

De vijfde tranche

Jonge VAR-reeks

1

De vijfde tranche

Preadviezen uitgebracht door

Mr. C.H. Bangma

Mr. M.A.M. Dieperink

Mr. C.N.J. Kortmann

Voor de bijeenkomst

van de Jonge VAR

op 22 november 2002

Boom Juridische uitgevers

Den Haag

2003

© 2003 VAR, Vereniging voor Bestuursrecht

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden veelevoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of op enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16B Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471, en art. 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

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 291 8

www.bju.nl

Inhoud

Ten geleide	7
Bestuur en rechter in evenwicht	9
Mr. C.H. Bangma	
Omtrekken van een algemene regeling voor intrekken	49
<i>Over een algemene regeling voor intrekking en wijziging van beschikkingen in Awb</i>	
Mr. M.A.M. Dieperink	
Overeenkomsten in de vijfde tranche van de Awb?	85
Mr. C.N.J. Kortmann	
Verslag	127

Ten geleide

De VAR Vereniging voor Bestuursrecht is een vereniging voor beoefenaren van en geïnteresseerden in het bestuursrecht. Een gelukkige omstandigheid is dat steeds meer jongeren aan de activiteiten van de VAR deelnemen en lid van de vereniging worden. Een belangrijke impuls daartoe geeft de jaarlijkse pleitwedstrijd. Toch meende het bestuur van de vereniging meer voor de jonge VAR-leden (en toekomstige leden!) te kunnen en moeten doen. De vitaliteit van de VAR wordt immers mede bepaald door de aanwezigheid van jonge, enthousiaste bestuursrechtjuristen. Onder jong verstaan we in dit verband: tot pakweg begin dertig, maar rechtsgevolgen zijn hieraan niet verbonden. Die jonge juristen zouden meer dan tot nu toe moeten worden uitgedaagd. Vandaar dat het bestuur het initiatief heeft genomen een jaarlijkse bijeenkomst te organiseren speciaal, maar niet uitsluitend, bedoeld voor jongere VAR-leden. Op die bijeenkomst, te houden in het najaar, worden korte preadviezen besproken. De eerste bijeenkomst heeft inmiddels plaatsgevonden op 22 november 2002 te Den Haag. Het thema was op de toekomst gericht: 'De vijfde tranche'. Hoewel er van de Vierde tranche nog geen wetsvoorstel is ingediend, leek het ons goed alvast verder naar voren te kijken.

De preadviezen zijn geschreven door Marjolein Dieperink, advocaat te Amsterdam, Tijn Kortmann, eveneens advocaat te Amsterdam en docent aan de Universiteit Utrecht, en Kees Bangma, wetgevingsjurist bij het ministerie van Justitie. Hun prikkelende, maar tegelijk ook informatieve betogen zijn op genoemde bijeenkomst levendig besproken. Over hun belangrijkste standpunten, weergegeven in stellingen, is door de ruim honderd aanwezigen gestemd. De bijeenkomst was in vele opzichten een groot succes te noemen en sterkt het VAR-bestuur in het voornemen hiermee door te gaan. Volgend najaar is er dus weer een soortgelijke bijeenkomst van de Jonge VAR. Zodra thema en preadviseurs bekend zijn, zult u een en ander op de website kunnen lezen. Overigens, de aanduiding Jonge VAR gebruiken we voor de herkenbaarheid van een bepaalde activiteit; er is geen sprake van een afzonderlijke organisatie met een eigen ledenbestand.

Dit boekje, dat het VAR-bestuur alle VAR-leden, alsmede anderen die op de bijeenkomst aanwezig waren, met gepaste trots aanbiedt, bevat de drie preadviezen alsmede een verslag van de discussie. Dit verslag bevat geen letterlijke weergave van hetgeen is gezegd, maar een compilatie van het debat; het geeft de zakelijke inhoud van het gezegde evenwel goed weer. Het is samengesteld door Jade Gundelach, werkzaam bij

het Instituut voor Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Utrecht. Het VAR-bestuur dankt de preadviseurs en de verslaglegster voor hun inspanningen.

Lex Michiels,
voorzitter van de VAR

Bestuur en rechter in evenwicht

*Mr. C.H. Bangma**

1	Inleiding	11
1.1	Algemeen	11
1.2	Een voorbeeld uit de praktijk	11
1.3	Juridisering: nog steeds actueel	12
1.4	De Awb: geen tranches maar afzonderlijke wetsvoorstellen	13
2	Bestuur en rechter in de Awb	15
2.1	Ontwikkelingen in de samenleving	15
2.2	De plaats van het bestuur en de rechter in de samenleving	15
2.3	De toetsing door de bestuursrechter	16
2.4	Wat kan de Awb-wetgever doen?	17
3	De waarde van het besluitbegrip	19
4	De belanghebbende	23
4.1	Algemeen	23
4.2	De procesbevoegdheid van collectiviteiten	23
4.3	Relativiteit en belanghebbende	25
5	Voorstellen voor een effectieve bestuursrechtspraak	27
5.1	Artikel 6:22 Awb	27
5.2	De bestuurlijke lus	32
5.3	Argumentatieve fuik	35
5.3.1	De argumentatieve fuik en de bewijsfuik bij de rechter in eerste aanleg	36
5.3.2	De argumentatieve fuik en de actio popularis	40
5.3.3	De argumentatieve fuik in hoger beroep	40
5.3.4	Een wettelijke regeling	42
5.4	Incidenteel hoger beroep	43
5.5	Wettelijke regeling inzake hoger beroep in de Awb	45
6	Tot besluit	47

* Kees Bangma is wetgevingsjurist bij het Ministerie van Justitie. Zijn hartelijke dank gaat uit naar Lex Michiels, Frank van Ommeren, Lotte Valkenburg, Nico Verheij en de medepreadviseurs voor hun waardevolle opmerkingen.

1 Inleiding

1.1 Algemeen

Gedurende een aantal jaren heeft de juridiseringsdiscussie de wereld van politiek en bestuur in zijn greep gehouden. Het openbaar bestuur klaagt dat de rechter zich teveel bemoeit met beleidsinhoudelijke zaken, waardoor het bestuur gehinderd wordt. Vele vertegenwoordigers van het openbaar bestuur hebben openlijk stelling genomen tegen het steeds overheersender worden van de juridische aspecten in de relatie tussen de overheid en de burger.

1.2 Een voorbeeld uit de praktijk

Een van de eersten is oud-burgemeester Ouwerkerk van Groningen geweest. In het Nieuwsblad van het Noorden van 14 augustus 1995 keert hij zich tegen de schorsing van het besluit tot sluiting van koffieshop Number One door de Groningse president van de rechtbank. De president schorste omdat de eigenaresse van de koffieshop gehoord had moeten worden voordat de burgemeester zijn besluit nam. Verder was de onderbouwing, gebaseerd op informatie van een anonieme persoon, onvoldoende om tot sluiting over te gaan. Ouwerkerk reageerde hierop met de uitspraak: 'Doorschiërende regelgeving maakt het de overheid steeds moeilijker op te treden tegen bijvoorbeeld de overlast op straat. Het wordt de overheid haast onmogelijk gemaakt om het gezag te handhaven. De gewone man begrijpt er niets meer van. En voor mij is het hoogst frustrerend.' De burgemeester pleit vervolgens voor een discussie over 'de regelgeving die in dit land achterloopt bij de maatschappelijke werkelijkheid'. Het ongenoegen van Ouwerkerk werd ingegeven door het feit dat al langere tijd gesprekken gaande waren met de eigenaresse van het café over de ernstige hinder die omwonenden en winkeliers in de omgeving van de koffieshop ondervonden. In al die gesprekken was de caféhoudster er al op gewezen dat haar lokaliteit gesloten zou worden als er handel zou plaatsvinden. Het argument van de burgemeester dat in dit geval niet gehoord hoefde te worden vanwege de spoedeisendheid, werd door de bestuursrechter niet geaccepteerd. Reeds de volgende dag al krijgt Ouwerkerk in dezelfde krant bijval van professor Scheltema. In een interview met als kop: 'Hoogleraar pleit voor meer eenheid regels', stelt Scheltema vast dat in z'n algemeenheid door de overheid te veel regels worden gemaakt. 'Maar dat is niet alleen een zaak van de nationale overheid. Ook gemeenten maken zich daar schuldig aan. Ik ben voorstander van een vereenvou-

diging, zeker op het gebied van het bestuursrecht. Meer overzichtelijkheid is geboden', aldus Scheltema.

1.3 Juridisering: nog steeds actueel

Na het Groningse incident hebben diverse schrijvers en commissies zich gebogen over de juridisering van de verhouding tussen bestuur en burger. De eerste evaluatiecommissie Algemene wet bestuursrecht (Commissie-Polak) vraagt zich af of de Algemene wet bestuursrecht (Awb) kan bijdragen aan het terugdringen van de negatieve kanten van de juridisering.¹ Niet lang daarna heeft een werkgroep onder leiding van dr. J.A. van Kemenade voorstellen gedaan tot terugdringing van de juridisering, waarbij aanpassingen aan de Algemene wet bestuursrecht worden voorgesteld.² In een artikel in het Nederlands Juristenblad zet de voormalig Minister van Justitie Korthals zijn visie op de juridisering in het openbaar bestuur uiteen. Hij bepleit een aanpak van de juridisering door middel van het streven naar behoud en verbetering van de kwaliteit van de wetgeving.³

In het Strategisch akkoord van het kabinet-Balkenende wordt op diverse plaatsen stelling genomen tegen 'regelzucht en bureaucratie'.⁴ Het kabinet kondigt aan op korte termijn de mogelijkheden te willen onderzoeken tot verdergaande beperking van het aantal beslissingen per project, het stroomlijnen van procedures en het afschaffen van de zogenoemde *actio popularis*, om aldus de daadkracht en besluitvaardigheid van de overheid te vergroten. Het onderwerp juridisering is daarmee weer helemaal terug op de politieke agenda. Dit zal consequenties hebben voor de verdere ontwikkeling van de Awb. Naast de ontwikkeling en implementatie van de vierde tranche heeft een verdere vereenvoudiging en aanpassing van de Algemene wet bestuursrecht in de komende jaren prioriteit. Aan de hand van de beschouwingen en adviezen in de literatuur van de afgelopen jaren doe ik in dit preadvies enkele voorstellen tot wijziging van de Awb. Deze voorstellen beogen een vergroting van de effectiviteit van de bestuursrechter en een beter evenwicht tussen bestuur en rechter.

1. Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1994-1996, Den Haag 1996, p. 38.

2. Bestuur in geding. Rapport van de werkgroep inzake terugdringing van de juridisering van het openbaar bestuur (werkgroep-Van Kemenade), Provinciehuis Noord-Holland, november 1997.

3. A.H. Korthals, Juridisering in het openbaar bestuur, NJB 2000, p. 209-214.

4. Het 'Strategisch akkoord' is het resultaat van de besprekingen van de fractievoorzitters van CDA, LPF en VVD met informateur Donner (Kamerstukken II 2001/02, 28 375, nr. 5).

1.4 De Awb: geen tranches maar afzonderlijke wetsvoorstellen

De uitbouw van de Awb vindt plaats in tranches. De vergadering van de VAR waarin dit preadvies zal worden besproken heeft daarom als thema meegekregen: 'De vijfde tranche van de Awb'. De reeds ingevoerde tranches omvatten steeds min of meer samenhangende onderwerpen. De onderwerpen van de vierde tranche kennen nauwelijks samenhang.⁵ Ook de vijfde tranche zal naar alle waarschijnlijkheid een bonte verzameling van onderwerpen bevatten. Naast de uitbouw door middel van tranches behoeft de Awb ook aanpassing en aanvulling door middel van afzonderlijke wetswijzigingen. Het kan daarbij gaan om technische wijzigingen door de inwerkingtreding van nieuwe wetten die gevolgen hebben voor de bepalingen in de Awb.⁶ Maar ook worden op deze wijze nieuwe onderwerpen aan de Awb toegevoegd, zoals de behandeling van klachten en de vergoeding van kosten voor bestuurlijke voorprocedures.⁷

Ik pleit ervoor om af te stappen van de tranchegewijze invoering van de Awb en te kiezen voor een werkwijze waarbij steeds afzonderlijke wetsvoorstellen, betrekking hebbend op één of meer samenhangende onderwerpen, aan het parlement worden aangeboden. Op deze manier kan de regering beter inspelen op de actualiteit en wordt het voor bestuursorganen en rechters eenvoudiger om hun werkwijze aan te passen aan de wetswijzigingen. Ook de wijzigingen van de Awb die ik voorstel in het laatste hoofdstuk van dit preadvies, lenen zich beter voor opname in een afzonderlijk wetsvoorstel dan in een groter geheel van losstaande onderwerpen van de vijfde tranche.

5. Op 7 september 1999 heeft de Commissie-Scheltema een voorontwerp gepresenteerd voor de vierde tranche. Dit voorontwerp bevat de onderwerpen openbaarheid van bestuur, bestuursrechtelijke geldschulden, bestuurlijke handhaving, in het bijzonder de bestuurlijke boete en attributie.

6. Bijv. de Wet op de inlichtingen en veiligheidsdiensten (Stb. 2002, 148) waardoor een nieuw onderdeel h is toegevoegd aan art. 1:1 Awb.

7. Stb. 1999, 214 resp. Stb. 2002, 55.

2 Bestuur en rechter in de Awb

2.1 Ontwikkelingen in de samenleving

In de afgelopen jaren is steeds duidelijker geworden dat relaties en conflicten tussen burgers onderling en tussen burgers en bestuur, steeds meer dreigen te worden beheerst door juridische instrumenten en procedures. Dit is een teken dat het vertrouwen tussen personen in de samenleving aan het verminderen is. Het recht neemt de plaats in van deelname aan kerkelijke en politieke activiteiten en andere traditionele vormen van sociale binding. De rationele en formele aspecten van menselijke activiteiten en organisaties krijgen steeds meer nadruk, waardoor de samenbindende effecten ervan teloorgaan.

De periode rond de verkiezingen van mei 2002 kenmerkte zich door een grote maatschappelijke onrust en een aangetast vertrouwen in de samenleving en de overheid. Het Strategisch akkoord van het kabinet-Balkenende geeft dan ook aan dat het kabinetsbeleid gericht moet zijn op het activeren van het oplossend vermogen in de samenleving. Mensen, instellingen en organisaties moeten worden aangesproken en gestimuleerd om initiatief en verantwoordelijkheid te nemen.⁸ Alleen op deze wijze kan een basis worden geschapen om de 'regelzucht en bureaucratie' terug te dringen.

2.2 De plaats van het bestuur en de rechter in de samenleving

De vermindering van de sociale cohesie heeft tot gevolg dat er vaker een beroep op de rechter wordt gedaan. Dit betekent dat moet worden nagedacht over de wijze waarop de rechterlijke macht hiermee moet omgaan en effectiever kan functioneren. J.P.H. Donner toont aan dat de factoren die het functioneren van de rechterlijke macht beïnvloeden in belangrijke mate van 'buiten' komen: nieuwe maatschappelijke vragen, een wetgever die steeds meer vragen voor de rechter laat liggen, een bestuur dat de groei van de middelen geen gelijke tred heeft laten houden met de groeiende zakenlast. De oplossing ligt dan ook niet alleen in veranderingen in de werkwijze van de rechter.⁹

8. Strategisch akkoord, p. 7.

9. J.P.H. Donner, *Beleid, rechter, recht*, in: M. Fiege e.a., *De eerbied waardig? Een bezinning op de positie van de rechter en de officier van Justitie; Bundel verschenen ter gelegenheid van het raio-congres 1996 (1996)*, p. 5.

Bij het zoeken naar verbeteringen moet steeds worden gelet op de balans tussen bestuur en rechter. Voorkomen moet worden dat de rechter ondergeschikt wordt aan het bestuur of omgekeerd. De wetgever moet zijn verantwoordelijkheid kennen door te bewerkstelligen dat bestuur en rechter effectief en slagvaardig kunnen handelen, waarbij het evenwicht tussen de staatsmachten in het oog wordt gehouden.

Door middel van het stellen van regels brengt de overheid ordening in de samenleving. Zij vervult hiermee haar belangrijkste taak. Bij het stellen van deze regels moet het evenwicht tussen het geheel van regels en de mogelijkheid om de toepassing via de rechter af te dwingen in acht worden genomen. De overheid behoort normstellend op te treden onder erkenning van de waarden die de basis vormen voor onze rechtsstaat. Van groot belang is dat het bestuur verantwoordelijkheid neemt in het maken van keuzes en daarnaast de regels handhaaft en naleeft. De overheid kan haar gezag alleen terugwinnen door te handelen vanuit een duidelijke visie op de verdeling van verantwoordelijkheden in de samenleving. De overheid dient daarbij de eigen verantwoordelijkheid van mensen te ondersteunen, waarbij burgers in relatie tot anderen invulling geven aan de samenleving. Op deze manier kan de cohesie in de maatschappij worden hersteld.

2.3 De toetsing door de bestuursrechter

Sinds de invoering van de Wet Administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen (Wet Arob) heeft de rechtsbescherming een enorme ontwikkeling doorgemaakt. Met name op het terrein van het omgevingsrecht, waarin het bestuur zelf het initiatief neemt tot besluitvorming, hebben besluiten een groot aantal beroepen bij de rechter tot gevolg. De rechter toetst niet alleen aan de wet, maar ook aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Daarbij toetst de rechter onder andere aan het verbod op willekeur (artikel 3:4 Awb). Daarbij gaat de rechter na of het bestuursorgaan redelijkerwijs tot het besluit heeft kunnen komen. Deze toetsing kan op bestuurders overkomen alsof de rechter zélf bepaalt welk besluit het bestuur had moeten nemen.

De bestuursrechter is steeds scherper gaan letten op de consistentie van de besluitvorming. Het bestuursorgaan kan steeds minder per geval besluiten hoe het omgaat met zijn bevoegdheden. De rechter verwacht van het bestuur dat het zijn besluiten neemt aan de hand van een vaste beleidslijn, waardoor de vrijheid van het bestuur wordt beperkt.¹⁰ Het recht stelt verder hoge eisen aan de motivering van besluiten (artikel 4:16 Awb), hetgeen in sommige gevallen erg bewerkelijk kan zijn.

10. N. Verheij, Rechtsbescherming in Nederland; teveel van het goede?, Justitiële Verkenningen, jrg. 23, nr. 5, p. 18.

Het bestuursrecht stelt hoge eisen aan het openbaar bestuur. De procedures die het bestuur moet volgen om tot een besluit te komen, moeten ervoor zorgen dat alle feiten en omstandigheden worden afgewogen. Op deze manier worden bestuurders gedwongen tot het nemen van kwalitatief hoogwaardige besluiten. Deze kwaliteit is een van de basisbeginselen voor een goed functionerende democratie. Bij het aanbrengen van veranderingen in het bestuursprocesrecht mag aan dit basisbeginsel niet worden getornd. Wel is er aanleiding om na te gaan of de mogelijkheden om gebreken te passeren zouden kunnen worden verruimd, als deze gebreken niet van invloed zijn geweest op de inhoud van het besluit.¹¹

2.4 Wat kan de Awb-wetgever doen?

In de afgelopen jaren is een begin gemaakt met de vereenvoudiging van de Awb door de samenvoeging van de afdelingen 3.4 en 3.5 tot één uniforme openbare voorbereidingsprocedure. De inwerkingtreding van deze wet wacht thans op de noodzakelijke aanpassingswetgeving.¹² Verder kan worden gewezen op het voorontwerp van wet samenhangende besluiten I van de Commissie-Scheltema.¹³ De Awb zou naar mijn mening nog een grotere rol kunnen spelen bij het efficiënter maken van procedures, vooral als het gaat om de procedures bij de rechter.

Zonder de functie van de rechtsbescherming van het bestuursprocesrecht onnodig te willen aantasten, wil ik onderzoeken welke mogelijkheden er zijn om geschillen definitief en in zijn geheel te beslechten. Deze definitieve beslechting van geschillen wordt ook wel omschreven als het finaliteitsbeginsel.¹⁴ Op basis van dit onderzoek doe ik voorstellen tot wijziging van de Awb. Deze komen aan bod in hoofdstuk 5. Het gaat hierbij om een nieuw artikel voor het passeren van gebreken door de rechter (paragraaf 5.1), de mogelijkheid van invoering van een bestuurlijke lus (paragraaf 5.2) en incidenteel hoger beroep (paragraaf 5.4). Ook wil ik de argumentatieve fuik bespreken, die de laatste tijd voorwerp is van discussie in de literatuur (paragraaf 5.3). Deze fuik stelt voorwaarden aan de wijze van procederen in de bedenkingenfase, de bezwaarfase en de fase van het beroep bij de rechter.

11. Zie paragraaf 5.1.

12. Stb. 2002, 54.

13. Voorontwerp van wet samenhangende besluiten Awb I van de Commissie-Scheltema van 8 maart 2000. Deze regeling beoogt een stroomlijning van de procedures bij het voorbereiden en nemen van samenhangende besluiten en van de rechtsbescherming daartegen. Via een bundeling van beslis- en beroepsmomenten wordt in deze regeling gewaarborgd dat niet op verschillende tijdstippen steeds verschillende, maar met elkaar samenhangende besluiten ter discussie worden gesteld.

14. Het finaliteitsbeginsel speelt een grote rol in het VAR-preadvies van B.J. van Ettekoven, Alternatieven voor de bestuursrechter (observaties vanuit de eerste lijn), VAR-reeks 126, Den Haag 2001.

Alvorens deze concrete voorstellen tot wijziging van de Awb aan de orde te stellen, geef ik eerst aandacht aan de sleutelbegrippen van het procesrecht, namelijk het besluitbegrip (hoofdstuk 3) en het belanghebbendebegrip (hoofdstuk 4).

3 De waarde van het besluitbegrip

Door de invoering van de Wet Arob in 1976 en de Awb in 1994 heeft het bestuursrecht een ontwikkeling doorgemaakt die in het teken staat van het bieden van rechtsbescherming tegen de overheid. Door de Wet Arob heeft de burger meer mogelijkheden gekregen om de rechter in te schakelen tegen het optreden van het bestuur. De rechtsbescherming in de Wet Arob werd geboden aan de hand van het beschikkingsbegrip. In de Awb is het besluitbegrip bepalend geworden voor de toepasselijkheid van deze wet.

De jurisprudentie omtrent het begrip besluit bouwt grotendeels voort op de rechterlijke uitspraken rond het beschikkingsbegrip. Nog steeds ontstaan er afbakeningsvraagstukken, die voortvloeien uit de verschillende elementen, namelijk: beslissing, bestuursorgaan, publiekrechtelijk en rechtshandeling. De afbakeningsproblemen zijn in de literatuur diverse malen als argument gebruikt vóór afschaffing van het besluitbegrip. De vraag is of deze afbakeningsvragen echt zo veel problemen geven. Door de bestuursorganen in alle lagen van de overheid worden dagelijks talloze besluiten genomen, zonder dat daarbij onduidelijkheid bestaat over de vraag of er sprake is van een besluit in de zin van de Awb. Daarbij krijgt het besluitbegrip, door de toename van de jurisprudentie, steeds duidelijkere contouren.

Verder is regelmatig de vraag opgeworpen of het besluitbegrip wel voldoende rechtsbescherming biedt. J.E.M. Polak stelt dat het besluitmodel soms aantoonbaar te weinig rechtsbescherming biedt, waardoor het niet mogelijk is om de bestuursrechter in te schakelen tegen belangrijke uitspraken van instanties die rechtsoordelen genoemd worden. Daarbij oppert hij de mogelijkheid voor de overheid om de bestuursrechter met een verzoekschrift te benaderen, bijvoorbeeld om effectief te kunnen handhaven of om gemaakte kosten te kunnen invorderen.¹⁵ In een bijdrage in het Nederlands Juristenblad met de titel ‘Verhoogde rechtsbescherming?’ pleit Tak voor afschaffing van het voor beroep vatbare besluit. Hij staat een stelsel voor waarbij zelfs de hele bestuursrechtspreek verdwijnt. Hij bepleit een model waarbij een burger of een bedrijf door middel van een verzoekschriftprocedure bij de gewone rechter uitkomt. Op deze wijze wordt volgens Tak bereikt dat de dreigende aantasting van de rechtspositie van de eiser

15. J.E.M. Polak, De rechtsbescherming in het bestuursrecht in 2010: naar een poldermodel voor de rechtsbescherming, NTB 2000, p. 58.

weer het uitgangspunt wordt voor de rechterlijke beoordeling, in plaats van controle op de rechtmatigheid van een bestuursbesluit in abstracto.¹⁶

De rechter moet aan de hand van de dogmatiek (het geheel van regels en uitgangspunten dat de basis vormt voor een bepaald leerstuk) de vraag beantwoorden of er sprake is van een besluit. Van Ommeren en Van der Veen laten zien dat met een (impliciet) beroep op het belang van de rechtsbescherming, de bestuursrechter de dogmatiek soms terzijde schuift.¹⁷ Om bestuursrechtelijke rechtsbescherming mogelijk te maken, merkt hij bestuurshandelingen soms aan als besluit, terwijl zij dat volgens de dogmatiek niet zijn. Bij de strijd om de voorrang tussen de dogmatiek en de rechtsbescherming is de rechtsbescherming aan de winnende hand.¹⁸ Naar mijn mening lijkt om die reden het argument dat het besluitbegrip te weinig rechtsbescherming biedt, aan kracht te verliezen.

Het begrip rechtsbescherming in het bestuursrecht ziet op de bescherming van de burger tegen het optreden van de overheid. De rechter heeft de taak om die te bieden. Deze rechtsbescherming kan niet onbepert zijn, omdat ook rekening gehouden moet worden met het algemeen belang en de belangen van derden. Het algemeen belang ziet op de voortgang van het handelen van het bestuur en op het verantwoord gebruik van de rechterlijke organisatie vanwege de beperkte capaciteit en de kosten van het gebruik. Al naar gelang het geschil kan het belang van derden verschillen. Derden worden vaak in hun mogelijkheden beperkt door de uitoefening van de rechten van anderen. Welke belangen ook in het geding zijn, de rechterlijke beoordeling vereist steeds een grote mate van zorgvuldigheid.

Tevens moet worden gewezen op een van de belangrijkste onderscheidingen met het strafrecht en het privaatrecht. De bestuursrechter is nooit het eerste overheidsorgaan dat zich buigt over de rechtsverhouding, omdat het bestuur zich reeds heeft uitgesproken over de feiten en het recht. Zijn strafrechtelijke en privaatrechtelijke collega's toetsen daarentegen de feiten voor de eerste maal aan het recht, op basis van een tenlastellegging of de standpunten van de partijen. De wetgever heeft het bestuur een rechtsvaststellende taak toegekend, waardoor het openbaar gezag uitoefent.¹⁹ De erkenning van de verantwoordelijkheid van het bestuur brengt mee dat het resultaat van de bestuurlijke afweging van de feiten en het recht voorwerp moet zijn van de rechtsbescherming van de burger. Het resultaat van deze afweging wordt, in het systeem van de Awb, vastgelegd in een besluit. Dit besluitbegrip als afgebakend resultaat van de bestuurlijke afweging van de feiten en het recht vormt een onmisbaar element

16. A.Q.C. Tak, Verhoogde rechtsbescherming?, NJB 1999, p. 1682.

17. Dit wordt ook wel het strategische beschikkingsbegrip genoemd. De term is geïntroduceerd door Konijnenbelt, in: Feitelijk een beschikking, Gst. 1985, 6801, 2.

18. F.J. van Ommeren & G.A. van der Veen, Het Awb-besluit, Ars Aequi Cahiers, Nijmegen 1999, p. 18 en 87.

19. E.J. Daalder & M. Schreuder-Vlasblom, Balanceren boven nul, NTB 2000, p. 215.

in het bestuursprocesrecht. De taakvervulling van het bestuur zonder vooringenomenheid (artikel 2:4 Awb) betekent dat het besluit in het bestuursproces een wezenlijk andere rol vervult dan een subjectief partijstandpunt in het civiele en strafproces. Pas op het moment dat het objectieve oordeel van de rechter oplevert dat de afweging van het bestuur heeft geleid tot een onrechtmatige uitkomst, bestaat er een rechtvaardiging voor een correctie van de uitkomsten van bestuurlijke afwegingen.

Reeds bij de behandeling van het Wetsvoorstel voltooiing eerste fase herziening rechterlijke organisatie in 1992 wordt vooruitgekeken naar mogelijke ontwikkelingen in het bestuursprocesrecht. In het bestaande stelsel staat de rechtmatigheidstoetsing ex tunc centraal. De regering sluit niet uit dat, zoals in het burgerlijk procesrecht het geval is, de rechtsbetrekking ex nunc voorwerp van de procedure wordt.²⁰ In dit licht kan artikel 83 van de Vreemdelingenwet 2000 als een eerste stap worden gezien.²¹ Deze bepaling maakt een ex-nunctoetsing door de bestuursrechter mogelijk. De formulering van het artikel leidt ertoe dat centraal komt te staan of de vreemdeling in aanmerking komt voor een verblijfsvergunning, waardoor de vraag of het bestreden besluit van de minister juist of onjuist was van minder belang is.

Een nadeel zou kunnen zijn dat een dergelijke vorm van toetsing leidt tot langere procedures. Als daadwerkelijk nieuwe feiten en omstandigheden door de rechter bij de afwegingen worden betrokken, zal de uitspraak in het geschil voor de rechter meer tijd vergen. Daarnaast is er een meer principieel bezwaar in te brengen. In dit model van ex-nunctoetsing zal de rechter taken moeten verrichten op het gebied van de weging van feiten en argumenten die thuishoren op het terrein van het democratisch gelegitimeerde bestuur. Dit bezwaar wordt deels ondervangen door artikel 83 lid 3 Vw 2000. Dit bepaalt dat de rechtbank altijd eerst aan de minister een oordeel moet vragen over de nieuwe feiten en omstandigheden. Daarmee heeft de wetgever het bezwaar ondervangen dat de rechter op de stoel van het bestuur gaat zitten. De opvatting van de minister moet dan door de rechter bij de beoordeling van het beroep worden betrokken, waarmee erkenning wordt gegeven aan de traditionele verhouding tussen bestuur en rechter.²²

Vanwege de politiek-maatschappelijke betekenis van het vreemdelingenvraagstuk is in het vreemdelingenrecht de definitieve en finale afdoening van geschillen van groot belang. Om die reden moet een noviteit als deze niet bij voorbaat worden afgewezen.

20. Kamerstukken II 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 34.

21. Artikel 83 lid 1 Vw 2000 bepaalt: 'De rechtbank houdt bij de beoordeling van het beroep rekening met feiten en omstandigheden die na het nemen van het bestreden besluit zijn opgekomen, tenzij de goede procesorde zich daartegen verzet of de afdoening van de zaak daardoor ontoelaatbaar wordt vertraagd.'

22. Zie ook Kamerstukken I 2000/01, 26 732 en 26 975, nr. 5b, p. 44-45.

Het is dan ook de moeite waard om de eerste resultaten af te wachten.²³ Ook als vanuit de praktijk positieve resultaten kunnen worden gemeld, blijft echter voorzichtigheid geboden om het broze evenwicht tussen rechter en bestuur niet te verbreken. Ex-nunctoetsing, in plaats van een ex-tunctoetsing op onrechtmatigheid, betekent in feite het loslaten van het besluitbegrip als eindresultaat van de bestuurlijke afweging van de feiten en het recht.

Het loslaten van het besluitbegrip in het bestuursrecht zal meebrengen dat er nieuwe keuzes opdoemen in de verhouding tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter. De bestuursrechter zal dan ruimere bevoegdheden moeten krijgen om te komen tot een integrale vaststelling van de feiten en het recht. Deze bevoegdheden zullen ten koste gaan van de bestaande taken van het openbaar bestuur en bergen het risico in zich dat de afbakening van verantwoordelijkheden tussen bestuur en rechter onduidelijk wordt.

Vanwege de waardevolle rol die het besluitbegrip vervult in het bestuursprocesrecht, zal bij de hierna besproken voorstellen tot het efficiënter beslechten van geschillen tussen overheid en burger, dit besluitbegrip centraal staan.

23. De eerste uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State duiden op een terughoudende toetsing. In een uitspraak van 26 juli 2001 constateerde de Afdeling dat pas voor de rechtbank een beroep werd gedaan op medische omstandigheden die zich al ten tijde van het besluit hadden voorgedaan. De staatssecretaris kon daarom geen rekening houden met deze omstandigheden (ABRvS 26 juli 2001, AB 2001/299 m.nt. Sew, r.o. 2.4). De Afdeling handhaaft in een uitspraak van 18 januari 2002 de lijn dat expliciet moet vaststaan dat de feiten en omstandigheden zich pas na het bestreden besluit moeten hebben voorgedaan door het oordeel dat de president van de rechtbank onvoldoende zorgvuldig had onderzocht of sprake is van feiten en omstandigheden als bedoeld in artikel 83 lid 1 Vw 2000 en reeds hierom de niet overgelegde stukken ten onrechte bij de beoordeling van de beroepen had betrokken (ABRvS 18 januari 2002, AB 2002/161 m.nt. Sew, r.o. 2.1.3).

4 De belanghebbende

4.1 Algemeen

Het belanghebbendebegrip vormt, naast het besluitbegrip, een tweede belangrijk sleutelbegrip in de Awb. Artikel 1:2 lid 1 Awb geeft een ruime omschrijving, namelijk: ‘degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken’. In alle stadia van het bestuurs(proces)recht is deze omschrijving van belang. Een aanvraag wordt omschreven als ‘een verzoek van een belanghebbende om een besluit te nemen’ (artikel 1:3 lid 3). Bij het nemen van een besluit, al of niet op aanvraag, weegt het bestuur het belang van de directbelanghebbende af tegen het algemeen belang en de belangen van anderen. Voor de toegang tot de rechter is artikel 8:1 lid 1 bepalend. Hierin is vastgelegd dat een belanghebbende tegen een besluit beroep kan instellen bij de rechtbank. De rechtbank heeft daarnaast de mogelijkheid om via artikel 8:26 een derdebelanghebbende in de procedure toe te laten. Het begrip belanghebbende omvat niet alleen natuurlijke en rechtspersonen, maar ook andere eenheden, zoals vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid en maatschappen.²⁴

Over het belanghebbendebegrip bestaat veel jurisprudentie.²⁵ Twee aspecten vragen om nadere aandacht. Dit zijn de mogelijkheid voor collectiviteiten om bezwaar te maken en beroep in te stellen en de vraag of door belanghebbenden alle gronden mogen worden aangevoerd, ook die niet strekken tot bescherming van het belang waarin men is geraakt.

4.2 De procesbevoegdheid van collectiviteiten

Verenigingen en stichtingen maken gebruik van het bestuursprocesrecht om hun doelstellingen te bereiken. Het Nederlandse bestuursprocesrecht biedt hiervoor twee mogelijkheden, namelijk: artikel 1:2 lid 3 Awb en de zogenoemde *actio popularis*. Op grond van het derde lid van artikel 1:2 Awb kunnen ten aanzien van rechtspersonen als hun belangen mede worden beschouwd de algemene en collectieve belangen die zij

24. PG Awb I, p. 149.

25. Voor een jurisprudentieoverzicht: R.J.N. Schlössels, Het belanghebbendebegrip: een blik op de actuele rechtspraak inzake 1:2 lid 1 en 2 Awb, JB plus 2001, p. 101-114.

krachtens hun doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen. Bij de *actio popularis* speelt het belanghebbendebegrip geen rol meer. Deze geeft *eenieder* de mogelijkheid om tegen overheidsbesluiten op te komen.²⁶ In de toepassing van deze artikelen gaat het in veel gevallen om organisaties die zich inzetten voor het behoud van het milieu, die via de rechter uitvoering van projecten van ruimtelijke ordening of het houden van evenementen willen tegenhouden. Daarbij is het niet ongebruikelijk dat ieder besluit dat ziet op het te beschermen belang, wordt aangegrepen om de bestuursprocesrechtelijke mogelijkheden volledig te benutten.

De mogelijkheid voor belangengroeperingen om op te komen in rechterlijke procedures kan een nuttige functie vervullen. Het nut is vooral gelegen in de samenvoeging van individuele belangen in een collectief belang, hetgeen het aantal ingestelde beroepen tegen hetzelfde besluit kan beperken. Daarnaast is het mogelijk dat belangengroeperingen het oogmerk hebben om algemene belangen te behartigen. Dit soort belangen heeft Verstedes op het oog als hij, mijns inziens terecht, stelt dat de discussie in dit soort beroepsprocedures doorgaans in hoge mate van politieke aard is, waarbij de vraag gerechtvaardigd is of deze niet in de sfeer van het bestuur thuishoort.²⁷

Het kabinet-Balkenende kondigt in het Strategisch akkoord aan op korte termijn het afschaffen van de *actio popularis* te willen bezien.²⁸ Deze *actio popularis* is op diverse plaatsen in de Wet milieubeheer en de Wet op de Ruimtelijke Ordening opgenomen. In 1999 heeft de Utrechtse Universiteit de resultaten gepubliceerd van een onderzoek naar de werking van de *actio popularis* in de praktijk. Uit dit onderzoek blijkt dat van de *actio popularis* slechts in geringe mate door niet-belanghebbenden gebruik wordt gemaakt. Het doen vervallen ervan zal getalsmatig bezien slechts een geringe lastenverlichting meebrengen.²⁹ Uit de resultaten van het onderzoek kan worden geconcludeerd dat de betekenis van de afschaffing van de *actio popularis* niet moet worden overschat. In de jurisprudentie zijn betrekkelijk weinig gevallen te vinden waarbij een natuurlijke persoon of belangengroepering, die niet als belanghebbende in de zin van de Awb kan worden aangemerkt, opkomt in een rechterlijke procedure. Het zal dan ook naar alle waarschijnlijkheid een beperkt effect hebben op het aantal beroepen op de bestuursrechter.

Een afschaffing zal vooral betekenis hebben in het licht van de voortschrijdende uniformering van het bestuursprocesrecht. Met de vervanging van het beroepsrecht voor *eenieder* door een beroepsrecht voor belanghebbenden wordt aangesloten bij de syste-

26. De *actio popularis* is terug te vinden in art. 56 WRO en art. 20.6 Wm.

27. C.J.N. Verstedes, *Juridisering: de democratische rechtsstaat uit balans*, NJB 1997, p. 948.

28. Strategisch Akkoord, p. 26.

29. A.A.J. de Gier, J. Robbe, Ch.W. Backes & P.J.J. van Buuren, *De actio popularis en het ruimtelijke ordeningsrecht en het milieurecht*, Utrecht 1999, p. 53.

matiek van de Awb.³⁰ De afschaffing van de *actio popularis* zal betekenen dat de formulering van artikel 1:2 lid 3 Awb een centrale rol zal krijgen bij de beantwoording door de bestuursrechter van de vraag of de belangenorganisatie of natuurlijke persoon in het beroep moet worden ontvangen. Als bij de vaststelling van een bestemmingsplan voorheen eenieder zienswijzen naar voren kon brengen, zal dat in de nieuwe situatie alleen mogelijk worden voor een belanghebbende. De kring van belanghebbenden zal dan moeten worden afgebakend en ook de jurisprudentie omtrent de uitleg van artikel 1:2 lid 3 zal toenemen.

4.3 Relativiteit en belanghebbende

De relativiteitsleer is in het civiele recht al jarenlang een vertrouwd gegeven. Hartkamp geeft aan dat door deze leer een daad, die in strijd is met een rechtsnorm en derhalve onrechtmatig is, de dader slechts dan aansprakelijk maakt voor de door die daad veroorzaakte schade, wanneer de overtreden norm de strekking heeft de benadeelde in het geschonden belang te beschermen. Het doel van deze leer is dat men zonder deze correctie een te uitgebreide aansprakelijkheid vreest voor aan derden toegebrachte schade. Hij geeft hierbij het voorbeeld van een beheerder van een zandafgraving die afval stort in strijd met de aan hem verleende vergunning op grond van de Ontgrondingenwet. De overheid die de grond heeft gesaneerd, wenst zich op de beheerder te verhalen op grond van een wetsbepaling die haar zodanig verhaal toestaat, mits aan alle vereisten van artikel 6:162 BW is voldaan. Een op de overtreding van de Ontgrondingenwet gebaseerde vordering is niet mogelijk, aangezien die wet niet mede strekt tot bescherming tegen deze schade.³¹

Met de toename van de bestuursrechtelijke regelgeving neemt tevens het belang toe van de vraag of een relativiteitsleer in het bestuursrecht van nut zou kunnen zijn. Burgers raken steeds vaker in hun belangen getroffen door besluiten die niet primair tot hen zijn gericht en roepen daarbij steeds meer de hulp van de rechter in. Op deze manier ontstaat er ruimte voor de ontwikkeling van een theorie waarbij een norm die nodig is om bepaalde belangen te beschermen, niet gebruikt kan worden ter bescherming van andere belangen.

Ook De Waard heeft de invoering van een relativiteitseis (ook wel: *schutznorm*) in het bestuursrecht geopperd. Als vaststaat dat iemand kan worden ontvangen omdat zijn belangen rechtstreeks bij het besluit zijn betrokken, kan de appellant, naar huidig recht, alle gronden aanvoeren die het besluit onrechtmatig maken, ook als die gronden niets te maken hebben met zijn eigen belangen. Hij haalt daarbij een voorbeeld aan uit

30. De afschaffing van de *actio popularis* heeft ook consequenties voor de problematiek met betrekking tot de argumentatieve fuik, zie paragraaf 5.3.2.

31. Asser-Hartkamp 4-III, p. 98.

de jurisprudentie: een gemeentelijke verordening in het kader van de Drank- en Horecawet mocht niet strekken tot bescherming van commerciële horecabedrijven. Maar toen aan een dorps huis een ontheffing van de verordening werd verstrekt, raakte dat de belangen van de horecaondernemers in de omgeving, die oneerlijke concurrentie vreesden, wel rechtstreeks. De horecaondernemers hadden succes bij hun beroep, omdat de aan het dorps huis verleende ontheffing in strijd kwam met de regelgeving inzake drank en horeca.³²

Evenals De Waard ziet de tweede evaluatiecommissie van de Awb (Commissie-Boukema) aanleiding voor een herbezinning op artikel 1:2 Awb. Zij doet daarbij de aanbeveling aan de regering om nader onderzoek te laten verrichten. De Commissie constateert dat eenieder die rechtstreeks in enig belang is geschaad, toegang heeft tot de beroepsprocedure. Vervolgens kan de appellant bij de rechter alle gronden aanvoeren die het besluit onrechtmatig maken, met inbegrip van de gronden die niets te maken hebben met zijn eigen belangen. Er geldt geen relativiteits- of 'schutznorm'-vereiste. Daarbij wordt een voorbeeld aangehaald waarbij tegenstanders van een verleende bouwvergunning zich beroepen op strijd met de technische eisen van het Bouwbesluit, terwijl hun werkelijke belangen van geheel andere aard zijn en niet door deze technische voorschriften worden beschermd. De Commissie vraagt zich af of aldus niet een enigszins oneigenlijk gebruik van de beroepsprocedure wordt gemaakt.³³

Een onderzoek, zoals voorgesteld door de Commissie-Boukema, is essentieel om te kunnen vaststellen of de relativiteitsleer soelaas kan bieden in het tegengaan van het oneigenlijke gebruik van het administratieve beroepsrecht. Bij dit onderzoek moet de vraag worden betrokken hoe groot het aantal gevallen is waarin een corrigerende werking van de relativiteitsleer nodig blijkt te zijn. Voor de invoering van een relativiteitsnorm in het bestuursrecht is cruciaal dat uit het onderzoek blijkt dat objectief en met zekerheid kan worden vastgesteld welke belangen een bepaalde norm beoogt te beschermen.³⁴ Ten slotte is van belang dat ten gevolge van de relativiteitsleer een daad tegenover de één rechtmatig kan zijn en tegenover een ander niet. Rechtsverhoudingen komen op deze manier verschillend ter beoordeling bij de rechter. In de huidige situatie toetst de bestuursrechter een besluit slechts eenmaal aan de regels van geschreven en ongeschreven recht. Bij de toepassing van de relativiteitsleer zal in het bestuursrecht, net als in het civiele recht, steeds opnieuw moeten worden vastgesteld of de aangevoerde norm het getroffen belang beoogt te beschermen.

32. B.W.N. de Waard, Knellend bestuursrecht, NTB 1998, p. 63.

33. Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1997-2001, Den Haag 2002, p. 22.

34. Zie ook H. Frantzen, Schutznorm, congruentie en relativiteit bij vrijstellingen t.b.v. de bouwvergunning, BR 1986, p. 579.

5 Voorstellen voor een effectieve bestuursrechtspraak

5.1 Artikel 6:22 Awb

Artikel 6:22 Awb biedt de mogelijkheid om een besluit waartegen bezwaar is gemaakt of beroep is ingesteld, ondanks schending van een vormvoorschrift, in stand te laten als blijkt dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld. Blijkens de memorie van toelichting lijkt de regering met name toepassing door de rechter voor ogen te hebben. De regering schrijft dat 'het artikel is opgenomen in verband met de vraag of, nu verscheidene procedurele eisen en bijvoorbeeld het motiveringsbeginsel de status van algemeen verbindend voorschrift krijgen, de rechter in alle gevallen waarin zo'n vormvoorschrift is geschonden, het beroep gegrond zou moeten verklaren en tot vernietiging zou moeten overgaan'.³⁵

Het toepassingsbereik van artikel 6:22 Awb is door de jurisprudentie afgebakend.³⁶ De redactie van dit artikel biedt de rechter geen mogelijkheden om bevoegdheidsgebreken te passeren, ook niet als het besluit door het bevoegde orgaan wordt bekrachtigd. In een uitspraak van 2 november 2000 is de Afdeling bestuursrechtspraak ruimhartiger.³⁷ In deze zaak hadden burgemeester en wethouders van Heino met toepassing van artikel 8.22 Wm een vergunning gewijzigd. Artikel 8.22 Wm ziet op de actualisering in verband met technische ontwikkelingen of ontwikkelingen in de kwaliteit van het milieu. B&W hadden in de plaats hiervan artikel 8.23 Wm moeten hanteren dat ziet op de ambtshalve wijziging in het belang van de bescherming van het milieu. De appellant bleek in dit geval niet in zijn belangen geschaad. Alhoewel bevoegdheidsgebreken niet vallen onder vormvoorschriften als bedoeld in artikel 6:22 Awb, ziet de Afdeling toch ruimte voor toepassing van dit artikel. In een noot onder deze uitspraak wijst Blomberg op de behoefte aan een ruimer toepassingsbereik voor artikel 6:22 en op de taak van de wetgever hierin. In gevallen als deze ligt het passeren van bevoegdheidsgebreken in de rede. Het vernietigen van het besluit zou leiden tot

35. PG Awb I, p. 313.

36. Voor meer jurisprudentie tot en met 1999: A.R. Neerhof, Van effectieve bestuursrechters en geschillen die voorbijgaan...?, JB plus 1999, p. 73 e.v.

37. ABRvS 2 november 2000, AB 2001/223 m.nt. A.B. Blomberg.

onnodige vertraging. Het bestuur zou in dat geval opnieuw een besluit moeten nemen dat volledig identiek is. In een uitspraak van 17 oktober 2001 vernietigt de Afdeling bestuursrechtspraak een besluit omdat de ambtenaar die in deze zaak op het bezwaar had beslist, ten tijde van de beslissing niet beschikte over het benodigde mandaat.³⁸ Overigens laat de Afdeling op grond van artikel 8:72 lid 3 Awb de rechtsgevolgen in stand, aangezien het mandaat slechts tijdelijk ontbrak, de ambtenaar in beginsel tot taak had om op het betrokken terrein beslissingen te nemen, het besluit achteraf door het bevoegd gezag werd gedekt en het besluit voor het overige de rechterlijke toets kon doorstaan. Ook deze casus zou zich lenen voor het pardonneren van het gebrek indien de redactie van dit artikel daarin zou voorzien.

Een belangrijk criterium bij de toetsing of artikel 6:22 Awb kan worden gebruikt is de vraag of het voorschrift alleen ziet op de procedure van totstandkoming of ook op de wijze waarop het bestreden besluit moet worden genomen of vastgelegd.³⁹ Motiveringsgebreken worden gepasseerd als het gaat om de kenbaarheid ervan voor de belanghebbende (artikel 3:47 lid 1 Awb).⁴⁰ Materiële motiveringsgebreken (feitelijk juist en logisch sluitend, artikel 3:46 Awb) worden niet gepasseerd.⁴¹ Het niet op de juiste wijze kenbaar maken van een besluit kan op grond van artikel 6:22 worden gepardonneerd, mits wordt aangetoond dat mogelijke belanghebbenden hierdoor niet zijn benadeeld.⁴² Het horen in de bezwaarfase op grond van artikel 7:2 Awb valt niet onder het bereik van artikel 6:22 omdat het gaat om een essentieel onderdeel van de bezwaarfase, waarbij in aanmerking moet worden genomen of in het concrete geval beoordelingsvrijheid bestaat.⁴³ Bröring concludeert in zijn noot dat deze laatste toevoeging duidelijk maakt dat schending van artikel 7:2 Awb niet onder alle omstandigheden in vernietiging van het bestreden besluit hoeft te resulteren.

In 1996 heeft Van Waterschoot in een bijdrage in het Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht geschreven over de rol van artikel 6:22 Awb in de bezwaarfase. Zij zet helder uiteen dat het in de bezwaarschriftfase gaat om een heroverweging van het primaire besluit, waarbij alle nieuwe feiten en omstandigheden moeten worden meegewogen.⁴⁴ De uitkomst van deze heroverweging is een nieuw secundair besluit (de beslissing op bezwaar). Van instandlating waarover artikel 6:22 Awb spreekt, kan geen sprake zijn omdat na een inhoudelijke beoordeling steeds een nieuw (secundair) besluit zal moeten worden genomen. Op grond van artikel 7:11 lid 1 moet een

38. ABRvS 17 oktober 2001, AB 2001/372 m.nt. NV.

39. Zie bijv. ABRvS 28 december 2001, AB 2002/134 m.nt. Sew.

40. Zie bijv. ABRvS 25 februari 2000, AB 2002/42 m.nt. NV. De noot van Verheij geeft een nadere toelichting op het onderscheid dat de Afdeling bestuursrechtspraak hanteert als het gaat om bevoegdheidsgebreken.

41. Zie bijv. ABRvS 23 juni 2000, AB 2001/8.

42. Zie bijv. ABRvS 13 maart 2001, AB 2001/181.

43. CRvB 4 januari 2000, AB 2000/146 m.nt. HBr, onder AB 2000/147.

44. N.M. van Waterschoot, Artikel 6:22 in bezwaar: niet in stand laten!, NTB 1996, p. 304-305.

bestuursorgaan het bestreden besluit altijd heroverwegen, indien het bezwaar ontvankelijk is. De vormgebreken in het bestreden besluit kunnen op grond van dit artikel worden hersteld. Ook Van der Meulen en Koning signaleren kort na de inwerkingtreding van de Awb dat artikel 6:22 Awb zowel voor de bezwaarprocedure als voor het administratief beroep weinig nieuws toevoegt, aangezien het bestuursorgaan dat in bezwaar en beroep beslist ex nunc alle bevoegdheden kan uitoefenen die ook in eerste instantie ter beschikking stonden.⁴⁵ Het vorenstaande betekent dat artikel 6:22 Awb bij het nemen van een beslissing op bezwaar of administratief beroep kan worden gemist.

De werkgroep-Van Kemenade doet een voorstel tot aanpassing van dit artikel.⁴⁶ De werkgroep vindt een heroverweging van de reikwijdte van dit artikel wenselijk omdat zij geen goede reden ziet waarom deze beperkt zou moeten blijven tot vormvoorschriften. Verder vraagt de werkgroep in dit kader aandacht voor de voortgang van het besturen; bij het beantwoorden van de vraag of een genomen besluit in stand kan blijven, dient een afweging te kunnen plaatsvinden van enerzijds een daaraan mogelijk klevend gebrek en een daarmee samenhangend bijzonder belang tegen anderzijds het algemeen belang dat met het besluit in kwestie wordt gediend door het bestuur. De werkgroep stelt voor om artikel 6:22 Awb als volgt te formuleren:

‘Een besluit waartegen bezwaar is gemaakt of beroep is ingesteld, kan ondanks schending van een geschreven of ongeschreven rechtsregel, dan wel een algemeen rechtsbeginsel, door het orgaan dat op het bezwaar of in beroep beslist, in stand worden gelaten indien blijkt dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld, dan wel enerzijds het met het besluit behartigde algemeen belang daarmee is gediend en anderzijds dit niet tot een kennelijk onredelijke uitkomst leidt.’

Opvallend in dit voorstel is dat van de rechter wordt verwacht dat hij, bij de beantwoording van de vraag of een gebrek kan worden gepasseerd, een belangenafweging maakt tussen enerzijds het belang van appellant en anderzijds het algemeen belang. Een dergelijk voorstel gaat veel te ver en past ook niet bij de algemene gedachte van de werkgroep dat de rechter zich zou moeten beperken tot de toetsing van de wijze waarop de overheid haar werk heeft gedaan en zo min mogelijk moet treden in afwegingen die thuishoren op het terrein van het bestuur.

In de literatuur zijn meer pleidooien terug te vinden voor een verruiming van de mogelijkheid om gebreken te passeren. Van Ettehoven pleit voor een verruiming van artikel 6:22 Awb, waardoor ook motiveringsgebreken kunnen worden gepasseerd.⁴⁷

45. B. van der Meulen & E. Koning, Pardonnering van vormverzuimen: artikel 6:22 Awb, *Jurisprudentie Bestuursrecht*, 1994, p. 727.

46. A.w., p. 79.

47. A.w., p. 70 e.v.

Hij is van mening dat een materieel motiveringsgebrek niet valt onder de term 'vormvoorschrift'. Volgens het huidige Awb-systeem zou een motiveringsgebrek moeten leiden tot vernietiging, waarna de rechtbank, onder toepassing van artikel 8:72 lid 3, kan bepalen dat de rechtsgevolgen van het besluit in stand blijven. Door vernietiging van het bestreden besluit ontstaat tevens een verplichting tot vergoeding van het griffierecht (artikel 8:74 lid 1) en in principe ook tot een proceskostenveroordeling (artikel 8:75). Bij een motiveringsgebrek van ondergeschikte aard zou het, in dit voorstel, mogelijk moeten zijn om het gebrek te passeren zonder vernietiging.

De huidige tekst van artikel 6:22 Awb biedt voor de bestuursrechter slechts beperkte mogelijkheden om een geschil definitief en in zijn geheel te beslechten. Op grond van de huidige formulering van artikel 6:22 Awb is het pardonneren van een gebrek alleen mogelijk als het gaat om vormgebreken. Dit werkt belemmerend voor de rechtsgang en voor de voortgang van het bestuurshandelen. Mijns inziens zijn er geen beletselen om een rechtmatigheidsgebrek te passeren als de bestuursrechter vaststelt dat dit gebrek niet van invloed is geweest op de inhoud van het besluit.

Van Ettehoven wijst erop dat een te ruime mogelijkheid om gebreken te passeren in de fase van beroep bij de rechter afbreuk kan doen aan de inzet van het bestuur om de bezwaarfase te benutten voor in alle opzichten rechtmatige en doelmatige besluitvorming. Ook ik deel de vrees dat dit effect zou kunnen optreden. Anderzijds moet het streven naar kwalitatief hoogwaardige besluitvorming een vanzelfsprekende attitude zijn voor het bestuur en niet afhankelijk zijn van de bevoegdheden van de rechter om fouten te passeren. Verder moet worden gewezen op het algemeen belang dat is gediend bij de voortgang van het besturen en de bijzondere belangen die worden gediend met het genomen besluit. Deze belangen zijn voor mij doorslaggevend.

Eerder in deze paragraaf heb ik betoogd dat een voorziening als thans in artikel 6:22 Awb is opgenomen in de bezwaar- en administratiefberoepsfase kan worden gemist. Dit brengt mij tot het voorstel om artikel 6:22 Awb in te trekken en een aparte bepaling te formuleren voor het beroep bij de rechtbank. Dit nieuwe artikel 8:70a is zodanig geformuleerd dat het bestreden besluit ondanks een rechtmatigheidsgebrek door de rechter in stand kan worden gelaten als gebleken is dat het rechtmatigheidsgebrek niet van invloed is geweest op de inhoud van het besluit. Evenals in de huidige formulering geldt daarbij uiteraard dat belanghebbenden hierdoor niet mogen worden benadeeld.

Wel moet worden geconstateerd dat er veel misverstanden bestaan over de strekking van de beslissing op het bezwaarschrift. Op grond van artikel 7:11 lid 2 Awb dient in de beslissing op bezwaar te worden vastgesteld of de heroverweging aanleiding geeft om het bestreden besluit te herroepen. Ten onrechte wordt door veel bestuursorganen volstaan met de vaststelling of het bezwaar gegrond of ongegrond is, waardoor bij de

bezwaarde onduidelijkheid kan ontstaan over zijn rechtspositie. Een gegrond bezwaar hoeft immers niet te betekenen dat het bestreden besluit wordt herroepen.

Deze kwestie heeft aan belang gewonnen door de inwerkingtreding van de Wet kosten bestuurlijke voorprocedures.⁴⁸ In deze wet speelt de vraag of het primaire besluit wordt herroepen een cruciale rol bij de toekenning van een vergoeding van de kosten van de bezwaar- of administratiefberoepsprocedure. In de artikelen 7:15 en 7:28 Awb is de mogelijkheid opgenomen tot vergoeding van de kosten indien het besluit wordt herroepen wegens aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid. Een besluit wordt in de regel niet herroepen als in de bezwaarfase de gronden die aan het primaire besluit ten grondslag lagen, worden gewijzigd of aangevuld, zolang de eindbeslissing in bezwaar gelijk blijft aan de primaire beslissing.⁴⁹

Herroeping van het bestreden besluit behoeft niet plaats te vinden bij schending van een vormvoorschrift, indien blijkt dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld. Mijn voorstel is om deze regel op te nemen in de Awb, ter verduidelijking van het geldende recht. Artikel 7:11 Awb wordt daarom uitgebreid met een derde lid, waarin wordt bepaald dat herroeping achterwege kan blijven bij de schending van een vormvoorschrift. In deze redactie moet onder vormvoorschrift worden begrepen een regel omtrent de totstandkoming van een besluit én een motiveringsgebrek van ondergeschikte aard.

In mijn voorstel wordt eenzelfde bepaling toegevoegd aan de huidige tekst van artikel 7:25 Awb. De bepaling spreekt dan over vernietiging, hetgeen aansluit bij de terminologie van de administratiefberoepsprocedure. Een dergelijk voorstel zou, en passant, nog aangevuld kunnen worden met een terminologische aanpassing van het tweede lid van artikel 7:28 Awb. Dit artikellid, waarin het vergoedingscriterium van de kosten van de administratiefberoepsfase is opgenomen, spreekt over herroeping in plaats van vernietiging. Om verwarring te voorkomen is het beter om consequent te zijn door de hier gebruikte term te vervangen door de aanduiding vernietiging. Deze wijzigingen leiden tot de volgende artikelen:

Artikel 8:70a

De rechtbank kan een besluit ondanks een rechtmatigheidsgebrek in stand laten, indien blijkt dat het rechtmatigheidsgebrek niet van invloed is geweest op de inhoud van het besluit en de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld.

Artikel 7:11

1. (huidig eerste lid)

48. Stb. 2002, 55.

49. C.H. Bangma, De Wet kosten bestuurlijke voorprocedures, een regeling voor de vergoeding van de kosten van bezwaar en administratief beroep, Gst. 2002, 7157, 1, p. 159-162.

2. (huidig tweede lid)
3. Herroeping van het bestreden besluit behoeft niet plaats te vinden bij schending van een vormvoorschrift, indien blijkt dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld.

Artikel 7:25

1. (huidige tekst)
2. Vernietiging van het bestreden besluit behoeft niet plaats te vinden bij schending van een vormvoorschrift, indien blijkt dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld.

5.2 De bestuurlijke lus

Bij het onderzoeken van de mogelijkheden voor de bestuursrechter om geschillen definitief en in zijn geheel af te doen, behoeven naast artikel 6:22 Awb de bevoegdheden van artikel 8:72 leden 3 en 4 Awb nadere aandacht. Artikel 8:72 lid 3 ziet op de mogelijkheid om de rechtsgevolgen van een vernietigd besluit in stand te laten. De memorie van toelichting geeft aan dat deze bevoegdheid door de rechtbank gebruikt kan worden op grond van proceseconomische overwegingen, namelijk in de situatie dat de indiener van een beroepsschrift met een vernietiging niets opschiet, bijvoorbeeld in het geval door een bestuursorgaan een ingediend bezwaarschrift ten onrechte ontvankelijk is geacht en vervolgens ongegrond is verklaard. Ook vanwege de feitelijke gevolgen die een besluit al heeft gehad zal men er soms niet aan ontkomen de rechtsgevolgen van een besluit geheel of gedeeltelijk in stand te laten, waarbij het voorbeeld wordt genoemd van een ontslagbesluit waarbij, alle belangen in aanmerking nemende, geoordeeld moet worden dat het daadwerkelijk terugplaatsen van de ambtenaar geen adequate reactie is op de geconstateerde onrechtmatigheid.⁵⁰

Artikel 8:72 lid 3 kon volgens de Afdeling niet worden toegepast in een geval waarin in een aanschrijving bestuursdwang niet uitdrukkelijk werd aangegeven welk wettelijk voorschrift was overtreden. In dit geval waren verschillende wettelijke regelingen naast elkaar van toepassing, waardoor voor de betrokkene onduidelijkheid kon ontstaan.⁵¹

Bij het ontbreken van een mandaatverhouding ziet de Afdeling bestuursrechtspraak aanleiding voor toepassing van artikel 8:72 lid 3 als aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Als het gaat om tijdelijk ontbreken van mandaat bij een ambtenaar tot wiens taak het behoort om op het onderhavige terrein beslissingen te nemen, het onbevoegd genomen besluit achteraf door het bevoegd gezag is gedekt en het besluit overigens de rechterlijke toets kan doorstaan, laat de Afdeling de rechtsgevolgen in stand.⁵²

50. PG Awb II, p. 470.

51. Zie ABRvS 7 juni 2001, AB 2001/248.

52. Zie ABRvS 17 oktober 2001, AB 2001/372 m.nt. NV.

Het vierde lid van 8:72 biedt de rechtbank de mogelijkheid om te bepalen dat haar uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit of het vernietigde gedeelte ervan. Bij het zelf in de zaak voorzien geldt volgens de memorie van toelichting in beginsel als voorwaarde dat rechtens maar één beslissing mogelijk is.⁵³ De Afdeling bestuursrecht-spraak kan daarbij zelfs goedkeuring verlenen aan wijziging van een bestemmingsplan, als daarbij derde-belanghebbenden niet worden benadeeld.⁵⁴

Bij de vernietiging van een besluit door de bestuursrechter, waarbij deze rechter niet zelf in de zaak voorziet, is de belanghebbende voor het nieuw te nemen besluit afhankelijk van het bestuursorgaan. Daarbij is niet onder alle omstandigheden duidelijk welk besluit wél rechtmatig is. De situatie kan zich voordoen dat het geschil daarna niet ten einde is, waarbij voor de belanghebbende opnieuw de mogelijkheid openstaat om beroep in te stellen. Een dergelijke situatie zou kunnen worden voorkomen door het openen van de mogelijkheid van een bestuurlijke lus in de Awb.

Schueler doet in zijn proefschrift een voorstel voor zo'n bestuurlijke lus. Hij stelt voor om de bestaande bevoegdheid van de rechter uit te breiden met de bevoegdheid om de zaak na vernietiging (via een tussenuitspraak) aan te houden om het bestuursorgaan in de gelegenheid te stellen een vervangende beslissing kenbaar te maken.⁵⁵ Dit systeem biedt de zekerheid dat het bestuursorgaan zich voor de vervangende beslissing moet verantwoorden in een proces dat wordt geleid door een onafhankelijke rechter. De bestuursrechter kan namelijk vaststellen of aan de appellant recht is gedaan, waardoor de kans op een herhaling van de procedure wordt uitgesloten. Daarbij neemt het bestuursorgaan zelf de verantwoordelijkheid voor de keuze uit de beslissingsalternatieven die na de vernietiging nog bestaan. Wel moet worden onderkend dat in dit systeem de belasting van de rechter zal toenemen doordat hij voortgang moet bewaken.

In navolging van Schueler zijn er in de literatuur verschillende varianten van de bestuurlijke lus besproken. Polak staat een systeem voor waarbij de bestuursrechter een preparatoire (voorbereidende) tussenuitspraak doet, waarin hij aangeeft welke problemen hij heeft met het besluit en het bestuur verzoekt om, uitgaande van die gebreken, in een schriftelijk stuk (dus geen nieuw besluit) aan te geven hoe het bestuur meent dat, rekening houdend met de situatie van nu, de gebreken moeten worden hersteld.⁵⁶

53. Zie ook: ABRvS 8 augustus 2001, AB 2002/89 en ABRvS 6 februari 2001, AB 2001/149.

54. Zie ABRvS 11 mei 2001, AB 2001/293. Het ging hier om een wijzigingsplan, waarbij geen belangen van derden waren gemoeid. Beide partijen verzochten de Afdeling bestuursrechtspraak om zelfvoorzienend alsnog goedkeuring te verlenen.

55. B.J. Schueler, Vernietigen en opnieuw voorzien, Zwolle 1994, p. 250.

56. J.E.M. Polak, Effectieve bestuursrechtspraak, enkele beschouwingen over het vermogen van de bestuursrechtspraak geschillen materieel te beslechten, Deventer 2000, p. 46.

Ook de werkgroep-Van Kemenade doet een concreet voorstel voor een bestuurlijke lus. Zij kiest voor het inbrengen van een nieuw besluit door het bestuur na een tussenuitspraak van de rechter.⁵⁷ Van Ettekoven zet haarscherp uiteen welke keuzes er gemaakt moeten worden alvorens een inpassing in het bestuursprocesrecht mogelijk is.⁵⁸ Hij is van mening dat het niet noodzakelijk is om het herstel steeds te laten plaatsvinden via het besluitmodel. Als het dictum van het besluit juist is, behoort herstel via een schriftelijk stuk ook tot de mogelijkheden, aldus Van Ettekoven. Verder gaat hij uit van een model waarbij geen verplichting bestaat voor het bestuur tot herstel, het bestreden besluit niet wordt vernietigd en geen voorziening openstaat tegen de tussenuitspraak.

De bestuurlijke lus moet mijns inziens zo veel mogelijk worden ingepast in de bestaande systematiek van het besluitmodel. Op deze wijze blijft de verantwoordelijkheid voor het bestuur zuiver en wordt de werklast voor de rechter zo veel mogelijk beperkt. Het bestuur dient het besluit op dezelfde manier bekend te maken als het in geding zijnde besluit. Belanghebbenden worden zo gewezen op hun rechtsmiddelen, waardoor de rechtsbescherming van derden verzekerd blijft.

Ik ben voorstander van een model waarbij het gebrekkige besluit niet wordt vernietigd. Het bestuursorgaan wordt de gelegenheid geboden om het besluit zelf te herroepen en in plaats daarvan een nieuw besluit te nemen, waardoor de vernietiging door de rechter niet nodig is. Er moet mijns inziens geen mogelijkheid van hoger beroep tegen de tussenuitspraak worden geboden. Als het bestuur niet overtuigd is geraakt van de inhoud van de tussenuitspraak van de bestuursrechter kan het ervoor kiezen om geen vervangend besluit te nemen. Wel mag van het bestuur worden verwacht dat het in beginsel serieus de mogelijkheden beziet om het bestreden besluit te herroepen. Het opleggen van een verplichting om een vervangend besluit te nemen heeft als consequentie dat beroep moet worden opengesteld tegen de tussenuitspraak van de rechter, hetgeen ongewenst is vanuit het oogpunt van een effectieve geschillenbeslechting.

De invoering van de bestuurlijke lus betekent dat een vervangend besluit kan worden meegenomen in de procedure. Een dergelijke noviteit kan niet los worden gezien van de bestaande mogelijkheden van de artikelen 6:18 en 6:19 Awb. In de huidige jurisprudentie omtrent deze artikelen kan een vervangend besluit lang niet altijd in de procedure worden meegenomen. Dit is bijvoorbeeld het geval als dit besluit is genomen op grond van een nieuwe aanvraag, op grond van een nieuwe beoordeling of afkomstig is van een ander bestuursorgaan. Verder wordt een besluit dat wordt aangevuld met een verbeterde motivering, maar waarbij het dictum ongewijzigd blijft, niet aangemerkt als een besluit in de zin van de Awb (er is geen rechtsgevolg). Bij de invoering

57. A.w., p. 54 en 83.

58. A.w., p. 58 e.v.

van de bestuurlijke lus valt aan een herformulering van de artikelen 6:18 en 6:19, waardoor de mogelijkheden om een vervangend besluit in de procedure mee te nemen aanzienlijk worden vergroot, niet te ontkomen. De vragen die bij een dergelijke herformulering moeten worden beantwoord zijn zeer divers en vergen een uitvoerige bespreking, waarvoor in dit preadvies de ruimte ontbreekt. Om deze reden volsta ik thans met een voorstel voor een aanvullende bepaling in de Awb ten behoeve van de invoering van een bestuurlijke lus.

Artikel 8:80a

1. De rechtbank kan bij wijze van tussenuitspraak het bestuursorgaan in de gelegenheid stellen, binnen een door de rechtbank te bepalen termijn, het bestreden besluit te wijzigen of in te trekken, tenzij de belanghebbenden daardoor onevenredig worden benadeeld.
2. In de tussenuitspraak vermeldt de rechter in hoeverre het bestreden besluit in strijd met het recht is genomen.
3. De rechtbank vernietigt het bestreden besluit indien en voorzover de indiener van het beroepsschrift daarbij belang heeft.

5.3 Argumentatieve fuik

De argumentatieve fuik heeft pas de laatste jaren aandacht gekregen in de juridische literatuur.⁵⁹ Onder de argumentatieve fuik moet worden verstaan dat de rechter in eerste aanleg, respectievelijk in hoger beroep, beperkingen stelt aan het aanvoeren van gronden en argumenten omdat deze al in de bestuurlijke voorfase of bij de rechter in eerste aanleg hadden moeten worden aangevoerd. In het verlengde hiervan ligt de bewijsfuik, voorzover de rechter bewijsmiddelen niet meer toelaat omdat deze niet in een eerder stadium zijn ingebracht.

De problematiek rond de argumentatieve fuik en de bewijsfuik kan worden samengevat in de volgende deelvragen:

1. In hoeverre mogen bij de rechter in eerste aanleg nog gronden en argumenten worden aangevoerd die niet in de bestuurlijke voorfase zijn aangevoerd?
2. In hoeverre mogen in hoger beroep nog gronden en argumenten worden aangevoerd die niet bij de rechter in eerste aanleg zijn aangevoerd?⁶⁰

In de deelvragen wordt gesproken over gronden en argumenten. De 'gronden' zijn motieven van de appellant om de rechtmatigheid van een besluit te betwisten. Voor deze gronden volstaat een feitelijke omschrijving. Een juridische omschrijving is niet

59. L.J.A. Damen gebruikt deze term voor het eerst in de bijdrage Rechtsvorming door de bestuursrechter onder de Awb, in: F.A.M. Stroink e.a. (red.), Vijf jaar JB en Awb, Den Haag 1999, p. 9-37.

60. Dit onderscheid wordt ook gemaakt in het eindrapport van de Commissie-Boukema, a.w., p. 32 en in het deelonderzoek 'De ketenbenadering in de Awb', mr. A.A.J. de Gier e.a., Algemeen bestuursrecht 2001, Den Haag 2001, p. 24.

noodzakelijk. De gronden moeten worden toegelicht aan de hand van argumenten. Bij de argumenten gaat het om feiten, omstandigheden en bewijsmiddelen die de gronden onderbouwen.

5.3.1 *De argumentatieve fuik en de bewijsfuik bij de rechter in eerste aanleg*

De argumentatieve fuik is het meest krachtig bij de toepassing van artikel 20.6 Wm. In artikel 20.6 lid 2 van de Wet milieubeheer is geregeld dat beroep slechts openstaat voor degenen die bedenkingen hebben ingediend tegen het ontwerpbesluit. Volgens de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak volgt hieruit dat de beroepsgronden die worden ingebracht bij de rechter, terug te vinden moeten zijn in de bedenkingen die in de voorfase zijn ingediend. In een uitspraak van 27 augustus 1998 van de Afdeling bestuursrechtspraak komt dit treffend naar voren.⁶¹ Appellant had als omwonende schriftelijk bedenkingen ingebracht tegen het ontwerpbesluit tot verlening van een milieuvergunning voor het oprichten van een melkveehouderij. Hij had tegen het ontwerpbesluit twee algemene aanmerkingen naar voren gebracht, namelijk: toename van overlast en verslechtering van de woonomstandigheden. Ter concretisering werd aangevoerd: geluidsoverlast, overlast van vliegend ongedierte en waardedaling van de woning. De appellant betoogde in beroep dat hij stankhinder ondervond van de inrichting. Het aspect van de stankhinder werd dus na de bedenkingenfase naar voren gebracht. De algemene bewoordingen in het bedenkingenschrift waren onvoldoende concreet om als grondslag voor deze beroepsgrond te kunnen fungeren. De beroepsgrond had verder geen betrekking op wijzigingen die bij het nemen van het besluit ten opzichte van het ontwerp waren aangebracht. De Afdeling bestuursrechtspraak zag ook geen bijzondere omstandigheden die rechtvaardigden dat op het punt van de stankhinder geen bedenkingen waren ingebracht en gaf derhalve geen oordeel hierover.

Als aan de procedure bij de rechter in eerste aanleg een bezwaarschriftprocedure voorafgaat, beroept de Afdeling bestuursrechtspraak zich bij de vraag in hoeverre nieuwe gronden en argumenten mogen worden aangevoerd op de beginselen van een goede procesorde. De Afdeling gebruikt dit begrip op twee verschillende manieren. In de beperkte betekenis hangt het begrip samen met het verdedigingsbeginsel. De verweerder moet voldoende gelegenheid krijgen om zich teweer te stellen tegen de aangevoerde stellingen. De Afdeling gebruikt de goede procesorde ook in een ruimere betekenis, waarbij het beginsel in stelling wordt gebracht tegen het in een bepaalde fase van de procedure inbrengen van nieuwe gronden of argumenten, die niet in een eerdere fase zijn ingebracht.

In een recente uitspraak is de Afdeling bestuursrechtspraak nog verder gegaan door bij de toepassing van de argumentatieve fuik een beroep te doen op het samenstel van de

61. ABRvS 27 augustus 1998, JB 1998, 273 m.nt. R.J.N.S.

artikelen 3:2, 7:1 lid 1 en 7:11 lid 1 Awb. In de betreffende zaak ging het om een besluit van de provincie Gelderland tot vaststelling van hogere geluidsgrenswaarden voor 149 woningen op basis van artikel 20 lid 3 Tracéwet in samenhang met artikel 83 lid 1 Wet geluidhinder. De appellante had pas in beroep aangevoerd dat de verweerder in strijd had gehandeld met artikel 4:8 Awb (hoorplicht). De Afdeling vond dat deze gronden in bezwaar naar voren hadden moeten worden gebracht, waardoor deze niet meer werden betrokken bij de beoordeling van het bestreden besluit.⁶²

Deze uitspraak, waarbij de Afdeling bestuursrechtspraak zich bij de toepassing van de fuik beroept op het samenstel van bepalingen uit de Awb, leent zich voor een nadere analyse. Artikel 3:2 bepaalt dat het bestuursorgaan bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis vergaart omtrent de relevante feiten en belangen. Het gaat hier om het beginsel van zorgvuldige voorbereiding, waardoor alle benodigde gegevens beschikbaar moeten zijn om het besluit te nemen. Artikel 7:1 lid 1 Awb bevat de regel dat eerst bezwaar moet worden gemaakt alvorens beroep tegen de rechter openstaat. In artikel 7:11 is vastgelegd dat bij een ontvankelijk bezwaar, op grondslag daarvan een heroverweging moet plaatsvinden. Uit dit artikel vloeit tevens voort dat het bestuursorgaan alle feiten en omstandigheden moet meewegen bij de beoordeling van het besluit (ex-nunctoetsing). Gelet op de overwegingen van de Afdeling lijkt zij vooral op artikel 7:11 Awb te doelen. De Afdeling stelt immers dat de aangevoerde gebreken mogelijk in de bezwaarfase zouden kunnen worden hersteld. Ten slotte moet worden gewezen op de zinsnede waarin wordt overwogen dat 'niet gebleken is van omstandigheden op grond waarvan de grieven van appellanten redelijkerwijs niet eerder in de procedure konden worden aangevoerd'. Dit betekent dat uitzonderingen worden toegelaten als de appellante niet te verwijten valt dat hij pas na de bestuurlijke heroverweging zijn bezwaren naar voren brengt.

Uit de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak blijkt dat in bepaalde gevallen nieuwe beroepsgronden wel worden toegelaten. De Afdeling zag bijvoorbeeld een rechtvaardigingsgrond in de situatie waarin een nieuwe beroepsgrond werd ingebracht op basis van een nader onderzoek dat was verricht door de vergunninghouder.⁶³ In de betreffende zaak had verweerder een bouwvergunning verleend ten behoeve van een

62. ABRvS 25 januari 2001, AB 2001/171 m.nt. FM. De Afdeling hanteerde de volgende overwegingen: 'Uit het samenstel van de artt. 3:2, 7:1 lid 1 en 7:11 lid 1 Awb en uit de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepalingen vloeit voort dat in beroep aangevoerde bezwaren die niet hun grondslag vinden in door de betrokken appellanten tegen het primaire besluit ingebrachte bezwaren, geen rol kunnen spelen bij de beoordeling van een beroep. Dit betekent dat bezwaren die verwijtbaar niet in een eerder stadium van de procedure naar voren zijn gebracht, in beroep niet kunnen worden betrokken bij de beoordeling van het bestreden besluit. De door appellanten sub 1 gestelde gebreken in de totstandkomingsprocedure van het primaire besluit, wat daar overigens ook van zij, zouden mogelijk in het kader van de bezwaarfase kunnen worden hersteld. Dergelijke grieven dienen dan ook in bezwaar te worden aangevoerd. Niet is gebleken van omstandigheden op grond waarvan de grieven van appellanten sub 1 redelijkerwijs niet eerder in de procedure konden worden aangevoerd. De Afdeling ziet dan ook geen aanleiding hierop thans in te gaan.'

63. ABRvS 15 mei 1998, H01.98.0302/P90 en K01.98.0125.

tankstation, waartegen een derde bezwaar had gemaakt. De vergunninghouder had (na de beslissing op bezwaar en het beroep bij de rechtbank) onderzoek verricht naar de verontreiniging. De verontreiniging werd als nieuwe beroepsgrond door de appellant aangevoerd. Aan de appellant valt in zo'n situatie niet toe te rekenen dat hij pas na de beslissing op bezwaar deze informatie aandraagt. Een tweede uitzondering geldt bij een beroep op bepalingen van openbare orde, waarop ik later in deze paragraaf nader zal ingaan. Daarbij kan het gaan om bevoegdheids- en ontvankelijkheidsvragen waarbij de rechter toetst, ook als partijen daar geen beroep op hebben gedaan. Door deze uitzonderingen blijft de toegang tot de rechter, op grond van artikel 6 EVRM, voldoende gewaarborgd.

Artikel 6 EVRM is niet alleen van belang als het gaat om de toegang tot de rechter, maar ook voor het vereiste van een redelijke termijn. Geschillen moeten finaal en materieel worden afgedaan. De bestuursrechter is gehouden om hiervoor zijn bevoegdheden aan te wenden.⁶⁴ Deze bevoegdheden worden geboden door de Awb. De bestuursrechter kan hiermee binnen een redelijke termijn doordringen tot het hart van het geschil en hierover uitspraak doen.

In een discussie over de fuikwerking kan niet voorbij worden gegaan aan artikel 8:69 Awb. Uit dit artikel volgt dat de omvang van het geschil waarover de rechter moet oordelen in beginsel wordt bepaald door de omvang van het ingestelde beroep. De memorie van toelichting stelt dat gelet op de primaire functie van het bestuursrechtelijke geding, namelijk het bieden van rechtsbescherming, er geen reden is voor de rechter om buiten de vordering te treden. Hieruit vloeit voort dat die onderdelen van het besluit waartegen niet wordt opgekomen, door de rechter buiten beschouwing moeten worden gelaten.⁶⁵ Deze bepaling moet worden gezien in het licht van de rechterlijke onpartijdigheid jegens algemene belangen en belangen van derden. De formulering van artikel 8:69 Awb biedt, mijns inziens, voor de bestuursrechter voldoende ruimte om na te gaan wat de belanghebbende aan de orde wil stellen en wat tussen partijen geen onderwerp van geschil is. De rechter kan op grond van het tweede lid, binnen de grenzen van het geschil, de beroepsgronden vertalen in rechtsgronden en zo nodig aanvullen. Op grond van het derde lid, waarin is bepaald dat de rechtbank ambtshalve de feiten kan aanvullen, kan de rechter doorvragen als hij twijfels heeft over de feiten, zoals deze door de partijen worden gepresenteerd. Deze formulering van artikel 8:69 Awb biedt juridisch ongeschoolden voldoende waarborgen tegen benadeling.

De kwestie van de uitleg van artikel 8:69 Awb wordt beheerst door nog een tweede aspect, namelijk door het onderscheid tussen ambtshalve aanvulling van rechtsgronden

64. Zie ook EHRM 9 december 1994, AB 1995, 599. Over dit onderwerp verder: E.A. Alkema, Bestuursrechtspraak en EVRM – Awb en artikel 6, NTB 1996, p. 22-23.

65. PG Awb II, p. 463.

(op grondslag van het beroepsschrift) en de ambtshalve toetsing aan bepalingen van openbare orde. Bij de ambtshalve toetsing aan de bepalingen van openbare orde treedt de rechter buiten het geschil, omdat de te toetsen normen van zodanig groot belang zijn (van openbare orde) dat de naleving ervan onder alle omstandigheden moet zijn verzekerd. Bij de definitie van het begrip openbare orde zijn enige kritische kanttekeningen mogelijk. Bij de uitleg van een dergelijk juridisch begrip blijft een goede afbakening een probleem. Anderzijds is er op dit punt al veel jurisprudentie ontwikkeld door de Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad van Beroep (CRvB), waardoor het begrip betekenis heeft gekregen in de juridische praktijk.⁶⁶

Artikel 8:69 Awb is ook niet aan de aandacht van de werkgroep-Van Kemenade ontsnapt. Het eerste en tweede lid van artikel 8:69 Awb zouden volgens de werkgroep moeten worden geschrapt en worden vervangen door: *'Zij treedt bij haar uitspraak niet buiten het beroepsschrift.'* De werkgroep is bevreesd dat de huidige formulering van het tweede lid ertoe kan leiden dat de rechter het beroep van de belanghebbende verbetert, aanscherpt en verruimt. Het huidige derde lid zou er volgens de werkgroep toe kunnen leiden dat de rechter in feite de omvang van het geschil bepaalt.⁶⁷ Een dergelijke aanpassing van artikel 8:69 Awb is naar mijn indruk een stap te ver en te rigoureuus. Het tweede en derde lid vervullen een relevante rol bij de juridische duiding van hetgeen door de belanghebbende wordt aangevoerd, hetgeen essentieel is om de rechtsbescherming van de belanghebbenden te waarborgen. De vrees van de werkgroep dat de rechter te veel invloed heeft door de mogelijkheden van verbetering, aanscherping of verruiming van het beroep van de belanghebbende, vind ik niet terecht. Behoudens bepalingen van openbare orde, kan de rechtbank niet op een niet-aangevoerde grond het besluit vernietigen, ook niet als het gaat om een dwingendrechtelijke bepaling van procesrechtelijke aard, zoals artikel 7:2 lid 1 Awb, waarin is geregeld dat belanghebbenden in de gelegenheid moeten worden gesteld om te worden gehoord. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft hierover geoordeeld dat deze bepaling niet van openbare orde is, waardoor er niet ambtshalve aan wordt getoetst.⁶⁸

Een van de meest gehoorde kritiekpunten op de argumentatieve fuik is dat deze leidt tot juridisering van de bedenkingen- en bezwaarfase. De bestuurlijke voorprocedure zou niet meer zonder professionele rechtsbijstand met voldoende kans op succes kunnen worden gevoerd, hetgeen niet past bij het informele karakter van de voorfase. De kritiek richt zich dan vooral op de zogenoemde bewijsfuik, namelijk de vraag of appellant in de fase van het beroep bij de rechter nieuw bewijs mag aanvoeren.

66. Zie voor een jurisprudentieoverzicht: M. Schreuder-Vlasblom, De afbakening van het geding in hoger beroep door de Centrale Raad van Beroep, NTB 1998, p. 117-125 en T. Hoogenboom, De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State als appèlrechter, NTB 1998, p. 126-135.

67. A.w., p. 59 en 89.

68. ABRvS 29 juli 1996, Abkort 1996, 604; JB 1996/190; Rawb 1996, 127.

Ik deel de vrees dat de huidige lijn van de Afdeling bestuursrechtspraak leidt tot juridisering niet. Het is mijns inziens in het belang van alle partijen (bezwaarden, derdebelanghebbenden en bestuursorgaan) dat het geschil in zijn volle omvang aan de orde komt in de bestuurlijke voorprocedure. Het bestuursorgaan wordt daarmee in staat gesteld om de bezwaren te onderzoeken, indien mogelijk een oplossing te zoeken, indien nodig gebreken in het primaire besluit te herstellen en indien noodzakelijk bezwaren te weerleggen. Ook is het de taak van het bestuursorgaan om de argumenten juridisch te duiden en te toetsen aan de toepasselijke wet- en regelgeving. Hiermee wordt de bestuursrechter ontlast. Bovendien is er bij de bestuursrechter volledige duidelijkheid over de standpunten van partijen inzake alle aspecten van het geschil. Van de burger mag worden verwacht dat hij alle kaarten op tafel legt in de voorfase. Juist het verwijtbaar achterhouden van gronden en argumenten leidt tot een ondoelmatige procedure en tot juridisering. De fase bij de bestuursrechter kent niet het informele karakter van de bezwaarfase, waardoor er minder mogelijkheden zijn om tegemoet te komen aan de bezwaren. De kans is dan groter dat deze worden afgedaan via de formele toetsing van de bestuursrechter. In het bestuursprocesrecht dient de notie van de democratische legitimatie van het handelen van het bestuursorgaan als beslisser evenzeer een plaats te krijgen als de notie van de rechtsbescherming van de burger. Het stellen van de eis aan de burger dat hij bij het voeren van een bestuurlijke voorprocedure alle argumenten naar voren brengt, leidt niet tot meer juridisering, maar erkent juist de niet te onderschatten betekenis van de bestuurlijke voorprocedure als informeel instrument om in geschillen met de burger tot een oplossing te komen.

5.3.2 De argumentatieve fuik en de actio popularis

In geschillen waarbij een ieder toegang heeft tot de rechter, vervult de argumentatieve fuik een belangrijke en nuttige functie. Door de fuik wordt er als het ware een zeef ingebouwd, doordat het beroep slechts openstaat voor degenen die bedenkingen tegen het ontwerpbesluit hebben ingediend en de beroepsgronden terug te vinden moeten zijn in de bedenkingen die in de voorfase zijn ingediend. De vraag is dan of deze zeefwerking nog wel nodig is als de actio popularis wordt afgeschaft, waardoor alleen belanghebbenden toegang hebben tot de rechter. In paragraaf 4.2 heb ik uiteengezet dat van de actio popularis slechts in geringe mate door niet-belanghebbenden gebruik wordt gemaakt. Om deze reden zie ik geen aanleiding om bij het afschaffen van de actio popularis ook de zeef af te schaffen. De zeefwerking kan juist een nuttige functie vervullen in het structureren van het geschil, omdat hierdoor wordt voorkomen dat er nieuwe bezwaren worden opgeworpen in de fase bij de rechter.

5.3.3 De argumentatieve fuik in hoger beroep

Ook in het hoger beroep is een argumentatieve fuik zichtbaar. De vraag is dan in hoeverre in hoger beroep nog gronden en argumenten mogen worden aangevoerd die niet bij de rechter in eerste aanleg zijn aangevoerd. Via artikel 39 van de Wet op de Raad

van State (WRvS) is hoofdstuk 8 grotendeels van toepassing op de behandeling van geschillen in hoger beroep door de Afdeling bestuursrechtspraak. Bij de beoordeling van deze geschillen hanteert de Afdeling de uitspraak van de rechter in eerste aanleg als object van het geschil. In de jurisprudentie van de CRvB wordt ook rechtstreeks getoetst aan het besluit van het bestuursorgaan, al is steeds meer te zien dat de uitspraak van de rechter in eerste aanleg wordt gebruikt.⁶⁹ Dit verschil kan vooral worden verklaard door de aard van de geschillen waarmee de verschillende hogerberoepsinstanties te maken hebben. Bij de Afdeling bestuursrechtspraak gaat het vaak om geschillen over besluiten waarin het bestuursorgaan een grote mate van beleidsvrijheid heeft. Ook zijn er vaker derdebelanghebbenden bij betrokken. Bij de Centrale Raad van Beroep is veelal sprake van toetsing van gebonden beschikkingen en twee-partijengeschillen.

Ook bij de beantwoording van de vraag in hoeverre in hoger beroep gronden mogen worden aangevoerd die niet bij de rechter in eerste aanleg naar voren zijn gebracht, varen de Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad van Beroep een verschillende koers. De CRvB gaat uit van de herkansingsfunctie en werpt weinig beletselen op tegen het aanvoeren van nieuwe gronden en argumenten in hoger beroep. De Afdeling bestuursrechtspraak accepteert zelden nieuwe gronden en argumenten, tenzij daarvoor een bijzondere rechtvaardiging bestaat.

Bij de beantwoording van de vraag in hoeverre nog nieuwe gronden en argumenten mogen worden aangevoerd in hoger beroep, spelen dezelfde argumenten een rol als bij de beantwoording van die vraag bij de rechter in eerste aanleg. In hoger beroep speelt daarnaast de taak van de appèlrechter tot bevordering van rechtseenheid en rechtsontwikkeling een belangrijke rol. Het ruim toelaten van nieuwe gronden en argumenten leidt tot een aantrekkende werking van beroepszaken en levert geen bijdrage aan een effectief gebruik van de procedure in eerste aanleg. In paragraaf 5.3.1 heb ik betoogd dat de rechter voldoende middelen heeft om niet-juridisch geformuleerde argumenten te duiden en te herkennen, waardoor de belanghebbende voldoende wordt gecompenseerd in de ongelijkheid van partijen. De belanghebbende is dan ook degene die de omvang van het geschil bepaalt, tenzij het gaat om toetsing aan bepalingen van openbare orde. De ruimte die het in de Awb neergelegde bestuursprocesrecht biedt in eerste aanleg, vermindert de noodzaak tot een volledige herkansing in hoger beroep. Er is dan ook voldoende rechtvaardiging voor het stellen van eisen aan de appellant. In het bestuursprocesrecht gaat het steeds om twee of meer partijen, waarbij de vraag wanneer en op welk moment gronden en argumenten naar voren mogen worden gebracht, moet worden beantwoord aan de hand van elk afzonderlijk belang van de betrokken partijen. Zowel aan het beginsel van volledige rechtsbescherming voor de burger als

69. Deelonderzoek Hoger Beroep bij de tweede evaluatie van de Awb. R.J.G.M. Widdershoven *cs*, Algemeen bestuursrecht 2001: Hoger beroep, Den Haag 2001, p. 113 e.v.

aan het belang dat is gediend bij de voortgang van het bestuursoptreden moet recht gedaan worden.

5.3.4 *Een wettelijke regeling*

In de Awb-systematiek speelt de heroverweging in de bestuurlijke voorfase een cruciale rol. De belanghebbende moet hierin al zijn kaarten op tafel leggen. De discussie omtrent de argumentatieve fuik spitst zich in de literatuur vooral toe op de toelaatbaarheid van het aanvoeren van nieuw bewijs in de procedure bij de rechter. Vooral Damen wijst daarbij op de cruciale rol van de bezwaarschriftprocedure voor de bewijslevering.⁷⁰ Als op de belanghebbende de plicht rust om het bewijs uiterlijk in de bezwaarfase te leveren, dient hij hiervan op de hoogte te zijn en behoort hij geïnformeerd te worden over wat hij precies moet bewijzen. Hier ligt mijns inziens een taak voor het bestuursorgaan. Om geschillen te voorkomen over de vraag wat moet worden bewezen en door wie, zou een nieuwe bepaling aan de Awb kunnen worden toegevoegd, waarin wordt vastgelegd dat de belanghebbende de gelegenheid krijgt om het bewijs aan te vullen, indien het bestuursorgaan concludeert dat het bewijs ontoereikend is.

Deze bepaling beoogt niet af te doen aan de bestaande verdeling van onderzoeksplichten van het bestuursorgaan en informatieplicht van de belanghebbende. Deze verdeling wordt bepaald door de bestaande artikelen 3:2 (zorgvuldige voorbereiding), 4:2 (vereisten aanvraag) en 4:5 (gelegenheid tot aanvulling onvolledige aanvraag). Een dergelijk nieuw artikel zou een plaats kunnen krijgen in de bestaande bepalingen in afdeling 7.2 (bezwaarfase) en afdeling 7.3 (administratiefberoepsfase).

7:11a/7:25a

1. De belanghebbende voert ter ondersteuning van zijn stellingen zonodig bewijs aan.
2. Indien het bestuursorgaan vaststelt dat het aangevoerde bewijs ontoereikend is, stelt hij de belanghebbende in de gelegenheid, binnen een hem daartoe gestelde termijn, nader omschreven bewijs aan te leveren.

Dit voorstel ziet op de bestuurlijke voorfase. De vraag is of niet ook in de fase van het beroep bij de rechter bepalingen in de wet zouden moeten worden opgenomen om daarmee duidelijkheid te bieden over de vraag onder welke omstandigheden nieuwe gronden en omstandigheden mogen worden aangevoerd. Bij het ontwerpen van een dergelijke regeling zullen zich uitermate complexe vragen voordoen. De complexiteit is met name gelegen in het benoemen van de gevallen waarin het aanvoeren van nieuwe gronden en argumenten mogelijk is. Om die reden zou kunnen worden gekozen voor een open norm, met een 'tenzij-bepaling'. Een dergelijke open norm zal echter

70. L.J.A. Damen, De bewijsfuik, Hoe en wanneer moet een oud-mijnwerker zijn silicose bewijzen?, *Ars Aequi* 2000, p. 66 en 69.

opnieuw moeten worden ingevuld door de jurisprudentie. Ook zal een open norm geen oplossing bieden voor de kern van het probleem dat mijns inziens is gelegen in de onduidelijkheid over de bewijslastverdeling. Door hierover in de bestuurlijke voorfase helderheid te scheppen, eventueel door middel van een bepaling in de Awb, kunnen veel geschillen over de bewijslastverdeling worden voorkomen.

5.4 Incidenteel hoger beroep

De omvang van het geschil in hoger beroep wordt in eerste plaats bepaald door de gronden die de appellandant aanvoert. Als beide partijen (de belanghebbende en het bestuursorgaan) in hoger beroep gaan, levert dit geen moeilijkheden op, omdat beide de omvang van het geschil bepalen. Vaak wordt echter slechts door een van de partijen hoger beroep ingesteld. In het licht van het voorgaande is dan ook relevant om na te gaan wat de rol is van de verweerder in het hoger beroep, waarbij vooral van belang is in hoeverre de 'eigen' gronden opnieuw naar voren kunnen worden gebracht.

Het incidenteel hoger beroep zou de positie van het bestuursorgaan als verweerder kunnen versterken, maar ook die van de burger als verweerder als het bestuursorgaan in beroep gaat tegen een voor hem ongunstige uitspraak. Met incidenteel hoger beroep wordt aan de verweerder namelijk de mogelijkheid gegeven om zijn bezwaren tegen de uitspraak in eerste aanleg aan de hogerberoepsrechter voor te leggen, ook al is de hogerberoepstermijn verstreken. Het komt regelmatig voor dat men zich schikt in de uitspraak van de bestuursrechter, maar als blijkt dat de andere partij in hoger beroep gaat, alsnog ook zijn eigen bezwaren wil inbrengen.

De eigen bezwaren van de verweerder in hoger beroep tegen de uitspraak in eerste aanleg kunnen betrekking hebben op een grond die hij eerder in eerste aanleg heeft aangevoerd, maar door de rechter niet inhoudelijk is behandeld. Stel dat het gaat om een weigering van een evenementenvergunning door de burgemeester. In eerste aanleg voert de belanghebbende drie gronden aan tegen de weigering van de vergunning, waarna de rechtbank reeds op de eerste grond de weigering vernietigt, en daarom niet ingaat op de andere twee gronden.

De eigen bezwaren van de verweerder in hoger beroep tegen de uitspraak in eerste aanleg kunnen ook betrekking hebben op een grond die door de rechter in eerste aanleg is verworpen. Deze situatie laat zich illustreren met het volgende voorbeeld. De heer Jansen wordt door B&W aangeschreven om een illegaal tuinhuisje te verwijderen. Jansen gaat tegen het besluit van B&W in beroep en vordert vernietiging van het besluit op twee gronden, namelijk onjuiste toepassing van de wet en schending van het vertrouwensbeginsel. De rechtbank stelt de appellandant in het gelijk en vernietigt het besluit wegens strijd met de wet en verwerpt de tweede grond. B&W gaan vervolgens in hoger beroep. De heer Jansen heeft er belang bij om zijn eerder aangevoerde beroepsgrond

(strijd met het vertrouwensbeginsel) naar voren te brengen, met name in het geval de hoger beroepsrechter van oordeel is dat het besluit ten onrechte wegens strijd met de wet is vernietigd.

Indien bepaalde gronden, die in eerste aanleg aan de orde zijn gesteld, niet in hoger beroep worden aangevoerd, laat de Afdeling bestuursrechtspraak deze buiten beschouwing. Ook de Centrale Raad van Beroep beperkt zich vaak tot de gronden die in hoger beroep naar voren zijn gebracht.⁷¹ Voor deze gevallen moet het incidenteel hoger beroep uitkomst bieden. Een voorwaardelijk incidenteel hoger beroep ligt daarbij het meest voor de hand, waarin het incidenteel hoger beroep enkel wordt behandeld indien het principaal appèl gegrond blijkt.

Als alternatief voor het incidenteel hoger beroep wordt in de literatuur ook wel de verruiming bepleit van de mogelijkheden voor een devolutieve (afwentelende) werking van het hoger beroep. Dit betekent dat de rechter in hoger beroep het geschil zoals zich dat in eerste aanleg voordeed opnieuw kan bezien en afdoen. Opnieuw doet zich dan de vraag voor hoever de hogerberoepsrechter hierin kan gaan. Moet deze zich beperken tot gemaakte fouten door de bestuursrechter in eerste aanleg, of is de bevoegdheid ruimer en kan hij het gehele geschil opnieuw beoordelen en afdoen? Hoe ruimer de opvatting op dit punt, hoe minder de behoefte aan een regeling voor incidenteel hoger beroep. Naar mijn mening behoort de omvang van het geschil in hoger beroep beperkt te blijven tot die in eerste aanleg, waarbij de insteller van het hoger beroep het geschil verder kan beperken tot zijn gronden tot instelling van het hoger beroep.⁷² Een regeling voor incidenteel appèl kent het voordeel van de duidelijkheid en doet recht aan het uitgangspunt dat de partijen zo veel mogelijk zelf de omvang van het geding bepalen.

Een incidenteel hoger beroep bestaat al in het civiele recht, namelijk in artikel 339 lid 2 Rv. Hierin is vastgelegd dat de gedaagde na verloop van de beroepstermijn incidenteel beroep kan instellen. Het incidenteel beroep moet worden ingesteld bij conclusie van antwoord. Daarnaast kent de Algemene wet inzake rijksbelastingen een incidenteel cassatieberoep, waarbij de partij bij verweerschrift incidenteel beroep kan instellen. Artikel 29b lid 2 van deze wet bepaalt dat de partij die beroep in cassatie heeft ingesteld, in de gelegenheid wordt gesteld om binnen vier weken na verzending van het verweerschrift het incidentele beroep te beantwoorden. Uitgaande van de huidige systematiek van de wetgeving op het terrein van het bestuursprocesrecht, ligt het opnemen van een regeling voor incidenteel hoger beroep in de bijzondere wetgeving (Wet op de Raad van State (Wet RvS) en de Beroepswet) voor de hand. Hoofdstuk 8 van de

71. Deelonderzoek Hoger Beroep bij de tweede evaluatie van de Awb. R.J.G.M. Widdershoven *cs*, Algemeen bestuursrecht 2001: Hoger beroep, Den Haag 2001, p. 106.

72. Waarbij de hogerberoepsrechter wel ambtshalve toetst of de rechter in eerste aanleg gebleven is binnen de grenzen van het geschil zoals die op grond van artikel 8:69 lid 1 zijn bepaald.

Awb geeft alleen regels voor het beroep bij de rechtbank. De Wet RvS en de Beroepswet verklaren dit hoofdstuk grotendeels van overeenkomstige toepassing op de behandeling van het hoger beroep door de Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad van Beroep. Op grond van het vorenstaande doe ik het volgende voorstel voor een wettelijke regeling van incidenteel hoger beroep:

Artikel 37a Wet RvS/Artikel 18a Beroepswet

Een partij, niet zijnde de indiener van het hoger beroep, kan bij verweerschrift incidenteel hoger beroep instellen, binnen de termijn als bedoeld in artikel 8:42, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht.

5.5 Wettelijke regeling inzake hoger beroep in de Awb

Na de afronding van de recente herziening van de rechterlijke organisatie staat de bestuursrechtspraak voor nieuwe keuzes. Deze keuzes hebben met name betrekking op de concentratie van de bestuursrechtspraak in hoogste feitelijke instantie en het totstandbrengen van een rechtseenheidvoorziening.⁷³ De uitkomsten van de derde fase van de herziening van de rechterlijke organisatie zijn van belang voor de onderwerpen die in dit preadvies zijn besproken. De bepalingen over het hoger beroep in de bestuursrechtspraak zijn op dit moment in verschillende wetten opgenomen. Ik pleit ervoor om deze bepalingen in de Awb op te nemen. De keuzes die de wetgever maakt ten aanzien van de inrichting van het hoger beroep zouden samen moeten vallen met een overheveling naar de Awb van de bepalingen inzake het hoger beroep.

73. Discussienota 'Keuzen voor de bestuursrechtspraak', Kamerstukken II 2000/01, 26 352, nr. 47 en de Contourennota modernisering rechterlijke organisatie, Kamerstukken II 2000/01, 26 352, nr. 61.

6 Tot besluit

Het jaar 2002 zal de geschiedenis ingaan als het jaar waarin maatschappelijke onrust en een aangetast vertrouwen in de overheid sterk aan de oppervlakte zijn gekomen. Deze felle uitingen van ongenoegen zijn een teken van een afnemende sociale cohesie. Een van de gevolgen hiervan is dat burgers in geschillen met de overheid vaker de rechter inschakelen.

Door het toenemend aantal beroepen heeft de rechter een zware verantwoordelijkheid. De rechter wordt bij de beslechting van geschillen geconfronteerd met verschillende belangen. De burger vraagt om bescherming van zijn recht, terwijl de overheid actief en gezagvol moet kunnen optreden om maatschappelijke problemen aan te pakken en het algemeen belang te dienen. De bestuursrechter heeft op dit moment onvoldoende mogelijkheden om de geschillen tussen burger en overheid definitief en in zijn geheel af te doen.

Het aanbrengen van wijzigingen in het bestuursprocesrecht vereist een samenhangende visie op de verantwoordelijkheden van bestuur en rechter. Via wijzigingen in de Awb kan een aanzet worden gegeven om de bestuursrechter effectiever te laten optreden in geschillen. Door middel van een nieuwe bepaling inzake het passeren van rechtmatigheidsgebreken, een regeling voor de bestuurlijke lus, de argumentatieve fuik en het incidenteel hoger beroep wordt een evenwichtig geheel aan maatregelen geboden, waarbij tevens recht wordt gedaan aan de plaats van het bestuur binnen het democratisch staatsbestel.

Omtrekken van een algemene regeling voor intrekken

Over een algemene regeling voor intrekking en wijziging van beschikkingen in Awb

*Mr. M.A.M. Dieperink**

1	Vol verwachting klopt ons hart...	51
1.1	Inleiding	51
1.2	Vraagstelling en opbouw	52
1.3	Begripsbepaling en afbakening	52
2	Wettelijke regeling voor intrekking	55
2.1	Inleiding	55
2.2	Intrekking van beschikkingen	55
2.3	Spanning met het vertrouwensbeginsel in de huidige praktijk	57
2.3.1	Algemeen	57
2.3.2	Gerechtaardigde verwachtingen	58
2.3.3	Gerechtaardigde verwachtingen en intrekking met terugwerkende kracht	60
2.4	Wettelijke regeling voor intrekking	60
3	Een algemene regeling in de Awb	63
3.1	Inleiding	63
3.2	Rechtskarakter	64
3.3	De bevoegdheid tot intrekking	66
3.4	Intrekkingsgronden	66
3.4.1	Algemeen	66
3.4.2	Intrekking vanwege nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden	67
3.4.3	Intrekking vanwege onjuistheid	70
3.4.4	Intrekking vanwege een overtreding	73

* Marjolein Dieperink is advocaat bij Wieringa Advocaten te Amsterdam. Zij dankt haar medepreadviseurs, de redactie en Jochem Spaans voor hun nuttige commentaar op een eerdere versie van dit artikel. Verder is zij haar werkgever bijzonder erkentelijk voor de haar geboden faciliteiten.

3.4.5	Intrekking op verzoek van de direct-belanghebbende van een beschikking op een aanvraag, niet zijnde de weigering	77
3.5	Discretionaire bevoegdheid	78
3.6	Intrekking met terugwerkende kracht	79
3.7	Wijziging van een beschikking	80
4	Bevindingen	83

1 Vol verwachting klopt ons hart...

1.1 Inleiding

Jarenlang heeft een puppy onafgebroken in de topdrie van mijn verlanglijstje voor pakjesavond gestaan. Mijn volharding, door aanhoudend verlangen, ten spijt, heeft de goedheilig man mij nooit beloond met dit door mij zo fel begeerde cadeau; ik bezit nog steeds geen puppy.

Evenals op mijn vroegere verlanglijstje, prijkt al jaren eenzelfde wens op het verlanglijstje van de wetgever, namelijk die van een algemene regeling voor intrekking en wijziging van beschikkingen. Al in het voorontwerp van de eerste tranche van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) uit 1987 is door de *Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht* aangegeven dat voor de intrekking en wijziging van beschikkingen een nadere regeling in de Awb wenselijk is,¹ maar tot op heden is het nog niet tot zo'n regeling gekomen. Indertijd werd als reden gegeven voor het niet direct tot stand brengen van een regeling dat nadere studie naar intrekking en wijziging nodig was, mede gelet op de grote variëteit van beschikkingen waarvoor zo'n regeling zou kunnen gelden.² Zo'n nadere studie is bij mijn weten sindsdien niet verricht. Voorzover in de literatuur aandacht is besteed aan de intrekking en wijziging van beschikkingen, betreft dit meestal een beschrijving van de praktijk; wanneer het perspectief is gericht op een toekomstige regeling in de Awb, ziet het veelal op één specifiek aspect van zo'n regeling.

Dat het verlangen naar een algemene regeling voor intrekking en wijziging van beschikkingen nog steeds op het verlanglijstje van de wetgever staat, blijkt onder meer uit een brief van de ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 26 oktober 1999 over de voortgang en planning bij de verdere uitbouw van de Awb. Een regeling voor intrekking en wijziging van beschikkingen wordt in die brief genoemd als een mogelijk onderwerp voor een vijfde tranche.³ Daarbij wordt overwogen dat in de praktijk regelmatig vragen rijzen over de mogelijkheid tot intrekking en wijziging, zodat aan een algemene regeling nog steeds behoefte bestaat.

In dat licht bezien, is dit het moment om alsnog een nadere studie te verrichten naar de intrekking en wijziging van beschikkingen. De uitkomsten van zo'n nadere studie

1. Zie Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht: eerste deel, Den Haag 1987, p. II.

2. Zie TK 1999-2000, 26 800 VI, nr. 7, p. 9. Zie ook TK 1995-1996, 24 400 VI, nr. 49, p. 4.

3. Ibidem.

zouden immers kunnen verhinderen dat het het verlangen van de Awb-wetgever hetzelfde vergaat als mijn uitgesproken puppywens.

1.2 Vraagstelling en opbouw

In mijn preadvies geef ik een voorzet voor zo'n nadere studie, door een antwoord te formuleren op de vraag in hoeverre de intrekking en wijziging van beschikkingen kan worden geregeld in de Awb. Als uitgangspunt neem ik aldus – in lijn met het centrale thema van deze bundel en het in paragraaf 1.1 genoemde verlangen van de Awb-wetgever – dat wanneer de intrekking en wijziging van beschikkingen wettelijk wordt geregeld, dit geschiedt in de Awb; aan de mogelijkheid om die materie bij bijzondere wet te regelen, ga ik omwille van de beperkingen die aan de omvang van dit preadvies worden gesteld, voorbij.

Het vorenstaande laat onverlet dat voor de beantwoording van de vraagstelling van dit preadvies mijns inziens eerst moet worden nagegaan of inderdaad, zoals gesteld in de genoemde brief van 26 oktober 1999, behoefte bestaat aan een wettelijke regeling voor intrekking en wijziging van beschikkingen (hoofdstuk 2). De beantwoording van deze voorvraag is van groot belang voor een goed begrip van de betrokken problematiek in de praktijk, en dus voor inzicht in hetgeen in een toekomstige regeling voor intrekking en wijziging een plaats moet krijgen. Zijn de wenselijkheid en noodzaak van een wettelijke regeling vastgesteld, dan wordt vervolgens ingegaan op de aspecten die in een algemene wettelijke regeling voor intrekking en wijziging van beschikkingen zouden moeten worden opgenomen (hoofdstuk 3). Op basis daarvan vindt tot slot de beantwoording plaats van de vorengenoemde vraagstelling (hoofdstuk 4). Daarmee zijn de omtrekken van een algemene regeling voor intrekking en wijziging in de Awb gegeven.

1.3 Begripsbepaling en afbakening

De intrekking en de wijziging van beschikkingen worden vaak – zoals hiervoor – in één adem genoemd, als zouden zij vanuit juridisch perspectief identiek zijn. Alhoewel de wijziging van een beschikking sterk lijkt op de intrekking daarvan – de wijziging kan bijvoorbeeld een gedeeltelijke intrekking inhouden – moet daartussen naar mijn mening wel onderscheid worden gemaakt wat betreft de mogelijkheden om daartoe over te gaan, waarover paragraaf 3.7. Ik heb hierna ervoor gekozen de nadruk te leggen op de (volledige) intrekking van beschikkingen; de wijziging behandel ik afzonderlijk voorzover het aspecten betreft die een, ten opzichte van een regeling voor intrekking, afwijkende regeling behoeven.

Verder wordt wel gemeend dat slechts de intrekking van begunstigende beschikkingen in de praktijk tot problemen zou kunnen leiden⁴ en dat een algemene regeling slechts daarop zou moeten zien. Aan deze beperking houd ik hierna niet vast, en wel om de volgende twee redenen. In de eerste plaats wordt deze beperking niet gemaakt in de parlementaire stukken over de onderwerpen die nog in de Awb dienen te worden ondergebracht.⁵ In de tweede plaats valt het onderscheid tussen een begunstigende en een belastende beschikking niet altijd goed te maken. Niet alleen omdat een voor de direct-belanghebbende hoofdzakelijk begunstigende beschikking vaak ook voor die direct-belanghebbende belastende verplichtingen – in de vorm van voorschriften of voorwaarden – zal bevatten, maar ook omdat de intrekking van beschikkingen kan plaatsvinden binnen een drie-partijen-verhouding. Binnen zo'n verhouding zal een element van een beschikking dat voor de direct-belanghebbende een begunstigend effect heeft, juist een belastend effect kunnen hebben voor een derde-belanghebbende, en vice versa.

Het vorenstaande brengt mij ertoe in het navolgende te spreken van een beschikking met een hoofdzakelijk begunstigend karakter om beschikkingen aan te duiden waarmee met name wordt beoogd de direct-belanghebbende een voordeel te verschaffen (zoals een benoemingsbesluit van een ambtenaar, de vaststelling en verlening van een subsidie of de verlening van een kapvergunning). Wanneer ik het heb over een beschikking met een overwegend belastend karakter, doel ik op het tegenovergestelde geval (zoals een belastingaanslag, een handhavingsbesluit of de weigering van een vergunning).

Dat ik om de twee genoemde redenen niet ervan uitga dat een toekomstige algemene regeling slechts betrekking kan hebben op de intrekking en wijziging van hoofdzakelijk begunstigende beschikkingen, laat onverlet dat met name de intrekking van een beschikking met een hoofdzakelijk begunstigend karakter in de praktijk tot problemen zal leiden. Weliswaar zal het voor de intrekking van een beschikking binnen een drie-partijen-verhouding weinig uitmaken of de beschikking hoofdzakelijk begunstigend of belastend van aard is – in beide gevallen kunnen zich immers gelijke problemen voordoen – maar binnen een twee-partijen-verhouding ligt dit anders. Binnen zo'n verhouding zal in de regel namelijk wel duidelijk zijn of een in te trekken beschikking overwegend belastend of hoofdzakelijk begunstigend is en dan zal de intrekking van een overwegend belastende beschikking in de regel op weinig problemen stuiten, zie verder paragraaf 2.3.2.

Verder zij erop gewezen dat dit preadvies niet ziet op de intrekking van beschikkingen die de facto het gevolg kan zijn van de in artikel 7:11 Awb voorgeschreven heroverweging in de bezwaarfase. Dit wordt meestal aangeduid als de herroeping van een beschikking. De reden voor deze beperking is dat een eventuele toekomstige regeling

4. Vgl. Commissie inzake algemene bepalingen van administratief recht, *Algemene bepalingen van administratief recht*, Alphen aan den Rijn 1984, p. 217.

5. Zie o.a. TK 1999-2000, 26 800 VI, nr. 7; TK 1995-1996, 24 400 VI, nr. 49; TK 1988-1989, 21 221, nr. 3 en Voorontwerp *Algemene wet bestuursrecht*: eerste deel, Den Haag 1987.

voor intrekking naar mijn mening niet daarop betrekking zou moeten hebben, omdat het in de bezwaarfase gaat om een algehele heroverweging. Een bestuursorgaan heeft in die fase (bijna) dezelfde bevoegdheden als die het heeft ten tijde van het nemen van het besluit in primo. Het is zodoende inherent aan het karakter van de beslissing op bezwaar, dat zij onder omstandigheden (de facto) een intrekking kan inhouden. Wanneer een besluit eenmaal in de (hoger)beroepsfase verkeert, is de bevoegdheid van een bestuursorgaan tot intrekking minder ruim. Deze bevoegdheid is nóg meer beperkt wanneer een besluit formele rechtskracht heeft. Dit preadvies heeft daarom betrekking op zowel de intrekking door een bestuursorgaan van beschikkingen in de (hoger)beroepsfase als op de intrekking van beschikkingen met formele rechtskracht.

Tot slot is aangegeven dat ik omwille van de beperkte omvang van dit preadvies niet inga op de procedurele aspecten van de intrekking en wijziging van beschikkingen. Ik volsta met de opmerking dat voor de intrekking en wijziging een bijzondere voorbereidingsprocedure kan (moeten) worden gevolgd. Tot de inwerkingtreding van de Wet uniforme openbare voorbereidingsprocedure wordt in paragraaf 3.5.6 Awb van de regeling voor de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure de intrekking en wijziging van besluiten geregeld. Ook in de toekomstige regeling voor de uniforme openbare voorbereidingsprocedure zijn enkele bepalingen opgenomen die specifiek zien op de intrekking en wijziging van beschikkingen.⁶

6. Op het moment van schrijven van dit preadvies is het wetsvoorstel voor de Wet uniforme openbare voorbereidingsprocedure al wel in het Staatsblad verschenen (Stb. 2002, 54), maar is de wet nog niet in werking getreden. De inwerkingtreding van de wet en de aanpassingswet worden niet eerder verwacht dan 1 juli 2003.

2 Wettelijke regeling voor intrekking

2.1 Inleiding

Alvorens in hoofdstuk 3 in te gaan op de inhoud van een toekomstige regeling in de Awb, is van belang vast te stellen waarin de wenselijkheid en noodzaak zijn gelegen om de intrekking van beschikkingen wettelijk te regelen; eerst dan wordt immers duidelijk wat in zo'n regeling zou moeten worden neergelegd. De wenselijkheid en noodzaak van regeling worden in dit hoofdstuk beoordeeld aan de hand van de praktijk van intrekking. In paragraaf 2.2 ga ik in op de aanleiding voor het intrekken van beschikkingen en beschrijf ik welke gevolgen intrekking heeft voor burgers. Die gevolgen blijken op gespannen voet te staan met het vertrouwensbeginsel, welke spanning het onderwerp is van paragraaf 2.3. Tot slot wordt in paragraaf 2.4 vastgesteld in hoeverre het behandelde in paragraaf 2.2 en 2.3 aanleiding geeft tot het wettelijk regelen van de intrekking van beschikkingen.

2.2 Intrekking van beschikkingen

In de samenleving vinden voortdurend ontwikkelingen plaats. Voor een overheid die daarmee gelijke tred wenst te houden en haar handelen daarop wil afstemmen, kunnen zulke ontwikkelingen reden zijn om terug te komen op een eerder genomen beschikking. De bedoelde ontwikkelingen in de samenleving kunnen niet alleen veranderingen van feitelijke aard zijn, maar ook erin zijn gelegen dat, naar later blijkt, een eerdere beschikking niet overeenkomstig het geldende recht is verleend. Bovendien kan het feit dat de burger zich niet (meer) gedraagt overeenkomstig de hem verleende beschikking, een ontwikkeling zijn waarop de overheid haar handelen wenst af te stemmen, bijvoorbeeld door als sanctie een eerder verleende vergunning in te trekken. Bij dit alles moet worden bedacht dat niet alleen de overheid zelf tot het inzicht kan komen dat bepaalde ontwikkelingen nopen tot de intrekking van een beschikking, maar ook burgers een verzoek kunnen doen een bepaalde beschikking in te trekken.

Ziet de overheid – ambtshalve of op verzoek van derden – aanleiding om een genomen beschikking in te trekken, dan beëindigt of beperkt die intrekking een eerder aan de (individuele) burger verleend recht of opgelegde plicht, de hierna in paragraaf 3.2 genoemde uitzonderingen daargelaten. Voor de burger die daarmee wordt geconfronteerd, kan de intrekking zodoende tot gevolg hebben dat hij bepaalde handelingen of gedragingen waarvoor de overheid eerder haar toestemming verleende, niet meer legaal

kan aanvangen of voortzetten, of dat hij eerder toegekende aanspraken verliest of verplichtingen niet langer heeft. Aldus impliceert de intrekking van een beschikking, evenals de beschikking op zich, een wijziging in de rechtspositie van de burger. Een belangrijk verschil met de verlening van een beschikking is dat de overheid met de intrekking terugkomt op een eerder genomen beschikking; een eerdere wijziging in de rechtspositie van een burger wordt zodoende door de intrekking teruggedraaid. Gereceneerd vanuit de burger die mag vertrouwen op de juistheid en bestendigheid van een door de overheid genomen beschikking, kan die intrekking op gespannen voet staan met het vertrouwensbeginsel, waarover paragraaf 2.3.⁷

De intrekking van een beschikking kan, al naar gelang het geval, bovendien in strijd zijn met andere beginselen van behoorlijk bestuur. Uit de jurisprudentie blijkt bijvoorbeeld soms een gespannen verhouding te bestaan met het zorgvuldigheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel of het gelijkheidsbeginsel.⁸ Hierop ga ik hierna niet verder in, omdat dergelijke gespannen verhoudingen, anders dan de gespannen verhouding met het vertrouwensbeginsel, niet bij uitstek kenmerkend zijn voor de intrekking van beschikkingen.

Het terugkomen op beschikkingen door de overheid kan overigens niet alleen geschieden door de intrekking van beschikkingen, maar ook naar aanleiding van een nieuwe aanvraag in de zin van artikel 4:6 Awb. Dit artikel stelt dat wanneer een nieuwe aanvraag wordt ingediend nadat op een eerdere aanvraag afwijzend is beslist, nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden dienen te worden aangedragen om tot een inhoudelijke beoordeling van de nieuwe aanvraag te kunnen overgaan. Worden zulke feiten of omstandigheden niet aangedragen, dan kan de nieuwe aanvraag op grond van het bedoelde artikel worden afgewezen onder verwijzing naar de eerdere afwijzing.

In de huidige praktijk blijkt dat het in artikel 4:6 Awb genoemde criterium 'nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden' niet louter wordt toegepast in gevallen waarin een nieuwe aanvraag is ingediend, maar ook, in meer algemene zin, om te beoordelen of een bestuursorgaan kan terugkomen op een eerder genomen beschikking, bijvoorbeeld vanwege een verzoek daartoe door derden of door degene tot wie een ambtshalve genomen beschikking is gericht.⁹ De bedoelde jurisprudentie heeft niet alleen betrekking op het terugkomen op een weigering, maar ook op het terugkomen op andere beschikkingen, zie verder paragraaf 3.4.2.

7. In de literatuur wordt ook wel gesproken van de gespannen verhouding tussen intrekking en het materiële rechtszekerheidsbeginsel. Over het algemeen wordt onder het materiële rechtszekerheidsbeginsel begrepen de eis dat het recht – waaronder begrepen in het verleden genomen beschikkingen – moet worden nageleefd en het verbod van terugwerkende kracht. Omdat wat betreft de intrekking van beschikkingen de genoemde beginselen inhoudelijk samenvallen, ga ik omwille van de eenvoud slechts in op de gespannen verhouding met het vertrouwensbeginsel.

8. Bijv. ABRvS 12 december 2001, JB 2002, 27 m.nt. C.L.G.F.H. A. en AB 2002, 323 m.nt. A.T. Marseille.

9. Zie H.E. Bröring & A.T. Marseille, De ongekende vrijheden en beperkingen van art. 4:6 Awb, JBplus 2002, p. 54-71. Zie verder over art. 4:6 Awb: J. de Vries, Artikel 4:6: enkele beschouwingen over de jurisprudentie van bestuursrechters, Gemeentestem 2002/7172, p. 521-528.

2.3 Spanning met het vertrouwensbeginsel in de huidige praktijk

2.3.1 Algemeen

De vorenbedoelde gespannen verhouding met het vertrouwensbeginsel laat onverlet dat binnen de huidige praktijk geregeld tot intrekking wordt overgegaan. In sommige gevallen geschiedt dat dan op basis van een bijzondere wettelijke regeling; het feit dat geen algemene regeling voor intrekking bestaat, laat namelijk het bestaan van een aantal bijzondere regelingen voor intrekking onverlet, bijvoorbeeld in de Wet milieubeheer (hierna: Wm), in de Awb met betrekking tot de verlening en vaststelling van subsidies en in de Werkloosheidswet. In andere gevallen geschiedt de intrekking zonder wettelijke grondslag daarvoor. Een eventuele gebonden bevoegdheid tot intrekking in de bijzondere wet daargelaten,¹⁰ begrenzen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur de mogelijkheid tot intrekking. In overeenstemming met de constatering in paragraaf 2.2, speelt het vertrouwensbeginsel daarbij een gewichtige rol.

Ontbreekt een wettelijke bevoegdheid tot intrekking, dan blijkt het vertrouwensbeginsel in de meeste gevallen doorslaggevend voor het antwoord op de vraag of intrekking toelaatbaar is. De rechter neemt dan namelijk als uitgangspunt dat wanneer geen gerechtvaardigde verwachtingen zijn gewekt en de burger ook niet conform die verwachtingen heeft gehandeld,¹¹ het bestuur in beginsel tot intrekking bevoegd is.¹² Daarbij valt op dat de rechter niet altijd even snel aanneemt dat sprake is van gerechtvaardigde verwachtingen die aan de intrekking van een beschikking in de weg staan.¹³ Bij gebonden beschikkingen ligt dit in zoverre anders, dat wel wordt aangenomen dat zij slechts kunnen worden ingetrokken wanneer een wettelijke bevoegdheid daartoe bestaat. Naar mijn mening kunnen gebonden beschikkingen evenwel worden ingetrokken zonder dat een wettelijke bevoegdheid daartoe bestaat, indien die beschikking onjuist is en dit aan de betrokkene bekend is of had moeten zijn.^{14,15}

10. Zie bijv. art. 45 lid 1 Mediawet en art. 31 lid 1 Drank- en Horecawet.

11. Het vereiste dat moet zijn gehandeld overeenkomstig de beschikking houdt verband met het dispositieve. Zo toetste de Centrale Raad van Beroep in zijn uitspraak van 21 april 1999 of op grond van de gedane toezeggingen financiële verplichtingen waren aangegaan. Nu dat niet het geval was, oordeelde de Raad dat ook om die reden – naast de omstandigheid dat op de toezeggingen geen betalingen waren gevolgd – geen aanspraak bestond op een uitkering voor 17 juni 1990 op grond van gewekte verwachtingen; zie: CRvB 21 april 1999, AB 1999, 319.

12. Zie bijv. ABRvS, JB 2002, 27 m.nt. C.L.G.F.H. A. en AB 2002, 323 m.nt. A.T. Marseille; ABRvS 14 januari 2000, JB 2000, 65 en ABRvS 29 februari 1988, AB 1989, 356 m.nt. H.J. Simon.

13. Zie bijv. ABRvS 12 december 2001, JB 2002, 27 m.nt. C.L.G.F.H. A. en AB 2002, 323 m.nt. A.T. Marseille. In de uitspraak oordeelde de Afdeling dat geen sprake was van gerechtvaardigde verwachtingen. Het was mijns inziens beter geweest dat de gerechtvaardigde verwachtingen wel zouden zijn erkend, maar niet contra legem zouden zijn gehonoreerd, doch zo nodig zouden zijn gecompenseerd door het toekennen van schadevergoeding.

14. Zie Vz. CBB 20 juli 1989, AB 1990, 88 m.nt. Ph. Eijlander. De Voorzitter overweegt in die uitspraak dat wanneer rechten zijn toegekend waarop gezien de algemeen verbindende regeling geen aanspraak bestond, niet valt in te zien waarom, ondanks de betrokken gebonden beschikking, geen bevoegdheid zou bestaan om die beschikking in te trekken, ook zonder een daartoe strekkende wettelijke regeling. Of die bevoegdheid, mede gelet op de verstreken tijd en eventueel bestaande verwachtingen, aan beperkingen en grenzen is onderworpen, hangt af van de concrete omstandigheden van het individuele geval.

15. In deze zin ook F.C.M.A. Michiels, *Hoofdzaken van het bestuursrecht*, Deventer 2001, p. 53-54.

Ook wanneer de intrekking van een beschikking is gebaseerd op een wettelijke regeling, komt betekenis toe aan het vertrouwensbeginsel, uiteraard tenzij de intrekking geschiedt op basis van een gebonden bevoegdheid tot intrekking. Bedacht moet echter worden dat de betekenis die aan gerechtvaardigde verwachtingen in dat geval toekomt, een andere is omdat de bevoegdheid tot intrekking bij wettelijk voorschrift is geregeld. De strijdigheid met het vertrouwensbeginsel doet in die situatie aan het bestaan van de bevoegdheid tot intrekking niet af – deze is immers in de wet gegeven – maar zij kan wel aanleiding zijn om in het concrete geval van intrekking af te zien. Wanneer een wettelijke bevoegdheid bestaat, zal immers nog wel het belang van de burger bij honoreren van zijn gerechtvaardigd vertrouwen, moeten worden afgewogen tegen de met intrekking gediende belangen. Echter, juist omdat de wet de bevoegdheid tot intrekking regelt, komt aan het vertrouwensbeginsel niet een zodanig zwaar gewicht toe dat zodra gerechtvaardigde verwachtingen bestaan, niet tot intrekking kan worden overgegaan.

2.3.2 *Gerechtvaardigde verwachtingen*

Of het beroep op een gerechtvaardigd vertrouwen dat zich tegen intrekking zou verzetten, slaagt, zal afhangen van de omstandigheden van het geval. Onder meer de ouderdom van de in te trekken beschikking zal daarbij een rol spelen. Het feit dat de beschikking al lange tijd bestaat, zal nu eens aanleiding zijn om een gerechtvaardigd vertrouwen niet snel aanwezig te achten – bijvoorbeeld omdat de drijver van een inrichting vanwege de technologische ontwikkelingen niet op het (ongewijzigd) voortbestaan van zijn vergunning op grond van de Wm mag vertrouwen¹⁶ – dan weer kan juist het verstrijken van een bepaalde periode waarin een beschikking niet wordt ingetrokken, bij de burger gerechtvaardigd vertrouwen opwekken.¹⁷ Op het bestuursorgaan dat tot intrekking wenst over te gaan, rust zodoende een zware motiveringsplicht: het zal aannemelijk moeten maken dat door de intrekking geen afbreuk wordt

16. Vgl. J.E. Hoitink, Bestaande rechten in het milieurecht. Over de actualisering van milieuvergunningen (diss.), Deventer 1998, m.n. p. 79-115. Hoitink formuleert het uitgangspunt dat eerder rekening moet worden gehouden met veranderingen in de omstandigheden of inzichten naarmate het langer geleden is dat de vergunning is verleend. Intrekking is dus eerder problematisch wanneer dit kort na verlening gebeurt, zie p. 108 e.v. Vgl. ABRvS 7 augustus 2002, nr. 200104659/1, waarin ten aanzien van een besluit tot ambtshalve wijziging van een ontgrondingsvergunning werd overwogen dat gelet op de geruime tijd dat de vergunning al gold, de vergunninghouder redelijkerwijs rekening diende te houden met de mogelijkheid dat het beleid inzake ontgrondingsvergunningen heroverwogen zou kunnen worden en dat tot wijziging van de vergunning zou worden overgegaan.

17. Zie N. Verheij, 'Vertrouwen op de overheid', in: J.B.M. Vranken, N. Verheij, J. de Hullu, Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in Nederland. Preadviezen voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Deventer 1997, p. 70. Verheij beschrijft daar de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep inhoudende dat naarmate meer tijd is verstreken, het voor een bestuursorgaan moeilijker wordt een beschikking met een kleine – en dus aan de burger minder kenbare – fout in te trekken. Verder verwijst Verheij naar art. 4:49 lid 3 Awb, waarin is bepaald dat een subsidie niet meer kan worden ingetrokken indien sinds de definitieve vaststelling van de subsidie vijf jaren zijn verstreken.

gedaan aan gerechtvaardigde verwachtingen dan wel dat die afbreuk moet worden gebillijkt omdat de belangen die met intrekking zijn gediend zwaarder wegen.

Overigens moet verder worden bedacht dat niet in alle gevallen waarin een beschikking wordt ingetrokken, een beroep op het vertrouwensbeginsel waarschijnlijk is. Vindt binnen een twee-partijen-verhouding intrekking plaats van een beschikking met een overwegend belastend karakter, dan zal vanzelfsprekend door de direct-belanghebbende niet snel een beroep op gerechtvaardigde verwachtingen worden gedaan. Dit ligt anders wanneer het een drie-partijen-verhouding betreft. De intrekking van een overwegend belastende beschikking zal weliswaar door de direct-belanghebbende gunstig worden bevonden, maar kan voor derden een tegenovergesteld effect sorteren, bijvoorbeeld ingeval het de intrekking van een handavingsbeschikking betreft. Dat die beschikking wordt ingetrokken, zal de vermeende overtreder toejuichen, maar een derde die eerder om handhaving verzocht niet. Ook de gerechtvaardigde verwachtingen van derden moeten dan in aanmerking worden genomen.

In paragraaf 1.3 gaf ik aan mij in dit preadvies niet te beperken tot de intrekking van beschikkingen waaraan formele rechtskracht toekomt. Het vertrouwensbeginsel kan mijns inziens niet alleen worden geschonden bij de intrekking van een beschikking met formele rechtskracht, maar ook bij de intrekking van een beschikking die nog in een beroepsfase verkeert. Dat betekent niet dat de mate waarin gerechtvaardigde verwachtingen zijn gewekt door de beschikking in beide gevallen gelijk is. Wanneer een besluit nog geen formele rechtskracht heeft, brengt dat (uiteraard) mee dat niet zonder meer erop mag worden vertrouwd dat het besluit juist en onaantastbaar is. Het kan evenwel niet zo zijn dat het aan het bestuursorgaan – na de beslissing op bezwaar – zonder meer vrijstaat om terug te komen op zijn eerdere beschikking. Ook dan kan een bestuursorgaan slechts op eigen initiatief overgaan tot intrekking wanneer een bevoegdheid daartoe bestaat. In dit verband wijs ik erop dat artikel 6:18 lid 1 Awb, welk artikel de intrekking en wijziging regelt van een besluit waartegen nog bezwaar of beroep aanhangig is, ook uitgaat van een bevoegdheid tot intrekking en niet in die bevoegdheid voorziet.

Er is geen gespannen verhouding tussen de intrekking van een beschikking en het vertrouwensbeginsel (meer) wanneer de verwachting dat de overheid niet zal terugkomen op een genomen beschikking, niet (langer) gerechtvaardigd is. Dit is onder meer het geval indien een beschikking onjuist is en de direct-belanghebbende dit wist of behoorde te weten.¹⁸ Wanneer bijvoorbeeld door een burger onjuiste of onvolledige gegevens zijn verstrekt, kan hij niet gerechtvaardigd vertrouwen op de juistheid van die beschikking. Daarnaast is intrekking niet in strijd met het vertrouwensbeginsel indien zij plaatsvindt in het kader van het handhavend optreden.¹⁹

18. Zie Pres. CBB 9 juli 1998, Gemeentestem 7096, nr. 7 m.nt. C.P.J. Goorden. De president verwijst in deze uitspraak overigens naar de codificatie van dit beginsel wat betreft subsidies in art. 4:48 lid 1, aanhef en onder d, Awb en art. 4:49 lid 1, en onder b, Awb. Verder ABRvS 30 december 1999, AB 2000, 47 m.nt. MSV.

19. Zie Verheij, a.w., p. 69.

2.3.3 *Gerechtigde verwachtingen en intrekking met terugwerkende kracht*

Of gerechtvaardigde verwachtingen bestaan, is verder van belang voor een aspect van de praktijk van intrekking waaraan tot nog toe in dit preadvies geen aandacht is besteed. Intrekking blijkt zowel *ex nunc* als *ex tunc* te geschieden. Konijnenbelt spreekt in dit verband over het opzeggen van beschikkingen, indien de intrekking slechts gevolgen heeft voor de toekomst (*ex nunc*), en over het terugnemen daarvan, indien de intrekking terugwerkt in het verleden (*ex tunc*).²⁰

Intrekking van een beschikking voor een duurhandeling, zoals een Wm-vergunning, heeft op zich zowel met terugwerkende kracht als voor de toekomst nut. Dit kan ook gelden voor de intrekking van een uitkering of een subsidie. Anders ligt het in het geval dat een beschikking is verleend voor een aflopende handeling, zoals een bouwvergunning. Indien de handeling waarvoor die beschikking is verleend reeds is voltooid, kan intrekking slechts nut hebben indien dat met terugwerkende kracht geschiedt. Door het intrekken ontvalt dan de rechtmatigheid aan de handelingen die zijn uitgevoerd op basis van de beschikking. Eventueel kunnen de gevolgen van die handelingen worden teruggedraaid door bijvoorbeeld een bestuursdwanganschrijving. Niet in alle gevallen zal het mogelijk zijn de gevolgen van het – naar achteraf moet worden geconstateerd – onrechtmatig handelen terug te draaien, bijvoorbeeld in het geval dat de kapwerkzaamheden op basis van een kapvergunning zijn voltooid of een evenement waarvoor een evenementenvergunning is verleend reeds heeft plaatsgevonden. Eventuele aansprakelijkheidskwesties daargelaten, heeft (ook) het terugnemen van een beschikking dan geen zin.

De vraag of intrekking van een beschikking met terugwerkende kracht, gelet op het voorgaande, zinvol is, moet worden onderscheiden van de vraag of die intrekking mogelijk is. Wat betreft die mogelijkheid wordt in de literatuur en rechtspraak aangenomen dat, wanneer geen gerechtvaardigde verwachtingen (meer) bestaan, de intrekking niet alleen kan plaatsvinden voor de toekomst, maar ook kan terugwerken naar het verleden, althans tot het moment waarop de gerechtvaardigde verwachtingen niet langer bestonden.²¹ In paragraaf 3.6 ga ik verder op deze materie in.

2.4 **Wettelijke regeling voor intrekking**

Voor beantwoording van de vraag of de intrekking van beschikkingen in een regeling dient te worden opgenomen, is volgens de Aanwijzingen voor de regelgeving relevant

20. Zie H.D. van Wijk, herzien door W. Konijnenbelt en R.M. van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, Den Haag 2002, p. 380-381. Vgl. ook: M. Scheltema, 'Gebondenheid van overheid en burger aan eigen voorafgaand handelen (Rechtsverwerking)', in: M. Scheltema en W. Konijnenbelt, De rechtsverwerking in het administratieve recht. Preadvies VAR LXXIV, Groningen 1975. Scheltema spreekt van *intrekking* als het gaat om het ontnemen van de rechtsgevolgen van een beschikking *ex tunc* en van *opzegging* als het ontnemen van rechtsgevolgen *ex nunc* wordt beoogd, p. 24.

21. Zie Verheij, a.w., p. 69.

of daartoe noodzaak bestaat.²² Ik meen dat die noodzaak is gegeven met de hiervoor gebleken gespannen relatie tussen de intrekking van beschikkingen en het vertrouwensbeginsel. Vanwege die gespannen verhouding en de problemen die zich dientengevolge in de praktijk voordoen, is in aanvulling op de algemene regels voor beschikkingen neergelegd in de Awb en in bijzondere wetten, een regeling voor de intrekking van beschikkingen gerechtvaardigd.

Wel moet worden bedacht dat een regeling nimmer de spanning tussen de intrekking en het vertrouwensbeginsel volledig kan wegnemen. Ook wanneer aan de intrekking een regeling ten grondslag ligt, zullen, tenzij de regeling de intrekking in bepaalde gevallen dwingend voorschrijft, de met de intrekking in een concreet geval gediende belangen moeten worden afgewogen tegen mogelijk aanwezige, gerechtvaardigde verwachtingen. Het geschreven recht heeft desalniettemin een toegevoegde waarde. Niet alleen omdat daarbij ook andere aspecten van de intrekking, dan de gespannen relatie met het vertrouwensbeginsel, kunnen worden geregeld, maar ook omdat door regeling kan worden bewerkstelligd dat kenbaar is onder welke omstandigheden gerechtvaardigde verwachtingen aantastbaar kunnen zijn.

De constatering dat de intrekking van beschikkingen in een regeling moet worden vastgelegd, werpt de vraag op of dat een regeling in een wet (in materiële zin) dient te zijn.²³ Voor beantwoording van die vraag is eerst en vooral het legaliteitsbeginsel van belang. Alhoewel over de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel binnen de rechtswetenschap verschillende opvattingen bestaan, wordt veelal ervan uitgegaan dat tenminste het eenzijdig opleggen van verplichtingen aan burgers een specifiek wettelijke bevoegdheidsgrondslag behoeft.²⁴ In de wetenschap hiermee onvoldoende recht te doen aan de wetenschappelijke discussie omtrent de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel, meen ik dat met name wanneer een beschikking wordt ingetrokken die een recht aan een burger verschaft, zoals een vergunning, uitkering of subsidie, vanuit het legaliteitsbeginsel een wettelijke regeling geboden is. Vanwege de verstrekkende gevolgen die intrekking kan hebben voor de rechten en plichten van burgers gaat het mijns inziens namelijk te ver om de bevoegdheid tot intrekking per definitie aan te merken als een bevoegdheid inherent aan de bevoegdheid tot verlening van een beschikking en daarom een afzonderlijke bevoegdheid tot intrekking overbodig te achten.²⁵

22. Aanwijzing 10 van de Aanwijzingen voor de regelgeving luidt namelijk: 'Tot het tot stand brengen van nieuwe regelingen wordt alleen besloten, indien de noodzaak daarvan is komen vast te staan.' Aanwijzingen voor de regelgeving, Stcrt. 1992, 230 laatstelijk gewijzigd bij Stcrt. 2002, 97.

23. Conform aanwijzing 2 van de Aanwijzingen voor de regelgeving versta ik onder regelingen: algemeen verbindende voorschriften, interne regelingen en beleidsregels. Waar ik hierna spreek over een wettelijke regeling doel ik op een algemeen verbindend voorschrift.

24. Zie F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd. De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip* (diss.), Deventer 1996. Volgens Van Ommeren dienen ook feitelijke verplichtingen waardoor de burger geen keuzevrijheid meer heeft een wettelijke grondslag te hebben, o.a. p. 85. Zie verder F.J. van Ommeren, 'De betekenis van het legaliteitsbeginsel voor het staatsrecht. Referaat bij het preadvies van L.J.A. Damen', in: H.R.B.M. Kummeling, S.E. Zijlstra & C.A. Schreuder (e.a.), *Het bestuursrecht als agenda voor het staatsrecht*, Deventer 1999, p. 69 e.v.

25. Vgl. L.J.A. Damen, 'Het legaliteitsbeginsel als partiele gecodificeerde constitutionele norm', in: Kummeling, Zijlstra & Schreuder (e.a.), a.w., p. 57 e.v.

Bedacht moet worden dat de intrekking van een beschikking niet altijd kan worden aangemerkt als het eenzijdig opleggen van verplichtingen aan een burger. Zo brengt de intrekking van een aan een ambtenaar opgelegde disciplinaire maatregel geen verplichting voor die ambtenaar mee. Geredeneerd kan worden dat daarom niet iedere intrekking een wettelijke bevoegdheidsgrondslag behoeft: deels zou de intrekking bij wet in materiële zin moeten worden geregeld, maar deels zou dat niet hoeven. Omdat moet worden gestreefd naar een zo duidelijk en eenvoudig mogelijke regeling – vergelijk aanwijzing 10, onder 1 van de Aanwijzingen voor de regelgeving – en bovendien aan dit preadvies het uitgangspunt ten grondslag ligt dat wanneer intrekking wordt geregeld, dit in de Awb geschiedt – zie paragraaf 1.2 – lijkt het zowel wettelijk als buitenwettelijk regelen van de intrekking van beschikkingen mij onverstandig. Nu op grond van het legaliteitsbeginsel voor de intrekking van bepaalde beschikkingen een wettelijke bevoegdheidsgrondslag is vereist, meen ik dat, omwille van de duidelijkheid en eenvoud alsook omwille van het streven naar een voor het gehele bestuursrecht toepasbare regeling, de regeling voor intrekking van beschikkingen een algemene regeling in de Awb moet zijn.

Ook zou aan beginselen als het zorgvuldigheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel een argument kunnen worden ontleend om de intrekking van beschikkingen wettelijk te regelen.²⁶

Overigens, ingeval de intrekking van een beschikking kan worden aangemerkt als punitieve sanctie, zie verder paragraaf 3.4.4, vloeit niet alleen uit het legaliteitsbeginsel, maar ook uit artikel 7 lid 1 EVRM en artikel 15 lid 1 IVBPR voort dat zij bij wet moet zijn voorzien. Verder is in artikel 5.0.4 van het voorontwerp voor de vierde tranche Awb bepaald dat de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie, zowel reparatoir als punitief, slechts bestaat voorzover zij bij of krachtens de wet is verleend. Na inwerkingtreding van dit artikel zal de intrekking die is aan te merken als bestuurlijke sanctie en als zodanig door de bijzondere wetgever is aangewezen, zie artikel 5.0.3, (ook) vanwege dat artikel moeten zijn gebaseerd op een wettelijke bepaling. Bedacht moet verder worden dat de intrekking als bestuurlijke sanctie soms moeilijk te onderscheiden is van de intrekking die geen handhavingsbesluit is, zie verder paragraaf 3.4.3 en 3.4.4. Dit onderscheid is uiteraard niet langer van belang wanneer men ervan uitgaat dat een (algemene) regeling in beginsel op elke intrekking moet zien.

26. Zie in meer algemene zin over de wenselijkheid van wettelijke regeling onder meer J.H. van Kreveld, 'De kwaliteit van wetgeving: rechtsstatelijke en bestuurlijke eisen', in: *Recht doen door wetgeving. Opstellen over wetgevingsvraagstukken*, Zwolle 1990, p. 189-202 en recentelijk L.A.J. Spaans, *Milieukwaliteitsnormstelling. Over de wijze van milieukwaliteitsnormstelling binnen de democratische rechtstaat (diss.)*, Den Haag 2002, p. 52-53.

3 Een algemene regeling in de Awb

3.1 Inleiding

Nu hiervoor is aangegeven waarin de wenselijkheid en noodzaak van een algemene regeling voor intrekking van beschikkingen in de Awb zijn gelegen, wordt in dit hoofdstuk beoordeeld welke aspecten van de intrekking in zo'n algemene regeling een plaats behoeven. Daarbij stel ik, in aansluiting op het in paragraaf 1.2 genoemde uitgangspunt, voorop dat hetgeen in die regeling wordt ondergebracht, in beginsel bruikbaar moet zijn voor het gehele bestuursrecht. Dit impliceert dat omdat zij op uiteenlopende gevallen van intrekking van toepassing dient te zijn, in een algemene regeling bepaalde aspecten minder precies kunnen worden geregeld dan wanneer de intrekking van een beschikking wordt geregeld bij bijzondere wet. Hier staat tegenover dat een algemene regeling beter toegankelijk zal zijn omdat zij voor meer gevallen geldt, dus ook door meer mensen uit de verschillende deelgebieden van het recht wordt gekend.²⁷ In de woorden van Scheltema: 'De toegankelijkheid en de rechtszekerheid zijn bij een algemene regel aanzienlijk groter doordat de investeringen in de kwaliteit van de regel, inclusief die in commentaar en in jurisprudentie, een veel groter rendement opleveren.'²⁸

Het vorengenoemde uitgangspunt van een algemene regeling in de Awb laat onverlet dat in bijzondere wetten regelingen voor intrekking kunnen worden opgenomen voor die aspecten die zich niet lenen voor opname in een algemene regeling.

Om te beoordelen welke aspecten van de intrekking kunnen worden ondergebracht in een algemene regeling, is van belang of die aspecten algemeen, doch voldoende nauwkeurig en voor zowel overheid als burger 'gebruiksvriendelijk'²⁹ kunnen worden geformuleerd. Immers, 'in de verhouding tussen de burger en de overheid [...] verlangt men van de wetgever dat hij zo nauwkeurig mogelijk de basis voor het bestuursoptreden vastlegt.'³⁰ De te regelen aspecten ontleen ik aan de huidige intrekkingspraktijk, zoals

27. Vgl. M. Scheltema, 'De Awb en het bijzondere bestuursrecht', in: M. Lurks, W. den Ouden, J.E.M. Polak & A.E. Schilder (red.), *De grootste gemene deler. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Th.G. Drupsteen*, Deventer 2002, p. 20.

28. Scheltema, a.w. (2002), p. 22.

29. Vgl. aanwijzing 10 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

30. Scheltema, a.w. (2002), p. 26.

die vorm krijgt in de jurisprudentie, in het beleid en in de (decentrale) wetgeving. Per aspect zal ik motiveren waarom en hoe het voldoende nauwkeurig en gebruiksvriendelijk zou kunnen worden geregeld in de Awb.

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. In paragraaf 3.2 wordt ingegaan op de vraag of het rechtskarakter van de intrekking in de Awb moet worden geregeld; de bevoegdheidsgrondslag is vervolgens onderwerp van paragraaf 3.3. De intrekkingsonderwerpen staan centraal in paragraaf 3.4; in paragraaf 3.5 behandel ik de mate van discretionaire ruimte die een intrekkingsonderwerp het bevoegd gezag moet laten. De mogelijkheid van intrekking met terugwerkende kracht komt daarna aan de orde in paragraaf 3.6; in paragraaf 3.7 behandel ik tot slot hoe de wijziging van beschikkingen in de bedoelde regeling een plaats kan krijgen.

3.2 Rechtskarakter

Meestal zal de intrekking van een beschikking zelf ook een beschikking zijn: zij is immers veelal een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling, en van niet algemene strekking, vergelijk artikel 1:3 lid 2 Awb. Voor de intrekking gelden bijgevolg de algemene regels met betrekking tot beschikkingen neergelegd in de Awb, zo nodig aangevuld met een specifieke intrekkingsonderregel bij bijzondere wet.

Echter, niet elke intrekking van een beschikking is een beschikking. In de eerste plaats heeft de Afdeling geoordeeld dat aan de intrekking van de beschikking inhoudende een gedoogverklaring geen zelfstandige betekenis kan worden toegekend – bijzondere gevallen daargelaten – omdat de intrekking van de gedoogbeschikking geen rechtsgevolg zou hebben. De Afdeling meent daarom dat de intrekking van een gedoogverklaring geen beschikking is.³¹

Ter onderbouwing van dit oordeel verwijst de Afdeling naar haar jurisprudentie omtrent de weigering van een gedoogbeschikking, waarin zij het bestaan van rechtsgevolg, naast eventuele bijzondere omstandigheden, bepalend acht voor de vraag of rechtsbescherming tegen die weigering openstaat.³² Onder andere door Jurgens en Van Buuren is op deze laatste jurisprudentie kritiek geuit.³³ De kern van hun kritiek is dat op grond van artikel 1:3 lid 2 Awb de weigering van een aanvraag om een beschikking, zelf ook een beschikking is. Omdat het rechtskarakter zodoende in artikel 1:3 lid 2 Awb wordt geregeld, is de vraag naar het rechtsgevolg van de weigering niet van belang. De Afdeling gaat hieraan in haar jurisprudentie omtrent de weigering van de gedoogbeschikking voorbij.

31. Zie ABRvS 4 juni 2002, AB 2002, 219 m.nt. FM. Recentelijk: Vz. ABRvS 16 september 2002, nr. 200204922/2.

32. Zie ABRvS 12 juni 1997, AB 1997, 343 m.nt. PvB en ABRvS 22 juli 1999, AB 1999, 340 m.nt. FM. Recentelijk: Vz. ABRvS 20 juni 2002, AB 2002, 355 m.nt. FM.

33. Zie G.T.J.M. Jurgens, Bestuurlijk gedogen. Aanvaardbaarheid en gevolgen van bestuurlijk gedogen in het milieurecht en het ruimtelijk recht (diss.), Zwolle 1996, p. 94 en de annotatie van Van Buuren bij ABRvS 12 juni 1997, AB 1997, 343.

De kritiek van (onder andere) Jurgens en Van Buuren gaat niet op voor de intrekking van een gedoogbeschikking, omdat, in tegenstelling tot de weigering, het rechtskarakter van de intrekking van een beschikking niet in de Awb wordt geregeld. Om die reden is voor het rechtskarakter van de intrekking van een gedoogbeschikking dus wel bepalend of zij is gericht op rechtsgevolg.

De vraag kan worden gesteld of de Afdeling terecht meent dat de intrekking van een gedoogbeschikking geen beschikking is. Het komt mij voor dat wanneer de gedoogbeschikking zelf wordt geacht rechtsgevolg te hebben, ook de intrekking daarvan rechtsgevolg heeft. De eerdere 'belofte' van het bestuursorgaan niet handhavend te zullen optreden, wordt immers teruggenomen.³⁴

In de tweede plaats is ook de intrekking van een weigering op grond van de Awb niet aan te merken als een beschikking. De intrekking van een weigering heeft namelijk geen rechtsgevolg. Zo blijft bijvoorbeeld na de intrekking van de weigering van een bouwvergunning, het verbod van artikel 40 Woningwet (hierna: Ww) van kracht en wordt met de intrekking van de weigering van een Werkloosheidswetuitkering nog geen uitkering verleend. Er treedt pas rechtsgevolg in indien de bouwvergunning of de uitkering vervolgens alsnog wordt verleend.³⁵

Per saldo moet worden geconstateerd dat het beschikkingskarakter van de intrekking van een beschikking inhoudende de verlening van een recht of de oplegging van een plicht weliswaar uit artikel 1:3 lid 1 en 2 Awb volgt, maar dit niet geldt voor iedere intrekking, namelijk niet voor de intrekking van de gedoogbeschikking en de intrekking van een weigering. Hierdoor dringt de vraag zich op of het geboden is het rechtskarakter van de intrekking wettelijk te regelen. Mijns inziens dient deze vraag ontkenmend te worden beantwoord.

Wat betreft de intrekking van een gedoogbeschikking ben ik van mening dat de eerder genoemde jurisprudentie geen aanleiding moet vormen om in de Awb het beschikkingskarakter van de intrekking te regelen. Zoals gezegd, kan ik die rechtspraak namelijk niet volgen in de redenering dat het geven van een gedoogbeschikking wel is gericht op rechtsgevolg en het terugkomen daarop niet. Het is dan ook de jurisprudentie, en niet de wet, die op dit punt wijziging behoeft. Overigens is het mijns inziens de vraag of indien in de wet wordt geregeld dat de intrekking van een beschikking een beschikking is, dit tot gevolg heeft dat de intrekking van een gedoogbeschikking voortaan door de Afdeling wordt aangemerkt als beschikking. Immers, in de Awb is ook bepaald dat de weigering van een beschikking een beschikking is en desondanks wijst de Afdeling het beschikkingskarakter van de weigering van een gedoogbeschikking van de hand.³⁶

Evenmin behoeft het rechtskarakter van de intrekking regeling vanwege het feit dat de intrekking van een weigering geen beschikking is. Ten eerste meen ik dat wanneer

34. In deze zin: Michiels in zijn noot bij ABRvS 4 juni 2002, AB 2002, 219.

35. Bijgevolg is de beslissing op een verzoek tot intrekking van een weigering evenmin aan te merken als een beschikking.

36. Zie mijn opmerkingen hieromtrent in het vorenstaande inspringsblok.

een bestuursorgaan alsnog toewijzend wenst te beschikken op een eerder afgewezen aanvraag, het niet is gehouden tot intrekking van de eerdere weigering alvorens daartoe over te gaan. Buiten de intrekking in het kader van de heroverweging in bezwaar, lijkt de intrekking van een weigering in de praktijk in ieder geval niet vaak voor te komen. Ten tweede is van belang dat derden, vanwege het ontbreken van rechtsgevolg, door de intrekking niet in een slechtere positie komen te verkeren. Indien sprake is van een drie-partijen-verhouding kunnen de belangen van derden pas worden geschaad indien alsnog positief wordt beschikt op de aanvraag. Tegen deze laatste beschikking staat rechtsbescherming open. In het kader daarvan kan worden aangevoerd dat vanwege het bestaan van gerechtvaardigde verwachtingen, niet de bevoegdheid bestond om na de aanvankelijke weigering alsnog positief te beschikken op die aanvraag.

3.3 De bevoegdheid tot intrekking

Zoals in paragraaf 2.4 vastgesteld, dient bij wet de bevoegdheid tot intrekking te worden geregeld. Daarbij zal een orgaan moeten worden aangewezen dat die bevoegdheid heeft. Het ligt voor de hand hetzelfde orgaan bevoegd te achten tot het intrekken van een beschikking, als het orgaan dat bevoegd was de beschikking te nemen. Het is mijns inziens goed mogelijk in de Awb een bepaling van die strekking op te nemen.

3.4 Intrekkingsgronden

3.4.1 Algemeen

De wet dient mijns inziens niet te volstaan met het toekennen van de bevoegdheid tot intrekking, maar dient die bevoegdheid ook inhoudelijk te normeren. In een wettelijke regeling dient dus onder meer te worden vastgelegd onder welke omstandigheden mag worden overgegaan tot intrekking. Met andere woorden: in een wettelijke regeling dienen intrekkingsgronden te worden opgenomen.

Op basis van de huidige praktijk onderscheid ik een viertal algemene gevallen waarin de intrekking van een beschikking wenselijk blijkt, te weten: de intrekking vanwege nieuw gebleken feiten of veranderende omstandigheden (paragraaf 3.4.2), de intrekking vanwege de onjuistheid van de genomen beschikking (paragraaf 3.4.3), de intrekking vanwege een overtreding (paragraaf 3.4.4) en de intrekking op verzoek van de direct-belanghebbende van een beschikking op een aanvraag, niet zijnde de weigering (paragraaf 3.4.5). Deze laatste algemene intrekkingsgrond onderscheidt zich van de drie eerdergenoemde gronden in zoverre dat intrekking vanwege de drie eerstgenoemde gronden ook ambtshalve of op verzoek van derden kan plaatsvinden.

In het navolgende zal ik op deze gevallen ingaan, waarbij ik beoordeel of deze gronden zich lenen voor opname in de Awb. De behandeling van iedere grond start ik met een voorbeeld. Die voorbeelden vinden alle hun oorsprong in de casus waarin een die-

renhandelaar op grond van de Verordening op de Straathandel van de gemeenteraad van Amsterdam beschikt over een standplaatsvergunning voor zijn dierenkraam op de dagelijks plaatsvindende Ten Kate-markt.³⁷

3.4.2 *Intrekking vanwege nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden*

De dierenhandelaar maakt de laatste tijd geen intensief gebruik meer van zijn vergunning. Was hij vroeger dagelijks op de Ten Kate-markt te vinden, inmiddels is hij er al meer dan een halfjaar niet meer gesignaleerd. Geconfronteerd met dit gegeven en het grote aantal gegadigden voor een standplaats op die markt, besluit het bevoegd gezag de vergunning van de dierenhandelaar in te trekken. Deze intrekking kan worden beschouwd als een intrekking vanwege veranderde omstandigheden.

Dat veranderde omstandigheden en ook nieuw gebleken feiten aanleiding kunnen vormen voor het bevoegd gezag om terug te komen op een eerdere beschikking, kan worden gerechtvaardigd vanuit de gedachte dat het weinig zinvol is om een eenmaal genomen besluit in stand te laten wanneer, vanwege nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden, inmiddels een ander besluit zou zijn genomen. Bij de intrekking van een beschikking op deze grond moet niet alleen worden gedacht aan het geval dat na het beschikken de werkelijkheid (feitelijk) verandert. Van intrekking vanwege nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden is, zoals uit het voorbeeld bleek, ook sprake wanneer een vergunning wordt ingetrokken omdat zij gedurende een bepaalde periode niet is gebruikt³⁸ of omdat het niet langer mogelijk is van haar gebruik te maken,³⁹ enzovoort.

Tot intrekking op grond van nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden kan slechts worden overgegaan indien het een relevant nieuw gebleken feit of gewijzigde omstandigheid betreft. Welke nieuw gebleken feiten of gewijzigde omstandigheden relevant zijn, hangt af van het wettelijk kader op grond waarvan een beschikking is genomen. Een beschikking kan slechts worden ingetrokken indien de nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden een verandering meebrengen in de waardering van de in dat afwegingskader genoemde gronden. Het betreft dus gevallen waarin naar huidige wetenschap of omstandigheden de beschikking niet zou zijn genomen.

37. Om de voorbeelden zo goed mogelijk te kunnen afstemmen op de betrokken materie, betreft het hier een fictieve casus en een fictieve verordening. Voorts zij erop gewezen dat bij de beschrijving van de voorbeelden de verhouding tussen de centrale stad en de stadsdelen van Amsterdam buiten beschouwing wordt gelaten. Vanzelfsprekend drijft de handelaar op de Ten Kate-markt een bloeiende puppyhandel.

38. Deze grondslag voor intrekking is bijvoorbeeld opgenomen in art. 8.25 lid 1 onder c Wm voor het geval gedurende drie jaar geen handelingen zijn verricht met gebruikmaking van de vergunning. In art. 59 lid 1 onder c Ww wordt bepaald dat burgemeester en wethouders een bouwvergunning kunnen intrekken indien binnen de in de bouwverordening bepaalde termijn geen begin met de werkzaamheden is gemaakt. In art. 59 lid 1 onder d Ww is bepaald dat kan worden ingetrokken indien de werkzaamheden langer dan de in de bouwverordening bepaalde termijn hebben stilgelegen.

39. Zie bijv. art. 8.25 lid 1 onder d Wm, waarin de intrekking wordt geregeld ingeval de inrichting geheel of gedeeltelijk is verwoest.

Zoals genoemd in paragraaf 2.2, is het criterium ‘nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden’ thans opgenomen in artikel 4:6 Awb. Hoewel artikel 4:6 Awb strikt genomen louter ziet op het al dan niet in behandeling nemen van een nieuwe aanvraag, wordt in de praktijk ook in geval van een verzoek om terug te komen op een ambtshalve genomen besluit⁴⁰ en bij een niet in het kader van de bezwaarfase gedaan verzoek van derden om terug te komen op een beschikking⁴¹ getoetst aan het in artikel 4:6 Awb opgenomen criterium.

Deze rechtspraak illustreert de behoefte die in de praktijk bestaat aan een bepaling die de intrekking regelt in geval van nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden. Indien in een wettelijke regeling de intrekking vanwege die grond wordt opgenomen, hoeft wat betreft het verzoek van derden om terug te komen op een eerder genomen besluit en het verzoek van de direct-belanghebbende om terug te komen op een ambtshalve genomen besluit niet meer kunstmatig te worden gehandeld overeenkomstig artikel 4:6 Awb.

Bij opname van het criterium ‘nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden’ als grond voor intrekking in een algemene regeling, is de jurisprudentie en de parlementaire geschiedenis met betrekking tot artikel 4:6 Awb gedeeltelijk bruikbaar nu daarin hetzelfde criterium wordt gebruikt. Uit die jurisprudentie en parlementaire geschiedenis kan worden opgemaakt dat wijzigingen van feitelijke aard en nieuwe inzichten onder dit criterium vallen.⁴² Nieuwe argumenten *sec* blijken niet aan te merken als nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden op grond waarvan een nieuwe aanvraag in behandeling moet worden genomen. Ook bij een verzoek tot intrekking kan het enkel aanvoeren van nieuwe argumenten mijns inziens niet leiden tot honorering van dat verzoek; in zoverre is de bedoelde jurisprudentie en parlementaire geschiedenis dus bruikbaar. Echter, in afwijking van hetgeen wordt gesteld in de parlementaire geschiedenis van artikel 4:6 Awb,⁴³ kan een wijziging van het recht – behoudens de hierna besproken uitzonderingen – mijns inziens *wél* aanleiding zijn voor het intrekken van een beschikking. Dit is bijvoorbeeld het geval bij een wetswijziging die ertoe leidt dat een bepaalde financiële aanspraak niet langer bestaat. De intrekking zal dan in de regel slechts gevolgen mogen hebben voor de toekomst; oftewel een beschikking mag slechts worden opgezegd. Bovendien kunnen de omstandigheden van het geval ertoe leiden dat een overgangperiode geëigend is gedurende welke periode betrokkenen hun handelen kunnen aanpassen aan de gewijzigde wet.⁴⁴ Verder is van belang dat een wijziging in de jurisprudentie volgens de rechtspraak met betrekking tot artikel 4:6 Awb geen reden is om op een eerder genomen beschikking terug te

40. Zie ABRvS 24 januari 2000, JB 2000, 66 m.nt. R.J.N. S. en AB 2000, 199 m.nt. J.L. Boxum; CRvB 18 december 1997, AB 1998, 124 m.nt. HBr en JB 1998, 40 m.nt. EvdL.

41. Zie ABRvS 15 januari 2001, Gemeentestem 7141, nr. 4 m.nt. CG en JB 2001, 47.

42. Zie Bröring & Marseille, a.w., p. 60.

43. Parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht. Eerste tranche (wet van 4 juni 1992, Stb. 315), Alphen aan den Rijn 1993, p. 246.

44. Vgl. art. 4:51 Awb.

komen.⁴⁵ In de literatuur is op deze rechtspraak kritiek geuit.⁴⁶ Overeenkomstig hetgeen ik hiervoor heb gezegd over de intrekking van een beschikking vanwege een wijziging van de wet en in lijn met die kritiek, ben ik van mening dat wijzigingen in de jurisprudentie eveneens aanleiding kunnen vormen om bepaalde beschikkingen (voor de toekomst) op te zeggen. Per saldo meen ik dat het criterium 'nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden' zowel wijzigingen van feitelijke aard als wijzigingen in recht en beleid omvat.

Bij het vorenstaande moet evenwel worden bedacht dat een wijziging van het recht, zowel een wijziging van de wet als van de rechtspraak daaronder begrepen, niet altijd aanleiding kan zijn voor de intrekking van een beschikking. Zo kan in het overgangsrecht dat met een wetswijziging gepaard gaat, zijn bepaald dat beschikkingen die zijn gegeven onder het voorgaande rechtsregime ook na die wijziging hun gelding behouden.⁴⁷ De wetswijziging houdt dan geen gewijzigde omstandigheid in op grond waarvan kan worden ingetrokken. Verder kan de aard van een beschikking zich verzetten tegen intrekking van die beschikking vanwege een wijziging van het recht. Dat is het geval bij beschikkingen die zijn verleend voor bepaalde aflopende handelingen. Bij die beschikkingen is het recht ten tijde van ontvangst van een aanvraag bepalend en kan een latere wijziging van het recht niet leiden tot intrekking van die beschikking. Dat is ook het geval bij beschikkingen waarvoor een beoordeling geboden is naar de situatie op één tijdstip, maar die over een langere periode daarna gelding hebben, zoals de toekenning van een onderscheiding of een examencijfer.⁴⁸ Beschikkingen waarbij het rechtsregime op één moment bepalend is voor het al dan niet nemen van die beschikking, kunnen niet worden ingetrokken indien op een later moment dat rechtsregime wordt gewijzigd. Wanneer intrekking vanwege nieuw gebleken feiten of gewijzigde omstandigheden wordt opgenomen in een algemene regeling, zal daarom moeten worden bepaald dat intrekking op die grond niet mogelijk is indien de wet op grond waarvan een beschikking is verleend, zich daartegen verzet.

In de literatuur wordt wel gemeend dat intrekking van een gebonden beschikking slechts mogelijk is indien de wet op grond waarvan die beschikking is verleend in een specifieke bevoegdheid daartoe voorziet.⁴⁹ Wanneer in een algemene regeling het hiervoor uiteengezette voorbehoud wordt gemaakt – inhoudende dat intrekking op basis van de in deze paragraaf besproken intrekkingsgrond slechts mogelijk is indien de wet op grond waarvan de in te trek-

45. Zie CRvB 18 december 1997, AB 1998, 124 m.nt. HBr en JB 1998, 40 m.nt. EvdL; ABRvS 3 september 1999, AB 2000, 362; CRvB 21 maart 2001, JB 2001, 119.

46. Zie Bröring en Marseille, a.w., p. 59-60.

47. Zie Hoitink, a.w., p. 91-94.

48. In die zin: Scheltema, a.w. (1975), p. 20.

49. Zie o.a.: Van Wijk, herzien door Konijnenbelt & Van Male, a.w., p. 382. Scheltema maakt overigens geen onderscheid tussen gebonden beschikkingen en vrije beschikkingen wat betreft de mogelijkheid om die beschikkingen in te trekken. Scheltema, a.w. (1975), p. 20-28.

ken beschikking is verleend zich niet daartegen verzet – is het mijns inziens niet noodzakelijk om de intrekking van gebonden beschikkingen van die regeling daarnaast nog uit te sluiten; dat voorbehoud zou namelijk, wanneer de door de literatuur gehuldigde visie wordt gevolgd, ook de intrekking van gebonden beschikkingen van de intrekkingsgrond uitzonderen.

Volledigheidshalve en vooruitlopend op paragraaf 3.4.3 tot en met 3.4.5, meen ik dat wanneer de in die paragrafen te bespreken gronden worden opgenomen in een algemene regeling, die gronden (in ieder geval) niet hoeven te worden beperkt tot de intrekking van vrije beschikkingen. Een gebonden beschikking die wordt ingetrokken vanwege de onjuistheid ervan waarmee de betrokkene bekend was of had moeten zijn (te bespreken in paragraaf 3.4.3), kan namelijk ook thans worden ingetrokken zonder (specifieke) wettelijke bevoegdheidsgrondslag, zie paragraaf 2.3.1. Wat betreft de intrekking van gebonden beschikkingen vanwege een overtreding (te bespreken in paragraaf 3.4.4), meen ik dat een regeling voor intrekking in hoofdstuk 5 van de Awb daarop betrekking moet hebben. Bij intrekking op verzoek van de direct-belanghebbende van een beschikking op een aanvraag, niet zijnde een weigering (te bespreken in paragraaf 3.4.5), dient de wens van de direct-belanghebbende (in beginsel) voorop te worden gesteld en is derhalve niet van belang of dat een gebonden of vrije beschikking betreft. Zie verder de genoemde paragrafen.

Het criterium ‘nieuw gebleken feiten of gewijzigde omstandigheden’ is zodanig neutraal en veelomvattend, dat het zich naar mijn mening goed leent als intrekkingsgrond in een algemene regeling. Zoals hiervoor uiteengezet, past daarbij het voorbehoud dat intrekking van een beschikking vanwege nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden slechts mogelijk is indien de wet op grond waarvan die beschikking is verleend zich niet daartegen verzet. Uit het voorgaande moge verder duidelijk zijn geworden dat de enkele omstandigheid dat die grond zich voordoet, niet automatisch de intrekking impliceert. Wanneer het vertrouwensbeginsel in het geding is, zullen zwaarwegende belangen in het spel moeten zijn die de intrekking rechtvaardigen. In een algemene regeling in de Awb dient de bevoegdheid tot intrekking dan ook te worden geformuleerd als discretionaire bevoegdheid, zie paragraaf 3.5.

3.4.3 Intrekking vanwege onjuistheid

Gesteld dat de Ten Kate-markt geen dagelijkse markt zou zijn, maar uitsluitend op vrijdag en zaterdag zou worden gehouden en dat bovendien markthandelaren in het non-foodsegment op grond van de Verordening op de Straathandel uitsluitend voor de vrijdagmarkt een standplaatsvergunning kunnen krijgen. Alhoewel de marktactiviteiten van de handelaar in mijn voorbeeld betrekking hebben op dieren, bevinden die activiteiten zich zeer zeker in het non-foodsegment. Toch verleent het bevoegd gezag hem een standplaatsvergunning voor de zaterdagmarkt. Wanneer dit na enige weken aan het licht komt, corrigeert het bevoegd gezag zijn fout en trekt het de standplaatsvergunning voor de zaterdagmarkt in.⁵⁰

50. Vgl. ABRvS 12 december 2001, JB 2002, 27 m.nt. C.L.G.F.H. A. en AB 2002, 323 m.nt. A.T. Marseille.

Niet alleen de uitspraak waarop dit voorbeeld is gestoeld, maar ook andere uitspraken⁵¹ alsook wettelijke regelingen⁵² laten zien dat in de praktijk de behoefte bestaat om een eerdere beschikking in te trekken wanneer achteraf blijkt dat die beschikking ten onrechte is genomen, omdat zij in strijd is met de wet, de jurisprudentie of het beleid, dan wel is gebaseerd op een onjuiste voorstelling van zaken. Een dergelijke onjuistheid kan enerzijds te wijten zijn aan een fout van het bestuursorgaan.⁵³ Anderzijds kan de onjuistheid zijn gelegen in onjuiste of onvolledige gegevensverstrekking door de burger. In dat geval is het mogelijk dat de intrekking tevens wordt aangemerkt als sanctie, zie paragraaf 3.4.4.

Ook bij intrekking vanwege onjuistheid van die beschikking is van belang of sprake is van gerechtvaardigde verwachtingen. Bestaan zulke verwachtingen, dan moeten die worden afgewogen tegen het belang dat bij intrekking van de onjuiste beschikking is gediend. Dat laatste belang weegt in elk geval zwaarder in geval van intrekking van een beschikking die in strijd met de wet is genomen. Het is immers vaste jurisprudentie dat een op zich gerechtvaardigd beroep op het vertrouwensbeginsel niet kan leiden tot instandhouding van een beschikking in strijd met een dwingend wettelijk voorschrift. Zulk vertrouwen kan wel aanleiding zijn om de nadelige gevolgen van de intrekking (financieel) te compenseren.⁵⁴ Ook in andere gevallen, bijvoorbeeld wanneer respectering van gerechtvaardigde verwachtingen leidt tot strijd met het gelijkheidsbeginsel, acht ik de intrekking van een onjuiste beschikking mogelijk.

In geval van onjuistheid van een beschikking, is niet altijd sprake van gerechtvaardigde verwachtingen. Zo kan de onjuistheid het gevolg zijn van onjuiste of onvolledige informatieverstrekking door de burger. Dan kan in beginsel geen beroep worden gedaan op het vertrouwensbeginsel en is intrekking aanvaardbaar. Ook wanneer niet met opzet onjuiste of onvolledige informatie is verstrekt, dient het risico daarvan in beginsel voor rekening van de burger te komen. In het geval dat de onjuistheid van de beschikking het gevolg is van een fout van het bestuursorgaan dient te worden beoordeeld of de belanghebbende wist of behoorde te weten dat de beschikking onjuist was. Indien dat het geval is, bestonden geen gerechtvaardigde verwachtingen en bestaat eerder aanleiding de onjuiste beschikking in te trekken.

De mogelijkheid om terug te komen op een eerder genomen besluit in geval van onjuistheid van dat besluit dient als intrekkinggrond te worden vastgelegd in de Awb; vanwege het neutrale en veelomvattende karakter van deze grond, leent hij zich daar ook voor. Daarbij moet worden bepaald dat intrekking op deze grond alleen kan geschieden voorzover de onjuistheid van de beschikking kenbaar was of kenbaar had

51. In aanvulling op de eerder gegeven voorbeelden noem ik: ABRvS 30 december 1999, AB 2000, 47 m.nt. MSV; Pres. CBB 9 juli 1998, Gemeentestem 7096, nr. 7 m.nt. C.P.J. Goorden en CBB 6 april 1994, AB 1994, 529.

52. Zie bijv. art. 59 lid 1 onder a Ww; art. 4:48 lid 1 onder c en d Awb, art. 4:49 lid 1 onder a en b Awb en art. 4:50 lid 1 onder a Awb; art. 36a lid 1 onder c WAO; art. 22a lid 1 onder a jo. art. 25 Werkloosheidswet.

53. Zie bijv. CRvB 18 september 2002, AB kort 2002, 735.

54. In de hiervoor aangehaalde uitspraak van de Afdeling van 12 december 2001 was dit wellicht een meer aanvaardbare oplossing geweest.

moeten zijn voor belanghebbenden. Het is dan niet nodig dat afzonderlijk wordt geregeld dat intrekking kan geschieden in geval van onjuiste of onvolledige gegevensverstrekking.

Overigens gaat de Centrale Raad van Beroep in het kader van de jurisprudentie met betrekking tot artikel 4:6 Awb ervan uit dat wanneer een besluit evident onjuist is, het bestuursorgaan gehouden is terug te komen op zijn besluit.⁵⁵ Ik meen evenwel dat evidente onjuistheid zich slechts leent voor opname in de wet als intrekkinggrond en niet voor opname in artikel 4:6 Awb. De onjuistheid van een beschikking is namelijk een omstandigheid die zich vanaf het nemen van die beschikking voordoet. Dit in tegenstelling tot het nieuw blijken van feiten of het veranderen van omstandigheden, welk criterium is opgenomen in artikel 4:6 Awb en ertoe leidt dat een beschikking niet langer kan worden geweigerd, maar de juistheid van de eerdere weigering onverlet laat.⁵⁶ Bovendien ziet artikel 4:6 van de Awb strikt genomen slechts op het al dan niet in behandeling nemen van een aanvraag en niet op het terugkomen op een beschikking.

Er moet voor worden gewaakt dat door middel van een verzoek tot intrekking op deze grond de procedurele regels van de Awb voor het maken van bezwaar en het instellen van beroep worden omzeild. Wanneer de bevoegdheid tot intrekking van een beschikking vanwege onjuistheid van die beschikking als intrekkinggrond in de Awb wordt opgenomen, zullen belanghebbenden die niet (tijdig) bezwaar tegen de beschikking hebben gemaakt, door middel van een verzoek tot intrekking trachten de beschikking alsnog onderuit te halen. Indien te lichtvaardig positief op zo'n verzoek zou worden beslist, zou dat te zeer op gespannen voet staan met het beginsel van formele rechtskracht.⁵⁷ Uitgangspunt bij het beslissen op een verzoek tot intrekking op deze grond – alsook overigens op de gronden besproken in paragraaf 3.4.2 en 3.4.4 – dient dan ook te zijn dat slechts kan worden ingetrokken wanneer een bestuursorgaan ook indien het geen verzoek had ontvangen, bij ontdekking van de onjuistheid de beschikking vanwege de inbreuk op de rechtsorde zou hebben ingetrokken.

55. Bijv. CRvB 4 mei 2000, AB 2000, 299 m.nt. HH; CRvB 14 augustus 1999, RSV 1999, 261 en CRvB 11 januari 1996, JB 1996, 37 m.nt. red.

56. Men zou kunnen betwijfelen of dit inderdaad het geval is bij het (nieuw) blijken van een feit. Het nieuw gebleken feit kan er immers toe leiden dat achteraf moet worden geconstateerd dat de beschikking ten onrechte is genomen en dat dus in zoverre sprake is van een onjuist besluit, welke onjuistheid al aanwezig was ten tijde van het beschikken.

57. Zie in dit verband de jurisprudentie van de Afdeling aangaande art. 4:6 Awb, o.a.: ABRvS 17 juli 2002, nr. 200104316/1, waarin werd geoordeeld dat door het instellen van beroep tegen een besluit om – na een verzoek daartoe – niet terug te komen op een in rechte onaantastbaar besluit, niet kan worden bereikt dat de rechter de zaak beoordeelt als ware het beroep gericht tegen het eerdere – thans onaantastbare – besluit. Verder o.a.: ABRvS 16 mei 2002, AB 2002, 286 m.nt. Sew, ABRvS 5 september 2001, AB 2001, 382 m.nt. BPV; ABRvS 5 september 2001, AB 2002, 12 m.nt. A.T. Marseille, JB 2001, 270 en Gemeentestem 7172, nr. 2 alsook ABRvS 24 januari 2000, JB 2000, 66 m.nt. R.J.N. S. Vgl. CBB 4 juli 2001, Gemeentestem, nr. 7. Anders CRvB 7 maart 2002, Gemeentestem 7172, nr. 5.

3.4.4 *Intrekking vanwege een overtreding*

In de aan de dierenhandelaar verleende standplaatsvergunning is conform de Verordening bepaald dat de houder van de vergunning zich als een goed marktkoopman dient te gedragen. Na onenigheid met een naburige marktkoopman, haalt de dierenhandelaar, gewapend met een ijzeren staaf uit de constructie van zijn marktkraam en een voor de verkoop bestemde jachthond, verhaal bij zijn buurman. Het komt tot een handgemeen en de naburige marktkoopman belandt met lichamelijk letsel in het ziekenhuis. Omdat dit niet de eerste keer is dat de dierenhandelaar zich in strijd met zijn vergunning schuldig maakt aan wangedrag, trekt het bevoegd gezag de standplaatsvergunning in.⁵⁸

Geschiedt intrekking, zoals in het voorbeeld, in reactie op een doen, handelen of nalaten in strijd met een bij of krachtens enig wettelijk voorschrift gestelde verplichting, dan is de intrekking aan te merken als sanctie. Voor het opleggen van een sanctie is vereist dat een nauwkeurig, duidelijk en ondubbelzinnig geformuleerde norm is aan te wijzen die is geschonden. Soms kan hiervan sprake zijn in geval van onjuiste of onvolledige informatieverstrekking. De intrekking kan dan zowel worden aangemerkt als intrekking vanwege onjuistheid van de beschikking, zie paragraaf 3.4.3, als vanwege een overtreding.⁵⁹ Vaker zal het evenwel voorkomen dat de intrekking geschiedt in reactie op een handelen in strijd met de voorschriften of voorwaarden die zijn verbonden aan de beschikking.

In geval van intrekking vanwege een overtreding – derhalve: in geval van intrekking in het kader van handhavend optreden – komt in de regel geen betekenis toe aan het vertrouwensbeginsel. Immers, wanneer een bepaalde norm wordt overtreden, kan geen gerechtvaardigde verwachting bestaan dat daartegen niet zal worden opgetreden, eventuele toezeggingen dienaangaande of een gedoogbeschikking daargelaten. In dit opzicht onderscheidt deze intrekkingsgrond zich van de hiervoor besproken intrekkingsgronden waarbij per concreet geval zal moeten worden bekeken of sprake is van gerechtvaardigde verwachtingen en, indien dat het geval is, of die verwachtingen kunnen worden gehonoreerd. Dat geen gerechtvaardigde verwachtingen bestaan, laat de plicht tot het afwegen van de relevante belangen onverlet. Met name zal in dat verband moeten worden beoordeeld of gezien de plaatsgevonden overtreding het zware middel van intrekking kan worden toegepast.

58. Vgl. ABRvS 30 maart 2001, JB 2001, 129 m.nt. C.L.G.F.H. A. en AB 2001, 189 m.nt. LD.

59. Volgens art. 8 van de Ww kent bijvoorbeeld de bouwverordening een uitgebreide regeling over de gegevens die dienen te worden overgelegd bij de bouw aanvraag, zodat de intrekking op grond van art. 59 lid 1 onder a Ww bij schending van die regeling als sanctie kan worden aangemerkt.

Zowel uit wetgeving⁶⁰ als uit jurisprudentie⁶¹ blijkt dat in de huidige praktijk behoefte bestaat om een beschikking te kunnen intrekken vanwege een overtreding. Uiteraard bestaat deze behoefte tot intrekking slechts voor beschikkingen met een hoofdzakelijk begunstigend karakter; de intrekking van een overwegend belastende beschikking zal niet als sanctie worden ervaren door de overtreder. Nu zou deze intrekingsgrond vanwege zijn veelomvattende karakter kunnen worden opgenomen in een algemene regeling voor intrekking, maar binnen de systematiek van de Awb lijkt mij dat onzuiver. Immers, daarin is een specifiek hoofdstuk, te weten hoofdstuk 5, gewijd aan bestuurlijke handhaving. Het ligt dus in de rede de intrekking van beschikkingen met het oogmerk op te treden tegen een overtreding op die plaats te regelen.

Deze laatste constatering brengt mij ertoe hierna enige opmerkingen te maken omtrent het regelen van de intrekking vanwege een overtreding in hoofdstuk 5 Awb; die regeling blijft omwille van de beperkingen die aan de omvang van een preadvies worden gesteld, in de navolgende paragrafen vervolgens buiten beschouwing.

Binnen de huidige praktijk is het onderscheid tussen de intrekking als reparatoire sanctie, ook wel herstelsanctie genoemd, en de intrekking als punitieve sanctie van belang. Het criterium dat wordt gehanteerd om te beoordelen of sprake is van een reparatoire intrekking dan wel een punitieve intrekking, betreft of de intrekking alleen is gericht op het bewerkstelligen van normconform gedrag of ook ertoe strekt geïndividualiseerd concreet nadeel toe te voegen aan de overtreder.⁶² In dat laatste geval is sprake van intrekking als punitieve sanctie. Voor reparatoire sancties wordt deze rechtspraak gecodificeerd in de vierde tranche van de Awb. Zo wordt in artikel 5.0.2 de herstelsanctie gedefinieerd als een bestuurlijke sanctie die strekt tot het geheel of gedeeltelijk ongedaan maken of beëindigen van een overtreding, tot het voorkomen van een herhalen van een overtreding, dan wel tot het wegnemen of beperken van de gevolgen van een overtreding. Voor de punitieve sanctie is in de vierde tranche geen definitie opgenomen. Wel wordt wat betreft de (punitieve) bestuurlijke boete gesteld dat deze sanctie is gericht op bestraffing van de overtreder.

In de rechtspraak is in een enkel geval overwogen dat ook van belang is of de overtreder een verwijt kan worden gemaakt, zie ABRvS 27 maart 2002, AB 2002, 195 m.nt. ARN en JB 2002, 124 m.nt. C.L.G.F.H. A. In de annotatie van Albers bij deze uitspraak wordt – mijns inziens terecht – betoogd dat de verwijtbaarheid van de overtreder niet relevant is voor de

60. Zo regelt art. 18.12 Wm de intrekking van een Wm-vergunning indien niet overeenkomstig die vergunning is of wordt gehandeld, dan wel indien aan de vergunning verbonden voorschriften of voor de houder van de vergunning als zodanig geldende algemene regels niet worden nageleefd; volgens art. 22a jo. 24 lid 1 onder b Werkloosheidswet wordt een besluit tot toekenning van een uitkering ingetrokken of gewijzigd indien een werknemer werkloos is of blijft, doordat hij in onvoldoende mate tracht passende arbeid te verkrijgen.

61. Voor enkele recente voorbeelden zie: ABRvS 16 januari 2002, AB 2002, 191 m.nt. A.M. Klingenberg en CBB 1 augustus 2001, AB 2001, 301 m.nt. JHvdV.

62. Zie met betrekking tot de intrekking van beschikkingen: ABRvS 11 juli 2000, Gemeentestem 7133, nr. 4 m.nt. CG en JB 2000, 245 m.nt. C.L.G.F.H. A. alsook ABRvS 8 februari 2000, AB 2000, 118 m.nt. LD en JB 2000, 91 m.nt. C.L.G.F.H. A.

typering van een sanctie als punitief of reparatoir, doch slechts voor het antwoord op de vraag of een bepaalde sanctie in het concrete geval kan worden opgelegd. Alleen indien de overtreder een verwijt valt te maken, kan een punitieve sanctie worden opgelegd. Daarbij geldt dat het enkele daderschap een weerlegbaar vermoeden van schuld kan opleveren.⁶³ Voor het opleggen van een reparatoire sanctie is verwijtbaarheid geen voorwaarde.

Het in theorie duidelijke onderscheid tussen reparatoire en punitieve sancties, blijkt ten aanzien van intrekkingen niet altijd te maken. Veelal is het lastig om vast te stellen of de intrekking in een concreet geval reparatoir of punitief van aard is. De jurisprudentie biedt op dit punt geen eenduidig beeld. Zo is de tijdelijke intrekking van de erkenning van een APK-keuringsplaats een punitieve sanctie.⁶⁴ Ook de tijdelijke intrekking van een erkenning van een vervoersonderneming is een punitieve sanctie.⁶⁵ De intrekking van een woningverbeteringssubsidie is daarentegen een reparatoire sanctie.⁶⁶ Ook intrekking in het milieurecht is doorgaans reparatoir van aard.⁶⁷ Op grond van de jurisprudentie over gevallen van intrekking in het kader van het handhavend optreden bestaat de indruk dat zij meestal wordt aangeduid als reparatoire sanctie.⁶⁸ In een aantal gevallen lijkt mij dit evenwel voor kritiek vatbaar en kan mijns inziens worden betoogd dat de desbetreffende sanctie als punitief had moeten worden getypeerd.⁶⁹ Tijdelijke intrekkingen van beschikkingen, ook wel schorsingen genoemd, worden meestal wel aangeduid als een punitieve sanctie.

Het belang van het onderscheid tussen reparatoire en punitieve intrekkingen binnen de huidige praktijk is in de eerste plaats erin gelegen dat wanneer de intrekking kan worden aangemerkt als punitieve sanctie, uit artikel 6 van het EVRM en artikel 15 van het IVBPR bijzondere waarborgen voortvloeien.⁷⁰ Zo dient wanneer de intrekking een punitieve sanctie is, een specifieke wettelijke bevoegdheid tot intrekking te bestaan, zie paragraaf 2.4.

Ter illustratie wordt verwezen naar een uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 22 maart 2002, waarin is geoordeeld dat geen plaats was voor een op een beleidsregel geënte, als punitieve sanctie aan te merken schorsingsmaatregel.⁷¹

63. Zie EHRM 7 oktober 1988, NJ 1991, 351 m.nt. EAA (Salabiaku).

64. Zie ABRvS 15 februari 2001, JB 2001, 88 m.nt. C.L.G.F.H. A. en ABRvS 6 mei 1999, AB 1999, 282 m.nt. MSV.

65. Zie ABRvS 22 maart 2002, JB 2002, 153 m.nt. C.L.G.F.H. A.

66. Zie de jurisprudentie genoemd in noot 61. Zie verder voor de typering van de intrekking van subsidiebeschikkingen als reparatoir of punitief: M.J. Jacobs & W. den Ouden, De knopen zijn nog niet ontward. Enkele onopgeloste subsidieproblemen, JBplus 2002, p. 80-82.

67. Zie A.B. Blomberg, *Integrale handhaving van het milieurecht. Een juridische studie over de handhaving van milieurecht in een democratische rechtsstaat*, Den Haag 2000, p. 108.

68. Zie ook L.J.J. Rogier, *Kronieken. Handhaving van het bestuursrecht*, NTB 2000/7, p. 229-230.

69. Vgl. K. Albers, *Etikettenschwindel in het administratieve sanctierecht?*, NJB 2001/25, p. 1157-1162. Zie ook Albers in zijn noot bij ABRvS 8 februari 2000, JB 2000, 91 m.nt. C.L.G.F.H. A.

70. In de regel wordt een punitieve sanctie gelijkgesteld met een criminal charge als bedoeld in art. 6, eerste lid, EVRM. Overigens regelt art. 6 EVRM niet alleen de criminal charge, maar bevat het waarborgen voor het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen. Bij de intrekking van een (begunstigende) beschikking kan hiervan sprake zijn.

71. CBB 22 maart 2002, JB 2002, 153 m.nt. C.L.G.F.H. A.

Verder moet onder meer volgens de genoemde bepalingen de overtreder bij het opleggen van een punitieve sanctie een verwijt zijn te maken.⁷² In de tweede plaats dient naar vaste jurisprudentie een punitieve sanctie ten volle te worden getoetst aan het in artikel 3:4 lid 2 Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel.⁷³

Ook wanneer de intrekking in het kader van handhavend optreden wettelijk wordt geregeld in de Awb, blijft het onderscheid tussen reparatoire en punitieve sancties van belang. Voor het opleggen van een punitieve sanctie is immers een specifieke wettelijke bevoegdheidsgrondslag vereist. Een algemene regeling in de Awb kan niet in zo'n grondslag voorzien; de bevoegdheid tot intrekking als punitieve sanctie behoeft regeling bij bijzondere wet. Wel kan een regeling in de Awb voorzien in een wettelijke bevoegdheid tot de intrekking als reparatoire sanctie. Bij de vormgeving van een regeling zal zodoende met de door het EVRM en het IVBPR aan intrekking als punitieve sanctie gestelde vereisten alsmede met de genoemde jurisprudentie rekening moeten worden gehouden, hetgeen onder meer impliceert dat afstemming plaatsvindt tussen de algemene regeling in de Awb en de bedoelde specifieke bevoegdheden in bijzondere wetten.

Verder moet worden bedacht dat met de intrekking van sommige beschikkingen slechts wordt bewerkstelligd dat de rechtmatigheid aan een bepaald handelen ontvalt. De intrekking richt zich dan – in tegenstelling tot bijvoorbeeld de bestuursdwang en de last onder dwangsom – niet tot beëindiging van de feitelijke (onrechtmatige) situatie.⁷⁴ Daarvoor kan de aanwending van een ander bestuursrechtelijk instrument nodig zijn.⁷⁵ Ook daarmee zal in de toekomstige regeling voor intrekking in het kader van handhavend optreden rekening moeten worden gehouden.

Bovendien is voor een toekomstige regeling in hoofdstuk 5 Awb relevant dat binnen de huidige intrekkingspraktijk een beschikking in het kader van handhavend optreden soms tijdelijk wordt ingetrokken.⁷⁶ Gesproken wordt dan wel van de schorsing van een beschikking.⁷⁷ De schorsing kan bijvoorbeeld van waarde zijn wanneer het bestuursorgaan aan de overtreder de gelegenheid wil bieden orde op zaken te stellen. Zoals hiervoor aangegeven, wordt deze sanctie in de rechtspraak doorgaans aangemerkt als punitieve sanctie. Mijns inziens dient een regeling voor intrekking in het

72. Blijkens de eerder aangehaalde uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens van 7 oktober 1988 mag een wettelijke regeling uitgaan van daderschap als weerlegbaar vermoeden van schuld. EHRM 7 oktober 1988, NJ 1991, 351 m.nt. EAA (Salabiaku).

73. Zie bijv. ABRvS 30 maart 2001, JB 2001, 129 m.nt. C.L.G.F.H. A. en AB 2001, 189 m.nt. LD; ABRvS 15 april 1999, JB 1999, 151 m.nt. K. Albers en ABRvS 4 juni 1996, JB 1996, 172 m.nt. EvdL.

74. Om die reden wordt een loutere intrekking ook wel aangeduid als papieren sanctie. Zie Michiels, a.w., p. 146.

75. Zie ABRvS 24 februari 1995, AB 1995, 527 m.nt. FM voor een voorbeeld van de combinatie van intrekking met een preventieve bestuursdwangaanzegging. Zie voorts o.a. ABRvS 4 april 2000, AB 2000, 250 m.nt. NV; ABRvS 26 juli 1999, AB 2000, 249 m.nt. NV en ABRvS 1 juni 1999, AB 2000, 248 m.nt. NV voor de terugvordering van subsidies na de eerdere intrekking van de betrokken subsidiebeschikking.

76. Zie o.a. ABRvS 30 maart 2001, JB 2001, 129 m.nt. C.L.G.F.H. A. en AB 2001, 189 m.nt. LD; ABRvS 15 februari 2001, JB 2001, 88 m.nt. C.L.G.F.H. A. en ABRvS 2 mei 2000, AB 2000, 267 m.nt. MSV.

77. Zie CBB 22 maart 2002, JB 2002, 153 m.nt. C.L.G.F.H. A. Schorsing was in dat geval niet toegestaan, omdat de sanctie een punitief karakter droeg en een wettelijke grondslag daarvoor ontbrak.

kader van het handhavend optreden dan ook te voorzien in de mogelijkheid om bij wijze van sanctie een beschikking tijdelijk in te trekken.

3.4.5 *Intrekking op verzoek van de direct-belanghebbende van een beschikking op een aanvraag, niet zijnde de weigering*

De dierenhandelaar op de Ten Kate-markt is het marktwezen beu. Na het akkefietje met zijn buurman besluit hij de brui eraan te geven. Zijn handelswaar doet hij van de hand en aan het bevoegd gezag verzoekt hij zijn standplaatsvergunning in te trekken. Het bevoegd gezag geeft aan dit verzoek gehoor.

Het genoemde voorbeeld betreft de intrekking op verzoek van de direct-belanghebbende van een beschikking op een aanvraag, niet zijnde de weigering. Intrekking geschiedt dan dus op verzoek van degene die de in te trekken beschikking heeft aangevraagd. Intrekking op deze grond moet worden onderscheiden van de hiervoor besproken intrekkinggronden. De reden daarvoor is dat wanneer de direct-belanghebbende zelf om intrekking verzoekt, er veelal geen redenen zullen zijn om de beschikking niet in te trekken.⁷⁸ Intrekking op die grond zal in de regel niet op gespannen voet staan met het vertrouwensbeginsel en om die reden eerder toelaatbaar moeten worden geacht. Dat wil niet zeggen dat de belangen van derden per definitie ondergeschikt zijn aan de belangen van de houder die verzoekt om intrekking. De belangen van derden kunnen nopen tot afwijzing van het verzoek.⁷⁹

De huidige praktijk biedt voorbeelden van gevallen waarin kan worden ingetrokken vanwege de enkele omstandigheid dat de houder van een beschikking op een aanvraag, niet zijnde een weigering, dat aangeeft. Zo is in artikel 8.26 van de Wm de intrekking van een Wm-vergunning op verzoek van de vergunninghouder geregeld. Vanaf 1 januari 2003 zal artikel 59 van de Ww ook de intrekking op verzoek van de bouwvergunninghouder bevatten.

Hoewel deze grond uitsluitend ziet op begunstigende beschikkingen op een aanvraag en dus in zoverre niet algemeen is – bestuursorganen nemen immers ook andere beschikkingen – meen ik dat de grond ‘intrekking op verzoek van de direct-belanghebbende van een beschikking op een aanvraag, niet zijnde de weigering’ zich leent voor opname in een algemene regeling in de Awb vanwege het belang dat daaraan in de praktijk kan toekomen.

Het zal bij intrekking van een beschikking op een aanvraag, niet zijnde de weigering, altijd gaan om de intrekking van een voor de direct-belanghebbende hoofdzakelijk begunstigende beschikking. Het lijkt daarom op het eerste gezicht wellicht aantrekkelijk om in een toekomstige regeling in de Awb wat betreft deze intrekkinggrond – of ook wat betreft andere – aan te

78. Overigens is de intrekking van een beschikking op een aanvraag, niet zijnde de weigering, op verzoek van degene tot wie die beschikking is gericht, aan te merken als intrekking vanwege veranderende omstandigheden. Degene die om de beschikking verzocht, zal immers toentertijd een belang daarbij hebben gehad, welk belang hij nu niet meer heeft.

79. Zie ABRvS 29 februari 2000, AB 2000, 240 m.nt. C.L. Knijff.

haken bij het begrip ‘begunstigende beschikking’, zoals dat – in meer algemene zin – wel in de literatuur wordt gedaan. Vanwege het in paragraaf 1.3 aangegeven probleem dat de typering van een beschikking als uitsluitend begunstigend niet altijd goed kan worden gemaakt en het bijgevolg moeilijk is het begrip ‘begunstigende beschikking’ te definiëren, lijkt mij dit evenwel onwenselijk. Bovendien is dat ook niet nodig wanneer wordt aangesloten bij de reeds in de Awb gehanteerde begrippen ‘aanvraag’ en ‘afwijzing van de aanvraag’. Weliswaar brengt het aanhaken bij die begrippen mee dat buiten deze intrekkinggrond de intrekking op verzoek van een ambtshalve genomen begunstigende beschikking valt, maar bedacht moet worden dat de in deze paragraaf uiteengezette bijzondere grond voor intrekking niet geschikt is om op dergelijke beschikkingen van toepassing te zijn. Een bestuursorgaan heeft namelijk een eigen belang bij de ambtshalve genomen beschikking – anders had het die beschikking immers niet genomen – en dus ook bij de instandhouding daarvan. Zo heeft een bestuursorgaan een eigen belang bij (instandhouding van) benoemings- en functiewaarderingsbesluiten voor ambtenaren met het oog op het interne functioneren. Van de hiervoor geschetste situatie dat er in beginsel geen belangen zijn die zich tegen de intrekking verzetten, is zodoende bij de intrekking van de ambtshalve genomen begunstigende beschikking geen sprake.

3.5 Discretionaire bevoegdheid

De bevoegdheid tot intrekking is thans in enige bijzondere wetten geformuleerd als gebonden bevoegdheid.⁸⁰ In dergelijke regelingen is het bevoegd gezag gehouden om, wanneer zich bepaalde omstandigheden voordoen, een beschikking in te trekken. Het komt evenwel vaker voor dat in bijzondere wetten de bevoegdheid tot intrekking is geformuleerd als discretionaire bevoegdheid. Hoewel de omstandigheid op grond waarvan kan worden ingetrokken zich voordoet, kan dan slechts worden ingetrokken na een zorgvuldige en evenredige belangenafweging. Een in de praktijk voorkomende tussenvorm is dat de bevoegdheid tot intrekking is geformuleerd als gebonden bevoegdheid tot intrekking, maar van intrekking kan worden afgezien vanwege dringende redenen.⁸¹

In een algemene intrekkingregeling in de Awb zal de intrekking slechts kunnen worden geformuleerd als discretionaire bevoegdheid. Het is immers vanwege het grote aantal gevallen waarop die regeling betrekking dient te hebben niet mogelijk om daarin een gebonden bevoegdheid tot intrekking neer te leggen. Verder moet worden bedacht dat in een algemene regeling de intrekkinggronden, zoals hiervoor in paragraaf 3.4 besproken, minder precies zijn geformuleerd dan in een bijzondere wet. Voor het concrete geval van intrekking komt dan op grond van het specialiteitsbeginsel een grote betekenis toe aan het belang dat de beschikking die mogelijk wordt ingetrokken, beoogt te beschermen. Slechts indien dat belang met intrekking van een beschikking is gediend, kan daartoe worden overgegaan. Een algemene regeling gaat derhalve

80. Zie de voorbeelden genoemd in noot 10.

81. Zie o.a. art. 22a, tweede lid, Werkloosheidswet en art. 36a lid 2 WAO.

ook om die reden gepaard met een grote mate van discretionaire ruimte voor het bestuur.

Wordt een regeling tot stand gebracht met daarin een zekere mate van discretionaire ruimte, dan zal de invulling van die ruimte door het bestuursorgaan worden genormeerd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In paragraaf 2.2 bleek met name het vertrouwensbeginsel voor de intrekking van groot belang te zijn. Bedacht moet worden dat alhoewel in een concreet geval op zich gerechtvaardigde verwachtingen kunnen bestaan, deze verwachtingen soms minder zwaarwegend kunnen worden bevonden dan andere in het geding zijnde belangen, bijvoorbeeld indien een beschikking in strijd met de wet is genomen. Het gewekte vertrouwen kan dan worden verdisconteerd door toekenning van schadevergoeding. Ook in andere gevallen kan aanleiding bestaan om gelijktijdig met de intrekking een schadevergoeding toe te kennen of de nadelige gevolgen van de intrekking anderszins te compenseren. In een algemene intrekkingsregeling dient niet het aspect van schadevergoeding te worden geregeld.⁸²

3.6 Intrekking met terugwerkende kracht

In paragraaf 2.3.3 is reeds de intrekking met terugwerkende kracht aan bod gekomen. In die paragraaf is gesteld dat intrekking met terugwerkende kracht slechts mogelijk is indien geen gerechtvaardigde verwachtingen zijn gewekt door de in te trekken beschikking. Ook wanneer aanvankelijk wel op de beschikking mocht worden vertrouwd, maar gaandeweg veranderingen hebben plaatsgevonden waardoor die gerechtvaardigde verwachtingen niet langer bestaan, kan de beschikking worden ingetrokken voor het verleden, mits de intrekking niet verder terugwerkt dan tot het moment waarop die verandering zich heeft voorgedaan. Hierbij kan worden gedacht aan de intrekking vanwege een overtreding, waarbij aanvankelijk overeenkomstig het recht werd gehandeld. Indien intrekking plaatsvindt vanwege onjuistheid van de beschikking, welke onjuistheid is gelegen in onjuiste of onvolledige gegevensverstrekking, hebben nooit gerechtvaardigde verwachtingen bestaan, en kan de beschikking in beginsel met terugwerkende kracht tot het moment van het nemen van die beschikking worden teruggetrokken.

Bedacht moet worden dat de intrekking van een hoofdzakelijk begunstigende beschikking met terugwerkende kracht verstrekkende gevolgen kan hebben, omdat niet alleen de grondslag voor handelingen in de toekomst komt te ontvallen, maar ook die voor reeds voltooide handelingen. Daarnaast kunnen, omdat naar nu blijkt bepaalde financiële aanspraken ten onrechte zijn uitbetaald, de uitgekeerde bedragen

82. Een algemene regeling in de Awb voor bestuurscompensatie lijkt mij in dit verband een aantrekkelijker idee. Zie hierover: J.E. Hoitink, G.E. van Maanen, B.P.M. van Ravels & B.J. Schueller, *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, o.a. p. 79-80, 244, 257 en 421-422. Verder TK 1999-2000, 26 800 VI, nr. 7, p. 8-9. Overigens voorziet art. 4:50 lid 2 Awb momenteel al in een regeling voor schade die wordt geleden tengevolge van de intrekking van een subsidieverlening.

dan aan het bestuursorgaan moeten worden terugbetaald. De intrekking met terugwerkende kracht van uitsluitend belastende beschikkingen daargelaten, is de intrekking met terugwerkende kracht dus een zwaar middel dat beperkt dient te blijven tot uitzonderingsgevallen.

Intrekking van een beschikking met terugwerkende kracht kan wenselijk zijn in gevallen dat het opzeggen van een beschikking voor de toekomst geen zin heeft, zie paragraaf 2.3.3. Met de intrekking moet dan worden beoogd dat de gevolgen van een beschikking die wordt ingetrokken, worden teruggedraaid. Vanwege het ingrijpende karakter van de intrekking met terugwerkende kracht, dient wettelijk te worden vastgelegd wanneer de bevoegdheid daartoe bestaat. Aangezien bij een groot aantal beschikkingen de behoefte kan bestaan deze met terugwerkende kracht in te trekken, dient in een algemene regeling in de Awb die intrekking te worden geregeld. In zo'n regeling moet worden bepaald dat intrekking slechts met terugwerkende kracht kan plaatsvinden indien niet (langer) mocht worden vertrouwd op de juistheid en bestendigheid van een beschikking.

3.7 Wijziging van een beschikking

In dit preadvies is een onderscheid gemaakt tussen de intrekking van een beschikking en de wijziging daarvan. In het voorgaande is met name de (volledige) intrekking besproken. In deze paragraaf ga ik in op de wijziging van een beschikking. Met de term wijziging doel ik op de wijziging van voorwaarden en voorschriften van een beschikking, alsmede op de gedeeltelijke intrekking. In de praktijk wordt in dit verband ook wel gesproken van het herzien van een beschikking.

De omstandigheden waaronder een beschikking kan worden gewijzigd, verschillen mijns inziens niet van de omstandigheden waaronder een beschikking kan worden ingetrokken. De gronden uitgewerkt in paragraaf 3.4 kunnen dan ook tevens worden aangemerkt als wijzigingsgronden. Hierbij past de nuancering wat betreft de grond besproken in paragraaf 3.4.5, dat een wijziging op grond van een verzoek van de direct-belanghebbende niet zonder meer zal mogen leiden tot een uitbreiding van hetgeen is toegestaan op grond van een beschikking. Vanwege de belangen van derden kan dan niet worden overgegaan tot wijziging op grond van het enkele verzoek van de direct-belanghebbende daartoe.

Verder moet bij het opstellen van een algemene regeling ermee rekening worden gehouden dat voor bepaalde beschikkingen de mogelijkheid tot wijziging beperkter kan zijn dan de mogelijkheid tot intrekking. Zo kan het stelsel van de wet op grond waarvan een beschikking is verleend, zich verzetten tegen wijziging van die beschikking. Dit is bijvoorbeeld het geval bij bouwvergunningverlening op grond van de Ww. Een bestuursorgaan kan een aanvraag om een bouwvergunning slechts toewijzen of weigeren. Het heeft niet de mogelijkheid de aanvraag gedeeltelijk toe te wijzen.⁸³

83. Zie ABRvS 23 januari 2002, AB 2002, 190 m.nt. TN.

Wanneer het stelsel van een bijzondere wet verhindert dat een bestuursorgaan een aanvraag gedeeltelijk toewijst, kan het ook niet zo zijn dat een bestuursorgaan na toewijzing van zo'n aanvraag, de verleende beschikking zodanig wijzigt dat de facto sprake is van een gedeeltelijke toewijzing, behoudens het geval dat met die wijziging wordt beoogd een fout te herstellen.

Een ander voorbeeld betreft het stelsel van de Wm. Dat stelsel verzet zich op zich niet tegen wijziging van een Wm-vergunning; in afdeling 8.1.2 Wm wordt immers de wijziging van een Wm-vergunning geregeld. De bevoegdheid tot wijziging van een Wm-vergunning is evenwel beperkt. De Afdeling heeft namelijk geoordeeld dat bij wijziging van een Wm-vergunning niet de grondslag van de aanvraag mag worden verlaten en dat toepassing van de bevoegdheid tot wijziging niet ertoe kan leiden dat een andere vergunning ontstaat dan waarvoor vergunning is verleend.⁸⁴ In voorkomende gevallen kan het systeem van de Wm zich derhalve verzetten tegen wijziging.

Verder moet worden bedacht dat de wijziging bezwaarlijk zou kunnen zijn voor derden omdat hun belangen – ondanks de hoorplicht op grond van artikel 4:8 Awb – in de procedure tot wijziging mogelijk minder goed worden gewaarborgd dan in de procedure voor het nemen van een beschikking op zich. Of dit werkelijk zo is, zal afhangen van wat in een algemene regeling met betrekking tot de procedure voor wijziging wordt geregeld. Het is mogelijk dat daarin wordt bepaald dat voor het wijzigen van een beschikking dezelfde procedure moet worden gevolgd als die is gevolgd voor het nemen van die beschikking maar dat hoeft niet. Zoals aangegeven in paragraaf 1.3 laat ik deze procedurele aspecten hier verder buiten beschouwing.

Op grond van het voorgaande bestaat aanleiding om in een algemene regeling in de Awb te bepalen dat wijziging van een beschikking mogelijk is op dezelfde gronden waarop een beschikking kan worden ingetrokken, tenzij de aard van de bevoegdheid op grond waarvan die beschikking is verleend, zich daartegen verzet.

84. Zie ABRvS 6 maart 2002, AB 2002, 274 m.nt. MPJ. Het ging hier om de bevoegdheid tot het ambtshalve of op verzoek van derden wijzigen van een Wm-vergunning als neergelegd in art. 8.23 Wm. Zie verder over het al dan niet verlaten van de grondslag van de aanvraag: M.P. Jongma, De milieuvergunning. Een onderzoek naar het beschermingsniveau en de soorten voorschriften, Deventer 2002, p. 145 e.v.

4 Bevindingen

In dit preadvies stond de vraag centraal in hoeverre de intrekking en wijziging van beschikkingen kan worden geregeld in de Awb. Met het oog op de beantwoording van die vraag zijn hiervoor de omtrekken van een algemene regeling voor intrekking en wijziging in de Awb geschetst. In hoofdstuk 2 is aangegeven waarin de wenselijkheid en noodzaak van zo'n regeling zijn gelegen. Daar bleek dat de gespannen relatie met het vertrouwensbeginsel bij uitstek kenmerkend is voor de intrekking en wijziging van beschikkingen. In de praktijk leidt die gespannen relatie tot knelpunten en een wettelijke regeling zal daaraan – tenminste gedeeltelijk, zie hierna – tegemoet kunnen komen. Vervolgens is in hoofdstuk 3 ingegaan op de inhoud van een regeling voor intrekking en wijziging in de Awb. Daar heb ik aangegeven dat in een algemene regeling een discretionaire bevoegdheid tot intrekking, tezamen met de intrekkinggronden zou moeten worden opgenomen. Ik meen dat vier gronden zich lenen voor opname in een algemene regeling: (1) intrekking vanwege nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden, tenzij de wet op grond waarvan een beschikking is genomen zich daartegen verzet, (2) intrekking vanwege een onjuistheid die kenbaar was of kenbaar had moeten zijn voor de belanghebbenden, (3) intrekking vanwege een overtreding en (4) intrekking op verzoek van de direct-belanghebbende van een beschikking op een aanvraag, niet zijnde een weigering. Deze gronden kunnen ook in een algemene regeling worden opgenomen als wijzigingsgronden, zij het dat wat betreft de laatstgenoemde grond een beperking geldt, zie paragraaf 3.7. Verder dient in een algemene regeling te worden geregeld dat een beschikking niet kan worden gewijzigd indien de aard van de bevoegdheid op grond waarvan een beschikking is verleend, zich daartegen verzet. Voorts moet in zo'n regeling worden opgenomen dat – slechts – met terugwerkende kracht kan worden ingetrokken of gewijzigd indien niet (langer) mag worden vertrouwd op de juistheid en bestendigheid van een beschikking.

Deze omtrekken brengen mij tot de volgende beantwoording van de probleemstelling. Het is van belang en ook mogelijk een regeling tot stand te brengen voor intrekking en wijziging van beschikkingen in de Awb. Omdat zo'n regeling op een groot aantal beschikkingen van toepassing zal zijn, moet zij noodzakelijkerwijs algemeen worden geformuleerd. Dit gegeven stelt eisen aan de inhoud van die regeling. Dit preadvies bevat een voorzet voor die inhoud.

Ten aanzien van die voorzet moet een kanttekening worden geplaatst. Deze kanttekening houdt verband met de in hoofdstuk 2 gesignaleerde gespannen relatie tussen intrekking en wijziging van beschikkingen en het vertrouwensbeginsel. Een regeling zal nimmer volledig die spanning kunnen wegnemen. Bij intrekking of wijziging zal

daarom zo nodig een afweging moeten worden gemaakt tussen het belang dat met die intrekking of wijziging is gediend en de betrokken gerechtvaardigde verwachtingen.

Nu startte ik dit preadvies met de hoofdstuktitel: 'Vol verwachting klopt ons hart...'. De vraag die daarop volgt is: wie krijgt de koek en wie krijgt de gard? Een regeling voor intrekking en wijziging zit er dit jaar nog niet in, maar gelukkig komt de goedheilig man jaarlijks langs. Dat is een geruststellend idee.

Overeenkomsten in de vijfde tranche van de Awb?

*Mr. C.N.J. Kortmann**

1	Inleiding	87
2	Een verkenning van het veld	89
3	Motieven voor een wettelijke regeling	93
3.1	Wat hebben we al?	93
3.2	Eerste motief: tweewegenleerproblematiek	93
3.3	Tweede motief: legaliteit	94
3.4	Derde motief: contractsvrijheid	96
3.5	Vierde motief: derdenbescherming	97
3.6	Bevoegdhedenovereenkomsten: de contractspartij in het nauw	98
3.7	Bevoegdhedenovereenkomsten: ook derden in het gedrang	99
3.8	Conclusie	100
4	Het rechtskarakter van de bevoegdhedenovereenkomst	101
4.1	Inleiding	101
4.2	Uiteenlopende opvattingen in de literatuur	101
4.3	Eigen opvatting	102
4.4	Evaluatie	104
5	Een wettelijke regeling	107
5.1	Het liefst een minimumregeling	107
5.2	De bevoegdhedenovereenkomst als beleidsregel	109
5.3	Nadere uitwerking	111
5.4	Binding hetzelfde als bij de beleidsregel?	113
5.5	De contractspartner is nog steeds niet geholpen	114
6	Rechtsbescherming	115
6.1	Communicerende vaten	115
6.2	Wie kan beroep instellen?	115

* De auteur is docent aan de Universiteit Utrecht en advocaat bij Sibbe te Amsterdam.

6.3	Rechtskracht van de overeenkomst in de bezwaar- en beroepsfase	116
6.4	Verhouding tussen contracteerbesluit en uitvoeringsbesluit	117
6.5	Formele rechtskracht	118
6.6	Voorlopig geen beroep bij de bestuursrechter	119
7	Wat moet er nu in de Awb?	121
7.1	Een korte samenvatting	121
7.2	Wel een regeling, maar niet in de Awb	121
7.3	Geen regeling van beleidsovereenkomsten	122
7.4	Tot besluit	123
8	Lijst van verkort aangehaalde literatuur	125

1 Inleiding

Het schrijven en verdedigen van een preadvies over ‘overeenkomsten in de Algemene wet bestuursrecht’ (Awb) voor de Jonge VAR lijkt wel wat op de presentatie van een item over ‘kinderen in het verkeer’ op het Jeugdjournaal.¹ Het onderwerp is zo breed dat je er alle kanten mee op kunt, en tegelijkertijd moet de behandeling ervan fris en doorzichtig zijn. Dat valt in het bestuursrecht niet altijd mee, en zeker niet als het gaat om privaatrechtelijke figuren als de overeenkomst. Het woord overheidsprivaatrecht werkt bij sommigen als een rode lap op een stier, waarna er lange betogen volgen over principiële scheidslijnen en fundamentele beginselen.² Bij het Jeugdjournaal zouden ze dat nooit goed vinden.³

Na een korte verkenning van het veld (hoofdstuk 2) zal ik mijn betoog toespitsen op de vraag of het wenselijk is om in de Awb een regeling te treffen voor overeenkomsten met de overheid. Eerst bezie ik de motieven die aan een dergelijke wettelijke regeling ten grondslag zouden kunnen liggen (hoofdstuk 3). Wanneer blijkt dat er inderdaad aanleiding is voor een wettelijke regeling, ga ik na of deze ook daadwerkelijk uitkomst kan bieden en of de Awb daarvoor een geschikte plek is (hoofdstuk 5). Ik doe dat niet dan na een analyse van de vraag in hoeverre de huidige Awb al van toepassing is op overheidscontracten (hoofdstuk 4). Onvermijdelijk komt de rechtsbescherming in vogelvlucht aan de orde (hoofdstuk 6), waarna ik besluit met enkele conclusies (hoofdstuk 7).

1. Waarbij het verkeer aanmerkelijk minder mystiek is dan de vijfde tranche van de Awb.

2. Zie Verheij 1999, p. 58, noot 141.

3. De metafoor is bovendien ambitieus, omdat iedereen weet dat het Jeugdjournaal kwalitatief ver uitstijgt boven het ‘echte’ journaal voor de volwassenen.

2 Een verkenning van het veld

Overeenkomsten met de overheid laten een zodanig rijke schakering aan verschijningsvormen⁴ zien, dat zij zich niet lenen voor een integrale bespreking in dit preadvies. Onderscheidt men als drie hoofdcategorieën overeenkomsten tussen burgers onderling, overheden onderling, en tussen overheden en burgers, dan is het de laatste categorie die interessante vragen oproept.⁵ Dat verbaast ook niet, omdat daar het spanningsveld van het staats- en bestuursrecht in volle glorie naar voren komt. Daar moet gebalanceerd worden tussen enerzijds de ongestoorde uitoefening van bevoegdheden⁶ door de overheid, zodat deze haar taken naar behoren kan vervullen, en anderzijds de bescherming van de burger tegen de door die bevoegdheden machtige overheid. Dit preadvies spitst zich daarom toe op de overheid die contracteert met een particulier. Convenanten en gemeenschappelijke regelingen tussen overheden onderling blijven onbesproken, evenals de tussen particulieren gesloten overeenkomsten, ook al kunnen deze van publiekrechtelijke betekenis zijn.⁷

Vervolgens beperk ik de categorie van de overeenkomsten tussen overheid en burger verder tot die contracten, waarmee de overheid een publiekrechtelijk belang behartigt. Nu is dit criterium rijkelijk vaag, en ook wordt wel verdedigd dat dit voor elk overheidscontract geldt,⁸ maar de bedoeling moge duidelijk zijn: buiten beschouwing blijven die contracten die burgers ook onderling plegen te sluiten, zoals de bekende 'potlodenovereenkomst'. Nadeel van deze aanpak is wel dat er een scheidslijn ontstaat, die relevant wordt zodra voor beleidsovereenkomsten⁹ andere regels gelden dan voor de 'potlodenovereenkomst'. Dat nadeel is overigens minder aanwezig bij overeenkomsten

4. De Haan, Drupsteen & Fernhout (1998-II, p. 112) onderscheiden maar liefst zes typen.

5. De Haan, Drupsteen & Fernhout maken nog een onderscheid naar vorm, waarbij zij een gemeenschappelijke regeling beschouwen als een naar vorm publiekrechtelijke overeenkomst. Zie daarover Kluin 1994. Overigens benaderde de Hoge Raad een gasleveringscontract in het kader van een gemeenschappelijke regeling niet principieel anders dan een civielrechtelijke overeenkomst (HR 10 april 1987, NJ 1988, 148, AB 1987, 336 en HR 23 juni 1989, NJ 1991, 673, AB 1989, 551 inzake GCN/Nieuwegein, kritisch besproken door A.Q.C. Tak in AB-klassiek 2000, nr. 23).

6. Daarbij doel ik ook op de privaatrechtelijke rechten en bevoegdheden van de overheid.

7. Bijvoorbeeld in het kader van de Wet voorkeursrecht gemeenten.

8. Tak 1997 komt met dit uitgangspunt tot zijn 'invullende rechtsleer' (Tak 1997, p. 105 e.v.). Voor hem is elk overheidscontract publiekrechtelijk, maar kan het privaatrecht dienen ter invulling van de daarvoor geldende, ongeschreven publiekrechtelijke normen.

9. Zie voor deze terminologie Van Wijk & Konijnenbelt 1999, par. 6.11 en 9.2, alsmede De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001-I, par. VII.35 e.v. Bij een privaatrechtelijke beleidsovereenkomst contracteert de overheid ter realisering van overheidsbeleid.

met betrekking tot publiekrechtelijke bevoegdheden, omdat particulieren die bevoegdheden per definitie niet hebben. De bevoegdhedenovereenkomst onderscheidt zich naar zijn aard dus toch al vrij duidelijk van de ‘gewone’ civielrechtelijke overeenkomst.¹⁰

In het contractenrecht neemt de obligatoire overeenkomst de belangrijkste plaats in.¹¹ Toegespitst op ons onderwerp, is van een obligatoire overeenkomst sprake als de overheid zich bereid verklaart een bepaalde prestatie te verrichten en zij daarvoor een tegenprestatie van de burger bedingt. Zo geformuleerd dringen zich onmiddellijk twee vragen op. Kan en mag de overheid zich verbinden tot het leveren van een zekere prestatie, en zo ja, welke tegenprestatie van de burger mag zij daarvoor bedingen? Daarnaast kan men zich meer in het algemeen afvragen welke eisen gesteld worden aan de totstandkoming van een overeenkomst met de overheid en hoe het met de uitvoering van dergelijke overeenkomsten is gesteld. Weinigen zullen ontkennen dat deze vragen tot op heden in hoofdzaak met toepassing van het privaatrecht zijn beantwoord. Dit wekt ook geen verwondering, nu het de burgerlijke rechter is die geschillen uit overeenkomsten beslecht, ongeacht de vraag of daarbij de overheid partij is. Dat hij daarbij het BW toepast dat een hele titel wijdt aan overeenkomsten, wekt evenmin verbazing. Zo rijst de vraag welke rol de Algemene wet bestuursrecht hier (nog) kan spelen. Hoe verhoudt deze zich tot overeenkomsten?

Een blik in hoofdstuk 1 leert al dat de Awb op een geheel andere leest is geschoeid dan het civiele contractenrecht. Niet de overheid als rechtspersoon, maar het bestuursorgaan staat centraal. Dit bestuursorgaan oefent publiekrechtelijke bevoegdheden uit door het nemen van besluiten. Vervolgens bevatten de hoofdstukken 3 tot en met 8 bepalingen over de totstandkoming en de inhoud van besluiten, alsmede de rechtsbescherming bij de administratieve rechter.¹² Hoofdstuk 10 (delegatie, mandaat en goedkeuring) zou een ruimere strekking kunnen hebben, maar heeft de facto slechts betrekking op besluiten. Hoofdstuk 2 geeft wat algemene regels over hoe bestuur en burger met elkaar om moeten gaan, en als de burger ontevreden is ten slotte, geeft hoofdstuk 9 een regeling voor het klachtrecht. Kortom, wanneer het gaat om rechtshandelingen, geeft de Awb daaromtrent slechts regels voorzover de rechtshandeling als een besluit is te kwalificeren. Weliswaar verklaart de Awb via de schakelbepaling van artikel 3:1 lid 2 de afdelingen 3.2 tot en met 3.5 van overeenkomstige toepassing op andere handelingen van bestuursorganen, voorzover de aard van de handeling zich daartegen niet verzet, maar in de praktijk levert dat niet veel meer op dan toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op privaatrechtelijk handelen

10. Voor de subsidieovereenkomst is dit onderscheid nog het minst scherp. Daar wordt de scheidslijn gegeven door art. 4:21 Awb.

11. Daarom blijft bijvoorbeeld de vaststellingsovereenkomst in dit preadvies buiten schot.

12. De titels 4.2, 4.3, 5.3 en 5.4 geven regels voor specifieke besluiten. Toegegeven kan worden dat titel 5.1 (toezicht) een wat ruimere reikwijdte heeft dan het Awb-besluit.

van de overheid.¹³ Als men dus al zou vinden dat de overeenkomst met de overheid een plaats moet vinden in de Awb, moet eerst duidelijk zijn hoe de overeenkomst zich verhoudt tot het Awb-besluit. Maar laten we, voordat die vergelijking aan bod komt, eens bezien welke motieven er zouden kunnen zijn om tot een wettelijke regeling van de overeenkomst met de overheid te komen.

13. Voor de inwerkingtreding van de Awb golden die beginselen ook al rechtstreeks op grond van de arresten HR 22 maart 1991, AB 1991, 446 (Amsterdam/Ikon II) en HR 24 april 1992, NJ 1993, 232, AB 1992, 542 (Zeeland/Hoondert). De afdelingen 3.3 (advisering), 3.4 en 3.5 (openbare voorbereidingsprocedures) gelden slechts als de wet daarin expliciet voorziet, hetgeen voor privaatrechtelijk handelen bij mijn weten nooit het geval is.

3 Motieven voor een wettelijke regeling

3.1 Wat hebben we al?

Tot nu toe zijn er in de Awb precies twee artikelen gewijd aan een overheidscontract, te weten 4:33 en 4:36 Awb.¹⁴ Deze artikelen bepalen, samengevat, dat een bestuursorgaan subsidie kan verlenen onder de voorwaarde dat er een uitvoeringsovereenkomst totstandkomt, waarin de verplichting kan zijn vervat om de gesubsidieerde activiteit daadwerkelijk te verrichten. Meer bepaalt de wet niet over de uitvoeringsovereenkomst. Toch geeft deze wettelijke regeling al antwoord op een pregnante vraag, namelijk of de overheid in aanvulling op haar bevoegdheden uit de subsidietitel gebruik mag maken van haar privaatrechtelijke contracteerbevoegdheid.¹⁵ Deze tweewegenleervraag beantwoordt de Awb in artikel 4:36 voor de uitvoeringsovereenkomst bevestigend.¹⁶

3.2 Eerste motief: tweewegenleerproblematiek

Hiermee is meteen een potentieel motief voor een wettelijke regeling geïdentificeerd. Immers, al decennialang duikt telkens weer de vraag op of en in welke gevallen de overheid het algemeen belang mag behartigen door gebruik te maken van het privaatrecht. Sinds het Windmill-arrest¹⁷ geldt dat het publiekrecht op die vraag antwoord moet geven en, wanneer het dat niet doet, dat doorslaggevend is of uitoefening van de privaatrechtelijke bevoegdheid een publiekrechtelijke regeling onaanvaardbaar doorkruist. Voor de uitvoeringsovereenkomst geeft artikel 4:36 Awb expliciet uitsluitel, en dat is verheugend. Deze vaststelling laat zich gemakkelijk veralgemeniseren tot de con-

14. Op art. 8:3 Awb, dat beroep uitsluit tegen besluiten ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling, kom ik nog terug.

15. Zie Jacobs & Den Ouden 1997, p. 254.

16. Over de vraag of een beschikkingsvervangende overeenkomst toelaatbaar is zwijgt de wet. M.J. Jacobs heeft in NJB 1994, p. 44 betoogd dat dit wel het geval is. Regeringscommissaris Scheltema verdedigde bij de parlementaire behandeling van de subsidietitel een tegengesteld standpunt.

17. HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393, AB 1990, 408, BR 1990, p. 697 m.nt. R.J.P.L. Tjittes, Gst. 1991, 6914, nr. 9 m.nt. L.J.A. Damen.

clusie dat het zinvol is om wettelijk vast te leggen of het de overheid vrijstaat over een bepaald onderwerp een overeenkomst te sluiten.¹⁸

Met die conclusie is echter ook de (ir)relevantie van dit motief in het kader van dit preadvies gegeven. Immers, voor elke specifieke publiekrechtelijke bevoegdheid zal de wetgever zich de vraag moeten stellen of deze exclusief is bedoeld en of, en zo ja, in hoeverre in aanvulling op deze bevoegdheid het gebruik van privaatrechtelijke bevoegdheden geoorloofd is. Naar mijn oordeel is het niet mogelijk en evenmin gewenst hiervoor bepalingen in de Awb op te nemen, eenvoudigweg omdat de exclusiviteit van een specifieke publiekrechtelijke bevoegdheid zich niet algemeen laat regelen. Om in de aanwijzingen voor de regelgeving een regeling voor dit vraagstuk op te nemen is echter geen overbodige luxe.¹⁹

3.3 Tweede motief: legaliteit

Een tweede motief voor een wettelijke regeling, waaraan met name de 'Maastrichtse school' veel waarde hecht, is gelegen in de legaliteitseis. Simon en Tak betogen in hun artikel 'Het BW als zwart gat' dat het BW geen privaatrechtelijke bevoegdheden creëert, maar slechts reguleert. Weliswaar vooronderstelt het BW de autonomie (en dus de handelingsbekwaamheid) van het privaatrechtelijke rechtssubject, maar volgens de auteurs strekt deze autonomie zich niet uit tot de overheid. Haar bevoegdheden 'ontstaan niet van rechtswege, maar eerst na attributie door een daartoe bevoegd constitutioneel orgaan'.²⁰ Dit uitgangspunt geldt volgens de beide auteurs ook als de overheid gebruik maakt van het privaatrecht. De bevoegdheid om een overeenkomst te sluiten behoeft in hun visie dus een specifieke publiekrechtelijke grondslag.

Deze gedachtegang ontmoet veel kritiek en geeft aanleiding tot heftige discussie.²¹ De relevantie van die discussie voor het onderhavige preadvies hangt echter voor een deel af van de interpretatie van het legaliteitsbeginsel. Het is niet zo moeilijk om een specifieke wettelijke basis te creëren voor de algemene bevoegdheid van een overheidslichaam een overeenkomst te sluiten. De relevantie ervan is door dit algemene karakter echter navenant beperkt. Materieel verandert er immers maar weinig met een bepaling in de Awb dat een bestuursorgaan bevoegd is te besluiten tot het aangaan van een over-

18. Zelfs zij die de Windmill-doctrine bestrijden, zullen moeten toegeven dat een expliciete keuze van de wetgever veel rechtsonzekerheid kan wegnemen.

19. De aanwijzingen zijn te vinden op www.justitie.nl en bevatten voorzover ik kan zien geen opdracht aan de wetgever om per publiekrechtelijke bevoegdheid aan te geven of deze exclusief is bedoeld.

20. Simon & Tak 1994, p. 178.

21. Zie bijv. De Haan in zijn boekbeschuiving van Taks 'De overheid in het burgerlijk recht' (De Haan 1998b, p. 97) en Verheij in zijn preadvies (Verheij 1999, par. 6.4), die, deels op pragmatische gronden, vindt dat wij wel uitzonderingen móeten aanvaarden op het uitgangspunt dat de overheid binnen een publiekrechtelijke rechtsbetrekking geen privaatrechtelijke bevoegdheden mag uitoefenen.

eenkomst.²² Pas specificering en regulering van deze bevoegdheid kunnen antwoord geven op de vragen in welke gevallen van die bevoegdheid gebruik gemaakt mag worden en welke rechtsgevolgen een dergelijk besluit heeft. Dat is ook de lijn die 'Maas-tricht' voor ogen staat.

Het consequent volgen van deze lijn zou mijns inziens moeten leiden tot de attributie van de bevoegdheid een overeenkomst aan te gaan in allerlei specifieke wetten waarop de overeenkomst betrekking heeft, met een omschrijving tot hoever die bevoegdheid gaat.²³ De vraag is alleen of het resultaat van die bevoegdheidsuitoefening zich nog wel als een overeenkomst laat kwalificeren. Een wezenskenmerk van de obligatoire overeenkomst is immers dat partijen in vrijheid afspraken kunnen maken over de door hen te verrichten prestaties.²⁴ Als de overheid zich alleen nog kan verbinden tot het verrichten van een bepaalde prestatie op basis van een specifieke wettelijke grondslag, wat is dan nog het verschil met het zich verbinden tot die prestatie door het geven van een beschikking, al dan niet onder voorwaarden?²⁵ Toegegeven, er is een belangrijk verschil, namelijk dat de grondslag van de binding bij een beschikking berust op een publiekrechtelijke grondslag en bij een overeenkomst op consensus.²⁶ Dat verschil komt tot uitdrukking in het civiele contractenrecht, dat de overheid allerlei middelen geeft ter effectuering van de gestelde voorwaarden, zoals het opschortingsrecht, de actie tot nakoming en de actie tot schadevergoeding wegens wanprestatie.²⁷ Als men die civielrechtelijke acties voor de 'overeenkomst bij beschikking' zou willen behouden, dan vraagt een consequente toepassing van de legaliteitseis ook daarvoor een wettelijke basis, vergelijkbaar met de handhabingsbepalingen in hoofdstuk 5 van de Awb. En daarmee zijn we er nog niet, omdat dan nog niet geregeld is in hoeverre een burger de overheid aan de gesloten overeenkomst kan houden.²⁸

22. Waarbij ik gemakshalve abstraheer van de vraag of het orgaan van de rechtspersoon gelijkgesteld mag worden met het bestuursorgaan van art. 1:1 Awb. Volgens de tekst van lid 1, onder a, kan dit inderdaad. Bovendien heeft de zogenaamde 'ambtentheorie' felle aanvallen te verduren, bijv. van Teunissen 1997, p. 96 en De Haan 1998a, p. 38.

23. Evenals bij de tweewegenleer is dit op zich al een argument tegen een algemene regeling in de Awb.

24. Die vrijheid gaat zelfs zo ver, dat men zich ook tot een prestatie kan verbinden die men wellicht nooit zal kunnen nakomen, bijvoorbeeld de verkoop van een huis dat men nog niet in eigendom heeft.

25. In het betoeg van Simon over de publiekrechtelijke overeenkomst zou men al kunnen lezen dat dat verschil daardoor inderdaad verwaarloosbaar is (Simon 1993). Van Ommeren verdedigt in zijn dissertatie het omgekeerde. Verplichtende voorwaarden aan een vergunning zijn volgens hem verbindend omdat de vergunninghouder de vergunning aanvaardt, hetgeen blijkt door ingebruikname daarvan. Aldus ontstaat een eenzijdige overeenkomst (Van Ommeren 1996, p. 355).

26. Denkbaar is om voor bepaalde typen beschikkingen te regelen dat deze pas werken als de geadresseerde van de beschikking met de inhoud daarvan heeft ingestemd. De binding is dan echter nog steeds een andere dan binding door consensus. Laatstgenoemde bestaat mijns inziens ook zonder een Burgerlijk Wetboek.

27. Van Ommeren wijst t.a.p. nog op het verschil tussen de wederkerige overeenkomst en de beschikking onder voorwaarden als eenzijdige overeenkomst.

28. Dat zou kunnen leiden tot een regeling die verwant is aan de nog in de Awb op te nemen bepalingen over wijziging en intrekking van beschikkingen. Zie daarover het preadvies van M.A.M. Dieperink.

Kortom, vat men het legaliteitsbeginsel zo dwingend op dat de bevoegdheid van de overheid om zich bij overeenkomst te verbinden tot een prestatie²⁹ en om daarvoor een contraprestatie te verlangen, een expliciete en specifieke wettelijke grondslag vereist, dan leidt uitoefening van die bevoegdheid naar mijn oordeel niet zozeer tot de totstandkoming van een civielrechtelijke overeenkomst, als wel tot een beschikking, waarbij de van de ontvangende burger bedongen prestatie een beschikkingsvoorwaarde is.³⁰ De lijn van de Maastrichtse school zou aldus leiden tot de algehele afschaffing van het overheidscontract, omdat deze lijn in feite een essentiale van de rechtsfiguur, de partijautonomie en de daarmee gepaard gaande contractsvrijheid, ontkent. Zou men het – nog immer in die lijn denkend – niettemin wenselijk achten om de overheid een actie tot, bijvoorbeeld, nakoming van beschikkingsvoorwaarden te geven, dan ware het mijns inziens beter daarvoor een specifieke wettelijke regeling te treffen, dan hiervoor de rechtsfiguur van de overeenkomst te deformeren.³¹

Vat men daarentegen het legaliteitsbeginsel in die zin op, dat alleen de algemene bevoegdheid tot het aangaan van een overeenkomst wettelijk (bijvoorbeeld in de Awb) moet worden vastgelegd, dan schieten we daar weinig mee op, zo stelde ik al.³² Het legaliteitsbeginsel kan daarom bezwaarlijk als motief voor een algemene wettelijke regeling van overheidscontracten in de Awb gelden en behoeft op deze plaats dus niet verdere bespreking.

3.4 Derde motief: contractsvrijheid

Met de hiervoor besproken thema's (tweewegenleer en legaliteitsbeginsel) hangt nauw samen de vraag of de contractsvrijheid van de overheid in het algemeen een nadere regeling in de wet verdient. Zo is bij de tweewegenleer aan de orde óf het publiekrecht het sluiten van een contract met een bepaald oogmerk toelaat en speelt het legaliteitsbeginsel een rol bij de vraag of de overheid bepaalde tegenprestaties kan bedingen zonder een wettelijke basis.³³

29. Ongeacht of deze privaatrechtelijk (bijv. gestoeld op het eigendomsrecht) of publiekrechtelijk (bij een bevoegdhedenovereenkomst) is.

30. Dat het verschil tussen overeenkomst en beschikkingsvoorwaarde klein kan zijn, blijkt onder meer uit HR 3 april 1998, NJ 1998, 588 m.nt. ARB, AB 1998, 241 m.nt. ThGD, JB 1998, 128 m.nt. HJS en Gst 1998, 7079, nr. 3 m.nt. HH (Alkemade/Hornkamp), waarin hof en Hoge Raad eenvoudigweg spreken van 'de Voorwaarden'. Bovendien zijn uit de jurisprudentie voorbeelden bekend waar de bestuursrechter in een overeenkomst een beschikking ontwaarde. Men denke aan de subsidieovereenkomst, de gedoogovereenkomst en de uitwegovereenkomst.

31. Van Ommeren signaleert nog dat sommige auteurs verdedigen dat een beschikkingsvoorwaarde nu al met een civielrechtelijke nakomingsactie afdwingbaar zou zijn (Van Ommeren 1996, p. 370 e.v.). Dat lijkt mij naar de huidige stand van wetgeving en jurisprudentie moeilijk voorstelbaar.

32. Dat geldt ook voor art. 4:36 Awb, dat mijns inziens niet bedoeld is om een bevoegdheid te scheppen, maar om een bestaande bevoegdheid te expliciteren. Het artikel biedt zelfs geen uitsluitel over de vraag of het bestuursorgaan of de overheidsrechtspersoon partij is bij de overeenkomst.

De begrenzing van de contractsvrijheid van de overheid was het onderwerp van het promotieonderzoek van Ackermans-Wijn.³⁴ Uit haar studie blijkt dat deze begrenzing voortvloeit uit een grote verscheidenheid aan veelal algemene, open normen met een veel bredere reikwijdte dan overeenkomsten alleen.³⁵ Voorzover het de algemene normen zelf betreft, zoals nietigheid wegens strijd met de wet of de openbare orde (artikel 3:40 BW) of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, lijkt een nadere regeling in de Awb niet nodig. Gaat het om de invulling van deze normen (bijvoorbeeld, wanneer is een bepaald beding in strijd met de openbare orde?), dan zal veelal, net als bij de tweewegenleer, de betrokken publiekrechtelijke regeling uitkomst moeten bieden.³⁶

Mijn conclusie ten aanzien van de contractsvrijheid als mogelijk motief voor een wettelijke regeling is dan ook dezelfde als die voor de tweewegenleer. De (geoorloofde) inhoud van het contract leent zich niet goed voor een algemene Awb-regeling, omdat deze bepaald wordt door de specifieke, bij de overeenkomst betrokken wettelijke regeling. Voorzover de Awb al materiële normen bevat voor overheidscontracten, zijn deze op grond van artikel 3:1 lid 2 ook nu al van toepassing.

3.5 Vierde motief: derdenbescherming

Toch zijn er velen, ook van buiten Maastricht, die in minder of meerdere mate pleiten voor een wettelijke regeling van het overheidscontract.³⁷ Een veel gehoord argument daarbij is dat de overheid niet handelt³⁸ – in een één-op-éénrelatie – maar altijd het gemeenschapsbelang behartigt. De overeenkomst, die specifiek de rechtsverhouding tussen (meestal) twee partijen regelt, zou aan dit gemeenschapskarakter afbreuk doen. Dit is met name het geval wanneer de overheid over bevoegdheden contracteert die niet alleen haar wederpartij, maar ook derden raken.

Ook hier is ‘fundamentalistisch’ redeneren mogelijk, door te stellen dat overheidshandelen per definitie niet tweezijdig kan zijn, omdat het gemeenschapsbelang altijd voorop staat. Niettemin lijkt de positie van derden toch minder in het gedrang

33. Recent was dit voor planshadekostenverhaal aan de orde in de uitspraak van het Hof Arnhem 7 mei 2002, BR 2002, p. 619, JB 2002, 234, Gst. 2002, 7165, nr. 4 m.nt. HH, AA 51 (2002) 9 m.nt. FM.

34. Ackermans-Wijn 1989, par. 1.3: ‘Probleemstelling’.

35. Bijvoorbeeld de algemene bepalingen over rechtshandelingen in Boek 3 BW, met name de artt. 3:40 en 3:44 BW, de redelijkheid en billijkheid (artt. 6:2 en 6:248 BW) en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, die ten dele zijn vastgelegd in afdeling 3.2 Awb.

36. Denk bijvoorbeeld aan de jurisprudentie over bedingen in exploitatieovereenkomsten in afwijking van de exploitatieverordening (HR 16 februari 1996, NJ 1996, 608 m.nt. ChB, AB 1996, 280 m.nt. ThGD, JB 1996, 87 m.nt. HJS, Gst. 1996, 7030, nr. 2 m.nt. HH inzake Van Lieshout/Uden).

37. Ackermans-Wijn 1989, p. 83, Bloembergen 1996, p. 10, Polak 1999, p. 113, Ten Berge 1994, p. 41, Tak 1989, p. 300, De Haan 1998a, p. 55.

38. In de zin van ‘ruilhandel’.

wanneer de minister met een topambtenaar een gouden afscheidsgeregeling overeenkomt (wat wij daar als gemeenschap verder ook van vinden)³⁹ of wanneer de Inspecteur een fiscaal compromis sluit, dan wanneer de provincie bij de aanleg van een weg kiest voor aannemer X, in plaats van Y of Z, of het waterschap met de Stichting Natuur en Milieu overeenkomt het grondwaterpeil te verhogen. Welnu, voor de aanbesteding van een weg heeft 'Brussel' ons al enkele richtlijnen⁴⁰ gegeven in het kader van het gemeenschapsbelang. Ligt het dan niet in de rede om voor die situaties, waarin derden betrokken zijn bij de uitoefening van bevoegdheden door de overheid, een regeling te treffen ter bescherming van hun belangen?

3.6 Bevoegdhedenovereenkomsten: de contractspartij in het nauw

De gedachten gaan het eerst uit naar een regeling voor de bevoegdhedenovereenkomst, de overeenkomst waarbij de overheid zich verbindt tot de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid, ofwel, tot het al dan niet nemen van een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb. Dat is ook niet verwonderlijk, omdat juist voor besluiten de Awb een uitgebreide regeling kent ter bescherming van alle belanghebbenden bij dat besluit, en het overeenkomstenrecht uit het BW een dergelijke pendant niet of nauwelijks kent.⁴¹ Als de uitkomst van het publiekrechtelijke besluitvormingsproces al – grotendeels – vastligt door een eerder gesloten overeenkomst, dreigen die waarborgbepalingen in het gedrang te komen. Echter, is dit een theoretisch bezwaar of kan de overheid zich naar geldend recht werkelijk van 'lastige' derden ontdoen door gebruik te maken van het overeenkomstenrecht?

De jurisprudentie van de bestuursrechter laat zien dat het in de praktijk veelal niet de derde, maar juist de contractspartner van de overheid is, die aan het kortste eind trekt. Verbindt een gemeente zich tot het geven van een woonbestemming aan een bepaald perceel, dan kan de gemeenteraad in de bestemmingsplanprocedure dat perceel desondanks tot natuurgebied bestemmen, als een goede ruimtelijke ordening dat vordert. Een andere opvatting zou de rechtsbescherming voor derden illusoir maken.⁴² Ook Windmill, bij de civiele rechter nog zo succesvol, ving bij de Afdeling bot toen zij verlenging wenste (en aanvankelijk kreeg) van haar lozingsvergunning op basis van een

39. Natuurlijk drukt elke overheidsuitgave uiteindelijk op de gemeenschap, maar belangen van specifieke derden zijn niet in het gedrang.

40. De Europese aanbestedingsrichtlijnen voor de levering van werken en diensten beogen onder meer de transparantie, objectiviteit en rechtsgelijkheid bij de totstandkoming van aannemingsovereenkomsten met de overheid te verhogen. Zie voor een kort overzicht De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998-II, p. 127.

41. Hergeen niet wil zeggen, wat sommige bestuursrechtjuristen nogal eens lijken te denken, dat het burgerlijk recht zich helemaal niet bekommert om de positie van derden. Zie bijv. de dissertatie van C.E. du Perron, *Overeenkomsten en derden*, een analyse van de relativiteit van de contractswerking (diss. UvA), Deventer 1999, besproken door Van Laarhoven in NTBR 2000/8, p. 400-406.

42. ABRvS 7 juli 1997, Gst. 7080, nr. 7 m.nt. JT (bestemmingsplan Neerijnen).

met de minister van V&W gesloten convenant. De Afdeling overwoog dat toezeggingen van de vergunningverlener aan de aanvrager in een convenant of anderszins niet passen in het systeem van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren (Wvo) en de Wet algemene bepalingen milieuhygiëne (Wabm).⁴³ Drupsteen schrijft in zijn annotatie bij deze uitspraak dat in een driepartijenverhouding zijns inziens voor een beroep van de aanvrager op het vertrouwensbeginsel geen plaats is.

De bestuursrechter lost het gegeven dat de bevoegdhedenovereenkomst zich aan zijn toetsing onttrekt, dus op door daarvan in een meerpartijenverhouding ten aanzien van derden te abstraheren. Het werkelijke probleem komt zo terecht bij de contractspartner van de overheid, die kennelijk niet op haar woord kan vertrouwen. Toch is met deze jurisprudentie het probleem van de derdenbescherming niet helemaal van de baan.

3.7 Bevoegdhedenovereenkomsten: ook derden in het gedrang

Wat te denken van de volgende situatie? De inmiddels fameuze Roma vinden na lang rondtrekken een plek op een verlaten stukje gemeentegrond nabij een luxe meubelboulevard. Zij staan daar in strijd met de bestemming, maar op zichzelf heeft de gemeente geen bezwaar tegen het innemen van deze standplaats, tenminste voor een tijdje. De exploitanten van de meubelboulevard denken daar anders over en wenden zich tot de gemeente met een handhavingsverzoek. De gemeente wil daar wel aan meewerken, maar ziet zich geplaagd voor hoge kosten van de uitoefening van bestuursdwang, die vermoedelijk onverhaalbaar zullen blijken. De winkeliers verklaren zich echter bereid deze kosten op zich te nemen. Een en ander wordt vastgelegd in een overeenkomst, en vervolgens doen B&W de bestuursdwangaanschrijving uitgaan.

Naar de huidige stand van de jurisprudentie lijken de Roma bij de bestuursrechter kansloos in een beroep tegen deze aanschrijving. De achterliggende overeenkomst komt wellicht niet eens ter tafel, wat in strijd is met de eis dat aan een besluit een kenbare belangenafweging ten grondslag moet liggen. Maar zelfs als de overeenkomst wel bekend raakt, is het de vraag of de bestuursrechter op die grond de handhavingsbeschikking kan vernietigen. Immers, aan alle wettelijke vereisten voor bestuursdwang is voldaan. Toch is de positie van de Roma als derden hier lelijk in het gedrang geraakt. Immers, zonder de handhavingsovereenkomst was de gemeente wellicht tot legalisering overgegaan.

Een vergelijkbare situatie doet zich voor bij de planschadevergoedingsovereenkomst, waarbij de gemeente zich tot planologische medewerking verbindt in ruil voor een vrij-

43. AGRvS 1 september 1992, AB 1993, 400 m.nt. ThGD (Hydro Agri).

waring voor planschadeclaims door de begunstigde. De contractuele verhouding tussen overheid en begunstigde mag zich momenteel in een grote belangstelling verheugen. Daarentegen is er weinig aandacht voor de burens van de begunstigde, die wellicht niet die futuristische villa naast zich hadden zien verrijzen als er geen overeenkomst tot stand was gekomen. Juridisch gezien verkeren zij in een met de Roma vergelijkbare positie.

Schiet het recht hier tekort? Men zou kunnen betogen dat er in beide gevallen sprake is van uitoefening van een zeer vrije bestuursbevoegdheid, die uiteenlopende, en zelfs onderling tegengestelde besluitvorming toelaat. De overeenkomst is mogelijk van invloed geweest op de besluitvorming, maar dat doet aan de rechtmatigheid daarvan niet af. Naar positief recht is dat betoog misschien houdbaar, maar mijns inziens onbevredigend. Zeker als de gesloten overeenkomst zich niet verdraagt met de wet is het merkwaardig als daar desondanks, en ten nadele van derden, uitvoering aan kan worden gegeven, zonder dat die derden de rechtsgeldigheid ervan aan de orde hebben kunnen stellen. Maar ook als het contract wel rechtsgeldig is, dan nog dienen derden de invloed ervan op de besluitvorming ter discussie te kunnen stellen. Juridisch vertaald: een besluit moet berusten op een kenbare afweging van belangen, en tot die belangen behoren ook die welke in de overeenkomst zijn verdisconteerd. Vanuit het rechtsbeschermingsperspectief is de kenbaarheid van het contract wenselijk, omdat de rechter dan een oordeel kan geven over de vraag of er sprake is geweest van een ongeoorloofde invloed van het contract op de besluitvorming.⁴⁴

3.8 Conclusie

Van de in dit hoofdstuk besproken motieven voor een regeling van overheidscontracten in de Awb is er één overgebleven die nader onderzoek waard is, namelijk de gespannen verhouding tussen de belangen van de contractspartner van de overheid en derden bij de uitvoering van bevoegdhedenovereenkomsten. Nu is het nog niet zo gemakkelijk een wettelijke regeling te ontwerpen die deze materie in goede banen leidt. De voorvraag is echter of en in hoeverre de huidige Awb wellicht al meer soelaas biedt dan uit de hiervoor gegeven voorbeelden blijkt. Over die vraag gaat het in het volgende hoofdstuk. Met de uitkomst kan vervolgens de noodzaak van een (aanvullende) regeling voor bevoegdhedenovereenkomsten in de Awb aan de orde komen en voorts of die regeling ook op andere dan bevoegdhedenovereenkomsten van toepassing moet zijn.

44. De rechterlijke beoordeling van deze geoorlooftheid komt in hoofdstuk 6 nader aan de orde.

4 Het rechtskarakter van de bevoegdhedenovereenkomst

4.1 Inleiding

Welk recht is naar de huidige stand van wetgeving en rechtspraak op de totstandkoming van een bevoegdhedenovereenkomst van toepassing? De opvattingen in de literatuur hierover blijken uiteen te lopen, met name waar het gaat om de vraag of bij de totstandkoming van een bevoegdhedenovereenkomst sprake is van het nemen van een besluit als bedoeld in artikel 1:3 Awb. Die vraag is relevant, omdat de kwalificatie van (het besluit tot het aangaan van) een bevoegdhedenovereenkomst als een Awb-besluit impliceert dat de bepalingen uit de hoofdstukken 2-5 Awb van toepassing zijn. En dat zijn nu net de bepalingen die het spanningsveld tussen de diverse belanghebbenden bij een besluit reguleren.

4.2 Uiteenlopende opvattingen in de literatuur

Volgens Tak is elk besluit tot het aangaan van een rechtshandeling naar burgerlijk recht als 'acte détachable' volledig toetsbaar aan de normen van de hoofdstukken 2-5 Awb. Daaraan doet niet af dat de civiele rechter op grond van artikel 8:3 Awb tot toetsing van deze besluiten nog bevoegd is, aldus Tak.⁴⁵ De Haan volgt Tak hierin. Hij betoogt dat met het verlaten van de 'oplostheorie' vast is komen te staan dat bijvoorbeeld een raadsbesluit tot oprichting van een stichting ex artikel 155 GemW een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb is. Nadere argumenten voor die stelling vond ik echter niet.⁴⁶

Konijnenbelt huldigt een tegengestelde opvatting. Volgens hem vloeit de bevoegdheid van het overheidslichaam (als rechtspersoon) om een overeenkomst te sluiten rechtstreeks voort uit de artikelen 2:5 jo. 2:1 BW. Net als bij iedere andere rechtspersoon is daarvoor een besluit van het vertegenwoordigingsbevoegde orgaan nodig. Omdat een publiekrechtelijke rechtspersoon geen statuten kent, vervult de organieke wet die rol. De aanwijzing in de nieuwe Gemeentewet bijvoorbeeld, van B&W als het orgaan dat

45. Annotatie bij GCN/Nieuwegein II, AB-klassiek 2000, p. 222.

46. Zie De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998-II, p. 6.

bevoegd is de gemeente privaatrechtelijk te binden, is daarom geen publiekrechtelijke titel als bedoeld in artikel 1:3 Awb, aldus Konijnenbelt.⁴⁷ Naar zijn opvatting is artikel 8:3 Awb eigenlijk overbodig. Voor de vraag welke normen van toepassing zijn, acht hij het onderscheid tussen wel of geen Awb-besluit overigens van betrekkelijke betekenis: via artikel 3:1 lid 2 Awb, artikel 3:14 BW en op grond van de jurisprudentie van de civiele rechter kan het overheidshandelen toch wel aan publiekrechtelijke normen worden getoetst. Ook Verheij wil vooralsnog geen Awb-besluit zien in het aangaan van een overheidscontract, maar met name op praktische gronden. Hij betwijfelt of het verstandig is het aangaan van een overeenkomst als een besluit aan te merken, zonder dat de wetgever eraan te pas komt.⁴⁸

4.3 Eigen opvatting

Laat ik er geen doekjes om winden, ik sluit mij grotendeels aan bij de visies van Konijnenbelt en Verheij. Ik doe dit met name, omdat ik het oneens ben met de auteurs die een tussenpositie innemen, zoals De Haan. Hij is enerzijds van mening dat het besluit ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling – ook naar positief recht – een Awb-besluit is, maar anderzijds weigert hij:

‘aan te nemen dat het hele contractenrecht uit het BW zich laat verpubliekrechtlijken. Dit recht is zozeer doordrongen van de burgerlijke contractsvrijheid en dus van de partij-autonomie, dat het niet zonder meer, als de overheid partij is, valt om te dopen tot publiekrecht met de daaraan inherente beperkte beleidsvrijheid.’⁴⁹

De Haan vervolgt dat de overheid van het privaatrecht voor publieke doeleinden gebruik mag maken in al die gevallen waar maatschappelijke organisaties dat ook kunnen. Het betreft de verzorgingstaken, corresponderend met de sociale grondrechten. Anders ligt het voor de ordeningstaken van de overheid. Daar is volgens De Haan een expliciete wettelijke grondslag vereist.

Deze redenering toont misschien oog voor de noden van de praktijk, maar blinkt niet uit in consistentie. Immers, als men aanneemt, zoals De Haan doet, dat de overheid inderdaad privaatrechtelijke bevoegdheden ontleent aan de artikelen 2:5 jo. 2:1 BW, dan is niet tegelijkertijd vol te houden dat een besluit ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling een Awb-besluit is. Immers, de grondslag van die bevoegdheden is dan niet publiekrechtelijk, zoals artikel 1:3 Awb vereist, maar privaatrechtelijk, want ontleend aan het BW, althans aan de autonomie die het BW vooronderstelt. Als men al een Awb-besluit wil zien in het aangaan van overeenkomst door de

47. Van Wijck & Konijnenbelt 1999, p. 205.

48. Verheij 1999, p. 71.

49. De Haan 1998, p. 22.

overheid, dan voel ik nog meer voor de opvatting van Tak en Teunissen. Zij nemen als uitgangspunt dat het privaatrecht naar zijn aard geen bevoegdheden voor de overheid kan scheppen, en dan móet het besluit tot het verrichten van een privaatrechtelijke rechtshandeling wel publiekrechtelijk zijn.⁵⁰ Een praktisch bezwaar tegen deze leer is dat doorvoering ervan een enorme wetgevingsoperatie meebrengt, waarvan men zich kan afvragen of de kosten tegen de baten opwegen,⁵¹ maar hij is tenminste wel consistent. Hoe dit ook zij, de opvattingen van Tak en Teunissen over de niet-autonome overheid lijken mij momenteel geen geldend recht en daarover gaat het in dit hoofdstuk.

Er is nog een ander argument waarom, althans naar positief recht, een besluit tot het aangaan van een overeenkomst⁵² geen besluit is in de zin van artikel 1:3 Awb, namelijk dat noch de bestuursrechter, noch de burgerlijke rechter de specifieke bepalingen in de Awb over besluiten toepast op overeenkomsten. Zo geldt op grond van artikel 3:40 Awb dat een besluit pas in werking treedt als het bekend is gemaakt. Heeft een rechter ooit geoordeeld dat geen overeenkomst tot stand was gekomen, omdat het contracteerbesluit niet overeenkomstig afdeling 3.6 Awb was bekendgemaakt? Of zou de bekendmaking van de overeenkomst (door toezending of uitreiking) als de bekendmaking van het contracteerbesluit moeten gelden? Mij lijkt dat niet te verenigen met de theorie van de *acte détachable*. Bovendien kan men zich afvragen of het besluit tot het aangaan van de contractuele verplichting een bestemmingsplan te wijzigen niet op grond van artikel 3:42 Awb openbare kennisgeving zou behoeven, als het een Awb-besluit is. Voorzover ik weet, is die vraag in de jurisprudentie zelfs nog niet aan de orde gesteld. Helemaal prachtig wordt het als een besluit tot het aangaan van een overeenkomst een beschikking als bedoeld in artikel 1:3 lid 2 Awb zou zijn. Een verzoek tot het aangaan van een overeenkomst (in BW-termen: een aanbod) is dan een aanvraag waarop de bepalingen uit titel 4.1 Awb van toepassing zijn. Te denken valt aan formele vereisten aan de aanvraag, de verplichting gegevens te verschaffen, de hoorplicht en de beslistermijn. Dit staat wel heel ver af van het positieve, vormvrije contractenrecht uit het BW.

De rechterlijke toetsing van overheidscontracten bevat geen aanwijzing dat er sprake is van een Awb-besluit bij het aangaan ervan. Die jurisprudentie is ook wel te verklaren – en naar mijn mening te rechtvaardigen – uit de verschillen tussen de bepalingen omtrent besluiten in de Awb enerzijds, en de regels in het BW en de organieke wetten over privaatrechtelijke rechtshandelingen anderzijds.

50. Al moet de wetgever die bevoegdheid nog wel even codificeren.

51. Voorzover ik kan nagaan zouden we dan ook het enige land in Europa zijn waar de overheid potloden koopt krachtens publiekrecht.

52. Af en toe zal ik korthedshalve spreken van het contracteerbesluit.

Ten eerste kunnen besluiten tot het verrichten van een privaatrechtelijke rechtshandeling op grond van de organieke wetten⁵³ niet zonder meer gelijkgesteld worden aan besluiten in de zin van de Awb. Zo blijkt uit de artikelen 253 Provinciewet en 259 Gemeentewet dat het organieke besluitbegrip ruimer kan zijn dan het besluitbegrip van de Awb. Andersom komt overigens ook voor.⁵⁴ Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet dualisering gemeentebestuur is wel de onderlinge verhouding tussen de artikelen 160 en 171 van de Gemeentewet aan de orde geweest, maar niet de relatie tussen het besluitbegrip van artikel 160 Gemeentewet en dat van artikel 1:3 Awb. Nergens blijkt dat de wetgever de bedoeling heeft gehad het karakter van het besluit tot een privaatrechtelijke rechtshandeling te wijzigen. Naar mijn oordeel heeft de civiele rechter er dan ook verstandig aan gedaan om niet plots een Awb-besluit in (het aangaan van) overheidscontracten te ontwaren. De verwickelingen rond het zelfstandig schadebesluit hebben wel laten zien waar dat toe kan leiden.

Ten tweede stelt artikel 1:3 Awb schriftelijkheid als constitutief vereiste voor een Awb-besluit. Overeenkomsten, ook die met de overheid, kunnen echter even goed mondeling totstandkomen. Weinigen zullen naar positief recht volhouden dat een mondelinge orderbevestiging van een rechtsgeldig gevolmachtigd ambtenaar niet leidt tot een rechtsgeldige overeenkomst. Toch is er dan geen Awb-besluit tot het aangaan van de overeenkomst genomen. Ook kan een overheidscontract zonder een daartoe strekkend besluit ontstaan door onbevoegde vertegenwoordiging.⁵⁵ Als nu de rechter zou aan nemen dat een besluit tot het aangaan van een overeenkomst een Awb-besluit is, dan zou dat leiden tot een tweedeling in de overheidscontracten, zij die bij Awb-besluit zijn aangegaan en zij die dat niet zijn. Omdat het besluitkarakter gevolgen heeft voor het toepasselijke materiële recht zouden er twee verschillende rechtsregimes van toepassing worden op overheidscontracten, al naar gelang ze bij besluit of niet zijn aangegaan. Het is begrijpelijk dat de rechter die tweedeling niet heeft willen maken in een situatie waarin de wetgever zich op dit punt nog niet heeft uitgesproken.⁵⁶

4.4 Evaluatie

Aldus is het beeld naar positief recht als volgt samen te vatten. De bestuursrechter, die alleen over besluiten oordeelt, kan een overeenkomst eigenlijk alleen indirect verdis-

53. De Gemeentewet bepaalt in art. 160 lid 1, aanhef en onder e: 'Het college is in elk geval bevoegd tot privaatrechtelijke rechtshandelingen van de gemeente te besluiten en deze te verrichten.' Het wetsvoorstel dualisering provinciebestuur kent een overeenkomstig art. 158, maar dan zonder de toevoeging 'en deze te verrichten', dit naar aanleiding van Eerste-Kamervragen tijdens de parlementaire behandeling van de Wet dualisering gemeentebestuur (EK 2001-2002, 27 751, nr. 10d, p. 19).

54. Zie voor een bespreking van deze 'overkill' en 'underkill' hoofdstuk 4 van het preadvies van Kortmann (sr.) voor deze vereniging (Kortmann, Vermeulen & Zoontjes 2000, p. 21).

55. Een voorbeeld is HR 27 januari 1984, NJ 1984, 545 (WGO/Koma).

56. Het is zelfs de vraag of de wetgever zich bij de vaststelling van de Awb van deze mogelijke consequentie bewust is geweest.

conteren in zijn toetsing, bijvoorbeeld via het vertrouwensbeginsel. Dat wordt naar mijn mening niet anders als artikel 8:3 Awb zou komen te vervallen, omdat het contracteerbesluit naar positief recht geen Awb-besluit is. Voor de bestuursrechter 'bestaat' de overeenkomst niet, tenminste niet met de verbindende kracht en de bijbehorende acties die zij op grond van het BW heeft. Dit is zichtbaar in meerpartijenverhoudingen, bijvoorbeeld bij de toetsing van bestemmingsplannen en milieuvergunningen. Van een in dat kader gesloten overeenkomst zonder wettelijke basis abstraheert de bestuursrechter bij de toetsing van het besluit, en naar mijn mening terecht.

De civiele rechter beschouwt de bevoegdhedenovereenkomst in beginsel als een gewone civielrechtelijke overeenkomst. Totstandkoming, inhoud en uitvoering worden getoetst aan de regels uit het BW, zo nodig met een publiekrechtelijk sausje.⁵⁷ Besluitvorming in strijd met de overeenkomst levert wanprestatie op die verplicht tot schadevergoeding. Alleen als nakoming van de verplichting van de overheid om een bepaald besluit te nemen wordt gevorderd, bevindt de civiele rechter zich in een lastige positie, omdat hij zich dreigt te begeven op het terrein van zijn bestuursrechtelijke collega wanneer hij de burger, contractspartner van de overheid, wil geven waar hij recht op heeft. Een vluchtroute is dan de ontvankelijkheidsleer van de Hoge Raad, waarbij de eisende burger naar de bestuursrechter wordt verwezen om daar zijn recht te halen.⁵⁸ Ook overigens zal de civiele rechter niet voorbij kunnen gaan aan het publiekrecht dat de besluitvorming ter uitvoering van de overeenkomst normeert. Nakoming door de overheid van een contractuele verbintenis mag immers niet leiden tot een bevoegdheidsuitoefening in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Bovendien staat een op last van de civiele rechter genomen besluit mijns inziens onverminderd bloot aan vernietiging door de bestuursrechter.⁵⁹ Als derhalve het publiekrecht nakoming verhindert, zal de burger zijn toevlucht moeten nemen tot de overige rechten en bevoegdheden die hem als crediteur toekomen, zoals vernietiging, ontbinding en vergoeding van schade.⁶⁰

Wat opvalt in het voorgaande, is dat de positie van eventuele derden geen specifieke rol speelt bij de toetsing van de rechtsgeldigheid van de overeenkomst door de civiele

57. Ik ga hier voorbij aan het feit dat in civilibus formeel de overheid-rechtspersoon partij is bij de overeenkomst. In de praktijk maakt dat weinig uit, omdat gebondenheid van organen zo nodig via toerekeningsmechanismen plaatsvindt. Wel dient aan een bevoegdhedenovereenkomst mijns inziens een wilsbesluit van het bevoegde orgaan vooraf te gaan, maar dat is een interne kwestie, die niet noodzakelijkerwijs externe gevolgen hoeft te hebben.

58. Een civiele vordering tot het nemen of juist niet nemen van een Awb-besluit zal in het algemeen afketsen op HR 25 november 1977, NJ 1978, 255 m.nt. MS, AB 1978, 1 m.nt. J.R. St., AB-klassiek 2000, nr. 13 (Loosdrechts Plassenschap). De burger moet dan met een beroep op het vertrouwensbeginsel bij de bestuursrechter 'nakoming' vragen, wat, zoals vermeld, niet altijd lukt als er derdebelangen in het spel zijn.

59. De civiele rechter wil dit nog wel eens omzeilen door de overheid te gebieden te handelen als ware er een bepaald besluit genomen. Zie voor een markant voorbeeld Pres. Rb. Arnhem 22 juli 1999, Awb katern 1999, 66, waar de gemeente (contra legem!) werd verboden een bouw aanvraag aan te houden.

60. De praktijk laat ook zien dat geschillen over bevoegdhedenovereenkomsten vaak uitmonden in schadevergoeding. Zie daarover Tak in zijn noot bij GCN/Nieuwegein II, AB klassiek 2000, p. 221.

rechter. Ik denk dat dit komt doordat de civiele rechter, als hij al tot ontvankelijkheid beslist, geen geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht ontwaart die hem dwingen specifieke aandacht te besteden aan de positie van die derden. In het vorige hoofdstuk concludeerde ik al dat er gevallen zijn waarin dat wel nodig is. Daarom komt in het volgende hoofdstuk aan de orde hoe een wettelijke regeling hun positie zou kunnen versterken.

5 Een wettelijke regeling

5.1 Het liefst een minimumregeling

Diverse auteurs hebben al voorstellen gedaan om de positie van derden bij overheidscontracten wettelijk te versterken. Een kort overzicht.

Ackermans-Wijn⁶¹ vindt een uitgebreide regeling voor derdenbescherming bij overheidscontracten niet nodig, omdat een overeenkomst alleen partijen verbindt, en het betwisten van de rechtsgeldigheid ervan evenzeer een zaak tussen partijen is. Een nietigheidssanctie als de belangen van derden in het gedrang komen, zoals voorgesteld door Koeman, vindt zij veel te ver gaan. De onrechtmatige-daadsactie kan dan uitkomst bieden.

Tak⁶² brengt hier tegen in:

‘Indien een overeenkomst de belangen van derden schaadt zou de weg van de onrechtmatige-daadsactie openliggen (p. 83). Welke onrechtmatige-daadsactie bewerkstelligt echter vernietiging van de aangevallen overheidshandeling, met werking “erga omnes” (van belang voor de algemene rechtszekerheid bij overheidshandelen)? Zou die duidelijkheid inderdaad bereikt kunnen worden doordat de derde-belanghebbende de mogelijkheden van bezwaar en beroep kan benutten tegen besluiten tot het aangaan van overeenkomsten, dankzij artikelen als 3.5.3 en 3.5.5 voorontwerp Awb?’

De Haan⁶³ is het kennelijk met Tak eens: hij ziet in schrapping van artikel 8:3 Awb een wondermiddel:

‘Ik acht dit [uitsluiting van beroep tegen besluiten ter voorbereiding van privaatrechtelijke rechtshandelingen, CK] een zeer ernstige omissie van de Awb-wetgever omdat een groot deel van de problemen rond het overheidsprivaatrecht daaruit voortvloeit. Immers, weliswaar is dit voorbereidingsbesluit aan de Awb onderworpen, maar niet voor wat betreft bezwaar en beroep (artikel 8:3 jo. 7:1). Dit betekent niet alleen dat dit cruciale besluit zich aan een volledige heroverweging door het betrokken bestuursorgaan onttrekt, maar eveneens dat de positie van

61. Ackermans-Wijn 1989, p. 229, onderbouwd op p. 83 e.v.

62. Tak 1989, p. 310, noot 55.

63. De Haan 1998b, p. 98.

derden-belanghebbenden daardoor wordt geschaad, ook wat het beroep op de rechtbank betreft. Bovendien heeft de burgerlijke rechter nauwelijks enige bevoegdheid om tegen een dergelijk besluit iets te doen. Evenals voor de Wet Arob ten aanzien van beschikkingen het geval was, kan hij hoogstens in extreme gevallen een besluit van rechtswege nietig verklaren.’

De Haan ziet dus met name heil in de keuze voor de bestuursrechter bij geschillen rond overeenkomsten, omdat deze een geëigend instrumentarium tot zijn beschikking heeft.⁶⁴

Mok⁶⁵ ziet dat anders:

‘Bij gebruik van convenanten als pseudo-wetgeving wordt democratische besluitvorming, die aan de meeste vormen van wetgeving eigen is, omzeild. Inspraak, vooral van derde-belanghebbenden is niet verzekerd. De rechtsbescherming over wat toch in wezen overheidsbeleid is, geschiedt toch weer door de burgerlijke rechter. Die is daartoe overigens best in staat, maar de gemiddelde procesduur is langer en de kosten voor de burgers zijn hoger dan bij de bestuursrechter. Bovendien hebben we geen afzonderlijk stelsel van bestuursrechtspraak in het leven geroepen om toch weer bij de burgerlijke rechter terug te keren. Ter vermijding van misverstand: dit is een argument tegen een te ruim gebruik van convenanten. Ik zou het nóg onwenselijker vinden de berechting van geschillen over convenanten aan de bestuursrechter op te dragen. De rechtseenheid binnen het verbintenissenrecht zou dan op de tocht komen te staan.’

Bloembergen⁶⁶ neemt het BW tot uitgangspunt en betoogt:

‘Al met al gaat het in de titels 3 en 4 van boek 6 BW om algemene bepalingen die het hele privaatrecht en publiekrecht omspannen. Een strenge dogmaticus zou kunnen betogen dat deze bepalingen daarom niet in een burgerlijk wetboek thuishoren, maar mij zult u dat niet horen bepleiten. Evenmin bepleit ik dat deze onderwerpen in de Awb geregeld zouden moeten worden.

Over het contractenrecht zal ik kort zijn. Het reeds gezegde geldt hier min of meer ook. Bij gebreke van een regeling van de publiekrechtelijke overeenkomst wordt het privaatrecht hier zonder meer toegepast (zij het dat ook hier daarnaast de geschreven en ongeschreven regels van publiekrecht van toepassing zijn).

Verschil is wel dat hier een wettelijke regeling op de agenda staat (op te nemen in hoofdstuk 4 Awb; het opschrift: Bijzondere bepalingen over besluiten dekt vele ladingen, waaronder – tot mijn verrassing – ook de overeenkomst). Maar ook als die regeling er komt – Scheltema zal wel zorgen dat zij er komt – zal het contractenrecht van het BW een grote plaats behouden. Want er is een zekere consensus dat alleen de specifieke punten geregeld moeten worden die

64. Al eerder bleek dat ik met De Haan van mening verschil over het rechtskarakter van het contracteersbesluit, maar dat neemt niet weg dat een wettelijke regeling in de wens van De Haan kan voorzien.

65. Mok 1997, p. 23.

66. Bloembergen 1996, p. 10.

regeling behoeven (zoals de positie van derden) en dat voor het overige aansluiting moet worden gezocht bij het contractenrecht van het BW.’

Ook Scheltema,⁶⁷ toch de geestelijke vader van de Awb, vindt (althans vond in 1988) een geheel eigen publiekrechtelijk overeenkomstenrecht niet nodig:

‘Een geheel eigen publiekrechtelijk overeenkomstrecht is, gezien wat vandaag ook al eerder is gezegd, niet nodig. Maar dan moet men wel aanvaarden dat de publiekrechtelijke normen doorwerken in het privaatrecht wanneer de overheid zich van dat privaatrecht bedient. Naarmate de aansluiting tussen beide rechtsgebieden beter is, neemt de behoefte af aan een specifieke bestuursrechtelijke regeling van onderwerpen die een privaatrechtelijke tegenhanger hebben. Het is eigen aan het privaatrecht – vandaag is dat nog weer naar voren gekomen – dat het op sterk uiteenlopende rechtsverhoudingen van toepassing is. De ene overeenkomst is de andere niet. De omstandigheden van het geval en de verhouding van partijen kunnen een grote rol spelen. Bij de toepassing van het recht moet men daarmee rekening houden. Wat dat betreft zou het eigenlijk niet nodig zijn om in artikel 3.1.1, tweede lid Awb, aan het slot op te nemen: “voorzover de aard van de handelingen zich daartegen niet verzet”. Het spreekt in wezen vanzelf dat bij een overeenkomst met een duidelijke beleidsmatige inslag zoals een subsidie-overeenkomst, de beginselen van behoorlijk bestuur meer in het vizier komen dan bij de aanschaf van kantoorartikelen voor een gemeentehuis.’

Uit deze citaten blijkt wel dat – afgezien van Maastricht misschien – de animo voor een wettelijke regeling niet groot is. In het algemeen vindt men dat de civiele rechter zich met de open normen uit het BW aardig weet te redden. Alleen voor specifieke punten zoals, inderdaad, de bescherming van derden, zou een wettelijke regeling zinvol kunnen zijn.

5.2 De bevoegdhedenovereenkomst als beleidsregel

Het meest concrete voorstel voor een regeling komt van Ten Berge.⁶⁸ Hij verdedigt de opvatting (en daarin staat hij niet alleen)⁶⁹ dat een bevoegdhedenovereenkomst in feite een beleidsregel is voor een concreet geval. Hoewel Ten Berge, met een aantal hiervoor aangehaalde auteurs, meent dat het besluit ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling een Awb-besluit is,⁷⁰ acht hij het toch verstandig buiten twijfel te stellen dat dit ook geldt voor het besluit tot het aangaan van een bevoegdhedenovereenkomst, door toevoeging van een vijfde lid aan artikel 1:3 Awb:

67. Scheltema 1988, p. 47.

68. Ten Berge 1994, p. 39-43.

69. Zie bijv. De Haan 1998a, p. 55.

70. Vanwege het bepaalde in art. 8:3 Awb.

‘Onder bevoegdhedenovereenkomst wordt verstaan: het besluit tot het aangaan van een overeenkomst, waarbij een toezegging wordt gedaan omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan.’

Ik vermeldde al dat ik over het besluitkarakter anders denk, maar dat neemt natuurlijk niet weg dat het de wetgever vrijstaat om een bestuursorgaan de (publiekrechtelijke) bevoegdheid te geven een bevoegdhedenovereenkomst te sluiten, of zelfs om deze publiekrechtelijke bevoegdheid te beschouwen als accessoir aan de bevoegdheid waarover gecontracteerd wordt. Dat was voor beleidsregels immers ook het geval voordat artikel 4:81 Awb een wettelijke basis gaf aan het vaststellen daarvan. Ten Berge vindt het wenselijk om voor de bevoegdhedenovereenkomst een met dat artikel vergelijkbare bepaling op te nemen. Ook de artikelen 4:82 Awb (motivering besluit door verwijzing naar beleidsregel) en 4:83 Awb (vermelding bevoegdheidsgrondslag) verdienen volgens Ten Berge een equivalent in de regeling voor de bevoegdhedenovereenkomst.

Het voordeel van dit voorstel vanuit het oogpunt van derdenbescherming is, dat met het definiëren van het contracteerbesluit als een Awb-besluit, de voorbereidingsprocedures en de bekendmakingsregeling uit hoofdstuk 3 Awb van toepassing zijn of kunnen worden verklaard. Ook kan, aldus Ten Berge, titel 4.1 van toepassing zijn of zo nodig worden verklaard, inclusief de hoorplicht van de artikelen 4:7 en 4:8 Awb. Ik onderschrijf deze voordelen en kom daar in de volgende paragraaf op terug.

Interessanter is het vervolg, als Ten Berge schrijft over de mate van binding en de rechtsbescherming. Artikel 4:84 Awb bepaalt dat het bestuursorgaan overeenkomstig de beleidsregel handelt tenzij – samengevat – daardoor het evenredigheidsbeginsel wordt geschonden.⁷¹ Jegens derden acht Ten Berge deze binding te sterk, hetgeen strookt met de eerder aangehaalde Afdelingsjurisprudentie. Tegen een dergelijke binding is echter minder bezwaar als derden op de totstandkoming van de overeenkomst invloed hebben kunnen uitoefenen, bijvoorbeeld via een voorbereidingsprocedure van hoofdstuk 3 Awb. Het bezwaar valt zelfs geheel weg, aldus Ten Berge, op het moment dat zowel tegen het besluit tot het aangaan van een bevoegdhedenovereenkomst, als tegen het besluit tot vaststelling van een beleidsregel zelfstandig beroep openstaat bij de administratieve rechter. Dan zijn er geen redenen meer om bevoegdhedenovereenkomsten anders te benaderen dan beleidsregels: zij zouden naar analogie beleidsovereenkomsten genoemd kunnen worden, aldus Ten Berge.⁷²

71. De formulering: ‘tenzij dat voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen’ is duidelijk geënt op art. 3:4 lid 2 Awb.

72. Op de binding van bevoegdhedenovereenkomsten kom ik nog terug in paragraaf 5.4.

5.3 Nadere uitwerking

Het voorstel om bevoegdhedenovereenkomsten een met beleidsregels vergelijkbare wettelijke regeling te geven is een aantrekkelijke gedachte die uitnodigt tot een nadere analyse. Ik doe dit aan de hand van twee in het oog springende verschillen tussen beide figuren. Ten eerste bindt een beleidsregel alleen het bestuur, terwijl een overeenkomst zowel bestuur als burger bindt. Ten tweede kent het BW niet de figuur van de beleidsregel, maar wel van de overeenkomst, zodat de noodzaak van afstemming pregnanter is. Beide verschillen kunnen niet los van elkaar worden gezien.

Laten we eerst eens kijken naar de minst vergaande variant van Ten Berges voorstel, namelijk dat het aangaan van een bevoegdhedenovereenkomst weliswaar bij Awb-besluit geschiedt, maar de overeenkomst zelf onderworpen blijft aan de toepasselijke bepalingen uit het BW, en bovendien dat de civiele rechter bevoegd blijft te oordelen over geschillen uit deze overeenkomst. Welke gevolgen moet het recht dan verbinden aan een bevoegdhedenovereenkomst die op grond van de regeling uit het BW rechtsgeldig tot stand is gekomen, maar waarbij het schort aan een rechtsgeldig contracteerbesluit? Gedacht kan worden aan een mondelinge overeenkomst of een onjuiste of geheel achterwege gelaten bekendmaking van het contracteerbesluit. Moet de (civiele) rechter dan aannemen dat er helemaal geen overeenkomst tot stand is gekomen, of moet hij uitgaan van het bestaan van een overeenkomst, niet zijnde een bevoegdhedenovereenkomst in de zin van de Awb? Die laatste optie (twee soorten bevoegdhedenovereenkomsten) lijkt in elk geval een ongelukkige, maar de eerste optie (geen overeenkomst) strookt niet met de regeling in het BW voor de totstandkoming van overeenkomsten. Dat kan echter worden ondervangen door vaststelling van een wettelijke bepaling dat een bevoegdhedenovereenkomst als bedoeld in artikel 1:3 lid 5 Awb alleen maar aangegaan kan worden bij besluit. Wetssystematisch gezien zou die bepaling overigens beter passen in Boek 7 BW dan in de Awb. Laat het het eerste artikel zijn van een nieuwe titel 21 (de publiekrechtelijke overeenkomst) in Boek 7:

Artikel 7.21.1

‘Een bevoegdhedenovereenkomst als omschreven in het vijfde lid van artikel 1:3 van de Algemene Wet bestuursrecht, komt tot stand overeenkomstig het bepaalde in artikel 217 van boek 6, zulks onder de opschortende voorwaarde van inwerkingtreding van het besluit tot het aangaan van deze overeenkomst.’

Artikel 1:3 lid 5 Awb zou dan ten opzichte van de voorzet van Ten Berge wat aanpassing behoeven:

‘Onder bevoegdhedenovereenkomst wordt verstaan: een bij besluit aangegane overeenkomst, waarbij een toezegging wordt gedaan omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan.’

Deze operatie is ingrijpender dan zij wellicht lijkt, omdat hiermee, in afwijking van het beginsel van vormvrijheid, een zogenaamde ‘formele overeenkomst’ wordt geïntroduceerd. Dat heeft als nadeel dat burgers niet zonder meer op afspraken met de overheid kunnen vertrouwen. Immers, de afspraak is pas bindend als aan alle formele vereisten is voldaan. Toch is dit nadeel relatief, als men bedenkt dat burgers ook begrijpen dat een mondelinge vergunning geen vergunning is en dat er plannen bestaan om ook voor andere overeenkomsten (koop van een woning) formele vereisten te stellen (bijvoorbeeld schriftelijkheid).⁷³ Bovendien kan het sluiten van een nietige bevoegdheidsovereenkomst in voorkomende gevallen een onrechtmatige daad opleveren.

Een ander punt dat de aandacht behoeft, maar op het eerste gezicht geen onoverkomelijke bezwaren oplevert, is het feit dat het bestuursorgaan voor zichzelf contracteert, en niet namens – en als orgaan van – de rechtspersoon. Dat betekent dat de vermogensrechtelijke consequenties aan de rechtspersoon moeten worden toegerekend. Een probleem is dat in de praktijk in elk geval niet: de civiele rechter heeft er geen moeite mee een gemeente aansprakelijk te achten voor onrechtmatige besluitvorming van een van haar bestuursorganen, en evenmin om entiteiten die noch natuurlijk noch rechtspersoon zijn, toe te laten in het burgerlijk proces.⁷⁴ Ook de wet voorziet, bijvoorbeeld in artikel 8:75 lid 3 Awb, in de noodzakelijke toerekening.

Wat te denken van een gemengde overeenkomst, bijvoorbeeld een overeenkomst waarin een gemeente grond verkoopt en tegelijkertijd planologische medewerking toezegt? Wat is de rechtskracht van een dergelijke overeenkomst als aan het besluit tot het aangaan van de bevoegdheidsovereenkomst (die deel uitmaakt van de gemengde overeenkomst) gebreken kleven? En welke consequentie heeft een vernietiging van dat besluit? Deze lastige vragen ontstaan als men aanneemt dat op een gemengde overeenkomst de (hiervoor besproken) regeling uit de Awb van toepassing is voorzover het een bevoegdheidsovereenkomst is, en voor het overige de ‘normale’ regeling uit Boek 6 BW. Een praktische oplossing zou de volgende aanpassing in lid 5 van artikel 1:3 Awb zijn:

‘Onder bevoegdheidsovereenkomst wordt verstaan: een bij besluit aangelegane overeenkomst, waarbij *onder meer* een toezegging wordt gedaan omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan.’

Ofwel, op gemengde overeenkomsten is het regime van de bevoegdheidsovereenkomst integraal van toepassing.

73. Naar Engels recht is schriftelijkheid al een constitutief vereiste voor de overdracht van ‘zakelijke’ rechten, zoals freehold en leasehold.

74. Een voorbeeld is de vennootschap onder firma.

Tot slot kan de vraag rijzen of een bevoegdheidsovereenkomst op de voet van artikel 3:41 of 3:42 Awb bekendgemaakt moet worden. Waar het doel van een wettelijke regeling de versterking van de positie van derden bij het uitvoeringsbesluit⁷⁵ is, zou naar mijn oordeel de wijze van bekendmaking van de bevoegdheidsovereenkomst die van het uitvoeringsbesluit moeten volgen.

5.4 Binding hetzelfde als bij de beleidsregel?

Ik vermeldde al dat Ten Berge het niet bezwaarlijk vindt als de bevoegdheidsovereenkomst dezelfde binding heeft als een beleidsregel, als daartegen zelfstandig beroep bij de administratieve rechter openstaat. In hoofdstuk 6 zal blijken dat eenzelfde binding voor een bevoegdheidsovereenkomst niet als vanzelf voortvloeit uit het introduceren van een zelfstandig beroep bij de bestuursrechter. Zij zou (evenals voor de beleidsregel) natuurlijk wel wettelijk vastgelegd kunnen worden. Een met artikel 4:84 Awb vergelijkbare bepaling zou dan als volgt kunnen luiden:

‘Het bestuursorgaan handelt overeenkomstig de bevoegdheidsovereenkomst, tenzij dat voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de bevoegdheidsovereenkomst te dienen doelen.’

Mij lijkt een dergelijke bepaling echter ongewenst. De achtergrond van artikel 4:84 Awb is dat het bestuur in de uitoefening van een bevoegdheid, indien het beleids- of beoordelingsruimte heeft, een consistente lijn mag (moet) aanbrengen, waarvan slechts in uitzonderingsgevallen wordt afgeweken. De bevoegdheidsovereenkomst ziet echter al op een concreet geval, zodat de hiervoor opgestelde bepaling een heel ander effect heeft. Zij leidt ertoe dat het bestuur gebonden is aan de bij de totstandkoming van de bevoegdheidsovereenkomst gemaakte belangenafweging, tenzij een (nadere) belangenafweging toch tot afwijking noopt. Dat zal eerder een gebrek aan consistentie tot gevolg hebben. Ik zie ook niet goed hoe de bestuursrechter het contracteerbesluit zou moeten toetsen. Een beetje terughoudend, anders zijn er geen belangen meer af te wegen in het kader van de uitvoering van de bevoegdheidsovereenkomst, maar toch ook weer niet te terughoudend, want anders hebben derde-belanghebbenden nog niet de invloed op de inhoud van het contract, die werd beoogd. Het blijkt dat de ‘dubbel-toets’ van de bestuursrechter niet leidt tot een betere bescherming van de betrokken burgers, maar wel tot ingewikkelde complicaties.

Een belangrijk verschil met de beleidsregel is ten slotte dat deze zelfbindend is: de overheid geeft te kennen een bepaalde gedragslijn te zullen volgen zonder dat de wet

75. Zo zal ik het besluit noemen dat genomen wordt bij de uitoefening van de bevoegdheid waarover de overheid heeft gecontracteerd in de bevoegdheidsovereenkomst.

haar daartoe verplicht. Een inherente afwijkingsbevoegdheid is aan die zelfbinding niet vreemd. Hoe anders is dit voor overeenkomsten. Daarvan is de binding gebaseerd op wederzijdse instemming, hetgeen impliceert dat het eenzijdig wijzigen van of het zich onttrekken aan de afspraken in beginsel juist niet mogelijk is. Een met artikel 4:84 Awb vergelijkbare bepaling voor bevoegdhedenovereenkomsten zou een aanzienlijke inbreuk betekenen op het beginsel '*pacta sunt servanda*' dat het overeenkomstenrecht beheerst. Ook ten opzichte van het geldend recht zou de bepaling een afkalking van de rechten van de wederpartij van de overheid meebrengen, omdat de verplichting tot nakoming van de overheid dan wordt gerelativeerd, terwijl een niet-nakoming zich thans tenminste nog oplost in schadevergoeding.⁷⁶

5.5 De contractspartner is nog steeds niet geholpen

In de vorige paragrafen heeft een mogelijke wettelijke regeling voor de bevoegdhedenovereenkomst wat vorm gekregen. Aanleiding hiervoor was het streven de positie van de burger, zowel wederpartij als derde, bij deze overeenkomsten te verbeteren. Is dat gelukt? Ten dele. Door het aangaan van een bevoegdhedenovereenkomst als een Awb-besluit te kwalificeren verbetert de positie van derden, omdat de voorschriften uit de Awb omtrent inspraak en bekendmaking dan van toepassing zijn of kunnen worden verklaard. De Roma uit paragraaf 3.7 zullen de met de meubelhandelaars gesloten kostenverhaalovereenkomst aan de orde kunnen stellen, omdat deze pas na bekendmaking in werking treedt. De buurtbewoners uit diezelfde paragraaf kunnen betogen dat de bestemmingsplanwijziging onrechtmatig is, omdat deze voortvloeit uit een met de projectontwikkelaar gesloten planschadevergoedingsovereenkomst, die zich niet verdraagt met het recht. Samengevat, de besluitvorming van het bestuur wint aan transparantie.

De contractspartner van de overheid daarentegen, gaat er eerder op achteruit. Hij ziet een vertrouwelijk contract plaatsmaken voor een publiekelijk bekendgemaakte overeenkomst, eventueel voorafgegaan door een voorbereidingsprocedure, terwijl hij nog steeds geen zekerheid heeft of de overheid het contract wel kan nakomen: dat blijkt immers pas als het uitvoeringsbesluit wordt genomen. Hooguit kan hij uit de reacties op de publicatie van de overeenkomst afleiden of de uitvoering ervan 'problematisch' wordt, maar een dergelijke peiling kan hij nu ook al op eigen initiatief uitvoeren. In het volgende hoofdstuk zal onderzocht worden of versterking van zijn positie ook mogelijk is, vanzelfsprekend zonder de winst voor de derde-belanghebbenden weer prijs te geven.

76. Een verstandige overheid zal zich wel exonereren voor niet-nakoming wegens toepassing van publiekrecht, maar dan weet de burger ook waar hij aan toe is. De *pacta* zijn dan anders, maar *sunt* nog steeds *servanda*.

6 Rechtsbescherming

6.1 Communicerende vaten

Al eerder stelde ik vast dat het hart van de onbetrouwbaarheid van de overheid als contractspartner is gelegen in het feit dat zij bij de uitvoering van de overeenkomst rekening moet houden met andere, niet in de overeenkomst verdisconteerde regels en belangen, waaronder die van derden die geen partij zijn bij de overeenkomst. Voor die derden is het bestaan van de overeenkomst eigenlijk niet relevant. Wegen hun belangen zwaarder dan die van de wederpartij van de overheid, dan blokkeert dat de nakoming van de overeenkomst en zal de laatste genoeg moeten nemen met een schadevergoeding.

Er is dus sprake van een soort communicerende vaten: naarmate derden minder invloed hebben op de totstandkoming van de bevoegdhedenovereenkomst, zal die hen ook minder binden, en is het risico voor de contracterende burger dus groter dat hun belangen aan nakoming in de weg staan. Vanzelfsprekend is dat voor de overheid evenzeer een risico, omdat die in dat geval met een schadeclaim blijft zitten. Voor beide partijen bij een bevoegdhedenovereenkomst zou het dus aantrekkelijk kunnen zijn als al in een vroeg stadium de rechtsgeldigheid van een bevoegdhedenovereenkomst wordt vastgesteld. Dat zou kunnen door tegen het contracteerbesluit beroep bij de administratieve rechter open te stellen.⁷⁷ Het moge duidelijk zijn dat dat ingrijpende consequenties heeft, voldoende stof voor nog een preadvies. Daarom beperk ik mij tot het opwerpen van een aantal vragen.

6.2 Wie kan beroep instellen?

De vraag wie beroep tegen het contracteerbesluit kan instellen, lijkt vrij eenvoudig te beantwoorden. Ik zou menen dat de kring van belanghebbenden bij het contracteerbesluit gelijk is aan die bij het uitvoeringsbesluit. Dat betekent dat ook de contractspartij zelf beroep kan instellen en dat lijkt mij ook terecht. Zij kan in dat beroep aan de orde

77. Natuurlijk kunnen derden momenteel al bij de civiele rechter een verklaring voor recht vragen dat een bepaalde overeenkomst nietig is, maar de toetsing aan art. 3:40 BW die dan plaatsvindt, is toch een andere dan de volledige rechtmatigheidstoetsing van de administratieve rechter die leidt tot een vernietiging ex art. 8:72 lid 1 Awb.

stellen of de overheid mocht bedingen wat zij heeft bedongen. Toch zal de praktijk vermoedelijk laten zien dat de contractspartij geen beroep instelt, zelfs als de bedongen prestaties evident in strijd zijn met het recht. Immers, het accepteren van die voorwaarden is vaak de enige mogelijkheid om de overheid te bewegen het gewenste besluit te nemen. Ik kom daar in paragraaf 6.5 nog op terug.

6.3 Rechtskracht van de overeenkomst in de bezwaar- en beroepsfase

Wordt het beroep gegrond verklaard, dan zal de bestuursrechter het bestreden besluit vernietigen. Dat leidt tot verwickelingen, als dit besluit niet het contracteerbesluit zelf is, maar de beslissing op het bezwaarschrift daartegen. Want wat heeft te gelden in de periode tussen de vernietiging van de beslissing op bezwaar en de hernieuwde besluitvorming?⁷⁸ Formeel bestaat het contracteerbesluit dan nog en is dus de bevoegdhedenovereenkomst nog van kracht. In die onduidelijke periode kan de contractspartij van de overheid besluiten nakoming te vragen bij de civiele rechter. Hoe moet deze daarmee omgaan?

Men zou dit probleem kunnen ondervangen door tegen het contracteerbesluit rechtstreeks beroep open te stellen.⁷⁹ Dat geeft echter niet noodzakelijk meer rechtszekerheid. Bekend is immers het ‘gepingpong’ tussen rechter en bestuur, waarbij het bestuur steeds nieuwe beslissingen op bezwaar neemt, die de bestuursrechter vervolgens vernietigt.⁸⁰ De verhouding tussen de partijen bij een bevoegdhedenovereenkomst laat zich dan het best beschrijven als een ‘knipperlichtrelatie’.

Al deze bezwaren kunnen natuurlijk in één klap worden ondervangen door het in paragraaf 5.3 geboren artikel 7.21.1 ietwat aan te passen:

Artikel 7.21.1

‘Een bevoegdhedenovereenkomst als omschreven in het vijfde lid van artikel 1:3 van de Algemene Wet bestuursrecht, komt tot stand overeenkomstig het bepaalde in artikel 217 van boek 6, zulks onder de opschortende voorwaarde van onherroepelijkheid van het besluit tot het aangaan van deze overeenkomst.’

De tol is echter hoog: in een niet onaanzienlijk aantal gevallen zal de burger eindeloos moeten wachten tot hij een overeenkomst met de overheid heeft die van kracht is. Ik

78. Dit probleem is natuurlijk niet beperkt tot bevoegdhedenovereenkomsten. Het speelt bij vele Awb-besluiten. Voor het contracteerbesluit klemt het bijzonder, omdat de civiele rechter niet altijd, zoals bij schadevergoeding uit onrechtmatige daad, de uitkomst van de bestuursrechtelijke rechtsgang kan afwachten.

79. Via een aparte wettelijke bepaling of door de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure voor te schrijven: zie art. 7:1 lid 1, aanhef en onder d.

80. Zie daarover de oratie van J.E.M. Polak, hoofdstuk II (Polak 2000, p. 9 e.v.).

durf het nog wel wat sterker te stellen: de stroperigheid van deze bepaling is zo groot dat zij het einde van de bevoegdhedenovereenkomst zou betekenen.

6.4 Verhouding tussen contracteerbesluit en uitvoeringsbesluit

Laten we nu de zaak van de zonnige zijde bezien, en aannemen dat tegen het contracteerbesluit niet wordt opgekomen of dat de bestuursrechter het besluit in stand laat. Is de burger die partij is bij de bevoegdhedenovereenkomst nu verzekerd van nakoming? Geenszins. Ik zal dit illustreren aan de hand van het sjabloon van een bevoegdhedenovereenkomst:

1. De overheid X zal vergunning/ontheffing/vrijstelling Y verlenen aan burger B als deze aan zijn verplichtingen uit de artikelen 3 t/m 33 voldoet.
2. De overheid X is niet aansprakelijk voor niet-nakoming van artikel 1, als nakoming zou leiden tot publiekrechtelijke besluitvorming in strijd met het recht en/of als nakoming onmogelijk blijkt door succesvolle bezwaar- en beroepsprocedures van derden.

Hoe zal de bestuursrechter een dergelijke overeenkomst nu toetsen? Mijns inziens kan hij dat op twee manieren doen. Als hij een terughoudende toetsing verricht, beperkt hij zich tot de vraag of het de overheid *in beginsel* vrijstaat de vergunning/ontheffing/vrijstelling Y te verlenen (wat bij gebonden beschikkingen niet altijd het geval zal zijn), en voorts of het bedingen van de diverse tegenprestaties geen strijd oplevert met de wet of een van de a.b.b.b. (met name kan gedacht worden aan het verbod op *détournement de pouvoir*). Een concrete belangenafweging verricht hij nog niet, die komt pas aan de orde bij de toetsing van het besluit Y zelf. Dat betekent dat burger B ook na de toetsing van het contracteerbesluit in het ongewisse blijft of hij inderdaad de vergunning/ontheffing/vrijstelling Y krijgt.

De bestuursrechter kan dit voorkomen door te toetsen of het besluit Y ook daadwerkelijk genomen kan en mag worden, gelet op de wettelijke regeling en alle betrokken belangen. Dat maakt de zaak echter niet eenvoudiger. De rechter toetst dan niet alleen het contracteerbesluit, maar in feite ook het uitvoeringsbesluit, terwijl dat (nog) niet genomen is. Het contracteerbesluit wordt dan als het ware vereenzelvigd met het uitvoeringsbesluit. Dat is ongewenst, omdat zo voorbij wordt gegaan aan alle rechtsbeschermingsprocedures waarmee het uitvoeringsbesluit is omgeven.

Weer anders ligt het, als men artikel 1 iets wijzigt in ‘De overheid X zal zich inspannen om vergunning Y te verlenen’. Dit zal bij de bestuursrechter vermoedelijk de reactie oproepen: ‘U doet u best maar, bij de beoordeling van vergunning Y zelf zullen we wel zien of uw inspanningen worden beloond.’

Kortom, een rechtstreeks beroep op de bestuursrechter levert misschien wel wat op, namelijk een oordeel over de rechtmatigheid van de overeenkomst, maar een rechtmatig contracteerbesluit geeft nog geen garantie op het overeengekomen uitvoeringsbesluit. De winst voor de contractspartij is dus beperkt.

6.5 Formele rechtskracht

In dit hoofdstuk over rechtsbescherming mag de civiele rechter natuurlijk niet ontbreken. Hoe kijkt hij aan tegen een niet-aangevallen of door de bestuursrechter gesanctioneerde bevoegdheidsovereenkomst? Volgens de leer van de formele rechtskracht zal hij van de rechtmatigheid van het contracteerbesluit hebben uit te gaan, zowel qua inhoud als totstandkoming.⁸¹ Dat impliceert op het eerste gezicht dat een vordering van een burger voor recht te verklaren dat een overeenkomst nietig is op grond van artikel 3:40 BW, moet stranden. Immers, de bestuursrechter heeft nu net geoordeeld dat de overeenkomst geldig is. Maar geldt dat ook voor de vernietigbaarheden uit de artikelen 3:44 en 6:228 BW (bedreiging, bedrog, misbruik van omstandigheden en dwaling)? Volgens de leer van de formele rechtskracht moet de burgerlijke rechter ook uitgaan van de rechtmatigheid van de totstandkoming van het contracteerbesluit. De vraag is of daarmee ook de rechtmatigheid van de totstandkoming van de overeenkomst zelf vaststaat. Als dat niet zo is – en ik meen dat het niet zo moet zijn, al was het maar vanwege de ongewenste verkorting van de verjaringstermijn van vijf jaar tot zes weken – dan kan de civiele rechter de geldigheid van de overeenkomst dus toch nog zelfstandig toetsen. Men kan dit ook wel verdedigen door een onderscheid aan te brengen tussen de meerszijdige rechtshandeling naar privaatrecht (de overeenkomst) enerzijds, en de eenzijdige rechtshandeling naar publiekrecht (het contracteerbesluit) anderzijds, waarbij de laatste voor het bestaan van de eerste een noodzakelijke, maar niet de enige voorwaarde is.⁸² Maar met die redenering is een beroep op artikel 3:40 BW evenmin uitgesloten, ondanks de formele rechtskracht van het besluit tot het aangaan van de overeenkomst. Het effect van de formele rechtskracht en de daarmee beoogde rechtszekerheid wordt zo aanmerkelijk beperkt.

Voor de burger die partij is bij bijvoorbeeld een planschadevergoedingsovereenkomst betekent toepassing van de leer van de formele rechtskracht bovendien een achteruitgang. Hij zal namelijk, zoals in paragraaf 6.2 gememoreerd, vermoedelijk geen beroep durven instellen tegen het contracteerbesluit zelf uit angst dat de hele overeenkomst niet doorgaat. Dat heeft voor hem echter wel de consequentie dat hij daarna ook gehouden is de planschadekosten aan de overheid te vergoeden, ook al is die prestatie

81. HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723 m.nt. MS, AB 1986, 573 m.nt. FHvdB, AB klassiek 1997, nr. 22 m.nt. J.B.J.M. ten Berge (Heesch/vd Akker) en de in die noot genoemde jurisprudentie.

82. Tegen dit onderscheid pleit dan weer dat de bestuursrechter de facto niet alleen het contracteerbesluit zal toetsen, maar ook de rechtsgeldigheid van de overeenkomst zelf.

in strijd met het recht bedongen. Men kan dit natuurlijk ook als een voordeel zien: het maakt een einde aan de bouwers die zich vrolijk verbinden tot vergoeding van de planschadeposten, om deze even vrolijk, als de bouwvergunning is verleend, als onverschuldigd betaald terug te vorderen.

Ongetwijfeld zullen de partijen bij een bevoegdheidsovereenkomst soms andere wegen trachten te vinden om aan hun verplichtingen te ontkomen. De verhouding met de leer van de formele rechtskracht is dan niet altijd eenvoudig. Hoe bijvoorbeeld om te gaan met een vordering tot wijziging van de overeenkomst op grond van onvoorziene omstandigheden, dan wel de aanvullende of derogerende werking van redelijkheid en billijkheid? Kan dat nog wel? En als het kan, begeeft de civiele rechter zich dan niet toch weer op het terrein dat nu juist aan de bestuursrechter was toebedeeld, namelijk de inhoud van de overeenkomst? Het omgekeerde kan ook het geval zijn, bijvoorbeeld als de overheid zich bij het sluiten van de bevoegdheidsovereenkomst bedient van algemene voorwaarden. Moet de bestuursrechter bij zijn beoordeling dan ook de regeling van afdeling 6.5.3 BW gaan toepassen?

6.6 Voorlopig geen beroep bij de bestuursrechter

In de voorgaande paragrafen heb ik met name een groot aantal vragen opgeworpen, die rijzen als de bestuursrechter over bevoegdheidsovereenkomsten gaat oordelen. Ik erken onmiddellijk dat ik op veel van deze vragen nauwelijks het begin van een antwoord heb gegeven. Het zal duidelijk zijn dat ik vooralsnog weinig heil zie in een rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter tegen besluiten tot het aangaan van een bevoegdheidsovereenkomst. Mijn analyse was er natuurlijk een in vogelvlucht en misschien zie ik het te somber in, maar zeker is volgens mij wel dat de wetgever de consequenties van een dergelijk beroep zeer goed zal moeten doordenken alvorens het in te voeren.

7 Wat moet er nu in de Awb?

7.1 Een korte samenvatting

Met name de bevoegdhedenovereenkomst is het voorwerp geweest van mijn onderzoek naar de wenselijkheid van een wettelijke regeling voor overheidscontracten. Ik stelde vast dat het motief voor een regeling in de Awb met name gelegen is in het vinden van een beter evenwicht tussen de belangen van contractspartij en derden. Dat evenwicht is gediend met transparantie van de totstandkoming van bevoegdhedenovereenkomsten. Nu bevat de Awb al een aantal bepalingen omtrent procedure, bekendmaking en motivering, maar deze beperken zich tot besluiten in de zin van artikel 1:3 Awb. Een analyse van de geldende wetgeving en rechtspraak leidde tot de conclusie dat het zeer de vraag is of het besluit tot het aangaan van een bevoegdhedenovereenkomst zo een besluit is. De wetgever zou het contracteerbesluit echter expliciet als Awb-besluit kunnen aanmerken. Aan het slot van dit preadvies is dan natuurlijk de vraag: is dat gewenst?

7.2 Wel een regeling, maar niet in de Awb

Na lezing van hoofdstuk 5 verrast het misschien, maar ik beantwoord deze vraag vooralsnog ontkennend. Dit is niet omdat ik het onwenselijk vind als regels omtrent bekendmaking, inspraak en voorbereidingsprocedures uit de Awb op bepaalde overheidscontracten van toepassing zijn, maar omdat ik meen dat een overeenkomst (en ook het besluit tot het aangaan ervan) in haar essentie verschilt van het besluitbegrip uit de Awb, zoals wij dat thans verstaan. Gebleken is dat de vergelijking met de beleidsregel niet opgaat en niet voor niets schaarde ik mij achter de visie van Konijnenbelt dat artikel 8:3 Awb in feite een overbodige bepaling is.

Naar mijn oordeel ligt aan privaatrechtelijk handelen pas een publiekrechtelijk besluit ten grondslag, als de wetgever de Maastrichtse lijn overneemt en bepaalt dat de autonomie van het burgerlijk recht niet geldt voor de overheid. Van de totstandkoming van een overeenkomst is in dat geval alleen geen sprake meer, zo stelde ik al. Die rechtsfiguur zou dan exclusief aan burgers zijn voorbehouden. Vanzelfsprekend kan de wetgever aan de overheid publiekrechtelijke bevoegdheden toekennen om het gemis van de overeenkomst te compenseren, bijvoorbeeld een nakomingsactie van beschikingsvoorwaarden. Zolang men echter de autonome privaatrechtelijke bevoegdheden van

de overheid accepteert, moet men de uitoefening daarvan niet onder het Awb-besluit-begrip brengen. De motieven daarvoor (toepasselijkheid van de regels uit de Awb, verdeling van rechtsmacht) zijn mijns inziens oneigenlijk, evenals bij het zelfstandig schadesluit overigens.⁸³

Moet er dan wellicht een regeling voor bevoegdhedenovereenkomsten in de Awb komen, zonder dat het contracteerbesluit aangemerkt wordt als Awb-besluit? Dat zou kunnen, maar naar mijn mening is de Awb niet de juiste plaats voor een dergelijke regeling. Omdat het civielrechtelijke karakter van de bevoegdhedenovereenkomst overwegend is en het publiekrechtelijke karakter ervan bij het uitvoeringsbesluit aan de orde komt, voel ik er meer voor om dit type overeenkomst regeling te geven in het Burgerlijk Wetboek en, voor wat betreft de totstandkoming en bekendmaking, eventueel in de betrokken organieke wet. Daar zou wat mij betreft geregeld kunnen worden dat een bevoegdhedenovereenkomst pas in werking treedt als hij is bekendgemaakt op dezelfde wijze als het besluit, waarover gecontracteerd is, bekendgemaakt moet worden. Toepasselijkheid van de nodige materiële Awb-normen is al verzekerd via artikel 3:1 lid 2 Awb. Met die bepaling kunnen zo nodig ook de voorbereidingsprocedures van de afdelingen 3.4 en 3.5 op de bevoegdhedenovereenkomst van toepassing worden verklaard. De transparantie van de totstandkoming van een bevoegdhedenovereenkomst kan toenemen door artikel 3:47 Awb uit te breiden met de verplichting een omtrent het besluit gedane toezegging of gesloten overeenkomst te vermelden.⁸⁴ Tot slot kunnen de aanwijzingen voor de regelgeving een nuttige rol vervullen bij het expliciteren in specifieke publiekrechtelijke wetten van de toelaatbaarheid van een bevoegdhedenovereenkomst. Artikel 4:36 Awb is daarvan al een goed voorbeeld.⁸⁵

7.3 Geen regeling van beleidsovereenkomsten

In hoofdstuk 2 stipte ik al aan dat een speciale regeling voor een bepaalde rechtsfiguur afgrenzingsproblemen oproept. Wil men voor bevoegdhedenovereenkomsten een wettelijke regeling, moet die dan ook op andere overheidscontracten van toepassing zijn? De belangen van derden kunnen immers ook geschaad worden door de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden door de overheid, bijvoorbeeld wanneer een gemeente openbare ruimte beschikbaar stelt voor de aanleg van een skatepark. Hoewel steeds meer activiteiten van de overheid waarbij belangen van derden zijn betrokken, publiekrechtelijk gereguleerd worden, is het onderscheid tussen bevoegdhedenovereenkomsten en (andere) beleidsovereenkomsten vanuit dat gezichtspunt bezien betrekkelijk.

83. Daarbij teken ik aan dat in hoofdstuk 6 is gebleken dat het nog maar de vraag is of het verstandig is om de bestuursrechter bevoegd te maken ten aanzien van bevoegdhedenovereenkomsten.

84. Deze suggestie, die siert door haar eenvoud, deed mr. J.H.A. van der Grinten mij aan de hand.

85. Al kan men zich afvragen of de subsidietitel wel in de Awb thuishoort.

Toch zou dat geen reden moeten zijn om de werkingssfeer van een wettelijke regeling voor bevoegdhedenovereenkomsten uit te breiden. Als de wetgever vindt dat de belangen van derden onaanvaardbaar in het gedrang komen door de uitoefening van bepaalde privaatrechtelijke bevoegdheden (door burger of overheid), dan dient hij de uitoefening zelf publiekrechtelijk te reguleren, bijvoorbeeld met een vergunningstelsel. Zolang de wetgever dat niet doet, zie ik niet in waarom omtrent de uitoefening van die bevoegdheden gesloten contracten wel speciale regeling zouden behoeven. Laat men een regeling voor die contracten achterwege, dan blijft gewaarborgd dat een bijzondere wettelijke regeling voor de bevoegdhedenovereenkomst correspondeert met het bijzondere, namelijk publiekrechtelijke, karakter van de bevoegdheidsuitoefening zelf.

7.4 Tot besluit

Dit preadvies begon met het plan het overheidscontract in de Awb te presenteren als een item uit het Jeugdjournaal. Of dat gelukt is, weet ik niet, maar het resultaat van mijn onderzoek zullen wij, Jonge VAR-leden, wel kunnen waarderen: geen extra regels in de Algemene wet bestuursrecht!

8 Lijst van verkort aangehaalde literatuur

Ackermans-Wijn 1989

J.C.E. Ackermans-Wijn, Contracten met de overheid (diss. KUN), Deventer 1989.

Ten Berge 1994

G. ten Berge, Onderhandelend bestuur en bestuursrecht, in: Onderhandelend bestuur, Zwolle 1994.

Bloembergen 1996

A.R. Bloembergen, Iets over de verhouding van burgerlijk recht en Awb, NTB 1996, 1.

Bloembergen 1997

A.R. Bloembergen & A.Q.C. Tak, De overheid in het burgerlijk recht (boekbeschuwing), RM Themis 1998, p. 49-52.

De Haan 1998a

P. de Haan, Het moderne bestuursrecht en de verhouding publiek-/privaatrecht (preadvies voor de Christen Juristen Vereniging), Deventer: CJV 1998.

De Haan 1998b

P. de Haan, De overheid in het burgerlijk recht van A.Q.C. Tak (boekbeschuwing), NTB 1998.

De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998-II

P. de Haan, Th.G. Drupsteen, R. Fernhout, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, deel 2, Bestuurshandelingen en waarborgen, Deventer 1998.

De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001-I

P. de Haan, Th.G. Drupsteen, R. Fernhout, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, deel 1, Ontwikkeling, Organisatie, Instrumentarium, Deventer 2001.

Jacobs 1998

M.J. Jacobs, Subsidieovereenkomsten (diss. VU), 's-Gravenhage 1998.

Jacobs & Den Ouden 1997

M.J. Jacobs & W. den Ouden, Hoedt u voor artikel 4:36 Awb!, NTB 1997, p. 254-266.

Kluin 1994

R. Kluin, Overeenkomsten tussen overheden (diss. KUN), Deventer 1994.

Kortmann, Vermeulen & Zoontjes 2000

C.A.J.M. Kortmann, B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjes, De Awb en de bijzondere wetgeving, VAR-reeks 124, Den Haag 2000.

Lubach 1982

D.A. Lubach, Beleidsvereenkomsten (diss. RUU), Deventer 1982.

Lubach & Van Schendel 1986

D.A. Lubach & W.A.M. van Schendel, Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht, VAR-reeks 94, Alphen a/d Rijn 1986.

Mok 1997

M.R. Mok, Pacta sunt servanda; ja toch? (afscheidscollege RU Groningen), Zwolle 1997.

Van Ommeren 1996

F.J. van Ommeren, De verplichting verankerd (diss. VU), Deventer 1996.

Polak 1999

J.E.M. Polak, Burgerlijke rechter of bestuursrechter? (diss. UvA), Deventer 1999.

Polak 2000

J.E.M. Polak, Effectieve bestuursrechtspraak (oratie UL), Deventer 2000.

Scheltema 1988

M. Scheltema, De verhouding van de Algemene wet bestuursrecht tot het burgerlijk recht, in: Bestuursrecht en Nieuw B.W., Zwolle 1988.

Simon 1993

H.J. Simon, De publiekrechtelijke overeenkomst, TAR 1993, p. 612-630.

Simon & Tak 1994

H.J. Simon & A.Q.C. Tak, Het BW als 'zwart gat', NTBR 1994, p. 173-180.

Tak 1989

A.Q.C. Tak, Terugtocht van twee wegen, NTB 1989, p. 297-314.

Teunissen 1997

J.H.M.F. Teunissen, Afrekening met de gemene rechtsleer en de tweewegenleer, Gst. 1997, nrs. 7048 en 7049, p. 85-98, 125-134.

Verheij 1999

N. Verheij, Een eigen recht(er), in: N. Verheij, J.L. de Wijkerslooth & A.J.C. de Moor-Van Vught, Verschuiving van de magische lijn, VAR-reeks 122, Alphen aan den Rijn 1999.

Vranken 1988

J.B.M. Vranken, Wisselwerking tussen privaatrecht en bestuursrecht, in: Bestuursrecht en Nieuw B.W., Zwolle 1988.

Verslag

Hierna volgt het verslag van de eerste bijeenkomst van de Jonge VAR op 22 november 2002 te Den Haag. De bijeenkomst werd voorgezeten door prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels, voorzitter van de VAR. Het verslag betreft de bespreking van de drie 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 drie onderdelen is de uitslag van de stemming over enkele stellingen met betrekking tot het desbetreffende preadvies weergegeven.

Bespreking van het preadvies van mr. M.A.M. Dieperink, Omtrekken van een algemene regeling voor intrekken – Over een algemene regeling voor intrekking en wijziging van beschikkingen in de Awb

Bernd van der Meulen

Ik wil mij beperken tot de intrekking van begunstigende beschikkingen. Dieperink neemt, mijns inziens terecht, het vertrouwensbeginsel tot uitgangspunt. Sommige auteurs onderscheiden van het vertrouwensbeginsel het rechtszekerheidsbeginsel. Ik vind dat juist in dit verband nuttig. Bij intrekking gaat het immers niet alleen om aantasting van verwachtingen, maar van verkregen rechten. Verkregen rechten verdienen meer bescherming dan opgewekte verwachtingen. Je zou de intrekking van een begunstigend besluit kunnen vergelijken met een bestuursrechtelijke vorm van onteigening.

Dieperink kent de bevoegdheid tot intrekking toe aan het bestuursorgaan dat bevoegd is om het besluit te nemen. Dat lijkt een open deur,¹ maar is dat bij bijvoorbeeld overgangsrechtelijke situaties niet. Is degene bevoegd die het besluit naar oud recht heeft genomen of is degene bevoegd die naar nieuw recht tot het nemen van het besluit bevoegd zou zijn? Ik zou menen dat laatstgenoemde bevoegd is. Wie is bevoegd om een onbevoegd genomen besluit in te trekken? Is degene die het besluit heeft genomen of is degene die de bevoegdheid heeft besluiten van het desbetreffende type te nemen, daartoe bevoegd? De Centrale Raad van Beroep meent dat het laatstgenoemde

1. Tot nu toe wordt aangenomen dat de bevoegdheid tot intrekking impliciet gegeven is met de bevoegdheid een besluit te nemen. Zie over impliciete bevoegdheden bijvoorbeeld Info Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht, Elsevier 2000, p. 102 e.v.

bestuursorgaan daartoe bevoegd is.² Kortom, een aanwijzing van de bevoegde instantie is zinnig.

De kern van het preadvies gaat over de gronden van intrekking. Dieperink noemt een aantal belangrijke gronden, die aanleiding kunnen vormen voor intrekking en waarvan zij regeling/codificatie bepleit. Eén vraag beantwoordt ze daar niet, namelijk de vraag of die gronden limitatief zouden moeten zijn. Ik pleit voor een niet-limitatieve opsomming van gronden. Moet een overheid niet altijd op besluiten kunnen terugkomen, wanneer zij oordeelt dat het algemeen belang daarmee gediend is? Behoort het niet tot de essentie van de democratie dat het bestuur van mening kan veranderen en dat het bestuur terug kan komen op wat eerdere besturen hebben gedaan? Wellicht is bestuurscompensatie op zijn plaats, maar ik meen dat koerswijziging moet mogen. Recent heeft de Rechtbank Den Bosch geoordeeld dat een vergunning voor een kerncentrale niet mocht worden ingetrokken, omdat de intrekkinggrond waarin de vergunning voorzag, niet was vervuld. Dit lijkt mij nu typisch een voorbeeld van een besluit waarop om politieke redenen altijd zou moeten mogen worden teruggekomen (uiteraard onder vergoeding van schade).

Het voorbeeld brengt mij bij andere redenen voor intrekking, die wel impliciet, maar niet expliciet in het preadvies zijn voorzien: redenen die in de beschikking zijn voorzien. Uit oogpunt van rechtszekerheid valt weinig in te brengen tegen intrekking op gronden die vooraf uitdrukkelijk als zodanig zijn aangereikt.

Een uiterst interessante intrekkinggrond is de door Dieperink genoemde onjuistheid van de beschikking. Helaas geeft zij niet aan wanneer een beschikking volgens haar onjuist is. Deze vraag is echter niet onproblematisch. Je zou kunnen betogen dat een besluit waartegen rechtsmiddelen hebben opengestaan, die ongebruikt zijn gebleven, op grond van de formele rechtskracht per definitie juist is of in ieder geval als juist heeft te gelden. Dit blijkt uit de rechtspraak over intrekking van besluiten.

Een bestuursorgaan is niet zomaar verplicht om in te trekken. In de rechtspraak wordt aan het bestuur een hoge mate van discretionaire vrijheid toegekend om te weigeren terug te komen op een rechtens onaantastbaar geworden besluit.³ Ik heb de indruk dat de marge tussen mogen en moeten bij intrekking substantieel groter is dan bij andere besluiten. De verklaring daarvoor is gelegen in het rechtszekerheidsbeginsel. Dit is onder andere tot uitdrukking gebracht in ultrakorte⁴ bestuursrechtelijke termijnen om rechtsmiddelen in te stellen.

Niettegenstaande de formele rechtskracht op grond waarvan een besluit als rechtens juist heeft te gelden, is het bestuur bevoegd om een onaantastbaar besluit onjuist te achten.

2. CRvB 5 juni 1997, JB 1997, 195 m.nt. FAMS.

3. Vgl. CRvB 18 december 1997, JB 1998/40 m.nt. EvdL.

4. In vergelijking tot de civiele verjaringstermijnen.

Ik kan mij ten minste drie varianten voorstellen:

- De beschikking is in strijd met een algemeen verbindend voorschrift.
- De beschikking is in strijd met het gevoerde beleid.
- De beschikking berust op een onjuiste voorstelling van zaken.

In het eerste geval gaat de beschikking buiten de grenzen die de wet haar stelt. In het tweede geval blijft zij daarbinnen, maar gaat zij de grenzen te buiten die het bestuur zichzelf heeft gesteld. In het laatste geval blijft zij ook daarbinnen, maar is het besluit anders uitgevallen dan zou zijn gebeurd wanneer het bestuur had gehandeld met een juist beeld van de werkelijkheid. De laatste variant zou wat mij betreft nader mogen worden ingevuld met behulp van het civielrechtelijke leerstuk van de wilsgebreken.⁵

Bij de intrekking van een besluit is vaak de aantasting aan de orde van rechten, die door het intrekken de bestuursorgaan zelf zijn toegekend. Intrekkingen lijken mij daarom bij uitstek besluiten, waarbij de vraag naar bestuurscompensatie aan de orde hoort te komen. Ik maakte al even een vergelijking tussen intrekking van een begunstige beschikking en onteigening. Ingevolge artikel 14 van de Grondwet kan onteigening alleen geschieden tegen vooraf verzekerde schadeloosstelling. Deze bepaling zal in de meeste gevallen niet rechtstreeks van toepassing zijn, maar de onderliggende gedachte van die bepaling is hier wel van belang. Ligt de reden voor intrekking in de risicosfeer van de begunstigde (onjuiste inlichtingen/sanctie), dan geen compensatie, gaat het om veranderde inzichten bij het bestuur, dan wel.

Marjolein Dieperink

Ik heb vier vragen ontwaard: moeten de gronden limitatief zijn? Als een besluit al voorziet in de mogelijkheid van intrekking, moet intrekking op grond van de Awb dan toch mogelijk zijn? Wat is een onjuist besluit? Moet in de Awb een regeling worden getroffen aangaande bestuurscompensatie bij intrekking van besluiten? Ik meen dat de gronden zoals ik ze heb geformuleerd, zo veel ruimte laten aan het bestuur, dat die gronden moeten gelden als limitatieve gronden. De meest ruime grond die ik heb geformuleerd, en dat realiseer ik mijzelf ook, is de grond 'verandering van inzichten of omstandigheden'. Daar is een hoop onder te scharen, bijvoorbeeld wijziging van recht en wijziging van inzichten, zoals ten aanzien van de stand der techniek bij een milieuvergunning. Genoemde grond is een zeer ruime grond. Echter, in de Awb, een algemene wet, ben je toch genoodzaakt om gronden algemeen te formuleren. Ten aanzien van de tweede vraag vind ik dat de bevoegdheid tot intrekking in een regeling en niet in een besluit neergelegd dient te worden. Wat betreft de onjuistheid van een besluit ben ik het er volledig mee eens dat er drie onjuistheden kunnen zijn ten aanzien van een besluit. Ik meen dat er geen aparte regeling voor bestuurscompensatie in geval van

5. Zie B.M.J. van der Meulen, Geen ruimte voor wilsgebreken bij de overheid?, TvO 1988, p. 400-401.

intrekking in de Awb hoeft te worden opgenomen. Hierbij speelt het vertrouwensbeginsel. Indien vertrouwen is gewekt, zou dit aanleiding kunnen geven om dat vertrouwen te honoreren in de vorm van bijvoorbeeld een financiële vergoeding. Is de onjuistheid van een besluit gelegen in een fout van de burger, onjuiste of onvolledige gegevensverstrekking, dan is er geen reden voor bestuurscompensatie. Is de onjuistheid van een besluit te wijten aan het bestuur, dan is er wel een reden om te compenseren in de vorm van een financiële vergoeding of een andere beschikking.

Roel Lauwerier

Ik zou het preadvies eigenlijk de ondertitel mee willen geven 'Advies met voorbedachte rade'. Van tevoren stond namelijk vast dat in de Awb een regeling over intrekkingen moest komen. Jij voert twee redenen aan om tot opnemning van een regeling voor intrekking van beschikkingen in de Awb over te gaan, te weten kenbaarheid omtrent onder welke omstandigheden gerechtvaardigde verwachtingen aantastbaar zijn en duidelijkheid en eenvoud. Over deze redenen kun je hartgrondig met elkaar van mening verschillen.

Ik wil ingaan op de intrekkingen die je naar voren hebt gebracht. Een van die gronden is bijvoorbeeld nieuw gebleken feiten en gewijzigde omstandigheden. Daarvan zeg je zelf dat die grond dusdanig neutraal en veelomvattend is dat hij zich daarom goed leent als algemene intrekkinggrond in een algemene regeling. Je hebt zelf ook al aangegeven dat het inderdaad zo'n open norm is, die eigenlijk zo breed is dat je er van alles onder kunt scharen. Zijn de gronden die jij aanduidt, niet zo breed en zo algemeen, dat het geen enkele meerwaarde heeft om die in een wettelijke regeling vast te leggen?

Marjolein Dieperink

Jij hebt aangegeven dat ik een regeling in de Awb wil over intrekkingen van besluiten, omdat daarmee duidelijkheid wordt gegeven. Het argument van duidelijkheid pleit voor een wettelijke regeling om intrekking op zich en niet per se voor een regeling van deze materie in de Awb. Ik ben eerst nagegaan waarin de wenselijkheid en noodzaak is gelegen om überhaupt een wettelijke regeling op te stellen. Vervolgens neem ik aan dat als er een wettelijke regeling moet komen, deze regeling in de Awb moet worden opgenomen. Daarbij sluit ik dus uit dat het onderwerp in bijzondere wetgeving geregeld moet worden. Dat is een bewuste keuze, ook gezien het onderwerp van deze middag en de andere preadviezen. Vervolgens ga ik in op de vraag dat als er een regeling in de Awb komt, hoe je daarin aan de gespannen verhouding tussen intrekking van besluiten en het vertrouwensbeginsel en andere knelpunten, die in de praktijk blijken, tegemoet kunt komen. Ik formuleer vervolgens vier algemene intrekkingen. Ik ben het met je eens dat vooral de eerste grond erg ruim is, maar dat is inherent aan een algemene regeling. Bovendien is het niet uitgesloten dat je deze algemene grond middels een aanvullende regeling in geval van bijzondere beschikkingen, invulling kunt geven.

Een milieuvergunning zou bijvoorbeeld kunnen worden ingetrokken als de inrichting verwoest is of als de stand der techniek verandert. Ik meen dat je onder de vier gronden, zoals ik ze in mijn preadvies heb geformuleerd, alle bijzondere intrekkingsgronden kunt vangen.

Roel Lauwerier

Waarom regel je de intrekkingsgronden dan niet louter bij bijzondere regeling? Je motief voor opname van een algemene regeling voor intrekkingsgronden is het verschaffen van duidelijkheid en eenvoud. Echter, je kunt met de algemene gronden die je aangeeft geen duidelijkheid en eenvoud bieden. Je komt daarmee in een begrippen-discussie over wat er nu onder die gronden verstaan moet worden. Daarmee roep je misschien juist meer discussie op.

Marjolein Dieperink

Mijn uitgangspunt is wel heel duidelijk: de intrekkingsgronden moeten in een algemene wettelijke regeling worden opgenomen. Nu is het zo dat veel intrekkings van beschikkingen plaatsvinden zonder dat daar een wettelijke bevoegdheid aan ten grondslag ligt. Middels een algemene regeling zou je het kader kunnen scheppen waarbinnen intrekking mogelijk is. Door directe toetsing aan die normen wordt aan de grond invulling gegeven. Voorts moet de bevoegdheid tot intrekking geformuleerd worden als een kán-bepaling, waarin alle relevante belangen tegen elkaar afgewogen zouden moeten worden.

Voorzitter

Wellicht zou je daaraan kunnen toevoegen dat zelfs wanneer de bijzondere regeling niets specifiek toevoegt, het toch afhankelijk is van de strekking en de doelstelling van de regeling welke feiten relevant zijn en in welke gevallen dan wel van een nieuw feit dan wel van een nieuwe omstandigheid sprake is. Kortom, het door Marjolein Dieperink gegeven kader zal niet alle problemen oplossen, maar er is dan tenminste een algemeen kader dat in allerlei gevallen wel een bepaalde kleur zal aannemen en eventueel ingevuld wordt middels bijzondere wettelijke bepalingen.

Jan Reinier van Angeren

Het staat buiten kijf dat als je tot intrekking overgaat vanwege de onjuistheid van het besluit, er reden is om schadevergoeding toe te kennen. Is het dan niet verstandig om dit in een algemene regeling op te nemen? Ik wijs in dit verband ook op artikel 4:50 lid 2 Awb.

Wat bedoel je met het begrip 'directbelanghebbende'? Bedoel je daar de aanvrager mee? Wil je een onderscheid maken tussen het begrip 'belanghebbende', zoals we dat

kennen uit artikel 1:2 Awb, en het begrip ‘directbelanghebbende’? Wil je een nieuw belanghebbendebegrip introduceren?

Marjolein Dieperink

Ik meen inderdaad dat als er sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen, de intrekking van de beschikking met de toekenning van schadevergoeding gepaard moet gaan. Echter, ik vind niet dat een algemene regeling voor intrekking, de plaats zou moeten zijn om dit te regelen. Wat mij betreft zou in de Awb een algemene regeling voor schadevergoeding kunnen worden opgenomen. Daaronder zou ook de mogelijkheid van toekenning van schadevergoeding bij intrekking van een beschikking moeten vallen.

Met directbelanghebbende bedoel ik inderdaad de aanvrager van de beschikking, de vergunninghouder. Deze kan een verzoek tot intrekking doen, enkel en alleen omdat hij een bijzonder belang had bij de beschikking en op een gegeven moment aangeeft dat hij dit bijzonder belang niet meer heeft.

Jan Reinier van Angeren

Natuurlijk is het mogelijk om een schadevergoedingsregeling ter zake van intrekking van beschikkingen in een nieuwe, algemene regeling vast te leggen. Echter, zou het niet verstandig zijn om, zoals ook de Awb-wetgever bij subsidies heeft gedaan, in de betreffende bepaling die over intrekking gaat, een bepaling op te nemen dat je dan in ieder geval schadevergoeding aan moet bieden? Ik kan me zo voorstellen, om het wat krasser te zeggen, dat een besluit alleen maar op grond van veranderde omstandigheden mag worden ingetrokken, indien het bestuursorgaan aan de vergunninghouder schadevergoeding aanbiedt. Wat vind je ervan om dit als voorwaarde te formuleren?

Marjolein Dieperink

Het zal heel erg afhangen van de omstandigheden van het geval, of er wel aanleiding bestaat om schadevergoeding toe te kennen. Sommige veranderingen van omstandigheden behoren voor een deel ook voor het risico van de burger te komen. Het toekennen van schadevergoeding is meer een concrete uitvoering van de intrekking. Ik vind niet dat je dit in een algemene regeling voor intrekking moet regelen.

Bruno Bosnjakovic

Ik vind de reikwijdte van de intrekkingsgrond ‘veranderde omstandigheden’ vrij breed, zeker als daar ook gewijzigd beleid onder geschaard kan worden. Ik wil niet ontkennen dat gewijzigd beleid inderdaad een grond kan zijn om een beschikking in te trekken. De vraag is echter, waarom je dan meteen eisen aan de kenbaarheid van beleid zou moeten stellen. Niet bij iedere willekeurige opmerking van de wethouder is er sprake van gewijzigd beleid. Om welk beleid gaat het: beleid van het bestuursorgaan dat

bevoegd is tot intrekking of beleid van een hoger orgaan (burgemeester en wethouders zijn bevoegd tot intrekking, maar de raad stelt over intrekking beleid vast)? Als je zulke vragen behandelt en de antwoorden op deze vragen neerlegt in de regeling, dan kun je iets van de vaagheid van de grond 'gewijzigde feiten of omstandigheden' wegnemen. Als je de formulering van de grond wijzigt in 'wijziging van een beleidsregel', dan heb je al een stuk afbakening.

Marjolein Dieperink

Ik meen dat de formulering van de intrekkingsgrond 'intrekking vanwege nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden' zo helder is, dat gewijzigd beleid onder die veranderde omstandigheden zou kunnen vallen. Ik realiseer me wel dat het een vage intrekkingsgrond blijft.

Meriam Embregts

Ik vroeg me af hoe intrekking en wijziging van een beschikking zich tot elkaar verhouden. Ik begrijp dat soms wijziging niet mogelijk is. Echter, komt er een algemene regeling, dan zou ik toch graag willen dat het bestuursorgaan eerst zou bekijken of wijziging van een beschikking mogelijk is. Voor een belanghebbende is wijziging van een beschikking wellicht minder ingrijpend.

Femke de Lange

Ik vraag mij af waarom een algemene regeling voor intrekking en wijziging van beschikkingen de meest geschikte weg is. Ik ben van mening dat je dan voorbijschiet aan het algemene doel van de Awb, namelijk het bieden van rechtszekerheid en duidelijkheid. Ik ben een voorstander van het neerleggen van regelingen in bijzondere wetgeving. Leg je de regeling vast in de Awb, dan wordt het probleem van afbakening van de criteria bij het bestuur of bij de rechter gelegd.

Marjolein Dieperink

In mijn preadvies heb ik niet specifiek gekeken of intrekking of wijziging van beschikkingen in bijzondere regelingen mogelijk is. Ik heb eerst bekeken waarin de wenselijkheid en noodzaak van een wettelijke regeling is gelegen. Ik heb de conclusie getrokken dat het wettelijk regelen wenselijk en noodzakelijk is. Vervolgens ben ik op de mogelijkheid van het neerleggen van een regeling inzake intrekking en wijziging van beschikkingen in de Awb ingegaan. Ik heb gemeend dat het inderdaad kan. Omwille van de discussie heb ik mijn stelling geformuleerd als 'in de Awb *dient* een algemene regeling voor intrekking en wijziging van beschikkingen te worden opgenomen'. Het voordeel van regeling in de Awb is dat het een enorme wetgevingsoperatie voorkomt. Bovendien is een algemene regeling kenbaarder en vindt er uitgebreide jurisprudentie-

vorming plaats. Aan de algemene gronden wordt ook op die manier meer inhoud gegeven.

Jade Gundelach

Ik kan me voorstellen dat je in geval van beleidswijziging niet, maar bij de overtreding van bepaalde vergunningvoorschriften wel voor een verplichting tot intrekking kiest. Bepaalde vergunningen komen tot stand in een drie-partijen-verhouding. Op het moment dat de vergunninghouder zich dan niet aan de voorwaarden houdt, is het dan niet ook uit het oogpunt van rechtszekerheid van de derde-belanghebbende van belang dat die vergunning wordt ingetrokken? Moet er bij alle intrekkinggronden gekozen worden voor een ruime kan-bepaling?

Ik wil reageren op de opmerking van de heer Van der Meulen inhoudende dat als een vergunningsbesluit in strijd met éinig algemeen verbindend voorschrift verleend is, dit besluit kan worden ingetrokken. Ik stel me het volgende voor. Er is een vergunning voor een langdurige activiteit in strijd met een algemeen verbindend voorschrift verleend. De vergunning moet eigenlijk worden ingetrokken. Gebeurt dit, dan is de activiteit illegaal. Wordt voor de activiteit een nieuwe vergunning aangevraagd, dan wordt de aanvraag alleen in het kader van de wet beoordeeld en daarbij met het specialiteitsbeginsel rekening gehouden. De verleende vergunning is opnieuw in strijd met het betreffende algemeen verbindend voorschrift. Ik kan me niet voorstellen dat de intrekkinggronden ruimer kunnen zijn dan waarin de wet waarop de vergunningverlening is gebaseerd, al voorziet.

Marjolein Dieperink

Het klopt dat momenteel in een aantal wetten de verplichting is opgenomen dat een beschikking in geval van een overtreding moet worden ingetrokken. Ik wijs op de Drank- en Horecawet. Een algemene wettelijke regeling leent zich er echter niet voor om een algemene verplichting tot intrekking van de vergunning op te nemen.

Bernd van der Meulen

Ik bedoel dat een besluit kan worden ingetrokken, wanneer strijd bestaat met een wettelijke regeling die op dat besluit van toepassing is. Het besluit had in eerste aanleg wegens strijd met het algemeen verbindend voorschrift moeten worden geweigerd, hetgeen niet gebeurd is. Vervolgens zijn geen rechtsmiddelen ingesteld: de beschikking is onaantastbaar geworden.

Voorzitter

Voor de duidelijkheid merk ik het volgende op. Wanneer een vergunning wordt verleend, mag dit uiteraard niet geschieden in strijd met een wettelijk voorschrift. Maar

ook een rechtmatig verleende vergunning geeft geen vrijbrief: een andere regeling kan aan het verrichten van de vergunde activiteit in de weg staan. De bouwvergunning bijvoorbeeld kent limitatieve weigeringsgronden. Als zich geen van de in die wet genoemde weigeringsgronden voordoet, moet de bouwvergunning worden verleend. Tegelijk kan het zo zijn dat de tevens benodigde milieuvergunning niet wordt verleend. Aan de bouwvergunning heeft de bouwer dan niet veel. Als dus een vergunning moet worden verleend op grond van een bepaalde wet waarin de verlening van die vergunning is geregeld, dan wil dat nog niet zeggen dat de vergunde activiteit dan zonder meer geheel legaal is. Er kunnen andere vergunningen vereist zijn. Dan mag je de activiteit dus toch niet verrichten, maar dat is op zich geen grond om een vergunning die rechtmatig is verleend, in te trekken.

Stemming

Stelling 1: In de Awb dient een algemene regeling voor intrekking en wijziging van beschikkingen te worden opgenomen.

Uitslag: Een grote meerderheid is voor.

Stelling 2: In deze regeling dienen de bevoegdheid tot intrekking en wijziging alsmede de gronden daarvoor te worden opgenomen.

Uitslag: Een grote meerderheid is voor.

Bespreking van het preadvies van mr. C.N.J. Kortmann, Overeenkomsten in de vijfde tranche van de Awb?

Evelien Grimminck

Ik wil me beperken tot de opmerkingen die je ten aanzien van de tweewegenleerproblematiek hebt gemaakt. Je verwijst naar regeling inzake uitvoeringsovereenkomsten die in de subsidietitel is opgenomen. Je zegt dat het een prachtige regeling is, maar dat deze regeling zich niet voor een meer algemene werking leent, omdat dan in elke specifieke wettelijke regeling opgenomen zou moeten worden of dat binnen de bevoegdheid van de regelgeving past. Echter, op grond van de tweewegenleer, die fantastisch werkt, kun je toch al kijken of een overeenkomst binnen de aard van de regeling en het algemeen belang past?

Het voordeel van een vergunning en de daaraan te verbinden voorschriften is dat tijdens de totstandkoming ervan de belangen van alle partijen worden afgewogen. Ook komt de dwangpositie van de contractant duidelijker naar voren. Bij een overeenkomst is sprake van tweezijdigheid. Bij een besluit is sprake van meerzijdigheid; belangen van derden worden meegewogen. Echter, voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst is er toch ook een vooroverleg. In dit vooroverleg kunnen de belangen van derden toch ook meegewogen worden? Je zou in een vergunningvoorschrift de moge-

lijkheid tot het aangaan van een overeenkomst kunnen opnemen. Een regeling inzake de overeenkomst moet in de Awb worden opgenomen.

Tijn Kortmann

Wat nu in artikel 4:36 Awb is geregeld inhoudende dat aan de subsidiebeschikking de voorwaarde verbonden kan worden dat een uitvoeringsovereenkomst wordt gesloten, wil je in artikel 1:3 Awb regelen: aan het besluit kan de voorwaarde worden verbonden dat een uitvoeringsovereenkomst wordt gesloten.

Ik denk dat de tweewegenleer ertoe leidt, en dat zie je al aan de termen ‘aard en strekking’, dat verschillende publiekrechtelijke regelingen tot verschillende uitkomsten kunnen leiden. Ik kan me een aantal situaties voorstellen, waarin het helemaal niet de bedoeling is dat bij een beschikking een uitvoeringsovereenkomst wordt gesloten en dat het juist niet de bedoeling is dat een bevoegdheid daartoe bestaat. Ik denk bijvoorbeeld aan de uitspraak over de gedoogovereenkomst Woerden uit 1995, waarbij in feite het bevoegde gezag zonder daartoe over een bevoegdheid te beschikken, het volgende zei: ‘We gaan verder met gedogen, maar dan moet u wel deze uitvoeringsovereenkomst met ons sluiten.’ Daarvan heeft de Afdeling met een soort tweewegenleerachtige redenering het volgende gezegd: ‘Wij vinden dat in strijd met de aard en strekking van de Wet op de Ruimtelijke Ordening.’ Dat is typisch een voorbeeld van een bepaald beleidsterrein, waarbij men geen uitvoeringsovereenkomst wil. Het is juist niet goed om een algemene regeling betreffende uitvoeringsovereenkomsten in de Awb neer te leggen.

Meriam Embregts

Bij de bevoegdhedenovereenkomst ontstaat niet alleen vaak een probleem met derden, maar juist ook vaak met de contractspartij, niet zijnde de overheid. Deze contractspartij wordt gedwongen om verplichtingen op zich te nemen, waarvoor de overheid in feite verantwoordelijk is. Ten behoeve van het verkrijgen van de vergunning zal men de overeenkomst tekenen. Dergelijke overeenkomsten stranden over het algemeen wegens nietigheid. Echter, de contractspartij moet dan wel de moeite nemen om een verklaring voor recht aan te vragen. Is dit niet nog een reden om geen algemene regeling aangaande bevoegdhedenovereenkomsten in de Awb op te nemen?

Tijn Kortmann

Daar ben ik het wel mee eens. Ik denk bijvoorbeeld ook aan de planschadevergoedingsovereenkomst, waarbij inderdaad overheden aan de burger vragen om in ruil voor het verkrijgen van bijvoorbeeld bepaalde vrijstellingen, de planschadekosten op zich te nemen. Het is nog niet duidelijk of dit mag. Je kunt inderdaad stellen dat wanneer je in de Awb een algemene bevoegdheid om contracten te sluiten opneemt, daarmee een

eerste hobbel voor de overheid is weggenomen om bevoegdhedenovereenkomsten aan te gaan.

Voorzitter

Wie is eigenlijk aan de kant van de overheid partij bij een bevoegdhedenovereenkomst? De gemeente contracteert over iets wat zij zelf niet heeft, namelijk een bevoegdheid van een orgaan. Het orgaan zelf kan toch geen partij zijn, want dat orgaan is geen persoon.

Tijn Kortmann

In mijn preadvies heb ik gewezen op de ambtentheorie. Er is een grote groep schrijvers die de ambtentheorie verfoeit. Deze groep zegt dat de kunstmatige tweedeling binnen een overheidsverband tussen rechtspersoon en bestuursorgaan flauwekul is. Er is gewoon een overheid en die opereert als overheidslichaam. Het bestuursorgaan contracteert en voorzover je daar dan volgens civiel recht een rechtspersoon nodig hebt, is ook rechtspersoonlijkheid aanwezig. Ik meen dat Maastricht de ambtentheorie verwierpt.

Ik deel de opvatting van Maastricht niet en ik hanteer de tweedeling wel. Is er sprake van een civielrechtelijk contract, dan is het de overheidsrechtspersoon die het contract sluit en niet het bestuursorgaan. Het bestuursorgaan heeft immers geen bevoegdheid om contracten te sluiten. De gemeente kan zich niet verbinden om een bouwvergunning te verlenen, aangezien de gemeente niet over een bevoegdheid daartoe beschikt. Zou dit wel gebeuren, dan is dit geen probleem. Je zou in het contract kunnen lezen dat de gemeente zal bevorderen dat burgemeester en wethouders de bouwvergunning zullen verlenen. Het is vergelijkbaar met wat je in het vennootschapsrecht ziet. Als de moeder zich verbindt tot iets wat de moeder niet kan, omdat ergens in een dochter het onroerend goed zit, dan heeft de civiele rechter er meestal ook geen problemen mee om te oordelen dat weliswaar de moeder zich heeft verbonden tot de verkoop van een aantal bedrijfsopstallen alhoewel de moeder daartoe niet bevoegd is, maar dat het contract de moeder kan worden toegerekend.

Voorzitter

In noot 57 wijs je erop dat het in de praktijk allemaal niet uitmaakt, omdat de gebondenheid van de organen zo nodig via een toerekeningsmechanisme plaatsvindt. Als ik het goed begrijp, zeg je dan dat de overheidspersoon kan contracteren over iets dat hij niet heeft.

Tijn Kortmann

Ik kan het je nog sterker zeggen; in het civielrecht is het zo dat ik nu ook jouw jasje kan verkopen. Alleen heb ik misschien een probleem met de nakoming. Dat probleem zie je in de overheidssfeer niet zo vaak, tenzij er een situatie zou zijn (die is nog nooit aan de rechter voorgelegd) dat een gemeente zou worden veroordeeld om een bouwvergunning te verlenen en dat burgemeester en wethouders zich op het standpunt stellen 'dat zijn wij niet, want wij zijn bestuursorgaan en wij onttrekken ons daaraan'. Volgens mij is het in de praktijk juist zo, dat als nakoming wordt gevraagd van een bevoegdhedenovereenkomst, de civiele rechter de zaak verwijst naar de bestuursrechter. Dan zit je weer bij het goede bestuursorgaan. Ik ken een uitspraak (Pouwer/Valburg),⁶ waarbij de president van de rechtbank in kort geding de gemeente veroordeelde om te handelen als ware er geen aanhoudingsplicht, dus in strijd met de wet te handelen. De gemeente had al een voorbereidingsbesluit genomen, omdat ze de projectontwikkelaar een hak wilde zetten. De bouwaanvraag moest worden aangehouden. Toen stelde de president dat dit niet was toegestaan. De gemeente moest de bouwaanvraag behandelen, alsof er geen aanhoudingsplicht was. Dan moet je maar kijken wat een bestuursorgaan daarmee doet. Echter, ik denk dat als het bestuursorgaan de bouwaanvraag niet aanhoudt en de vergunning bij de bestuursrechter wordt aangevochten, deze vergunning gewoon wegens strijd met de wet wordt vernietigd.

Nico Verheij

Zojuist werd ingegaan op het misbruik maken van een bevoegdhedenovereenkomst, ook jegens de contractspartner. Dit werd als argument gebruikt om juist geen algemene regeling inzake bevoegdhedenovereenkomsten in de Awb op te nemen. Deze redenering begrijp ik niet. Zij is te begrijpen, wanneer een algemene regeling in de Awb zou neerkomen op een soort *carte blanche* voor de overheid, waardoor de overheid overal over zou kunnen contracteren. Dat is natuurlijk niet de bedoeling. Als je de bevoegdhedenovereenkomst zou gaan regelen, dan zou je juist kunnen gaan nadenken over de vraag in welke gevallen de overheid wel en in welke gevallen zij niet over bevoegdheden mag contracteren en hoever de overheid daarbij mag gaan. Dan ben ik het met Tijn eens dat het antwoord op die eerste vraag – in welke gevallen mag het? – niet voor alle beleidsterreinen hetzelfde is. Daarmee is nog niet gezegd dat een regeling in de Awb onnuttig of overbodig zou zijn. De verhouding tussen de Awb en de bijzondere wet ligt wel wat subtieler en genuanceerder dan vanmiddag af en toe werd gesuggereerd. Je zou ook kunnen zeggen dat het wel mag, indien is voldaan aan voorwaarden a, b en c. Er zijn allerlei tussenvormen te bedenken, waarbij het toch wel nuttig kan zijn om een algemene regeling inzake bevoegdhedenovereenkomsten in de Awb op te nemen. Middels een algemene regeling kun je juist de grenzen regelen van de

6. Zie voetnoot 60 van het preadvies.

bevoegdheid en de procedurele manier waarop je bijvoorbeeld de belangen van derden waarborgt. Mijn concrete vraag aan Tijn is: je ziet allerlei problemen (de bestuursrechter kan niets met die bevoegdhedenovereenkomst volgens jou), maar ga je daarbij niet te veel van het huidige instrumentarium van het bestuursrecht uit? Ik denk dat als je de bestuursrechter over overeenkomsten zou willen laten oordelen, je daarvoor een nauw toegesneden instrumentarium zou moeten hebben. Het leuke is dat als je toch een wet aan het wijzigen bent, je dat ook meteen kunt regelen.

Tijn Kortmann

Ik ben het ten dele met Nico eens, in die zin dat ik vind dat je onderscheid moet maken tussen de inhoudelijke toetsing van het contract, dus tot welke prestaties je je mag verbinden en welke tegenprestaties je daarvoor mag verlangen, en aan de andere kant de voorfase, hoe komt zo'n overeenkomst tot stand en welke procedurebepalingen moeten gelden. Dan is er ook nog de uitvoeringsfase. Kun je nakoming vragen en hoe werkt dat precies? Wat betreft de inhoudelijke normen (wat kun je allemaal regelen in zo'n contract) geloof ik dat de Awb niet zo geschikt is. Voorzover er al algemene normen zijn, staan ze al in de Awb en worden ze al toegepast. Het bekendste voorbeeld is détournement de pouvoir. Zie ook Alkemade/Hornkamp. Ik kon niet zo snel met een algemeen beginsel komen dat een grotere reikwijdte heeft dan de bestaande algemene beginselen van behoorlijk bestuur en dat ik in de Awb zou willen opnemen. Ik zie er best wat in om ten aanzien van de procedurele normen voor meer transparantie te zorgen. Alleen was mijn conclusie dat die regeling, gezien het karakter van de overeenkomst, beter in Boek 7 van het BW dan in de Awb zou passen.

Je kunt natuurlijk de Awb meer optuigen en ook de bevoegdheden van de bestuursrechter aanpassen, zodat hij ook iets meer met een bevoegdhedenovereenkomst kan, zoals het uitspreken van een nakomingsveroordeling. Als je de bestuursrechter bevoegd maakt om over de bevoegdhedenovereenkomsten te oordelen, dan krijg je een situatie waarbij twee rechters bevoegd zijn om over deze overeenkomsten te oordelen. Deze situatie is beduidend ingewikkelder dan de huidige situatie waarbij alleen de civiele rechter over overeenkomsten oordeelt. Als je de bestuursrechter dus tot beoordeling van bevoegdhedenovereenkomsten bevoegd wilt maken, dan moet je eigenlijk de gehele overkomst naar de administratieve rechter trekken, inclusief uitvoering, ontbinding en wat er allemaal nog meer bij komt kijken. Dat vergt nogal wat. Behalve het uitvoeren van een grote wetgevingsoperatie, vereist het ook bijscholing van de bestuursrechter, met name van de hoger-beroepsorganen van de bestuursrechtelijke kolom.

Willemijn van Blommestein

Tijn, heb ik het nu goed begrepen dat je er op zich mee kunt leven dat een regeling inzake subsidieovereenkomsten (artikel 4:36 Awb) in de Awb is opgenomen? Zou je deze regeling in de Awb willen laten staan of zou je nog een stap verder willen gaan en

deze regeling uit de subsidietitel willen verwijderen? Zou je voor een tweepartijengeschil de mogelijkheid van een uitvoeringsovereenkomst in de Awb willen opnemen?

Tijn Kortmann

Mijn stuk draait om het spanningsveld tussen de contractspartij, niet zijnde de overheid, en de derdebelanghebbende. Als er dus geen derdebelanghebbenden zijn, zou ik het niet zo gek vinden om een regeling over uitvoeringsovereenkomsten in de Awb op te nemen, al ben ik dan toch een beetje beducht voor het trekken van nieuwe scheidslijnen en dat is wat je dan doet. Je zou dan een onderverdeling kunnen aanbrenge in de bevoegdhedenovereenkomsten tussen twee partijen waarbij geen derdebelanghebbenden zijn en die waarbij ze wel zijn betrokken. Ik kan me wel voorstellen dat je daar dan ook weer grensvlakproblematiek krijgt over de vraag wat nu een twee- of meerpartijengeschil is en of de Awb-regeling dan wel of niet van toepassing is.

Verder vroeg je of artikel 4:36 Awb voor meer zaken moet gelden dan alleen voor subsidies. Je kunt de vraag ook andersom stellen: hoort de subsidietitel wel thuis in de Awb? Dat is ook al eens eerder op een VAR-vergadering aan de orde geweest. Ik vind eigenlijk dat artikel 4:36 Awb een bepaling is die betrekking heeft op een vrij specifiek beleidsterrein, waarbij je kunt zeggen dat je voor dat terrein de uitvoeringsovereenkomst aanvaardbaar vindt. Ik vind het eigenlijk meer een bepaling voor een bijzondere wet. Ik blijf bij mijn standpunt dat je in de Awb niet voor alle beleidsterreinen een algemene bevoegdheid voor een bevoegdhedenovereenkomst moet creëren.

Roel Lauwerier

Ik schets even een casus waarbij sprake is van een bedrijfsovername. Er wordt een overeenkomst gesloten. Echter, de ondernemingsraad speelt ook een rol en die zorgt ervoor dat degene die overgenomen wordt, zijn verplichtingen niet kan nakomen. Nu plaats ik dit in een overeenkomst met een overheidsorgaan. We kunnen het voorbeeld van de Roma naar voren halen. Speelt het probleem van de Roma nu op het moment van de overeenkomst of op het moment van het te nemen besluit? Is het zo dat er voor de Roma ten aanzien van de rechtmatigheid van de overeenkomst en het wel of niet in beroep gaan tegen die overeenkomst, op zich geen direct belang speelt? Hun belang doet pas terzake op het moment dat een besluit wordt genomen. Als de gemeente zodom is geweest om niet te kijken of ze het besluit rechtmatig kon nemen, dan krijgt ze een forse schadeclaim aan haar broek. Wat is nu voor de Roma het probleem?

Tijn Kortmann

Volgens mij zijn er maar liefst drie problemen. Het eerste probleem, en dat is eigenlijk meer een procedureel probleem, is dat de gehele overeenkomst misschien nooit boven water komt. Er wordt een overeenkomst tussen de gemeente en bijvoorbeeld de middenstanders gesloten en daar rolt een besluit uit. Je zou kunnen zeggen dat het bestem-

mingsplan gehandhaafd is en er sprake is van een rechtmatig besluit. Dus, waar zeuren we nog over? Echter, hier heb je een spanningsveld tussen wat rechtmatig is en wat rechtvaardig is. Je hebt het gevoel dat bij de gebruikmaking van een vrije bestuursbevoegdheid door een gemeentelijk bestuursorgaan, namelijk het wel of niet legaliseren van de situatie, onzuivere motieven spelen. Er is een overeenkomst die niet bekend is. Deze overeenkomst is in het ergste geval misschien wel nietig wegens strijd met de openbare orde of een verdrag. Dat betekent dat, hoewel de beslissing bestuursrechtelijk gezien rechtmatig is en het de toets bij de bestuursrechter kan doorstaan, je toch het idee hebt dat de rechtsbescherming voor de Roma tekortschiet. Dat probleem heb ik aan de kaak willen stellen en ik heb daarvan gezegd dat je dat kunt oplossen door die overeenkomst uit de achterkamertjessfeer te trekken.

Het tweede probleem speelt ten aanzien van de inhoud van het contract. Al is de overeenkomst op zichzelf rechtmatig, dan kan het voor de Roma toch nog zinvol zijn om in de totstandkomingsfase van de overeenkomst betrokken te worden. Je kunt je dan ook beter verdedigen tegen het besluit dat, in dit geval, ten nadele van jou is genomen. Ik wijs op de kenbaarheid van de motivering en de openbaarheid van de procedure.

Het derde probleem betreft de vraag of de Roma in hun hoedanigheid als derden ook iets kunnen doen tegen de overeenkomst. Het instrumentarium van de burgerlijke rechter schiet eigenlijk tekort om derden te laten opkomen tegen een overeenkomst waarbij ze geen partij zijn, maar waar ze wel door benadeeld worden. Een van de oplossingen die worden voorgesteld, is om de overeenkomst naar de administratieve rechter toe te trekken. Die kan met de belangen van derden veel meer rekening houden. Mijn voorlopige conclusie is echter dat dit eigenlijk meer problemen oplevert dan dat het iets oplost.

Andrea Keessen

Ik begrijp dat jij het niet echt wenselijk vindt dat de overheid privaatrecht gebruikt. Echter, zou in het geval van de Roma's, en dat is heel politiek incorrect om te zeggen, de kosten opgebracht moeten worden door diegenen die bij de verwijdering van de Roma's ook voordeel hebben? Die winkeliers zullen de Roma verwijderd willen zien, omdat ze dachten dat winkeldiefstal hen handen vol geld zou gaan kosten. Deze winkeliers zullen best bereid zijn om de kosten van bestuursdwang te dragen. Zou niet de gehele gemeente, maar slechts de winkeliers die profiteren, de kosten moeten dragen?

Tijn Kortmann

Wat jij aan de kaak stelt, is of de overeenkomst rechtmatig is of niet. In mijn stuk wijs ik op de planschadevergoedingsovereenkomst. Echter, ook daar is het de vraag of een derdebelanghebbende, die een kantoorhol op het weiland ziet verschijnen waar hij zo'n prachtig uitzicht over had, niet wordt benadeeld, doordat de bouwer met de gemeente een planschadevergoedingsovereenkomst sluit, waardoor de gemeente bereid

is om de bouw van het kantoor toe te staan. Was er geen planschadevergoedingsovereenkomst gesloten, dan zou de bouw van het kantoor misschien nooit zijn toegestaan. Mijn standpunt over deze situatie is dat, los van de vraag of de overeenkomst rechtmatig is of niet, het in ieder geval door een derde-belanghebbende aan de zaak moet kunnen worden gesteld. Er moet transparantie zijn. Ik denk inderdaad dat, als geconcludeerd wordt dat zo'n overeenkomst onrechtmatig is, de kans groot is dat het daaruit voortvloeiende besluit onrechtmatig is, omdat er oneigenlijke motieven aan ten grondslag liggen.

Dennis de Kok

Ik heb een vraag over de afbakening die jij gekozen hebt. Waarom heb je de publiek-private samenwerkingsovereenkomst niet meegenomen?

Tijn Kortmann

Om misverstanden weg te nemen: ik heb het over de bevoegdhedenovereenkomst gehad en niet over de uitvoeringsovereenkomst, dus over een overeenkomst waarin gecontracteerd wordt over later te nemen beschikkingen. Ik denk dat je een PPS-overeenkomst juridisch gezien moet duiden als een gemengde overeenkomst, zijnde een overeenkomst waarin zowel gecontracteerd wordt over privaatrechtelijke als publiekrechtelijke bevoegdheden. Je ziet meteen een probleem ontstaan als je een aparte wettelijke regeling (in de Awb) wilt treffen voor bevoegdhedenovereenkomsten. Wat moet je met dit soort overeenkomsten? Moet je die dan gaan opsplitsen in een bevoegdheidsdeel en in een privaatrechtelijk deel en moet je de delen apart gaan toetsen en misschien wel aparte procedures laten doorlopen? Dit lijkt mij een buitengewoon ingewikkelde situatie. Dus ik heb gezegd, dat als je al wat wilt, je de gemengde overeenkomsten met het regime voor de bevoegdhedenovereenkomst mee zou moeten laten lopen, ook al zitten daar stukken in die niet als bevoegdhedenovereenkomst te kwalificeren zijn.

Stemming

Stelling: Overheidsovereenkomsten moeten voorlopig (in de komende decennia) geen wettelijke regeling in de Awb krijgen.

Uitslag: Een grote meerderheid is het met de stelling eens.

Sandra Verhagen

Ik wil op de argumentatieve fuik ingaan. Jouw uitgangspunt is dat de bezwaarfase geformaliseerd moet zijn. Dat lijkt strijdig met het uitgangspunt van de Awb inhoudende dat je als burger zelfstandig in rechte kan optreden. Leidt het formaliseren van de bezwaarfase in relatie met de argumentatieve fuik er niet toe dat de burger voor het feit dat hij in bezwaar zonder advocaat zijn argumenten en gronden naar voren heeft gebracht, wordt afgestraft? Zou het aanvaarden van de eerste stelling⁷ niet tot gevolg moeten hebben dat er verplichte rechtsbijstand komt voor de burger in die bezwaarfase?

Kees Bangma

Als je eisen gaat stellen aan de wijze en vooral het tijdstip waarop je gronden en argumenten inbrengt, dan bewerkstellig je een formalisering. Echter, ik hecht grote waarde aan het bestaan van duidelijkheid over het tijdstip waarop je je gronden moet inbrengen. In de huidige situatie komt het erg vaak voor dat het bestuur onduidelijk is over het feit dat je in die bezwaarprocedure al je kaarten op tafel moet leggen. Als ten gevolge van die onduidelijkheid en het gebrek aan voorlichting men later in de procedure nog met nieuwe gronden en argumenten komt, dan ben ik van mening dat het gebrek aan voorlichting niet aan de appellant tegengeworpen kan worden. De notie dat je tijdens de bezwaarfase al je kaarten op tafel dient te leggen, kan aan de burger goed uitgelegd worden en dit hoeft niet te leiden tot verplichte rechtsbijstand in de bezwaarfase.

Sandra Verhagen

Ik denk dat je toch wat nuancering aan moet brengen ten aanzien van wat je van een burger in de bezwaarfase kunt verwachten. Dat is over het algemeen niet heel erg veel.

Voorzitter

Als je al je kaarten op tafel moet leggen in de bezwaarfase, moet je wel weten welke kaarten je eigenlijk hebt.

7. Stelling 1 luidt: a. Het ruim toelaten van nieuwe gronden en argumenten bij de rechter in eerste aanleg ondermijnt het primaat van de bestuurlijke besluitvorming. b. Het ruim toelaten van nieuwe gronden en argumenten in hoger beroep is in strijd met de taak van de hogerberoepsrechter om de rechtseenheid en rechtsontwikkeling te bevorderen en levert geen bijdrage aan een effectief gebruik van de procedure in eerste aanleg.

Sandra Verhagen

Een burger zal niet zo snel op het idee komen om bijvoorbeeld door middel van een contra-expertise zijn standpunt duidelijk te maken. Een advocaat denkt daar vaak als eerste aan. Kom je pas op zo'n idee in de beroepsfase, dan heb je een probleem.

Tijn Kortmann

Ik vind het juist dat het bestuur een burger goed moet voorlichten, opdat de burger al zijn kaarten op tafel kan leggen. Dat betekent dat het bestuur eigenlijk de burger – zijn tegenstander, zo ziet het bestuur dat toch vaak – met het bezwaarschrift moet helpen. Geloof je zelf dat het bestuur daartoe overgaat?

Corine Brax

Hoe denkt u over typisch juridische vraagstukken als mandaat en delegatie? Dit zijn typisch dingen waar advocaten mee komen, maar waar een burger niet aan denkt. Ik denk ook dat je dat niet in alle redelijkheid van een burger kunt verwachten.

Kees Bangma

Ter beantwoording van de vragen moet bekeken worden wat rechtsbescherming nu moet betekenen. Wat is de bedoeling van het bestuursprocesrecht? De bedoeling van het bestuursprocesrecht is volgens mij: geschillenbeslechting. Het geschil tussen het bestuur en de overheid moet door de rechter worden beslecht. Op het moment dat je toestaat dat de rechter zich in een latere fase van de procedure nog over zaken die de advocaten later hebben aangebracht, kan uitlaten, dan betreft dat niet een punt, waarvan de burger zegt: 'dit is mijn geschil'. Het moet volgens mij gaan om datgene wat de burger werkelijk dwarszit.

Sandra Verhagen

U bedoelt dat het eigenlijk alleen maar mag gaan om materiële vraagstukken? Formele vraagstukken moeten buiten beschouwing blijven? Het zijn juist die formele punten waar juristen in geschoold zijn en waar een burger niet mee komt. Ik denk dat het bestuur juist niet die formele punten zelf nog een keer onder de loep gaat nemen. Uw antwoord daarop is: 'Ja, maar daar gaat het toch niet om, het gaat om het materiële punt.' Echter, ook de formele punten kunnen voor een burger juist enorm belangrijk zijn, al was het alleen maar om de besluitvorming te vertragen, waardoor het politieke tij zal zijn gekeerd. Dit is dan ook vaak een winstpunt voor de burger.

Kees Bangma

Het kan ook heel goed gaan om formele kwesties. Als een burger stelt 'nou, ik betwijfel of die ambtenaar wel bezig is geweest', en dat is echt wel iets dat vaak in een bezwaarprocedure wordt aangevoerd, dan heb je als bestuur de taak om te kijken of het besluit op de juiste wijze (bijvoorbeeld conform de mandaatbepalingen) is genomen. Het gaat om geschillenbeslechting. We hebben te maken met een bestuursrechter die de werklast niet aankan en er ongeveer gemiddeld een jaar of langer over doet om een geschil af te doen. Dan mag je, om ervoor te zorgen dat geschillen tijdig en effectief worden beslecht, toch wel eisen stellen aan het moment waarop de bezwaren, gronden en argumenten zijn ingebracht. De geloofwaardigheid van het bestuursprocesrecht is in het geding.

Edzard Lisser

Ik ben zelf vaak voorzitter van bezwaarschriftcommissies, waarbij allerlei zaken worden behandeld. Het is een taak van die commissie om op een gegeven moment die burger, die geen advocaat heeft, tegemoet te treden. Ten behoeve van de burger kijken we altijd naar aspecten als mandaat, delegatie, de uitleg van wettelijke voorschriften en of het beleid kenbaar gemaakt is. Het is niet zo dat een commissie gewoon puur passief optreedt en de burger slechts aanhoort.

Een andere vraag is natuurlijk of ook de doelmatigheid van het beleid aan de orde komt. Wij zijn een ambtelijke commissie en niet onafhankelijk van het bestuur. In zeer lastige gecompliceerde gevallen is een ambtelijke commissie misschien iets terughoudender dan een externe commissie.

Nico Verheij

Ik zou het juist een groot voordeel vinden als de burger zelf niet zo snel met formele punten komt. Het is de plaag van ons bestuursrecht dat we zo veel energie in formele punten steken. Daar schiet de burger in de meeste gevallen uiteindelijk niets mee op. Het voordeel van het naar voren brengen van formele punten, dat door jullie is genoemd, is dat daarmee tijdwinst geboekt kan worden. Je kunt je de vraag stellen of dit wel een legitiem belang is. Ik zie maar zelden een zaak die over mandaat gaat, waar de burger uiteindelijk iets mee opschiet.

Kees Bangma

Bepalingen van openbare orde worden ambtshalve door de rechter getoetst.

Bernd van der Meulen

Jouw uitgangspunt dat het in de bestuursrechtspraak gaat om geschillenbeslechting, is een moeizaam uitgangspunt. De bestuursrechter heeft geen bevoegdheid tot geschillenbeslechting gekregen, maar een bevoegdheid tot het toetsen van besluiten. Ik geef onderwijs aan niet-juristen en daar kun je wat moeilijk de vanzelfsprekendheden bij kwijt die wij juristen voor hen hebben bedacht. Zo moet ik uitleggen dat je procedures binnen zes weken moet beginnen en als je bij de Raad van State ook maar een minuut te laat bent, je dan ook echt te laat bent. Als het bestuur een besluit op tijd neemt, is dat heel erg bijzonder. Dan krijgt iemand in de ambtelijke organisatie een compliment. Het bestuur wil je een bestuurlijke lus geven om gemaakte fouten wél te kunnen herstellen. Het uitgangspunt bij de rechter is erop gericht om rechtmatige besluiten tot stand te brengen. Daarbij past heel goed dat nog eens achteraf, ook in een volgende fase, fouten die tot nu toe nog niet zijn gezien, boven het maaiveld getild worden, opdat het besluit hersteld kan worden.

Kees Bangma

In de Awb is als het ware een trechterconstructie neergelegd. De trechterwerking houdt in dat je met een breed geschil begint. Daarover moet het bestuur een oordeel geven. Vervolgens worden door de rechter die geschilpunten bekeken, die nog over zijn gebleven.

Femke de Lange

Het punt is dat het geschil in eerste aanleg helemaal niet zo breed is als wel wordt verondersteld, juist omdat de burger niet alle ins en outs weet ten aanzien van wat er in het juridische kader allemaal wel en niet mogelijk is. Het geschil wordt juist in de loop van de procedure breder. Het begint over het algemeen vrij smal. Burgers stellen: 'Ik wil dit niet.' Later wordt dit ingevuld middels specifieke bestuursrechtelijke kapstukken.

Niels de Neef

Op de laatste pagina van dit preadvies zie ik 'maatschappelijke onrust en aangetast vertrouwen in de overheid' staan. Ik vraag me af hoe het bij de burger overkomt, als het bestuursorgaan later in de procedure zegt: 'Inderdaad burger, u heeft gelijk, wij zijn fout geweest, maar u bent te laat.' Zou dit juist niet tot meer maatschappelijke onrust en aangetast vertrouwen leiden?

Voorzitter

Zou naast effectiviteit en doelmatigheid niet ook legitimiteit een rol moeten spelen? Ik zou mij kunnen voorstellen dat als een rechter een argument wel toelaat en vervolgens zegt: ‘Dit is een formeel punt en u bent niet in uw belangen geschaad en dat leg ik u ook even uit. We kunnen de procedure nu wel opnieuw doen, maar dan komt er voor u toch dezelfde uitkomst uit, dus laten we het besluit toch maar in stand laten (of laten we het besluit vernietigen met instandlating van de rechtsgevolgen).’ Dit is een stuk bevredigender dan dat je tegen iemand zegt: ‘U wilde wat zeggen, maar nee, dat mag niet meer. Had u maar eerder moeten doen.’

Andrea Keessen

Kunnen we niet voor een compromisvoorstel kiezen? We hebben drie hoger-beroepscolleges. Burgers die naar het CBb gaan, moeten een advocaat nemen. Overigens gaat het hier om economisch recht en zullen mensen toch wel een advocaat nemen, aangezien het economisch recht zo ingewikkeld is dat het zonder advocaat niet begrijpelijk is. Ook kunnen deze mensen een advocaat toch wel betalen. Bij de Afdeling waar ook driepartijenzaken spelen, dient ook eenieder een advocaat te hebben. De zaken bij de CRvB betreffen zaken van sociaalzekerheidsrecht. Dat zijn zaken tussen de overheid en een burger. Daar moet je in hoger beroep nog alles naar voren kunnen brengen.

Kees Bangma

Het compromisvoorstel beziend kun je stellen dat het in de praktijk al wordt uitgevoerd. De Afdeling past de argumentatieve fuik veel strikter toe. Daar gaat het namelijk om geschillen waarbij meerdere partijen betrokken zijn. In procedures die voorgelegd worden aan de CRvB en het CBb gaat het vaak om tweepartijengeschillen. Het gaat om ordenend bestuursrecht, waarbij veel vaker sprake is van gebonden beschikkingen. Zijn er meerdere partijen in het geschil betrokken, dan kan het niet anders dan dat je in het toelaten van nieuwe gronden en argumenten in een latere fase van de procedure strikter moet zijn.

Sjoerd Douma

In belastingzaken komt het vaak voor dat een bestuurlijke boete is opgelegd. Ik denk dat in dergelijke gevallen artikel 14 lid 5 IVBPR verbiedt om een systeem te hanteren waarbij gronden die in bezwaar niet naar voren zijn gebracht, niet meer in beroep kunnen worden aangevoerd.

Femke de Lange

Kunt u aangeven hoe uw preadvies zich verhoudt tot de bepalingen van het Verdrag van Aarhus?⁸ Artikel 9 lid 2 Verdrag van Aarhus bepaalt dat de daarin genoemde groepen betrokkenen – als gedefinieerd in het tweede artikel van het Verdrag – voor de rechter de materiële en formele rechtmatigheid moeten kunnen bestrijden van enig besluit,⁹ handelen of nalaten. Het betreft hier besluiten welke onderworpen dienen te worden aan inspraak – in de termen van Bangma: de bestuurlijke voorprocedure – overeenkomstig artikel 6 van het Verdrag.

Kees Bangma

Artikel 9 lid 2 Verdrag van Aarhus geeft, naar mijn mening, geen aanleiding voor wettelijke maatregelen. De toegang tot de rechter in het kader van artikel 9 is juist bij uitstek voorwerp van regulering door de verdragsstaten. Ik ben er niet van overtuigd dat er sprake is van een absoluut recht dat op geen enkele wijze beperkingen zou toelaten, of dat er geen eisen zouden mogen worden gesteld aan hetgeen in de bestuurlijke voorprocedure naar voren wordt gebracht.

Elisabeth Pietermaat

Ik wil ingaan op de tweede stelling.¹⁰ Vanuit de gedachte dat het bestuursrecht rechtsbescherming aan de burger moet bieden, heb ik een probleem met het aanvaarden van de juistheid van de stelling. Als een bestuursorgaan na twee rondes nog steeds niet in staat is een rechtmatig besluit te nemen, zou de burger dan niet het recht hebben op vernietiging van het besluit? Hoe kom je er als bestuursrechter achter of een rechtmatigheidsgebrek niet van invloed is geweest op de uitkomst van het besluit? Aan de andere kant moet ook niet ontkend worden dat sommige bestuursrechtelijke geschillen ook gewoon echt geschillen zijn en dat dan een bestuursrechter er goed aan doet om eraan bij te dragen dat een geschil beslecht wordt. Ik zou er derhalve voor willen pleiten om in die tweede stelling ‘rechtmatigheidsgebrek’ te vervangen door ‘bevoegdheidsgebrek’.

8. UNECE Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters (Aarhus, Denmark, 25 June 1998), te vinden op internet: <http://www.unece.org/env/pp/treatytext.htm>. Voor Nederland: Tractatenblad 2001, nr. 73.

9. Een besluit als bedoeld in het Verdrag is niet noodzakelijkerwijs gelijk aan het besluitbegrip van de Awb.

10. Deze stelling luidt: De bestuursrechter moet een besluit ondanks een rechtmatigheidsgebrek in stand kunnen laten, indien blijkt dat dit gebrek niet van invloed is geweest op de inhoud van het besluit en de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld.

Tijn Kortmann

Hoe verhoudt de stelling, met name het gedeelte over het niet benadeeld zijn van de belanghebbenden, zich tot het leerstuk van de formele rechtskracht? Als de bestuursrechter het besluit niet vernietigt, moet de civiele rechter dan van de rechtmatigheid van het besluit uitgaan en zou je de burger daarmee zijn schadeclaim kunnen ontnemen?

Kees Bangma

Elisabeth Pietermaat bepleit ook een uitbreiding van artikel 6:22 Awb, maar dan in beperkte mate. Het punt van die bevoegheidsgebreken is eigenlijk een van de belangrijkste redenen op grond waarvan ik tot een bredere reikwijdte van artikel 6:22 Awb ben gekomen. Ik wil erop wijzen dat artikel 6:22 Awb onverlet laat dat een besluit ingevolge artikel 8:72 lid 3 Awb met instandlating van de rechtsgevolgen vernietigd kan worden op het moment dat de betrokkene daar een belang bij heeft.

Elisabeth Pietermaat

Waar is precies het verschil tussen toepassing van artikel 6:22 Awb, toepassing van het aangepaste artikel 6:22 Awb en toepassing van artikel 8:72 lid 3 Awb?

Kees Bangma

Er kan aanleiding zijn om een besluit toch te vernietigen met instandlating van de rechtsgevolgen. Immers, de betrokkene kan er belang bij hebben. Daar zit het verschil.

Stemming

Stelling Ia: Het ruim toelaten van nieuwe gronden en argumenten bij de rechter in eerste aanleg ondermijnt het primaat van de bestuurlijke besluitvorming.

Uitslag: Een grotere meerderheid is het met de stelling oneens.

Stelling Ib: Het ruim toelaten van nieuwe gronden en argumenten in hoger beroep is in strijd met de taak van de hogerberoepsrechter om de rechtseenheid en rechtsontwikkeling te bevorderen en levert geen bijdrage aan een effectief gebruik van de procedure in eerste aanleg.

Uitslag: Een meerderheid is het met de stelling eens.

Stelling II: De bestuursrechter moet een besluit ondanks een rechtmatigheidsgebrek in stand kunnen laten, indien blijkt dat dit gebrek niet van invloed is geweest op de inhoud van het besluit en de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld.

Uitslag: De stemmen staken.