procedurebeslissing of feitelijk handelen?	17
2.3.2	Eigen opvatting: een appellabel besluit	20
2.4	Aanvulling Awb	21
3	Openbaarheid van besluiten	25
3.1	Bekendmaking van besluiten	25
3.2	Actieve openbaarmaking	26
3.3	De beslissing om een besluit te publiceren	29
3.3.1	Appellabel besluit of feitelijke handeling?	29
3.3.2	Eigen opvatting: een appellabel besluit	31
3.4	Aanvulling Awb	32
4	Openbaarheid van stukken tijdens de rechterlijke procedure	35
4.1	De beschikbare informatie	35
4.1.1	De op de zaak betrekking hebbende stukken	35
4.1.2	Schriftelijke inlichtingen	36
4.2	Artikel 8:29 Awb	36
4.2.1	Procedure	36
4.2.2	Gewichtige redenen	38
4.3	Artikel 8:29 Awb en meerpartijengeschillen	42
4.4	Aanvulling Awb	44
4.5	Artikel 8:29 Awb en punitieve sancties	45
	Stellingen	49

* Elisabeth Pietermaat is advocaat bij Pels Rijken & Droogleeve Fortuijn te Den Haag. Zij dankt Eric Daalder voor zijn bijdrage aan de totstandkoming van dit preadvies. Ook dank zij Lex Michiels, Nico Verheij, Sandra Verhage, Jean-Paul Heinrich en Jannetje Bootsma voor hun commentaar op een eerdere versie van dit preadvies.

1 Inleiding

Openbaarheid van bestuur is een belangrijk beginsel binnen ons rechtssysteem. Daalder onderscheidt twee verschillende vormen van openbaarheid: democratische openbaarheid en processuele openbaarheid.¹ Democratische openbaarheid is nodig om controle op het openbaar bestuur te kunnen uitoefenen. De in artikel 110 Grondwet vastgelegde verplichting van de overheid om bij de uitvoering van haar taak openbaarheid te betrachten, vormt hiervan uitdrukking. Processuele openbaarheid heeft te maken met de beginselen van een goede procesorde. Deze vorm van openbaarheid betreft de toegang voor belanghebbenden bij een voorgenomen of genomen bestuursbesluit tot voor dit besluit relevante informatie en tot het bestuursbesluit zelf. Mijn preadvies gaat over deze laatste vorm van openbaarheid.

De Algemene wet bestuursrecht (Awb) bevat diverse bepalingen die de processuele openbaarheid waarborgen. Ik wijs bijvoorbeeld op de artikelen 3:11 en 3:21 Awb, waarin het bestuursorgaan wordt verplicht de op de aanvraag of het te nemen besluit betrekking hebbende stukken ter inzage te leggen. Zo worden betrokkenen in staat gesteld op een zinvolle wijze invulling te geven aan het recht te worden gehoord of een zienswijze te geven. Ook de artikelen 3:41 tot en met 3:44 Awb, waarin de bekendmaking van besluiten wordt geregeld, geven uitdrukking aan het uitgangspunt van processuele openbaarheid. Door de bekendmaking worden belanghebbenden in staat gesteld rechtsmiddelen aan te wenden. Tijdens de rechterlijke procedure geldt naast de processuele openbaarheid ook het, in artikel 6 EVRM tot uitdrukking gebrachte, fair trial-beginsel. In deze fase is artikel 8:42 lid 1 Awb van belang dat bepaalt dat het bestuursorgaan de op de zaak betrekking hebbende stukken moet indienen opdat de rechtbank en de andere partijen daarvan kennis kunnen nemen. Ook artikel 8:29 lid 5 Awb is een uitwerking van het fair trial-beginsel: de rechter mag alleen uitspraak doen op de grondslag van een door het bestuursorgaan aangemerkt vertrouwelijk stuk indien de andere partijen in het geschil daarvoor toestemming geven.

Het centrale thema van de tweede aflevering van de Jonge VAR is ‘Toegang tot de rechter’. Besluiten van de overheid roepen rechtsgevolgen voor de burger in het leven. Vaak zal een burger een bestuursbesluit als belastend ervaren. Ons stelsel van rechtsbescherming brengt mee dat de burger de gelegenheid krijgt zijn bezwaren tegen een bestuursbesluit op een relatief goedkope en eenvoudige wijze aan de bestuursrechter voor te leggen. De in de Awb neergelegde uitgangspunten hangen samen met het in

1. E.J. Daalder, *Processuele openbaarheid: toegang tot stukken in het bestuursproces*, JB plus 2000, p. 153. Zie over het verschil tussen de verschillende vormen van openbaarheid: Rb. Zwolle 5 juni 2003, LJN-nummer AF9759.

artikel 6 EVRM neergelegde fair trial-beginsel. Voor een fair trial is processuele openbaarheid een vereiste. Een effectieve toegang tot de rechter valt of staat met de informatie die voor het nemen van het bestuursbesluit relevant is geweest en de mate van openbaarheid van het bestuursbesluit zelf. Daarom past het onderwerp processuele openbaarheid goed binnen het thema van deze tweede Jonge VAR.

In dit preadvies zal ik diverse bepalingen uit de Awb die de processuele openbaarheid regelen onder de loep nemen. Ik onderscheid daarbij drie fases in het bestuursrechtelijk proces: de besluitvormingsprocedure, de bekendmaking van het besluit en de rechterlijke fase. Op de eerste plaats zal ik ingaan op de openbaarheid van stukken tijdens de besluitvormingsprocedure (hoofdstuk 2). Meer in het bijzonder zal ik stilstaan bij de vraag welke rechtsbescherming bestaat tegen beslissingen van een bestuursorgaan over het wel of niet ter inzage leggen van bepaalde stukken. Vervolgens besteed ik aandacht aan de bekendmaking van het besluit (hoofdstuk 3). Ik zal mij daarbij concentreren op de bekendmaking van besluiten aan anderen dan degenen aan wie het besluit reeds op grond van de artikelen 3:41 tot en met 3:44 Awb bekend wordt gemaakt. Daarna komt de toegang tot de stukken tijdens de rechterlijke procedure aan de orde (hoofdstuk 4). Daarbij zal ik onder meer ingaan op de vraag of artikel 8:29 Awb voldoende is toegesneden op meerpartijengeschillen, waarin bedrijfsgegevens of privacy-gevoelige gegevens een rol spelen. Ieder hoofdstuk zal ik afsluiten met conclusies of aanbevelingen. Op basis daarvan zal ik aan het slot van het preadvies een aantal stellingen formuleren (hoofdstuk 5).

2 Openbaarheid van stukken tijdens de besluitvormingsprocedure

2.1 Wettelijk kader

Indien het bestuursorgaan bij de voorbereiding van een besluit de openbare voorbereidingsprocedure (afdeling 3.4 Awb) of de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure (afdeling 3.5 Awb) volgt, moet het bestuursorgaan, voordat het een besluit neemt, de op de aanvraag of het voorgenomen besluit betrekking hebbende stukken ter inzage leggen. De artikelen 3:11 Awb en 3:21 Awb regelen de wijze waarop het bestuursorgaan daarbij te werk moet gaan.² De bepalingen moeten worden beschouwd als een uitwerking van artikel 8 van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob), waarin de verplichting van de overheid om actief informatie te verstrekken is neergelegd.³

Het komt voor dat zich onder de documenten die ter inzage moeten worden gelegd, stukken bevinden die vertrouwelijke informatie bevatten. Het kan bijvoorbeeld gaan om bedrijfsgegevens of gegevens die betrekking hebben op iemands persoonlijke levenssfeer. Het openbaar worden van dat soort gegevens kan betrokkenen (ernstig) benadelen. Met deze omstandigheid heeft de wetgever rekening gehouden door in de artikelen 3:11 lid 2 en 3:21 lid 3 Awb het volgende te bepalen:

‘Artikel 10 van de Wet openbaarheid van bestuur is van overeenkomstige toepassing. Indien bepaalde stukken niet ter inzage worden gelegd, wordt daarvan mededeling gedaan.’

Artikel 10 Wob noemt de gevallen waarin het verstrekken van informatie op grond van de Wob achterwege blijft. Daarin wordt onderscheid gemaakt tussen absolute (artikel 10 lid 1 Wob) en relatieve uitzonderingsgronden (artikel 10 lid 2 Wob). Eerstgenoemde uitzonderingsgronden wegen zo zwaar, dat het belang van de openbaarheid daarvoor altijd moet wijken. Bij de relatieve uitzonderingsgronden moet het betrokken belang door het bestuursorgaan worden afgewogen tegen het publieke belang van de informatieverstrekking. Artikel 10 lid 3 en 4 Wob bevatten daarnaast speciale

2. Volledigheidshalve wijs ik erop dat na inwerkingtreding van de Wet uniforme openbare voorbereidingsprocedure (Stb. 2002, 54) de verplichting tot terinzagelegging uitsluitend zal zijn terug te vinden in artikel 3:11 Awb. Artikel 3:11 Awb bevat geen relevante wijzigingen ten opzichte van de huidige bepaling.

3. PG Awb I, p. 225.

uitzonderingsbepalingen die gelden voor milieu-informatie.⁴ De wetgever is ervan uitgegaan dat bij toepassing van artikel 3:11 lid 2 en artikel 3:21 lid 2 Awb dezelfde gedragslijn wordt gevolgd als bij toepassing van de Wob zelf.⁵ Dat betekent dat indien de in artikel 10 Wob genoemde weigeringsgronden zich tegen openbaarmaking van (delen van) een bepaald stuk verzetten, de terinzagelegging daarvan achterwege moet blijven.

De verplichting tot het ter inzage leggen van de stukken geldt ook tijdens de bezwaarschriftprocedure en in administratief beroep. De artikelen 7:4 lid 2 en 7:18 lid 2 Awb bepalen dat het bestuursorgaan voorafgaand aan het horen, het bezwaarschrift (of administratief beroepschrift) en de op de zaak betrekking hebbende stukken voor belanghebbenden ter inzage moet leggen.⁶ De bescherming van vertrouwelijke informatie is voor deze fase van het besluitvormingsproces geregeld in de artikelen 7:4 lid 6 en 7 en 7:18 lid 6 en 7 Awb:

‘6. Het bestuursorgaan kan, al dan niet op verzoek van een belanghebbende, toepassing van het tweede lid voorts achterwege laten, voor zover geheimhouding om gewichtige redenen is geboden. Van de toepassing van deze bepaling wordt mededeling gedaan.

7. Gewichtige redenen zijn in ieder geval niet aanwezig, voor zover ingevolge de Wet openbaarheid van bestuur de verplichting bestaat een verzoek om informatie, vervat in deze stukken, in te willigen.’

Terinzagelegging van een stuk kan derhalve uitsluitend vanwege ‘gewichtige redenen’ achterwege worden gelaten. Uit het zevende lid van voornoemde bepalingen volgt dat de Wob in dit verband slechts de ondergrens vormt. De verplichting tot het terinzageleggen van documenten tijdens bezwaar en beroep is daarom ruimer dan bij de voorbereiding van het besluit.⁷ Het kan dus zo zijn dat artikel 10 Wob zich op zichzelf tegen openbaarmaking van een document aan eenieder zou verzetten, maar dat er desondanks geen gewichtige redenen zijn die nopen tot geheimhouding, zodat het betreffende document wel ter inzage moet worden gelegd. Dat vloeit voort uit artikel 6 EVRM. Indien bijvoorbeeld de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit (d-g NMa) in een bezwaarschriftprocedure over een boetebesluit de op de zaak betrekking hebbende stukken ter inzage moet leggen, is het zeer waarschijnlijk dat zich onder die stukken documenten bevinden, waarin bedrijfsvertrouwelijke gegevens als bedoeld in artikel 10 lid 1 onder c Wob voorkomen. Deze documenten zullen in de regel niet worden verstrekt indien daarom met een beroep op de Wob wordt gevraagd. De geadresseerde van het besluit heeft op grond van artikel 6 EVRM echter recht op kennisname van alle stukken waarop de veroordeling is gebaseerd.⁸ In zo’n

4. De Tweede Kamer behandelt op dit moment het wetsvoorstel ‘Wet uitvoering Verdrag van Aarhus’, Kamerstukken II 2002/03, 28 835, nr. 1-2. Daarin wordt onder meer een wijziging van artikel 10 lid 3 en 4 Wob voorgesteld.

5. PG Awb I, p. 226.

6. Uitsluitend indien belanghebbenden daarmee instemmen kan van het ter inzage leggen van de op de zaak betrekking hebbende stukken worden afgezien, zie de artikelen 7:4 lid 5 en 7:18 lid 5 Awb.

7. PG Awb I, p. 339 en ABRvS 26 juli 1999, JB 1999, 226.

8. Vlg. Rb. Rotterdam, 26 november 2002, AB 2003, 385 m.nt. OJ. Zie over deze uitspraak: M.M. Slotboom en A. ter Heegde, in: het Nederlands Tijdschrift voor Energierecht 2003, nr. 1, p. 26-29 en O.J.D.M.L. Jansen, in: Markt & Mededinging 2003, p. 147-155.

geval kunnen er gewichtige redenen zijn – in dit geval de rechten van de verdediging – om documenten die bedrijfsgegevens bevatten toch ter inzage te leggen.

2.2 De beslissing om een stuk niet ter inzage te leggen

2.2.1 *Appellabel besluit, procedurebeslissing of feitelijk handelen?*

Wanneer bepaalde stukken niet ter inzage worden gelegd, wordt daarvan, in de woorden van de artikelen 3:11 lid 2, 3:21 lid 3, 7:4 lid 2 en 7:18 lid 2 Awb, ‘mededeling gedaan’. Is zo’n mededeling een besluit of een feitelijke handeling? En als er sprake is van een besluit, staat artikel 6:3 Awb er dan aan in de weg dat daartegen afzonderlijk bezwaar wordt gemaakt? In het navolgende zal ik op deze vragen ingaan.

De wetsgeschiedenis geeft niet direct antwoord op de vraag wat het rechtskarakter van de mededeling is:

‘Het ligt voor de hand om bij de beslissing omtrent het al dan niet ter inzage leggen van stukken dezelfde gedragslijn te volgen als bij rechtstreekse toepassing van de Wet openbaarheid van bestuur. Dit betekent onder meer dat de vereiste belangenafweging, onder omstandigheden, het meest doeltreffend plaatsvindt indien degene op wie de stukken bestrekking hebben, vooraf over het al dan niet ter inzage leggen worden gehoord.’⁹

Van Buuren gaat ervan uit dat de mededeling een besluit is. In zijn opvatting staat artikel 6:3 Awb er echter aan in de weg dat afzonderlijk bezwaar en beroep wordt gemaakt.¹⁰ Artikel 6:3 Awb bepaalt dat een beslissing inzake de procedure ter voorbereiding van een besluit niet vatbaar is voor bezwaar en beroep, tenzij de beslissing de belanghebbende los van het voor te bereiden besluit rechtstreeks in zijn belang treft.

Van Angeren en Polak zijn het daar – in ieder geval in de context van de Mededingingswet (Mw) – niet mee eens.¹¹ Volgens hen is de mededeling een afzonderlijk appellabel besluit. Er is sprake van publiekrechtelijk rechtsgevolg, omdat het van de mededeling afhangt, welke gegevens al dan niet beschikbaar komen. Volgens hen staat artikel 6:3 Awb er vervolgens niet aan in de weg dat belanghebbenden afzonderlijk bezwaar maken tegen het besluit om bepaalde gegevens niet ter inzage te leggen, omdat zij van die gegevens afhankelijk zijn voor het formuleren van een zienswijze.

De jurisprudentie hieromtrent is schaars. Uit enkele uitspraken van de hoogste bestuursrechtelijke colleges zou kunnen worden afgeleid dat de mededeling inderdaad een procedurebeslissing is in de zin van artikel 6:3 Awb.¹² De vraag of het bestuurs-

9. PG Awb I, p. 226.

10. P.J.J. van Buuren, 2003 (T&C Awb), aant. 3 bij art. 3:11.

11. J.R. van Angeren & J.E.M. Polak, Awb-kernbegrippen en Mededingingswet: een moeizame relatie in het nationale mededingingsland, Markt & Mededinging 2000, p. 141.

12. CBB 15 december 1999, AB 2000, 109 m.nt. JHvdV, CBB 18 november 1998, AB 1999, 120 m.nt. JHvdV en ABRvS 9 januari 1998, AB 1998, 194 m.nt. PvB.

orgaan ten onrechte bepaalde stukken niet ter inzage heeft gelegd, wordt in die uitspraken bij de beoordeling van het geschil over het uiteindelijke besluit betrokken.

De voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam is een andere opvatting toegedaan. Hij is van oordeel dat een dergelijke mededeling een feitelijke handeling betreft:

‘Overigens is de voorzieningenrechter van oordeel dat in het in de wet voorziene geval dat verweerder, indien bepaalde gegevens vanwege hun vertrouwelijke karakter niet ter inzage worden gelegd, daarvan mededeling doet – artikel 60, derde lid, van de Mw jo. 3:11, tweede lid, van de Awb jo, eerste lid, onder c, van de Wob – evenmin sprake is van een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Awb.’¹³

2.2.2 *Eigen opvatting: een procedurebeslissing*

Een bekend voorbeeld van een procedurebeslissing waartegen geen afzonderlijk bezwaar kan worden gemaakt, is de beslissing om de belanghebbende overeenkomstig artikel 4:11 Awb niet vooraf te horen bij de voorbereiding van de beschikking.¹⁴ Een beslissing op grond van artikel 7.8b lid 1 Wet milieubeheer die inhoudt dat in een bepaald geval geen milieueffectrapportage is vereist, is ook een procedurebeslissing in de zin van artikel 6:3 Awb.¹⁵ Ook een verzoek om inlichtingen moet als zodanig worden aangemerkt.¹⁶

Mijns inziens is er niets op tegen de mededeling eveneens te beschouwen als een procedurebeslissing in de zin van artikel 6:3 Awb. Ik zie namelijk niet in dat hij die meent dat stukken ten onrechte niet ter inzage worden gelegd reeds door dat feit, en los van het uiteindelijke besluit, rechtstreeks in zijn belangen wordt getroffen. Of iemand daardoor in zijn belangen wordt getroffen, zal immers afhangen van het nog te nemen besluit. Misschien neemt het bestuursorgaan een gunstige beslissing of blijkt uit het besluit dat de stukken die niet ter inzage zijn gelegd niet van belang zijn geweest. Het is dus op voorhand niet zeker dat iemand door het niet ter inzage leggen van stukken rechtsreeks in zijn belangen wordt getroffen. Dat rechtvaardigt dat eventuele bezwaren tegen het niet ter inzage leggen van bepaalde stukken pas aan de orde komen in het kader van het beroep tegen het besluit dat wordt voorbereid.

In zeer bijzondere situaties kan de burgerlijke rechter uitkomst bieden. Er is echter geen noodzaak om tegen de mededeling rechtsbescherming te bieden. Doorgaans kan zonder enig bezwaar een oordeel van de bestuursrechter worden afgewacht, ook als dat gelijktijdig met het oordeel over het uiteindelijke besluit wordt gegeven. Dat zou naar mijn mening anders kunnen liggen indien bijvoorbeeld het bestuursorgaan,

13. V.zr. Rb. Rotterdam 24 december 2002, nr. 02/3358 VMEDED, LJN-nummer AF2989, Actualiteiten Mededingingsrecht 2003, p. 37, m.nt. BN.

14. P.J.J. van Buuren, 2003 (T&C Awb), aant. 1 bij art. 6:3.

15. ABRvS 13 juli 2000, AB 2000, 307 m.nt. M.A.A. Soppe.

16. CBB 13 december 1996, AB 1997, 149 m.nt. JHvdV.

ondanks een verzoek om geheimhouding, beslist bepaalde stukken wel ter inzage te leggen. Daarover gaan de volgende paragrafen.

2.3 De beslissing om een stuk wel ter inzage te leggen

2.3.1 *Appellabel besluit, procedurebeslissing of feitelijk handelen?*

Uit de artikelen 3:11 lid 2, 3:21 lid 3, 7:4 lid 6 en 7:18 lid 6 Awb volgt dat het bestuursorgaan uit zichzelf zal moeten nagaan of de terinzagelegging van bepaalde stukken al dan niet achterwege moet blijven. Vaak zal degene van wie de stukken afkomstig zijn, het bestuursorgaan al bij de verstrekking van de stukken attent maken op het vertrouwelijke karakter daarvan. Ook kan dit uit de aard van de stukken volgen. Soms wordt het bestuursorgaan expliciet verzocht de terinzagelegging van een bepaald stuk achterwege te laten. Wat nu als het bestuursorgaan beslist de stukken toch ter inzage te leggen? Is er dan sprake van een besluit of een feitelijke handeling? En als sprake is van een besluit, staat artikel 6:3 Awb dan ook hier eraan in de weg dat afzonderlijk bezwaar wordt gemaakt?

Van Angeren en Polak gaan ervan uit dat sprake is van een feitelijke handeling.¹⁷ Zij constateren dat artikel 3:11 Awb niet voorziet in de situatie waarin het bestuursorgaan stukken ter inzage wil leggen en daarbij een verzoek om geheimhouding niet honoreert. Omdat artikel 3:11 lid 2 Awb niet bepaalt dat mededeling wordt gedaan van de terinzagelegging van bepaalde stukken, is de terinzagelegging volgens hen te beschouwen als een feitelijke handeling. Van Buuren heeft een andere opvatting. Volgens hem is het pleitbaar dat beroep kan worden ingesteld tegen een beslissing om gegevens niet geheim te houden, hoewel daar door een betrokkene wel om is gevraagd.¹⁸

In de Wet milieubeheer (Wmb) wordt ervan uitgegaan dat het bestuursorgaan in dit geval een appellabel besluit neemt. Artikel 19.5 lid 2 Wmb bepaalt:

‘Indien een verzoek om geheimhouding in het kader van de toepassing van de paragrafen 3.5.2 tot en met 3.5.5 of afdeling 3.6 van de Algemene wet bestuursrecht of van paragraaf 7.2 of 7.5 is gedaan, schort het bevoegd gezag de verdere behandeling van de aanvraag op totdat, (...) indien het verzoek geheel of gedeeltelijk wordt afgewezen, de beslissing op het verzoek *onberroepelijk* [cursief ECP] is geworden. (...)’

Het woord ‘onberroepelijk’ veronderstelt de mogelijkheid van bezwaar en beroep.

Uit een uitspraak van 7 september 2000 van de Rechtbank Amsterdam zou kunnen worden afgeleid dat deze rechtbank er ook vanuit gaat dat een bestuursorgaan in dit geval een appellabel besluit neemt. Het ging in deze zaak om twee besluiten van het Commissariaat voor de Media. Het Commissariaat voor de Media ontleent zijn

17. J.R. van Angeren & J.E.M. Polak, a.w., p. 141.

18. P.J.J van Buuren, 2003 (T&C Awb), aant. 3 bij art. 3:11.

bevoegdheden aan de Mediawet. Daarin is, anders dan in de Wet milieubeheer, geen bijzondere procedure opgenomen voor het ter inzage leggen van stukken gedurende de bezwaarfase.

‘1.6 Eiseressen hebben in dit verband betoogd dat zij ervoor beducht waren geworden verweerder van meer stukken te voorzien omdat verweerder – anders dan door eiseressen in hun bezwaarschrift verzocht – niet alle bij dat bezwaarschrift overgelegde documenten als vertrouwelijk (en dus – onder toepassing van art. 7:4 lid 6 Awb – niet aan derden ter inzage te leggen) heeft willen aanmerken. Dit betoog gaat evenwel niet op. Verweerder heeft met betrekking tot bedoelde documenten correct gehandeld, door eiseressen bij brief van 30 januari 1998 te berichten een deel van die stukken wegens het zijns inziens ontbreken van gewichtige redenen voor geheimhouding niet als vertrouwelijk aan te merken en dat deel van de stukken voor (door verweerder als belanghebbende in de bezwaarfase betrokken) SBS op 5 februari 1998 ter inzage te zullen leggen, tenzij eiseressen voordien op dit punt de president van deze rechtbank om een voorlopige voorziening zouden hebben verzocht. Dat een dergelijk procedure voor eiseressen, zoals zij ter zitting nog hebben verklaard, om redenen van publicitaire aard geen optie was, komt voor hun rekening en brengt niet mee dat verweerders handelwijze in deze ondeugdelijk was.’¹⁹

De Mededingingswet (Mw) bevat een bijzondere, of beter gezegd, aanvullende procedure. Deze is neergelegd in artikel 18 Mw en is van toepassing indien de d-g NMa een besluit moet nemen naar aanleiding van een aanvraag om ontheffing van artikel 6 Mw (het kartelverbod):

‘2. Op de voorbereiding van een beschikking als bedoeld in artikel 17 is de in afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht geregelde procedure van toepassing.

3. Door een onderneming bij de aanvraag verstrekte gegevens die door die onderneming als vertrouwelijk zijn aangemerkt, worden niet eerder ter inzage gelegd dan nadat een week is verstreken na de bekendmaking van de daartoe strekkende beschikking van de directeur-generaal.

4. Indien met betrekking tot de in het derde lid bedoelde *beschikking* [cursief ECP] van de directeur-generaal een verzoek om een voorlopige voorziening als bedoeld in artikel 8:81 van de Algemene wet bestuursrecht is gedaan, wordt de termijn, genoemd in artikel 19 [de termijn waarbinnen op de ontheffingsaanvraag moet zijn beslist, ECP], opgeschort tot de dag waarop de schriftelijke uitspraak van de president van de rechtbank, bedoeld in artikel 92 [de Rechtbank Rotterdam, ECP], is bekendgemaakt.’

De Mw bepaalt dus expliciet dat wanneer de d-g NMa gegevens ter inzage wil leggen ten aanzien waarvan vertrouwelijkheid is geclaimd, hij eerst een beschikking moet nemen waarin dat tot uitdrukking wordt gebracht. Tegen de beschikking kan direct bij de bestuursrechter worden opgekomen.

19. Rb. Amsterdam 7 september 2000, AB 2001, 196 m.nt. GC.

De artikelen 35 en 42 Mw bevatten bepalingen van gelijke strekking als het gaat om openbaarmaking van gegevens bij een melding van een concentratie respectievelijk een aanvraag om een vergunning voor een concentratie. De d-g NMa doet echter meer dan het beslissen op ontheffingsaanvragen en het verlenen van concentratievergunningen. De d-g NMa kan ook ambtshalve onderzoek doen naar overtredingen van de Mw. Indien hij constateert dat mogelijk sprake is van zo'n overtreding maakt hij, alvorens een besluit tot oplegging van een dwangsom of een boete te nemen, een rapport op (artikel 59 Mw). Dat rapport en de overige op de zaak betrekking hebbende stukken worden daarna voor belanghebbenden ter inzage gelegd. Artikel 60 lid 3 Mw verklaart artikel 3:11 lid 2 Awb van overeenkomstige toepassing. Een bijzondere regeling, zoals neergelegd in de artikelen 18, 35 en 42 Mw, ontbreekt. De vraag rijst wat het rechtskarakter is van een brief van de d-g NMa waarin wordt medegedeeld dat bepaalde stukken, ondanks een beroep op de vertrouwelijkheid daarvan, toch ter inzage zullen worden gelegd. In een procedure die heeft geleid tot de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam van 24 december 2002 stond deze vraag centraal.²⁰ In die zaak ging het om het volgende.

De d-g NMa had bij brief van 6 december 2002 aan twee bouwbedrijven bericht dat het beroep op vertrouwelijkheid ten aanzien van bepaalde documenten niet werd gehonoreerd en dat de betrokken documenten in het kader van de bij verweerder aanhangige procedure voor belanghebbenden ter inzage zullen worden gelegd. De betrokken bouwbedrijven maakten bezwaar tegen de brief van 6 december 2002 en verzochten gelijktijdig om een voorlopige voorziening. De voorzieningenrechter wees het verzoek af en overwoog daartoe het volgende:

‘Allereerst dient te worden vastgesteld of de brief van 6 december 2002 een besluit in de zin van de Awb behelst.

De voorzieningenrechter is van oordeel dat terinzagelegging als bedoeld in artikel 60, tweede lid, van de Mw een feitelijke handeling is, die niet is gericht op (publiekrechtelijk) rechtsgevolg. De brief van verweerder is een aankondiging dat bepaalde documenten openbaar worden gemaakt in het kader van de terinzagelegging ingevolge artikel 60, tweede lid, van de Mw. Hetgeen in deze brief is verwoord is derhalve slechts informatief van aard en kondigt de feitelijke handeling van publicatie aan. Dat verweerder in zijn brief een oordeel geeft omtrent vertrouwelijkheid van bepaalde gegevens doet daaraan niet af.

(...)

Uit het feit dat de wetgever in artikel 60, tweede lid, van de Mw bepaalt dat stukken ‘ter inzage worden gelegd’, respectievelijk in artikel 3:11, tweede lid, van de Awb uitdrukkelijk spreekt over een ‘mededeling’ dat bepaalde stukken niet ter inzage worden gelegd, volgt reeds dat hier niet beoogd is een besluit te creëren. Dit geldt des te meer nu in andere pro-

20. V.zr. Rb. Rotterdam 24 december 2002, nr. 02/3358 VMEDED, IJN-nummer AF2989, Actualiteiten Mededingingsrecht 2003, p. 37, m.nt. BN.

cedures op grond van de Mw de wetgever wel expliciet heeft voorzien in het geven van een tussentijdse beschikking van verweerder indien tot publicatie wordt overgegaan.

(...)

In deze gevallen heeft de wetgever derhalve uitdrukkelijk een beschikking van de d-g NMa voorgeschreven met het oogpunt een afzonderlijke rechtsgang naar, onder andere, de voorzieningenrechter op te stellen. A contrario moet hieruit worden afgeleid dat, waar in de wet niet is voorzien in een beschikking van de d-g NMa, de wetgever een handeling van de d-g NMa niet als een besluit heeft willen aanmerken ten aanzien waarvan, indien bezwaar is gemaakt, een voorlopige voorziening bij de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam gevraagd kan worden.

Op grond van deze overwegingen is de voorzieningenrechter van oordeel dat de brief van 6 december 2002 geen besluit is in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Awb. De voorzieningenrechter gaat ervan uit dat het bezwaar hiertegen door verweerder niet-ontvankelijk verklaard zal worden.⁷

De voorzieningenrechter gaat er derhalve van uit dat een mededeling die inhoudt dat bepaalde gegevens, ondanks een beroep op het vertrouwelijke karakter ervan, toch ter inzage worden gelegd, geen besluit is, tenzij de wetgever anders heeft bepaald.

2.3.2 *Eigen opvatting: een appellabel besluit*

Volgens de meer dan vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State wordt een (gedeeltelijke) weigering om, naar aanleiding van een verzoek in de zin van artikel 3 lid 1 Wob, informatie te verstrekken, aangemerkt als een appellabel besluit. De Afdeling maakt in dit verband strategisch gebruik van het beschikkingsbegrip. De weigering om informatie te verstrekken is immers niet op rechtsgevolg gericht, maar wordt vanwege de noodzaak van bestuursrechtelijke rechtsbescherming als een besluit in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb aangemerkt. Ook beslissingen die worden genomen op grond van andere openbaarheidsregelingen dan de Wob worden als een appellabel besluit aangemerkt.²¹ Gelet hierop vind ik het logisch en wenselijk dat ook in het geval van beslissingen omtrent het ter inzage leggen van als vertrouwelijk aangemerkte documenten gebruik wordt gemaakt van het strategisch beschikkingsbegrip. Op die manier blijft het oordeel over de toepasselijkheid van artikel 10 Wob voorbehouden aan de bestuursrechter, hetgeen de rechtseenheid bepaald ten goede komt.

Wat betreft de fase van bestuurlijke heroverweging geldt in aanvulling hierop het volgende. In deze fase gaat het om de vraag of er gewichtige redenen zijn die zich tegen openbaarmaking verzetten. Het criterium 'gewichtige redenen' geldt ook in de fase van het beroep bij de bestuursrechter op het moment waarop de rechtbank moet

21. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, twaalfde druk, Den Haag 2002, p. 158 en 186-187.

beslissen over de vraag of de beperkte kennisneming van een bepaald stuk (zie artikel 8:29 lid 1 en 3 Awb) gerechtvaardigd is.²² Door het schriftelijk bericht van een bestuursorgaan aan de burger of de onderneming, waarin wordt aangekondigd dat bepaalde als vertrouwelijk aangemerkte gegevens ter inzage worden gelegd, te beschouwen als een besluit in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb, wordt voorkomen dat de vraag of er gewichtige redenen zijn die zich tegen openbaarmaking verzetten door verschillende ‘soorten’ rechters (eerst de burgerlijke rechter en dan de bestuursrechter) moet worden beantwoord.

Van een procedurebeslissing in de zin van artikel 6:3 Awb is in dit verband geen sprake. De gegevens ten aanzien waarvan vertrouwelijkheid wordt geclaimd, worden door de terinzagelegging immers openbaar. Daarmee ontstaat een onomkeerbare situatie. Wanneer een rechter later oordeelt dat de terinzagelegging van de stukken wel achterwege gelaten had moeten worden, is het leed al geschied. Naar mijn oordeel dienen deze mededelingen daarom te worden beschouwd als afzonderlijke besluiten, waartegen direct bij de bestuursrechter kan worden opgekomen.

Dit heeft nogal wat – rechtstreeks uit de Awb voortvloeiende – gevolgen. Zo zullen betrokkenen, veelal voordat zo’n besluit wordt genomen, om hun zienswijze gevraagd moeten worden. Eveneens kunnen belanghebbenden bezwaar en beroep instellen tegen het besluit. Het behoeft geen betoog dat een en ander het risico met zich brengt van ongewenste vertraging in de besluitvormingsprocedure over het besluit dat wordt voorbereid of aan heroverweging onderhevig is. In de volgende paragraaf zal ik uiteenzetten op welke wijze het probleem van vertraging zou kunnen worden opgelost.

2.4 Aanvulling Awb

In paragraaf 2.3 heb ik geconstateerd dat de Awb geen regels bevat die de weg wijzen in een situatie waarin het bestuursorgaan meedeelt dat gegevens die als vertrouwelijk zijn aangemerkt ter inzage worden gelegd. Dit gebrek aan regels dwingt de bijzondere wetgever soms tot nadere regelgeving. En daar waar de bijzondere wetgever niets heeft bepaald, zal het bestuursorgaan zelf moeten bepalen op welke manier zij in dit soort situaties te werk gaat. Een en ander komt het uitgangspunt van uniformiteit van het bestuursprocesrecht niet ten goede.

Ik pleit daarom voor een regeling in de Awb, die enerzijds voorziet in uniformiteit op dit punt en tegelijkertijd vertraging in de besluitvormingsprocedure over het besluit dat wordt voorbereid of wordt heroverwogen voorkomt. Ik denk dan aan een regeling vergelijkbaar met die van de artikelen 18, 34 en 43 Mw. In het navolgende zal ik daartoe een voorstel doen.

22. Zie hierover hoofdstuk 4 van dit preadvies.

Ik stel op de eerste plaats voor dat aan de artikelen 3:11, 7:4 en 7:18 Awb een nieuw, derde (artikel 3:11)²³ respectievelijk zevende (artikel 7:4 en 7:18) lid wordt toegevoegd dat als volgt luidt:

‘Door een derde verstreekte gegevens die door hem uitdrukkelijk als vertrouwelijk zijn aangemerkt, worden niet eerder ter inzage gelegd dan nadat een week is verstreken na de bekendmaking van de daartoe strekkende beschikking van het bestuursorgaan.’

Een afzonderlijke bezwaarschriftprocedure lijkt mij, gelet op de aard van de materie, niet nodig en bovendien ongewenst in verband met de vertraging die dan optreedt in de besluitvormingsprocedure van het uiteindelijke besluit. Dat betekent dat ook artikel 7:1 Awb uitbreiding behoeft:

‘Art. 7:1 B 1. Degene aan wie het recht is toegekend tegen een besluit beroep op een administratieve rechter in te stellen, dient alvorens beroep in te stellen tegen dat besluit bezwaar te maken, tenzij het besluit:

(...)

e. is genomen op grond van artikel 3:11, derde lid, 7:4, zevende lid of 7:18, zevende lid.’

De derde zal nu binnen een week na de bekendmaking van de daartoe strekkende beschikking beroep moeten instellen om te voorkomen dat de gegevens ten aanzien waarvan hij vertrouwelijkheid heeft geclaimd ter inzage worden gelegd. Een dergelijk beroepschrift zal, zonder nadere regeling, worden behandeld overeenkomstig het bepaalde in titel 2 van hoofdstuk 8 van de Awb. Deze titel bevat de bepalingen over de behandeling van het beroep. Daarmee kan geruime tijd zijn gemoeid. Dat kan worden voorkomen door in de Awb te bepalen dat zo’n beroep altijd moet worden behandeld volgens de regels die gelden voor een procedure naar aanleiding van een verzoek om een voorlopige voorziening. Die regels zijn neergelegd in titel 3 van hoofdstuk 8 van de Awb. Op die manier wordt de rechtbank in staat gesteld snel uitspraak te doen en is er ook meteen een einduitspraak. Het is van belang dat zo’n uitspraak niet te lang op zich laat wachten. Ik stel daarom voor dat wordt bepaald dat de rechtbank binnen vier weken uitspraak doet. Uiteraard moet gelden dat het beroep schorsende werking heeft. Een en ander kan worden geregeld door in titel 8.2, na de afdelingen over de versnelde en de vereenvoudigde behandeling van beroepen, een nieuwe afdeling op te nemen:

‘Afdeling 8.2.4b²⁴

Art. 8:55e Indien beroep wordt ingesteld tegen een beschikking als bedoeld in artikel 3:11, derde lid, 7:4, zevende lid of 7:18, zevende lid, wordt het beroep behandeld overeenkomstig het bepaalde in titel 3 van hoofdstuk 8.

23. Vanwege de naderende inwerkingtreding van de Wet uniforme openbare voorbereidingsprocedure laat ik artikel 3:21 Awb hier buiten beschouwing.

24. Afdeling 8.2.4a en de artikelen 8:55a tot en met 8:55d zijn al gereserveerd door het Voorontwerp Beroep bij niet tijdig beslissen, te vinden via www.justitie.nl.

Art. 8:55f De rechtbank doet binnen vier weken schriftelijk uitspraak.

Art. 8:55g De werking van een beschikking als bedoeld in artikel 3:11, derde lid, 7:4, zevende lid of 7:18, zevende lid wordt opgeschort totdat op het beroep is beslist.’

3 Openbaarheid van besluiten

3.1 Bekendmaking van besluiten

Afdeling 3.6 van de Awb regelt de wijze waarop besluiten moeten worden bekendgemaakt. Besluiten die tot één of meer belanghebbenden zijn gericht worden bekendgemaakt door toezending of uitreiking aan de belanghebbende(n) tot wie het besluit is gericht (artikel 3:41 Awb). Degenen die voorafgaand aan het nemen van een besluit hun zienswijze naar voren hebben gebracht, worden eveneens in kennis gesteld van het besluit (artikel 3:43 Awb). De Awb bevat derhalve geen algemene verplichting om besluiten gericht tot één of meer belanghebbenden voor een breder publiek toegankelijk te maken.²⁵

Uit oogpunt van democratie en transparant bestuur zou het goed zijn indien ten minste bepaalde categorieën besluiten in de regel voor een breder publiek toegankelijk zouden zijn. Thans zal een geïnteresseerde in een bepaald besluit zich tot het betrokken bestuursorgaan moeten wenden met het verzoek het betreffende besluit aan hem toe te zenden. Een dergelijk verzoek zal al snel worden aangemerkt als een verzoek in de zin van artikel 3 lid 1 Wob. Dit artikel bepaalt dat eenieder een verzoek om informatie neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid kan richten tot een bestuursorgaan of een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf. Een besluit is een dergelijk document. Zo'n verzoek zal in beginsel moeten worden gehonoreerd. Het uitgangspunt is immers dat besluiten openbaar zijn.²⁶ Het is denkbaar dat artikel 10 Wob zich naar het oordeel van het bestuursorgaan verzet tegen openbaarmaking en dat om die reden de openbaarmaking van een besluit, al dan niet gedeeltelijk, wordt geweigerd.²⁷ Een weigering om aan een Wob-verzoek te voldoen is volgens vaste jurisprudentie een besluit in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb.

25. Besluiten die niet tot één of meer belanghebbenden zijn gericht, zijn in beginsel wel toegankelijk voor een breed publiek. Zij worden immers op grond van artikel 3:42 lid 1 Awb bekendgemaakt door kennisgeving ervan in een van overheidswege uitgegeven blad of een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad, dan wel op andere geschikte wijze.

26. ABRvS 1 mei 2002, AB 2003, 37 m.nt. PJS en ARRvS 31 januari 1989, AB 1989, 277 m.nt. HJdR.

27. Het kan bijvoorbeeld zo zijn dat het besluit privacy-gevoelige informatie bevat. In dat geval kunnen zich de weigeringsgronden als bedoeld in artikel 10 lid 1 onder d of artikel 10 lid 2 onder e Wob voordoen.

3.2 Actieve openbaarmaking

Er zijn bestuursorganen die een verzoek op openbaarmaking niet afwachten en zelf in beginsel al hun besluiten (via internet) bekendmaken. Voorbeelden hiervan zijn de Nederlandse Mededingingsautoriteit, de Dienst Toezicht en Uitvoering Energie en de Onafhankelijke Post en Telecommunicatieautoriteit (OPTA).²⁸ Zij gebruiken artikel 8 Wob om actief informatie te verstrekken over hun beleid, dat zich concretiseert in hun besluiten.

Het ligt in de verwachting dat steeds meer bestuursorganen gebruik zullen maken van artikel 8 Wob door hun besluiten voor een breder publiek toegankelijk te maken. In de afgelopen jaren is door de regering op verschillende plaatsen benadrukt dat door de overheid vaker en uitgebreider van de in artikel 8 Wob neergelegde verplichting actief informatie openbaar te maken, gebruik moet worden gemaakt. Daarbij wordt dan vaak gewezen op de mogelijkheden die de nieuwe media bieden. Ter illustratie wijs ik in de eerste plaats op de nota 'Naar toegankelijkheid van overheidsinformatie'. Daarin schrijft de regering onder meer:

'Naast de passieve openbaarmaking verplicht de Wob bestuursorganen ook tot actieve openbaarmaking van informatie over (de voorbereiding en uitvoering van) hun beleid. Mede omdat de regeling hiervan minder ver is uitgewerkt, heeft deze verplichting thans nog een betrekkelijk onbepaalde inhoud.

Wel kan op grond van die regeling worden gezegd dat de specifieke voordelen van nieuwe media voor het verstrekken van informatie, niet onbenut mogen blijven. Hieruit trekt het kabinet de conclusie dat bestuursorganen met name via Internet nadere invulling moeten gaan geven aan hun verplichtingen tot actieve openbaarmaking.²⁹

In vervolg hierop verscheen de nota 'Naar optimale beschikbaarheid van overheidsinformatie'. Daarin schrijft het kabinet over artikel 8 Wob het volgende:

'Een tweede reden is dat onze nationale welvaart er waarschijnlijk mee is gediend als besloten wordt overheidsinformatie ruimhartig beschikbaar te stellen. Het denken in termen van de nieuwe kenniseconomie indiceert dat de maatschappelijke waarde van deze informatie groter wordt naarmate deze door meer mensen wordt gebruikt.

(...)

Een goede oplossing lijkt hier een ruimhartige uitvoering van de instructienorm uit artikel 8 van de Wob om actief informatie te verstrekken' in het belang van de goede en democratische bestuursvoering.³⁰

28. Zie: www.nmanet.nl, www.dte.nl en www.opta.nl.

29. Kamerstukken II 1996-1997, 20 644, nr. 30, p. 7.

30. Kamerstukken II 1997-1998, 26 387, nr. 7, p. 2 en 7.

Ik wijs verder op de kabinetsreactie op het advies van de tijdelijke Adviescommissie Toekomst Overheidscommunicatie (Commissie Wallage) ‘In dienst van de democratie’. In die reactie wordt eveneens ingegaan op het rapport ‘Burger en overheid in de informatiesamenleving; de noodzaak van institutionele innovatie’ van de Commissie ICT en Overheid (Commissie Docters van Leeuwen):³¹

‘De Commissie Wallage is van mening dat meer systematisch gewerkt zou moeten worden aan de actieve openbaarmaking van in principe alle overheidsinformatie, om te beginnen waar het de vroege fasen van de beleidscyclus betreft.

(...)

De Commissie Docters van Leeuwen komt tot eenzelfde conclusie, maar plaatst deze aanbeveling nadrukkelijk (ook) in het perspectief van de noodzaak de toezichhoudende rol van de burger te versterken waar het gaat om de uitvoering en handhaving van beleid. Ze is van mening dat de elektronische informatierelatie tussen burgers en overheid alleen kan worden versterkt als alle overheidsinformatie op het internet beschikbaar is, waaronder bijvoorbeeld vergunningen en gesloten contracten.

(...)

Het kabinet constateert dat beide Commissies – elk vanuit hun eigen opdracht en perspectief – tot eenzelfde conclusie komen, namelijk dat een ruimere invulling moet worden gegeven aan de actieve openbaarmaking van overheidsinformatie. Het kabinet onderschrijft in beginsel deze conclusie.

(...)

Zoals hierboven geschetst is het echter nog te vroeg om nu al een besluit te nemen alle overheidsinformatie actief openbaar te maken. Het kabinet zal eerst een nader onderzoek laten doen naar de technische en financiële haalbaarheid, de consequenties, alsmede de noodzakelijke voorwaarden ten aanzien van de interne organisatie en de informatie-infrastructuur van de overheid naar de mogelijkheid dit proces te versnellen.³²

In deze kabinetsreactie werd door de regering ook het ‘Plan van aanpak overheidscommunicatie’ aangekondigd, dat op 24 mei 2002 aan de Tweede Kamer is toegezonden.³³ Daarin heeft het kabinet een haalbaarheidsonderzoek aangekondigd dat tot doel heeft ‘te verkennen wat de doelstelling om een ruimere invulling te geven aan de actieve openbaarmaking van overheidsinformatie voor de interne informatiehuishouding van ministeries en bestuursorganen betekent’. Tot op heden zijn de resultaten van het haalbaarheidsonderzoek niet bekend. In ieder geval is het ook het huidige kabinet ernst met de bevordering van actieve openbaarmaking. Via de troonrede werd

31. Beide rapporten zijn te vinden via www.minbzk.nl.

32. Kamerstukken II 2001-2002, 26 387, nr. 12, p. 10, 11 en 12.

33. Kamerstukken II 2001-2002, 26 387, nr. 15, p. 8.

aangekondigd 'dat de regering ernaar streeft dat in 2004 ongeveer de helft van de publieke informatie ook op internet beschikbaar zal zijn, om zo de toegankelijkheid van de overheid te verbeteren.'³⁴

Wat betreft het milieurecht valt een belangrijke impuls te verwachten van het op 25 juni 1998 te Aarhus totstandgekomen Verdrag betreffende toegang tot informatie, inspraak bij de besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieu-aangelegenheden.³⁵ Op grond van dit Verdrag zal milieu-informatie in ruimere mate openbaar moeten worden gemaakt. Naast bepalingen die zien op de passieve verschaffing van milieu-informatie, dat wil zeggen het verschaffen van informatie naar aanleiding van een daartoe strekkend verzoek, bevat het Verdrag tevens een gedetailleerde verplichting milieu-informatie eigener beweging openbaar te maken. Op 28 januari 2003 is een EG-richtlijn vastgesteld, waarmee de communautaire regels met het Verdrag in overeenstemming worden gebracht.³⁶ Artikel 7 lid 1 van de richtlijn bepaalt dat de lidstaten ervoor zorgen dat milieu-informatie geleidelijk beschikbaar komt in elektronische gegevensbanken die voor het publiek makkelijk toegankelijk zijn via openbare telecommunicatienetwerken. Op grond van artikel 7 lid 2 van de richtlijn dienen niet alleen beleidsmaatregelen of milieueffectrapportages openbaar gemaakt te worden, maar ook vergunningen die belangrijke gevolgen hebben voor het milieu.³⁷ De Tweede Kamer behandelt momenteel het wetsvoorstel 'Wet uitvoering Verdrag van Aarhus' dat tot doel heeft de Nederlandse wet- en regelgeving in overeenstemming te brengen met de nieuwe internationale afspraken en Europese regels.³⁸ In het wetsvoorstel wordt onder meer voorgesteld om in de Wet milieubeheer een nieuw artikel 19.1c op te nemen, waarin het volgende wordt bepaald:

'Onverminderd artikel 8 van de Wet openbaarheid van bestuur verstrekt een bestuursorgaan uit eigen beweging informatie over de openbare verantwoordelijkheden en functies die het heeft alsmede de openbare diensten die het verleent met betrekking tot het milieu.'

Het valt op dat in de voorgestelde bepaling niet wordt gerept over vergunningen of andere besluiten die belangrijke gevolgen hebben voor het milieu, terwijl artikel 7 lid 2 van de richtlijn de lidstaten wel verplicht om in ieder geval vergunningen actief openbaar te maken. Juist het actief openbaar maken van vergunningen en andere besluiten is van groot belang voor de toegang tot de rechter.

34. De tekst van de troonrede is te vinden via www.minaz.nl.

35. Trb. 2001, 73.

36. Richtlijn 2003/4/EG van het Europees Parlement en de Raad van 28 januari 2003 inzake de toegang van het publiek tot milieu-informatie en tot intrekking van Richtlijn 90/313/EEG van de Raad.

37. Zie over het Verdrag van Aarhus en de EG-richtlijn inzake milieu-informatie: W.J. Mesters en H.A. Oldenziel, Openbaarheid van milieu-informatie na Aarhus, NTB 2003, p. 221-230.

38. Kamerstukken II 2002-2003, 28 835, nr. 1-2.

3.3 De beslissing om een besluit te publiceren

3.3.1 *Appellabel besluit of feitelijke handeling?*

Niet iedereen zal altijd even gelukkig zijn met een bestuursorgaan dat actief zijn besluiten openbaar maakt. Te denken valt bijvoorbeeld aan een onderneming die een boete krijgt opgelegd.³⁹ De onderneming zal er vanwege publicitaire redenen of uit concurrentie-oogpunt niet zo'n behoefte aan hebben dat zo'n besluit algemeen toegankelijk wordt gemaakt. De onderneming zal wellicht proberen om met een beroep op artikel 10 Wob publicatie van (onderdelen van) het besluit te voorkomen. Omdat een bestuursorgaan bij toepassing van artikel 8 Wob gehouden is aan artikel 10 Wob, ligt het in de rede dat voorafgaand aan een publicatie van een besluit degene tot wie het besluit is gericht en het betrokken bestuursorgaan met elkaar communiceren over de vraag of vanwege artikel 10 Wob publicatie van bepaalde onderdelen van een besluit achterwege gelaten moet worden. Ik stel mij voor dat het overleg hierover wordt afgesloten met een brief van het bestuursorgaan waarin wordt meegedeeld of, en in hoeverre, een beroep op artikel 10 Wob wordt gevolgd. De vraag rijst dan tot welke rechter degene die zich niet kan vinden in het oordeel van het bestuursorgaan hieromtrent, zich moet wenden. In een recente uitspraak van de Afdeling was deze vraag aan de orde. In die zaak ging het om het volgende.

Op 16 oktober 2002 heeft OPTA op grond van zijn geschilbeslechtende bevoegdheid een besluit genomen in een geschil tussen x en y, beide aanbieders van telecommunicatiediensten. Gelijktijdig met de bekendmaking van het besluit aan partijen, berichtte OPTA partijen dat het besluit ook op de website van OPTA zou worden gepubliceerd. Zodoende handelde OPTA overeenkomstig haar eigen Procedureregeling Geschillen OPTA.⁴⁰ Daarin is bepaald dat OPTA de openbare versie van besluiten die zij op aanvraag neemt, op internet publiceert. Bij die publicatie acht OPTA zichzelf gebonden aan artikel 10 Wob. Dat betekent dat gegevens die naar het oordeel van OPTA bedrijfsvertrouwelijk van aard zijn, niet in de openbare versie van het besluit worden opgenomen.

Naar aanleiding daarvan lieten x en y OPTA weten dat bepaalde passages uit het besluit bedrijfsvertrouwelijke informatie bevatten. Zij verzochten OPTA publicatie daarvan achterwege te laten. In reactie hierop heeft OPTA partijen bericht van oordeel te zijn dat de passages niet van bedrijfsvertrouwelijke aard in de zin van artikel 10 lid 1 onder c Wob zijn en dat deze passages daarom zouden worden opgenomen in de openbare versie van het besluit dat op internet zou worden gepubliceerd.

Tegen dat oordeel heeft x bezwaar gemaakt. Het bezwaarschrift is door OPTA niet-ontvankelijk verklaard, omdat de kennisgeving dat ook de bedoelde passages op internet zouden worden gepubliceerd naar het oordeel van OPTA niet meer behelsden dan

39. In de wetten die betrekking hebben op toezicht op de financiële sector is overigens de openbaarmaking van een besluit tot oplegging van een boete of een last onder dwangsom als afzonderlijke sanctie opgenomen.

40. Stcrt. 2001, 138, p. 19.

de aankondiging van een feitelijke handeling. X stelde vervolgens beroep in bij de Rechtbank Rotterdam en verzocht gelijktijdig om een voorlopige voorziening.

De voorzieningenrechter heeft op 13 februari 2003 met toepassing van artikel 8:86 Awb uitspraak gedaan.⁴¹ De voorzieningenrechter oordeelde ten eerste dat de brieven van OPTA geen besluiten zijn, voorzover daarin is aangekondigd dat tot publicatie van het geschilbeslechtende besluit zal worden overgegaan. Voorzover OPTA evenwel in die brief een oordeel heeft gegeven omtrent de bedrijfsvertrouwelijke aard van bepaalde passages in het openbaar te maken geschilbeslechtende besluit, moet dat oordeel volgens de voorzieningenrechter wel als besluit in de zin van de Awb worden aangemerkt. De voorzieningenrechter overwoog:

‘Het onderhavige geschil vindt zijn oorsprong in het voornemen van verweerder zijn besluit van 16 oktober 2002 openbaar te maken, in die zin dat het op de website van verweerder zal worden gepubliceerd. Verzoekster stelt zich op het standpunt dat voornoemd besluit bedrijfsvertrouwelijke informatie bevat, om welke reden openbaarmaking vooralsnog achterwege dient te blijven. Verweerder heeft een daartoe strekkend verzoek afgewezen. Daarbij is artikel 10 van de Wob als toetsingskader gehanteerd.

Door aldus te handelen anticipeert verweerder in feite op een mogelijk toekomstig verzoek om informatie als bedoeld in artikel 3 van de Wob. Verweerdens beslissing om geen uitzonderingsgrond in de zin van artikel 10 van de Wob aan te nemen en derhalve wel tot informatieverstrekking over te gaan, dient te worden aangemerkt als een besluit op grond van de Wob genomen. Het behoeft, in het licht van de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, geen betoog dat een dergelijk besluit moet worden gekwalificeerd als een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Awb.⁴²

OPTA heeft hiertegen tevergeefs hoger beroep ingesteld. Ook de Afdeling oordeelde dat de beslissing om geen uitzonderingsgrond als bedoeld in artikel 10 Wob aan te nemen een besluit is.⁴³ De Afdeling is echter wel langs een wat andere weg tot deze conclusie gekomen:

‘2.2. (...) Ter zitting is gebleken, en door x is niet weersproken, dat het publicatiebeleid van appellant, neergelegd in de Procedureregeling Geschillen OPTA, is gebaseerd op de verplichting tot actieve openbaarmaking, zoals neergelegd in artikel 8 van de Wob. De uitzonderingsgronden van artikel 10 van de Wob zijn hierop van toepassing. *Onder deze omstandigheden* [cursief ECP] dient de beslissing van appellant om geen uitzonderingsgrond in de zin van artikel 10 van de Wob aan te nemen, te worden aangemerkt als een besluit op

41. Vzz. Rb. Rotterdam 13 februari 2003, nr. 02/3309 en 02/3310, LJN-nummer AH9977, Mediaforum 2003-5, nr. 26, m.nt. Wouter Hins.

42. De Rechtbank Rotterdam is exclusief bevoegd om te oordelen over beroepen tegen besluiten die op grond van de Tw zijn genomen (artikel 17.1 Tw). Het oordeel van OPTA omtrent het bedrijfsvertrouwelijke karakter van bepaalde gegevens is volgens de voorzieningenrechter dus een besluit dat op grond van de Wob is genomen. Omdat x zijn statutaire zetel in Rotterdam heeft, was de Rechtbank Rotterdam desondanks bevoegd over het geschil te oordelen.

43. ABRvS 16 juli 2003, 200301282/1, Mediaforum 2003-9, nr. 43, m.nt. Wouter Hins.

grond van de Wob genomen, en is die beslissing derhalve een besluit in de zin van de Awb. De voorzieningenrechter is, zij het op andere gronden, tot hetzelfde oordeel gekomen.’

Uit de uitspraak – en meer in het bijzonder uit de woorden ‘onder deze omstandigheden’ – leid ik af dat de Afdeling bij haar oordeel dat sprake is van een besluit zwaar heeft laten meewegen dat OPTA ter zake van haar actieve openbaarmakingsverplichting een beleidsregel had vastgesteld en gepubliceerd.⁴⁴ Indien de Afdeling inderdaad van doorslaggevend belang heeft geacht dat in dit geval beleidsregels zijn gepubliceerd, zou dit betekenen dat het antwoord op de vraag of het oordeel over de toepasselijkheid van artikel 10 Wob een appellabel besluit is, uitsluitend afhankelijk is van de omstandigheid of het bestuursorgaan terzake beleidsregels heeft vastgesteld. Is geen sprake van een beleidsregel, dan heeft dit tot gevolg dat tegen deze beslissingen, die voor het overige uiteraard volstrekt vergelijkbaar zijn, geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming kan worden ingeroepen. Alsdan blijft de burgerlijke rechter over in gevallen waarin iemand zich tegen actieve openbaarmaking wil verzetten.

3.3.2 *Eigen opvatting: een appellabel besluit*

De Afdeling maakt onderscheid tussen enerzijds de mededeling dat het geschilbeslechtende besluit wordt gepubliceerd en anderzijds de beslissing van OPTA om geen uitzonderingsgrond in de zin van artikel 10 Wob aan te nemen. De mededeling dat het besluit wordt gepubliceerd, wordt mijns inziens terecht niet als een appellabel besluit aangemerkt. Zo’n mededeling behelst immers niet meer dan de aankondiging van een feitelijke handeling.

Ik ben het ook met de Afdeling eens dat de beslissing om geen uitzonderingsgrond als bedoeld in artikel 10 Wob aan te nemen, moet worden aangemerkt als een appellabel besluit. Het onderscheid dat in dit verband wordt gemaakt tussen gevallen waarin wel sprake is van een beleidsregel en gevallen waarin dat niet zo is, acht ik echter niet juist.⁴⁵ Niet valt in te zien waarom de aanwezigheid van beleidsregels doorslaggevend moet zijn voor de vraag of sprake is van een besluit waartegen bij de bestuursrechter kan worden opgekomen. Beleidsregels scheppen immers geen bevoegdheid, maar geven slechts aan op welke wijze een bestuursorgaan van een bepaalde bevoegdheid gebruikmaakt.

Ik ben van opvatting dat indien het bestuursorgaan bij de aankondiging van de publicatie van een besluit een oordeel geeft over de (niet-)toepasselijkheid van de uitzonderingsgronden van artikel 10 Wob, dit oordeel, ongeacht de omstandigheid of het bestuurs-

44. De Afdeling heeft een dergelijke redenering al eerder gevolgd in zaken over nadeelcompensatie. Weigeringen van nadeelcompensatie werden door de Afdeling als rechtshandelingen naar burgerlijk recht beschouwd, tenzij aan zulke weigeringen een wettelijke regeling of een beleidsregel ten grondslag lag. Bijvoorbeeld: ARRvS 14 mei 1986, AB 1986, 568 m.nt. P.C.E. van Wijmen en ARRvS 18 november 1987, AB 1987, 554 m.nt. P.C.E. van Wijmen. Meer recent: ABRvS 22 juli 1999, AB 1999, 340 m.nt. FM. Daarin oordeelde de Afdeling dat de weigering om een met een bestemmingsplan strijdig gebruik van een woning te gedogen een besluit was in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb, omdat de weigering was gebaseerd op een beleidsregel.

45. Zie hierover ook F.C.M.A. Michiels in zijn noot onder ABRvS 22 juli 1999, AB 1999, 340.

orgaan terzake beleidsregels heeft vastgesteld, moet worden aangemerkt als een appellabel besluit. Ter onderbouwing van dit standpunt verwijs ik naar hetgeen ik in paragraaf 2.3.2 heb betoogd. Daar heb ik bepleit dat gebruik wordt gemaakt van het strategisch beschikkingsbegrip om zodoende beslissingen waarin wordt aangekondigd dat, ondanks een beroep op vertrouwelijkheid, bepaalde gegevens ter inzage worden gelegd, aan te kunnen merken als appellabele besluiten. Op die manier blijft het rechterlijk oordeel over de toepasselijkheid van artikel 10 Wob voorbehouden aan de bestuursrechter. Geschillen over beslissingen over de publicatie van, als vertrouwelijk aangemerkte, besluiten, zullen naar hun aard altijd gaan over de vraag of artikel 10 Wob al dan niet van toepassing is. Ook in dit verband ligt het voor de hand gebruik te maken van het strategisch beschikkingsbegrip, zodat wanneer het bestuursorgaan voorafgaand aan de actieve openbaarmaking van een besluit een oordeel geeft over de toepasselijkheid van artikel 10 Wob, dat oordeel als een appellabel besluit wordt aangemerkt.⁴⁶

3.4 Aanvulling Awb

De overheid streeft naar meer actieve openbaarmaking van overheidsinformatie. Het Verdrag van Aarhus en de EG-richtlijn milieu-informatie dwingen de overheid zelfs tot meer openheid. Tegelijkertijd moet worden geconstateerd dat daar in de praktijk nog niet zoveel van terecht komt. Wat betreft het openbaar maken van besluiten moet worden geconstateerd dat bestuursorganen die actief hun besluiten openbaar maken, zeldzaam zijn, terwijl het toch uitgangspunt is dat besluiten in beginsel openbaar zijn. Het is gewenst dat bestuursorganen op grotere schaal kort na, of tegelijkertijd met, de bekendmaking van het besluit aan belanghebbenden, hun besluiten ook actief openbaar maken en dan bij voorkeur via internet, zodat direct eenieder van het besluit kan kennisnemen. Derdebelanghebbenden kunnen zo snel van een besluit kennisnemen en voor zichzelf de vraag beantwoorden of zij de gang naar de rechter willen maken. Ook voor niet-belanghebbenden kan het van belang zijn om snel kennis te nemen van besluiten, bijvoorbeeld omdat een bepaald besluit relevant kan zijn voor een andere procedure waarin zijzelf zijn verwickeld.

Nu is het ook weer niet nodig dat daadwerkelijk alle bestuursorganen al hun besluiten actief openbaar maken. Het ligt bijvoorbeeld niet voor de hand om besluiten in de sfeer van het sociaal recht en het vreemdelingenrecht actief openbaar te maken. Mijn gedachte is daarom dat in de Aanwijzingen voor de Regelgeving wordt bepaald dat steeds onder ogen wordt gezien of het wenselijk is dat besluiten die op grond van de wet genomen zullen worden actief openbaar worden gemaakt.⁴⁷ Zo zou bijvoorbeeld

46. Vlg. ook in dit verband het wetsvoorstel 'Wet uitvoering Verdrag van Aarhus'. Daarin wordt voorgesteld een nieuw lid aan artikel 6 Wob toe te voegen, dat als volgt zou moeten luiden: 'Indien het bestuursorgaan heeft besloten informatie te verstrekken, terwijl naar verwachting een belanghebbende bezwaar daartegen heeft, wordt de informatie niet eerder verstrekt dan twee weken nadat de beslissing is bekendgemaakt.'

47. Ingeval sprake is van een wet die een bestuursorgaan de bevoegdheid toekent een sanctie op te leggen, zal dan de vraag moeten worden beantwoord in hoeverre het gewenst is dat sanctiebesluiten algemeen bekend worden. Ik wijs er daarbij op dat in de wetten die betrekking hebben op toezicht op de financiële sector, de openbaarmaking van een besluit tot oplegging van een boete of een last onder dwangsom als afzonderlijke sanctie is opgenomen.

in de Wet milieubeheer kunnen worden bepaald dat bestuursorganen die op grond van die wet besluiten nemen uit eigen beweging deze besluiten, in aanvulling op de artikelen 3:41 tot en met 3:44 Awb, actief openbaar maken.

Wanneer bestuursorganen ertoe overgaan op grotere schaal hun besluiten actief openbaar te maken, zal ook het aantal geschillen toenemen over de vraag of artikel 10 Wob zich in een bepaald geval verzet tegen openbaarmaking van een besluit. Omwille van de uniformiteit en om zeker te stellen dat dergelijke geschillen snel en door de bestuursrechter zullen worden beslecht, pleit ik er voorts voor dat in dit verband dezelfde regels gelden als voor de behandeling van geschillen over het terinzage leggen van als vertrouwelijk aangemerkte stukken. Snelheid is ook in dit verband geboden, omdat het, zeker voor belanghebbenden vanwege de beroepstermijn, niet zoveel zin heeft indien een besluit pas na maanden actief openbaar wordt gemaakt.

Dit betekent op de eerste plaats dat aan afdeling 3.6 van de Awb, de afdeling over de bekendmaking van besluiten, een bepaling met de volgende strekking zou kunnen worden toegevoegd:

‘Art. 3:44a B 1. Indien bij of krachtens de wet is bepaald dat een besluit actief openbaar wordt gemaakt, is artikel 10 Wob van overeenkomstige toepassing.

2. Indien het bestuursorgaan voorafgaand aan de actieve openbaarmaking een oordeel heeft gegeven over de toepasselijkheid van artikel 10 Wob, wordt het besluit niet eerder actief openbaar gemaakt dan nadat een week is verstreken na de bekendmaking van de beschikking van het bestuursorgaan, waarin dat oordeel is neergelegd.’

Aan de overige door mij in paragraaf 2.4 voorgestelde bepalingen dient vervolgens steeds artikel 3:44 lid 2 te worden toegevoegd. Deze bepalingen komen er dan als volgt uit te zien:

‘Art. 7:1 B 1. Degene aan wie het recht is toegekend tegen een besluit beroep op een administratieve rechter in te stellen, dient alvorens beroep in te stellen tegen dat besluit bezwaar te maken, tenzij het besluit:

(...)

e. is genomen op grond van artikel 3:11, derde lid, 7:4, zevende lid, 7:18, zevende lid of 3:44a, tweede lid.

Afdeling 8.2.4b

Art. 8:55e Indien beroep wordt ingesteld tegen een beschikking als bedoeld in artikel 3:11, derde lid, 7:4, zevende lid, 7:18, zevende lid of 3:44a, tweede lid, wordt het beroep behandeld overeenkomstig het bepaalde in titel 3 van hoofdstuk 8.

Art. 8:55f De rechtbank doet binnen vier weken schriftelijk uitspraak.

Art. 8:55g De werking van een beschikking als bedoeld in artikel 3:11, derde lid, 7:4, zevende lid, 7:18, zevende lid of 3:44a, tweede lid, wordt opgeschort totdat op het beroep is beslist.’

4 Openbaarheid van stukken tijdens de rechterlijke procedure

4.1 De beschikbare informatie

4.1.1 *De op de zaak betrekking hebbende stukken*

De rechter in een bestuursrechtelijk geschil moet het bestreden besluit toetsen. Om dat goed te kunnen doen dient de rechter in beginsel over dezelfde informatie te beschikken als het bestuursorgaan dat het bestreden besluit heeft genomen. Artikel 8:42 lid 1 Awb bepaalt daarom dat het bestuursorgaan verplicht is de op de zaak betrekking hebbende stukken aan de rechtbank toe te zenden. De rechtbank zal vervolgens een afschrift van de stukken aan de (gemachtigden van de) andere procespartijen toezenden. De termijn waarbinnen het bestuursorgaan aan zijn verplichting moet voldoen, is vier weken en vangt aan na de dag waarop de rechtbank het ingediende beroepschrift heeft toegezonden aan het bestuursorgaan. Ook indien het beroepschrift nog niet de gronden bevat, geldt de termijn van vier weken.⁴⁸

De wet geeft geen omschrijving van wat de op de zaak betrekking hebbende stukken zijn. De jurisprudentie leert dat het bestuursorgaan daadwerkelijk alle op de zaak betrekking hebbende stukken moet indienen. Het bestuursorgaan mag geen selectie maken door bijvoorbeeld alleen die stukken in te dienen die volgens hem van belang zijn voor de beoordeling van het in rechte bestreden besluit.⁴⁹ De Centrale Raad van Beroep spreekt in dit verband over een fundamenteel beginsel van het bestuursprocesrecht dat de justitiabele in beginsel over alle stukken kan beschikken welke met betrekking tot zijn zaak onder het bestuursorgaan berusten.⁵⁰

Bij wijze van zijsprong merk ik op dat betwijfeld kan worden of het onder alle omstandigheden zinvol is dat het bestuursorgaan daadwerkelijk alle zich in een dossier bevindende stukken indient. Ik denk dan op de eerste plaats aan zaken die zich (in eerste instantie) beperken tot een ontvankelijkheidsvraag, bijvoorbeeld de vraag of een derde als belanghebbende bij een besluit moet worden aangemerkt. Het is dan naar mijn mening weinig zinvol dat het bestuursorgaan alle stukken overlegt die voor-

48. Artikel 1 lid 3 van de Procesregeling bestuursrecht, Stcrt. 2003, 206, p. 26.

49. ABRvS 20 maart 1995, AB 1995, 364 m.nt. AFMB, CRvB 25 maart 1997, ABkort 1997, 531, CRvB 30 juli 1999, RSV 1999/286.

50. CRvB 19 september 2001, RSV 2001/284, CRvB 16 januari 2001, AB 2001, 104 m.nt. HB en Pres. CRvB 27 juli 2001, AB 2001, 332.

afgaand aan het nemen van het bestreden besluit tot stand zijn gekomen of zijn gewisseld. In de tweede plaats meen ik dat een beperking van de indiening van de op de zaak betrekking hebbende stukken gerechtvaardigd is, indien sprake is van een geschil over een op zichzelf omvangrijk besluit, maar dat zich toespitst op een bepaald onderdeel van dat besluit. De verplichting om de op de zaak betrekking hebbende stukken in te dienen, zou dan beperkt moeten zijn tot die stukken die zien op het onderdeel van het besluit waarover het geschil bij de rechter gaat.

4.1.2 *Schriftelijke inlichtingen*

Vanwege het bepaalde in artikel 8:42 lid 1 Awb zal de rechter in de regel alle stukken toegezonden krijgen op grond waarvan het voor hem mogelijk is het besluit te toetsen. Het kan voorkomen dat de rechtbank in aanvulling op de op de zaak betrekking hebbende stukken behoefte heeft aan nadere informatie. Daarvoor biedt artikel 8:45 lid 1 Awb een voorziening. Op grond daarvan kan de rechtbank partijen en anderen verzoeken schriftelijke inlichtingen te geven en onder hen berustende stukken in te dienen. Partijen zijn verplicht de verlangde inlichtingen te geven (artikel 8:28 Awb). De in artikel 8:45 lid 1 Awb bedoelde ‘anderen’ zijn bestuursorganen die niet bij het geschil zijn betrokken (artikel 8:45 lid 2 Awb) en werkgevers van bij het geschil betrokken partijen (artikel 8:45 lid 3 Awb). Ook zij zijn verplicht om aan een verzoek om informatie van de rechtbank te voldoen. Indien niet wordt voldaan aan de verplichting om inlichtingen te geven of stukken in te dienen, kan de rechtbank daaruit de gevolgtrekkingen maken die haar geraden voorkomen (artikel 8:31 Awb).

4.2 **Artikel 8:29 Awb**

4.2.1 *Procedure*

Artikel 8:29 Awb bevat een regeling voor de wijze waarop tijdens de rechterlijke procedure met vertrouwelijke informatie moet worden omgegaan. Artikel 8:29 lid 1 Awb bepaalt dat partijen die verplicht zijn inlichtingen te verschaffen of stukken over te leggen, dat met een beroep op gewichtige redenen kunnen weigeren dan wel aan de rechter kunnen meedelen dat uitsluitend hij van deze stukken kennis mag nemen. De mogelijkheid tot toezending van stukken aan de rechtbank met het voorbehoud dat alleen de rechter van de stukken kennis mag nemen, bestaat dus niet indien een van de partijen inlichtingen wil verstrekken of een stuk wil indienen, waartoe hij niet verplicht is. In dit verband zij gewezen op een uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) van 21 maart 2002, waarin het CBB oordeelde dat een beroepschrift niet kan worden aangemerkt als een stuk dat vanwege de inlichtingenplicht behoefte te worden verstrekt, zodat ten aanzien van bepaalde gegevens daaruit geen beroep op artikel 8:29 Awb kan worden gedaan.⁵¹

51. CBB 21 maart 2002, nr. 01/666, LJN-nummer AE0767. De Rechtbank Rotterdam heeft zich inmiddels op hetzelfde standpunt gesteld, zie Rb. Rotterdam 10 september 2003, nr. VTELEC 03/2259, n.g.

De rechtbank beslist of de weigering of de beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is (artikel 8:29 lid 3 Awb). In hoger beroep moet opnieuw een beoordeling plaatsvinden. Wanneer de rechter in hoger beroep overigens tot de conclusie komt dat de eerste rechter een verzoek tot geheimhouding ten onrechte heeft gehonoreerd is dat, behoudens het geval van een onaanvaardbaar verlies van instantie, geen reden de zaak terug te verwijzen.⁵² Indien de rechtbank beslist dat de weigering gerechtvaardigd is, vervalt de verplichting om de betreffende inlichtingen of stukken te verstrekken (artikel 8:29 lid 4 Awb). Het niet willen verstrekken van inlichtingen of stukken is uitzonderlijk. Het zal vaker voorkomen dat het bestuursorgaan meedeelt dat alleen de rechtbank van de stukken mag kennisnemen. Wanneer de rechtbank oordeelt dat de beperkte kennisneming gerechtvaardigd is, zal de rechter, gelet op artikel 8:29 lid 5 Awb, slechts mede op grond van het betreffende stuk uitspraak mogen doen wanneer de andere partij(en) daarvoor toestemming geeft/geven.

De wet bepaalt niet dat de beslissing in de zin van artikel 8:29 lid 3 Awb moet worden genomen door andere rechters dan de rechters die op de zaak zitten. Slechts wanneer een partij de gevraagde toestemming weigert, zal de zaak moeten worden verwezen naar een andere kamer (artikel 8:29 lid 5 Awb, laatste volzin). De ratio hiervan is dat vanwege het fair trial-beginsel moet worden voorkomen dat de rechter onbewust zijn oordeel mede baseert op stukken die uiteindelijk niet zijn overgelegd. Deze bepaling over doorverwijzing naar een andere kamer maakt pas sinds de inwerkingtreding van de Eerste Evaluatiewet Awb onderdeel uit van artikel 8:29.⁵³ Daarvoor voorkwamen rechterlijke instanties een eventuele schending van het fair trial-beginsel door de ‘8:29 lid 3-beslissing’ te laten nemen door rechters die niet bij de behandeling van de zaak waren betrokken.⁵⁴ In de praktijk wordt deze oplossing nog steeds gevolgd.⁵⁵

Diverse keren is in hoger beroep onder verwijzing naar artikel 6 EVRM betoogd dat sprake was van een ernstige schending van de processuele gelijkheid, omdat de rechtbank beperkte kennisneming van bepaalde stukken gerechtvaardigd had geacht. Naar aanleiding daarvan heeft de Afdeling in algemene zin – en al voor de inwerkingtreding van de Eerste Evaluatiewet Awb – het volgende overwogen:

‘Artikel 6 van het EVRM bevat minimumnormen voor een eerlijke procesvoering, doch deze normen zijn niet absoluut. De nationale wetgever mag met het oog op een goede procesorde of ter bescherming van het publieke belang of van de belangen van derden, bepaalde procedurevoorschriften en beperkingen stellen, mits het eerlijke karakter van de procesvoering daarmee niet wordt aangetast. Het eerste lid van artikel 8:29 van de Awb betreffende het achterhouden of geheim houden van inlichtingen of stukken, houdt een beperking in van het beginsel van de openbaarheid en dat van ‘equality of arms’. Het artikel bepaalt evenwel, dat deze beperking slechts om ‘gewichtige redenen’ kan worden aan-

52. CRvB 4 april 2003, JB 2003, 182, ABRvS 10 juli 2000, ABkort 2000 en ABRvS 11 mei 2000, JB 2000, 165.

53. Stb. 2002, 53.

54. ABRvS 3 april 2000, JB 2000, 158, en Pres. Rb. Rotterdam 23 november 1998, JB 1998, 290.

55. Zie hierover ook: M. Schreuder-Vlasblom, Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure (Mon. Awb A3), Deventer 2003, p. 247.

gebracht, terwijl het derde lid de toetsing daarvan aan de rechter opdraagt. Acht de rechter de beperking gerechtvaardigd dan is het ingevolge het vijfde lid aan de andere partijen overgelaten te beslissen of de rechter mede op de grondslag van de achtergehouden of geheim gehouden inlichtingen of stukken uitspraak kan doen. De beperkingsmogelijkheid is op deze wijze met zodanige waarborgen omkleed, dat het recht op een eerlijke procesvoering daarmee niet in zijn essentie wordt beperkt.⁵⁶

Artikel 8:29 Awb bevat derhalve naar het oordeel van de Afdeling voldoende waarborgen ter voorkoming van schending van artikel 6 EVRM.

4.2.2 *Gewichtige redenen*

De weigering inlichtingen te verstrekken of stukken in te dienen dan wel de beperking van kennisneming daarvan door de rechter betekent een beperking van het beginsel van processuele openbaarheid. De beperking is alleen gerechtvaardigd, indien zich gewichtige redenen voordoen. Wat gewichtige redenen zijn, of beter gezegd: niet zijn, wordt geregeld in artikel 8:29 lid 2 Awb:

‘Gewichtige redenen voor een bestuursorgaan zijn in ieder geval niet aanwezig voor zover in gevolge de Wet openbaarheid van bestuur de verplichting zou bestaan een verzoek om informatie, vervat in de over te leggen stukken, in te willigen.’

De bepaling komt overeen met artikel 7:4 lid 7 Awb en 7:18 lid 7 Awb. Zoals ik reeds in paragraaf 2.1 heb uiteengezet, vormt de Wob in dit verband dus slechts de ondergrens. Dat betekent dat het zo kan zijn dat artikel 10 Wob zich op zichzelf tegen openbaarmaking van een document aan eenieder zou verzetten, maar dat er desondanks geen gewichtige redenen zijn die nopen tot geheimhouding, zodat het betreffende document wel ter inzage moet worden gelegd.

Uit de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid dat bij de beslissing als bedoeld in artikel 8:29 lid 3 Awb rekening moet worden gehouden met de volgende belangen:

‘Het gaat allereerst om bescherming van het belang dat partijen over en weer beschikken over de relevante informatie om de door hen gewenste positie in procedure in te nemen. Het gaat eveneens om bescherming van het belang dat de rechter beschikt over alle informatie die nodig is om de hem voorgelegde zaak op een juiste en zorgvuldige wijze af te doen. Maar het gaat ook om de bescherming van het belang dat bepaalde gegevens niet, althans slechts in beperkte mate, openbaar worden.’⁵⁷

56. ABRvS 30 juni 2000, JV 2000, 189. Zie bijvoorbeeld ook EHRM 25 september 2001, NJB 2001, nr. 48, ABRvS 7 juli 2000, JB 2000, 226 m.nt. C.L.G.F.H.A. en ABRvS 13 juni 2001, JB 2001, 194.

57. PG Awb II, p. 417.

Het CBB vat deze belangen samen in de vraag of de stukken gegevens bevatten waarvan de andere partijen in het geding de inhoud niet onder ogen dienen te krijgen.⁵⁸ De Centrale Raad van Beroep laat zwaar wegen 'dat de rechter een volledig en onbeperkt onderzoek moet kunnen instellen naar de zaak, zowel wat de feiten als wat het recht betreft'. Ook hecht dit rechtscollege sterk aan het verdedigingsbeginsel, waaruit 'voortvloeit dat de rechter bij het onderzoek en de vaststelling van de feiten zich in beginsel alleen op gegevens van feitelijke aard mag baseren waarvan partijen de juistheid en volledigheid hebben kunnen nagaan en in het proces ter discussie hebben kunnen stellen'.⁵⁹

In de rechtspraak wordt bij de beoordeling van de vraag of sprake is van gewichtige redenen nauw aansluiting gezocht bij de uitzonderingsgronden in de Wob. Ter illustratie wijs ik allereerst op een uitspraak van de president van de Rechtbank Rotterdam:

'Ten aanzien van de in rubriek b onder 3 bedoelde stukken acht verweerder voorts de beperking van de kennisneming geïndiceerd vanwege de aanwezigheid in die stukken van vertrouwelijk aan verweerder medegedeelde bedrijfs- en fabricagegegevens.

(...)

In de tweede plaats overweegt de rechter-commissaris in dit verband dat hij, gelet op artikel 8:29, tweede lid, van de Awb, bij de beoordeling van de vraag of beperking van de kennisneming van (delen) van de door verweerder overgelegde stukken gerechtvaardigd is, groot belang hecht aan het antwoord op een andere vraag, en wel deze of de door verweerder gehanteerde motivering aansluit bij één van de in de artikelen 10 of 11 van de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: de Wob) vermelde gronden.

De rechter-commissaris constateert dat de onder B genoemde motivering is geënt op artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: de Wob).

(...)

De rechter-commissaris heeft kennis genomen van de vertrouwelijke versie van de betreffende stukken en heeft geconstateerd dat de door verweerder niet openbaar gemaakte (delen van) stukken aan dit in de Wob genoemde criterium voldoen.

(...)

Nu het verweerder ingevolge de Wob niet vrijstaat de betreffende (gedeelten van) stukken openbaar te maken, kan de rechter-commissaris slechts tot de vaststelling komen dat er

58. CBB 3 juni 1997, AB 1997, 303 m.nt. JHvdV en CBB 24 januari 1997, AB 1997, 150 m.nt. JHvdV, UCB 1997, nr. 44 m.nt. EJD.

59. CRvB 27 november 1998, AB 1999, 66 m.nt. FP.

dringende redenen zijn die de beperking van de kennisneming van deze stukken rechtvaardigen.

De rechter-commissaris leidt uit de onder A genoemde motivering af dat verweerder het noodzakelijk acht zijn bronnen te beschermen en de methoden en technieken die hij bij zijn onderzoek toepast, geheim te houden.

(...)

De rechter-commissaris (...) overweegt dat deze motivering te herleiden valt tot het bepaalde in artikel 10, tweede lid, aanhef en onder d, van de Wob.

(...)

De rechter-commissaris is van oordeel dat het belang dat door verweerder wordt beklemtoond – (...) – zwaarder dient te wegen dan het belang van verzoekers, Vendex en KBB bij openbaarmaking van de stukken.

(...)

De rechter-commissaris acht derhalve ook deze beperking van de kennisneming gerechtvaardigd.⁶⁰

Ook de Afdeling zoekt aansluiting bij de Wob:

‘In het kader van de behandeling van het verzoek om voorlopige voorziening van de vereniging “Vereniging van Winkelketens in de Doe het zelf branche in oprichting” te Zoetermeer tegen het besluit van de Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer van 3 september 1999, kenmerk BAM/99190334, heeft de minister, vernoemd, overgelegd een vertrouwelijke bijlage bij de mededeling verwijderingsstructuur voor elektrisch en elektronisch (tuin)gereedschap van 31 maart 1999. Hierbij is verzocht om geheimhouding als bedoeld in artikel 8:29 van de Algemene wet bestuursrecht.

(...)

De Voorzitter van de Afdeling heeft met toepassing van artikel 8:29, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht beslist dat beperking van kennisneming van het desbetreffende stuk gerechtvaardigd is. De reden daartoe is gelegen in de omstandigheid dat het verstrekken van deze gegevens bij toepassing van de Wet openbaarheid van bestuur achterwege moet blijven, nu het belang daarvan niet opweegt tegen het belang genoemd in artikel 10, tweede lid, onder g, van die wet dan wel op grond van artikel 10, eerste lid, onder c, van die wet zou moeten worden aangenomen, dat er een absolute weigeringsgrond is.⁶¹

60. Pres. Rb. Rotterdam 19 november 1998, JB 1998, 289 m.nt. HJS.

61. ABRvS 30 december 1999, JB 2000, 47.

De Centrale Raad verwijst weliswaar niet expliciet naar de uitzonderingsgronden van de Wob, maar uit zijn jurisprudentie blijkt dat ook de Centrale Raad een Wob-achtige redenering volgt bij de beoordeling van de vraag of sprake is van gewichtige redenen:

‘De Raad zal allereerst beoordelen of beperking van de kennisneming van bovengenoemde stukken als bedoeld in art. 8:29 lid 1 Awb in hoger beroep gerechtvaardigd is. Gedaagde heeft zich ter rechtvaardiging van zijn verzoek beroepen op het belang van bescherming van de gebruikte onderzoeksmethode en op het belang van bescherming van de bij het onderzoek betrokken personen, en daarbij onder meer gewezen op van de zijde van het ministerie van Buitenlandse Zaken aan gedaagde gegeven aanwijzingen met betrekking tot rapporten van vertrouwensadvocaten.

(...)

De Raad heeft geen aanknopingspunten kunnen vinden voor het oordeel dat in het onderhavige geval belang bestaat bij bescherming van de onderzoeksmethoden die door of namens de vertrouwensadvocaat worden gehanteerd. In genoemde toelichting van het ministerie van Buitenlandse Zaken zijn geen argumenten vermeld die aanleiding zouden kunnen geven voor het oordeel dat een dergelijk belang zich voordoet.

(...)

Voorts ziet dit argument naar het oordeel van de Raad niet zozeer op de bescherming van de methode van onderzoek als wel op de bescherming van de daarbij betrokken personen, zodat met dit argument het belang van bescherming van de methode van onderzoek niet aannemelijk is gemaakt. De Raad heeft voorts evenmin de overtuiging gekregen dat voor gedaagde in het onderhavige geval belang bestaat bij bescherming van de bij het onderzoek betrokken personen.

(...)

De enkele omstandigheid dat sprake was van onwil van getuigen om verklaringen af te leggen acht de Raad in dit verband onvoldoende, terwijl de Raad overigens geen aanknopingspunten heeft gevonden die aanleiding konden geven een belang als evenbedoeld aanwezig te achten.⁶²

Ik heb slechts één uitspraak gevonden waarin de rechtbank oordeelde dat een bepaald stuk op grond van de Wob niet openbaar gemaakt zou behoeven te worden, maar dat desondanks gewichtige redenen ontbraken op grond waarvan weigering of beperkte kennisneming gerechtvaardigd is.⁶³ Die uitspraak komt in paragraaf 4.5 uitgebreid aan de orde. Thans is van belang dat het in die uitspraak ging om een punitieve sanctie.

62. CRvB 12 december 2001, AB 2002, 64 m.nt. FP.

63. Rb. Rotterdam 26 november 2002, AB 2003, 385 m.nt. OJ. Zie over deze uitspraak M.M. Slotboom en A. ter Heegde in het Nederlands Tijdschrift voor Energierecht 2003, nr. 1, p. 26-29 en O.J.D.M.L. Jansen in Markt & Mededinging 2003, p. 147-155.

Vanwege de rechten van de verdediging oordeelde de rechtbank dat gewichtige redenen ontbraken op grond waarvan beperkte kennisneming gerechtvaardigd is. Mij zijn verder geen uitspraken bekend, waarin de rechtbank tot de conclusie is gekomen dat, hoewel een bepaald stuk op grond van de Wob niet openbaar gemaakt zou behoeven te worden, er desondanks geen gewichtige zijn op grond waarvan weigering of beperkte kennisneming gerechtvaardigd is. Daarom trek ik de (voorzichtige) conclusie dat de Wob in de praktijk, (wellicht) met uitzondering van geschillen over punitieve sancties, niet alleen de ondergrens, maar ook de bovengrens vormt voor het antwoord op de vraag of sprake is van gewichtige redenen op grond waarvan de weigering of beperkte kennisneming gerechtvaardigd is.

4.3 Artikel 8:29 Awb en meerpartijengeschillen

Volgens artikel 8:29 lid 1 Awb kan een procespartij de rechtbank in zijn verzoek om beperkte kennisneming meedelen dat alleen de rechtbank kennis mag nemen van de vertrouwelijk overgelegde gegevens. Artikel 8:29 Awb biedt geen grondslag voor een beperking van de kennisneming tot een of enkele partijen. De wet gaat dus uit van alles of niets: een stuk is óf voor alle procespartijen toegankelijk óf alleen voor de rechtbank en de indiener van het stuk. In tweepartijengeschillen levert het ontbreken van een dergelijke grondslag geen probleem op. Wat betreft meerpartijengeschillen, dat wil zeggen geschillen waaraan ook derdebelanghebbenden als procespartij deelnemen, ligt dat anders. In het navolgende ga ik daar nader op in.

In meerpartijengeschillen komt het vaak voor dat zich onder de op de zaak betrekking hebbende stukken documenten bevinden, die afkomstig zijn van de eisende partij (partij A) of van de derdebelanghebbende (partij B) en waarin bedrijfsvertrouwelijke informatie is opgenomen. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan bezwaarschriften waarin bedrijfsvertrouwelijke gegevens staan vermeld. Vanwege de bedrijfsvertrouwelijke informatie die in de stukken is opgenomen, zal het bestuursorgaan genoodzaakt zijn – het bestuursorgaan moet immers voorkomen dat partij A kennis kan nemen van de bedrijfsvertrouwelijke informatie van partij B en andersom – om bij de indiening van de op de zaak betrekking hebbende stukken ten aanzien van die stukken een beroep te doen op artikel 8:29 Awb.

Omdat artikel 8:29 Awb geen grondslag biedt voor een beperking van de kennisneming tot een of enkele partijen, behoeft het verwerend bestuursorgaan bij de indiening van de op de zaak betrekking hebbende vertrouwelijke stukken geen onderscheid te maken tussen stukken die partij A kent en die partij B kent. Wanneer de rechtbank oordeelt dat beperkte kennisneming van die stukken gerechtvaardigd is, zullen zowel partij A als partij B op grond van artikel 8:29 lid 5 toestemming moeten geven voordat de rechtbank mede op basis van die stukken uitspraak kan doen. Zij moeten die toestemming dus ook geven ten aanzien van stukken die van henzelf afkomstig zijn. Wanneer beide partijen vervolgens toestemming geven, is er geen probleem. De rechtbank kan dan kennisnemen van alle relevante stukken en op basis daarvan tot een uitspraak komen. Artikel 8:29 lid 5 geeft partij A en B echter alle ruimte om de

toestemming te weigeren. Onder omstandigheden hebben partijen er soms ook belang bij de toestemming te weigeren. In wezen wordt dan oneigenlijk gebruik gemaakt van de mogelijkheid tot weigering van toestemming die artikel 8:29 lid 5 Awb biedt. Ik licht dit aan de hand van het volgende voorbeeld toe.

Partij B heeft het bestuursorgaan verzocht op te treden tegen een naburig gelegen café vanwege overtreding van de vergunningvoorschriften. Het bestuursorgaan heeft hieraan gehoor gegeven en heeft tijdens de voorbereiding van het besluit op grond van artikel 5:16 Awb inlichtingen gevorderd bij partij A. Partij A heeft die inlichtingen ook verstrekt en daarbij het bestuursorgaan erop gewezen dat de verstrekte informatie bedrijfsvertrouwelijk van aard is. Mede op basis van die informatie heeft het bestuursorgaan vervolgens beslist om aan partij A een last onder dwangsom op te leggen. Tegen dit besluit heeft partij A beroep ingesteld. Partij B heeft zich als derdebelanghebbende gemeld en is door de rechtbank in de gelegenheid gesteld als partij aan het geding deel te nemen. Het bestuursorgaan heeft de op de zaak betrekking hebbende stukken ingediend en daarbij, vanwege de deelname van partij B aan het geding, ten aanzien van de door partij A verstrekte gegevens een beroep gedaan op artikel 8:29 lid 1 Awb en de rechtbank verzocht om beperkte kennisneming. De rechtbank heeft beslist dat de beperkte kennisneming gerechtvaardigd is. Partij A en partij B moeten nu beide toestemming verlenen, zodat de rechtbank op basis van het stuk uitspraak kan doen. Dat geeft partij A de mogelijkheid te voorkomen dat de stukken op basis waarvan het bestuursorgaan tot het voor hem nadelige besluit is gekomen, onderdeel gaan uitmaken van het dossier van de rechtbank. Nu wordt het voor de rechtbank moeilijk om het bestreden besluit te beoordelen, maar zij zal blijkens de jurisprudentie van de Afdeling de gevolgen daarvan voor rekening moeten laten komen van partij A: bij gebrek aan wetenschap zal de rechtbank ervan uit moeten gaan dat het bestuursorgaan op basis van de hem ter beschikking staande gegevens terecht tot het oordeel is gekomen dat sprake is van overtreding van de vergunningvoorschriften.⁶⁴

Het wordt lastiger voor de rechtbank in de situatie waarin het gaat om een document dat bedrijfsvertrouwelijke informatie bevat en dat door partij A aan het bestuursorgaan is verstrekt met de bedoeling het bestuursorgaan ervan te overtuigen dat geen sprake is van overtreding van de vergunningvoorschriften. Ook dit document zal door het bestuursorgaan met een beroep op artikel 8:29 Awb als een op de zaak betrekking hebbend stuk moeten worden ingediend. Indien de rechtbank beperkte kennisneming rechtvaardig acht, zullen partij A en B dus toestemming moeten verlenen. Partij A zal zonder probleem toestemming verlenen, omdat hij het stuk al kent en het bovendien bij zijn beroep zal willen betrekken. Partij B zou ervan af kunnen zien om toestemming te verlenen om zo partij A te belemmeren in zijn verdediging. Het betreffende stuk kan namelijk door de rechtbank niet meer worden betrokken bij de beoordeling van het geschil, zodat partij A het stuk niet kan gebruiken om de rechtbank te overtuigen van zijn gelijk. De rechtbank kan dit niet oplossen door bijvoorbeeld dan partij A het voordeel van de twijfel te gunnen. Het kan immers niet zo zijn dat de rechtbank er

64. ABRvS 4 september 2002, JB 2002, 304.

dan maar vanuit gaat dat het bestuursorgaan de last onder dwangsom ten onrechte heeft opgelegd.

4.4 Aanvulling Awb

Indien partij B niet als derdebelanghebbende aan het geschil had deelgenomen, had het bestuursorgaan de bedrijfsvertrouwelijke informatie die partij A in de voorbereidende fase heeft overgelegd, zonder daarbij een beroep te doen op artikel 8:29 Awb, als een op de zaak betrekking hebbend stuk kunnen indienen. Partij A kent het stuk immers al. Alleen doordat partij B aan het geschil deelneemt en de toestemming als bedoeld in artikel 8:29 lid 5 weigert, kan de rechtbank geen kennis nemen van het document dat door A in de bestuurlijke voorfase aan het bestuursorgaan is overhandigd. Ik vind dit een onbevredigende situatie. Degene van wie het stuk afkomstig is, wordt zo onevenredig benadeeld in zijn mogelijkheden de rechter van zijn standpunt te overtuigen. De toegang tot de rechter wordt hem in zekere zin belemmerd.

In mijn opvatting zou het niet zo moeten zijn dat de rechtbank in een meerpartijengeschil, vanwege het ontbreken van toestemming van een van de partijen, geen kennis kan nemen van stukken die, als sprake zou zijn geweest van een tweepartijengeschil, zonder een beroep op artikel 8:29 Awb aan de rechtbank zouden zijn overgelegd en dus ook zonder meer bij de beoordeling van het beroep betrokken hadden kunnen worden. De volgende oplossing is mogelijk.

In de eerste plaats kan artikel 8:29 Awb zo worden aangepast dat het voor het bestuursorgaan mogelijk wordt om bij de indiening van bepaalde op de zaak betrekking hebbende stukken aan de rechtbank mee te delen dat niet alleen de rechtbank, maar ook een andere partij, namelijk de partij die de stukken tijdens de bestuurlijke voorprocedure heeft ingebracht, kennis mag nemen van deze stukken. Dat kan door in artikel 8:29 Awb een nieuw tweede lid op te nemen:

‘Het bestuursorgaan dat op grond van artikel 8:42, eerste lid, verplicht is de op de zaak betrekking hebbende stukken in te dienen, kan, indien daarvoor gewichtige redenen zijn, wat betreft stukken die van partijen afkomstig zijn, de rechtbank meedelen dat uitsluitend zij en de partij van wie het stuk afkomstig is, kennis zal mogen nemen van de stukken.’

Om vervolgens te voorkomen dat derden, door het niet-verlenen van toestemming, bewerkstelligen dat de rechtbank niet op basis van die stukken uitspraak kan doen, dient in de tweede plaats het huidige artikel 8:29 lid 5 Awb buiten toepassing te worden verklaard:

‘Artikel 8:29 lid 6 (het huidige lid 5!) is niet van toepassing ten aanzien van stukken als bedoeld in (het nieuwe!) artikel 8:29 lid 2 Awb.’

Zodoende accepteren wij enige mate van selectieve beperking van openbaarheid van stukken tijdens de rechterlijke procedure. In de volgende paragrafen zal ik bij wijze

van illustratie laten zien dat de aanvaarding van enige mate van selectieve beperking in de openbaarheid ook kan bijdragen aan een ordentelijke behandeling van procedures over punitieve sancties, waaraan ook derdebelanghebbenden deelnemen.

4.5 Artikel 8:29 Awb en punitieve sancties

In de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 26 november 2002 stond centraal het besluit van de d-g NMa van 27 maart 2000, waarin de d-g NMa de bezwaren van SEP tegen zijn besluit van 26 augustus 1999 ongegrond heeft verklaard. Bij laatstgenoemd besluit heeft de d-g NMa, naar aanleiding van een klacht van Norsk Hydro aan SEP, een boete van f 14 miljoen opgelegd wegens overtreding van artikel 24 Mw.

De rechtbank zag zich eerst gesteld voor de vraag of Norsk Hydro als derdebelanghebbende kon worden aangemerkt bij het besluit van 26 november 2002. De rechtbank beantwoordde die vraag bevestigend:

‘Norsk Hydro is, als toentertijd beoogd contractspartij van SEP, belanghebbende bij het besluit van verweerder van 26 augustus 1999, waarin een mededingingsrechtelijke beoordeling wordt gegeven van het litigieuze handelen van SEP. Norsk Hydro is daarmee ook belanghebbende bij het bestreden besluit, waarbij die beoordeling in stand is gelaten. Norsk Hydro heeft verklaard dat haar procesbelang is gelegen in de door haar jegens eiseres te entameren civielrechtelijke actie tot vergoeding van de schade die het gevolg is van het niet tot stand komen van de door haar beoogde transportovereenkomst met SEP (...). Gelet op de – mogelijke – werking die een (in rechte vaststaand) oordeel van verweerder omtrent de toepasselijkheid van artikel 24, eerste lid, van de Mw zou kunnen hebben in een civielrechtelijke procedure, is daarmee gegeven dat ook sprake is van procesbelang van Norsk Hydro.’

Daardoor was dus sprake van een meerpartijengeschil waarin een besluit tot oplegging van een boete centraal stond. Voor de rechtbank was dit aanleiding om uitgebreid uiteen te zetten op welke wijze artikel 8:29 Awb moet worden toegepast in een procedure over een punitieve sanctie:

‘2.3.2 Met betrekking tot de toepassing van artikel 8:29 van de Awb

Het opleggen van een (bestuurlijke) boete op grond van de artikelen 56, eerste lid, aanhef en onder a, en 57 van de Mw is een punitieve sanctie. Een besluit omtrent het opleggen van een dergelijke boete valt daarmee onder het begrip “criminal charge” in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM). Dat betekent dat daarop niet alleen de rechten en waarborgen van artikel 6, eerste lid, van het EVRM van toepassing zijn, maar ook die van artikel 6, tweede en derde lid, van het EVRM, waaronder – kort gezegd – het recht op het voeren van een adequate verdediging. Uit de vaste jurisprudentie, ook van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) en van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: het Hof), volgt dat voor het kunnen voeren van een adequate verdediging onder meer is vereist dat de overtreder inzage heeft in alle stuk-

ken die door het tot boetoplegging bevoegde bestuursorgaan aan het besluit omtrent het opleggen van een boete ten grondslag zijn gelegd dan wel anderszins relevant zijn voor (de toetsing van) dat besluit. Dat geldt zowel voor de stukken die van belang zijn voor de “bewezenverklaring” als voor de stukken die van belang zijn voor de “strafmaat”.

De onderhavige, direct werkende, verdragsbepalingen brengen met zich, dat verweerder bij de terinzagelegging van alle op de zaak betrekking hebbende stukken in het kader van de primaire besluitvorming, geen beroep kan doen op artikel 60, derde lid, van de Mw in verbinding met artikel 3:11, tweede lid, van de Awb in verbinding met artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wob voorzover het gaat om stukken die van belang zijn voor de bewezenverklaring en voor de strafmaat. Dergelijke stukken moeten dus terinzage worden gelegd. Voorzover verweerder ten aanzien van een of meer van dergelijke stukken niettemin het belang van de bedrijfsvertrouwelijkheid wil laten prevaleren en die stukken daarom niet terinzage wil leggen, kan verweerder die keuze in beginsel maken. In dat geval kunnen en mogen die stukken echter niet worden betrokken bij de totstandkoming van een bewezenverklaring en ook niet bij de bepaling van de strafmaat.

Een en ander is evenzeer van toepassing in het kader van de bezwaarschriftprocedure (vgl. artikel 7:4, tweede, derde, zesde en zevende lid, van de Awb).

Voor de toepassing van artikel 8:29 van de Awb brengt het voorgaande met zich, dat bij de beoordeling of de op grond van artikel 8:29, eerste lid, van de Awb gevraagde weigering of beperking van de kennisneming moet worden toegestaan, een beroep op het bedrijfsvertrouwelijke karakter ten aanzien van stukken als hiervoor bedoeld niet kan leiden tot het oordeel dat weigering of beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is.⁶⁵

Kortom: stukken die door het bestuursorgaan worden betrokken bij de bewezenverklaring en de strafmaat, moeten volgens de Rechtbank Rotterdam, ongeacht de vraag of sprake is van bedrijfsvertrouwelijke gegevens als bedoeld in artikel 10 lid 1 onder c Wob, altijd terinzage worden gelegd. Tijdens de rechterlijke procedure zijn er geen gewichtige redenen die beperkte kennisneming rechtvaardigen.

Uiteraard heeft de rechtbank gelijk wanneer zij stelt dat de overtreder recht heeft op inzage in alle stukken die van belang zijn voor de bewezenverklaring en de strafmaat. Tegelijkertijd vind ik dat de rechtbank wel heel gemakkelijk voorbij gaat aan de absolute bescherming die bedrijfsgegevens op grond van artikel 10 lid 1 onder c Wob genieten. De overtreder wordt zo dubbel gestraft: eerst doordat zijn bedrijfsgegevens aan concurrenten bekend worden en vervolgens door de bestuurlijke boete.

Het probleem van de dubbele bestraffing wordt mijns inziens in belangrijke mate veroorzaakt doordat artikel 8:29 Awb in haar huidige vorm geen mogelijkheid van selectieve openbaarheid van gedingstukken toestaat. De rechtbank kan niet beslissen

65. Rb. Rotterdam 26 november 2002, AB 2003, 385 m.nt. OJ. Zie over deze uitspraak: M.M. Slotboom en A. ter Heegde in het Nederlands Tijdschrift voor Energierecht 2003, nr. 1, p. 26-2929 en O.J.D.M.L. Jansen in Markt & Mededinging 2003, p. 147-155.

dat beperkte kennisneming jegens de beboete partij niet en jegens de derdebelanghebbende wel gerechtvaardigd is. Door artikel 8:29 Awb in de hiervoor door mij bepleite zin aan te passen, kan worden voorkomen dat in ieder geval de bedrijfsgegevens die staan vermeld in de stukken die van de beboete partij afkomstig zijn, aan de concurrenten bekend raken. Het bestuursorgaan dat die stukken als op de zaak betrekking hebbende stukken moet indienen, zal de rechtbank op grond van het nieuwe tweede lid van artikel 8:29 Awb meedelen dat alleen de rechtbank én de beboete partij van de stukken kennis mogen nemen. De rechtbank hoeft bij de beoordeling van de vraag of er gewichtige redenen zijn die beperkte kennisneming rechtvaardigen, geen rekening meer te houden met het recht op het voeren van een adequate verdediging dat aan de beboete partij toekomt. Die partij kan immers gewoon kennisnemen van de stukken. Indien daadwerkelijk sprake is van bedrijfsgegevens in de zin van artikel 10 lid 1 onder c Wob, zal de rechtbank eenvoudig tot de conclusie kunnen komen dat beperkte kennisneming gerechtvaardigd is. Vanwege het bepaalde in het nieuwe artikel 8:29 lid 6 is toestemming van de derdebelanghebbende niet nodig, zodat de rechtbank de stukken zonder meer kan betrekken bij de beoordeling van het beroep dat door de beboete partij is ingesteld. Aan de beboete partij kan zo een eerlijk proces worden gegarandeerd, zonder dat tegelijkertijd zijn bedrijfsgegevens aan de derdebelanghebbende bekend worden.

Stellingen

- I De mededeling als bedoeld in de artikelen 3:11 lid 2, 3:21 lid 3, 7:4 lid 6 en 7:18 lid 6 Awb dient te worden aangemerkt als een procedurebeslissing in de zin van artikel 6:3 Awb en is niet afzonderlijk vatbaar voor bezwaar en beroep.
- IIa De mededeling van een bestuursorgaan aan een betrokkene dat door die betrokkene als vertrouwelijk aangemerkte documenten desondanks ter inzage worden gelegd, dient te worden aangemerkt als een besluit in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb.
- IIb In de Awb dient dit tot uitdrukking te worden gebracht.
- IIc De Awb dient te voorzien in een spoedprocedure voor de behandeling van beroepen tegen besluiten als bedoeld in stelling IIa.
- IIIa Wanneer het bestuursorgaan voorafgaand aan de actieve openbaarmaking van een besluit een oordeel geeft over de toepasselijkheid van artikel 10 Wob, dient dat oordeel als een appellabel besluit te worden beschouwd.
- IIIb In de Awb dient dit tot uitdrukking te worden gebracht.
- IIIc De Awb dient te voorzien in een spoedprocedure voor de behandeling van beroepen tegen besluiten als bedoeld in stelling IIIa.
- IV Het is wenselijk dat in meerpartijengeschillen de mogelijkheid bestaat dat de beperkte kennisneming van stukken wordt beperkt tot de rechtbank en de partij van wie de stukken afkomstig zijn.

Het belangvereiste in bestuursrechtelijke procedures

*Mr. dr. J.C.A. de Poorter**

1	Inleiding	53
1.1	Introductie	53
1.2	Het belanghebbende-begrip onder vuur	53
1.3	Probleemstelling en opbouw	55
2	Enige opmerkingen over de ontwikkeling van ons stelsel van bestuursprocesrecht	57
2.1	Doelstelling van de bestuursrechtspraak	57
2.2	Betekenis van de rechtsbeschermingsfunctie	58
	– Het traditionele onderscheid: contentieux objectief vs. contentieux subjectief	58
	– De Awb-wetgever maakt een andere keuze: effectieve geschillenbeslechting	58
2.3	Consequenties voor het belanghebbende-begrip	60
3	Naar een relativiteitsvereiste in het bestuursrecht?	61
3.1	Wat zijn de problemen met het huidige belanghebbende-begrip?	61
3.2	De betekenis van de relativiteitsleer	62
3.2.1	Het feitelijk belanghebbende-begrip van artikel 1:2 Awb	62
3.2.2	De relativiteitsleer of Schutznormtheorie	62
	– Inhoud relativiteitsleer of Schutznormtheorie	62
	– Ter onderscheiding: een ‘specialiteitstoets’	63
3.2.3	Feitelijk belang versus relativiteit: maakt het verschil?	65
3.3	Intermezzo: vorm van de invoering van een relativiteitsvereiste	68
	– Een drietal mogelijke benaderingen	68
	– Beoordeling	70
3.4	Argumenten voor en tegen een relativiteitsvereiste	71

* Jurgen de Poorter is als universitair docent verbonden aan de Vakgroep Staats- en Bestuursrecht van de Universiteit van Tilburg. Hij promoveerde onlangs op het proefschrift ‘De belanghebbende. Een onderzoek naar de betekenis van het belanghebbende-begrip in het bestuurs(proces)recht’, Den Haag 2003. Hij dankt prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels, prof. mr. N. Verheij en prof. mr. B.W.N. de Waard voor hun commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage.

3.4.1	Argumenten vóór de relativiteitsleer	71
3.4.1.1	Een relativiteitsleer past beter in het systeem van de Awb	71
3.4.1.2	Relativiteitsleer voorkomt 'oneigenlijk gebruik' van procesrecht	72
3.4.1.3	Relativiteitsleer leidt tot lastenverlichting	74
3.4.1.4	Meer congruentie tussen jurisprudentie van civiele rechter en bestuursrechter	75
3.4.2	Argumenten tegen de relativiteitsleer	77
3.4.2.1	Mogelijk ernstig getroffen worden van rechtsbescherming uitgesloten	77
3.4.2.2	Relativiteitsleer past niet (goed) in de bezwaarschriftprocedure	78
3.4.2.3	Relativiteitsleer leidt tot extra moeilijkheden en daarmee tot lastenverzwaring	79
3.5	Conclusie	80
4	Beroepsrecht voor belangenorganisaties	83
4.1	Inleiding	83
4.2	De collectieve actie: een juridisch monstrum?	83
4.2.1	Gebrek aan democratische legitimatie?	83
4.2.2	Ongelijkheid en willekeur?	85
4.2.3	Ongewenste 'zaakwaarneming'?	86
4.3	Het collectieve actierecht: een rechtsstatelijk vangnet!	87
4.3.1	Countervailing powers	87
4.3.2	Waardevolle bescherming van boven-individuele belangen	88
4.3.3	Roeien tegen de internationaalrechtelijke stroom in	89
4.4	Slotopmerkingen	90
5	Conclusie	91
	Stellingen	93

1 Inleiding

1.1 Introductie

Het VAR-bestuur heeft als onderwerp voor de beraadslaging op de vergadering van de jonge VAR-leden gekozen voor: ‘Toegang tot de rechter: openbaarheid en beroepsrecht’. Het voor u liggende preadvies gaat over het laatstgenoemde onderdeel: het beroepsrecht. De term ‘beroepsrecht’ is echter nogal breed, zodat enige afbakening is gewenst.

Onder beroepsrecht versta ik het zogenoemde ‘ius agendi’, dat wil zeggen: het recht om van de rechter een uitspraak *ten gronde* te vragen. Hiertoe gelden twee soorten eisen: allereerst eisen met betrekking tot de bevoegdheid van de rechter in samenhang met het onderwerp van de vordering (appellabel besluit) en daarnaast gelden eisen die te maken hebben met de hoedanigheid en de persoon van de aanlegger (het belangvereiste).¹ In dit preadvies zal echter uitsluitend op dit belangvereiste worden ingegaan; aan wie moet het recht om tegen een besluit van een bestuursorgaan in rechte op te komen worden toegekend? Kan het belanghebbende-begrip, zoals we dat nu kennen, worden gehandhaafd, of is een andere benadering vereist?

1.2 Het belanghebbende-begrip onder vuur

Ingevolge artikel 1:2 lid 1 Awb moet onder een belanghebbende worden verstaan: degene wiens belang rechtstreeks bij het besluit is betrokken. Onder een belang als hier bedoeld moet blijkens het tweede en derde lid ook worden verstaan de aan een bestuursorgaan toevertrouwde belangen en de algemene en collectieve belangen die een rechtspersoon zich statutair en blijkens feitelijke werkzaamheden ten doel heeft gesteld te behartigen. Het belanghebbende-begrip dient ingevolge artikel 8:1 lid 1 Awb als afbakening voor de kring van beroepsgerechtigden, maar is als zodanig niet onomstreden. Steeds vaker valt zowel op politiek niveau als in de juridische literatuur kritiek te beluisteren op de invulling van dit belanghebbende-begrip. In de kern komt deze kritiek erop neer dat de kring van beroepsgerechtigden in bestuursrechtelijke procedures te ruim zou zijn; de bestuursrechtelijke rechtsbescherming zou te ver zijn doorgeschoten. Twee heel actuele thema’s binnen deze discussie over herijking van het

1. Daarnaast kan het zijn dat een eenmaal bestaand beroepsrecht verloren gaat doordat niet voorafgaand aan het beroep op de rechter bezwaar is ingesteld wanneer zulks wel had gemoeten, doordat niet binnen de termijn bezwaar is gemaakt of beroep is ingesteld, door het niet overleggen van een machtiging of het niet voldaan hebben van griffierechten, enz.

belanghebbende-begrip zijn: a) bestaat in het bestuursrecht behoefte aan de introductie van enigerlei vorm van relativiteitsvereiste? en b) moet aan belangenorganisaties nog langer toegang tot de bestuursrechter worden geboden?

Ten aanzien van het eerste thema kan worden gewezen op het rapport van de Commissie Evaluatie Awb II die een nader onderzoek naar de invoering van een relativiteits- of Schutznormvereiste voorstelt om op deze wijze een mogelijk oneigenlijk gebruik van de rechtsbescherming te kunnen tegengaan.² Voorts is er vrij recent een (concept-)rapport verschenen van de Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor bestuursrecht VAR, waarin de introductie van een relativiteitsvereiste wordt bepleit: vernietiging van het besluit zou nog slechts aan de orde mogen zijn, indien door het bestuursorgaan rechtsnormen zijn overtreden die de specifieke belangpositie van de aanlegger beogen te beschermen.³ Verschillende auteurs hebben zich in hun publicaties bij deze opvatting aangesloten.⁴ Daar staat overigens tegenover dat door andere auteurs de huidige leer nog steeds wordt verdedigd als qua uitgangspunt de beste.⁵ Inmiddels heeft het ministerie van Justitie echter aangekondigd onderzoek te zullen doen naar een herijking van het belanghebbende-begrip, althans naar het introduceren van een relativiteitsvereiste in het Nederlandse bestuursrecht.

Daarnaast ligt het belanghebbende-begrip onder vuur omdat het natuurlijke personen, rechtspersonen en andere entiteiten niet alleen in de gelegenheid stelt voor hun eigen belangen op te komen, maar bepaalde entiteiten onder omstandigheden ook de mogelijkheid biedt om andere dan volstrekt eigen, individuele belangen te behartigen. Met name de belangenorganisaties moeten het ontgelden. Dit geluid valt niet alleen in de juridische literatuur,⁶ maar ook in bestuurlijke en politieke kringen te beluisteren. Zo was reeds in het rapport van de Commissie van Kemenade een afkeer van het zogenoemde collectieve actierecht te proeven,⁷ en inmiddels is ook in de Tweede Kamer aangedrongen op een beperking van het beroepsrecht voor belangenorganisaties. Zo is op 17 december 2002 een motie van de Kamerleden Spies (CDA), Klein Molekamp (VVD) en Alblas (LPF) aangenomen, er toe strekkende dat in gevallen waarin alleen sprake is van lokale overlast of hinder slechts direct omwonenden als belanghebbende worden aangemerkt.⁸ In antwoord op vragen van de Kamerleden Duyvendak (GroenLinks) en Van der Staaij (SGP) bevestigde mevrouw Spies dat deze

2. Verslag van de Commissie Evaluatie Awb II (Commissie Boukema), p. 18.

3. Concept-rapport Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor bestuursrecht VAR (maart 2003), p. 60.

4. Vgl. M. Schreuder-Vlasblom, Kroniek Bestuursprocesrecht, NTB 2003, p. 181; B.J. Schueler, Het Zand in de machine. Over de noodzaak tot beperking van de rechtsbescherming (oratie UvA), Deventer 2003, p. 20-24 en M. Scheltema & M.W. Scheltema, Gemeenschappelijk recht, Deventer 2003, p. 302-306.

5. Zie bijvoorbeeld J.C.A. de Poorter, De belanghebbende. Een onderzoek naar de betekenis van het belanghebbende-begrip in het bestuurs(proces)recht, Den Haag 2003 en S.E. Zijlstra, Rechtsbescherming en de kwaliteit van het overheidsbestuur. De gevolgen van recente ontwikkelingen in het bestuursprocesrecht en het interbestuurlijk toezicht voor het stelsel van rechtmatigheidscontrole op overheidshandelen, bezien in het licht van de beginselen van de rechtsstaat, in: F.J. van Ommeren en S.E. Zijlstra (red.), De rechtsstaat als toetsingskader, Den Haag 2003.

6. Zie J.M.H.F. Teunissen, De algemeen belangorganisatie als bestuursrechtelijk (pseudo-)Openbaar Ministerie?, Gst. 2003, 7179, p. 61-69 en 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 2000, p. 43-58.

7. Zie het rapport van de werkgroep inzake de terugdringing van de juridisering van het openbaar bestuur (naar zijn voorzitter ook wel: Commissie van Kemenade), Bestuur in geding, november 1997.

8. Kamerstukken II 2002/03, 28 600 XI, nr. 73, p. 10-12.

beperking tot de ‘kring van omwonenden’ inderdaad zou kunnen betekenen dat belangenorganisaties geen bezwaar- en beroepsrecht meer hebben.

Beide hiervoor genoemde thema’s zijn erg actueel en vormen de speerpunten in de discussie over de toekomst van het belanghebbende-begrip. Om die reden is ervoor gekozen deze twee onderwerpen in dit preadvies centraal te stellen.

1.3 Probleemstelling en opbouw

De hiervoor omschreven ontwikkelingen vormen het uitgangspunt bij het schrijven van dit preadvies. Daarbij zal ik trachten een antwoord te geven op de vraag:

Verdient het aanbeveling de kring van belanghebbenden te beperken door het invoeren van een relativiteitsvereiste en door het afschaffen van het beroepsrecht voor belangenorganisaties?

Ter beantwoording van deze vraag zal allereerst in hoofdstuk 2 – bij wijze van juridisch kader waarbinnen de beantwoording van deze vraag behoort plaats te vinden – worden stilgestaan bij de doelstelling van ons stelsel van bestuursprocesrecht: wat voor consequenties heeft de richting waarin dit stelsel zich ontwikkelt voor de invulling van het belanghebbende-begrip? Daarna zal in hoofdstuk 3 worden ingegaan op de vraag of het aanbeveling verdient om in het Nederlandse bestuursrecht op enigerlei wijze een relativiteitsvereiste te introduceren: welke zijn de problemen die we daarmee trachten op te lossen en wegen de veronderstelde voordelen wel in voldoende mate op tegen eventuele nadelen? In hoofdstuk 4 wordt de vraag aan de orde gesteld of het beroepsrecht voor belangenorganisaties inderdaad (geheel of gedeeltelijk) moet worden afgeschaft of juist moet worden gekoesterd. Het geheel zal worden afgesloten met enkele concluderende opmerkingen en enige stellingen in hoofdstuk 5.

2 Enige opmerkingen over de ontwikkeling van ons stelsel van bestuursprocesrecht

2.1 Doelstelling van de bestuursrechtspraak

De visie op het doel van de bestuursrechtspraak bepaalt in hoge mate de vormgeving van het stelsel van procesrecht en dus ook de wijze waarop invulling moet worden gegeven aan de kring van beroepsgerechtigden. Daarom is het noodzakelijk om op deze plaats eerst in te gaan op de ontwikkelingen in het denken over de doelstelling van de bestuursrechtspraak en de gevolgen die dit heeft voor het belangvereiste.

De historisch eerste doelstelling van bestuursrechtspraak is – zo lezen we in de memorie van toelichting – de handhaving van het objectief publiekrecht. Lange tijd werd vooral deze toezichtsfunctie van de bestuursrechter geaccentueerd; de taak van de rechter bestond uit het controleren van de rechtmatigheid van het overheidsoptreden. Langzamerhand werd echter ingezien dat rechtspraak een weinig doelmatig middel is ter controle van het bestuurlijk optreden. Met de totstandkoming van de Awb is de gedachte dat de bestuursrechtspraak dient als controlemiddel op het bestuur dan ook definitief verlaten. Als primaire doelstelling van het bestuursprocesrecht is niet gekozen voor de objectieve rechtmatigheidscontrole, maar uitdrukkelijk voor het bieden van individuele rechtsbescherming:⁹

‘Voor elke regeling van procesrecht – die immers uit de aard der zaak dienstbaar is aan het geldend maken van aan het materiële recht ontleende aanspraken – geldt dat haar toepassing leidt tot het handhaven van het objectieve recht. Dat is voor het bestuursprocesrecht niet anders. Waar het om gaat, is dat als gevolg van de veranderde verhouding tussen bestuursorgaan en burger de handhaving van het objectieve publiekrecht niet langer een zelfstandige, laat staan de primaire doelstelling van het bestuursprocesrecht kan zijn.’

Deze keuze voor individuele rechtsbescherming – niet alleen als primaire, maar zelfs als enige functie van de rechterlijke beoordeling – behoort het richtpunt te zijn bij de vormgeving van de structuur van het bestuursprocesrecht. De vraag wie er toegang tot de bestuursrechter moet worden geboden behoort derhalve primair te worden

9. Kamerstukken II 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 35.

bezien in het licht van deze rechtsbeschermingsfunctie. Daarvoor is het wel van belang eerst nog een enkel woord te wijden aan de precieze betekenis van dit begrip ‘individuele rechtsbescherming’.

2.2 Betekenis van de rechtsbeschermingsfunctie

Bij de totstandkoming van de Awb is een keuze gemaakt voor het bieden van individuele rechtsbescherming als primaire doelstelling van bestuursrechtspraak, maar wat betekent dat nu precies?

Het traditionele onderscheid: contentieux objectief vs. contentieux subjectief

Ten aanzien van de doelstelling van bestuursrechtspraak wordt traditioneel een, aan de Franse doctrine ontleend, onderscheid gemaakt tussen het zogenoemde contentieux objectief en het contentieux subjectief.¹⁰ Bij de eerstgenoemde variant wordt de taak van de bestuursrechter gezocht in het uitvoeren van een toezichtsfunctie op de legaliteit van het overheidsoptreden. Het voorwerp van geschil wordt hierbij gevormd door een bepaalde vorm van overheidshandelen, die in volle omvang op rechtmatigheid wordt getoetst. Het ligt daarbij voor de hand om aan de hoedanigheid van de aanlegger van het geding niet al te hoge eisen te stellen. Het contentieux subjectief daarentegen betreft een procesvorm die juist primair in het teken staat van het bieden van individuele rechtsbescherming, in die zin dat de controle op de rechtmatigheid van het overheidsoptreden niet als doel op zichzelf geldt, maar dat de individuele rechtspositie van de appelland als voorwerp van geschil centraal wordt gesteld. De enkele objectieve onrechtmatigheid van een besluit legitimeert in dat geval nog geen gegrondverklaring van het beroep; beoordeeld wordt in hoeverre de subjectieve rechten van de aanlegger zijn geschonden en hoe een eventuele schending daarvan behoort te worden geredresseerd. Het beroepsrecht is daarbij afgeleid van het recht of het belang waarvoor bescherming wordt gevraagd.

De Awb-wetgever maakt een andere keuze: effectieve geschillenbeslechting

Kijken we nu naar de wijze waarop de hoofddoelstelling van het bieden van individuele rechtsbescherming in de Awb is uitgewerkt, dan blijkt van een contentieux subjectief in de bovenvermelde zin geen sprake te zijn.¹¹ In de Awb-praktijk is er geen sprake van individuele rechtsposities als voorwerp van geschil, maar van publiekrechtelijke gezagsbesluiten die worden gecontroleerd op vorm en verenigbaarheid met het recht. Maar betekent dit nu dat het centraal stellen van het besluitbegrip als voorwerp van geschil meteen moet worden gekwalificeerd als een systeemfout? Of heeft de

10. Zie over dit onderscheid bijvoorbeeld P.H. Banda, Administratief procesrecht in vergelijkend perspectief. Een rechtsvergelijkende studie naar de invloed van de functie van het beroep op de rechter bij de regeling van het administratief procesrecht (diss. Tilburg), Zwolle 1989.

11. Zoals kritisch wordt opgemerkt door o.a. A.Q.C. Tak, De ongewenste discussie, in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), Nieuwe bestuursprocesrecht, Deventer 1992, p. 74-79; M. Schreuder-Vlasblom, Kroniek bestuursprocesrecht, NTB 2001, p. 126-127 en R.J.N. Schlössels, Het belanghebbende-begrip: een blik op de actuele rechtspraak inzake artikel 1:2 lid 1 en 2 Awb, JBPlus 2001, p. 103.

Awb-wetgever met de idee van individuele rechtsbescherming wellicht iets anders bedoeld dan de klassieke opvatting van het contentieux subjectief?

Dat laatste is naar mijn mening inderdaad het geval. Met de keuze voor het primaat van de individuele rechtsbescherming heeft de wetgever niet bedoeld te kiezen voor een contentieux subjectief, maar eerder voor een op *geschillenbeslechting* gerichte procesvariant. Gedoeld is op een ontwikkeling van een procesmodel waarbij de bestuursrechter het gehele besluit op rechtmatigheid toetst naar een procesvorm waarin hij zich (in beginsel) beperkt tot die onderdelen van het bestreden besluit die tussen partijen in geding zijn. Als een burger in beroep komt tegen een verleende bouwvergunning en daarbij slechts aanvoert dat dit besluit voor wat betreft de hoogte van het bouwwerk in strijd is met bepalingen uit het vigerende bestemmingsplan, dan zal de rechter zich in zijn beoordeling moeten beperken tot dit aangevoerde aspect. Het gaat de rechter in dat geval niet aan in te grijpen omdat niet is voldaan aan de eisen van welstand; waarom zou de rechter op die grond gaan vernietigen als de appellant daar kennelijk weinig last van ondervindt? Deze keuze voor een primair op geschillenbeslechting gerichte procedure is met name neergelegd in het bepaalde in artikel 8:69 Awb, waaruit volgt dat het de rechter niet is toegestaan 'ultra petita' te gaan en (als species van het genus 'ultra petita' gaan) tot een 'reformatio in peius' te komen. De gedachte is derhalve dat het bestuursprocesrecht veel meer dan voorheen het geval was een adequaat kader behoort te bieden voor het bindend beslechten van een rechtsgeschil in de verhouding tussen burger en bestuur. Deze verschuiving gaat gepaard met een ontwikkeling van een overwegend inquisitoir naar een meer contradictoair procesrecht met een daarbij behorende meer autonome rol voor partijen. De bestuursrechterlijke procedure heeft zich onder de Awb derhalve verder ontwikkeld in de richting van een partijengeding.

Het streven om het bestuursprocesrecht om te buigen van een op objectieve rechtmatigheidscontrole gerichte procesvorm naar een model van geschillenbeslechting lijkt mij op zichzelf juist. Zoals ik reeds elders heb aangegeven past de daarmee gepaard gaande processuele autonomie van de burger goed bij de in het materiële recht bestaande visie dat de verhouding tussen burger en bestuur steeds meer als een rechtsbetrekking moet worden aangemerkt.¹² De burger staat in een door normen van objectief publiekrecht beheerste rechtsverhouding tot het bestuur en kan aldus de inachtneming van bepaalde van deze rechtsnormen vorderen, maar tegelijkertijd ook in de schending van andere berusten. Bovendien is het uit een oogpunt van rechtszekerheid voor de betrokkenen weinig gelukkig, indien de rechter de bevoegdheid wordt toegekend om ook buiten de grenzen van het aan hem gepresenteerde geschil te treden. Het kan partijen danig overrompelen en bovendien tot de vervelende situatie leiden dat burgers als gevolg van de uitspraak in een ongunstiger positie komen te verkeren dan waarin ze zich bevonden toen ze de gang naar de bestuursrechter inzetten.

12. Zie J.C.A. de Poorter, De belanghebbende. Een onderzoek naar de betekenis van het belanghebbende-begrip in het bestuurs(proces)recht, Den Haag 2003, p. 87-88.

2.3 Consequenties voor het belanghebbende-begrip

Heeft de keuze voor een op ‘individuele rechtsbescherming’ gericht procesmodel nu onmiddellijke consequenties voor het antwoord op de vraag wie er toegang tot de bestuursrechter behoort te hebben? In de literatuur wordt wel gezegd dat men bij het tot stand brengen van de Awb inconsequent is geweest.¹³ De gedachte van deze auteurs lijkt te zijn dat wanneer we kiezen voor een op rechtsbeschermingsleest geschoeid procesmodel, toch te eisen valt dat dan de rechtspositie van de appellant – in de zin van het geschonden subjectief recht, of althans: een door het recht beschermd belang – als voorwerp van geschil centraal wordt gesteld. Een benadering als de huidige – waarbij degene die als feitelijk gevolg van het bestreden besluit in zijn belangen is getroffen een aanspraak heeft jegens het bestuursorgaan op inachtneming van alle ten aanzien van de inhoud en de totstandkoming relevante rechtsnormen, ongeacht de betrokkenheid daarvan op eigen recht of belang – wordt tegen de achtergrond van het begrip rechtsbescherming door iemand als Teunissen wel gekwalificeerd als ‘systeemfout’.

Maar is deze kritiek nu wel terecht? Ik denk het niet. Met de inwerkingtreding van de Awb heeft de wetgever – zoals hiervoor opgemerkt – slechts een stap gezet naar een procesmodel waarbij de rechter niet meer het gehele bestuursbesluit toetst, maar zich beperkt tot het beslechten van het geschil zoals dat partijen verdeeld houdt. Deze keuze voor individuele rechtsbescherming – in de zin van: een op geschillenbeslechting gerichte procesvariant – zegt op zichzelf nog helemaal niet zoveel over de vraag *wie* zijn geschil met een bestuursorgaan aan de rechter moet kunnen voorleggen. In beginsel kan immers ‘eenieder’ een geschil hebben met een bestuursorgaan over bepaalde aan een besluit klevende gebreken. Het zegt slechts dat *als* het geschil eenmaal aan een rechter wordt voorgelegd deze zich heeft te houden aan de rechtsstrijd zoals die door partijen is afgebakend. Het voorop stellen van de individuele rechtsbescherming betekent op zichzelf dus nog niet dat beoogd is het bestuursrecht in de sleutel van subjectieve, uit het publiekrecht voortvloeiende rechten te zetten. Eerder is er sprake van een ontwikkeling waarvan nog moet worden afgewacht in hoeverre die verder zal gaan. Zo is het de vraag of binnen dit model van geschillenbeslechting in de toekomst nog steeds het besluit als voorwerp van geschil centraal moet blijven staan, of toch meer accent moet worden gelegd op de rechtspositie van de appellant. Het is echter te kort door de bocht om onder verwijzing naar de rechtsbeschermingsfunctie de huidige systematiek zonder meer als inconsequent te betitelen.

13. M. Schreuder-Vlasblom, Kroniek bestuursprocesrecht, NTB 1999, p. 247 en NTB 2001, p. 126-127. Zie voorts R.J.N. Schlössels, Het belanghebbende-begrip: een blik op de actuele rechtspraak inzake artikel 1:2 lid 1 en 2 Awb, JBPlus 2001, p. 103.

3 Naar een relativiteitsvereiste in het bestuursrecht?

3.1 Wat zijn de problemen met het huidige belanghebbende-begrip?

Zoals ik hiervoor reeds opmerkte, wordt het huidige belanghebbende-begrip regelmatig ter discussie gesteld en komt de vraag terug of het eigenlijk niet anders zou moeten. We zouden er – zo valt in deze discussie te beluisteren – goed aan doen in het bestuursrecht een relativiteitsvereiste te introduceren. Maar waarom is dat eigenlijk zo; wat is met andere woorden nu precies het probleem dat we met de invoering van zo'n relativiteitsvereiste willen oplossen?

Welbeschouwd is er een viertal verschillende redenen waarom de bestaande regeling wordt bekritiseerd. Allereerst valt te wijzen op twee juridisch-technische argumenten, die met name te maken hebben met de systematiek van het recht. Zo wordt er – ik sprak hierover reeds in het vorige hoofdstuk – wel aangevoerd dat de huidige regeling niet goed zou passen bij het systeem van de Awb; dat wil zeggen bij de daaraan ten grondslag liggende keuze voor individuele rechtsbescherming als primaire doelstelling van de bestuursrechtspraak. Maar ook wordt erop gewezen dat de heersende leer leidt tot de ongewenste situatie dat de kring van degenen die bij de bestuursrechter kunnen opkomen tegen een besluit, afwijkt van de kring van personen die in *civilibus* een actie uit onrechtmatige daad toekomt.¹⁴ Naast deze meer juridisch-technische redenen komen we nogal eens de kritiek tegen dat de huidige regeling leidt tot een 'oneigenlijk gebruik' van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming, in die zin dat het leidt tot gevolgen die kennelijk indruisen tegen het rechtsgevoel.¹⁵ Ten slotte wordt door sommigen wel verondersteld dat introductie van een relativiteitsleer het aantal procedures zou kunnen terugbrengen en/of anderszins zou kunnen leiden tot vermindering van de lasten voor bestuur en rechter.

In het hiernavolgende zal moeten worden onderzocht of, en zo ja, in hoeverre er inderdaad sprake is van een probleem; en zo we tot de conclusie moeten komen dat dit inderdaad het geval is, rijst de vraag of introductie van een relativiteitseis daarvoor de oplossing biedt. Voordat we hieraan toekomen zal er echter eerst meer duidelijkheid moeten bestaan over de vraag wat nu precies onder een relativiteitseis of *Schutznormtheorie* moet worden verstaan.

14. M. Scheltema & M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht: wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer 2003, p. 302-307.

15. Zie het verslag van de Commissie Evaluatie Awb II (Commissie Boukema), p. 18.

3.2 De betekenis van de relativiteitsleer

3.2.1 *Het feitelijk belanghebbende-begrip van artikel 1:2 Awb*

In de artikelen 8:1 lid 1 juncto 1:2 lid 1 Awb heeft de wetgever ervoor gekozen de actie om in beroep tegen een besluit op te komen toe te kennen aan ‘degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken’. Om als belanghebbende in deze zin te kunnen worden aangemerkt volstaat reeds het *feitelijk* in een belang getroffen zijn. Bij de beantwoording van de ontvankelijkheidsvraag is niet van belang welke bezwaren de appellante tegen het bestreden besluit heeft. De Afdeling rechtspraak heeft dit reeds in heel vroege uitspraken tot uitdrukking gebracht:¹⁶

‘Voor de beantwoording van de vraag of een appellante als belanghebbende (...) beroep kan instellen op grond van de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen, is niet van gewicht of verweerder in verband met de voor hem geldende wettelijke of andere algemeen verbindende bepalingen de vrijheid had om bij het nemen van zijn beschikking met de belangen van de appellanten rekening te houden doch slechts of als feitelijk gevolg van de beschikking enig belang van appellanten wordt getroffen.’

Neem nu het voorbeeld van een kruidenier die opkomt tegen de aan een concurrerende supermarkt verleende bouwvergunning op de grond dat het bouwplan niet voldoet aan een aantal bepalingen uit de bouwverordening. Hoewel het concurrentiebelang waarvoor hij opkomt niet een door de geschonden bouwverordening beschermd belang vormt, moet hij naar geldend recht wel als belanghebbende worden aangemerkt. De omstandigheid dat hij als feitelijk gevolg van het bestreden besluit in zijn belang is getroffen, levert hem naar geldend recht een aanspraak op jegens het bestuursorgaan op inachtneming van alle ten aanzien van de inhoud en de totstandkoming van het besluit relevante rechtsgronden, ongeacht de betrokkenheid daarvan op eigen recht of belang. Dus ook een aanspraak op inachtneming van genoemde bouwvoorschriften. Deze benadering vloeit voort uit de visie dat iemand die feitelijk wordt getroffen door de gevolgen van een bestuursbesluit dat rechtens niet genomen had mogen worden zulks niet behoeft te accepteren. Degenen die feitelijk in voldoende mate in hun belang worden getroffen – zo is de gedachte – moeten dus de vraag aan de orde kunnen stellen of de aangevochten rechtsvaststelling rechtmatig was.¹⁷

3.2.2 *De relativiteitsleer of Schutznormtheorie*

Inhoud relativiteitsleer of Schutznormtheorie

De relativiteitsleer of Schutznormtheorie is ons niet onbekend; in het Nederlandse burgerlijk recht, maar ook in het Duitse bestuursrecht wordt een dergelijke relati-

16. ARRvS 29 december 1976, tB/S IV nr. 3, p. 15. Later heeft de Afdeling bestuursrechtspraak dit standpunt vele malen herhaald: zie bijvoorbeeld ABRvS 27 juni 1997, JB 1997, 191 m.nt. Schlössels.

17. Vgl. L. Dorhout, Relativiteit van de onrechtmatigheid. Ook iets voor de administratieve rechter?, in: J. van der Hoeven & P.G.J. Kapteyn (red.), *Non ex regula* (Van der Hoeven-bundel), Deventer 1985, p. 40.

teitsleer reeds gebruikt. In de kern komt deze erop neer dat een appellant jegens zijn wederpartij slechts aanspraak kan maken op inachtneming van die rechtsnormen die mede zijn belang beogen te beschermen. De relativiteitsleer gaat zagezegd uit van de veronderstelling dat een norm van objectief (publiek)recht slechts bepaalde belangen beoogt te beschermen en daardoor niet kan dienen ter bescherming van andere dan deze belangen. De schending van zulk een rechtsnorm kan slechts als onrechtmatige gedraging worden opgevat jegens hen die over een door deze norm beschermd belang beschikken. Voor wat betreft het bestuursrecht betekent zulks dat een burger slechts een aanspraak heeft jegens het bestuur op inachtneming van die rechtsregels die mede tot doel hebben zijn belangen te beschermen. In het geval van onze hiervoor genoemde kruidenier impliceert zulks dat voor hem de weg naar de bestuursrechter niet openstaat.¹⁸ Hoewel hij door de verleende bouwvergunning feitelijk in zijn concurrentiebelang is getroffen, is het niet erg aannemelijk dat dit een belang vormt dat (mede) door de geschonden technische bepalingen uit de bouwverordening wordt geacht te zijn beschermd.

Het verschil met het huidige Nederlandse vernietigingsberoep is uiteindelijk, dat niet reeds bij een bevonden objectieve onrechtmatigheid tot vernietiging wordt overgegaan, maar dat daarvoor tevens – als een extra voorwaarde – is vereist dat de betreffende geschonden rechtsnorm mede het belang van de appellant beoogt te beschermen. In zoverre zou kunnen worden gezegd dat bij het hanteren van een relativiteitsleer meer dan bij ons de rechtspositie van de appellant als voorwerp van geschil centraal wordt gesteld. Zulks betekent overigens nog niet dat daarmee ook een processuele context wordt gecreëerd waarin de rechter meer dan nu het geval is de rechtspositie van de burger bindend kan vaststellen. De ‘belanghebbende’ heeft immers ook in deze relativiteitsleer slechts een aanspraak op inachtneming van (bepaalde) normen van objectief publiekrecht die het bestuursorgaan bij het nemen van zijn besluit in acht dient te nemen. Daardoor treedt de bestuursrechter met zijn rechtsvaststelling, zoals Schreuder-Vlasblom eerder al terecht heeft opgemerkt,¹⁹ onvermijdelijk in een beoordeling van de wijze waarop het bestuur in zijn besluit aan die rechtsregels toepassing heeft gegeven en dus van het besluit in zoverre. Dat is ook precies wat er in Duitsland gebeurt in de met het Nederlandse vernietigingsberoep vergelijkbare Anfechtungsklage. Daar wordt het besluit, gelijk in Nederland het geval is, op rechtmatigheid getoetst, doch bij bevonden onrechtmatigheid slechts dan vernietigd indien de geschonden rechtsnorm mede beoogt het belang van de appellant te beschermen.

Ter onderscheiding: een ‘specialiteitstoets’

In de jurisprudentie en literatuur is wel de vraag gesteld of het belanghebbende-begrip niet zou moeten worden beperkt tot degenen wiens belang bij de besluitvorming een

18. Het ‘niet openstaan van de weg naar de bestuursrechter’ moet hier in ruime zin worden opgevat; zijn beroep zal geen succes hebben. Of dit dan zou moeten resulteren in een niet-ontvankelijkverklaring of een ongegrondverklaring laat ik hier nog in het midden.

19. M. Schreuder-Vlasblom, Heroriëntatie bestuursrechtspraak, in: D. Allewijn, P. Nicolai & M. Schreuder-Vlasblom, Het nieuwe bestuursprocesrecht (preadvies Vereniging voor Administratief Recht), Alphen aan den Rijn 1994, p. 38.

rol mag spelen.²⁰ Anders gezegd, of niet enkel diegenen toegang tot de rechter moet worden geboden wier belangen ook materieel enig succes kunnen opleveren, dat wil zeggen wier belangen tot weigering van of tot het verbinden van voorwaarden aan het besluit zouden kunnen leiden. We zouden een dergelijke benadering kunnen omschrijven als een *specialiteitstoets in de ontvankelijkheidsfase*, dat wil zeggen een benadering waarbij de ontvankelijkheid afhankelijk wordt gesteld van de af te wegen belangen. De gedachte achter een dergelijke benadering is naar mijn mening echter een andere dan die achter de relativiteitsleer. Bij deze ‘specialiteitstoets’ staat de vraag centraal of de wetgever het bestuur de ruimte heeft gelaten om bij het nemen van het bestreden besluit met de belangen van de appellant rekening te houden. Met andere woorden of het belang van de appellant van invloed kan zijn op de inhoud van het bestreden besluit. De relativiteitsleer ziet daarentegen, ongeacht of het bestuur nu wel of geen (bij gebonden bevoegdheden) ruimte is gelaten om met de belangen van de appellant rekening te houden, op de vraag of de rechtsnormen die de uiteindelijke uitoefening van de betreffende bevoegdheid normeren (mede) beogen het belang van de appellant te beschermen.

Waar zit dan precies het verschil tussen deze ‘specialiteitstoets’ en de eerder besproken relativiteitsleer? Allereerst is dat verschil gelegen in de omvang van de kring van beroepsgerechtigden. We zien dit met name bij zogenoemde gebonden bevoegdheden. Denk aan de bouwvergunning die door het college van B&W werd verleend tot het bouwen van een supermarkt. Het (veelal) gebonden karakter van zulk een bevoegdheid brengt met zich dat er geen ruimte bestaat om de belangen van derden in de besluitvorming te betrekken. Bij een specialiteitstoets, dus een benadering waarbij de ontvankelijkheid afhankelijk is gesteld van de af te wegen belangen, zou moeten worden geconcludeerd dat in een dergelijk geval derden van beroep zijn uitgesloten. Dat, terwijl het – redenerend volgens de relativiteitsleer – best denkbaar is dat bijvoorbeeld omwonenden beschikken over een belang dat beschermd wordt door een achter artikel 44 Woningwet liggende bepaling, zoals een gebruiksvoorschrift uit het bestemmingsplan.

Het tweede verschil tussen de relativiteitsleer en deze specialiteitstoets is gelegen in de stroomlijning van de behandeling van het beroep. De relativiteitsleer brengt een duidelijke structuur aan in de beoordeling ten principale, waar dat bij de ‘specialiteitstoets’ niet zonder meer het geval is. De relativiteitseis veronderstelt immers naar zijn aard een relatie tussen het belang aan de zijde van de burger en de *geschonden* norm van objectief publiekrecht: een appellant kan slechts klagen over de schending van die norm van objectief publiekrecht die (mede) zijn belang beoogt te beschermen. Dit betekent dat de procedure daardoor in zoverre is gestroomlijnd dat hij ook alleen op die norm met succes een beroep zal kunnen doen. Dit ligt anders ingeval de ontvankelijkheidstoets afhankelijk is gesteld van de af te wegen belangen. In dat geval is de constatering dat appellantes belang in de belangenafweging had moeten worden betrokken voldoende om hem in zijn beroep te ontvangen, maar verleent hem dit in beginsel – gelijk dat in de huidige Awb-regeling het geval is – nog een aanspraak op

20. Vgl. bijvoorbeeld ARRvS 27 november 1979, tB/S IV, nr. 42 (Prijzenwet) en ARRvS 4 september 1981, tB/S IV nr. 72 (Paracommerciële horeca). Zie hierover eveneens W. Konijnenbelt, Eenkleurige belanghebbenden, NTB 1997, p. 320-321.

inachtneming van alle rechtsnormen die de betreffende bevoegdheidsuitoefening normeren. Zo kan het best zijn dat we bij een anticipatief verleende bouwvergunning moeten annemen dat het belang van een omwonende in de belangenafweging moet worden betrokken, maar betekent dat dan automatisch dat een omwonende ook mag klagen over de overschrijding van een achtergevelrooilijn terwijl hij daarop vanuit zijn woning helemaal geen zicht heeft? De relativiteitsleer stelt hier een duidelijke grens – er moet een relatie bestaan tussen de ingeroepen rechtsnorm en het belang van de appellant – terwijl de benadering waarbij de ontvankelijkheid afhankelijk wordt gesteld van de af te wegen belangen dat naar zijn aard niet doet. Natuurlijk kunnen we aan deze laatste benadering een zogenoemde congruentie-eis toevoegen; maar die moet dan wel expliciet gesteld worden, terwijl de eis van congruentie in de relativiteitsleer reeds zit ingebakken.

3.2.3 *Feitelijk belang versus relativiteit: maakt het verschil?*

In het voorgaande is gebleken dat een relativiteitsleer uitgaat van een principieel andere visie op de rechtsbetrekking tussen burger en bestuur dan welke in het huidige systeem van bestuursrechtelijke rechtsbescherming gangbaar is. In theorie maakt het nogal wat verschil: de feitelijk door het besluit in zijn belang getroffen burger heeft nog slechts een aanspraak jegens het bestuursorgaan op inachtneming van een norm van objectief publiekrecht voorzover deze rechtsnorm (mede) beoogt zijn belang te beschermen. Daarmee is echter nog niet zonder meer gezegd dat de verschillen in de praktijk ook altijd zo groot zullen zijn. Dit zal naar mijn mening mede afhankelijk zijn van het type zaken, het type appellanten en het soort gronden dat wordt aangevoerd.

Zo zal het verschil tussen de huidige systematiek en een regeling waarbij een relativiteitsleer wordt gehanteerd, zich niet in elk type zaak in gelijke mate manifesteren. Te verwachten is dat een verschil zich met name zal voordoen in gevallen waar andere belanghebbenden bij een besluit zijn betrokken dan enkel de geadresseerde, dus bij besluiten die naar hun aard in staat zijn vele, diffuse belangen te raken. Ik denk hierbij vooral aan het domein van het omgevingsrecht. Het is immers daar dat zich de beperking in de zin dat een norm van objectief publiekrecht slechts beoogt een specifiek deel van het algemeen belang te behartigen erg sterk doet gevoelen. In ‘twee-partijengeschillen’ daarentegen – ik denk bijvoorbeeld aan zaken op het terrein van het sociaal zekerheidsrecht – zullen naar ik vermoed nauwelijks verschillen bestaan in uitkomst tussen beide benaderingen.

Op terreinen waar verschillen zijn te verwachten – en ik neem hier als voorbeeld het omgevingsrecht – kan voor wat betreft de mate waarin dat verschil zich voordoet worden gedifferentieerd naar type appellant. Met name meen ik dat er verschil kan worden gemaakt tussen: de geadresseerde, omwonenden, concurrenten, bestuursorganen en belangenorganisaties.

Zo zal de *geadresseerde* in veel gevallen wel kunnen worden gezegd te beschikken over een door het recht beschermd belang, omdat veel rechtsnormen nu eenmaal een afweging tussen een specifiek deel van het algemeen belang en het belang van de geadresseerde mogelijk maken, dan wel zelf reeds het resultaat van een dergelijke afweging

vormen. Toch kan er ook in het geval van de geadresseerde van het besluit nog wel eens twijfel ontstaan of deze wel beschikt over een door het recht beschermd belang. Neem nu de zaak Grubbenvorst-Caldenbroich.²¹ Daarin was door burgemeester en wethouders een bouwvergunning afgegeven zonder daarop de volgens het ter plaatse geldende bestemmingsplan vereiste goedkeuring van gedeputeerde staten te hebben gevraagd. De bouwvergunning werd op die grond bij KB vernietigd. De geadresseerde van de bouwvergunning – de besloten vennootschap BV tot Exploitatie van het Recreatieterrein Caldenbroich – vordert in een procedure bij de burgerlijke rechter schadevergoeding uit onrechtmatige daad. De Hoge Raad overweegt dat het afgeven van een bouwvergunning die door het ontbreken van een daarvoor vereiste goedkeuring van gedeputeerde staten aan vernietiging bloot staat in het algemeen ook tegenover degenen aan wie die vergunning wordt verleend onrechtmatig is. Praktisch gezien is deze overweging van de Hoge Raad goed verdedigbaar: de geadresseerde moet zijn schade toch kunnen verhalen. Maar we zouden hier toch de vraag kunnen opwerpen of de vereiste goedkeuring nu wel strekt tot bescherming van de geadresseerde van de bouwvergunning.

Ook *omwonenden* zullen over het algemeen wel beschikken over een door het recht beschermd belang: zo kan van bestemmingsplanbepalingen en andere relevante voorschriften veelal worden gezegd dat zij ten minste mede de strekking hebben om de belangen van omwonenden te beschermen. Toch is dat niet zonder meer het geval. Als voorbeeld kan worden gewezen op een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak, waarin omwonenden van een gepland woonwagenkampje daartegen opkomen met onder andere als argument dat de grootte van de standplaatsen niet in overeenstemming is met de minimumnormen,²² van deze minimumnormen kan toch immers moeilijk worden gezegd dat zij beogen het belang van de omwonenden te beschermen.

Voor de categorie *concurrenten* – die naar geldend recht qualitate qua belanghebbend worden geacht – zal daarentegen invoering van een relativiteitsvereiste naar verwachting een groot verschil teweegbrengen. Immers, van de meeste omgevingsrechtelijke normen zal toch moeten worden gezegd dat zij niet strekken tot bescherming van het financiële belang van concurrerende ondernemers. Ten slotte: *bestuursorganen* en *belangenorganisaties*. Zou er met het invoeren van een relativiteitsvereiste voor deze entiteiten nu veel veranderen? Mijn indruk is dat dit wel zal meevallen. Dit heeft er mee te maken dat zich de spanning tussen de idee van specialiteit en de feitelijk betrokken belangen ten aanzien van bestuursorganen en belangenorganisaties niet zo sterk doet gevoelen. Door de boven-individuele aard van de belangen waarvoor zij opkomen, zullen zij al snel beschikken over een belang dat door de van toepassing zijnde regelgeving wordt beschermd. Dit geldt voor bestuursorganen, maar ook voor belangenorganisaties zoals milieuverenigingen. Deze zullen naar verwachting in milieurechtelijke aangelegenheden, maar ook in ‘ruimtelijke geschillen’-zaken over het algemeen niet minder snel als belanghebbende kunnen worden aangemerkt in een regeling waarbij een relativiteitsleer wordt gehanteerd, dan in de systematiek waarin zij zouden moeten aantonen belanghebbend te zijn in de zin van artikel 1:2 Awb.

21. HR 15 juni 1979, NJ 1980, 261 m.nt. M.S.

22. ABRvS 19 maart 2003, AB 2003, 191 m.nt. dG.

Ten slotte kan ook het soort gronden dat wordt aangevoerd nog van invloed zijn op het antwoord op de vraag of het introduceren van een relativiteitsvereiste nu daadwerkelijk verschil maakt in vergelijking met de huidige regeling in de Awb. Als wij er in Nederland voor kiezen om het steile pad van de relativiteitsdogmatiek op te gaan, dan zullen we – zo leert ons het proefschrift van Lankhorst²³ – een onderscheid moeten maken tussen de zogenoemde ‘Schutzzweck’ en de ‘Schutzumfang’. Lankhorst omschrijft dit onderscheid als volgt:²⁴

‘De vraag die als een eerste zeef fungeert is dan de “Schutzzweck” of “Normzweck”-vraag. Dit is een enkelvoudig begrip, waarvan de minst slechte vertaling “beschermingsdoel” is. Eerder werd betoogd, dat de vraag in dit stadium eigenlijk luidt: kán de norm een schutznorm zijn? Dit duidt er op dat deze vraag een betrekkelijk lage drempelwaarde heeft. Met een meer beladen term zou men van een marginale toetsing kunnen spreken. Schutzumfang is, als vervolg op *de* Schutzzweck, een meervoudig begrip. De vertaling hiervan levert een meer gangbaar woord op: beschermingsbereik of beschermingsomvang.’

Dit onderscheid kan de problemen waar we in het bestuursrecht tegenaan zullen lopen verduidelijken. In de eerste plaats zullen zich gevallen voordoen waarin de vraag naar de Schutzzweck zich opwerpt: heeft de ingeroepen rechtsnorm überhaupt de strekking een aanspraak voor de burger te vestigen? We zouden hierbij kunnen denken aan wat we klassiek wel aanduiden als instructienormen. Om een voorbeeld te geven: kan men überhaupt een aanspraak ontleen aan een beleidsregel die het bestuursorgaan heeft opgesteld omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een aan hem toegekende bevoegdheid? Diezelfde vraag zouden we kunnen opwerpen waar het gaat om algemene beginselen van behoorlijk bestuur: is niet juist eigen aan beginselen dat zij *niet* op onmiddellijke wijze rechten voor burgers creëren? Ook zouden we kunnen denken aan het niet volgen van bepaalde procedurevoorschriften, zoals het inachtnemen van termijnen of het op voorgeschreven wijze bekendmaken van een besluit. Wellicht dat deze problemen kunnen worden voorkomen door in dit soort gevallen de uit het privaatrecht bekende ‘correctie-Langemeijer’ toe te passen: alsdan komt de vraag aan de orde of het bestuur niet alsnog kan worden aangesproken op het niet inachtnemen van dergelijke normen, omdat zijn handelwijze tevens strijdt met een tot bescherming van de betreffende burger strekkende zorgvuldigheidsnorm. De inhoud van de zorgvuldigheidsnorm wordt dan mede bepaald door het feit dat een geschreven norm is overtreden, ook al beschermde deze het geschonden belang niet; aldus draagt de strijd met de geschreven norm bij tot het oordeel dat een zorgvuldigheidsnorm is overtreden.²⁵

23. G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad*, Deventer 1992, p. 102 e.v.

24. G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad*, Deventer 1992, p. 103.

25. Zie hierover uitvoeriger A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's beoefening van het Nederlandse burgerlijk recht. Verbintenissenrecht III, Deventer 2002, p. 113.

Een verschil tussen de relativiteitsbenadering en de huidige regeling kan daarnaast nog worden veroorzaakt door de vraag naar de zogenoemde ‘Schutzumfang’. Het kan immers voorkomen dat een norm weliswaar de strekking heeft voor burgers een aanspraak te vestigen op inachtneming van deze norm, maar dat het beschermingsbereik tot een beperktere kring van personen leidt dan zij die naar geldend recht als belanghebbende zijn aan te merken. Dit kan er in zijn gelegen dat de categorie van personen überhaupt niet door de betreffende rechtsnorm wordt beschermd, zoals dat bij concurrenten in het omgevingsrecht al snel het geval zal zijn. Daarnaast kan het ook gebeuren dat een bepaalde categorie van personen, zoals omwonenden, op zichzelf wel door de betreffende norm wordt beschermd, maar dat de kring van omwonenden die hierop een beroep kan doen, aanmerkelijk kleiner in omvang is dan de groep omwonenden die feitelijk door het bestreden besluit wordt getroffen. In het geval dat er een bouwvergunning wordt verleend voor het oprichten van een café-restaurant, zal niet worden betwist dat een omwonende kan aanvoeren dat het bestemmingsplan geen horeca-vestiging toelaat. Maar twijfel is mogelijk als hij aanvoert dat het bouwplan een achtergevelrooilijn overschrijdt waar deze omwonende helemaal geen zicht op heeft. In dat geval brengt de aard van de norm met zich dat de kring van personen die op naleving ervan een beroep kan doen beperkt is.

Feitelijk belang versus relativiteit: maakt het verschil? In het voorgaande ben ik ingegaan op deze vraag. Zonder uitvoerig empirisch onderzoek is het onmogelijk om vast te stellen *hoe vaak* het hanteren van een relativiteitsvereiste tot een andere uitkomst van de zaak zou leiden; wel heb ik geprobeerd – zonder daarbij de pretentie van volledigheid te hebben – om inzichtelijk te maken *wat* zich zoal kan voordoen wanneer wij een dergelijke relativiteitseis in het bestuursrecht zouden stellen. Mijn indruk is dat het met die verschillen nog wel eens mee zou kunnen vallen. Alleen op een terrein als het omgevingsrecht, waar veel derde-belanghebbenden zijn betrokken, zullen de gevolgen van een relativiteitsleer met name voor concurrenten en in een enkel geval voor omwonenden voelbaar zijn.

3.3 Intermezzo: vorm van de invoering van een relativiteitsvereiste

Als wij ervoor zouden kiezen een relativiteitsleer in het bestuursrecht te introduceren, dan werpt dit natuurlijk wel de vraag op hoe dit procedureel zou moeten worden vormgegeven. Moet dan reeds in het kader van de ontvankelijkheidsvraag worden beoordeeld of er sprake is van een aantasting van een ‘recht’ van de belanghebbende of pas in de sfeer van de rechterlijke beoordeling ten gronde? Verschillende benaderingen zijn mogelijk.

Een drietal mogelijke benaderingen

Een eerste mogelijke benadering bestaat uit wat in Duitsland wel wordt genoemd de ‘Schlüssigkeitstheorie’. Deze theorie voorziet er – simpel gezegd – in dat in het kader van de ontvankelijkheidsvraag moet worden vastgesteld of er sprake is van een door het recht beschermd belang en dat bij de beoordeling ten gronde de vraag naar de rechtmatigheid van het besluit aan de orde komt: in het kader van de ontvankelijkheid

moet worden vastgesteld of de appellant daadwerkelijk in zijn rechten (in de zin van een door het recht beschermd belang) wordt getroffen, ingeval het bestreden besluit bij de beoordeling ten gronde onrechtmatig blijkt te zijn.²⁶ In het kader van de ontvankelijkheid moet dus ten volle worden vastgesteld dat het belang in de gestelde vorm bestaat aan de zijde van de appellant, dat dit belang is geschonden en dat het een door de beweerdelijk geschonden rechtsnorm beschermd belang betreft. Of de betreffende norm van objectief publiekrecht ook daadwerkelijk is geschonden komt pas bij de beoordeling ten gronde aan de orde.

De heersende opvatting in de Duitse literatuur en jurisprudentie steunt echter niet op deze ‘Schlüssigkeitstheorie’, maar op de zogenoemde ‘Möglichkeitstheorie’.²⁷ In deze benadering wordt in het kader van de ontvankelijkheidsbeoordeling zowel de vraag naar de onrechtmatigheid van het bestreden besluit als die naar de schending van een door het recht beschermd belang *marginaal* getoetst. In de praktijk blijkt dat de beoordeling zich – gelijk in de Schlüssigkeitstheorie – met name toespitst op de vraag of sprake is van schending van een door het recht beschermd belang. Het verschil is echter dat deze laatste vraag slechts marginaal wordt getoetst. Een niet-ontvankelijkverklaring wordt slechts uitgesproken, indien ‘offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise subjective Rechte des Klägers verletzt sein können oder die vom Kläger behaupteten Rechte bestehen oder ihm zustehen können’.²⁸ Zulks betekent dat wordt gezien of het gestelde belang in concreto aan de zijde van de appellant bestaat en of dit belang is geschonden. De vraag of het gestelde belang ook daadwerkelijk door de beweerdelijk geschonden rechtsnorm wordt beschermd, wordt in het kader van de ontvankelijkheid echter nog niet ten volle – aan de hand van een tekstuele, wetshistorische, teleologische en/of systematische interpretatie – beoordeeld; volstaan wordt slechts met een oordeel of zulks *niet absoluut onmogelijk* is. Slechts in die gevallen waarin het evident is dat het belang van de appellant geen bescherming vindt in de van toepassing zijnde regelgeving volgt een niet-ontvankelijkverklaring.

Een derde mogelijke benadering is gekozen door de Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor bestuursrecht VAR. De Commissie denkt – zoals eerder opgemerkt – ook voor het Nederlandse bestuursprocesrecht nadrukkelijk in de richting van een stelsel waarbij de vernietiging van een besluit slechts aan de orde is indien door het bestuursorgaan rechtsnormen zijn overtreden die de specifieke belangpositie van de aanlegger beogen te beschermen. Maar wat betekent dat nu volgens de Commissie voor de kring van beroepsgerechtigden? In haar concept-rapport lezen we dat de Commissie zich op het standpunt stelt dat het relativiteitsvereiste pas in de sfeer van de rechterlijke beoordeling ten gronde moet worden gerealiseerd.²⁹ Dit betekent – als

26. Zie C.H. Ule, *Verwaltungsprozeßrecht*, München 1987, p. 202: ‘Eine Schlüssige Behauptung des Klägers, daß er (...) durch den Verwaltungsakt oder seine Ablehnung oder Unterlassung in seinen Rechten verletzt werde, falls sich der Verwaltungsakt oder seine Ablehnung oder Unterlassung als objektiv rechtswidrig erweist.’

27. Zie hierover onder andere F.O. Kopp & W.R. Schenke, *Verwaltungsgerichtsordnung*, München 1998, p. 348 en M. Happ, § 42 VwGO, in: Eyermann, *Verwaltungsgerichtsordnung: Kommentar*, München 1998, p. 271.

28. Vgl. BVerwG 21 oktober 1986, DVBl. 1987, 270; BVerwG 26 juli 1989, DVBl. 1989, 1097; BVerwG 24 januari 1991, NwvZ 1991, 575; BVerwG 10 mei 1993, DVBl. 1994, 478.

29. Concept-rapport Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor bestuursrecht VAR (maart 2003), p. 59-60. Eenzelfde opvatting wordt verdedigd door B.J. Schueler in diens oratie ‘Het zand in de machine’, p. 21-22. Zie eveneens S. Pront-van Bommel, *Bestuursrechtspraak. Voorstellen voor modernisering van de bestuursrechtspraak*, Den Haag 2002.

ik het goed zie – dat het huidige belanghebbende-begrip als ontvankelijkheidsvoorwaarde blijft gehandhaafd, maar dat deze belanghebbende met zijn beroep slechts succesvol kan zijn indien zijn belang bescherming vindt in de van toepassing zijnde regelgeving. Reden hiervoor is dat het naar het oordeel van de Commissie niet eenvoudig is om reeds in het kader van de ontvankelijkheidsvraag te beoordelen of er sprake is van een aantasting van een ‘recht’ van een belanghebbende. Dit zou nader inhoudelijk onderzoek van alle aangevoerde bezwaren door de rechter vergen.

Beoordeling

Als wij besluiten om ook in het Nederlands bestuursrecht een relativiteitsvereiste te introduceren rijst de vraag welke van de hiervoor genoemde benaderingen nu het meest aangewezen is.

Om met de laatste benadering te beginnen: zouden we niet gewoon moeten kiezen voor een model waarbij de ontvankelijkheid blijft gekoppeld aan een feitelijk door het besluit getroffen belang, maar een gegronde verklaring van het beroep slechts wordt uitgesproken als het getroffen belang door de geschonden norm van objectief publiekrecht moet worden geacht te zijn beschermd? Ik ben daar niet zo van overtuigd. Allereerst ben ik dat niet omdat het een inconsistente oplevert in een systeem waarbij een burger tegenover een bestuursorgaan nog slechts een aanspraak wordt toegekend op inachtneming van die normen van objectief publiekrecht die mede zijn belang beogen te beschermen. Waarom zouden we in een dergelijk model de toegang tot de procedure nog koppelen aan een feitelijk getroffen belang als de schending van zulk een belang – anders dan in het huidige systeem – materieel geen aanspraak jegens het bestuursorgaan oplevert? Het probleem daarvan is ook dat het burgers op het verkeerde been zet:³⁰ zij worden binnengelaten op de grond dat zij feitelijk ernstig in hun belangen zijn getroffen, terwijl soms al op voorhand blijkt dat het getroffen belang niet door het recht wordt beschermd en zij – hoezeer ook aan het besluit rechtmatigheidsgebreken kleven – via de achterdeur weer net zo snel moeten worden buitengezet. Ten tweede lijkt het mij van een weinig efficiënte aanpak te getuigen om de bestuursrechter te belasten met het beantwoorden van maar liefst twee ‘belanghebbende-vragen’. Zo zou hij nog steeds moeten nagaan of de appellant als belanghebbende in de zin van artikel 1:2 Awb kan worden aangemerkt, waarover dan ook weer veel geprocedeerd zal (blijven) worden. Vervolgens zal hij in de sfeer van de inhoudelijke beoordeling de – als we kijken naar het Duitse recht: zeker niet eenvoudige – vraag moeten beantwoorden of het belang door de geschonden norm van objectief publiekrecht kan worden gezegd te zijn beschermd.

Toch heeft ook de Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor bestuursrecht VAR wel een punt waar zij opmerkt dat het niet eenvoudig is om reeds in het kader van de ontvankelijkheidsvraag zonder meer te beoordelen of er sprake is van een aantasting van een ‘recht’ van een belanghebbende.³¹ Een dergelijke bewerkelijke toetsing past ook niet goed bij de ontvankelijkheidsbeoordeling. Toch zou dat mij er – om redenen als hiervoor omschreven – nog niet toe brengen om de relativiteits-

30. Vgl. M. Schreuder-Vlasblom, *Kroniek bestuursprocesrecht*, NTB 2003, p. 181.

31. Vgl. Concept-rapport Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor bestuursrecht VAR (maart 2003), p. 59-60.

leer pas bij de inhoudelijke beoordeling te realiseren. Ik zou menen dat als we kiezen voor het introduceren van een relativiteitsvereiste in het Nederlands bestuursrecht, we ook de ontvankelijkheid op enigerlei wijze moeten koppelen aan de schending van een door het recht beschermd belang. We zouden naar mijn mening dan het beste kunnen kiezen voor een Möglichkeitstheorie zoals die in Duitsland wordt gehanteerd. De rechter hoeft in dat geval voor wat betreft de ontvankelijkheid slechts na te gaan of het *niet onmogelijk* is dat de appellant in een door het recht beschermd belang wordt getroffen, als mocht blijken dat het besluit onrechtmatig is. Dit betekent dat een niet-ontvankelijkverklaring slechts wordt uitgesproken als er evident geen rechtens beschermd belang van de appellant kan zijn geschonden. Op die manier wordt voorkomen dat bijvoorbeeld een concurrent waarvan het op voorhand al duidelijk is dat zijn belang geen bescherming vindt in de van toepassing zijnde regelgeving (maar die wel belanghebbende in de zin van artikel 1:2 Awb is) in zijn beroep moet worden ontvangen, maar tegelijkertijd ook dat de bestuursrechter reeds in de sfeer van de ontvankelijkheidsvraag een zeer bewerkelijke toetsing moet uitvoeren.

3.4 Argumenten voor en tegen een relativiteitsvereiste

In de eerste paragraaf van dit hoofdstuk beschreef ik reeds kort welke problemen men met de introductie van een relativiteitsleer wenst op te lossen. In deze paragraaf acht ik het van belang deze problemen eens wat preciezer te bekijken: wat zijn nu precies de voordelen en wat zijn de mogelijke nadelen van het introduceren van een relativiteitsleer?

3.4.1 Argumenten vóór de relativiteitsleer

3.4.1.1 Een relativiteitsleer past beter in het systeem van de Awb

Het eerste argument gaat ervan uit dat de huidige regeling niet goed past bij de aan het Awb-procesrecht ten grondslag liggende gedachte dat de functie van bestuursrechtspraak is gelegen in het bieden van individuele rechtsbescherming en niet langer in de handhaving van het objectieve recht. De wijze waarop het stelsel van procesrecht in de Awb gestalte is gegeven zou met deze doelstelling niet in overeenstemming zijn. En wel omdat de structuur van dit procesrecht in hoofdzaak nog steeds wordt bepaald door hetgeen voorwerp is van de rechterlijke beoordeling: het bestuursbesluit dat door de bestuursrechter op rechtmatigheid wordt beoordeeld en bij bevonden onrechtmatigheid wordt vernietigd. Daarmee zou de bestuursrechtspraak nog steeds in overwegende mate de kenmerken vertonen van een ‘recours objectif’. Door het hanteren van een relativiteitsvereiste zou echter de rechtsverhouding tussen partijen in plaats van de rechtmatigheid van het besluit in het geding centraal worden gesteld en zou meer recht worden gedaan aan het uitgangspunt van de individuele rechtsbescherming.

Maar: dwingt de doelstelling van het bestuursprocesrecht nu wel zonder meer tot een dergelijke koerswijziging? Zoals ik hiervoor al heb aangegeven heeft de wetgever

met de keuze voor individuele rechtsbescherming als primaire doelstelling van bestuursrechtspraak naar mijn opvatting helemaal niet willen kiezen voor een ‘recours subjectief’.³² Het voorop stellen van de individuele rechtsbescherming betekent op zichzelf nog niet dat beoogd is het bestuursrecht in de sleutel van subjectieve, uit het publiekrecht voortvloeiende rechten te zetten. Veeleer heeft de wetgever beoogd te kiezen voor een systeem van (effectieve) geschillenbeslechting; niet langer rekent de bestuursrechter het tot zijn taak om het besluit ambtshalve in volle omvang op rechtmatigheid te toetsen, maar beperkt hij zich tot die onderdelen van het besluit die tussen partijen in geding zijn. Een ontwikkeling derhalve naar een partijengeding met een bijbehorende meer geprononceerde rol voor partijen. Zoals ik eerder opmerkte zegt dit primaat van geschillenbeslechting op zichzelf nog niet zonder meer iets over de vraag wie zijn geschil met een bestuursorgaan aan een rechter moet kunnen voorleggen. Of in de toekomst een ‘subjectivering’ van het rechtsbeschermingsstelsel noodzakelijk is, kan dan ook niet worden gebaseerd op de destijds door de Awb-wetgever gemaakte keuze voor individuele rechtsbescherming.

3.4.1.2 Relativiteitsleer voorkomt ‘oneigenlijk gebruik’ van procesrecht

Een tweede mogelijk argument voor het introduceren van een relativiteitsleer gaat ervan uit dat toepassing van de huidige regeling leidt tot een – in de woorden van de Commissie Evaluatie Awb II – ‘oneigenlijk gebruik’ van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming. De Commissie merkt hierover op:³³

‘Bij de huidige stand van de jurisprudentie is voor de toegang tot de beroepsprocedure voldoende, dat men rechtstreeks in enig belang is geraakt. Vervolgens kan men zich bij de rechter beroepen op alle toepasselijke voorschriften, met inbegrip van voorschriften die in het geheel niet strekken tot bescherming van het belang waarin men is geraakt. (...) Men kan zich afvragen of aldus niet een enigszins oneigenlijk gebruik van de beroepsprocedure wordt gemaakt.’

De Commissie besluit vervolgens met de mededeling dat dit een erg complex en veelomvattend vraagstuk is en dat zij daarom in dit verband niet verder wil gaan dan een aanbeveling om nader onderzoek te doen naar de invulling van het belanghebbende-begrip in relatie tot een doelmatig gebruik van procedures.

Maar wat is nu het probleem dat de Commissie hier aanduidt met ‘oneigenlijk gebruik’ van de beroepsprocedure? Als we de term letterlijk opvatten – in de zin van: niet overeenkomstig de bedoeling – dan moet al snel worden geconcludeerd dat van ‘oneigenlijk gebruik’ van bestuursrechtelijke rechtsbescherming geen sprake is: het is immers juist de bedoeling van de wetgever geweest om iemand die feitelijk door een besluit wordt getroffen, een aanspraak te doen toekomen op een in alle opzichten rechtmatig besluit. Het probleem waarover de Commissie hier spreekt lijkt echter niet zozeer te liggen in ‘onbedoelde’, maar veeleer in ‘ongewenste’ gevolgen: toepassing

32. Zie hoofdstuk 2 van dit preadvies.

33. Zie het verslag van de Commissie Evaluatie Awb II (Commissie Boukema), p. 18.

van de huidige regeling leidt tot ongewenste resultaten, dat wil zeggen resultaten die ingaan tegen het rechtsgevoel.

Waar moeten we bij deze ongewenste resultaten nu precies aan denken? Verschillende categorieën van gevallen zijn denkbaar.³⁴ Allereerst kan men denken aan personen die zich beroepen op de schending van een rechtsnorm die niet beoogt hun belang te beschermen. Gewezen kan worden op de kruidenier die opkomt tegen het verlenen van een bouwvergunning aan een concurrerende supermarkt op de grond dat deze strijdig is met technische bepalingen uit de bouwverordening. Ten tweede is het mogelijk dat het op zichzelf nog niet zo erg wordt bevonden dat een burger een beroep doet op een norm die niet tot doel heeft zijn belang te beschermen, maar dat zulks pas ‘tenenkrommend’ wordt gevonden als het gaat om normen die als het ware contrair zijn aan zijn belang. Te denken valt hierbij aan het eerder aangehaalde voorbeeld waarbij omwonenden opkomen tegen een gepland woonwagencamp met als argument dat de bewoners van dat kamp te lijden zullen hebben van de geluidsoverlast van een nabij gelegen zwembad.³⁵ Is het bij dit soort regels die strekken tot bescherming van het belang van degenen die door het besluit worden begunstigd niet erg vreemd dat omwonenden die een belang hebben dat tegengesteld is aan dat van de kampbewoners daarop een beroep kunnen doen? Ten slotte is er nog een derde mogelijkheid. Deze gaat uit van de gedachte dat het in het geheel niet onwenselijk is dat een burger een beroep doet op een rechtsnorm die niet beoogt zijn belang te beschermen, als hij daarmee tenminste een resultaat kan bereiken dat dienstig is aan zijn belang. Onwenselijk is het echter pas wanneer deze burger zich beroept op schending van een rechtsnorm terwijl op voorhand reeds duidelijk is dat hij de schade evengoed zou hebben geleden als de geschonden norm wel in acht ware genomen. Zo zouden we ons kunnen afvragen of een ondernemer wel zou moeten kunnen klagen over een aan de concurrent verleende bouwvergunning met als argument dat deze in strijd is met de eisen van welstand omdat niet met een witte kalkzandsteen, maar met een rode baksteen zou moeten worden gebouwd. Immers, ook indien het bouwwerk uit rode bakstenen wordt opgetrokken zal het financiële belang van de appellerende ondernemer worden getroffen.

De vraag in deze (sub)paragraaf is of invoering van een relativiteitsleer een einde kan maken aan het ‘oneigenlijk gebruik’ van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Uit het voorgaande blijkt dat deze vraag niet zonder meer bevestigend kan worden beantwoord; dit is geheel afhankelijk van wat nu precies onder ‘oneigenlijk gebruik’ moet worden verstaan. Of, en zo ja, in welke gevallen er nu daadwerkelijk sprake is van ‘oneigenlijk gebruik’ moet ik hier nog in het midden laten. Immers, de kwalificatie ‘oneigenlijk gebruik’ is niet waardevrij; ik zou daarmee reeds een bepaalde opvatting over de hier aan de orde zijnde problematiek moeten geven zonder dat ik de hierna nog te bespreken argumenten in deze oordeelsvorming heb kunnen betrekken. Ik kom hierop derhalve in de conclusie van dit hoofdstuk terug. In ieder geval is wel

34. Als het mij lukt deze categorieën duidelijk van elkaar te onderscheiden, dan is dat overigens mede te danken aan de gesprekken die ik hierover met Boudewijn de Waard heb gevoerd.

35. ABRvS 19 maart 2003, AB 2003, 191 m.nt. dG.

duidelijk geworden dat de relativiteitsleer niet voor elk van de hiervoor genoemde drie categorieën de oplossing blijkt. Dit is nog wel het geval voor de eerste groep van gevallen, maar als we vinden dat in de tweede of de derde categorie sprake is van 'oneigenlijk gebruik' dan zal waarschijnlijk naar een andere oplossing moeten worden omgezien.

3.4.1.3 *Relativiteitsleer leidt tot lastenverlichting*

Het derde mogelijke argument voor het introduceren van een relativiteitsleer gaat ervan uit dat zulks het aantal procedures zou kunnen terugdringen of anderszins zou kunnen leiden tot een verminderde belasting voor het ambtelijk en rechterlijk apparaat. De veronderstelling dat de kring van personen die in het geval van een relativiteitsleer een aanspraak wordt toegekend jegens het bestuur kleiner in omvang is dan onder het huidige recht lijkt in theorie juist. Toch bleek dat het nog maar de vraag is of dat in de praktijk ook wel altijd zo zal zijn; dat zal sterk samenhangen met het type zaak, het soort appellant en het type gronden dat naar voren wordt gebracht.

Maar zelfs als we aannemen dat het hanteren van een relativiteitsleer ertoe leidt dat een burger in minder gevallen een aanspraak heeft jegens het bestuur dan onder de huidige regeling het geval is, dan hoeft zulks nog niet te leiden tot minder procedures. Bijvoorbeeld omdat de invoering van een relativiteitsvereiste er niet toe blijkt te leiden dat burgers die onder de nieuwe criteria buiten de boot moeten vallen, afzien van het aanwenden van rechtsmiddelen. Het aanwenden van rechtsmiddelen wordt immers niet reeds voorkomen doordat het juridisch kader zulks niet langer beloont; voorwaarde is ook dat de aanlegger beschikt over voldoende technisch-juridische kennis om te weten wanneer hij wel, en wanneer niet met kans op succes beroep kan instellen. Bovendien is voor het antwoord op de vraag of een relativiteitseis zal leiden tot een vermindering van het aantal procedures, ook van belang welke mogelijkheden de bestuursrechter wordt geboden om met belangen om te gaan die geen bescherming vinden in de van toepassing zijnde regeling. Mag hij een appellant middels een niet-ontvankelijkverklaring buiten de deur houden of moet hij belanghebbenden in de zin van artikel 1:2 Awb wel degelijk in hun beroep ontvangen om vervolgens pas bij de beoordeling ten gronde over te gaan tot een oordeel over de vraag of de aangevoerde bezwaren gegrond zijn en ertoe strekken het belang van de aanlegger te beschermen? En zelfs als de rechter in een dergelijk geval al een niet-ontvankelijkverklaring zou mogen uitspreken, dan nog kan het voorkomen dat hoewel een besluit strijdt met een wettelijke bepaling die niet de strekking heeft het gelaedeerde belang te beschermen, aan de benadeelde toch een actie toekomt voorzover het besluit *bovendien* in strijd is met een andere norm die deze strekking wél heeft.

Het voorgaande overziende lijkt het mij nog niet zonneklaar dat de introductie van een relativiteitseis in het bestuursrecht zonder meer leidt tot een afname van het aantal procedures. Sterker nog, niet ondenkbaar is dat het relativiteitsvereiste juist tot een extra belasting van bestuur en rechter leidt als blijkt dat de nieuwe criteria moeilijk toepasbaar zijn; wanneer zij in méér gevallen dan thans leiden tot moeilijk te beantwoorden vragen, waarover ook weer veel geprocedeerd zal worden. Ik kom op dit laatste punt nog uitvoeriger terug.³⁶

3.4.1.4 Meer congruentie tussen jurisprudentie van civiele rechter en bestuursrechter

Het vierde argument komt voort uit de gedachte dat de huidige regeling leidt tot de ongewenste situatie dat de kring van degenen die bij de bestuursrechter kunnen opkomen tegen een besluit, afwijkt van de kring van personen die een civielrechtelijke actie uit onrechtmatige daad hebben. Het heeft Scheltema ertoe gebracht te pleiten voor meer congruentie op dit punt tussen de civiele rechter en de bestuursrechter:³⁷

‘(...) het is onlogisch om een onderscheid te maken tussen degenen die als belanghebbende bij de bestuursrechter tegen een besluit kan opkomen, en degenen die de door dat besluit veroorzaakte schade vergoed kunnen krijgen. Met andere woorden, het moet niet zo zijn dat degene die wel een recht op schadevergoeding heeft, toch niet tegen het besluit kan opkomen,³⁸ of dat degene die wel beroep kan instellen en daarmee ook succes heeft, toch zijn schade niet vergoed kan krijgen.’

Maar in hoeverre is hier nu werkelijk sprake van een probleem? Zo is het naar mijn opvatting nog maar de vraag of de civiele rechter zich wel zo uitdrukkelijk op het standpunt stelt dat het feit dat iemand belanghebbende is bij de bestuursrechter, niet zonder meer betekent dat, indien het besluit door de bestuursrechter wordt vernietigd, dit onrechtmatig is jegens de desbetreffende belanghebbende. Dit relativiteitsvereiste is in de jurisprudentie op het onderhavige terrein tot op heden nog maar weinig aan bod gekomen. Eerder heeft de Hoge Raad in het arrest Grubbenvorst/Caldenbroich wel beslist dat na vernietiging van een besluit door de bestuursrechter in ieder geval onrechtmatig is gehandeld jegens degene ten opzichte van wie het besluit is genomen.³⁹ Terwijl in dit geval toch twijfel had kunnen rijzen over de vraag of het geschonden wettelijke voorschrift wel de strekking had het belang van Caldenbroich te beschermen. Maar hoe zit het dan met derde-belanghebbenden? Scheltema baseert zijn kritiek dat er sprake is van een gebrekkige afstemming tussen het begrip belanghebbende en het relativiteitsvereiste eigenlijk uitsluitend op het arrest Rigter/Laren.⁴⁰ Het ging daarin om het verzoek van Rigter c.s. tot vergoeding van geleden schade doordat de gemeente aan een van hen – naar de Afdeling rechtspraak van de Raad van State had uitgemaakt – in strijd met het recht een bouwvergunning had onthouden. Rigter c.s. waren allen door de Afdeling ontvankelijk geacht in hun beroep tegen het besluit tot weigering van de bouwvergunning aan een van hen. Hun belang was gelegen in de omstandigheid dat de weigering van de gemeente als te verwachten gevolg heeft dat het ook voor Rigter c.s. – respectievelijk eigenaren van een aantal, aaneenliggende, onbebouwde percelen grond – niet mogelijk is de betreffende kavels als bouwgrond te verkopen. De Hoge Raad overwoog over het verzoek tot vergoeding van geleden schade als volgt:

36. Zie hierna in paragraaf 3.4.2.3.

37. M. Scheltema & M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht: wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer 2003, p. 303.

38. Zie hierover HR 20 november 1987, NJ 1988, 843 (Montenegro).

39. HR 15 juni 1979, NJ 1980, 261 m.nt. M. Scheltema.

40. HR 14 juni 1991, NJ 1991, 693.

‘Aldus beslissende heeft het hof niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, ook niet in zoverre het heeft overwogen dat de omstandigheid dat de Afdeling rechtspraak Rigter c.s. allen ontvankelijk heeft geacht in hun beroep, aan ‘s hofs oordeel niet afdoet, immers dat Rigter c.s. door de Afdeling rechtspraak ontvankelijk zijn geacht in hun beroep berust op de opvatting dat zij rechtstreeks in hun belang zijn getroffen in de zin van artikel 7 Wet Arob, hetgeen niet noodzakelijk meebrengt dat het door de Afdeling met de wet strijdig geachte besluit tot weigering van de vergunning jegens hen allen een onrechtmatige gedraging oplevert.’

Aan Scheltema moet worden toegegeven dat het *lijkt* alsof de Hoge Raad zich hier op het standpunt stelt dat de omstandigheid dat iemand (derde-)belanghebbende is bij de bestuursrechter nog niet betekent dat het in die procedure vernietigde besluit ook onrechtmatig is jegens de desbetreffende belanghebbende. Maar helemaal zeker ben ik daar niet van. Met name niet omdat het hier een nogal atypische zaak betreft. Zo zouden we ons namelijk kunnen afvragen of Rigter c.s. door de bestuursrechter überhaupt wel terecht als belanghebbenden zijn aangemerkt: is hun belang wel rechtstreeks betrokken bij de weigering om een derde een vergunning te verlenen? Ik zou menen van niet; zij hadden – als zij vrezen voor de status van hun perceel – zelf maar bouwvergunning moeten aanvragen. Juist de omstandigheid dat zij zulks hebben nagelaten zou bovendien voor de Hoge Raad wel eens aanleiding kunnen zijn geweest om de weigering aan de heer Smit een bouwvergunning te verlenen niet onrechtmatig te achten jegens Rigter c.s. Ik ben er dan ook nog niet zonder meer – in ieder geval niet enkel op basis van dit arrest – van overtuigd dat in andere gevallen (bijvoorbeeld wanneer een wel verleende bouwvergunning wordt aangevallen door derden met tegengesteld belang aan dat van de aanvrager) de civiele rechter het feit dat iemand belanghebbende is bij de bestuursrechter niet zonder meer voldoende zal achten om het vernietigde besluit onrechtmatig te achten jegens de desbetreffende belanghebbende.

Maar zelfs als we aannemen dat er geen sprake is van afstemming tussen het begrip belanghebbende en het relativiteitsvereiste – zoals Scheltema beweert – moet het bestuursrechtelijke belanghebbende-begrip dan wel noodzakelijkerwijs worden aangepast aan de jurisprudentie van de civiele rechter? Ik ben daar eigenlijk nog helemaal niet zo zeker van. Allereerst omdat de onrechtmatigheid van het besluit, die de bestuursrechter moet beoordelen, en de vraag of die onrechtmatigheid tevens een onrechtmatige daad in de zin van artikel 6:162 BW oplevert in wezen twee ongelijksoortige grootheden betreffen. Waar het enkel het aspect van de rechtmatigheid betreft, is er namelijk wel degelijk congruentie: als een bestuursorgaan een besluit neemt in strijd met het recht dat naderhand door de bestuursrechter wordt vernietigd, dan neemt de Hoge Raad aan dat daarmee ook de onrechtmatigheid in de zin van artikel 6:162 BW is komen vast te staan.⁴¹ Voor toewijzing van een actie uit artikel 6:162 BW eisen wet en jurisprudentie voorts echter nog: schuld, schade, causaliteit en relativiteit. Ten tweede is de omstandigheid dat deze nadere eis van relativiteit in het

41. Zie bijvoorbeeld HR 15 juni 1979, NJ 1980, 261 (Grubbenvorst/Caldenbroich) m.nt. M. Scheltema en HR 31 mei 1991, AB 1992, 290 (Van Gog/Nederweert) m.nt. FHvdB.

burgerlijk recht nu eenmaal wél wordt gesteld nog niet zonder meer aanleiding om hetzelfde in het bestuursrecht te doen. Dat heeft ermee te maken, zoals eerder al door Dorhout is aangegeven,⁴² dat het beeld dat de relativiteitsleer oproept – dat een handeling tegenover de een onrechtmatig is en dat jegens een ander niet is – nu eenmaal beter past op rechtsverhoudingen tussen burgers onderling dan in het bestuursrecht. In het bestuursrecht immers worden besluiten – als gevolg van de korte termijnen en van de voeging van beroepen tegen eenzelfde besluit – slechts eenmaal getoetst en werkt de uitspraak ‘erga omnes’. Ik zou dan ook menen dat uniformiteit in de jurisprudentie van de bestuursrechter en de civiele rechter op dit punt niet zonder meer een absolute noodzaak is.

3.4.2 *Argumenten tegen de relativiteitsleer*

3.4.2.1 *Mogelijk ernstig getroffen worden van rechtsbescherming uitgesloten*

Na het overzicht van de argumenten vóór de relativiteitsleer en de bespreking daarvan in het voorgaande, past het op deze plaats iets te zeggen over de tegenargumenten. Als eerste argument dat pleit tegen het introduceren van een relativiteitsvereiste noem ik het gevaar dat daarmee mogelijk ernstig door het besluit getroffen burgers van rechtsbescherming worden uitgesloten.

Neem nu de eerder vermelde kruidenier die zich verzet tegen het verlenen van een bouwvergunning aan een concurrerende supermarkt om zich in hetzelfde dorp te vestigen. Voorzover hij aanvoert dat de bouwvergunning in strijd is met bepalingen uit het bestemmingsplan, doet hij – zo zouden we met Scheltema en Scheltema kunnen zeggen⁴³ – een beroep op een norm die niet beoogt zijn belang te beschermen. Maar: moet de kruidenier nu maar berusten in een flagrante schending van het bestemmingsplan door de overheid als de daardoor ten onrechte verleende bouwvergunning er toe leidt dat de vergunninghouder een groter winkeloppervlak zou krijgen dan anders mogelijk zou zijn, of een situering die meer publiekwerwend is? En zelfs als we de eerder aangehaalde casus van het woonwagenkamp bekijken zouden we ons de vraag kunnen stellen of de feitelijk getroffen burger niet tegen een dergelijk besluit zou moeten kunnen ageren op de grond dat de bewoners van dat kamp te lijden zullen hebben van de geluidsoverlast van een nabijgelegen zwembad. Want als de omwonenden op grote schaal hinder ondervinden – zoals vertroebeling van het uitzicht, waardedaling van hun woningen en de vrees voor onrusten in de wijk – door een besluit van een bestuursorgaan dat een flagrante schending van het recht inhoudt, moeten we dan van deze omwonenden verlangen dat zij zich daar maar bij neerleggen, omdat hun belang niet door die regeling zou worden beschermd?

Indien men zou kiezen voor een belangvereiste, dat afhankelijk is van het belang dat de wetgever met de beweerdelijk geschonden norm beoogt te beschermen in plaats van de feitelijke belangen, dan accepteert men daarmee dat feitelijk en mogelijk ernstig

42. Vgl. L. Dorhout, Relativiteit van de onrechtmatigheid. Ook iets voor de administratieve rechter?, in: J. van der Hoeven & P.G.J. Kapteyn (red.), *Non ex regula* (Van der Hoeven-bundel), Deventer 1985, p. 36-37.

43. M. Scheltema & M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht: wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer 2003, p. 304.

getroffenen die wél aan de criteria van het huidige belanghebbende-begrip voldoen van rechtsbescherming worden uitgesloten.

3.4.2.2 *Relativiteitsleer past niet (goed) in de bezwaarschriftprocedure*

Het tweede argument hangt samen met de omstandigheid dat bij de beantwoording van de vraag of we in het Nederlandse bestuursrecht een relativiteitsvereiste moeten introduceren, sterk het accent wordt gelegd op de rechterlijke beoordeling en de consequenties die introductie op dat vlak met zich brengt. Maar wat zijn de gevolgen voor de daaraan voorafgaande bezwaarschriftprocedure; verdraagt een relativiteitsvereiste zich wel met het karakter van bestuurlijke heroverweging?

Naar geldend recht behoort het bestuursorgaan indien het bezwaar ontvankelijk is op grondslag daarvan een heroverweging van het bestreden besluit te doen plaatsvinden.⁴⁴ Dit betekent dat in ieder geval de door de bezwaarmaker aangevallen onderdelen van het bestreden besluit opnieuw op rechtmatigheid en doelmatigheid worden beoordeeld. Deze heroverweging wordt echter wel erg beperkt als strijd van het bestreden besluit met het objectieve publiekrecht niet langer tot herroeping van dat besluit mag leiden omdat de geschonden norm niet mede het belang van de bezwaarmaker beoogt te beschermen. In hoeverre is er nog sprake van ‘heroverweging’ als de bezwaarinstantie gedwongen is een besluit dat rechtens niet genomen had mogen worden, te sauveren? Ook om een andere reden staat het relativiteitsvereiste op gespannen voet met het karakter van de bezwaarschriftprocedure. Kenmerkend voor de bezwaarschriftprocedure is namelijk dat de beoordeling meer omvat dan een toetsing aan het recht; ook beleidsaspecten spelen hierbij een rol. Maar in hoeverre kunnen deze laatste nog aan de orde komen als wij overstappen op een relativiteits-theorie? Het is toch immers juist eigen aan het relativiteitsvereiste dat het slechts een bepaalde relatie veronderstelt tussen het belang van de appellant en een van toepassing zijnde norm van objectief *recht*? Zulks lijkt te betekenen dat de burger er in die benadering niet langer aanspraak op kan maken dat de toetsing in bezwaar zich ook uitstrekt tot kwesties van beleid.

Nu zouden we er natuurlijk voor kunnen kiezen om het relativiteitsvereiste pas bij de rechterlijke procedure te introduceren en de inrichting van de bezwaarschriftprocedure ongewijzigd te laten. Toch lijkt mij dit om een aantal redenen geen aantrekkelijk perspectief. Allereerst zou dat – indien de eis van een door het recht beschermd belang bij de toegang tot de rechter als ontvankelijkheidsvoorwaarde zou gelden – ertoe leiden dat we in de Awb een tweetal verschillende belanghebbende-begrippen zouden creëren: één voor de toegang tot de bezwaarschriftprocedure en één voor de toegang tot de rechter. Daarnaast geldt echter het meer principiële bezwaar dat zich een dergelijke cesuur niet goed verhoudt tot het denken over de relatie tussen de bezwaarfase en de rechterlijke procedure. De gangbare opvatting lijkt toch te zijn dat de bezwaarfase moet worden gezien als een eerste – zij het wat informele – vorm van geschillenbeslechting: een gezamenlijke poging van burger en bestuur om het verschil

44. Aldus artikel 7:11 lid 1 Awb.

van mening de wereld uit te helpen voordat het geschil aan een rechter wordt voorgelegd. Maar vanuit die invalshoek bezien is het toch erg vreemd dat een burger die in bezwaar mag klagen over schending van een norm van objectief publiekrecht die niet beoogt zijn belang te beschermen, van de rechter geen oordeel kan verkrijgen over de vraag of de bezwaarinstantie op dat bezwaar de juiste beslissing heeft genomen. Daarmee zouden we de connexiteit tussen beide fasen van rechtsbescherming (bezwaar en beroep op de bestuursrechter) – die zo bepalend is geweest voor de inrichting en organisatie van de bezwaarfase – geheel loslaten. Kiest men voor de introductie van een relativiteitsvereiste dan zal men dat naar mijn mening over de gehele breedte van de rechtsbeschermingsfase (dus inclusief de bezwaarfase, en in voorkomende gevallen: het administratief beroep) moeten doen. Het probleem is dan echter, zoals gezegd, dat er van het heroverwegende karakter van de bezwaarschriftprocedure weinig meer lijkt over te blijven.

3.4.2.3 Relativiteitsleer leidt tot extra moeilijkheden en daarmee tot lastenverzwaring

Waar door voorstanders van de relativiteitsleer juist een lastenverlichting wordt verwacht, daar zou het tegendeel wel eens het geval kunnen zijn. Een keuze voor de relativiteitsleer zou met name de rechter wel eens voor veel nieuwe, tijdrovende vragen kunnen stellen, waarover ook weer veel geprocedeerd zal worden. We moeten ons dat bij het transplanteren van een relativiteitsleer naar het Nederlandse bestuursrecht wel goed realiseren.

Zoals mij uit de studie van het Duitse recht is gebleken, veronderstelt de vraag of in een concreet geval sprake is van een door het recht beschermd belang vaak een zeer bewerkelijke toetsing.⁴⁵ De rechter zal zich bij het vinden van een antwoord op de vraag of de betreffende norm van objectief publiekrecht mede beoogt het belang van de appellant te beschermen moeten bedienen van verschillende gereedschappen, zoals de wetsgeschiedenis, de wettekst, het systeem, de ratio, rechtsbeginselen, analogie, rechtsverfijning, extensieve en restrictieve interpretatie. Bovendien is het gevaar dat deze gereedschappen soms in uiteenlopende richtingen wijzen, zodat hij zal moeten afwegen en kiezen. Moet je de bestuursrechter nu wel opzadelen met zulk een extra werk? Bovendien geldt dat waar het bij algemeen verbindende voorschriften vaak al niet eenvoudig is te zeggen of er sprake is van een door het recht beschermd belang, het helemaal lastig wordt als het gaat om andersoortige regels. Denk bijvoorbeeld aan beleidsregels; kan men überhaupt wel zeggen dat het belang van een individuele burger bescherming vindt in de wijze waarop het bestuur zichzelf bij de uitoefening van zijn bevoegdheid aan beleid heeft gebonden? En hoe zit dat bij ongeschreven rechtsbeginselen? Is het nu niet juist eigen aan het algemene karakter van een beginsel dat het niet op onmiddellijke wijze een aanspraak voor een individuele burger oplevert? Bij het beantwoorden van al deze vragen kan de bestuursrechter weliswaar leren van de ervaringen in de civiele rechtspleging en in het Duitse recht, maar desondanks mogen we ons niet vergissen in de onvermijdelijke extra werklast die

45. Zie over de Schutznormtheorie in het Duitse bestuursrecht hoofdstuk 2 van mijn proefschrift *De belanghebbende*. Een onderzoek naar de betekenis van het belanghebbende-begrip in het bestuurs(proces)recht, Den Haag 2003.

introductie van een relativiteitsvereiste in het bestuursrecht (zeker in de beginperiode) met zich zal brengen.

3.5 Conclusie

In dit hoofdstuk is ingegaan op de vraag of we in het Nederlands bestuursrecht moeten overgaan tot introductie van een relativiteitsvereiste. In de discussie hierover wordt een viertal argumenten aangedragen vóór invoering van een dergelijke relativiteitsleer. Ik ben van de noodzaak tot het invoeren van een relativiteitsleer echter niet overtuigd geraakt. Twee argumenten die met name met de systematiek van het recht te maken hebben – namelijk de veronderstelling dat de huidige regeling niet goed zou passen bij het systeem van de Awb en dat zij leidt tot een ongewenste incongruentie tussen de jurisprudentie van de bestuursrechter en zijn civiele collega – acht ik onjuist. Zoals ik heb aangegeven, heeft de Awb-wetgever met de keuze voor ‘individuele rechtsbescherming’ niet beoogd het bestuursrecht in de sleutel van subjectieve aan het bestuursrecht ontleende rechten te zetten, en waar het de congruentie met de jurisprudentie van de burgerlijke rechter betreft: ik meen dat er goede redenen kunnen zijn om een ‘knip’ te zetten tussen het beroep op vernietiging van een schade toebrengende handeling enerzijds en een vordering tot schadevergoeding anderzijds. Het derde argument – namelijk dat invoering van een relativiteitsleer leidt tot lastenverlichting aan de zijde van bestuur en rechter – acht ik evenmin overtuigend. Sterker nog, het is heel aannemelijk dat we ons met een relativiteitsleer zoveel nieuwe problemen op de hals halen dat eerder sprake zal zijn van een lastenverzwaring dan van een lastenverlichting. Maar hoe zit het met het vierde en op het oog meest krachtige argument: maakt een relativiteitsleer een einde aan ‘oneigenlijk’ (in de zin van: tot ongewenste resultaten leidend) gebruik van bestuursrechtelijke rechtsbescherming? Ook in dat opzicht verdient de relativiteitsleer naar mijn mening echter geen aanbeveling.

Het antwoord op de vraag of, en zo ja, wanneer er sprake is van ‘oneigenlijk gebruik’, kan naar mijn opvatting niet los worden gezien van het element dat in een rechtsstaat het bestuur gebonden is aan het recht en daaraan gehouden moet kunnen worden. Het bestuur is gelijk een burger gebonden aan het recht, maar deze gebondenheid is een principieel andere: de burger is in beginsel vrij zijn doelen en middelen te kiezen, voorzover het recht het hem niet verbiedt; het bestuur daarentegen is onvrij, tenzij door het recht bevoegd verklaard. In deze onvrijheid ligt de waarborg voor de rechtspositie van de burger; zij vormt de reflectie van de fundamentele vrijheid en autonomie van het individu. Een norm van objectief publiekrecht is derhalve niet enkel gericht op het behartigen van een specifiek deel van het algemeen belang, maar tevens op het waarborgen van de vrijheid van de individuele burger. Aldus zou men kunnen verdedigen dat in een publiekrechtelijke norm niet slechts een publiek belang en de daarmee congruerende private belangen bescherming vinden, maar dat in een dergelijke norm juist een evenwicht is gelegen tussen enerzijds dit publieke belang en anderzijds de fundamentele vrijheid van de individuele burger. Schending van de norm betekent dan steeds schending van de individuele vrijheid. En schending van de individuele vrijheid op onrechtmatige wijze geeft de benadeelde burger een ‘subjectief recht’ jegens het

bestuur op herstel. In deze visie vervalt het onderscheid tussen door de regeling beschermde belangen en belangen die slechts als een reflex van deze normen zijn te beschouwen; het belang van een burger vindt bescherming in een rechtsnorm, indien dit belang niet, althans niet in die mate, zou zijn getroffen als de betreffende rechtsnorm door het bestuursorgaan wel in acht zou zijn genomen.

Dit betekent dat een burger een aanspraak behoort te hebben op inachtneming van een norm van objectief publiekrecht – zelfs als deze in termen van relativiteit niet beoogt zijn belang te beschermen – indien het *feitelijk* gevolg van het wél in acht nemen van deze norm zou zijn dat zijn belang niet of niet in die mate zou zijn getroffen als nu het geval is. Anders gezegd: zolang een burger met zijn beroep op een bepaalde norm van objectief publiekrecht – ongeacht of deze in termen van relativiteit strekt tot bescherming van zijn belangen – een resultaat kan bereiken dat *feitelijk* dienstig is aan zijn belang, is er in mijn optiek geen sprake van ‘oneigenlijk gebruik’. Neem nu als voorbeeld de situatie waarbij omwonenden opkomen tegen het plaatsen van een woonwagencamp in hun wijk met als argument dat deze locatie binnen bepaalde geluidscirkels rond de spoorbaan ligt. Nu zouden we – met voorstanders van de relativiteitsleer – kunnen zeggen dat deze geluidsnormen strekken tot bescherming van de potentiële kampbewoners, maar dat het belang van de omwonenden daar geen bescherming in vindt. Toch meen ik dat deze omwonenden op de geluidsnorm een beroep moeten kunnen doen, omdat hun belang naar alle waarschijnlijkheid *feitelijk* gediend is met het wél in acht nemen van deze geluidscirkels; bijvoorbeeld als blijkt dat het woonwagencamp daardoor helemaal niet in hun wijk kan worden gerealiseerd. Het kan toch niet zo zijn dat een bestuursorgaan – dat erg in zijn maag zit met een groep kampers – bewust in strijd met het recht een perceel als woonwagencamp aanwijst en andere burgers daarmee ernstige schade berokkent, maar ons rechtssysteem tegelijkertijd geen mogelijkheden biedt dit bestuursorgaan op de vingers te tikken? Denk nu eens aan deze omwonenden. Zij krijgen een soort ‘Vinkenslag’ voor de deur – vrezen voor geluidsoverlast, criminaliteit, het verbouwen en dealen van softdrugs, invallen van politieteams en bovenal en keihard: waardedaling van hun eigendommen – maar het is duidelijk een zegen voor de rechtsstaat dat deze mensen daarover niet mogen klagen, terwijl ze weten dat het bestuur hier een flagrante schending van het recht pleegt. Ik zou het deze omwonenden – doodgewone, niet juridisch geschoolde burgers – in ieder geval niet kunnen uitleggen.

Van ‘oneigenlijk gebruik’ in de zin van leidend tot resultaten die indruisen tegen het rechtsgevoel, is dan ook geen sprake als een burger met het beroep op de betreffende rechtsnorm – ongeacht of het belang in termen van relativiteit hierin bescherming vindt – een resultaat kan bereiken dat *feitelijk* dienstig is aan zijn belang. Van ‘oneigenlijk gebruik’ zou ik daarentegen pas willen spreken, indien een appellerende burger zich beroept op schending van een rechtsnorm terwijl op voorhand reeds duidelijk is dat hij de schade evengoed zou hebben geleden als de betreffende rechtsnorm wél in acht ware genomen. Denk aan het geval dat een ondernemer opkomt tegen het verlenen van een bouwvergunning aan een concurrerende supermarkt met als argument dat deze in strijd is met de eisen van welstand omdat niet met een witte kalkzandsteen, maar met een rode baksteen zou moeten worden gebouwd. Los van de vraag of welstandsbepalingen beogen het concurrentiebelang van de appellerende ondernemer

te beschermen, geldt hier dat hij ook *feitelijk* niets met dit beroep opschiet: immers, ook indien het bouwwerk uit rode bakstenen wordt opgetrokken zal het financiële belang van de appellerende ondernemer worden getroffen. Een ander voorbeeld vormt de omwonende die zich beroept op schending van een achtergevelrooilijn, terwijl hij daarop geen zicht heeft. De schade aan de zijde van deze omwonende had evengoed bestaan als de achtergevelrooilijn wel in acht zou zijn genomen.

Om dit soort gevallen te voorkomen is invoering van een relativiteitsvereiste echter geen oplossing, omdat het zijn doel voorbij zou schieten: het zou namelijk niet alleen dit soort gevallen eruit filteren, maar ook velen die met hun beroep feitelijk wel degelijk wat kunnen opschieten – zoals de omwonenden van het woonwagenkamp – van rechtsbescherming uitsluiten. Voor de bestrijding van wat ik hiervoor als ‘oneigenlijk gebruik’ aanduidde, is een relativiteitsleer helemaal niet nodig; eerder zouden we kunnen denken aan een ‘correctie’ op de invulling van het huidige belanghebbende-begrip. Het uitgangspunt zou wat mij betreft moeten blijven dat iemand die als feitelijk gevolg van het bestreden besluit in zijn belang wordt getroffen, zulks niet hoeft te accepteren en dus als beroepsgerechtigde belanghebbende moet worden aangemerkt. Ik zou echter willen voorstellen om de bestuursrechter – in gevallen waarin de appellant zich beroept op schending van een rechtsnorm terwijl op voorhand reeds duidelijk is dat hij de schade evengoed zou hebben geleden als de betreffende rechtsnorm wél in acht ware genomen – de bevoegdheid te geven het beroep alsnog niet-ontvankelijk te verklaren wegens een gebrek aan procesbelang.

4 Beroepsrecht voor belangenorganisaties

4.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk heeft de vraag centraal gestaan of het aanbeveling verdient om in het Nederlands bestuursrecht in enigerlei vorm een relativiteitsvereiste te introduceren. In dit hoofdstuk zou ik een tweede actueel thema binnen de discussie over het beroepsrecht willen aansnijden: het zogenoemde collectief actierecht. Moet de bestuursrechtelijke rechtsbescherming ook openstaan voor belangenorganisaties die in rechte wensen op te komen voor de algemene en collectieve belangen die zij zich statutair ten doel hebben gesteld te behartigen? Ingevolge artikel 1:2 lid 3 Awb wordt op dit moment ten aanzien van rechtspersonen als hun belangen mede beschouwd de algemene en collectieve belangen die zij krachtens hun doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen. In de juridische literatuur, maar ook in bestuurlijke en politieke kringen valt er echter de nodige kritiek te beluisteren op dit collectief actierecht. Ik wees in het inleidende hoofdstuk reeds op het rapport van de Commissie Van Kemenade⁴⁶ en vrij recent: de in de Tweede Kamer aangenomen ‘motie Spies’.⁴⁷ Het in rechte opkomen voor boven-individuele belangen door maatschappelijke organisaties zou vanwege de politieke aard van deze geschillen, het gebrek aan democratische legitimatie en de doorkruising van rechtsstatelijke uitgangspunten niet passen in ons model van bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Daarnaast wordt ook wel gewezen op een aantal meer praktische problemen van het collectief actierecht. In het navolgende wil ik proberen deze nadelen wat preciezer in kaart te brengen, te beoordelen en vervolgens te vergelijken met de mogelijke voordelen van beroepsrecht voor belangenorganisaties en bestuursorganen.

4.2 De collectieve actie: een juridisch monstrem?

4.2.1 *Gebrek aan democratische legitimatie?*

Een voornaam punt van kritiek op het beroepsrecht voor belangenorganisaties is – als ik het goed zie – met name gelegen in de opvatting dat maatschappelijke organisaties

46. Zie het rapport van de werkgroep inzake de terugdringing van de juridisering van het openbaar bestuur (naar zijn voorzitter ook wel: Commissie Van Kemenade), ‘Bestuur in geding’, november 1997.

47. Kamerstukken II 2002/03, 28 600 XI, nr. 73, p. 10-12.

niet democratisch gelegitimeerd zijn om zorg te dragen voor de determinatie van het algemeen belang.⁴⁸ Maatschappelijke verbanden zouden zich, aldus Teunissen,⁴⁹ niet moeten kunnen identificeren met belangen die zij persoonlijk zien als het algemene belang om hun wil op te leggen aan anderen. Weer anderen waarschuwen voor het aldus ontstaan van niet democratisch gelegitimeerde ‘pseudo-overheden’⁵⁰ en voor politisering van de rechtspraak.⁵¹

Ik acht deze ‘klassiek liberale’ gedachtegang echter niet zonder meer overtuigend. Allereerst, omdat ik de kwalificatie ‘algemeen-belangactie’ in dezen niet juist acht. Het ‘algemeen belang’ vormt een – om met Koopmans te spreken⁵² – onbepaald rechtsbegrip, waarvan de inhoud noch de functie in abstracto kan worden vastgesteld. Wat in het algemeen belang is, volgt in een concrete besluitvormingsprocedure door het bestuur uit een afweging van verschillende individuele en publieke belangen. Het belang van een milieuorganisatie bij bescherming van het leefmilieu of meer specifiek bij de bescherming van de ‘ecologische waarden’ van een bepaald natuurgebied is wel een ideëel belang, maar dit maakt milieubehoud nog niet tot het algemeen belang. Bij het beantwoorden van de vraag of het verlenen van een vergunning voor de aanleg van een containerterminal in de haven van Vlissingen in het algemeen belang is, zal dit milieubelang bijvoorbeeld moeten worden afgewogen tegen de economische belangen (zoals werkgelegenheid) die zijn gemoeid met de aanleg. De collectieve belangen waarvoor maatschappelijke organisaties plegen op te komen mogen derhalve niet worden gelijkgesteld met het algemeen belang.

Een tweede reden waarom ik niet zo geloof in de door de ‘Limburgse School’ gestelde doorkruising van rechtsstatelijke uitgangspunten heeft ermee te maken dat het toekennen van beroepsrecht onverlet laat dat het bestuur binnen de grenzen van het recht naar eigen inzicht invulling kan geven aan de hem toegekende bevoegdheid. Wat is er nu – in vergelijking met een procedure die wordt geëntameerd door een individuele burger – zo anders aan een beroep dat wordt ingesteld door een belangenorganisatie? In beide gevallen wordt toch slechts het recht verleend een door het bestuursorgaan genomen besluit ter toetsing op rechtmatigheid aan een rechter voor te leggen en uitdrukkelijk niet het recht om in plaats van dat bestuursorgaan naar eigen inzicht invulling te geven aan de notie algemeen belang. Ook een beroepsgerechtigde belangenorganisatie heeft slechts een aanspraak op niet meer dan een rechtmatige bevoegdheidsuitoefening door het bestuursorgaan. Binnen deze grenzen van het recht blijft het bestuur echter vrij om een belangenafweging te verrichten. Dus of een dergelijke toetsing nu wordt geïnitieerd door een willekeurige burger of door een belangenorganisatie is vanuit principieel-rechtsstatelijk oogpunt helemaal niet van belang. In beide gevallen zal de bestuursrechter immers met gepast respect voor de beleids-

48. Zie bijvoorbeeld J.M.H.F. Teunissen, *De algemeen belangorganisatie als bestuursrechtelijk (pseudo-) Openbaar Ministerie*, Gst. 2003, 7179, p. 64-65.

49. J.M.H.F. Teunissen, *Het burgerlijk kleeft van de staat: beschouwingen over de tweewegenleer*, Zwolle: WEJ. Tjeenk Willink 1996, p. 309.

50. Zie bijvoorbeeld A.Q.C. Tak, *De overheid in het burgerlijk recht*, 's-Gravenhage 1997, p. 218-219.

51. Vgl. M. Heldeweg, R.J.N. Schlössels & R.J.G.H. Seerden, *De kwadratuur van de algemeen belangactie*, RMTthemis 2000, p. 54.

52. T. Koopmans, *Conserverende en activerende rechtsbegrippen*, in: T. Koomans, *Juridisch Stippelwerk*, Deventer 1991, p. 166-172.

vrijheid van het bestuursorgaan een oordeel moeten geven over de rechtmatigheid van het bestreden besluit.

4.2.2 *Ongelijkheid en willekeur?*

Een ander punt van kritiek op het collectief actierecht komt met name voort uit de gedachte dat dit tot ongelijkheid en willekeur leidt. Zo vraagt Teunissen zich af:⁵³ waarom mag een belangenorganisatie wél voor een ideëel belang opkomen en mag *ik* dat niet? En: heeft het niet iets willekeurigs, dat slechts die overheidsbesluiten in rechte worden aangevochten die de belangenorganisatie wil aanvechten? Maar hoe overtuigend is deze kritiek?

Voor wat betreft het aspect van de ongelijkheid – in de zin dat belangenorganisaties wel en individuele burgers niet gerechtigd zijn om voor ideële belangen op te komen – betwijfel ik of we nu werkelijk met een probleem te maken hebben. Het gelijkheidsbeginsel eist immers slechts dat *gelijke gevallen* gelijk worden behandeld en van gelijke gevallen kan hier toch moeilijk worden gesproken. Er kunnen immers heel goede redenen zijn waarom we de behartiging van ideële belangen wel opdragen aan belangenorganisaties en niet aan individuele burgers. Zo zouden we kunnen denken aan de vrees voor te hoge lasten voor bestuur en rechter als ‘eenieder’ voor dergelijke belangen zou kunnen opkomen. Een andere reden voor het maken van onderscheid zou kunnen zijn gelegen in de omstandigheid dat belangenorganisaties zich voor de behartiging van dit soort boven-individuele belangen ook veel beter lenen dan individuele burgers. Dit soort organisaties hebben – in tegenstelling tot vele burgers – de kennis en de financiële middelen om zich als bewaker van dit soort belangen op te werpen. Ik meen dan ook dat deze ongelijkheid heel goed te rechtvaardigen is.

Ten aanzien van de vermeende willekeur geldt wat mij betreft dat, gelet op de waakhondfunctie van belangenorganisaties, weer niet automatisch mag worden verwacht dat zij een uitgebalanceerd handhavingsbeleid voeren en in rechte optreden tegen bijvoorbeeld eenieder die niet beschikt over een rechtsgeldige vergunning.⁵⁴ Niet alleen hebben zij daarvoor in de praktijk simpelweg onvoldoende menskracht en middelen, maar belangrijker is dat dit ook niet past bij de ‘waakhondfunctie’ van deze organisaties. Het ligt op hun weg om in rechte te ageren tegen overtredingen van regels, daar waar de overheid ten aanzien van de handhaving ‘gaten laat vallen’. Anders dan overheden zijn milieuorganisaties geen *algemeen*-belangbehartigers die tot *taak* hebben *alle* relevante belangen in hun besluitvorming te betrekken en die *zonder vooringenomenheid* steeds vanuit *algemene* gezichtspunten af te wegen. Particuliere organisaties zijn niet op dezelfde wijze als de overheid gebonden aan het verbod van willekeur dat een consistent (overheids)optreden vereist. Pas wanneer belangenorganisaties een monopoliepositie gaan innemen in het maatschappelijk verkeer – hetgeen

53. J.M.F.H. Teunissen, De algemeen belangorganisatie als bestuursrechtelijk (pseudo-) Openbaar Ministerie, Gst. 2003, 7179, p. 64.

54. Ik heb dit reeds eerder met Van Gestel betoogd: R.A.J. van Gestel & J.C.A. de Poorter, Je maintiendrai. Naar een prominenter rol van burgers en milieuorganisaties bij de handhaving van het omgevingsrecht?, Tijdschrift voor Omgevingsrecht 2002, p. 94.

bij de handhaving voorshands niet het geval is – en/of misbruik van recht dreigt, komen de grenzen van het betamelijke in zicht.

4.2.3 Ongewenste ‘zaakwaarneming’?

In zijn Amsterdamse oratie *Het zand in de machine* signaleert Schueler nog een andere keerzijde van het beroepsrecht voor belangenorganisaties.⁵⁵ Hij wijst erop dat het collectief actierecht er onder omstandigheden toe kan leiden dat mensen tegen hun zin worden beschermd. Als voorbeeld wijst hij op een boekbinderij die gevestigd is temidden van enkele appartementen. De bewoners – die overdag nooit thuis zijn en op goede voet verkeren met de boekbinder – zien af van juridische acties. Een lokale belangenorganisatie, die opkomt voor het milieu en het leefklimaat, spant een bestuursrechtelijke procedure aan tegen de boekbinderij met als argument dat geldende geluidsvoorschriften zijn overtreden. De vraag die dit opwerpt, is of deze ‘zaakwaarneming’, die tegen de wens van omwonenden kan plaatsvinden, niet wat te ver gaat.

Het verschijnsel waartegen Schueler zich keert is inderdaad voor discussie vatbaar. Tegelijkertijd is het ook wel een erg extreem voorbeeld. Want hoe vaak komt het nu voor dat alle omwonenden zich wensen neer te leggen bij dit soort vormen van overlast maar een lokale organisatie zich daarvan niets aantrekt en in rechte ageert? Bovendien, zo heeft Van Buuren er terecht op gewezen, is het nog maar de vraag hoe vrij de omwonenden zich eigenlijk voelen om eventueel wel beroep in te stellen.⁵⁶ Misschien wensten sommigen zich helemaal niet neer te leggen bij de geluidsoverlast, maar waren ze gewoon bevreesd om de verhouding met de boekbinder of met de andere omwonenden op scherp te zetten. Een andere mogelijkheid is dat zij de gevolgen van bepaalde activiteiten op dat moment nog niet goed konden inschatten. Maar zelfs als het al zo zou zijn dat de bewoners uit vrije wil hebben afgezien van het instellen van beroep, dan is het naar mijn opvatting nog niet helemaal juist om in het geval van de belangenorganisaties te spreken van (ongewenste) ‘zaakwaarneming’. De belangenorganisatie komt namelijk welbeschouwd helemaal niet op voor de individuele belangen van elk van de omwonenden. Het groepsbelang is het – de belangen van de individuele leden overstijgend – gemeenschappelijk belang van de groep als zodanig.⁵⁷ Het groepsbelang mag niet worden gezien als een optelsom van de individuele belangen van elk der leden, alleen al niet omdat deze laatste belangen vaak helemaal niet zo eenduidig zijn. Waar het bijvoorbeeld gaat om het belang van een bewonersorganisatie die opkomt tegen het vestigen van een bedrijf in die wijk, zullen de individuele belangen van de omwonenden vaak veelsoortig zijn: sommige bewoners vrezen wellicht geluidsoverlast van het bedrijf, terwijl anderen juist vrezen voor de verkeerssituatie bij aan- en afrijdend vrachtverkeer. Weer anderen zullen zich uitsluitend of vooral bekommeren om de waardedaling van hun bezit bij een eventuele verkoop, terwijl een enkeling zich wellicht zorgen zal maken om het behoud van de in de buurt voorkomende

55. B.J. Schueler, *Het zand in de machine* (oratie UvA), Deventer 2003, p. 17-18.

56. P.J.J. van Buuren, *Zin en onzin over de actio popularis*, in: B.P.M. van Ravel en M.A. van Voorst van Beest (red.), *Natuurlijk van belang* (Van Wijmen-bundel), Deventer 2003, p. 168.

57. Vgl. ABRvS 28 februari 2000, AB 2000, 188 m.nt. MSV en ABRvS 26 juni 2002, JB 2002, 29.

vogelsoorten. Een bewonersorganisatie zoals in het door Schueler genoemde voorbeeld behartigt dus niet de belangen van al deze omwonenden afzonderlijk, maar treedt in rechte op voor het gemeenschappelijk belang van 'de omwonenden'. De omstandigheid dat deze omwonenden hebben afgezien van het instellen van beroep betekent dan dus nog niet dat de organisatie niet voor het belang van de groep als zodanig in het geweer kan komen. Zij kan daar soms ook best een goede reden voor hebben: bijvoorbeeld omdat zij zich zorgen maakt over de gevolgen voor latere bewoners die misschien niet zo blij zijn met de te soepele, onrechtmatige vergunning.

4.3 Het collectieve actierecht: een rechtsstatelijk vangnet!

Hoewel ik in het voorgaande de kritiek dat het collectieve actierecht op gespannen voet zou staan met de uitgangspunten van de democratische rechtsstaat heb trachten te weerleggen, is daarmee nog niet zonder meer gezegd dat we die collectieve actie ook zouden moeten koesteren. Het past de wetenschapper na het weerleggen van de tegenargumenten derhalve iets te zeggen over de argumenten vóór het beroepsrecht voor belangenorganisaties.

4.3.1 *Countervailing powers*

Het belangrijkste argument dat pleit voor het behoud van het collectieve actierecht is mijns inziens gelegen in de omstandigheid dat belangenorganisaties in onze samenleving een belangrijk en positief te waarderen tegenwicht vormen ten opzichte van het bestuur.⁵⁸ De steeds complexer wordende regelgeving gekoppeld aan de doorwerking van internationaal en Europees recht in onze nationale rechtsorde maken dat er door het bestuur tal van fouten kunnen worden gemaakt. Uit recent empirisch onderzoek blijkt dat in ongeveer de helft van het aantal milieurechtelijke gevallen dat beroep wordt ingesteld door een belangenorganisatie, dit ook tot een gegrondverklaring leidt.⁵⁹ Het is dan ook niet terecht om belangenorganisaties in een kwaad daglicht te stellen omdat zij structureel beroep zouden instellen tegen vergunningen die naar hun oordeel in strijd met de wet zijn. Immers: als er zo vaak gewonnen wordt, mankeert er dus kennelijk vaak wat aan de besluitvorming door het bestuur. Anderzijds geeft het wel aan dat belangenorganisaties een belangrijke rol hebben te vervullen waar het gaat om het scherp houden van het bestuur, anders gezegd: als 'bewaker van de bewakers'. Zo heeft Nieuwenhuis erop gewezen, dat het, gelet op rechtsstatelijke uitgangspunten zoals het behoud van 'evenwicht van machten' in het politieke systeem, zeer belangrijk is dat er maatschappelijke organisaties zijn die middels een beroep op de rechter een

58. Zie in dit verband ook mijn proefschrift: *De belanghebbende. Een onderzoek naar de betekenis van het belanghebbende-begrip in het bestuurs(proces)recht*, Den Haag 2003. Zie ook R.A.J. van Gestel & J.C.A. de Poorter, *Je maintiendrai. Naar een prominenter rol van burgers en milieuoorganisaties bij de handhaving van het omgevingsrecht?*, *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2002, p. 84-95.

59. Zie hierover M. Jongma & F.C.M.A. Michiels, *Het beroepsrecht van milieuoorganisaties moet blijven!*, *NJB* 2002, p. 2238-2239. Zie ook N. De Sadeleer, G. Roller & M. Dross, *Access to Justice in Environmental Matters*, rapport in opdracht van de Europese Commissie naar de toegang tot de rechter in enkele lidstaten van de Europese Unie.

tegenwicht kunnen bieden aan de almacht van de overheid.⁶⁰ Tot een oordeel over de rechtmatigheid van het overheidsoptreden is bij uitsluiting de onafhankelijke rechterlijke macht bevoegd. 'Niet omdat bij de politieke controle-organen onvoldoende besef van wet en recht voorhanden zou zijn', aldus Nieuwenhuis,⁶¹ 'maar omdat bij een parlementaire beoordeling van de ministeriële verantwoordelijkheid – om ons daartoe te beperken – factoren een rol spelen die onverenigbaar zijn met een rechtsoordeel: behoud van de coalitie bijvoorbeeld'. Deze visie op maatschappelijke verbanden als een in het stelsel van 'checks and balances' belangrijke 'countervailing power' vormt mijns inziens inderdaad een belangrijk argument voor een zelfstandig actierecht voor belangenorganisaties.⁶²

4.3.2 *Waardevolle bescherming van boven-individuele belangen*

Dat belangenorganisaties de mogelijkheid wordt geboden om voor bepaalde boven-individuele belangen in rechte op te komen, is ook om andere redenen dan het bieden van tegenwicht tegen de almacht van de overheid nog van belang. Zo kan erop worden gewezen dat het collectieve actierecht voorkomt dat bepaalde belangen anders al te zeer zouden ondersneeuwen. Zo kunnen belangenorganisaties in hoge mate bijdragen aan een krachtige bescherming van zogenoemde 'stemloze' belangen, zoals bijvoorbeeld het belang van bescherming van 'ecologische waarden' van een bepaald natuurgebied. Maar ook hebben zij een belangrijke rol als spreekbuis voor de belangen van groepen van burgers. De omstandigheid dat burgers met een gezamenlijke doelstelling zich verenigen is nu eenmaal een sociologisch gegeven, dat ook nog eens bescherming vindt in de in artikel 8 Grondwet neergelegde vrijheid van vereniging. Het procesrecht behoort naar mijn mening aan een dergelijke maatschappelijke behoefte te beantwoorden en daarvoor zeker geen drempels op te werpen. Door zich te verenigen en als groep in rechte op te treden kan een vorm van compensatie worden gevonden voor de toch nog vaak bestaande (processuele) ongelijkheid tussen burger en bestuur.⁶³ Zo heeft een burger inderdaad veelal niet de kennis over het feitencomplex zoals het bestuur die heeft, en beschikt hij ook niet over de mogelijkheden of middelen om een uitgebreid feitenonderzoek uit te voeren. Daarnaast ontbeert een willekeurige burger vaak de kennis omtrent het geldend (materieel en proces)-recht en de financiële middelen om dit gebrek in langdurige procedures te compenseren. In al deze opzichten kan een belangenorganisatie een nuttige compenserende factor zijn. En over de kosten van het collectief actierecht? Ik denk dat die wel meevallen, sterker nog: in veel gevallen levert een collectieve actie juist tijd en kostenbesparingen op.⁶⁴ Het biedt immers de mogelijkheid om een geschil in een grotere omvang aan de rechter voor te

60. J.H. Nieuwenhuis, *Op gespannen voet: een evenwichtstheorie over betrekkingen tussen het publieke en het burgerlijke recht*, NJB 1998, p. 9-17.

61. J.H. Nieuwenhuis, *Op gespannen voet: een evenwichtstheorie over betrekkingen tussen het publieke en het burgerlijke recht*, NJB 1998, p. 15.

62. Tot eenzelfde conclusie komt Van Dieren, *Ngo's beschermen tegen de waan van de dag*, *Opiniepagina Volkskrant* 1 augustus 2002.

63. Deze opvatting is reeds eerder verdedigd door S.V. Hoogendijk-Deutsch, *Groepsacties en algemeen belang in de administratiefrechtelijke procedure*, in: *Handelingen der NJV 1976* (Nederlandse Juristenvereniging), deel I, p. 19.

64. Zie het kabinetsstandpunt over juridisering, *Kamerstukken II 1998/99*, 26 360, nr. 1, aangeboden bij brief d.d. 21 december 1998 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer. Zie i.h.b. p. 30.

leggen, waardoor wordt voorkomen dat ieder individu voor zich gaat procederen en dat er tegenstrijdige rechterlijke uitspraken worden gedaan.

4.3.3 *Roeien tegen de internationaalrechtelijke stroom in*

Wat zegt het Europees en internationaal recht nu over het collectieve actierecht in nationale bestuursrechtelijke procedures? Aan tegenstanders van collectieve acties moet worden toegegeven dat belangenorganisaties aan een bepaling als artikel 6 EVRM – dat zegt dat eenieder ter zake van de vaststelling van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen toegang dient te hebben tot een onafhankelijke en onpartijdige rechter – gelet op de jurisprudentie van het Europees Hof voor de rechten van de mens geen beroepsrecht kunnen ontleenen.⁶⁵ Datzelfde kan worden gezegd van artikel 10 EG-Verdrag dat aan het nationale recht van de lidstaten slechts de eis lijkt te stellen dat particulieren (en dus niet zogenoemde NGO's) de mogelijkheid moet worden geboden om hun aan het EG-recht ontleende rechten voor een onafhankelijke rechter geldend te maken.⁶⁶ Overigens geven beide genoemde bepalingen slechts een minimumvoorwaarde: zij staan niet in de weg aan een ruimere kring van beroepsgerechtigden. Opmerkelijk is echter wel dat waar in Nederland steeds vaker wordt bepleit de rechtsbescherming voor belangenorganisaties te beperken, er op internationaal niveau – en dan in het bijzonder in milieurechtelijke aangelegenheden – een tegenovergestelde tendens lijkt te zijn waar te nemen. Met name valt te wijzen op het op 25 juni 1998 in Aarhus in ECE-verband gesloten internationaalrechtelijke verdrag over toegang tot milieuinformatie, rechten op participatie in het besluitvormingsproces in milieuzaken en toegang tot de rechter in milieuzaken. Dit verdrag bepaalt in artikel 9 lid 2 dat 'leden van het betrokken publiek' (volgens artikel 2 lid 5: 'the public affected or likely to be affected by, or having an interest in, the environmental decision-making') die 'voldoende belang' hebben, toegang tot een procedure bij de rechter moeten hebben tegen specifieke milieubesluiten. Dit betekent dat er is gekozen voor een kring van personen die erg dicht aan lijkt te liggen tegen het belanghebbende-begrip van artikel 1:2 Awb. Een eerste conclusie hieruit is, dat het verdrag geen *actio popularis* vereist en zich dus ook niet lijkt te verzetten tegen de plannen tot het afschaffen van de *actio popularis* op het terrein van het milieu- en ruimtelijke ordeningsrecht.⁶⁷ Daarnaast kan worden geconcludeerd dat dit Verdrag van Aarhus ingevolge artikel 9 lid 2 juncto artikel 2 lid 5 wel verplicht tot een recht op toegang tot de rechter voor belangenorganisaties na het doorlopen van een vergunningenprocedure als bedoeld in artikel 6 van het Verdrag. Nederland is partij bij dit Verdrag en kan er dus niet zonder meer – althans niet waar het, zoals in de motie Spies, milieurechtelijke aangelegenheden betreft – toe overgaan artikel 1:2 lid 3 Awb te schrappen. Maar ook de Europese Gemeenschap zelf is ondertekenaar van het Verdrag en inmiddels is er bij de Europese Commissie een zogenoemd werkdokument opgesteld dat er onder andere in voorziet dat aan milieuorganisaties de toegang tot de rechter moet worden

65. Zie hoofdstuk 3 van mijn proefschrift: *De belanghebbende. Een onderzoek naar de betekenis van het belanghebbende-begrip in het bestuurs(proces)recht*, Den Haag 2003.

66. Zie hoofdstuk 4 van mijn proefschrift.

67. Vgl. W.J. Mesters & H.A. Oldenzief, *Openbaarheid van milieu-informatie na Aarhus*, NTB 2003, p. 221-230.

toegekend.⁶⁸ In een inmiddels in opdracht van de Commissie verricht onderzoek naar de 'access to justice in environmental matters' in een achttal landen wordt het belang van een dergelijk beroepsrecht nogmaals benadrukt.⁶⁹ Zelfs in een land als Duitsland, waar men van oorsprong om principieel-dogmatische redenen niets van een collectieve actie moest hebben, wordt door middel van de op 4 april 2002 in werking getreden wijzigingswet van het Bundesnaturschutzgesetz in § 61 voorzien in een zogenoemde 'altruïstische Verbandsklage'.⁷⁰ Alleen al om te voorkomen dat we internationaal uit de pas gaan lopen, moeten we het collectieve actierecht, zoals neergelegd in artikel 1:2 lid 3 Awb, koesteren.

4.4 Slotopmerkingen

Er is op het punt van het collectief actierecht veel beweging. Niet zelden valt in de politieke arena en in de juridische literatuur de kritiek te beluisteren dat een beroepsrecht voor belangenorganisaties op gespannen voet staat met de uitgangspunten van de democratische rechtsstaat en bovendien allerlei praktische bezwaren met zich brengt. Op basis van het voorgaande kom ik echter tot de conclusie dat een beroepsrecht voor belangenorganisaties geen doorkruising vormt van fundamentele democratische en rechtsstatelijke waarden. Gebleken is zelfs dat een dergelijk beroepsrecht grote voordelen heeft en bovendien vanuit rechtsstatelijke optiek juist van bijzonder belang moet worden geacht als een, in het stelsel van 'checks and balances', belangrijke countervailing power.

68. De tekst van dit werkdocument is te vinden op: <http://www.europa.eu.int/comm/environment/pdfinfo.htm>.

69. Zie ook N. De Sadeleer, G. Roller & M. Dross, Access to Justice in Environmental Matters, rapport in opdracht van de Europese Commissie naar de toegang tot de rechter in enkele lidstaten van de Europese Unie.

70. Zie hierover R. Seelig & B. Gündling, Die Verbandsklage im Umweltrecht, NVwZ 2002, p. 1033-1040.

5 Conclusie

Het stelsel van bestuursrechtspraak heeft de laatste decennia een sterke ontwikkeling doorgemaakt van een op algehele rechtmatigheidscontrole geënt model naar een meer op (effectieve) geschillenbeslechting gerichte procesvariant. Het is een ontwikkeling die nog zeker niet is afgerond en waarvan moet worden afgewacht hoe die verder zal gaan. Deze ontwikkeling veroorzaakt ook de nodige deining omtrent het beroepsrecht: over de vraag wie zijn geschil met een bestuursorgaan aan een rechter moeten voorleggen. Steeds vaker valt te beluisteren dat ons procesrecht op dat punt zou moeten worden omgebogen in de richting van het Duitse bestuursprocesrecht. Dat wil zeggen in de richting van een recours subjectif waarbij nog slechts kan worden opgekomen voor de schending van iemands eigen ‘subjectief recht’ en waarbij een collectief actierecht niet past.

Aan het eind van dit preadvies kom ik echter tot de conclusie dat we die richting maar beter niet opgaan. Bij de beantwoording van de vraag wie in een op (effectieve) geschillenbeslechting gericht procesmodel zijn geschil met een bestuursorgaan aan een rechter moet kunnen voorleggen, behoort namelijk een tweetal factoren een rol te spelen: het gaat er aan de ene kant om aan burgers een rechtsgang te bieden ter bescherming van hun eigen belangen, maar aan de andere kant vormt de toegang tot de rechter ook een belangrijk middel om tegenwicht te bieden aan de almacht van de overheid.⁷¹ Bij de invulling van het begrip belanghebbende moeten we ervoor waken niet een te eenzijdige keuze te maken en daarmee de rechtsstaat schade toe te brengen; het gaat er juist om – zo ben ik met Zijlstra eens⁷² – een evenwicht te zoeken tussen beide uitgangspunten.

Als ik dan de probleemstelling van dit preadvies nog eens in herinnering breng – verdient het aanbeveling de kring van belanghebbenden te beperken door het invoeren van een relativiteitsvereiste en door het afschaffen van het beroepsrecht voor

71. Met dit laatste bedoel ik uitdrukkelijk niet dat ik de rechter toch een controlefunctie zou willen toe dicht. Zoals ik in hoofdstuk 2 reeds opmerkte, is rechtspraak daartoe een weinig geschikt middel. Wat ik bedoel is dat niet de rechter, maar bepaalde entiteiten zoals bestuursorganen en belangenorganisaties heel goed een waakhondfunctie kunnen vervullen. Dit kan een reden zijn om hen beroepsrecht te verlenen om hen in een concreet geval in de gelegenheid te stellen hun geschil met een bestuursorgaan ter beslechting aan de rechter voor te leggen.

72. S.E. Zijlstra, Rechtsbescherming en de kwaliteit van het overheidsbestuur. De gevolgen van recente ontwikkelingen in het bestuursprocesrecht en het interbestuurlijk toezicht voor het stelsel van rechtmatigheidscontrole op overheidshandelen, bezien in het licht van de beginselen van de rechtsstaat, in: F.J. van Ommeren & S.E. Zijlstra (red.), *De rechtsstaat als toetsingskader*, Den Haag 2003, p. 269-282. Zie eveneens S.E. Zijlstra, *De toekomst van de rechtsbescherming*. Het conceptrapport van de VAR-commissie Rechtsbescherming kritisch besproken, NTB 2003, p. 158-167.

belangenorganisaties?’ – dan moet het antwoord tegen de achtergrond van het voorgaande naar mijn opvatting ontkennend luiden.

Waar het gaat om burgers – natuurlijke personen, rechtspersonen en andere entiteiten – die ter bescherming van hun eigen belangen een rechtsingang moet worden geboden, moet de conclusie zijn dat het feitelijk in een belang getroffen zijn voldoende moet worden geacht. Wie als feitelijk gevolg van het bestreden besluit in een belang wordt getroffen behoort een aanspraak te hebben op een in alle opzichten rechtmatig besluit. Ik zou op dit uitgangspunt overigens wel een correctie willen aanbrengen: ik zou willen voorstellen om de bestuursrechter – in gevallen waarin de appellant zich beroept op een belang dat niet als reflex van de beweerdelijk geschonden rechtsnorm is te beschouwen; anders gezegd: waarin hij een resultaat nastreeft dat niet dienstig is aan zijn belang – de bevoegdheid te geven het beroep alsnog niet-ontvankelijk te verklaren wegens verval van procesbelang.⁷³

Bij de vormgeving van de kring van beroepsgerechtigden speelt echter niet alleen het rechtsbeschermingsaspect – in de zin dat burgers bescherming moet worden geboden tegen een krenking van hun eigen belangen – een rol, maar tevens het aspect dat toegang tot de rechter een erg gewenst middel vormt om tegenwicht te bieden aan de almacht van de overheid. Het zou te ver gaan daartoe in het algemeen ‘eenieder’ beroepsrecht toe te kennen – nog afgezien van de daarmee gepaard gaande lasten ontbeert een burger veelal de kennis, de financiële middelen en de bereidheid om deze waakhondfunctie te vervullen – maar het is wel de reden dat een beroepsrecht voor belangenorganisaties (en naar mijn mening: ook voor bestuursorganen) moet worden gekoesterd.

73. Zie hierover uitgebreider in paragraaf 3.5.

Stellingen

1. Introductie van enigerlei vorm van relativiteitsvereiste in het bestuursrecht moet van de hand worden gewezen.
2. Het beroepsrecht voor belangenorganisaties is een onmisbare 'countervailing power' in een systeem van 'checks and balances'.
3. Bij de vormgeving van de kring van beroepsgerechtigden moeten we ervoor waken een te eenzijdige keuze te maken: niet alleen de bescherming van individuele belangen, maar ook het bieden van tegenwicht aan de almacht van de overheid behoort daarbij een rol te spelen.

Verslag

Hierna volgt het verslag van de tweede bijeenkomst van de Jonge VAR op 21 november 2003 te Leiden. De bijeenkomst werd voorgezeten door prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels, voorzitter van de VAR. Het verslag betreft de bespreking van de twee preadviezen die hiervoor zijn afgedrukt. De inleidingen die door de preadviseurs zijn gehouden, zijn niet in dit boekje opgenomen; ze bevatten de grote lijnen van de preadviezen. Aan het eind van elk van de twee onderdelen is de uitslag van de stemming over de stellingen met betrekking tot het desbetreffende preadvies weergegeven.

Bespreking van het preadvies van mr. E.C. Pietermaat, Processuele openbaarheid

Mevrouw Breukers (Universiteit van Tilburg) stelt de eerste vraag. Zij vindt het niet logisch om onderscheid te maken tussen het niet ter inzage leggen van documenten (door Pietermaat gezien als een procedurebeslissing, waartegen niet afzonderlijk bezwaar kan worden gemaakt) en het wél ter inzage leggen van documenten (volgens Pietermaat een besluit) en vreest dat bedrijven misbruik zullen maken van de beroepsmogelijkheden, hetgeen tot vertraging leidt. Volgens Pietermaat is het risico op vertraging inderdaad niet uit te sluiten, maar moet een bestuursorgaan de toepasselijkheid van art. 10 Wob sowieso beoordelen. Op dit moment is echter niet geregeld hoe te handelen bij een verschil van mening tussen burger en bestuursorgaan. Deze oplossing schept daarover in ieder geval duidelijkheid. Wanneer stukken niet ter inzage worden gelegd, gebeurt er in feite niets definitiefs en is beroep dus niet nodig. De rechter toetst achteraf, bij de behandeling van het besluit waarop de niet ter inzage gelegde stukken zien, en mogelijk blijken de stukken dan helemaal niet van belang voor de uiteindelijke beslissing. Dan zijn derden ook niet in hun belangen geschaad. Oordeelt de rechter dat de stukken ten onrechte niet ter inzage zijn gelegd, dan kan hij, indien belanghebbenden door het niet ter inzage leggen in hun belangen zijn geschaad, het uiteindelijke besluit vernietigen. Na vernietiging krijgen derden alsnog toegang tot de documenten. Als stukken wel ter inzage worden gelegd, moet onmiddellijk ingrijpen door de rechter mogelijk zijn, omdat anders het leed al is geschied.

Mevrouw Van den Elsen (student Universiteit Leiden) merkt op dat de beroepsmogelijkheid tegen publicatie van besluiten leidt tot juridisering en niet strookt met art. 8 Wob. Bovendien is de rechterlijke macht al overbelast. Waarom dan toch toepassing van het strategisch besluitbegrip? Pietermaat vindt rechtsbescherming zwaarder wegen dan eventuele juridisering. Bovendien zal het, gelet op de aard van de materie niet om zo heel veel extra zaken gaan. Verder moet worden bedacht dat niet de ter-

inzagelegging als zodanig het besluit is, maar alleen het oordeel over de toepasselijkheid van art. 10 Wob. De overbelasting van rechters mag niet ten koste gaan van de rechtsbescherming. Het gaat ook maar om een korte procedure. Meer geld voor de rechterlijke macht is overigens sowieso een goed idee!

De heer Lauwerier (Universiteit van Tilburg) wil weten waarom ervoor is gekozen om de beslissing bepaalde stukken niet ter inzage te leggen te beschouwen als een procedurebeslissing in de zin van artikel 6:3 Awb, waartegen niet afzonderlijk bezwaar en beroep kan worden gemaakt. Volgens hem is de Wob in dit geval de aangewezen weg. Als aan het eind van de procedure wordt beslist dat documenten openbaar gemaakt hadden moeten worden, kun je weer opnieuw beginnen. Indien al in een aparte Wob-procedure uitgemaakt zou worden of bepaalde stukken toch openbaar gemaakt moeten worden, dan is het meteen duidelijk.

Pietermaat benadrukt dat de Wob niet is bedoeld om de openbaarheid van stukken tijdens de bestuursrechtelijke procedure te regelen. De Wob houdt geen verband met processuele openbaarheid, maar met democratische openbaarheid. Daarom is ervoor gekozen om in dit geval uit te gaan van een procedurebeslissing en om niet pleiten voor afzonderlijke Wob-procedures. Pietermaat merkt daarbij wel op dat natuurlijk niet kan worden uitgesloten dat zij die vinden dat bepaalde stukken ten onrechte niet ter inzage worden gelegd, zullen proberen om met een beroep op de Wob die stukken alsnog te bemachtigen.

Het voorstel van mevrouw Pietermaat behelst een soort snelrecht in de Awb. De heer Van Bult (Universiteit Leiden) wil weten waarom dan niet de voorlopige-voorzieningsprocedure kan worden gebruikt. Volgens Pietermaat zullen in haar voorstel wel de regels voor een voorlopige voorziening worden gebruikt, maar is het vanwege de snelheid van belang om direct tot een einduitspraak te komen. Daarin voorziet de voorlopige-voorzieningsprocedure niet en daarom is een aparte regeling noodzakelijk. De logische vervolgvraag, gesteld door de heer Verheij (ministerie van Justitie/Universiteit van Maastricht), is dan of tegen de uitspraak hoger beroep openstaat. Dat is volgens de preadviseur wel wenselijk, hoewel dat inderdaad de snelheid niet ten goede zal komen. Hoger beroep is echter noodzakelijk om de rechtseenheid met betrekking tot de toepassing van met name artikel 10 Wob te bewaken. De voorzitter vraagt of het dan misschien een idee is om beroep in eerste en enige instantie bij de ABRvS mogelijk te maken. Pietermaat is daarover niet enthousiast, omdat het uitgangspunt nu eenmaal rechtspraak in twee instanties is. Deze uitzondering zou niet goed te rechtvaardigen zijn.

Mevrouw Keessen (Universiteit Utrecht) wil weten waarom de rechter per se binnen vier weken moet beslissen. Volgens Pietermaat is het nodig dat deze termijn in de wet wordt vastgelegd, omdat het gaat om een soort van tussenbeslissing. De hoofdprocedure mag hierdoor niet teveel vertraagd worden. Rechtsbescherming is echter wel nodig omdat (eventuele schade van) openbaarmaking onherstelbaar is.

Mevrouw Van der Leeuw (Raad van State) stelt dat er beter één uniforme snelprocedure kan zijn dan allerlei losse en verwijst daarbij naar het wetsvoorstel inzake beroep bij niet tijdig beslissen. Pietermaat heeft haar voorstel hier niet op afgestemd.

De heer Bosnjakovic (student Erasmus Universiteit Rotterdam) wil weten of de rechter de niet openbare stukken wel mag beoordelen. In het voorbeeld van de kaarsenfabriek dat de preadviseur in haar inleiding gaf zijn de derden bovendien geen concurrenten, zodat zij best toegang tot de stukken kunnen krijgen. Pietermaat is van mening dat derden de appellante niet mogen verhinderen de rechter te overtuigen door geen toestemming te geven voor de vertrouwelijkheid van de stukken. Art. 8:29 Awb is niet van toepassing, zodat niet slechts bepaalde passages vertrouwelijk kunnen blijven. Het maken van een onderscheid tussen verschillende soorten derden (onwonenden, concurrenten etc.) is lastig, ook omdat je niet goed weet wat ze met de verkregen informatie zullen doen.

De heer Ortlep (Universiteit Utrecht) is van mening dat dit voorstel neerkomt op het geven van een soort waakhondfunctie aan de burger. Uit het preadvies van De Poorter blijkt dat hij juist vindt dat de burger daar niet goed toe in staat is. Volgens Pietermaat heeft het echter niet te maken met vertrouwen in de burger, maar gaat het om voldoende rechtsbescherming.

Met betrekking tot de openbaarmaking van besluiten stelt mevrouw Klingelberg (Rijksuniversiteit Groningen) voor om dit te beperken tot publicatie van besluiten van algemene strekking en beschikkingen hier buiten te houden. Volgens Pietermaat is echter juist inzicht in beschikkingen belangrijk om het beleid van een bestuursorgaan te volgen. Hierbij kunnen bijvoorbeeld beschikkingen in de sociale zekerheid en het vreemdelingenrecht wel worden uitgesloten. Deze zijn zeer privacygevoelig en hebben voor derden weinig belang. Maar bouwvergunningen moeten bijvoorbeeld juist wel gepubliceerd worden. De wetgever zou hierin steeds een keuze moeten maken.

Mevrouw Brugman (Raad van State) komt met een voorstel om de juridisering te beperken: het bestuursorgaan moet alle stukken openbaar maken, tenzij de indiener ervan daartegen bezwaar heeft. Indien de indiener van de stukken bezwaar heeft, dient het bestuursorgaan terinzagelegging daarvan achterwege te laten. Vervolgens kan de rechter tegelijkertijd met zijn oordeel over de inhoudelijke kant van de zaak, een uitspraak doen over de vraag of bepaalde stukken ten onrechte niet terinzage zijn gelegd. Pietermaat is van mening dat dit geen goede oplossing biedt, omdat het voor burgers en bedrijven zo wel heel eenvoudig wordt om de terinzagelegging van stukken te voorkomen. Derden zullen op deze manier te weinig toegang krijgen tot documenten.

Volgens de heer Kortmann jr. is het internet een goed medium voor publicatie van besluiten, maar worden digibeten zo in hun mogelijkheden beperkt. Hij stelt daarom voor om weer een aanplakstelsel in te voeren: op de betrokken plaats wordt mededeling gedaan van het besluit. Hij stelt dat dit beter werkt dan een huis-aan-huiskrantje, omdat dat niet altijd goed bezorgd wordt en je snel iets over het hoofd ziet. Pietermaat is het met hem eens dat publicatie niet uitsluitend via internet moet plaatsvinden, maar

ziet weinig in het aanplakstelsysteem. Dat is erg arbeidsintensief en voegt volgens haar weinig toe aan de transparantie.

Mevrouw Van de Sanden (Raad van State) heeft moeite met het gebruik van het strategisch besluitbegrip. Het gaat volgens haar om beslissingen zonder rechtsgevolg. Volgens Pietermaat beschouwt men al tijden alle beslissingen op basis van de Wob met behulp van het strategisch besluitbegrip als een besluit. Daarom wordt ervoor gepleit ook besluiten die zien op terinzagelegging van stukken met behulp van het strategisch besluitbegrip aan te merken als besluiten. Dan kan de bestuursrechter er in ieder geval over oordelen. Van de Sanden vindt het dan beter om deze mogelijkheid op te nemen in hoofdstuk 8 van de Awb (gelijkstelling met besluiten) dan om ze echt als besluit te zien.

Stemming

I De mededeling als bedoeld in de artikelen 3:11 lid 2, 3:21 lid 3, 7:4 lid 6 en 7:18 lid 6 Awb dient te worden aangemerkt als een procedurebeslissing in de zin van artikel 6:3 Awb en is niet afzonderlijk vatbaar voor bezwaar en beroep.

Deze stelling wordt met overgrote meerderheid aangenomen.

IIa De mededeling van een bestuursorgaan aan een betrokkene dat door die betrokkene als vertrouwelijk aangemerkte documenten desondanks ter inzage worden gelegd, dient te worden aangemerkt als een besluit in de zin van artikel 1:3 lid 3 Awb.

Een meerderheid is het eens met deze stelling.

IIb In de Awb dient dit tot uitdrukking te worden gebracht.

Bij deze stelling staken de stemmen.

IIc De Awb dient te voorzien in een spoedprocedure voor de behandeling van beroepen tegen besluiten als bedoeld in stelling IIa.

Hiermee is een meerderheid het oneens.

IIIa Wanneer het bestuursorgaan voorafgaand aan de actieve openbaarmaking van een besluit een oordeel geeft over de toepasselijkheid van artikel 10 Wob, dient dat oordeel als een appellabel besluit te worden beschouwd.

Een meerderheid is het met deze stelling eens.

IIIb In de Awb dient dit tot uitdrukking te worden gebracht.

Een kleine meerderheid is het hiermee oneens. Bovendien zijn er veel onthoudingen.

IIIc De Awb dient te voorzien in een spoedprocedure voor de behandeling van beroepen tegen besluiten als bedoeld in stelling IIIa.

Met deze stelling is een grote meerderheid het oneens.

IV Het is wenselijk dat in meerpartijengeschillen de mogelijkheid bestaat dat de beperkte kennisneming van stukken wordt beperkt tot de rechtbank en de partij van wie de stukken afkomstig zijn.

Een kleine meerderheid is het eens met deze laatste stelling.

Bespreking van het preadvies van mr. J.C.A. de Poorter, Het belangvereiste in bestuursrechtelijke procedures

Als eerste neemt de heer Knook (Universiteit Utrecht) het woord. Hij ziet het preadvies als een nuancering op de in de Verenigde Staten gebruikte ‘political question doctrine’. De countervailing powers zijn belangrijk, maar de uitvoerende en wetgevende macht bestaan ook niet voor niets. Hij vraagt zich daarom af welke rol De Poorter precies toedicht aan belangenorganisaties. De Poorter ziet in het bestuursrecht geen groot gevaar voor politisering van de rechtspraak, omdat het weinig verschil maakt of de toetsing nu wordt geïnitieerd door de burger of door een belangenorganisatie; in beide gevallen zal de rechter met respect voor de beleidsvrijheid van het bestuur een oordeel moeten geven over de rechtmatigheid van het besluit. Hij vindt dat belangenorganisaties een zeer belangrijke rol hebben, wat bijvoorbeeld blijkt uit het feit dat zij vaak gelijk krijgen van de rechter. Zij zijn vaak beter dan de burger op de hoogte van het toepasselijke recht, waardoor uiteindelijk beter besluiten worden genomen. Dat neemt niet weg dat sommige burgers ook goed op de hoogte zijn van het recht, maar het is nu eenmaal niet mogelijk om alleen een beroepsrecht voor bepaalde individuen in te stellen.

De heer Koenraad (Rechtbank Breda) is niet overtuigd van het nut van de zogenoemde waakhondfunctie: hij gromt en hij hapt wel, maar hij bijt nooit door. Bovendien is de rechter genuilkorfd door de argumentatieve fuik, de bewijsfuik en de marginale toetsing. Rechtspraak is daarom niet het goede middel om de kwaliteit van het bestuur te waarborgen. Hij ziet dan ook twee problemen. De huidige regeling leidt tot vele schijngevechten. Dat het belang van een burger bij een besluit betrokken is, betekent nog niet dat de rechter daar daadwerkelijk iets mee zal doen. Een ruim belanghebbende-begrip doet dan ook afbreuk aan het draagvlak voor de bestuursrechtspraak. De pretenties kunnen namelijk niet worden waargemaakt. Koenraad is van mening dat art. 1:2 Awb overspannen verwachtingen wekt bij de burger. Het relativiteitsvereiste zou hiertegen kunnen helpen. De Poorter merkt op dat hij ook helemaal niet heeft beweerd dat de rechter een waakhondfunctie moet vervullen. Met introductie van de Awb is volgens De Poorter terecht afstand genomen van de idee dat bestuursrechtspraak dient ter handhaving van het objectieve recht en is gekozen voor het primaat van ‘geschillenbeslechting’; de rechter is gebonden aan de grenzen van het door partijen gepresenteerde geschil. Bij de beantwoording van de vraag wie

zijn geschil aan een rechter moet kunnen voorleggen kunnen echter meerdere factoren een rol spelen, waaronder het toelaten van deskundige belangenorganisaties omdat deze – zeker als het gaat om stemloze belangen – een waardevolle ‘countervailing power’ vormen. De opvatting dat de huidige regeling leidt tot overspannen verwachtingen deelt De Poorter niet. Naar zijn mening mag de burger die schade lijdt door een besluit dat niet op die wijze genomen had mogen worden de verwachting koesteren dat hij dit besluit ter vernietiging aan een bestuursrechter mag voorleggen.

De heer Van Bult (Universiteit Leiden) komt terug op het voorbeeld van de buurtbewoners die op oneigenlijke gronden bezwaar maken tegen een woonwagenkamp. Moet dat wel of niet kunnen? Het feit dat een norm niet het belang van de buurtbewoners beschermt, kan volgens De Poorter niet rechtvaardigen dat die burgers met een flinke schade achterblijven. Met een relativiteitsvereiste kunnen evident onrechtmatige besluiten te makkelijk in stand blijven. Het leidt ertoe dat burgers die feitelijk ernstig in hun belangen worden getroffen van rechtsbescherming worden uitgesloten en het nodigt uit tot een één-tweetje tussen bestuur en geadresseerde(n); op die manier kan het bestuur het met de kampbewoners op een akkoordje gooien in de wetenschap dat omwonenden hierover toch niet met succes kunnen klagen. Dat is een onwenselijke situatie. Van Bult vindt dat de buurtbewoners zich dan op hun legitieme belang zouden moeten beroepen (de waardedaling) en niet op de geluidsnormen die juist de kampbewoners moeten beschermen. De Poorter wijst er echter op dat dit vaak niet tot vernietiging zal leiden. Er vindt immers normaal gesproken een belangenafweging plaats, terwijl dit bij gebonden bevoegdheden niet eens kan. De kans is dus groot dat het financiële belang van de buurtbewoners het onderspit zal delven.

De heer Verheij bevestigt dat veel belangen (waardedaling, concurrentie) niet worden beschermd. Hij vraagt zich af of dat anders moet zijn bij strijd met het bestemmingsplan. Misschien is een inspectie bovendien beter in staat dat te beoordelen dan de rechter. Countervailing powers hoeven niet per se via de rechter te worden uitgeoefend, dat kan ook bijvoorbeeld langs politieke weg. De Poorter acht het de taak van de rechter om geschillen over bestuursbesluiten te beslechten, maar vindt dat deze keuze nog niet zonder meer betekent dat het bestuursrecht in de sleutel van subjectieve aan het publiekrecht ontleende rechten moet worden gezet. Hij ziet inspecties niet als een alternatief voor rechtspraak. Het lukt echter niet om het eens te worden over welke geschillen mogen worden voorgelegd.

Ook mevrouw Singh (advocaat) herhaalt dat volgens het specialiteitsbeginsel niet alle belangen mogen worden afgewogen. Ze wil weten of niet bij het specialiteitsbeginsel moet worden aangeknoopt en of De Poorter een andere mening heeft ingeval een beroepsrecht tegen algemeen verbindende voorschriften wordt ingevoerd. De Poorter wijst erop dat het specialiteitsbeginsel niet hetzelfde is als een relativiteitsvereiste. Bij een volstrekt gebonden bevoegdheid (zoals het limitatief-imperatieve stelsel voor bouwvergunningen) leidt het specialiteitsbeginsel tot een erg beperkte kring van belanghebbenden. Een andere vraag is of een relativiteitsleer bij beroep tegen algemeen verbindende voorschriften aanbeveling verdient. De Poorter houdt vast aan een uniforme benadering van het belanghebbende-begrip, ook omdat het onderscheid

tussen algemeen verbindende voorschriften en andere besluiten van algemene strekking een nogal glijdende schaal is. Het is niet duidelijk hoe dat zou uitpakken en of de relativiteitsleer zou helpen.

Mevrouw Zeelenberg (student Katholieke Universiteit Nijmegen) merkt op dat men voor de schadevergoeding uit 8:73 Awb aansluiting zoekt bij de civiele rechter, die wel een relativiteitseis kent. Hoe moet dit dan in het bestuursrecht worden toegepast? De Poorter is er niet van overtuigd dat de civiele rechter een beperktere kring van personen een aanspraak toekent op schadevergoeding na een vernietigd besluit dan die welke bij de bestuursrechter de vernietiging van dat besluit konden vragen. De zaak Richter/Laren lijkt het tegendeel te bewijzen, maar dat is een nogal atypische zaak en daarom niet zonder meer overtuigend. Een andere vraag is of beide kringen van personen wel identiek zouden moeten zijn. De Poorter geeft aan daar nog niet van overtuigd te zijn, omdat het vragen om vernietiging van een besluit en het verzoek om vergoeding van daardoor geleden schade twee ongelijke grootheden zijn. Een relativiteitseis in het burgerlijk recht hoeft volgens hem dus nog niet zonder meer te leiden tot introductie van een relativiteitseis in het bestuursrecht.

De heer De Graaf (Rijksuniversiteit Groningen) maakt een opmerking over het onderscheid tussen een relativiteitseis en een specialiteitstoets. Hij is nog niet overtuigd van het verschil. Volgens hem speelt het specialiteitsbeginsel, als afgeleide van het legaliteitsbeginsel, ook een rol als sprake is van een gebonden bevoegdheid van het bestuur. Immers, dan heeft de wetgever de uitkomst van de belangenafweging neergelegd in een wettelijke norm. Voor de kring van beroepsgerechtigden in het geval van een specialiteitstoets bij de ontvankelijkheid, betekent dat dus niet onmiddellijk dat derden van beroep zijn uitgesloten. Het is toch goed mogelijk dat de wetgever in de normgeving voor de gebonden bevoegdheid rekening heeft gehouden met de belangen van derden. Indien een specialiteitstoets bij de ontvankelijkheid wordt ingevoerd, staat een gebonden bevoegdheid er volgens hem niet aan in de weg dat derden tot de kring van beroepsgerechtigden behoren. Ten tweede gaat De Poorter ervan uit dat de invoering van enige vorm van een relativiteitseis tevens leidt tot een congruentie-eis, maar dat dat niet geldt voor de invoering van een specialiteitstoets. In dat geval zou de ontvankelijkheid afhankelijk worden gesteld van de vraag of iemands belangen mochten worden meegewogen in de belangenafweging, maar mag vervolgens de beroepsgerechtigde alle bezwaren aanvoeren die tot vernietiging van het besluit kunnen leiden. Het is flauw om de relativiteitseis op dat punt van de specialiteitstoets te onderscheiden omdat het theoretisch denkbaar is dat ook de relativiteitseis alleen wordt ingevoerd voor de vraag naar de ontvankelijkheid. En de specialiteitstoets hoeft niet alleen in het kader van de ontvankelijkheid gebruikt te worden. De Poorter erkent dat de term 'specialiteitstoets' wellicht enige verwarring wekt, omdat het specialiteitsbeginsel inderdaad ook bij de uitoefening van gebonden bevoegdheden een rol speelt. Hij geeft echter aan met 'specialiteitstoets' een ontvankelijkheidstoetsing te bedoelen die afhankelijk wordt gesteld van de af te wegen belangen: men kan slechts worden ontvangen als het belang tot weigering van of tot het verbinden van voorwaarden aan het besluit zou kunnen leiden. In deze benadering zal een derde in het geval van volstrekt gebonden bevoegdheden al snel buiten de boot vallen: zijn belang kan dan materieel niet tot

een ander resultaat leiden. In een ‘relativiteitsbenadering’ ligt dat volgens De Poorter anders. Daar wordt de ontvankelijkheid niet afhankelijk gesteld van de vraag of het bestuursorgaan ruimte is gelaten met het belang van de appellant rekening te houden, maar van de vraag of er een relatie bestaat tussen het belang en een bepaalde rechtsnorm die de uitoefening van die bevoegdheid normeert. In het geval van een gebonden bevoegdheid – denk aan de bouwvergunning – kan het dan zo zijn dat het bestuursorgaan geen ruimte is gelaten het belang van een omwonende in de belangenafweging te betrekken, maar dat het belang van deze omwonende in termen van relativiteit wel bescherming vindt in de van toepassing zijnde bepalingen uit het bestemmingsplan.

Ten aanzien van de tweede vraag merkt De Poorter op dat hij heeft geprobeerd aan te geven dat de relativiteitseis naar zijn aard een relatie veronderstelt tussen het belang aan de zijde van de burger en een bepaalde rechtsnorm. De relativiteitsleer verleent een burger een aanspraak jegens het bestuursorgaan op inachtneming van die rechtsnorm. Dit betekent dat de procedure daardoor in zoverre is gestroomlijnd dat hij ook alleen op die norm met succes een beroep zal kunnen doen. In het geval van een ontvankelijkheidstoets die afhankelijk is gesteld van de af te wegen belangen ligt dat volgens De Poorter anders. In dat geval is de constatering dat appellantes belang in de belangenafweging had moeten worden betrokken, voldoende om hem in zijn beroep te ontvangen, maar verleent dat hem in beginsel – gelijk dat in de huidige Awb-regeling het geval is – nog geen aanspraak op inachtneming van alle rechtsnormen die de betreffende bevoegdheidsuitoefening normeren. Zo kan het best zijn dat we bij een anticipatief verleende bouwvergunning moeten aannemen dat het belang van een omwonende in de belangenafweging moet worden betrokken, maar betekent dat dan ook automatisch dat een omwonende mag klagen over de overschrijding van een achtergevelrooilijn terwijl hij daarop vanuit zijn woning helemaal geen zicht heeft? De relativiteitsleer stelt hier een duidelijke grens – er moet een relatie bestaan tussen de ingeroepen rechtsnorm en het belang van de appellant – terwijl de door De Poorter met ‘specialiteitstoets’ aangeduide benadering dat naar zijn aard niet doet. Natuurlijk kunnen we aan deze ‘specialiteitstoets’ een zogenoemde congruentie-eis toevoegen; maar die moet dan wel expliciet gesteld worden, terwijl de eis van congruentie in de relativiteitsleer reeds zit ingebakken.

Mevrouw Luiten (Raad van State) wil weten of De Poorter ook tegenstander is van een relativiteitsvereiste voor belangenorganisaties. Dat is hij inderdaad. Hij vindt dat je consequent moet zijn in de benadering van het belanghebbende-begrip en dat bovendien het stellen van aparte eisen niet nodig is. Dat is niet nodig, omdat juist ten aanzien van belangenorganisaties – en dan met name de organisaties die het vaakst voorwerp van kritiek zijn: de milieuorganisaties – niet valt te verwachten dat invoering van een relativiteitseis zoveel verschil zal maken met de huidige benadering: zij zullen in omgevingsrechtelijke aangelegenheden al snel over een ‘door het recht beschermd belang’ beschikken.

Als laatste krijgt de heer Van Oosterzee (Open Universiteit) de gelegenheid om een vraag te stellen. Hij wil weten of het zo erg is als er in bezwaar en beroep verschillende belanghebbende-begrippen gehanteerd worden (dus in bezwaar de huidige situatie

houden en in beroep een relativiteitseis stellen). Volgens De Poorter zou dat tot de ongewenste situatie leiden dat we in de Awb een tweetal verschillende belanghebbende-begrippen zouden creëren. Bovendien doorbreekt het de connexiteit tussen beide fasen van rechtsbescherming: een burger zou dan in bezwaar mogen klagen over schending van een rechtsregel, terwijl hij wellicht van de rechter geen oordeel zou kunnen krijgen over de juistheid van de beslissing op dat bezwaar. Van Oosterzee brengt hiertegen in dat de rechter sowieso beperkter toetst dan het bestuur, zodat je ook nu al onjuiste verwachtingen wekt. De Poorter merkt nog op dat in bezwaar inderdaad ook aspecten worden meegenomen die bij de rechter niet aan de orde kunnen worden gesteld, maar dat de toetsing op rechtmatigheid op zichzelf bij de rechter niet beperkter is dan in bezwaar.

Stemming

1. Introductie van enigerlei vorm van relativiteitsvereiste in het bestuursrecht moet van de hand worden gewezen.

Deze stelling wordt door een kleine meerderheid afgewezen.

2. Het beroepsrecht voor belangenorganisaties is een onmisbare ‘countervailing power’ in een systeem van ‘checks and balances’.

Met deze stelling is een grote meerderheid bet eens.

3. Bij de vormgeving van de kring van beroepsgerechtigden moeten we ervoor waken een te eenzijdige keuze te maken: niet alleen de bescherming van individuele belangen, maar ook het bieden van tegenwicht aan de almacht van de overheid behoort daarbij een rol te spelen.

Ook met deze stelling kan een grote meerderheid instemmen.

Lex Michiels sluit de bijeenkomst met bloemen voor de sprekers.