

Strategisch procederen in het bestuursrecht

V A R V E R E N I G I N G V O O R B E S T U U R S R E C H T

Preadviezen Jonge VAR 2017

mr. R. Stolk, mr. L. van der Meulen,
mr. M. Wolfrat & mr. K. de Meulder

16

ISBN 978-94-6290-483-5



9 789462 904835 >

Boomjuridisch

Strategisch procederen in het bestuursrecht

Strategisch procederen in het bestuursrecht

Preadviezen uitgebracht door

mr. R. Stolk
mr. L. van der Meulen
mr. M. Wolfrat
mr. K. de Meulder

Voor de bijeenkomst
van de Jonge VAR
17 november 2017

© 2018 VAR Vereniging voor Bestuursrecht

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veeleelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

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

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

ISBN 978-94-6290-483-5

ISBN 978-94-6274-851-4 (e-book)

NUR 823

www.boomjuridisch.nl

Inhoud

Voorwoord	7
De legitimiteit van strategisch procederende belangenorganisaties Mr. R. Stolk	9
Strategisch procederen: het bevoegd gezag aan het roer Mr. L. van der Meulen	65
Proefprocessen en rechtsvorming – ook de bestuursrechter maakt strategische keuzes Mr. M. Wolfrat en mr. K. de Meulder	95
Verslag van de Jonge VAR op 17 november 2017 over strategisch procederen in het bestuursrecht Mr. J. Kennis	133

Voorwoord

De Jonge VAR vond dit jaar plaats op 17 november 2017 op het kantoor van De Brauw Blackstone Westbroek in Amsterdam. De preadviezen zijn geschreven door Rowie Stolk (promovenda aan de Universiteit Leiden), Laura van der Meulen (advocaat bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn), Marlies Wolfrat (rechter Rechtbank Midden-Nederland) en Koen de Meulder (rechter Rechtbank Midden-Nederland). De preadviezen zijn tijdens de bijeenkomst toegelicht door de preadviseurs, bijgestaan door Merel Hendrickx (jurist bij het Public Interest Litigation Project (PILP) van het Nationaal Juristen Comité voor de Rechten van de Mens (NJCM)) en Michel Simons (Programmamanager Windenergie bij het Project Management Bureau van de gemeente Rotterdam).

Het overkoepelende thema van de preadviezen is ‘strategisch procederen’. Strategisch procederen gaat over de manier waarop het recht wordt ingezet ter behartiging van maatschappelijke belangen. Een dergelijke inzet van het recht zien we bijvoorbeeld in de strijd over het voldoen aan milieukwaliteitseisen of het voldoen aan klimaatafspraken en de doelstellingen in dat kader. De recente uitspraken in de door Milieudefensie en Urgenda tegen de Staat aangespannen procedures hebben ertoe geleid dat er niet alleen een maatschappelijk debat plaatsvindt over de gewenste luchtkwaliteit en het bereiken van de klimaatdoelstellingen, maar ook over de rol van het recht en de rechter daarbij.

De vraag is of het bestuursrecht zich ook leent voor strategische procedures en of het voor de betrokken partijen loont om bij de bestuursrechter een procedure strategisch in te steken. Over deze vraag hebben de preadviseurs zich uitgelaten in hun preadviezen. Zij deden dit ieder vanuit een eigen invalshoek. Rowie Stolk heeft het perspectief gekozen van de strategisch procederende belangenorganisatie. Laura van der Meulen is ingegaan op strategisch procederen door het bevoegd gezag. Marlies Wolfrat en Koen de Meulder hebben het thema belicht vanuit het perspectief van de bestuursrechter.

Met veel genoegen kijkt de VAR terug op de bijeenkomst van de Jonge VAR. Het verslag van de bijeenkomst is gemaakt door Jasper Kennis, advocaat bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn. Het VAR-bestuur dankt de preadviseurs, hun gasten en de verslaglegger heel hartelijk voor hun inspanningen.

Nicolien van den Biggelaar,
namens het bestuur van de VAR

De legitimiteit van strategisch procederende belangenorganisaties

Mr. R. Stolk*

I	Inleiding	II
2	Procesrechtelijke mogelijkheden en belemmeringen	15
2.1	Juridische procedure als onderdeel van een bredere strategie	15
2.2	Naar de bestuursrechter?	16
2.2.1	Mogelijkheden	17
2.2.2	Beperkingen	19
2.2.3	Informele route van het proefproces	21
2.2.4	Amicus curiae	22
2.2.5	Tussenconclusie	22
2.3	Naar de civiele rechter?	23
2.3.1	Mogelijkheden	24
2.3.2	Beperkingen	25
2.3.3	Ontvankelijkheid in procedures die zich niet richten tegen algemene regels	29
2.3.4	Voorgestelde wijzigingen van het collectieve actierecht	32
2.3.5	Tussenconclusie	33
3	Huidig legitimiteitsdebat	35
3.1	Bestuursrecht	35
3.1.1	Ratio bestuursrecht	35
3.1.2	Wetsgeschiedenis met betrekking tot artikel 1:2 lid 3 Awb	36
3.1.3	Jurisprudentie met betrekking tot artikel 1:2 lid 3 Awb	37
3.1.4	Discussie over artikel 1:2 lid 3 Awb in de literatuur	38
3.2	Civil recht	45
3.2.1	Ratio civil recht	46
3.2.2	Wetsgeschiedenis met betrekking tot artikel 3:305a BW	46
3.2.3	Jurisprudentie met betrekking tot artikel 3:305a BW	48
3.2.4	Discussie over artikel 3:305a BW in de literatuur	49
3.2.5	Tussenconclusie	53

* Rowie Stolk is werkzaam als promovenda bij de afdeling Staats- en Bestuursrecht van de Universiteit Leiden. Zij dankt Ymre Schuurmans, Jerfi Uzman, Robert Jan Koopman, Nicolien van den Biggelaar en Amy Elzackers voor hun opmerkingen bij een eerdere versie van dit preadvies.

4	Noodzaak tot herziening debat over strategische procedures	55
4.1	Veranderende rol belangenorganisaties binnen de maatschappij	55
4.1.1	Digitalisering	55
4.1.2	Toenemend belang van kennis tegen de achtergrond van kennisasymmetrie	56
4.1.3	Veranderend politiek landschap	57
4.2	Reactie op het huidige debat	58
4.2.1	Onderscheid collectieve en algemene belangen moeilijk te maken	59
4.2.2	Meer dan alleen het milieu	59
4.2.3	Civiele lessen	59
4.2.4	Effectieve rechtsbescherming waar democratisch proces faalt?	60
4.2.5	Procesrechtelijke puzzel maskeert reële geschillen en leidt tot arbitraire uitkomsten	61
5	Conclusie	63

I Inleiding

In de jaren zeventig van de vorige eeuw schreef de Amerikaanse professor Chayes een baanbrekend artikel over wat hij noemde ‘public law litigation’.¹ In tegenstelling tot de ‘traditionele’ procedure waarin een individueel geschil centraal staat, gaat het bij dit nieuwe type proces om publiekrechtelijke procedures met een bovenindividuele insteek. Chayes constateert dat Amerikaanse rechters in toenemende mate worden geconfronteerd met procedures waarbij de inzet maatschappelijke, sociale, politieke of juridische verandering betreft.² Deze procedures zijn vaak toekomstgericht van aard, betreffen bredere belangen dan die van de bij het geding betrokken partijen, leggen de nadruk op ideële aspecten en worden vaak gevoerd door of met steun van belangenorganisaties.³ De opkomst van public interest litigation beperkt zich niet tot Amerika, maar is wereldwijd zichtbaar.⁴

Het Nederlandse rechtsstelsel focust zich echter – volgens sommigen in toenemende mate – primair op individuele geschillenbeslechting, juist ook waar het procedures tegen de overheid betreft.⁵ Karakteristiek hiervoor zijn de uitsluiting van bestuursrechtelijk beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels, het grondwettelijk toetsingsverbod en de afwezigheid van een constitutioneel hof. Toch wordt ook de Nederlandse rechtspraak in toenemende mate geconfronteerd met strategische procedures. Zo startte het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten (NJCM) in 2014 met het Public Interest Litigation Project (PILP), een vijfjarige pilot om de mogelijkheden van strategisch procederen op het gebied van mensenrechten in Nederland te verkennen.⁶ De dossiers van PILP zijn veelzijdig: van Afghaanse 1F’ers, het uitsterfbeleid woonwagenkampen en treinen zonder toilet tot wapenexport en de controversiële Sleepwet. Een ander

1 A. Chayes, ‘The Role of the Judge in Public Law Litigation’, *Harvard Law Review* (89) 1976, p. 1281-1316.

2 Chayes 1976, p. 1288 e.v.

3 Chayes 1976, p. 1288 e.v.; J. Uzman & G. Boogaard, ‘Make it a Better Place: Transnational Public Interest Litigation and the Separation of Powers’, in: H.M. ten Napel & W. Voermans (eds.), *The Powers that be: Rethinking the Separation of Powers*, Leiden: Leiden University Press 2015, p. 295-318; L. Enneking & E. de Jong, ‘Reguleren van onzekere risico’s via public interest litigation?’, *NJB* 2014/1136, p. 1543-1551.

4 Zie bijv. m.b.t. Zuid-Afrika S. Budlender, G. Marcus & N. Ferreira, *Public Interest Litigation and Social Change in South Africa: Strategies, tactics and lessons*, The Atlantic Philanthropies 2014; m.b.t. India C.D. Cunningham, ‘Public interest litigation in Indian Supreme Court: a study in the light of American experience’, *Journal of the Indian Law Institute* (29) 1987, p. 494-523.

5 Zie bijv. B.J. Schueler, ‘Tussen te veel en te weinig: Subjectivering en finaliteit in de bestuursrechtspraak’ (preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht), in: B.J. Schueler, B.J. van Ettehoven & J. Hoekstra, *Rechtsbescherming in het omgevingsrecht*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2009.

6 Zie pilpnjcm.nl. Alle websites waarnaar wordt verwezen zijn op het laatst geraadpleegd op 31 oktober 2017.

voorbeeld is het Proefprocessenfonds Clara Wichmann, onder andere bekend van de SGP-zaken,⁷ die principiële en proactieve rechtszaken ondersteunt om de rechtspositie van vrouwen te verbeteren.⁸ Andere bekende strategische procedures zijn voorbeeld de Zwarte Pieten-zaak,⁹ de Urgenda-zaak¹⁰ en de kortgedingprocedure van de Vereniging Milieudefensie en Stichting Adem in Rotterdam.¹¹ Belangenorganisaties proberen, kortom, ook in Nederland de rechtsgang te gebruiken als een middel om maatschappelijke, sociale, politieke of juridische veranderingen te realiseren. Dit doen zij niet alleen door zelf als formele procespartij een strategische procedure te initiëren, maar ook ‘informeel’ door achter de schermen een proefproces van een individuele burger aan te sturen of te ondersteunen.¹² Belangenorganisaties die strategisch willen procederen, worden daarin bovendien mede gesteund door initiatieven als Pro Bono Connect, dat het NJCM eind 2015 lanceerde om maatschappelijke organisaties in contact te brengen met advocatenkantoren.¹³

Strategische procedures wijken af van het ‘traditionele’ geding. Natuurlijk zal procederen vanuit het perspectief van partijen, hun gemachtigden of advocaten vrijwel per definitie een strategische aangelegenheid betreffen. Welke gronden en bewijsstukken worden ingediend en op welk moment, en wat is een optimale framing van de feiten? Meestal zal een dergelijke strategie gericht zijn op het zo snel, goedkoop en efficiënt mogelijk beslecht krijgen van het onderhavige geschil, natuurlijk in het voordeel van de desbetreffende partij. Deze ‘traditionele’ strategische overwegingen zien primair op de procedure die het gevolg is en een juridische vertaling betreft van een specifiek geschil tussen partijen. Bij strategische procedures in de zin van dit preadvies gaat het om het strategisch (ofwel bewust en planmatig) gebruik van juridische procedures om op die manier maatschappelijke, sociale, politieke of juridische veranderingen proberen teweeg te brengen. Dit ‘individu-overstijgende’ geschil moet vaak nog wel worden vertaald naar een bij de (bestuurs- of civiele) rechter ontvankelijk en ‘kansrijk’ geschil. Zo schrijft het PILP op zijn website:

‘Het traject voor strategisch procederen begint dan ook meestal niet met een cliënt die een advocatenkantoor binnenkomt met een probleem. Het begint ver daarvoor: er wordt eerst gekeken naar waar het “pijn doet”, waar NGO’s, het maatschappelijk middenveld, grassroots groepen, activisten, wetenschappers of advocaten denken dat er een probleem is waar wat aan gedaan zou moeten worden. Na het signaleren en bestuderen van dit probleem wordt nagedacht over de vraag of een procedure zou kunnen helpen, en zo ja, wat voor soort procedure, op welk moment, met welke cliënt(en) en met welke eis dat zou moeten zijn.’¹⁴

7 ABRvS 5 december 2007, AB 2008/35, m.nt. R.J.B. Schutgens & J.J.J. Sillen; HR 9 april 2010, AB 2010/190, m.nt. F.J. van Ommeren.

8 Zie clara-wichmann.nl/overzicht-alle-proefprocessen?page=3 voor een overzicht van de ruim dertig proefprocessen waarin Clara Wichmann betrokken is (geweest).

9 ABRvS 12 november 2014, AB 2015/55, m.nt. J.G. Brouwer & A.E. Schilder.

10 Rb. Den Haag 24 juni 2015, AB 2015/336, m.nt. Ch.W. Backes.

11 Rb. Den Haag 7 september 2017, AB 2017/335, m.nt. Ch.W. Backes.

12 Y.E. Schuurmans & R. Stolk, ‘Het proefproces als collectieve actie’, NTB 2017/2.

13 probonoconnect.nl.

14 pilpnjcm.nl/strategisch-procederen.

Kenmerkend voor strategische procedures (ook wel bekend als *public law litigation* of *public interest litigation*) is dat het winnen van de procedure niet de enige manier is om het (daadwerkelijke) probleem opgelost te krijgen. Het gaat vaak ook juist om de maatschappelijke of politieke impact van de juridische procedure, die ook bij een verloren procedure een grote bijdrage kan leveren aan het oplossen van het reële probleem. Daarom wordt in de literatuur naast *strategic litigation* ook wel gesproken over *impact litigation*.¹⁵

Uiteraard zijn niet alle strategische procedures hetzelfde, en kunnen sommige procedures meer gevoelig liggen dan andere. Bij de SGP-zaak speelde bijvoorbeeld de vraag in hoeverre deze procedure van de Clara Wichmann Stichting wel legitiem is, aangezien veel SGP-vrouwen zelf het vrouwenstandpunt van de SGP onderschrijven. De Zwarte Pieten-zaak betrof een zeer gevoelige kwestie waarover grote verdeeldheid in de maatschappij heerste en de emoties hoog opliepen. In de Urgenda- en Milieudefensiezaak ging het dan weer over het dwingen van de Staat zich aan zijn eigen klimaatafspraken of (Europese) milieuregels te houden. Het volledig overdoen van een politieke belangenafweging is dan ook niet per definitie de inzet van een strategische procedure. Zo werd in de Paspoortzaak¹⁶ niet zozeer aangevoerd dat de Staat in het geheel geen vingerafdrukken mag eisen bij een paspoortaanvraag, maar vooral dat áls de Staat dat doet, de opslag van deze vingerafdrukken zorgvuldig en veilig dient plaats te vinden.

Ondanks de bovenindividuele insteek kunnen strategische procedures hun basis vinden in zeer reële problemen van burgers. Een strategisch procederende belangenorganisatie richt zich dan wel niet (primair) op een individueel probleem, maar kan juist structurele fouten en bovenindividuele gebreken in de besluitvorming blootleggen en effectief aanvechten.¹⁷ Zo waakt de FNV over een eerlijke beloning voor arbeid door werknemers en volgt de vakbond kritisch de tewerkstelling van bijstandsgerechtigden als tegenprestatie voor de uitkering.¹⁸ Of denk aan de organisatie Ieder(in), die zich inspande om een proefproces op te zetten over de vergoeding van de huishoudelijke hulp onder de nieuwe Wmo 2015.¹⁹ Een ander voorbeeld is Boerenorganisatie ZLTO, een vereniging voor ondernemers in de groene ruimte in Noord-Brabant, die een varkenshouder ondersteunde vlak bij de Peel bij het uitlokken van een proefproces. Door een uitbreidingsvergunning aan te vragen die als gevolg van verscherpt provinciaal beleid inzake de uitstoot van stikstof hoogstwaarschijnlijk zal worden geweigerd, kan een principiële discussie over nieuwe regelgeving worden gestart.²⁰

15 Zie bijv. A.D. Freeman & J.E. Farris, 'Grassroots Impact Litigation: Mass Filing of Small Claims', *U.S.F. L. Rev.* 1992, p. 261-282; M. Lowry, 'Derring-Do in the 1980's: Child Welfare Impact Litigation after the Warren Years', *Fam. L.Q.* (20) 1986, p. 255-280.

16 HR 22 mei 2015, JB 2015/125, m.nt. J.J.J. Sillen (*Privacy First*).

17 Schuurmans & Stolk 2017, p. 7-8.

18 'FNV neemt procedure bijstandsgerechtigde over', ravage-webzine.nl/2015/12/28/proefproces-wegens-dwangarbeid.

19 'Wmo-oordeel rechter nodig', *Gelders Dagblad*, 3 februari 2015.

20 "'Economie gaat op slot door nieuwe stikstofregels provincie", boer Deurne lokt proefproces uit', *Omrloop Brabant*, 23 juli 2015.

Bij strategische procedures is een potentieel belangrijke rol weggelegd voor belangenorganisaties, als procederende partij dan wel achter de schermen bij een proefproces.²¹ Belangenorganisaties hebben immers vaak beter zicht op structurele problemen, kunnen grote groepen burgers vertegenwoordigen en beschikken doorgaans over meer kennis en middelen dan individuele burgers. Hoewel strategische procedures zich ook tegen bedrijven kunnen richten, focust dit preadvies zich op strategische procederende belangenorganisaties tegen de overheid. Aangezien strategische procedures tegen de overheid zich vaak niet (enkel) richten tot beschikkingen, wordt naast de bestuursrechter juist ook de civiele rechter met dit type procedure geconfronteerd.

Het fenomeen van strategisch procederende belangenorganisaties roept veel vragen op. Deze kunnen helaas niet allemaal in dit preadvies worden behandeld. Daarom beperk ik me tot een belangrijk startpunt van de discussie over de wenselijke vormgeving dan wel obstructie van strategische procedures door belangenorganisaties, namelijk de legitimiteit van dergelijke procedures. In dit preadvies onderzoek ik hoe strategische procedures zich verhouden tot de ratio van het bestuurs- en burgerlijk (proces)recht. Dat plaats ik vervolgens binnen de democratisch-rechtsstatelijke spanning tussen enerzijds democratische waarden die door strategische procedures mogelijk in het gedrang kunnen komen, en anderzijds de effectieve rechtsbescherming tegen de overheid die gediend kan zijn met strategische procedures. Daartoe brengt dit preadvies in kaart met welke mogelijkheden en obstakels strategisch procederende belangenorganisaties worden geconfronteerd in het bestuurs- respectievelijk het civiele (proces)recht, hoe deze uiteenlopende procesmogelijkheden zich tot elkaar verhouden en met welke argumenten deze wel of niet legitiem worden geacht. Tot slot wordt onderzocht in hoeverre aanleiding bestaat om het huidige legitimiteitsdebat met betrekking tot het beroepsrecht voor belangenorganisaties te herzien in het licht van strategische procedures.

21 Schuurmans & Stolk 2017.

2 Procesrechtelijke mogelijkheden en belemmeringen

Bij de vormgeving van rechtsbescherming tegen de overheid kan er een spanning ontstaan tussen individuele en collectieve rechtvaardigheid. Deze spanning heeft gevolgen voor de mogelijkheden van belangenorganisaties om strategisch te procederen in het kader van collectieve rechtvaardigheid. Zo is bij de invoering van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) gekozen voor individuele rechtsbescherming (*recours subjectif*) als hoofdfunctie van het bestuursprocesrecht. Bovendien staat op grond van artikel 8:3 Awb tot op heden geen beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels (algemene regels) open. Het bestuursrecht, met zijn focus op individuele uitvoeringsbesluiten en afbakening van de beroepsgerechtigden tot belanghebbenden, blijkt ondanks artikel 1:2 lid 3 Awb niet ingericht om procedures met een bovenindividuele insteek, die vaak betrekking hebben op wet- en regelgeving, te faciliteren.

De civiele rechter treedt bij procedures tegen de overheid op als restrechter. Het ligt daarom voor de hand dat belangenorganisaties die strategisch willen procederen, maar in het bestuursrecht niet-ontvankelijk zijn, hun geluk bij de civiele rechter beproeven. Artikel 3:305a BW biedt immers zeer ruime mogelijkheden voor bovenindividuele procedures. Toch levert de procesrechtelijke puzzel met betrekking tot de rechtsmachtsverdeling een belangrijke beperking op voor strategische procedures. Zo wijst de civiele rechter uit het oogpunt van rechtseenheid belangenorganisaties regelmatig de deur indien (desnoods via een omweg) een individuele procedure bij de bestuursrechter mogelijk is.

2.1 Juridische procedure als onderdeel van een bredere strategie

In een preadvies voor de Jonge VAR ligt de nadruk natuurlijk op de juridische aspecten van strategisch procederen. Toch is het van belang om, alvorens de juridische mogelijkheden en beperkingen in kaart te brengen, op deze plaats kort stil te staan bij de bredere context. Strategisch procederen maakt immers deel uit van het bredere fenomeen van belangenbehartiging, waar bijvoorbeeld ook lobbyen onder valt. In zijn oratie stelt Timmermans dat tegenwoordig stil lobbyen bij politici en ambtenaren vaak niet meer voldoende is, en belangenorganisaties door de druk van sociale media hardop moeten investeren in hun relaties met de samenleving

en media.²² Belangenorganisaties moeten kortom zoeken naar nieuwe strategieën en *venues* voor belangenbehartiging. Een van die mogelijke *venues* betreft de juridische arena. Hoewel deze in de sociale wetenschappen weinig aandacht krijgt, wordt deze *venue* in de praktijk juist in toenemende mate gekozen.

Strategische procedures staan kortom vaak niet op zichzelf, maar maken onderdeel uit van een bredere strategie van belangenbehartiging. Procederen als strategie ligt ook niet in alle gevallen voor de hand. Alvorens bij de rechter aan te kloppen, doet een belangenorganisatie er goed aan om de voor- en nadelen van verschillende *venues* voor belangenbehartiging tegen elkaar af te wegen. Zo kan lobbyen als strategie in bepaalde gevallen misschien succesvoller zijn dan de keuze voor een juridische procedure. Een juridische procedure kan ook het sluitstuk vormen, waar lobbyen onsuccesvol bleek. Tegelijkertijd kan door middel van een juridische procedure druk worden uitgeoefend om een (tot dan toe) onsuccesvolle lobby nieuw leven in blazen. Ook het opzoeken van de media of het mobiliseren van de achterban via sociale media kan onderdeel uitmaken van de bredere strategie waar de juridische procedure deel van uitmaakt. Tot slot is een onderdeel van de strategie steeds vaker het opzoeken van samenwerking tussen belangenorganisaties.²³

Een complicerende factor bij strategische procedures is het gegeven dat individu-overstijgende vraagstukken niet altijd een ‘kant-en-klaar’ juridisch geschil betreffen dat past binnen de (ontvankelijkheids)eisen van het procesrecht. Dit hoeft niet te betekenen dat er geen reëel probleem is, maar wel dat het procesrecht niet altijd de ruimte biedt om dat reële geschil direct en zo effectief mogelijk aan de rechter voor te leggen. Wanneer wordt gekozen voor de rechterlijke arena als *venue* voor belangenbehartiging, zal een van de strategische afwegingen de vraag betreffen aan welke rechter de belangenorganisatie het geschil wil of kan voorleggen. In traditionele, individuele geschillen met de overheid zal die verdeling vaak duidelijk zijn, maar in het geval van een bovenindividueel geschil zijn diverse procesrechtelijke routes met bijbehorende mogelijkheden en obstakels denkbaar.

2.2 Naar de bestuursrechter?

Voor bestuursrechtjuristen ligt bij procedures tegen de overheid de bestuursrechter waarschijnlijk voor de hand. Ook vanuit het perspectief van belangenorganisaties biedt deze rechter diverse voordelen ten opzichte van zijn civielrechtelijke collega. Het bestuursrechtelijke proces is doorgaans sneller en goedkoper, procesvertegenwoordiging is niet verplicht en de bestuursrechter is minder lijdelijk dan de civiele rechter. In deze paragraaf wordt uiteengezet hoe het bestuurs(proces)recht met artikel 1:2 lid 3 Awb en de informele route van het proefproces inderdaad een *venue* voor belangenbehartiging door belangenorganisaties kan zijn. Tegelijkertijd kent het bestuursrecht een aantal belangrijke obstakels die het lastig

22 A. Timmermans, *On speaking terms: Public affairs en de dialoog tussen wetenschap en praktijk* (oratie Leiden), Leiden 2014.

23 Timmermans 2014, waarin het begrip (belangen)coalitie wel 42 keer voorkomt.

kunnen maken om daadwerkelijk strategisch te procederen. Zo is beroep tegen algemene regels niet mogelijk (artikel 8:3 Awb), en kwalificeren belangenorganisaties bij een individuele zaak vaak niet als belanghebbende.

2.2.1 Mogelijkheden

De bestuursrechtelijke route staat enkel open indien sprake is van een beschikking.²⁴ Als een dergelijk individueel uitvoeringsbesluit aanwezig is, bijvoorbeeld in de vorm van een vergunning, biedt artikel 1:2 lid 3 Awb het bestuursrechtelijke kader voor de belanghebbendheid van belangenorganisaties. Op basis van deze bepaling worden ten aanzien van rechtspersonen als hun belangen mede beschouwd de algemene en collectieve belangen die zij krachtens hun doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen.

Vanwege het vereiste van rechtspersoonlijkheid is het voor individuele burgers niet mogelijk om gebruik te maken van de mogelijkheid die artikel 1:2 lid 3 Awb biedt. In de praktijk zijn het met name stichtingen en (informele) verenigingen die op grond van deze bepaling algemene en collectieve belangen behartigen. Deze belangenbehartiger dient het algemene of collectieve belang in het bijzonder te behartigen, wat betekent dat het een voldoende specifiek belang moet betreffen.²⁵ Zo kwalificeren bijvoorbeeld politieke partijen als algemeen-belangenbehartigers niet als belanghebbenden op grond van artikel 1:2 lid 3 Awb.²⁶ Dat het een voldoende specifiek belang betreft moet blijken uit de statutaire doelstellingen en feitelijke werkzaamheden. Deze eisen staan als communicerende vaten met elkaar in verbinding.²⁷

Uit de wettekst en wetsgeschiedenis volgen geen te onderscheiden vereisten voor algemeen-belangacties of collectieve acties.²⁸ Toch is het onderscheid wel degelijk relevant, omdat in de jurisprudentie de eisen wel verschillend uitvallen voor algemeen-belangacties respectievelijk collectieve acties. Collectieve belangen, ofwel groepsbelangen, betreffen ‘de gezamenlijke belangen van (bijna) alle leden van een groep personen’.²⁹ Waar het bij collectieve acties dus vaak gaat om meer concrete belangen van een feitelijk gesloten groep personen die dezelfde hoedanigheid gemeen hebben (zoals buurtbewoners of werknemers van een bepaald bedrijf), kennen algemeen-belangacties juist een individu-overstijgend karakter dat een facet vormt van vrijwel ieders bestaan (bijvoorbeeld milieu en kunst en

24 Of van een concretiserend besluit van algemene strekking.

25 J.C.A. de Poorter & L.A. van Heusden, ‘Bovenindividuele belangenbehartiging: Naar een aanscherping van het beroepsrecht voor belangenorganisaties door een vereiste van representativiteit’, *JBplus* 2017/0, par. 3.1.

26 Kamerstukken II 1988/89, 21221, 3, p. 35 (MvT).

27 De Poorter & Van Heusden 2017, par. 3.1.

28 Kamerstukken II 1988/89, 21221, 3, p. 34-35 (MvT).

29 L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht 1: Systeem, bevoegdheid, bevoegdheidsuitoefening, handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, p. 123; zie ook W. Konijnenbelt & R. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 76.

cultuur).³⁰ Aangezien niet alle algemeen-belangacties ook daadwerkelijk hét algemeen belang (pretenderen te) betreffen, wordt ook wel van ideële acties gesproken.³¹ Het onderscheid tussen algemene en collectieve belangen is soms lastig te maken, waardoor ook wel wordt gesproken van een gradueel onderscheid.³²

2.2.1.1 Algemene belangen

In 2008 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS; hierna: de Afdeling) in een reeks van uitspraken de eisen aangescherpt met betrekking tot algemeen-belangacties.³³ Zo is de Afdeling strenger op het vereiste van de statutaire doelstellingen gaan letten. Het statutaire doel mag niet zo veelomvattend en onvoldoende onderscheidend zijn dat geen sprake is van een rechtstreeks betrokken belang. De statutaire doelstellingen dienen (in samenhang gezien) functioneel en territoriaal te zijn begrensd.³⁴ Ook de eis van ‘feitelijke werkzaamheden’ is aangescherpt. Het voorbereiden en het voeren van gerechtelijke procedures gelden niet langer als feitelijke werkzaamheden. Het doen van onderzoek, het overleggen met burgers, bestuurders en andere belangenorganisaties, het organiseren van bijeenkomsten en acties, het bijhouden van een website, het bijhouden van registers, het verspreiden van geschriften en nieuwsbrieven bijvoorbeeld wel.³⁵

2.2.1.2 Collectieve belangen

Waar de ideële belangenorganisatie door middel van feitelijke werkzaamheden moet laten zien dat zij het geclaimde algemeen belang daadwerkelijk behartigt, geldt voor de collectieve belangenorganisatie de enkele bundeling van de individuele belangen al als de vereiste feitelijke werkzaamheid.³⁶ Daardoor heeft zij iets gemakkelijker toegang tot de bestuursrechtelijke procedure. Ook het vereiste ‘bovenindividueel belang’ bij collectieve acties lijkt door de Afdeling steeds verder te worden losgelaten. Eerder oordeelde de Afdeling nog dat het bij collectieve belangen dient te gaan om:

‘een aan de statutaire doelstelling ontleend collectief belang, dat door een besluit direct wordt of dreigt te worden aangetast, waarbij het belang los kan worden gezien van dat van individuele leden, en waarvan de behartiging trekken dient te vertonen van behartiging van bovenindividuele belangen’.³⁷

30 Damen e.a. 2013, p. 123; J. de Poorter, *De belanghebbende: Een onderzoek naar de betekenis van het belanghebbende-begrip in het bestuurs(proces)recht* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 117.

31 De Poorter 2003, p. 116.

32 Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 47 e.v.; R.J.N. Schlössels, *De belanghebbende* (Monografieën Awb), Kluwer 2004, p. 112 e.v.

33 ABRvS 28 mei 2008, AB 2008/238, m.nt. A.G.A Nijmeijer; ABRvS 1 oktober 2008, JB 2008/239, m.nt. R.J.N. Schlössels.

34 De Poorter & Van Heusden 2017, par. 3.1.

35 De Poorter & Van Heusden 2017, par. 3.1.

36 ABRvS 24 juni 2009, AB 2009/336, m.nt. A.T. Marseille; ABRvS 23 juni 2010, AB 2010/247, m.nt. K.J. de Graaf & A.T. Marseille.

37 ABRvS 25 mei 2005, AB 2005/234, m.nt. A. van Hall.

Het onderscheid tussen belangen van individuele of enkele leden en een boven-individueel belang valt lastig te maken. Sinds 2006 is de lijn van de Afdeling daarom dat:

‘een belangenorganisatie die voor het belang van haar leden opkomt, daarmee opkomt voor een collectief belang, tenzij het tegendeel blijkt’.³⁸

Hiermee is volgens De Poorter en Visser niet zozeer de eis van bovenindividueel belang losgelaten, maar wel het bewijs van die eis.³⁹ Van Ettehoven concludeert op basis van latere jurisprudentie dat het er echter op lijkt dat het vereiste van bovenindividueel belang steeds verder wordt losgelaten.⁴⁰

2.2.1.3 *Belang hoeft niet gerechtvaardigd te zijn*

Voor de vraag of een rechtspersoon als belanghebbende kwalificeert, is irrelevant of het groeps- of ideële belang ‘gerechtvaardigd’ is.⁴¹ In 2003 werd een stichting door het bestuursorgaan niet-ontvankelijk verklaard in haar bezwaar omdat het handhaven van een bepaald ziekenhuis op de huidige locatie en het tegengaan van een verhuizing ervan geen rechtens te respecteren belang zou zijn. De Afdeling ging hier niet in mee en oordeelde dat de vergunning voor nieuwbouw van het ziekenhuis op een andere locatie een besluit is dat het in de statuten neergelegde collectieve belang aantast.⁴² De vraag of deze belangenbehartiging redelijk kan worden geacht, is irrelevant bij de toets aan artikel 1:2 lid 3 Awb.⁴³ De bestuursrechter beoordeelt kortom niet wat als algemeen belang kwalificeert; ook eenzijdige of niet-realistische belangen vallen onder de reikwijdte van artikel 1:2 lid 3 Awb.⁴⁴

2.2.2 **Beperkingen**

Hoewel de Awb op het eerste gezicht ruimschoots mogelijkheden lijkt te bieden voor de behartiging van algemene en collectieve belangen in het bestuurs(proces) recht, is desalniettemin sprake van een aantal reële beperkingen van de beroepsmogelijkheden voor belangenorganisaties die strategisch willen procederen. Zo staat in het bestuurs(proces)recht de beschikking als individueel uitvoeringsbesluit centraal. Hoewel algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels ook onder de definitie van het besluit (artikel 1:3 Awb) vallen, zijn zij op basis van artikel 8:3 Awb uitgezonderd van bezwaar en beroep. Het gegeven dat enkel de

38 ABRvS 23 augustus 2006, AB 2006/365, m.nt. A. van Hall; B.J. van Ettehoven, ‘Bestuursrecht-spraak voor Jan & Alleman? Op weg naar een stelsel van subjectieve rechtsbescherming’ (pread-vies voor de Vereniging voor Bouwrecht), in: B.J. Schueler, B.J. van Ettehoven & J. Hoekstra, *Rechtsbescherming in het omgevingsrecht*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2009, p. 90.

39 J.C.A. de Poorter & M.N. Visser, ‘Het belanghebbendebegrip in beweging’, *Gst.* 2008/7, p. 29 e.v.
40 Van Ettehoven 2009, p. 91.

41 Damen e.a. 2016, p. 126.

42 ABRvS 20 augustus 2003, AB 2004/278, m.nt. F.R. Vermeer.

43 ABRvS 20 augustus 2003, AB 2004/278, m.nt. F.R. Vermeer, r.o. 2.4.2.

44 Zie het derde onderdeel van de annotatie van F.R. Vermeer bij ABRvS 20 augustus 2003, AB 2004/278.

beschikking een geldig toegangsticket tot de bestuursrechtelijke arena vormt,⁴⁵ maakt het voor belangenorganisaties in de praktijk lastig om optimaal gebruik te maken van het bestuursrecht als *venue* voor strategische procedures. Meer dan individuele uitvoeringsbesluiten zullen vaak algemene regels of vaste uitvoeringspraktijken typische veroorzakers van maatschappelijke ophef zijn, waarmee artikel 8:3 Awb een doorn in het oog is van menig belangenorganisatie.⁴⁶ In de woorden van Schutgens:

‘Juist bij algemene regels kunnen belangenorganisaties (...) bij uitstek een zinvolle rol spelen. Regels raken open categorieën personen en de argumenten voor onverbindend verklaring luiden voor grote groepen betrokkenen hetzelfde.’⁴⁷

Hoewel exceptieve toetsing het voor de bestuursrechter mogelijk maakt om over de band van een individuele beschikking de achterliggende regel te toetsen, biedt dit vaak geen uitkomst voor belangenorganisaties die de rechtmatigheid van wet- en regelgeving of beleid aan de rechter willen voorleggen. Naast dat exceptieve toetsing lastig valt af te dwingen, kwalificeren belangenorganisaties in veel gevallen niet als belanghebbende bij de individuele beschikking over de band waarvan zij de exceptieve toets zouden willen uitlokken. Artikel 1:2 lid 3 Awb ziet immers op de ‘klassieke’ situatie waarbij bijvoorbeeld een milieuvereniging wil procederen tegen een omgevingsvergunning voor een ‘mega varkensstal’. In dat geval is het belang van de milieuorganisatie contrair aan dat van de varkensboer en kan de belangenorganisatie als belanghebbende kwalificeren. Het is echter niet mogelijk om als belangenorganisatie te procederen tegen een beschikking waarbij de belangenorganisatie een belang heeft dat parallel loopt aan dat van de geadresseerde van het besluit, om op die manier een exceptieve toets uit te lokken. Dit zal ik verduidelijken aan de hand van een aantal voorbeelden uit de jurisprudentie.

De eerste betreft een verzoek tot voeging van de Nederlandse Vereniging voor Pleeggezinnen in een zaak over de afwijzing van een door de pleegouders gewenste financiële vrijstelling.⁴⁸ De vereniging voerde aan dat het willen bevorderen van een landelijk uniforme uitleg van de Wet op de jeugdhulpverlening een rechtstreeks bij het besluit op bezwaar betrokken (collectief) belang is. De Afdeling oordeelde echter dat:

‘van een – van het individuele belang van de pleegmoeder te onderscheiden – collectief belang (...) niet [kan] worden gesproken, aangezien het uitsluitend betreft de vaststelling van de individuele aanspraken van de moeder’.⁴⁹

⁴⁵ Of concretiserende besluiten van algemene strekking.

⁴⁶ De stichting Privacy First heeft een gebrek aan effectieve collectieve rechtsmiddelen en een pleidooi voor afschaffing van art. 8:3 Awb op de derde plaats staan in haar top 7 van ‘issues’ die zij wilde agenderen bij het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, dat bezig was met een inventarisatie van de Nederlandse grondrechtensituatie: [privacyfirst.nl/aandachtsvelden/wetgeving/item/660-input-privacy-first-bij-nederlandse-staat-van-de-grondrechten.html](https://www.privacyfirst.nl/aandachtsvelden/wetgeving/item/660-input-privacy-first-bij-nederlandse-staat-van-de-grondrechten.html).

⁴⁷ R.J.B. Schutgens, ‘Rechtsbescherming tegen algemene regels: Tijd om de Awb te voltooien’ (preadvies voor de VAR), in: W.J.M. Voermans, R.J.B. Schutgens & A.C.M. Meuwese, *Algemene regels in het bestuursrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 114.

⁴⁸ ABRvS 28 februari 2000, AB 2000/188, m.nt. M. Schreuder-Vlasblom.

⁴⁹ ABRvS 28 februari 2000, AB 2000/188, m.nt. M. Schreuder-Vlasblom, r.o. 2.5.

In de woorden van Schreuder-Vlasblom kan uit deze uitspraak worden afgeleid dat de Afdeling van oordeel is dat er in een procedure over een beschikking naast een individueel niet ook een eigenstandig collectief belang aanwijsbaar kan zijn:

‘Wil men een rechtstreeks belang hebben bij een beschikking dan moet dat belang, net als de rechtstoepassing in de beschikking, lopen via de casus waarom het gaat. Het belang moet dus primair bij het geval betrokken zijn.’⁵⁰

Kortom, het belang van de Nederlandse Vereniging voor Pleeggezinnen betreft het geheel van wetstoepassingen, waardoor het naar zijn aard niet rechtstreeks betrokken is bij een concreet geval.

Zo liep ook de Vereniging Vluchtelingenwerk Nederland, die zich inzet voor de bescherming van asielzoekers en vluchtelingen, tegen dit onderscheid aan.⁵¹ Zo was zij wel belanghebbende in de zin van artikel 1:2 lid 3 Awb bij een besluit tot verlenging van een besluitmoratorium voor asielzoekers uit Noord-Irak, juist vanwege het algemene karakter van een dergelijk besluit. De vereniging was echter weer geen belanghebbende bij de afwijzing van een verzoek om de zaak van een bepaalde vreemdeling opnieuw te bezien en alsnog een verblijfsvergunning te verstrekken, vanwege het individuele karakter van die beslissing.⁵² Ook de Vereniging Officiële Coffeeshops te Maastricht stuitte op dichte deuren bij de bestuursrechter, omdat de sluiting van één coffeeshop niet aan de collectieve doelstellingen van de belangenorganisatie raakt.⁵³

2.2.3 Informele route van het proefproces

De enige mogelijkheid die een belangenorganisatie dan nog in bestuursrechtelijke procedures heeft, is het optreden als gemachtigde of het achter de schermen ondersteunen van een individuele belanghebbende. Zo kan via de informele route van het proefproces worden geprobeerd de rechter ertoe te bewegen de achterliggende regel of uitvoeringspraktijk te toetsen die de maatschappelijke gemoederen bezighoudt.⁵⁴ Aangezien het geen Awb-constructie betreft, heeft een belangenorganisatie hierbij weinig tot geen (proces)rechten. Dat maakt een belangenorganisatie afhankelijk van veel onzekere factoren.

Zo is de belangenbehartiger afhankelijk van de griffie bij de zaakstoedeling en -selectie, bijvoorbeeld om te zorgen dat het zorgvuldig geplande proefproces ook de eerste zaak is die op zitting komt.⁵⁵ Voorkomen moet worden dat een andere individuele procedure, waarin de feiten of aangevoerde gronden misschien tot een minder gunstige uitspraak leiden, zijn schaduw vooruitwerpt over het proefproces. Verder is onzeker of de rechter bereid is de bovenindividuele insteek te volgen,

50 ABRvS 28 februari 2000, AB 2000/188, m.nt. M. Schreuder-Vlasblom.

51 Zie ook de annotatie van H. Peters bij ABRvS 29 maart 2017, AB 2017/192.

52 ABRvS 22 november 2005, AB 2006/18, m.nt. I. Sewandono.

53 ABRvS 18 juni 2014, JB 2014/166, m.nt. L.J.M. Timmermans.

54 Schuurmans & Stolk 2017.

55 Schuurmans & Stolk 2017, p. 12.

bijvoorbeeld door in de motivering ook individu-overstijgende overwegingen op te nemen. Een belangenorganisatie kan hier natuurlijk invloed op proberen uit te oefenen door het gerecht te informeren over haar strategie. Waar het vanuit het perspectief van de rechter misschien prettig is om te weten wat er ‘achter de schermen’ speelt bij een individuele procedure,⁵⁶ brengt deze informatie vanuit het perspectief van de belangenorganisatie het risico met zich mee dat de rechter zich juist voorzichtiger zal opstellen om niet het ‘verwijt’ te krijgen een ‘activistische rechter’ te zijn. Ook kan het prettig zijn als de overheid bereid is mee te werken aan een proefproces. In sommige gevallen zal het bestuursorgaan er belang bij hebben om zelf ook duidelijkheid te krijgen over een bepaalde uitvoeringspraktijk en bereid zijn bijvoorbeeld een symbolische boete op te leggen.⁵⁷ Tot slot is de belangenorganisatie afhankelijk van de individuele burger, die de ‘last’ van een proefproces moet kunnen en willen dragen. Een belangenorganisatie is ervan afhankelijk dat deze individuele belanghebbende de hele rit uitzit (dus ook een eventueel hoger beroep) en mee wil gaan met de principiële insteek. Succes is kortom bij een proefproces niet gegarandeerd.

2.2.4 Amicus curiae

Opmerkelijk is dat de Afdeling recentelijk de zogenoemde *amicus curiae* in het bestuursrecht introduceerde door iedereen de mogelijkheid te geven te reageren op vragen over de bestuurlijke waarschuwing die aan de staatsraad advocaat-generaal zijn gesteld.⁵⁸ Zo wordt door de bestuursrechter actief om input gevraagd, om te voorkomen dat soorten waarschuwingen in bepaalde deelgebieden van het bestuursrecht over het hoofd worden gezien. Hierdoor kunnen dus ook anderen dan partijen die direct bij de zaak zijn betrokken reageren, zoals belangenorganisaties. Deze mogelijkheid biedt belangenorganisaties een nieuwe manier om bovenindividuele aspecten deel uit te kunnen laten maken van een procedure, zij het dan op uitnodiging van de rechter. De toekomst zal uitwijzen hoe met dergelijke input wordt omgegaan en of deze mogelijkheid vaker zal worden geboden.

2.2.5 Tussenconclusie

Hoewel artikel 1:2 lid 3 Awb op zichzelf genomen de bestuursrechtelijke deur voor algemene en collectieve belangenacties behoorlijk wijd open lijkt te zetten, maakt de in artikel 8:3 Awb geregelde beperking van de beroepsmogelijkheden tot beschikkingen het voor belangenorganisaties vaak lastig – zo niet onmogelijk – om strategische procedures in de bestuursrechtelijke arena te voeren. Deze betreffen immers per definitie individu-overstijgende vraagstukken, die vaak worden geregeld in wet- en regelgeving of beleid. Een algemene of collectieve procedure over

56 Zie voor het rechtersperspectief ook het preadvies van M. Wolfrat & K. de Meulder, *Proefprocessen en rechtsvorming – ook de bestuursrechter maakt strategische keuzes* (preadvies voor de Jonge VAR 2017).

57 Zie voor het overheidsperspectief ook het preadvies van L. van der Meulen, *Strategisch procederen door het bevoegd gezag* (preadvies voor de Jonge VAR 2017); Schuurmans & Stolk 2017, p. 11.

58 raadvanstate.nl/pers/persberichten/tekst-persbericht.html?id=1081&summary_only=&category_id=8.

de band van een individuele beschikking om zo de achterliggende, onwielgevallige regel aan te vechten zal vaak stranden op de ontvankelijkheid, nu het rechtstreekse belang van de belangenorganisatie bij dat individuele besluit in veel gevallen ontbreekt. Zo bezien staat de deur naar de bestuursrechtelijke arena, met zijn focus op individuele rechtsbescherming en individuele uitvoeringsbesluiten, bepaald niet ver open voor strategisch procederende belangenorganisaties.

2.3 Naar de civiele rechter?

Het civiele recht biedt diverse voorbeelden van succesvolle strategische procedures tegen de overheid, zoals de klimaatzaak van Urgenda.⁵⁹ Er kunnen verschillende strategische redenen zijn om als belangenorganisatie de civiele arena te betreden. Dit kan gedwongen zijn, omdat het bestuursrecht het in veel gevallen onmogelijk maakt om strategisch te procederen. Voor procedures tegen algemene regels, feitelijk overheidshandelen of -nalaten zal de civiele rechter als restrechter doorgaans de meer aangewezen rechter lijken. Vanwege de objectum litis-leer is immers niet het publiek- of privaatrechtelijke karakter van het geschil, maar het te beschermen recht bepalend voor de vraag of sprake is van een geschil over een burgerlijk recht.⁶⁰ Een burger is ontvankelijk in vorderingen tegen de overheid die zijn gebaseerd op een onrechtmatige daad wegens niet-nakoming van publiekrechtelijke verplichtingen,⁶¹ tenzij een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang openstaat.⁶² Een ander voordeel van de civiele rechtsgang is dat de civiele rechter ruimere uitspraakbevoegdheden heeft dan de civiele rechter, waardoor het ook mogelijk is om een bevel, verbod of verklaring voor recht te vorderen. Nadelen aan de civiele rechtsgang betreffen de doorgaans hogere kosten, langere doorlooptijden, procedures in drie instanties en de meer lijdelijke rol van de rechter. Voor strategische procedures geldt als belangrijk obstakel bovendien de jurisprudentie van de Hoge Raad, waarbij belangenorganisaties (kort gezegd) omwille van de rechtseenheid niet-ontvankelijk zijn bij de civiele rechter als individuele bestuursrechtelijke rechtsbescherming mogelijk is.

Een opvallend verschil tussen het bestuursrecht en civiele recht is dat het civiele recht geen (expliciet) onderscheid maakt tussen algemene en collectieve belangen. Dit kan bij de bestuursrechtjurist tot enige terminologische verwarring leiden. Artikel 3:305a Burgerlijk Wetboek (BW) regelt het 'collectieve actierecht', waarmee civilisten dus doelen op zowel algemene als collectieve acties. Deze bepaling maakt het mogelijk om individuele vorderingen uit onrechtmatige daad als belangenorganisatie te bundelen. Een bundeling is kortom alleen mogelijk als een individuele vordering mogelijk is. Ook waar het gaat om ideële acties (bijvoorbeeld ter

59 Rb. Den Haag 24 juni 2015, AB 2015/336, m.nt. Ch.W. Backes (Urgenda).

60 HR 31 december 1915, NJ 1916, p. 407 (Guldemond/Noordwijkerhout); in tegenstelling tot de fundamentum petendi-leer, waarbij de door gedaagde gestelde en door de rechter vastgestelde grondslag van het gevorderde bepalend is voor de bevoegdheid van de civiele rechter: het moet gaan om een echt privaatrechtelijk geschil, dat volledig aan de hand van het Burgerlijk Wetboek moet kunnen worden beantwoord.

61 HR 20 november 1924, NJ 1925, p. 89 (Ostermann).

62 HR 25 november 1977, AB 1978/1, m.nt. J.R. Stellinga (Plassenschap Loosdrecht).

bescherming van het milieu) is dus het idee dat deze een bundeling van (weliswaar lastig in te stellen) individuele vorderingen betreffen.

2.3.1 Mogelijkheden

Op grond van het in 1994 ingevoerde artikel 3:305a BW kan een belangenorganisatie ‘een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen’. De bepaling betreft (grotendeels) een codificatie van het in de jurisprudentie van de Hoge Raad ontwikkelde collectieve actierecht.⁶³ Hiervoor moet sprake zijn van een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid, die ingevolge haar statuten bepaalde belangen van anderen behartigt. Deze belangen moeten gelijksoortig zijn, ofwel zich voor bundeling lenen. In het begrip ‘behartigen’ wordt het vereiste van feitelijke werkzaamheden gelezen. Met deze bundeling wordt doorgaans al voldaan aan het vereiste van feitelijke werkzaamheden dat in het begrip ‘behartigen’ wordt gelezen.⁶⁴ In de praktijk levert dit vereiste zelden een probleem op, omdat hier doorgaans al aan wordt voldaan met de bundeling van belangen die zich slecht voor individuele rechtsvorderingen lenen.⁶⁵

Artikel 3:305a lid 2 BW vereist dat belangenorganisaties in de gegeven omstandigheden voldoende dienen te hebben getracht het gevorderde door overleg met gedaagde te bereiken. Ofaan het overlegvereiste is voldaan, hangt af van het concrete geval. Als de wederpartij bijvoorbeeld al op voorhand aangeeft het standpunt niet te willen herzien, hoeft geen overleg te worden gevoerd.⁶⁶ Een termijn van twee weken na ontvangst door gedaagde van een verzoek tot overleg onder vermelding van het gevorderde is in ieder geval voldoende.⁶⁷

Met de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM) is aan lid 2 een passage toegevoegd. Een rechtspersoon is niet-ontvankelijk indien met de rechtsvordering de belangen van de personen, ten behoeve van wie de rechtsvordering is ingesteld, onvoldoende gewaarborgd zijn. Dit doet zich bijvoorbeeld voor wanneer de rechter twijfelt aan de motieven voor het instellen van de vordering.⁶⁸ In het concrete geval dient te worden beoordeeld in welke mate betrokkenen uiteindelijk baat hebben bij toewijzing van het gevorderde. Ook speelt een rol in hoeverre erop mag worden vertrouwd dat de belangenorganisatie over voldoende kennis en vaardigheden

63 Zie bijv. HR 27 juni 1986, NJ 1987/743, m.nt. W.H. Heemskerk (*De Nieuwe Meer*).

64 Kamerstukken II 1991/92, 22486, 3, p. 20.

65 L.F. Wiggers-Rust, ‘Collectieve’ acties: Een interne rechtsvergelijking tussen privaatrecht en bestuursrecht, WODC 2014, p. 20; M.A. Heldeweg, R.J.N. Schlössels & R.J.G.H. Seerden, ‘De kwadratuur van de algemene belangactie: Over de legitimiteit van algemene belangacties in democratisch-rechtsstatelijk en rechtsvergelijkend perspectief’, *R.M.Themis* 2002/2, p. 46, onder verwijzing naar HR 18 december 1992, AB 1994/396 (*Kuunders*) en HR 17 januari 1997, AB 1997/265, m.nt. Th.G. Drupsteen (*Covra*).

66 Zie bijv. Rb. Groningen 6 juni 1997, *De Praktijkids* 1997/4808; A.W. Jongbloed, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:305a BW, aant. 21 (online, bijgewerkt 15 september 2013).

67 Stb. 2000, nr. 178; zie bijv. art. 5 lid 1 van Richtlijn nr. 98/27/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen.

68 Kamerstukken II 2011/12, 33126, 3, p. 5 (MvT); Wiggers-Rust 2014, p. 31.

beschikt om de procedure te voeren, waarbij onder andere wordt gekeken naar de overige werkzaamheden, de mate waarin haar doelstellingen in het verleden zijn gerealiseerd en het aantal aangesloten benadeelden.⁶⁹ Hoewel uit de wetsgeschiedenis volgt dat artikel 3:305a lid 2 BW zich met name richt op groepsacties, vallen ook ideële acties onder de reikwijdte van deze bepaling.⁷⁰

Een actie ex artikel 3:305a BW kan op grond van lid 3 niet strekken tot een schadevergoeding in geld. Wel kan gedaagde worden veroordeeld tot het openbaar maken van de uitspraak. De Hoge Raad legt de bepaling in bepaalde gevallen welwillend uit. Zo kan een stichting die in de aanloop naar de procedure veel kosten heeft gemaakt in verband met het inwinnen van deskundig advies en juridische bijstand, deze kosten claimen als zij dienstig zijn aan het doel van de collectieve actie.⁷¹ De ontwikkelingen op het gebied van massaschadeclaims staan overigens niet stil in het civiele recht: met de WCAM is het mogelijk geworden om (kort gezegd) collectief te schikken, en met het wetsvoorstel Collectieve schadevergoedingsactie wordt beoogd collectieve schadevergoedingsacties mogelijk te maken.⁷²

In de afweging om een strategische procedure aanhangig te maken bij de bestuursrechter of de civiele rechter kan bovendien een belangrijke rol spelen dat de civiele rechter ruimere uitspraakbevoegdheden heeft dan de bestuursrechter. Zo kan bijvoorbeeld worden gevraagd om een bevel, verbod of verklaring voor recht.⁷³

2.3.2 Beperkingen

Artikel 3:305a BW biedt op papier zeer ruime mogelijkheden voor strategisch procederende belangenorganisaties. In de praktijk vormt de ‘lokettenkwestie’ echter een belangrijk obstakel voor strategische procedures.⁷⁴ Dit betreft de procesrechtelijke puzzel aangaande de rechtsmachtsverdeling tussen de bestuursrechter en de civiele rechter bij procedures over algemene regels. Hoewel artikel 3:305a BW volgens de memorie van toelichting het gat in de rechtsbescherming bij de bestuursrechter met betrekking tot beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels dicht, blijkt dit in de praktijk de mogelijkheid tot parallelle procedures met zich mee te brengen. Het is immers denkbaar dat de civiele rechter in het kader van een collectieve actie over de rechtmatigheid van dezelfde algemene regel dient te oordelen als de exceptief toetsende bestuursrechter in een individuele procedure. Dit was bijvoorbeeld het geval bij de SGP-procedures, waar de hoogste bestuursrechter tot een andere overweging kwam dan de civiele rechter. Om de rechtseenheid te bewaken kiest de civiele rechter er daarom voor om belangenorganisaties de deur te wijzen, als individuele bestuursrechtelijke rechtsbescherming mogelijk is.

69 Kamerstukken II 2011/12, 33126, 3, p. 12 (MvT).

70 Kamerstukken II 2011/12, 33126, 4, p. 3 (Advies RvS en nader rapport).

71 HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2080, NJ 2008/528, m.nt. C.C. van Dam (*Vie d'Or*).

72 Kamerstukken II 2016/17, 34608, I (Voorstel tot Wet Collectieve schadevergoedingsactie).

73 Wiggers-Rust 2014, p. 33.

74 Zie ook onderdeel vijf van de annotatie van R.J.B. Schutgens bij HR 9 juli 2010, JB 2010/174 (*Staat/Vreemdelingenorganisaties*).

Schutgens heeft in zijn VAR-advies de jurisprudentie over de ontvankelijkheid inzake civiele procedures tegen algemene regels uitvoerig beschreven.⁷⁵ Op dat vlak raken onze adviezen elkaar. Bij civiele wetgevingsprocedures, die ‘ingewikkeld, kostbaar en omslachtig’⁷⁶ zijn, zijn in de woorden van Schutgens immers ‘niet voor niets (...) doorgaans belangenorganisaties betrokken’. Waar Schutgens de jurisprudentie van de civiele rechter besprak op basis van het onderscheid tussen direct en indirect werkende regelingen, wil ik op deze plaats de jurisprudentie op chronologische volgorde bespreken. Dit laat de ontwikkeling zien van *Staat/VAJN* en *NJCM* (waarin een belangenorganisatie ondanks de mogelijkheid van een individuele bestuursrechtelijke procedure ontvankelijk was) tot *SCAU* (waarin een belangenorganisatie niet-ontvankelijk was, aangezien individuele bestuursrechtelijke rechtsbescherming via een omslachtige route mogelijk was).

Staat/VAJN en NJCM

In het arrest *Staat/VAJN en NJCM* oordeelde de Hoge Raad precies zoals op basis van de memorie van toelichting bij artikel 3:305a BW zou mogen worden verwacht.⁷⁷ Hoewel voor individuele vluchtelingen bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat, achtte de Hoge Raad deze individuele beroepsmogelijkheden niet van belang voor de vraag of *VAJN* en *NJCM* ontvankelijk zijn in hun vordering over de onrechtmatigheid van de 48-uursprocedure in het vreemdelingenrecht.⁷⁸ Voor deze organisaties zelf staat immers geen met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang open, waardoor hun ontvankelijkheid bij de civiele rechter gegeven is.

Staat/Vreemdelingenorganisaties

Zes jaar later oordeelt de Hoge Raad in de zaak *Staat/Vreemdelingenorganisaties* anders. Deze vreemdelingenorganisaties zijn naar het oordeel van de Hoge Raad niet-ontvankelijk, aangezien voor individuele vreemdelingen een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang bestaat.⁷⁹ Waar in *Staat/VAJN en NJCM* de bestuursrechtelijke ontvankelijkheid van individuele vreemdelingen niet relevant werd geacht voor de ontvankelijkheid van de belangenorganisaties, is dit in *Staat/Vreemdelingenorganisaties* wel het geval. De Hoge Raad koppelt kortom de ontvankelijkheid van de vreemdelingenorganisaties aan de mogelijkheid van haar individuele ‘leden’ om bestuursrechtelijk te procederen. Het verschil met *Staat/VAJN en NJCM* is volgens de Hoge Raad gelegen in het eigen belang van *VAJN*, die in haar eigen activiteiten werd beperkt door de 48-uursprocedure. Voor dit eigen belang kan *VAJN* niet opkomen bij de bestuursrechter, omdat geen beroep tegen

⁷⁵ Schutgens 2017, p. 113.

⁷⁶ Y.E. Schuurmans & W.M.J. Voermans, ‘Artikel 8:2 Awb: Weg ermee!’, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 810.

⁷⁷ HR 3 september 2004, AB 2005/74, m.nt. G.A. van der Veen (*Staat/VAJN en NJCM*).

⁷⁸ Na aanmelding bij een aanmeldcentrum wordt binnen 48 uur beslist of iemand in aanmerking zou kunnen komen voor een asielaanvraag. De asiel aanvragende vreemdeling dient hiervoor niet alleen documenten (als geboorteaktes en dergelijke) te overleggen, maar ook een consistent vluchtverhaal.

⁷⁹ HR 9 juli 2010, JB 2010/174, m.nt. R.J.B. Schutgens (*Staat/Vreemdelingenorganisaties*), r.o. 4.7.

algemeen verbindende voorschriften openstaat. Uit de motivering van *Staat/VAJN* en *NJCM* blijkt echter niet dat dit een (doorslaggevende) rol speelde bij de beoordeling van de ontvankelijkheidsvraag.

Privacy First

De Hoge Raad bevestigt de harde lijn van *Staat/Vreemdelingenorganisaties* in het arrest *Privacy First*.⁸⁰ *Privacy First* meent dat de in de Paspoortwet opgenomen voorwaarde dat bij de aanvraag en afgifte van een reisdocument twee vingerafdrukken dienen te worden afgestaan, een bedreiging vormt voor de privacy. De Hoge Raad acht *Privacy First* niet-ontvankelijk. De lijn uit *Staat/Vreemdelingenorganisaties* geldt ook als een belangenorganisatie niet slechts opkomt voor de gebundelde belangen van een bepaalbaar aantal individuen, maar tevens voor het algemeen belang van de bescherming van de rechten van een veel grotere groep van personen, die diffuus en onbepaalbaar is (namelijk een inbreuk op de privacy van aanvragers van reisdocumenten en daarmee potentieel alle Nederlandse burgers). Ook hier is voorzien in individuele bestuursrechtelijke rechtsbescherming, nu de weigering op een paspoortaanvraag zonder vingerafdrukken kwalificeert als een appellabele beschikking.

SCAU/Universiteiten

In het arrest *SCAU/Universiteiten* werd niet alleen *Privacy First* bevestigd, maar bovendien de relevantie geïntroduceerd van het onderscheid tussen direct en indirect werkende regels. Aspirant-studenten wilden via de Stichting Collectieve Actie Universiteiten opkomen tegen de hoogte van het instellingscollegegeld,⁸¹ maar werden door de Hoge Raad niet-ontvankelijk verklaard.⁸² Op grond van artikel 7.66 Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW) zou immers voor de individuele studenten een met voldoende waarborgen omgeven bestuursrechtelijke rechtsgang bij het College van Beroep voor het Hoger Onderwijs⁸³ openstaan.

Een beroep op *Leenders/Ubbergen* kan de aspirant-studenten ook niet helpen. Ook hier lijkt sprake van een breuk met eerdere jurisprudentie. In *Leenders/Ubbergen* oordeelde de Hoge Raad immers dat als het bestreden algemeen verbindend voorstel in een vergunningsstelsel voorziet, niet van *Leenders* kon worden geveerd dat hij:

‘(...) uitsluitend teneinde de vraag of de regeling onverbindend is, aan het oordeel van de rechter te kunnen onderwerpen, de vergunning voor zover nodig en onder aantekening van zijn zienswijze omtrent de verbindendheid van de regeling aanvraagt, vervolgens tegen de beschikking waarbij de vergunning wordt verleend, een bezwaarschrift indient en zo nodig tegen de beslissing daarop beroep instelt bij de bestuursrechter. Met het oog op een doeltreffende, waarborgen tegen misverstanden biedende regeling

⁸⁰ HR 22 mei 2015, JB 2015/125, m.nt. J.J.J. Sillen (*Privacy First*).

⁸¹ Zie bijv. ook CBHO 22 juli 2011, nr. 2011/45, chbo.nl.

⁸² HR 3 juni 2016, AB 2016/268, m.nt. F.J. van Ommeren & C.N.J. Kortmann.

⁸³ Een bij art. 7.64 Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek ingestelde onafhankelijke bestuursrechter.

van rechtsbescherming tegen de overheid moet worden aangenomen dat ook het openstaan van deze weinig voor de hand liggende weg blokkering van de toegang tot de burgerlijke rechter niet kan rechtvaardigen.⁸⁴

In SCAU voegt de Hoge Raad hier een criterium aan toe: een beroep op *Leenders/Ubbergen* slaagt niet in geval van indirect werkende regelingen. Indirect werkende regelingen, zoals subsidieregelingen, socialezekerheidsvoorzieningen en belastingregelingen, scheppen pas afdwingbare rechten en plichten via een uitvoeringsbesluit.⁸⁵ Alleen bij direct werkende regelingen zijn belangenorganisaties dus ontvankelijk, omdat dan het uitlokken van een appellabel besluit als onevenredig bezwarend wordt beschouwd.

Vraagtekens bij bovengenoemde jurisprudentie

Bovengenoemde jurisprudentie laat zien dat belangenorganisaties die strategisch willen procederen tegen de overheid in procedures tegen algemene regels (die typisch grote, onbepaalde groepen burgers treffen) vaak lastig, zo niet onmogelijk, effectieve rechtsbescherming kunnen krijgen als individuele bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat. Dit lijkt allereerst haaks te staan op de bedoelingen van de wetgever.⁸⁶ Artikel 3:305a BW biedt immers volgens de memorie van toelichting expliciet een procesingang tegen overheidshandelingen waar geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen openstaat, zoals algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels.

Uit het arrest SCAU/*Universiteiten* volgt dat alleen bij direct werkende regelingen een gebundelde vordering op grond van artikel 3:305a BW mogelijk is. Bij indirect werkende regels geldt echter als regel dat belangenorganisaties niet-ontvankelijk zijn indien individuele bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat. De rechtvaardiging voor dit onderscheid is dat burgers bij direct werkende regels rechtstreeks in hun rechten worden beperkt, zonder dat hier een eigen handeling voor nodig is. Wel moet ook:

‘in het oog worden gehouden dat indirect werkende regelingen soms hun schaduw vooruitwerpen, omdat nog te verwachten uitvoeringsbesluiten betrokkenen al in het heden tot gedragsverandering kunnen dwingen’.⁸⁷

Hiervan biedt het arrest *Toeristenbelasting Schiphol* een voorbeeld. Van Schiphol kan niet worden gevergd dat het bedrijf de eerste aanslag toeristenbelasting afwacht, omdat daarvoor al kostbare aanpassingen in de software noodzakelijk zijn.⁸⁸ Onhoudbare kosten of het voorkomen van onnodige investeringen kunnen reden zijn om toch toegang te krijgen tot de civiele rechter. Hoewel dat wenselijke uitzonderingsgronden zijn, kan bijvoorbeeld SCAU hier geen beroep op doen. Toch ben ik van mening dat ook in het geval van bijvoorbeeld SCAU de regeling haar schaduw

84 HR 11 oktober 1996, NJ 1997/165, m.nt. M. van der Scheltema (*Leenders/Ubbergen*), r.o. 3.4.4.

85 Schutgens 2017, p. 99, 102-105.

86 T. Barkhuysen, ‘Ruim baan voor belangenorganisaties’, NJB 2012/646, p. 725.

87 Schutgens 2017, p. 101.

88 HR 17 september 1999, NJ 1999/736 (*Toeristenbelasting Schiphol*); Schutgens 2017, p. 101.

voortuiterpt door van grote invloed te kunnen zijn op de keuze om al dan niet te gaan studeren. Hiermee valt het onderscheid tussen direct en indirect werkende regels arbitrair uit. Het houdt immers weinig rekening met het relatieve gewicht van het belang dat bij de regel is betrokken of met de impact van de desbetreffende regel. Sommige indirect werkende regels kunnen immers grote gevolgen hebben, bijvoorbeeld bij de aanvraag van een verblijfsvergunning, of dus het beïnvloeden van de keuze om wel of niet te gaan studeren. Tegelijkertijd kunnen direct werkende regels ook een eenmalige bestuurlijke boete van relatief kleine omvang betreffen. Daarmee lijkt het onderscheid tussen direct en indirect werkende regels mij een te arbitrair en lastig te rechtvaardigen bepalende factor bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van strategisch procederende belangenorganisaties.

Bovendien oordeelt de Hoge Raad wel erg snel dat individuele rechtsbescherming niet onevenredig bezwarend is. Met Schutgens ben ik van mening dat bijvoorbeeld in de *Privacy First*-zaak het maandenlang zonder paspoort zitten wel degelijk als onevenredig bezwarend kan worden gezien.⁸⁹ Daarmee had *Privacy First* op basis van het arrest *Leenders/Ubbergen* wel degelijk ontvankelijk moeten zijn bij de civiele rechter.

Een individuele rechtsgang is ook niet altijd evident. Dit blijkt bijvoorbeeld uit *SCAU/Universiteiten*, waarin de bestuursrechtelijke individuele rechtsgang via een bestuurlijk rechtsoordeel wordt geconstrueerd. Kan daadwerkelijk van burgers worden verwacht dat zij zich in allerlei (kunstmatige) bochten wringen om met een omweg en op indirecte wijze bestuursrechtelijke rechtsbescherming te verkrijgen? Deze ‘lokettenkwesie’ bij bovenindividuele vraagstukken is uiteindelijk een procesrechtelijk probleem, waar belangenorganisaties en groepen burgers die rechtsbescherming zoeken voor reële problemen de dupe van lijken te worden.

Tot slot gaat deze jurisprudentie wel erg makkelijk voorbij aan de vraag of er een principieel verschil bestaat tussen een individueel en een individu-overstijgend probleem. Het is niet vanzelfsprekend dat ieder algemeen probleem in een individueel geschil kan worden ‘geperst’ en vervolgens op een net zo effectieve wijze aan de rechter kan worden voorgelegd.

2.3.3 Ontvankelijkheid in procedures die zich niet richten tegen algemene regels

Bovengenoemde jurisprudentie is niet van toepassing op alle strategische procedures. Zo richten sommige strategische procedures zich bijvoorbeeld niet tegen algemene regels, maar tegen feitelijk handelen of nalaten van de overheid. Met name op het gebied van milieu biedt het civiele recht een aantal spraakmakende en succesvolle voorbeelden van strategische procedures. Hieronder volgt een aantal voorbeelden.

89 Schutgens 2017, p. 100.

Urgenda

Internationaal heeft het Nederlandse collectieve actierecht de nodige aandacht (en kritiek) gekregen vanwege de klimaatzaak van Urgenda, waarin de rechter de Staat opdroeg om de uitstoot van broeikasgassen in 2020 met 25% te verminderen ten opzichte van 1990.⁹⁰ Hiermee vormt de Urgenda-zaak een inspiratie voor andere klimaatorganisaties om wereldwijd soortgelijke procedures te initiëren. In de klimaatzaak speelden nauwelijks ontvankelijkheidsvraagstukken ten aanzien van Urgenda zelf.⁹¹ De vordering valt volgens Urgenda, de rechter en onbestreden door de Staat nu juist onder het type vordering dat de wetgever met artikel 3:305a BW mogelijk heeft willen maken. In de memorie van toelichting wordt immers expliciet vermeld dat milieuorganisaties die een vordering instellen ter bescherming van het milieu, zonder dat een aanwijsbare groep van personen bescherming behoeft, onder artikel 3:305a BW ontvankelijk zijn.

Milieudefensie

Een ander recent voorbeeld biedt de luchtkwaliteitszaak van de Vereniging Milieudefensie en Stichting Adem in Rotterdam.⁹² In deze procedure speelde de ontvankelijkheidsvraag wel. De Staat stelde zich in de kortgedingprocedure op het standpunt dat Milieudefensie niet-ontvankelijk is. Het is namelijk mogelijk om verzoeken in te dienen bij het bevoegde gezag tot het treffen van maatregelen op het gebied van luchtkwaliteit, waarbij tegen een weigering van het bevoegd gezag om dat te doen bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat bij de bestuursrechter. De voorzieningenrechter oordeelde echter dat dit standpunt eraan voorbij gaat:

‘(...) dat deze zaak niet ziet op het oplossen van één of meerdere individuele gevallen waarin grenswaarden worden overschreden. Het maken van een (deugdelijk) luchtkwaliteitsplan kan niet het onderwerp zijn van bestuursrechtelijk bezwaar en beroep.’⁹³

Deze overweging kan de vraag oproepen hoe deze formulering zich verhoudt tot de lijn uit onder andere *Privacy First*. Als individuele bestuursrechtelijke rechtsbescherming mogelijk is, zou dat dan niet ook in de luchtkwaliteitszaak de aangegeven route moeten zijn? Waarschijnlijk is echter bedoeld dat op lokaal niveau een dergelijk verzoek kan worden ingediend, maar dat dat slechts zou zien op de luchtkwaliteitsoverschrijding in dat gebied. Om het nationale luchtkwaliteitsplan aan te kunnen vechten moet kortom de civiele route worden gevolgd.

Afghaanse 1F'ers

Recentelijk werd het NJCM door de rechtbank Den Haag ontvankelijk geacht in zijn collectieve vordering uit onrechtmatige rechtspraak. Het NJCM en een individuele Afghaanse 1F'er voerden aan dat de Staat aansprakelijk is voor onrechtmatige rechtspraak van de Afdeling. De Afdeling zou structureel hebben nagelaten de

90 Rb. Den Haag 24 juni 2015, AB 2015/336, m.nt. Ch.W. Backes.

91 Dergelijke vragen speelden overigens wel ten aanzien van de 886 individuele volmachtgevers voor wie Urgenda tevens opkomt.

92 Rb. Den Haag 7 september 2017, AB 2017/335, m.nt. Ch.W. Backes.

93 Rb. Den Haag 7 september 2017, AB 2017/335, m.nt. Ch.W. Backes, r.o. 4.2.

vereiste individuele beoordeling toe te passen op de Afghaanse rF'ers, en bovendien ten onrechte geen prejudiciële vragen hebben gesteld aan het Hof van Justitie. De Staat betoogde dat het NJCM niet-ontvankelijk is omdat een vordering uit onrechtmatige rechtspraak zich naar haar aard niet leent voor een collectieve actie. Hoewel de rechtbank erkent dat een vordering uit onrechtmatige rechtspraak onlosmakelijk verbonden is met de zaak waarop die vordering betrekking heeft, is het NJCM ontvankelijk omdat het gaat om een bestendige lijn in de rechtspraak van de Afdeling:

‘Noch de tekst, noch de kennelijke strekking van artikel 3:305a BW staat eraan in de weg dat een collectieve actie een gebundeld belang kan dienen van partijen ten aanzien van wie, op grond van dezelfde overwegingen ten aanzien voor hen gelijke feiten en omstandigheden, een rechterlijk oordeel is geveld.’⁹⁴

Hoewel het hier volgens de rechter gaat om een gebundeld belang, namelijk dat van alle individuele rF'ers die menen dat de Afdeling in hun zaken een onrechtmatige uitspraak heeft gedaan, kan men zich afvragen in hoeverre deze bundeling niet juist ook noodzakelijk is om (inhoudelijk) het punt te kunnen maken dat het gaat om ‘rechterlijk beleid’ waarbij geen individuele beoordeling plaatsgevonden zou hebben. Hoewel de ontvankelijkheid van het NJCM een ‘succes’ was, is het daadwerkelijke doel achter deze procedure niet behaald. De rechter stelde het NJCM en de individuele rF'er op procedurele gronden in het ongelijk, met als gevolg dat de Afghaanse rF'ers na ongeveer twintig jaar nog steeds geen inhoudelijk rechterlijk oordeel hebben weten te krijgen over hun principiële issue.

Wapenexportzaak

Een andere zaak die ook een lange adem vereist betreft de wapenexportzaak, waarbij PILP-NJCM en vredesorganisaties PAX en Stop Wapenhandel procederen tegen de verstrekking van een wapenexportvergunning door de Nederlandse regering voor militair materieel naar Egypte. Deze vergunning had niet mogen worden verleend volgens deze organisaties, omdat de regering niet of onvoldoende heeft gekeken naar de mensenrechten en de betrokkenheid van Egypte bij de oorlog in Jemen. Hoewel hier geen sprake is van algemene regels, blijkt opnieuw een loketkwestie zich voor te doen. De belangenorganisaties kregen van de civiele rechter in 2002 te horen dat zij niet-ontvankelijk zijn en bij de bestuursrechter moeten aankloppen.⁹⁵ De bestuursrechter oordeelde echter dat belangenorganisaties de wapenvergunning niet mogen aanvechten omdat zij volgens de Douanewet van de EU niet ‘rechtstreeks en individueel geraakt worden’ door de levering.⁹⁶ Bij invoering van de EU-regels zou de Nederlandse wet buiten werking zijn gesteld. Recentelijk verklaarde het gerechtshof het beroep ongegrond.⁹⁷ De belangenorganisaties zijn niet-ontvankelijk bij de bestuursrechter, en moeten dus toch naar de civiele rechter. Wordt vervolgd dus...

94 Rb. Den Haag 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11809, r.o. 5.4.

95 Rb. Den Haag 29 mei 2002, ECLI:NL:RBSGR:2002:AE3271.

96 Rb. Noord-Holland 25 augustus 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:7024.

97 pilpnjcm.nl/2e-hb-wapenhandel.

2.3.4 Voorgestelde wijzigingen van het collectieve actierecht

Waar de ontwikkelingen rondom artikel 1:2 lid 3 Awb zich al bijna een decennium in rustig vaarwater lijken te begeven, geldt dat zeker niet voor artikel 3:305a BW. Met het wetsvoorstel Collectieve schadevergoedingsactie is beoogd ‘een efficiënte en effectieve collectieve afwikkeling van massaschade te bevorderen’, waarbij wordt gestreefd naar ‘een balans tussen het belang van gedupeerden om hun rechten te kunnen verwezenlijken en het belang van de aangesproken partijen om beschermd te worden tegen ongefundeerde of lichtvaardige claims’.⁹⁸ Hoewel het huidige artikel 3:305a BW juist geen onderscheid maakt tussen collectieve en algemene belangen, zal dit in het voorgestelde artikel 3:305a BW anders worden.

Opvallend is de tegengestelde beweging in het civiele recht ten opzichte van het bestuursrecht. In het bestuursrecht wordt doorgaans gepleit voor strengere (representativiteits)eisen aan ideële organisaties, terwijl het civiele recht juist op het punt staat dergelijke eisen in te voeren voor collectieve belangenbehartigers en een uitzondering mogelijk te maken voor ideële belangenbehartigers. Deze zwaarere vereisten moeten dienen als waarborg tegen claimstichtingen en moeten de belangen van de achterban beschermen.

Aangezien het wetsvoorstel een opsomming van ruim twintig elementen betreft die relevant zijn bij de ontvankelijkheid van belangenorganisaties, kan in het bestek van dit preadvies enkel kort worden ingegaan op de meest relevante vereisten. Het voorgestelde lid 2 vereist dat een belangenorganisatie voldoende representatief moet zijn om de belangen van de ‘achterban’ voldoende te waarborgen. Deze representativiteit moet volgens de wettekst blijken uit de achterban en omvang van de vertegenwoordigende vordering, waarbij de belangenorganisatie dient te beschikken over:

- a. een toezichthoudend orgaan;
- b. passende en doeltreffende mechanismen voor deelname aan of vertegenwoordiging bij de besluitvorming van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsovereenkomst strekt;
- c. voldoende middelen om het instellen van de rechtsovereenkomst te dragen;
- d. een internetpagina met daarop:
 1. de statuten;
 2. bestuursstructuur;
 3. jaarlijks vastgestelde verantwoording op hoofdlijnen van het toezichthoudend orgaan;
 4. laatst vastgestelde bestuursverslag;
 5. de bezoldiging van bestuurders en de leden van het toezichthoudend orgaan;
 6. de doelstellingen en werkwijzen van de rechtspersoon;
 7. een overzicht van de stand van zaken in lopende procedures;

⁹⁸ Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 1 (MvT).

8. indien een bijdrage wordt gevraagd van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt: inzicht in de berekening van deze bijdrage;
 9. een overzicht van de wijze waarop personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt zich kunnen aansluiten bij de rechtspersoon en de wijze waarop zij deze aansluiting kunnen beëindigen;
- e. voldoende ervaring en deskundigheid ten aanzien van het instellen en voeren van de rechtsvordering.

Het voorgestelde lid 3 Awb vereist verder dat bestuurders van de belangenorganisatie geen rechtstreeks of onmiddellijk winstoogmerk mogen hebben dat via de rechtspersoon wordt gerealiseerd en dat de vordering voldoende nauwe band heeft met de Nederlandse rechtssfeer. Het overlegvereiste blijft in de huidige vorm gelden. Op grond van het voorgestelde lid 5 moet de belangenorganisatie een bestuursverslag en jaarrekening opstellen en deze binnen acht dagen na vaststelling op de website publiceren. Op basis van lid 7 komt er een centraal register dat alle collectieve vorderingen gaat bijhouden. De collectieve vordering moet binnen twee dagen na indiening van de procesinleiding worden geregistreerd in dit voor iedereen eenvoudig raadpleegbare register. Vervolgens worden andere belangenorganisaties in de gelegenheid gesteld om een collectieve vordering in te stellen voor dezelfde gebeurtenis over soortgelijke feitelijke en rechtsvragen, waarna de rechter uit hun midden de meest geschikte eiser als exclusieve belangenbehartiger kan aanwijzen.⁹⁹

Deze fikse toename aan eisen is op grond van het voorgestelde lid 6 niet per definitie van toepassing op organisaties met een ideële rechtsvordering en een zeer beperkt financieel belang. Hetzelfde geldt als de aard van de vordering daartoe aanleiding geeft. Hierdoor lijken de zwaardere eisen waarschijnlijk niet te gelden voor veel strategische procedures met een ideële insteek. Volgens de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel – waarin overigens verder niet wordt ingegaan op algemeen-belangacties – is het uiteindelijk aan de rechter om ambtshalve te bepalen of een organisatie wel of niet aan de ontvankelijkheidsvereisten uit de leden 2, 3 en 5 hoeft te voldoen.

2.3.5 Tussenconclusie

De meeste voorbeelden van strategische procedures in Nederland ontleen we aan het civiele recht. Dit kan te maken hebben met het feit dat strategische procedures in het op individuele geschillenbeslechting gerichte bestuursrecht lastig zijn en er

99 Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 8-9 (MvT). Hierbij kijkt de rechter onder andere naar (a) de omvang van de groep personen voor wie de eiser opkomt, (b) de grootte van het door deze groep vertegenwoordigde financiële belang, (c) andere werkzaamheden die de eiser verricht voor de personen voor wie hij opkomt in of buiten rechte, en (d) eerdere door de eiser verrichte werkzaamheden of ingestelde collectieve vorderingen. De belangenorganisatie die als exclusieve belangenbehartiger wordt aangewezen, treedt in deze procedure op voor de belangen van alle personen in de door de rechter omschreven groep. De collectieve procedure wordt met voorrang behandeld op individuele procedures die betrekking hebben op dezelfde feiten of rechtsvragen.

geen beroep tegen algemene regels openstaat. Daarom zullen sommige belangenorganisaties die strategisch willen procederen noodgedwongen de civiele rechter opzoeken. Ook andere redenen zijn mogelijk, zoals de ruimere uitspraakbevoegdheden van de civiele rechter, die soms beter kunnen aansluiten bij het doel van strategische procedures. Artikel 3:305a BW regelt het civielrechtelijke collectieve actierecht, dat behoorlijk ruime toegang verleent aan belangenorganisaties. In de praktijk vormt de jurisprudentie van de civiele rechter inzake procedures tegen algemene regels wel een flink obstakel: waar individuele bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat, zijn belangenorganisaties niet-ontvankelijk bij de civiele rechter.

3 Huidig legitimizeitsdebat

Strategisch procederende belangenorganisaties die de juridische arena gebruiken om maatschappelijke, sociale, politieke of juridische verandering teweeg te brengen, hebben als zodanig weinig aandacht gekregen in de Nederlandse juridische literatuur. Om een antwoord te vinden op de vraag in hoeverre dergelijke procedures als legitiem worden beschouwd, zullen de relevante argumenten met name moeten worden afgeleid uit de wetsgeschiedenis, jurisprudentie en literatuur met betrekking tot artikel 1:2 lid 3 Awb respectievelijk artikel 3:305a BW.

3.1 Bestuursrecht

Het bestuursrechtelijke debat over de legitimizeit van beroepsrecht voor belangenorganisaties ziet met name op het ‘traditionele’ artikel 1:2 lid 3 Awb-geschil. Aangezien in het bestuursrecht veel strategische procedures niet mogelijk zijn, zullen de argumenten met betrekking tot hun legitimizeit moeten worden afgeleid uit de bovenindividuele acties die op grond van artikel 1:2 lid 3 jo. 8:3 Awb wel mogelijk zijn. De meeste aandacht in het bestuursrechtelijk debat gaat uit naar algemeen-belangacties, waarbij bijvoorbeeld een milieuvereniging opkomt (of beweert op te komen) voor het (anders) stemloze milieubelang in een procedure over de omgevingsvergunning van een milieuvervuilende fabriek. Dit type actie ligt gevoelig in het op individuele geschillenbeslechting geënte bestuurs(proces)recht, en kan dan ook op de nodige weerstand rekenen. Aangezien collectieve acties in principe een optelsom van (potentiële) individuele procedures betreffen, worden zij doorgaans als legitiem beschouwd. Het gaat dan bijvoorbeeld om buurtbewoners die zich organiseren in een wijkvereniging en als collectief procederen over een ingrijpend verkeersbesluit.

3.1.1 Ratio bestuursrecht

Bij de vormgeving van het beroepsrecht voor belangenorganisaties geldt als normatief vertrekpunt in de eerste plaats de functie van het bestuurs(proces)recht. Voor de invoering van de Awb werd deze met name gevonden in de handhaving van het objectieve recht (*recours objectief*). Het bestuursrecht diende het algemeen belang, waarbij de bestuursrechter op aangeven van een belanghebbende toezicht uitoefende op de rechtmatigheid van een bepaalde rechtshandeling van een bestuursorgaan. In 1994 maakte de wetgever echter de principiële keuze voor individuele rechtsbescherming (*recours subjectief*) als hoofdfunctie van het

bestuurs(proces)recht.¹⁰⁰ Vanuit deze gedachte biedt de Awb bestuursrechtelijke rechtsbescherming, daar waar overheidshandelen de burger direct treft. Het traditionele bestuursrechtelijke geding beperkt zich kortom tot een individuele belanghebbende die een geschil heeft met een bestuursorgaan over een hem rechtstreeks in zijn belangen rakende onwelgevallige beschikking.¹⁰¹

Strategische procedures zijn per definitie niet (primair) individueel van aard. Zij passen dan ook niet naadloos in deze 'Awb-mal'. Met name bij ideële acties rijst de vraag hoe zij zich verhouden tot het uitgangspunt van het *recours subjectief*.¹⁰² Er is immers een maatschappelijk, sociaal, politiek of juridisch issue dat door een groep binnen de samenleving of zelfs de samenleving als geheel wordt gevoeld en dat een belangenorganisatie aan de rechter wil voorleggen. Bij groepsacties speelt dit probleem minder, omdat deze doorgaans worden beschouwd als individuele acties die met het oog op efficiëntie en doelmatigheid worden gebundeld.

3.1.2 Wetsgeschiedenis met betrekking tot artikel 1:2 lid 3 Awb

Toch kent het Nederlandse, op individuele geschillenbeslechting gerichte bestuurs(proces)recht een beroepsrecht voor belangenorganisaties. Opmerkelijk is dat over de ratio achter het opnemen van artikel 1:2 lid 3 in de primair op het *recours subjectief* gestoelde Awb in de memorie van toelichting niets wordt vermeld.¹⁰³ Weliswaar vangt de memorie aan met een algemene uiteenzetting van de doelen van de Awb, maar daarin komen belangenorganisaties en hun beroepsmogelijkheden niet voor. In de toelichting bij artikel 1:2 lid 3 Awb wordt volstaan met een uiteenzetting van de criteria die gelden om als algemene of collectieve belangenbehartiger als belanghebbende te worden aangemerkt.

Een mogelijke verklaring hiervoor is dat ook voor de invoering van de Awb grote delen van het bestuurs(proces)recht beroepsmogelijkheden kenden voor belangenorganisaties, zoals artikel 79 Wet algemene bepalingen milieuhygiëne.¹⁰⁴ Tot het midden van de jaren zeventig van de vorige eeuw was dit overigens wel anders en waren belangenorganisaties in de regel niet-ontvankelijk.¹⁰⁵ Zo strandden bijvoorbeeld algemeen-belangacties van milieuorganisaties in beroep tegen milieuvergunningen. Een organisatie als de Vereniging tot Behoud van de Waddenzee was niet-ontvankelijk.¹⁰⁶ Ook collectieve belangenbehartigers hadden het lastig. Zo waren middenstandsorganisaties niet-ontvankelijk in hun collectieve acties.¹⁰⁷

100 Kamerstukken II 1991/92, 22495, 3, p. 35 (MvT); Damen e.a. 2016, p. 101-102, 122-123.

101 Hoewel het besluitbegrip juist gezien wordt als een kenmerk van het *recours objectief*.

102 Damen e.a. 2016, p. 122-123.

103 Kamerstukken II 1991/92, 22495, 3, p. 35 (MvT).

104 Dit artikel luidt: 'In deze wet en de daarop berustende bepalingen worden ten aanzien van personen of colleges met enig openbaar gezag bekleed, de hun als zodanig toevertrouwde belangen, en ten aanzien van privaatrechtelijke organisaties de belangen met het oog waarop zij in het leven zijn geroepen, als hun belangen beschouwd.'

105 R.M. van Male, 'Enkele aspecten van het begrip belanghebbende in de Algemene wet bestuursrecht', VAR-reeks 108, Alphen aan den Rijn 1992, p. 55.

106 KB 9 januari 1969, AB 1969, p. 444.

107 CbB 25 november 1965, SEW, p. 165.

Dit leidde tot hevige kritiek vanuit zowel de wetenschap als de politiek.¹⁰⁸ Daarom werd artikel 85 Wet inzake luchtverontreiniging aangepast, zodat rechtspersonen de belangen waarvoor zij in het leven zijn geroepen als hun belangen kunnen beschouwen. Bij de behandeling van het wetsvoorstel Arob deed de toenmalige minister van Justitie toezeggingen aan het parlement over de ontvankelijkheid van belangenorganisaties.¹⁰⁹ Als gevolg hiervan achtte de Kroon het gelegitimeerd om voortaan belangenorganisaties in hun beroep te ontvangen, mits zij door de bestreden beschikking rechtstreeks zijn getroffen in een belang dat zij blijkens hun statuten en feitelijke werkzaamheden beogen te behartigen.¹¹⁰ In de woorden van Heldeweg, Schlössels en Seerden bestond met de komst van artikel 7 Wet Arob – ook buiten de *actio popularis* – redelijkerwijs geen twijfel meer over de toelaatbaarheid van de algemeen-belangactie in het bestuursprocesrecht.¹¹¹

Toen in 2005 de in het omgevingsrecht nog geldende (getrapte) *actio popularis* werd afgeschaft om aansluiting te zoeken bij het algemene bestuursrecht,¹¹² ontstond toch weer twijfel over de toelaatbaarheid van de algemeen-belangactie in het bestuurs(proces)recht. Volgens sommige politici ging deze beperking van het beroepsrecht voor milieuorganisaties niet ver genoeg. Zo zocht de VVD-fractie in 2002 steun voor haar initiatiefwetsvoorstel op grond waarvan belangenorganisaties geen beroepsmogelijkheden hebben indien er bij een zaak ook al individuele belanghebbenden zijn.¹¹³ Ook het Kamerlid Spies pleitte voor een beperking van de beroepsmogelijkheden voor milieuorganisaties.¹¹⁴ In 2007 diende het toen nog Tweede Kamerlid Rutte een motie in om ‘niet direct belanghebbenden’ het beroepsrecht te ontnemen. In de woorden van De Poorter en Van Heusden redde deze motie het ‘mede door de niet erg omfloerste kwalificatie van “beroepsmatige probleemmakers” (...) ternauwernood niet’.¹¹⁵ Artikel 1:2 lid 3 Awb bleef ongewijzigd.

3.1.3 Jurisprudentie met betrekking tot artikel 1:2 lid 3 Awb

De Afdeling vindt de rechtvaardiging van collectieve belangenbehartigers met name in effectieve rechtsbescherming. Uit de standaardoverweging leid ik echter af dat de legitimiteit volgens de Afdeling met name ligt in efficiënte in plaats van effectieve rechtsbescherming. De vaste formulering is namelijk dat de belangenorganisatie:

108 Van Male 1992, p. 55, onder verwijzing naar het preadvies van Hoogendijk-Deutsch. Zie daarvoor S.V. Hoogendijk-Deutsch, ‘Groepsacties en algemeen belang in de administratiefrechtelijke procedure’, in: *Handelingen der Nederlandse Juristen Vereniging deel 1, eerste stuk*, Zwolle: H.D. Tjeenk Willink 1976, p. 35.

109 J.H. van Kreveld & M. Scheltema, *Parlementaire geschiedenis van de Wet Arob*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1976, p. 269.

110 KB 8 september 1975, AB 1975/275 (Kerncentrale Borssele).

111 Heldeweg, Schlössels & Seerden 2002, p. 44.

112 Kamerstukken II 2003/04, 29421, 3, p. 3-5 (MvT).

113 *Handelingen II* 3 september 2002, p. 93-5559.

114 Kamerstukken II 2002/03, 28600 XI, 73.

115 De Poorter & Van Heusden 2017; Kamerstukken II 2007/08, 31200, 19.

‘(...) door haar optreden in rechte een bundeling van rechtstreeks bij het bestreden besluit betrokken individuele belangen tot stand brengt waarmee effectieve rechtsbescherming gediend kan zijn, in vergelijking met het afzonderlijke optreden van een groot aantal individuele natuurlijke personen dat door het bestreden besluit rechtstreeks in hun belangen wordt getroffen’.¹¹⁶

Hoewel goed kan worden betoogd dat de effectieve rechtsbescherming gediend is bij bundeling van gelijksoortige individuele krachten (‘samen staat men sterker’), lijkt het argument van de Afdeling eerder te slaan op de efficiëntie van het bundelen van vergelijkbare bezwaren van een grote groep personen in één juridische actie om vele losse (individuele) procedures te voorkomen.

Opmerkelijk is dat de Afdeling – voor zover ik heb kunnen vinden – in procedures van ideële belangenbehartigers niet op vergelijkbare manier ingaat op de achterliggende ratio. Wel is duidelijk dat de Afdeling (zeker sinds 2008) rechtspersonen wil weren indien zij te vage of te ruime doelstellingen hebben, of die enkel procederen tegen overheidsbesluiten tot doel hebben. Om deze zogenoemde ‘procederclubs’ te weren vallen de eisen voor ideële acties in het bestuursrecht wat zwaarder uit dan die voor collectieve acties. De rechtvaardiging hiervoor betreft het voorkomen dat in strijd met de bedoelingen van de wetgever feitelijk nog altijd sprake zou zijn van een (verkapte) *actio popularis*. Hoewel aanvankelijk werd gevreesd dat de afschaffing van de *actio popularis* in combinatie met de scherpere eisen in de jurisprudentie de beroepsmogelijkheden van ideële belangenorganisaties wel degelijk zouden beperken, wordt dat beeld tegenwoordig genuanceerd. Belangenorganisaties blijken in de praktijk goed in staat in te spelen op de veranderde jurisprudentie en zorgen over het algemeen dat hun statutaire doelstellingen voldoende zijn afgebakend en zij voldoende feitelijke werkzaamheden verrichten.¹¹⁷

3.1.4 Discussie over artikel 1:2 lid 3 Awb in de literatuur

Artikel 1:2 lid 3 Awb heeft in de literatuur de nodige kritiek ondervonden, waarbij de discussie met name oplaaide rondom het afschaffen van de *actio popularis* in het omgevingsrecht en de verscherpte eisen die de Afdeling per 2008 aan algemeen-belangacties stelt. Hoewel deze literatuur dus niet (primair) ziet op de legitimiteit van strategische procedures, kunnen uit deze discussie over de ‘klassieke’ toepassing van artikel 1:2 lid 3 Awb wel argumenten worden gedestilleerd met betrekking tot de (on)wenselijkheid van procederende belangenorganisaties. Aangezien in de literatuur anders wordt aangekeken tegen collectieve acties dan tegen algemeen-belangacties, worden zij hieronder apart besproken.

¹¹⁶ Zie bijv. ABRvS 30 mei 2012, AB 2012/219, m.nt. K.J. de Graaf en A.T. Marseille; ABRvS 8 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX3969; ABRvS 24 juni 2009, AB 2009/336, m.nt. A.T. Marseille; ABRvS 15 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1626; ABRvS 30 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU7017; ABRvS 1 oktober 2008, AB 2008/348, m.nt. F.C.M.A Michiels (Stichting Openbare Ruimte). Met deze formulering sluit de Afdeling uitdrukkelijk aan bij HR 17 juni 1986, NJ 1987/743, m.nt. W.H. Heemskerck (*De Nieuwe Meer*).

¹¹⁷ Zie bijv. Van Ettekovén 2009, p. 94; De Poorter & Van Heusden 2017, par. 3.

3.1.4.1 *Collectieve acties*

Collectieve acties worden in de literatuur doorgaans als legitiem beschouwd. Ze betreffen immers een bundeling van individuele belanghebbenden die gelijksoortige problemen hebben met een bepaalde beschikking. De leden van de groep waarvoor de collectieve belangenbehartiger opkomt, zouden ook individueel op grond van artikel 1:2 lid 1 Awb kunnen procederen. Een enkele bundeling van deze belangen levert niet direct problemen op vanuit het op individuele geschillenbehechting gerichte bestuursprocesrecht. De rechtvaardiging voor collectieve actiemogelijkheden is gelegen in proceseconomische overwegingen: het gebundeld instellen van beroep legt minder beslag op de schaarse rechterlijke capaciteit dan losse individuele procedures.¹¹⁸ Het is kortom efficiënter. Volgens Van Ettekoven zou om die reden het bestuursrecht wat betreft collectieve acties niet langer vast hoeven te houden aan de eis van rechtspersoonlijkheid.¹¹⁹

3.1.4.2 *Algemeen-belangacties: democratisch-rechtsstatelijke stromingen*

In vergelijking met collectieve acties leveren algemeen-belangacties aanzienlijk meer debat op. Heldeweg, Schlössels en Seerden onderscheiden in de discussie over de democratisch-rechtsstatelijke legitimiteit van belangenorganisaties grofweg drie stromingen.

1. *De klassiek-liberale stroming*

Binnen de klassiek-liberale opvatting dient de behartiging van het algemeen belang bij de politiek te liggen. De klassiek-liberale opvatting is gebaseerd op 'het democratische denkbeeld van een onvervreemdbaar en ondeelbaar publiek doelstellingsprimaat van de wetgever'.¹²⁰ Het nastreven van deelbelangen vormt een bedreiging voor het evenwichtige publieke belangenafwegingsproces. Belangenorganisaties pretenderen immers op te komen voor het algemeen belang, waarbij het feitelijk gaat om hun visie op het algemeen belang. Vaststelling van hét algemeen belang behoort tot het primaat van de wetgever. De rechter dient enkel naar aanleiding van een individuele zaak subjectieve rechtsbescherming te bieden, en mag dus:

'gevoed door dergelijke intermediaire maatschappelijke machtsstructuren, (...) juridisch noch *de facto* een overheersende invloed krijgen op de vaststelling van wat het algemeen belang meebrengt'.¹²¹

2. *De sociaal-pluralistische stroming*

De sociaal-pluralistische opvatting laat meer ruimte voor belangenorganisaties, omdat deze individuen steunen bij de behartiging van het algemeen belang.¹²² Met name 'stemloze waarden', zoals het milieu, dienen te worden beschermd. Waar procederende belangenorganisaties in de klassiek-liberale opvatting een bedreiging en onwenselijk zijn, waardeert de sociaal-pluralistische opvatting ze juist om

118 Van Ettekoven 2009, p. 91.

119 Van Ettekoven 2009, p. 92.

120 Heldeweg, Schlössels & Seerden 2002, p. 54.

121 Heldeweg, Schlössels & Seerden 2002, p. 54.

122 Heldeweg, Schlössels & Seerden 2002, p. 46.

hun spreekbuisfunctie en mogelijkheden tot het bieden van tegenwicht aan het bestuur. Dat de rechter ook in politieke kwesties rechtsprekt, is geen bedreiging. Het is juist wenselijk dat een concurrerende staatsmacht tegenwicht biedt aan de politieke macht van wetgever en bestuur. Binnen de sociaal-pluralistische opvatting wordt, in tegenstelling tot de klassiek-liberale opvatting, geen scherp onderscheid gemaakt tussen enerzijds de overheid als exclusieve behartiger van het algemeen belang en anderzijds natuurlijke personen en hun rechten. Belangenorganisaties worden beschouwd als een (rechts)sociologische realiteit waarvan de door hen geclaimde belangen kunnen worden onderzocht op hun eventuele bescherming door het recht.¹²³

3. De postmodern-pragmatische stroming

Het credo 'Everything goes!' karakteriseert de postmodern-pragmatische opvatting,¹²⁴ waarin ten principale wordt ontkend dat rechtsontwikkeling zich dient te voltrekken binnen vaste structuren en op gezag van vaststaande instituties of fundamentele beginselen.¹²⁵ Op pragmatische wijze wordt gezocht naar de meest rechtvaardige oplossing voor een bepaald probleem die de andere verhoudingen zo veel mogelijk ongemoeid laat.¹²⁶ Aangezien de overheid slechts een van de actoren binnen de publieke ruimte vormt, is van exclusieve belangenbehartiging door de overheid geen sprake. Het enige wat de overheid onderscheidt van andere maatschappelijke actoren is haar specifieke taakstelling.¹²⁷ De kwalificatie van een actor als overheid, belangenorganisatie of burger is irrelevant voor de toegang tot de rechter; slechts de inhoud van de argumentatie die de actor voert is bepalend. Belangenorganisaties dienen kortom in beginsel toegang tot de rechter te hebben, waarbij het democratisch gelegitimeerde politieke primaat van de wetgever niet wordt erkend.

3.1.4.3 Algemeen-belangacties: discussiepunten

Volgens Heldeweg, Schlössels en Seerden is Nederland, in ieder geval in vergelijking met het Duitse, Franse en het Europese stelsel, het meest ruimhartig en toont Nederland daarmee 'een postmodernistisch-pragmatische rekkelijkheid'.¹²⁸ Artikel 1:2 lid 3 Awb en artikel 3:305a BW bieden inderdaad – naar de tekst van de wet bezien – ruime toegang tot de juridische arena voor belangenorganisaties. Deze rekkelijkheid wordt echter vanuit het perspectief van belangenorganisaties die strategisch willen procederen, aanzienlijk beperkt door de bestuursrechtelijke focus op de beschikking als individueel uitvoeringsbesluit en de civielrechtelijke jurisprudentie als *Privacy First* en SCAU. De bestuursrechtelijke literatuur over de legitimiteit van algemeen-belangacties vertoont evenmin de 'postmodernistisch-pragmatische rekkelijkheid'. Ik identificeer grofweg drie vraagstukken waaromheen de Nederlandse bestuursrechtelijke discussie over de legitimiteit van ideële belangenbehartigers zich centreert. Hoewel deze discussiepunten hieronder apart worden gepresenteerd, zijn zij natuurlijk sterk met elkaar verweven.

123 Heldeweg, Schlössels & Seerden 2002, p. 54-55.

124 Heldeweg, Schlössels & Seerden 2002, p. 55.

125 Heldeweg, Schlössels & Seerden 2002, p. 55.

126 Heldeweg, Schlössels & Seerden 2002, p. 55.

127 Heldeweg, Schlössels & Seerden 2002, p. 55.

128 Heldeweg, Schlössels & Seerden 2002, p. 57.

1. Past een (breed) beroepsrecht voor ideële belangenorganisaties binnen de uitgangspunten van het bestuurs(proces)recht?

Het is niet verwonderlijk dat in een bestuurs(proces)rechtelijk stelsel dat individuele rechtsbescherming (*recours subjectif*) als hoofddoel heeft, vragen rijzen over de legitimatie van algemeen-belangacties. Volgens Van Ettehoven past het slecht in een stelsel dat op weg is naar (verdere) subjectivering ‘dat zelf uitgeroepen algemeen-belangbehartigers toegang krijgen tot de bestuursrechter’.¹²⁹ Met name Teunissen heeft herhaaldelijk bepleit dat algemeen-belangacties niets te maken hebben met rechtsbescherming c.q. bescherming van subjectieve rechtsbelangen, zij dus niet verenigbaar zijn met het *recours subjectif*, en daarmee hun onwenselijkheid gegeven is.¹³⁰ Ook Schreuder-Vlasblom is kritisch: algemeen-belangacties scheppen overspannen verwachtingen omdat de bevoegdheid op te komen voor algemene belangen zou suggereren dat de rechter veel verder kan treden in de afweging van belangen door het bestuur dan zijn positie toelaat.¹³¹ Schueler daarentegen meent dat ook algemeen-belangacties binnen een op het *recours subjectif* gestoeld bestuursprocesrecht passen:

‘Het moet voldoende duidelijk zijn voor welk belang de belangenorganisatie opkomt. Als aan die voorwaarde is voldaan, kan dat gespecificeerde algemene belang worden beschouwd als het eigen belang van de organisatie. Het daaraan verbonden beroepsrecht is in een subjectief model goed in te passen.’¹³²

2. Is een (breed) beroepsrecht voor ideële belangenorganisaties in strijd met de uitgangspunten van de democratische rechtsstaat?

Inherent aan de rechtsstaat is dat ook – juist – de overheid gebonden is aan het recht. Belangenorganisaties kunnen een belangrijke rol spelen bij het corrigeren van juridische fouten van het bestuur.¹³³ Belangenorganisaties maken het bovendien mogelijk dat ieder belang, ook als het niet op adequate wijze door individuele belanghebbenden in rechte kan worden behartigd, in de samenleving vertegenwoordigd kan worden.¹³⁴ Dit noemde Van Buuren in zijn proefschrift een van de belangrijkste redenen voor het toekennen van beroepsrecht aan belangenorganisaties: de kring van beroepsgerechtigden moet ten opzichte van een beschikking zodanig worden getrokken dat voor elk van de bij die beslissing betrokken belangen iemand bevoegd zou zijn om te appelleren.¹³⁵ Volgens Schlössels functioneren beroepsmogelijkheden voor belangenorganisaties als staatsrechtelijke bliksem-

129 Van Ettehoven 2009, p. 92, onder verwijzing naar Schueler 2009, p. 3.

130 J.M.H.F. Teunissen, ‘De algemeen belangorganisatie als bestuursrechtelijk (pseudo-) Openbaar Ministerie? Pleidooi voor afschaffing van de *actio popularis* en van het actierecht van algemeen belangorganisaties en bestuursorganen ex artikel 1:2 Awb’, *Gst.* 2003/17, nr. 4.

131 M. Schreuder-Vlasblom, ‘Kronieken Bestuursprocesrecht’, *NTB* 2003, p. 182-183.

132 Schueler 2009, p. 24-25.

133 M. Jongsma & L. Michiels, ‘Het beroepsrecht van milieuorganisaties moet blijven!’, *NJB* 2002, p. 2238-2239.

134 M. Scheltema, ‘Het beroepsrecht van organisaties die voor het algemeen belang opkomen: Wensen voor een goede vormgeving van deze zelfstandige actie’, in: A.A.J. de Gier e.a., *Goed verdedigbaar: Vernieuwing van bestuursrecht en omgevingsrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 152.

135 P.K.K. van Buuren, *Kringen van belanghebbenden: In het bijzonder in procedures tegen de overheid* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1978, p. 112 e.v.; zie ook Scheltema 2011, p. 152.

afleider: meer algemeen-belangacties naarmate het politieke proces minder functioneert.¹³⁶

Teunissen daarentegen heeft meermaals bepleit dat beroepsrecht voor ideële organisaties niet berust op democratische legitimatie.¹³⁷ Behartigen van het algemeen belang is de exclusieve taak van de overheid. Belangenorganisaties, die vaak een gesloten organisatiestructuur kennen, kunnen nooit pretenderen ‘het’ algemeen belang te behartigen. Hoewel belangenorganisaties in de voorfase een belangrijke bijdrage kunnen leveren aan de kwaliteit van de besluitvorming, is het in ons rechtsbestel de bestuurlijke – en democratisch gelegitimeerde – overheid die de eindbeslissing neemt. Bovendien speelt wat Schlössels het legitimatiedeficit noemt: belangenbehartiging door organisaties steunt niet op (formele) democratische legitimatie.¹³⁸ Een ander klassiek-liberaal bezwaar tegen procederende belangenorganisaties betreft het risico van pseudo-overheden:¹³⁹

‘Een rechtsstelsel dat aan algemeen belangacties door private organisaties een belangrijke rol toebedeelt en deze in rechte toelaat, accepteert strikt genomen óók dat deze belangenorganisaties tot op zekere hoogte “verantwoordelijkheden” van de “echte” overheid waarnemen. Weliswaar opereren zij niet *formeel* als (mede)overheid, maar feitelijk vervullen zij deels vergelijkbare functies.’¹⁴⁰

Hierbij gaat het om belangenorganisaties die bijvoorbeeld richting geven aan de invulling van deelaspecten van het algemeen belang en de handhaving van deze aspecten, zij het door tussenkomst van de rechter.¹⁴¹

Volgens Van Ettekoven kan het beroepsrecht voor belangenorganisaties enkel worden afgeschaft als er voldoende tegenwicht is en gegarandeerd kan worden dat anderen kunnen opkomen voor kwetsbare belangen als natuur- en milieubelangen.¹⁴² Hierbij kan worden gedacht aan een openbaar ministerie voor natuur en milieu, of een onafhankelijk zelfstandig bestuursorgaan waaraan de zorg voor handhaving en naleving van de betrokken materiële normen wordt opgedragen, inclusief de mogelijkheid om in beroep te gaan.

Gegeven dat dit tegenwicht er op dit moment niet is, moeten enkel voldoende representatieve ideële belangenorganisaties toegang tot de rechter kunnen krijgen, aldus Van Ettekoven.¹⁴³ Dit pleidooi voor aanscherping van de representativiteits-eisen wordt door diverse auteurs gehouden.¹⁴⁴ Striktere eisen zouden ertoe leiden dat de serieuze behartigers van algemene natuur- en milieubelangen vanwege hun nuttige functie in onze rechtsstaat kunnen blijven, terwijl allerlei zelfbenoemde

136 R.J.N. Schlössels, ‘Wie beschermt de beschermelingen tegen hun beschermers? Enige publiekrechtelijke kanttekeningen bij algemeen belangacties’, in: A.W. Jongbloed (red.) *Samen Sterk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 125.

137 Teunissen 2003, par. 6.

138 Schlössels 2002, p. 120.

139 Teunissen 2003, par. 8.

140 Schlössels 2002, p. 119.

141 Schlössels 2002, p. 119.

142 Van Ettekoven 2009, p. 94-95.

143 Van Ettekoven 2009, p. 95.

144 De Poorter & Van Heusden 2017, par. 6; Schlössels 2002, p. 121.

algemeen-belangbehartigers van wie het onduidelijk is wie erachter schuilgaan en wie zij vertegenwoordigen, worden geweerd.¹⁴⁵ Hierbij wordt onder andere inspiratie geput uit het Duitse recht, waarin het beroepsrecht voor milieuorganisaties is gekoppeld aan erkenning door het Umweltbundesamt (het ministerie voor milieuzaken).¹⁴⁶ Een andere optie is de door Schlössels voorgestelde (preventieve) toets door de rechter aan de eisen van leden- en/of sympathisantensubstraat en een beperking van algemeen-belangacties tot publiekrechtelijke belangen die in het democratisch proces in ieder geval als ‘behartigenswaardig’ zijn aangemerkt.¹⁴⁷

Waar critici van een breed beroepsrecht menen dat belangenorganisaties niet democratisch gelegitimeerd zijn, menen voorstanders juist dat de rol van belangenorganisaties als belangrijke ‘*countervailing power*’ binnen het stelsel van *checks and balances* een van de belangrijke argumenten is voor het toekennen van een zelfstandig actierecht aan belangenorganisaties.¹⁴⁸ Belangenorganisaties kunnen immers democratische tekortkomingen compenseren door het initiëren van een rechterlijke toets. Naast organen waarbij de democratische controle zowel in theorie als in praktijk nagenoeg ontbreekt, zoals bij zelfstandige bestuursorganen, is met de toegenomen regeldruk en uitdijende taakstelling van de overheid ook sprake van organen die in theorie wel, maar in de praktijk nauwelijks democratisch gelegitimeerd zijn.¹⁴⁹ Het parlement en de gemeenteraad komen in de praktijk soms nauwelijks toe aan het controleren van alle gedelegeerde wet- en regelgeving of uitvoering hiervan.¹⁵⁰ Belangenorganisaties kunnen hier (tot op zekere hoogte) tegenwicht aan bieden door snel op incidenten of juridische gebreken te reageren. Door middel van beroep bij de bestuursrechter kan een meer algemene (rechtmatigheids)controle worden uitgeoefend op (het proces of de uitkomst van) de belangenbehartiging door de overheid.

3. Zorgen (brede) beroepsmogelijkheden voor ideële belangenorganisaties voor politisering van rechtspraak en juridisering van het openbaar bestuur?

Tot slot bestaat de vrees dat algemeen-belangacties leiden tot politisering van de rechtspraak en juridisering van het openbaar bestuur, waarbij relaties en conflicten tussen burgers en bestuur uitsluitend dreigen te worden beheerst door juridische instrumenten en procedures (eventueel ook als politiek pressiemiddel).¹⁵¹ In het kabinetsstandpunt ‘Juridisering in het openbaar bestuur’ valt hierover te lezen:

‘De emancipatie en ontplooiing van de burger hebben daarnaast geleid tot het ontstaan van een georganiseerde behartiging van groeps- en maatschappelijke belangen door belangenorganisaties. Individuele belangen en collectieve of groepsbelangen komen scherper tegenover elkaar te staan. Emancipatie van de burger heeft voorts ertoe geleid

¹⁴⁵ Van Ettekovén 2009, p. 95; De Poorter & Van Heusden 2017, par. 6; Schlössels 2002, p. 121.

¹⁴⁶ Van Ettekovén 2009, p. 95; De Poorter & Van Heusden 2017, par. 6.

¹⁴⁷ Schlössels 2002, p. 107, 121.

¹⁴⁸ De Poorter 2003, p. 122.

¹⁴⁹ J.C.A. de Poorter & F. Capkurt, ‘Rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften’, NTB 2017/10, p. 86; E.M.H. Hirsch Ballin, ‘Dynamiek in de bestuursrechtspraak’, in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter (VAR preadviezen reeks 154)*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2015, p. 47, 53; Barkhuysen 2012; T. Barkhuysen, ‘Inpraak en rechtsbescherming bij avv’s’, NJB 2015/1949, p. 2729; Schlössels 2002, p. 114.

¹⁵⁰ Schuurmans & Voermans 2010, p. 817.

¹⁵¹ Schlössels 2002, p. 124; De Poorter 2003, p. 115.

dat de burger meer gebruik weet te maken van de hem geboden juridische instrumenten in zijn omgang met de overheid. Er is sprake van een toenemende verzakelijking van de relatie tussen burger en bestuur. Deze relatie wordt gekenmerkt door een vanzelfsprekend en soms welhaast uitsluitend gebruik van formele en juridische instrumenten en procedures.¹⁵²

Schlössels beschrijft hoe belangenorganisaties soms over de ware specialiteit beschikken om de besluitvorming jaren te vertragen door op deskundige wijze gebruik te maken van de bestuursrechtelijke procedures.¹⁵³ Schueler relativeert het beeld van ‘obstructie plegende milieuorganisaties’ door derden-belanghebbenden als aan het bestuursproces inherente lastpakken te duiden. Het bestuur of de vergunninghouder kan niet naar de rechter stappen, dus in een conflict zal het altijd de derde-belanghebbende zijn die naar de rechter moet stappen als beide opposanten hun hakken in het zand blijven zetten.¹⁵⁴ Desalniettemin brengt volgens Schlössels het gegeven dat belangenorganisaties juridische procedures aanwenden (mede) als politiek pressiemiddel, het risico van politisering van rechtspraak met zich mee.¹⁵⁵ Volgens Heldeweg, Schlössels en Seerden wordt het risico van politisering van rechtspraak in Nederland wel erkend, maar ook als onvermijdelijk aanvaard.¹⁵⁶

Tegelijkertijd wordt betoogd dat belangenorganisaties ook voordelen voor de overheid zelf bieden.¹⁵⁷ Zo zijn er intermediaire machtsstructuren ontwikkeld tussen de overheid en maatschappelijke actoren die door die overheid als pressie- of gesprekspartner worden erkend, waaronder dus belangenorganisaties. Zo is in de woorden van Schlössels sprake van ‘de “georganiseerde” maatschappij als partner voor de overheid’.¹⁵⁸ Ook met betrekking tot procedures bij de bestuursrechter is het voor de overheid prettig om een overzichtelijk beeld van procespartijen te hebben.

3.1.5 Tussenconclusie

Zoals De Poorter en Van Heusden recentelijk constateerden, lijkt niet alleen de bestuursrechtelijke jurisprudentie omtrent het beroepsrecht voor belangenorganisaties grotendeels uitgekristalliseerd, maar lijkt het sinds het tweede decennium van deze eeuw ook in de wetenschap nauwelijks nog een onderwerp van discussie.¹⁵⁹ Collectieve acties hebben, vanwege de optelsom van individuele geschillen nooit veel kritiek te verduren gehad. Dit ligt anders bij de algemeen-belangacties, waarmee met name wordt gedoeld op milieuacties. Milieuclubs worden doorgaans met het nodige wantrouwen bezien. De meeste bezwaren gaan over de vraag hoe het beroepsrecht van ideële belangenbehartigers zich verhoudt tot het *recours subjectif*, of het past binnen de uitgangspunten van de democratie en in hoeverre het tot

152 Kamerstukken II 1998/99, 26360, I, p. 12.

153 Schlössels 2002, p. 124.

154 Schueler 2009, p. 3.

155 Schlössels 2002, p. 124.

156 Heldeweg, Schlössels & Seerden 2002, p. 54; Kamerstukken II 1998/99, 26360, I, p. 7.

157 Schlössels 2002, p. 113.

158 Schlössels 2002, p. 113.

159 De Poorter & Van Heusden 2017, par. 5.

politisering en juridisering leidt. Bij strategische procedures gaat het echter om veel meer dan enkel milieubelangen, en is het bovendien lastig om een precies onderscheid te maken tussen algemene en collectieve belangen. Daarom wordt in hoofdstuk 4 onderzocht in hoeverre aanleiding bestaat om het debat in het kader van strategische procedures te herzien. Eerst wordt echter nog ingegaan op het civielrechtelijke debat over de legitimiteit van bovenindividuele procedures, waar juist de collectieve acties worden geconfronteerd met strengere eisen en wantrouwen.

3.2 Civiel recht

Hoewel in de woorden van Wiggers-Rust ‘politiek aan een maximale onderlinge afstemming van de behartiging van “collectieve”¹⁶⁰ belangen volgens privaatrecht en bestuursrecht groot belang werd gehecht, is er tussen beide regelingen toch van enige verschillen sprake’.¹⁶¹ Deze verschillen kunnen (in ieder geval gedeeltelijk) worden verklaard vanuit een verschillende manier van kijken naar bovenindividuele procedures. Zo maakt artikel 3:305a BW (in ieder geval in zijn huidige vorm)¹⁶² niet het artikel 1:2 lid 3 Awb typerende onderscheid tussen algemene en collectieve belangen, maar opent het enkel vorderingsmogelijkheden voor ‘bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen’. Waar artikel 1:2 lid 3 Awb het mogelijk maakt om algemene belangen te beschermen die individuele burgers bij een gebrek aan belanghebbendheid vaak niet kunnen beschermen (zoals klimaat), vormt artikel 3:305a BW volgens de memorie van toelichting uitdrukkelijk geen uitbreiding van aansprakelijkheden. Voor iedere vordering onder artikel 3:305a BW is in het civiele recht immers ook een individuele vordering uit onrechtmatige daad mogelijk. Artikel 3:305a BW biedt enkel de mogelijkheid die individuele claims te bundelen, wat uit oogpunt van efficiënte maar ook juist effectieve rechtsbescherming wenselijk wordt geacht.

Bij gebrek aan een (principieel) onderscheid tussen collectieve en algemene belangen wordt in het civielrechtelijke debat doorgaans gesproken over collectieve acties. Om terminologische verwarring in het kader van dit preadvies te voorkomen wordt in deze paragraaf het (met name bestuursrechtelijke) onderscheid tussen collectieve en algemene belangen aangehouden. Alleen waar wordt gesproken over ‘collectief actierecht’ wordt het overkoepelende begrip bedoeld.

160 Hiermee doelt Wiggers-Rust op zowel algemene als collectieve belangen.

161 Wiggers-Rust 2014, p. 15, onder verwijzing naar *Kamerstukken II 1992/93*, 22486, 8, p. 2 en de annotatie van M. Scheltema bij HR 18 december 1992, NJ 1994/139.

162 Met het wetsvoorstel *Collectieve schadevergoedingsactie* wordt beoogd hier verandering in te brengen: *Kamerstukken II 2016/17*, 34608, 1.

3.2.1 Ratio civiel recht

Het burgerlijk procesrecht heeft diverse functies.¹⁶³ Voor dit preadvies is met name de rechtsverschaffingsfunctie van belang. Het gaat hierbij primair om het effectueren van subjectieve rechten in gedingen tussen particulieren, maar ook om handhaving van het objectieve recht. Vergelijkbaar met het bestuursprocesrecht heeft het burgerlijk procesrecht ook een rechtsontwikkelingsfunctie en een rechtseenheidsfunctie. Het grote verschil is dat in het burgerlijk procesrecht procespartijen in beginsel gelijk worden geacht, terwijl in het bestuursprocesrecht een principiële verschil bestaat tussen het bestuursorgaan en de individuele burger.

Waar met name algemeen-belangacties in het op het *recours subjectif* gebaseerde bestuursprocesrecht kritisch worden benaderd, lijkt dit in het burgerlijk procesrecht minder het geval. Alle bovenindividuele belangen (collectieve én algemene belangen) kunnen immers worden herleid naar individuele belangen en individuele vorderingen. Zo zijn met collectieve acties de belangen (of subjectieve rechten) van de individuele leden (of vergelijkbare gevallen) gediend, en gaat het bij algemeen-belangacties om belangen die zich slecht lenen voor individuele procedures (niet om principiële, maar om praktische redenen), maar waar individuele burgers wel degelijk mee gebaat zijn, juist omdat deze een facet vormen van ieders bestaan. Zo bezien bestaan er ook weinig principiële verschillen tussen bovenindividuele procedures tegen de overheid of tegen bedrijven.

3.2.2 Wetsgeschiedenis met betrekking tot artikel 3:305a BW

Tot 1 juli 1994 was het collectief actierecht in diverse bijzondere wetten geregeld. Om tot een algemene privaatrechtelijke regeling te komen is artikel 3:305a toegevoegd aan het BW. Hiermee is aansluiting gezocht bij de jurisprudentie van de Hoge Raad.¹⁶⁴ De Adviescommissie Burgerlijk Procesrecht achtte een algemene regeling onwenselijk, onder andere omdat de materie nog te veel in beweging zou zijn.¹⁶⁵ Hoewel de commissie de 'beweegredenen voor erkenning van groepsakties op zichzelf valabel' acht, zou het beter zijn om de verdere ontwikkelingen in de jurisprudentie af te wachten en deze ook de ruimte te geven. Aangezien de wetgever – in ieder geval op afzienbare termijn – geen volledige consensus verwachtte, maar wel voldoende overeenstemming zag, werd besloten tot invoering van artikel 3:305a BW. De Sociaal-Economische Raad (SER) sloot zich hier in zijn advies bij aan: het zou meer op de weg van de wetgever dan de rechter richten om het collectief actierecht van belangenorganisaties vorm te geven.¹⁶⁶

163 Zie voor een overzicht bijv. H.J. Snijders, *Inleiding Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 5-10.

164 *Kamerstukken II 1991/92*, 22486, 3, p. 2-3 (MvT).

165 Adviescommissie Burgerlijk Procesrecht, *Vorderingsrecht belangenorganisaties* (advies), 1990, p. 13-14; *Kamerstukken II 1991/92*, 22486, 3, p. 16 (MvT).

166 Sociaal-Economische Raad, *Advies vorderingsrecht belangenorganisaties* (adviesnr. 1990/01), 1990, p. 8-9; *Kamerstukken II 1991/92*, 22486, 3, p. 4 (MvT).

De ervaringen met collectieve acties op basis van specifieke wetten, zoals de Wet Misleidende Reclame, waren positief. Aangezien ook hierbuiten behoefte bestond aan collectief actierecht, werd het niet gerechtvaardigd geacht om de mogelijkheden hiertoe te beperken tot de rechtsgebieden waarin specifieke wetgeving dit mogelijk maakte. Ook vanuit het oogpunt van deregulering verdient één algemene regeling de voorkeur boven een groot aantal onderling verschillende regelingen.¹⁶⁷ Verder verwachtte de wetgever dat een algemene regeling belangenorganisaties een sterkere positie zou bieden om ook buiten rechte op te komen voor de belangen die zij behartigen, waardoor de gelijkwaardigheid van marktpartijen bij zelfregulering wordt vergroot.

De voordelen van collectieve acties liggen volgens de wetgever in effectievere en efficiëntere rechtsbescherming.¹⁶⁸ Ook de SER pleit in zijn advies uitdrukkelijk voor erkenning van een algemeen vorderingsrecht voor belangenorganisaties. Vooropgesteld wordt, zowel door de SER als door de wetgever, 'dat het in principe juist is dat een belangenorganisatie onder bepaalde voorwaarden kan opkomen voor belangen die anders onvoldoende worden beschermd'.¹⁶⁹ Hiervoor worden praktische, maatschappelijke en processuele argumenten aangevoerd. Zo zouden belangenorganisaties vaak meer deskundigheid bezitten dan particulieren, en zijn zij daarmee beter 'in staat om een vordering (...) voor te bereiden en de algemene werking en betekenis van zulk een vordering en van de daarop te verwachten rechterlijke uitspraak te overzien'.¹⁷⁰ Bovendien kunnen belangenorganisaties in rechte optreden in aangelegenheden waar per individu geringe, maar in hun totaliteit aanzienlijke belangen op het spel staan die, indien het initiatief aan ieder individu zelf wordt overgelaten, niet of onvoldoende worden beschermd.¹⁷¹ Anderzijds kunnen juist vele gelijkkluidende individuele vorderingen worden gebundeld in één vordering, waarin tegelijkertijd de draagwijdte en het algemene karakter van de procedure duidelijk worden. Verder kan van artikel 3:305a BW een preventieve werking uitgaan.¹⁷² Ook beschikken belangenorganisaties vaak over meer financiële draagkracht dan individuen, waardoor organisaties meer procesrisico kunnen nemen:

'processen die ter wille van gebundelde belangen worden gevoerd, hebben vaak een principieel karakter en zijn mede daardoor ook vaak juridisch gecompliceerd, met als gevolg dat proceskosten kunnen oplopen'.¹⁷³

Tot slot acht de SER van belang dat een collectief actierecht voor belangenorganisaties past in de rol die zij in de huidige maatschappij spelen.

¹⁶⁷ Kamerstukken II 1991/92, 22486, 3, p. 16 (MvT).

¹⁶⁸ Kamerstukken II 1991/92, 22486, 3, p. 22-23 (MvT).

¹⁶⁹ Sociaal-Economische Raad 1990, p. 8.

¹⁷⁰ Sociaal-Economische Raad 1990, p. 8.

¹⁷¹ Kamerstukken II 1991/92, 22486, 3, p. 2 (MvT).

¹⁷² Kamerstukken II 1991/92, 22486, 3, p. 18 (MvT).

¹⁷³ Sociaal-Economische Raad 1990, p. 8.

De gevreesde toename van procedures wordt volgens de wetgever gecompenseerd door de preventieve werking van het collectief actierecht.¹⁷⁴ Naast algemene (financiële) drempels die gepaard gaan met procederen zullen ook de specifiek voor belangenorganisaties geldende drempels het risico van te lichtvaardig gebruik van het collectief actierecht beperken. Nu geen nieuwe materiële aansprakelijkheidsnorm wordt gecreëerd, maar slechts een processuele verbetering van de mogelijkheid om iemand (in rechte) aan te spreken op schending van reeds bestaande normen, werd per saldo geen significante toename van procedures verwacht.¹⁷⁵

Sinds 1994 hebben de ontwikkelingen niet stilgestaan. Met de WCAM is het mogelijk geworden om (kort gezegd) collectief te schikken, en met het wetsvoorstel Collectieve schadevergoedingsactie wordt beoogd collectieve schadevergoedingsacties mogelijk te maken.¹⁷⁶ Opnieuw is het streven de rechtsbeschermingsmogelijkheden nog efficiënter en effectiever vorm te geven, niet alleen voor belangenorganisaties, maar juist ook voor hun (individuele) achterban.¹⁷⁷

3.2.3 Jurisprudentie met betrekking tot artikel 3:305a BW

Het in 1994 ingevoerde artikel 3:305a BW betreft (grotendeels) een codificatie van de jurisprudentie van de Hoge Raad. Van Mierlo telde in 1983 en 1984 in totaal 61 collectieve acties, waarvan 53 ontvankelijk waren.¹⁷⁸ In een van deze arresten overwoog de Hoge Raad in een zaak waarin de organisatie van medische specialisten een in het nadeel van deze beroepsgroep krachtens de Prijzenwet genomen beschikking buiten werking trachtte te stellen dat:

‘het noch in het belang van de Staat, noch in het belang van een goede rechtspleging zou zijn, wanneer allerhande individuele medische specialisten omtrent de beschikking eigen procedures aanhangig zouden maken (...).’¹⁷⁹

Het bekende arrest *De Nieuwe Meer* vormde een belangrijke mijlpaal in de ontwikkeling van het collectieve actierecht, omdat toen voor het eerst een rechtspersoon in een rechtsvordering in het algemeen belang door de Hoge Raad ontvankelijk is verklaard.¹⁸⁰ De Hoge Raad overwoog hiertoe dat de betrokken (milieu)belangen zich lenen tot een bundeling:

‘bij gebreke van de mogelijkheid van een zodanige bundeling zou integendeel een efficiënte rechtsbescherming tegen een dreigende aantasting van deze belangen – die in de regel grote groepen burgers te zamen raken, terwijl de gevolgen van een eventuele aantasting ten aanzien van ieder van die burgers zich vaak moeilijk laten voorzien – niet onaanzienlijk kunnen worden bemoeilijkt’.¹⁸¹

174 Kamerstukken II 1991/92, 22486, 3, p. 18 (MvT).

175 Kamerstukken II 1991/92, 22486, 3, p. 19 (MvT).

176 Kamerstukken II 2016/17, 34608, 1.

177 Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3 (MvT).

178 Ch. van Mierlo, ‘Acties van belangenorganisaties in het civiele geding’, AA 1985, p. 188.

179 HR 1 juli 1983, NJ 1984/360 (Staat/LSV).

180 HR 27 juni 1986, NJ 1987/743, m.nt. W.H. Heemskerk (*De Nieuwe Meer*).

181 HR 27 juni 1986, NJ 1987/743, m.nt. W.H. Heemskerk (*De Nieuwe Meer*), r.o. 3.2.

Met efficiënte rechtsbescherming doelt de Hoge Raad niet enkel op overwegingen van proceseconomische aard, maar ook juist op het belang van verbeterde rechtsbescherming voor burgers.¹⁸² Opvallend is overigens dat de Hoge Raad het voor de ontvankelijkheid van de belangenorganisatie van belang acht dat artikel 79 Wet algemene bepalingen milieuhygiëne bezwaar en beroep voor eenieder mogelijk maakt, en zo ‘deze stap [maakt] van wettelijk gewaarborgde inspraak in het administratieve recht naar procesbevoegdheid in een burgerlijk geding’.¹⁸³ Indien een dergelijk administratief recht ontbroken had, dan hadden volgens de Hoge Raad vereisten van representativiteit en feitelijke werkzaamheden een rol gespeeld in het oordeel over de ontvankelijkheid.

Hoewel in latere jurisprudentie belangenorganisaties de deur wordt gewezen indien individuele bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat, lijkt dat niet veroorzaakt door een veranderend idee over de legitimiteit van dergelijke acties. Hoewel deze jurisprudentie in de praktijk een groot obstakel vormt voor belangenorganisaties die strategisch willen procederen, zijn het volgens de Hoge Raad belangen van rechtseenheid en rechtszekerheid die gediend zijn met een rechtsmachtsverdeling waarin dezelfde toetsingsvragen niet aan twee verschillende rechters kunnen worden voorgelegd.¹⁸⁴

3.2.4 Discussie over artikel 3:305a BW in de literatuur

Literatuur over artikel 3:305a BW is in overvloed beschikbaar. Het collectieve actierecht krijgt, in tegenstelling tot in het bestuursrecht, vanuit civiele hoek volop de aandacht. Dit geldt met name voor collectieve acties, en in mindere mate voor algemeen-belangacties. Het civielrechtelijke debat betreft echter niet zozeer de vraag in hoeverre bovenindividuele geschillen legitiem zijn, maar lijkt zich met name te focussen op de vervolgvraag: gegeven dat collectief actierecht wenselijk is, wat is de wenselijke vormgeving hiervan? Aangezien hier volop over gepubliceerd is in het civiele recht, en deze discussie bovendien buiten de reikwijdte van dit preadvies valt, wordt hieronder slechts een korte analyse van de meest relevante argumenten gegeven.

3.2.4.1 *Collectieve acties*

De civiele literatuur over het collectieve actierecht gaat met name over groepsacties, en minder over ideële acties. Collectieve acties worden doorgaans als wenselijk beschouwd, met dezelfde argumenten die de Hoge Raad en de wetgever aanvoerden. Collectieve acties zorgen voor betere effectieve rechtsbescherming, omdat belangenorganisaties vaak deskundiger zijn, financieel meer draagkrachtig zijn en op kunnen komen voor collectieve schendingen van rechten waarbij de schade per individu vaak te klein is om het procederen de moeite waard te maken

¹⁸² Zie ook de annotatie van W.H. Heemskerk bij HR 27 juni 1986, NJ 1987/743 (*De Nieuwe Meer*).

¹⁸³ HR 27 juni 1986, NJ 1987/743, m.nt. W.H. Heemskerk, nr. 7 (*De Nieuwe Meer*).

¹⁸⁴ HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1296, JB 2015/125, m.nt. Sillen (*Privacy First*), r.o. 3.3.4-3.3.5. Vgl. bijv. ABRvS 5 december 2007, AB 2008/35, m.nt. R.J.B. Schutgens & J.J.J. Sillen (SGP) en HR 9 april 2010, AB 2010/190, m.nt. F.J. van Ommeren (SGP), waarbij beide hoogste rechters tot verschillende overwegingen kwamen.

(de zogenoemde strooischade).¹⁸⁵ Bovendien kan een procederende belangenorganisatie vanuit proceseconomisch perspectief efficiënter zijn dan een openstapeling van individuele vorderingen.¹⁸⁶

Waar in het bestuursrechtelijke debat over het algemeen enkel wordt geconstateerd dat collectieve acties wenselijk zijn, begint daar onder de civilisten de discussie pas echt. Zo wordt veel aandacht besteed aan het weren van zogeheten ‘claimstichtingen’ die om ‘oneigenlijke redenen’ collectieve acties instellen,¹⁸⁷ de claimcode,¹⁸⁸ de bescherming van de achterban,¹⁸⁹ de financiering van collectieve acties,¹⁹⁰ de voor- en nadelen van een *opt in*- versus een *opt out*-stelsel, de afwikkeling van massaschade,¹⁹¹ enzovoort.

De lange lijst criteria waar procederende belangenorganisaties op basis van de voorgestelde wijziging van artikel 3:305a BW aan moeten voldoen, illustreert de civielrechtelijke afwegingen: enerzijds wordt het wenselijk geacht collectieve actiemogelijkheden te versterken door schadevergoeding mogelijk te maken, terwijl anderzijds barrières worden opgeworpen om bijvoorbeeld claimstichtingen en *entrepreneurial lawyering* buiten de deur te houden.¹⁹² In de literatuur vrezen bijvoorbeeld Bauw en Voet dat de verzwaarde eisen tot een handhavingstekort en verminderde effectieve rechtsbescherming leiden, waarbij collectieve acties afhankelijk zullen zijn van de financiële bereidheid van mogelijkheden van een beperkt aantal spelers.¹⁹³ Ook Van Boom en Weber zijn kritisch en menen dat het nieuwe artikel 3:305a BW veel te zwaar is opgetuigd voor gewone collectieve verbods- en gebodsacties en ‘verklaring voor recht’-procedures.¹⁹⁴

185 I.N. Tzankova, *Toegang tot het recht bij massaschade* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2007; M.G. Faure & L.T. Visscher, ‘Een rechtseconomische visie op collectieve actie’, in: *Collectieve acties* (preadviezen voor de Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2015.

186 Zie voor een rechtseconomische analyse Faure & Visscher 2015.

187 I. Tillema, ‘Commerciële motieven in privaatrechtelijke collectieve acties: olie op het vuur van de claimcultuur?’, *Ars Aequi* 2016, p. 337-346.

188 B.J. de Jong, ‘Een Claimcode voor stichtingen die collectieve acties initiëren?’, *Ondernemingsrecht* 2010/46; T.M.C. Arons, ‘Bescherming achterban claimorganisaties en collectief verhaal door toezichthouders’, *WPNR* 2017/7152, p. 429-440; E. Bauw & T. van der Linden, ‘Claimorganisaties tussen wildgroei en regulering’, *Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk* 2016/564, p. 26-33.

189 Zie bijv. de affaire rond de Stichting Loterijverlies.nl, waarbij de oprichter 80% van het inleggeld van de bijna 200.000 spelers van de Staatsloterij wegsloofde: Rb. Noord-Holland 30 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5331; Hof Amsterdam 31 januari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:210, r.o. 3.15 (later werd deze collectieve actie alsnog succesvol ingesteld door stichting Staatsloterij-schadeclaim); Arons 2017, p. 429-440.

190 Zie bijv. J.J. Dammingh & L.M. van den Berg, ‘Procesfinanciering door derden: een oplossing of een probleem? Verslag van de najaarsvergadering 2016 van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht’, *TCR* 2017/2, p. 78-87.

191 G. van Dijk, K. van Doorn & I. Tzankova, ‘Reguleren van de afwikkeling van massaschade’, *NJB* 2011/1087, p. 1383-1389.

192 Zie bijv. *Kamerstukken II* 2012/13, 33126, 7, p. 6.

193 E. Bauw & S. Voet, ‘Van stok achter de deur tot keurslijf? Een eerste verkenning van het wetsvoorstel tot invoering van een collectieve schadevergoedingsactie’, *NJB* 2017/206, p. 244.

194 W.H. van Boom & F. Weber, ‘Collectief procederen – ontwikkelingen in Nederland en Duitsland’, *WPNR* 2017, afl. 7145, p. 297.

3.2.4.2 Algemeen-belangacties

Wat betreft algemeen-belangacties zijn de civilisten over het algemeen minder kritisch dan hun bestuursrechtelijke collega's. Algemeen-belangacties laten zich in het civiele recht immers ook vertalen naar individuele belangen, waarbij geldt dat deze niet op individuele basis effectief in rechte kunnen worden beschermd en het daarom gerechtvaardigd is dat belangenorganisaties dit doen. Hiermee is ook het onderscheid tussen algemeen-belangacties en collectieve acties minder aanwezig in het civiele recht. Bovendien wordt de overheid in het civiele recht in het algemeen niet als principieel andere actor beschouwd dan bijvoorbeeld een bedrijf. In de woorden van Van Boom en Weber:

‘Onder het huidige art. 3:305a worden “gelijksoortige belangen van andere personen” ruim genomen: het maakt per saldo niet uit of een Bewonersvereniging Havenstraat een verbod vordert ten behoeve van de bewoners van de Havenstraat tegen een bedrijf dat verkeersoverlast geeft of dat Stichting Urgenda een gebodsactie jegens de Staat instelt om klimaatmaatregelen te treffen ten behoeve van ons nageslacht.’¹⁹⁵

Waar in de bestuursrechtelijke discussie veelal wordt gepleit voor ofwel afschaffing, ofwel verdergaande (representativiteits)eisen aan belangenorganisaties die opkomen voor algemene belangen, maakt het voorgestelde lid 6 van artikel 3:305a BW het juist mogelijk voor belangenorganisaties met ideële vorderingen om niet aan de (representativiteits)eisen uit het nieuwe artikel 3:305a BW te voldoen.

Deze uitzondering voor ideële acties is wel bekritiseerd, maar niet met als reden dat aan hen ook de voorgestelde eisen zouden moeten worden gesteld. Het probleem zou juist zijn dat het voorgestelde lid 6 de procedeermogelijkheden voor algemeen-belangacties niet voldoende beschermt. Het begrip ‘ideeel belang’ wordt namelijk in de wettekst noch in de memorie van toelichting omschreven. Waar het oorspronkelijke artikel 3:305a BW geen onderscheid maakt tussen collectieve en algemene belangen, zal met dit wetsvoorstel gedwongen een onderscheid moeten worden gemaakt. Volgens Van Boom en Weber gaat het hierbij om het onderscheid tussen vermogensrechtelijke en ideële belangen.¹⁹⁶ Bauw en Voet formuleren het als volgt:

‘Streeft bijvoorbeeld een vereniging als Q-uestion, een stichting voor mensen met Q-koorts, een ideeel doel na als zij een verklaring voor recht vordert? De erkenning van een dergelijk vonnis zou inhouden kan helpen bij het verwerken van het leed, maar op de achtergrond speelt wel degelijk een (substantieel) financieel belang.’¹⁹⁷

Onduidelijkheid over dit precieze onderscheid, en een rechter die dit begrip volgens de memorie van toelichting op discretionaire wijze moet invullen, brengt het risico van rechtsonzekerheid met zich mee.¹⁹⁸

¹⁹⁵ Van Boom & Weber 2017, p. 298.

¹⁹⁶ Van Boom & Weber 2017, p. 297.

¹⁹⁷ Bauw & Voet 2017, p. 244.

¹⁹⁸ Bauw & Voet 2017, p. 244.

Toch zijn er ook kritische geluiden te horen over de ruime mogelijkheden voor ideële belangenorganisaties in het civiele recht. Interessant is dat deze kritiek ook vanuit staats- en bestuursrechtelijke hoek komt. Heldeweg, Schlössels en Seerden vatten de discussie samen met de vraag ‘of men het privaatrecht geschikt acht om algemene belangen te beschermen’.¹⁹⁹ Teunissen vindt van niet en pleit voor het schrappen van de algemeen-belangactie uit artikel 3:305a BW. De wetgever zou met de invoering hiervan ‘de in een democratische rechtsstaat inherente grenzen aan zijn bevoegdheid’ hebben miskend.²⁰⁰ Het democratisch-rechtsstatelijke onderscheid tussen publieke en private rechtssfeer, tussen staat en maatschappij, tussen overheid en niet-overheid en tussen algemene en private belangen wordt vergeten.²⁰¹ Nu de wetgever beslist welke belangen moeten worden beschouwd als (door de overheid te behartigen) algemene belangen en welke regels hiervoor moeten worden gesteld, is de democratische legitimatie voor eventuele beperkingen van de private rechtssfeer gegeven. Belangenorganisaties kunnen vooraf in het besluitvormingsproces of wetgevingsproces participeren door bijvoorbeeld te lobbyen, maar het is onwenselijk als zij door achteraf procederen via de civiele rechter de uitkomst van dit proces proberen te beïnvloeden.²⁰² Ook voor Brunner geldt de behartiging van het algemeen belang als een exclusieve taak van de overheid.²⁰³ Van der Grinten gaf zelfs een onvoldoende aan het voorontwerp van wet: ‘Behartiging van het algemeen belang is een taak van de overheid, niet van particuliere organisaties. (...) Of het een gelukkige ontwikkeling is om organisaties die zich behartiging van algemene belangen ten doel stellen actiebevoegdheid bij de burgerlijke rechter te verlenen, acht ik hoogst twijfelachtig. De organisatie gaat zich daarmee opwerpen als een pseudo-overheid, een pseudo-Openbaar Ministerie.’²⁰⁴ Volgens Teunissen verhoudt het collectieve actierecht zich bovendien slecht tot het in het privaatrecht erkende uitgangspunt van subjectieve individuele rechtsbescherming.²⁰⁵

Uit het gegeven dat er weinig civielrechtelijke literatuur beschikbaar is over de legitimiteit van algemeen-belangacties in het civiele (proces)recht kan mogelijk worden afgeleid dat men dit in het algemeen niet problematisch acht. Het idee dat er geen principieel verschil bestaat tussen groepsacties en ideële acties lijkt dominant en wordt door Frenk als volgt verwoordt:

‘Waarom zou een kollektieve aktie wél mogelijk zijn indien daarmee wordt opgekomen voor een belang dat slechts een bepaalde groep aangaat, en niet indien het een belang betreft dat een ieder raakt?’²⁰⁶

199 Heldeweg, Schlössels & Seerden 2002, p. 48.

200 Teunissen, ‘De ironie van de SGP-vrouwenzaak: Schrap de algemeen belang-actie uit 3:305a BW!’, *NJB* 2008/1220, p. 1530.

201 Teunissen 2008, p. 1525.

202 Teunissen 2008, p. 1525.

203 Annotatie van C.J.H. Brunner bij HR 18 december 1992, *NJ* 1994/139 (Kuunders).

204 W.C.L. van der Grinten, ‘Vorderingsrecht belangenorganisaties; collectieve acties’, *Naamloze Vennootschap* 1990, p. 172-174.

205 Teunissen 2008, p. 1527-1528.

206 N. Frenk, *Kollektieve akties in het privaatrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1994.

3.2.5 Tussenconclusie

In het bestuursrecht lijkt zich in vergelijking met het collectieve recht een tegen-gestelde beweging voor te doen. Waar in het bestuursrecht wordt gepleit voor verdergaande (representativiteits)eisen voor ideële belangenorganisaties, worden in het civiele recht juist die hogere eisen geïntroduceerd, maar dan in het kader van groepsacties. Aangezien in het civiele recht de staat doorgaans niet als een principieel andere actor wordt beschouwd dan bijvoorbeeld een bedrijf, worden algemeen-belangacties doorgaans als minder controversieel beschouwd dan in het bestuursrecht. De vrees in de civiele literatuur is zelfs dat de verdergaande eisen die worden gesteld in het kader van massaschadeclaims, onwenselijke belemmeringen zullen inhouden voor algemeen-belangacties. Algemeen-belangacties zorgen vanuit civielrechtelijk perspectief niet enkel voor betere bescherming van stemloze waarden als het milieu, maar in het algemeen voor betere effectieve rechtsbescherming van individuele burgers.

4 Noodzaak tot herziening debat over strategische procedures

Het beroepsrecht voor belangenorganisaties lijkt in het bestuurs(proces)recht behoorlijk uitgekristalliseerd. Waar de discussie in de literatuur zich (met name in het eerste decennium van deze eeuw) richtte op het ‘klassieke’ Awb-geding, kunnen we anno 2017 niet meer om het verschijnsel van strategisch procederende belangenorganisaties heen. Dit zijn organisaties die, vaak ver over de grenzen van het traditionele (Awb-)geschil heen, proberen maatschappelijke, sociale, politieke en juridische vraagstukken aan de rechter voor te leggen. Waar belangenorganisaties vanwege procesrechtelijke drempels niet zelf als formele partij kunnen optreden, proberen zij regelmatig als ‘informele partij’ een proefproces te ondersteunen of coördineren. Deze praktijk van direct of indirect procederende belangenorganisaties vormde de aanleiding voor dit preadvies over de legitimiteit van een dergelijk gebruik van de juridische arena. In lijn met literatuur over algemeen-belangacties op grond van artikel 1:2 lid 3 Awb zou kunnen worden bepleit dat dergelijke procedures geen plaats hebben in het op individuele geschillenbeslechting georiënteerde bestuurs(proces)recht. Een ander veelgehoord bezwaar is dat deze procedures in strijd zijn met de trias politica, nu deze de rechter dwingen om plaats te nemen op de stoel van de overheid. In dit hoofdstuk betoog ik dat dergelijke standpunten niet zonder meer steekhoudend zijn met betrekking tot de legitimiteit van strategisch procederende belangenorganisaties. Dit hoofdstuk betreft een verkennend onderzoek naar aanknopingspunten om het debat over de legitimiteit van beroepsrecht voor belangenorganisaties nieuw leven in te blazen, waarbij specifiek wordt gekeken naar de categorie strategisch procederende belangenorganisaties.

4.1 Veranderende rol belangenorganisaties binnen de maatschappij

Veranderende tijden kunnen een veranderende rol voor belangenorganisaties in de samenleving met zich meebrengen. Ontwikkelingen die de maatschappij beïnvloeden kunnen daarom een veranderende visie op de legitimiteit van procederende belangenorganisaties met zich meebrengen. In dat kader identificeer ik met betrekking tot de legitimiteit van strategische procedures in ieder geval drie relevante (onderling verweven) ontwikkelingen.

4.1.1 Digitalisering

De eerste ontwikkeling die een veranderende rol voor belangenorganisaties met zich meebrengt betreft digitalisering. In 2016 beschreef het Sociaal en Cultureel

Planbureau in het rapport *De toekomst tegemoet* hoe de sociale structuur invloed heeft op de wijze waarop burgers in het publieke domein gezamenlijke doelen nastreven.²⁰⁷ Verwacht werd dat ‘verdunnende netwerken’ en individualisering afbreuk zouden doen aan de bereidheid tot collectieve acties (in de breedste zin van het woord). Toch blijkt de bereidheid van burgers om zich samen in te zetten voor gemeenschappelijke doelen niet te dalen (en mogelijk zelfs te stijgen). Dit verklaart het Sociaal en Cultureel Planbureau door veranderingen in de manier waarop burgers zich organiseren. Een belangrijke drijvende kracht achter deze veranderingen is de digitalisering. In een tijdperk waarin vrijwel iedereen internettoegang heeft en met elkaar in contact kan komen via sociale media, vormt lokale binding niet langer de basis voor het organiseren van initiatieven. Digitalisering vergemakkelijkt nieuwe vormen van zelforganisatie en helpt belangenorganisaties met het aanpakken van problemen die puur individuele belangen overstijgen. Internet en sociale media stellen ons kortom in staat om uitgebreide gemeenschappen over (bijvoorbeeld geografische) grenzen te creëren. Bovendien zorgt digitalisering voor een snelle toename van ad-hocacties en kunnen collectieve identiteiten worden gecreëerd waar de ontevredenheid van velen een gemeenschappelijke deler wordt.

4.1.2 Toenemend belang van kennis tegen de achtergrond van kennisasymmetrie

Een tweede relevante ontwikkeling betreft het toegenomen belang van kennis binnen de maatschappij, en de daarmee gepaard gaande toegenomen kennisongelijkheid in de relatie tussen overheid en burger. De overheid heeft vanwege haar enorme middelen en toegang tot (feitelijke, wetenschappelijke en juridische) kennis doorgaans een sterk voordeel ten opzichte van individuele burgers in juridische procedures. Belangenorganisaties kunnen een belangrijke rol spelen bij het compenseren voor deze kennisasymmetrie, bijvoorbeeld door het verzamelen (en combineren) van gegevens uit verschillende bronnen en door het publiek te mobiliseren.²⁰⁸ Dit is des te belangrijker omdat kennis in de huidige samenleving zo belangrijk is geworden en zich zo snel ontwikkelt dat er vaak niet (meer) op één plaats over alle kennis wordt beschikt.

Deze kennisongelijkheid is een van de redenen voor Vluchtelingenwerk om de Commissie Strategisch Procederen in het leven te roepen, waarin wordt samengewerkt met wetenschappers en advocaten. Groenendijk juicht deze aanpak vanuit het perspectief van *equality of arms* toe:

‘De Staat laat zich in zo’n zaak vertegenwoordigen door een gespecialiseerde afdeling bij het ministerie van Buitenlandse Zaken, terwijl de gemiddelde vreemdelingenadvocaat misschien maar één keer in zijn carrière in Straatsburg of Luxemburg komt.

²⁰⁷ Sociaal en Cultureel Planbureau, *De toekomst tegemoet: Leren, werken, zorgen, samenleven en consumeren in het Nederland van later* (Sociaal en Cultureel Rapport 2016), Den Haag 2016, p. 155-156.

²⁰⁸ Scheltema 2011, p. 153.

Voor een eerlijke rechtsstrijd met gelijke kansen moet je een beroep kunnen doen op specifieke expertise en ervaring.²⁰⁹

De ongelijkheid in kennis tussen de overheid en individuele burgers wordt vergroot door het gebruik van data science door de overheid. De overheid maakt immers in besluitvormingsprocedures in toenemende mate gebruik van bijvoorbeeld voorspellende algoritmen. Deze zijn voor (individuele) burgers vaak ontoegankelijk en onbegrijpelijk. Op basis van de snelle (vaak exponentiële) ontwikkelingen op big data-gebied valt te verwachten dat steeds meer deskundigheid en expertise vereist zijn om deze data-applicaties te kunnen begrijpen, laat staan om ze juridisch aan te vechten. Daarom pleit bijvoorbeeld de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid voor meer juridische mogelijkheden voor belangenorganisaties:

‘Veel grote dataverwerkingsprojecten overstijgen het individu in aard en omvang. Daarom is het belangrijk om, naast een inzet op toezicht en transparantie, ook de positie van NGO’s en burgerrechtenorganisaties in juridische procedures te versterken. (...) In de huidige situatie is het klachtrecht sterk verbonden aan individuele schade en zijn er zeer beperkte mogelijkheden voor collectieve procedures bij de rechter.’²¹⁰

Volgens Moerel en Prins kunnen belangenorganisaties bovendien een belangrijke rol spelen als het gaat om handhaving van bijvoorbeeld de toepassing van privacy-normen door de overheid:

‘Veel meer nog dan nu het geval is, zou een beroep op de (...) rechter gedaan kunnen worden door maatschappelijke organisaties die een rechterlijke uitspraak benutten als breekijzer voor een scherpere demarcatie van de grenzen van gegevensgebruik. Een dergelijke stap zou passen bij de opkomst van zogeheten *public interest litigation*, waarbij acties (...) worden ingesteld omdat publieke belangen in het geding zijn.’²¹¹

Belangenorganisaties kunnen kortom de *equality of arms* in procedures tussen de overheid en burgers versterken, en daarmee bijdragen aan betere effectieve rechtsbescherming.

4.1.3 Veranderend politiek landschap

Een derde ontwikkeling die van belang is voor de legitimiteit van belangenorganisaties is het veranderende politieke landschap. Deze ontwikkeling is tweeledig. Allereerst gaat het om de in de literatuur veelvuldig gemaakte constatering dat onze zeer gereguleerde samenleving leidt tot verminderde democratische legitimiteit van wetten en voorschriften. Hierbij kan worden gedacht aan het (nagenoeg) ontbreken van democratische controle op bijvoorbeeld zelfstandige be-

209 T. Sillevius Smitt 2014, ‘Strategisch procederen’, *Advocatenblad* 2014/3, p. 32, met citaat van K. Groenendijk.

210 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Big Data in een vrije en veilige samenleving*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2016, p. 13.

211 E.M.L. Moerel & J.E.J. Prins, ‘Privacy voor de homo digitalis’ (NJV-advies), in: E.M.L. Moerel e.a. (red.), *Homo Digitalis*, Den Haag: Wolters Kluwer 2016, p. 115.

stuursorganen.²¹² Bovendien worden beleidskeuzes in toenemende mate gemaakt door indirect democratisch gelegitimeerde organen, waarbij het maar de vraag is in hoeverre er daadwerkelijk democratische controle plaatsvindt:

‘(...) het niveau waarop in avv’s de belangrijkste beleidskeuzes worden gemaakt verschuift. In het verleden was dat nog vaak het niveau van een democratisch gelegitimeerd orgaan zoals de formele wetgever of de gemeenteraad. Nu is er in veel gevallen sprake van gedelegeerde bestuursregelgeving waarbij bijvoorbeeld een minister, een college van B&W of een zelfstandig bestuursorgaan deze keuzen maakt.’²¹³

Waar de democratisch gelegitimeerde organen, vanwege gebrek aan tijd of expertise, er niet aan toekomen deze gedelegeerde bestuursregelgeving te controleren, zouden belangenorganisaties een belangrijke rol kunnen spelen. Als *countervailing power* kunnen zij door het initiëren van een rechterlijke toets compenseren voor dergelijke democratische tekortkomingen.²¹⁴

Hiernaast wordt in de literatuur een tendens gesignaleerd ‘om voorschriften die in het verleden in op maatwerk gerichte individuele beschikkingen werden neergelegd om efficiencyredenen in avv’s op te nemen’.²¹⁵ Aangezien de reikwijdte van een dergelijk algemeen verbindend voorschrift veel breder is dan een individuele beschikking, en daarmee grote groepen burgers kan raken, zouden belangenorganisaties ook hier voor effectievere rechtsbescherming kunnen zorgen.

Ten tweede kunnen het veranderende politieke landschap en de mogelijke verspreiding van populisme het belang van effectieve rechtsbescherming tegen de overheid vergroten, met name in het geval van minderheden.²¹⁶ Zo zag bijvoorbeeld Vluchtelingenwerk zich gedwongen om strategisch te gaan procederen, omdat de traditionele lobby voor vluchtelingenbelangen onsuccesvol was in het huidige politieke klimaat.²¹⁷

4.2 Reactie op het huidige debat

Het huidige bestuursrechtelijke debat over de wenselijke vormgeving van het beroepsrecht voor belangenorganisaties, zoals beschreven in de vorige paragraaf, is aan een upgrade toe. In deze paragraaf wil ik daartoe een eerste aanzet doen door belangrijke aspecten van deze discussie in de bredere context van strategisch procederende belangenorganisaties te trekken.

212 De Poorter & Capkurt 2017, p. 86; Hirsch Ballin 2015, p. 47, 53; Barkhuysen 2012; Barkhuysen 2015.

213 Barkhuysen 2015.

214 De Poorter 2003, p. 122.

215 Barkhuysen 2015; zie ook B.J. Schueler, ‘De verschuivende functies van de Awb’, *RegelMaat* 2015/6, p. 435.

216 Zie bijv. K. Abts & S. Rummens, ‘Populism versus Democracy’, *Political Studies* 2007, p. 409.

217 Sillevs Smitt 2014, p. 31.

4.2.1 Onderscheid collectieve en algemene belangen moeilijk te maken

Het in artikel 1:2 lid 3 Awb, de jurisprudentie en literatuur gehanteerde onderscheid tussen collectieve en algemene belangen is vaak moeilijk toepasbaar op strategische procedures. Als het bij collectieve belangen om een bundeling van individuele belangen van een afgebakende groep gaat, en het bij algemene belangen gaat om (stemloze) belangen die een aspect vormen van ieders bestaan, dan heb ik moeite met het indelen van bijvoorbeeld de Paspoortzaak in één van deze twee categorieën. Het gaat in deze zaak immers om een groep burgers die menen dat de opslag van hun eigen biometrische gegevens een inbreuk op hun subjectieve recht op privacy vormt, maar ook om het meer ‘abstractere’ belang dat Privacy First in het algemeen hecht aan het fundamentele recht op privacy (van alle Nederlanders). Strategische procedures passen daarmee makkelijker binnen het civielrechtelijke kader, waar dit onderscheid tussen collectieve en algemene belangen (in ieder geval op dit moment) nauwelijks een rol speelt. Bij maatschappelijke vraagstukken spelen in de regel individuele belangen (die in het kader van efficiency kunnen worden gebundeld), maar juist ook bovenindividuele belangen een grote rol.

4.2.2 Meer dan alleen het milieu

In het bestuursrecht wordt als voorbeeld van een algemeen belang vaak milieu genoemd. De discussie over de wenselijkheid van algemeen-belangacties betreft in feite dan ook een discussie over de wenselijkheid van milieuacties. Dit is vanuit de huidige opzet van de Awb te begrijpen. Milieu vormt een van de weinige belangen waar individuen niet voor kunnen opkomen omdat zij ofwel geen belanghebbende zijn, ofwel het relativiteitsvereiste krijgen tegengeworpen. Vanuit de bredere context lijkt mij dit een te eenduidige visie op ideële belangenorganisaties. Zo is het een belangenorganisatie die opkomt voor privacybelangen waarschijnlijk primair te doen om het fundamentele recht op privacy dat moet worden gewaarborgd. Hiermee richten zij zich op meer dan de optelsom van een aantal schendingen van subjectieve, individuele privacyrechten.

4.2.3 Civiele lessen

Een interessant verschil tussen het bestuursrecht en het civiele recht betreft de wijze waarop deze rechtsgebieden kijken naar het collectieve actierecht. Binnen het bestuursrecht wekken groepsacties relatief weinig wantrouwen en wordt vooral gepleit voor strengere eisen aan algemeen-belangacties. In het civiele recht is het tegenovergestelde zichtbaar: de eisen aan groepsacties lijken in de toekomst aanzienlijk te worden verzwakt, terwijl ideële acties juist niet aan deze eisen hoeven te voldoen. Dit kan mogelijk worden verklaard door de (toekomstige) civielrechtelijke mogelijkheid van collectieve schadevergoeding, die met name bij collectieve acties zal spelen. Dit kan het financieel interessant maken om dergelijke acties in te stellen, waarbij financiële belangen van organisaties boven de belangen van de achterban kunnen worden gesteld. Toch zou dit enkel het stellen van verdergaande (representativiteits)eisen aan groepsacties kunnen rechtvaardigen, en niet de open houding naar algemeen-belangacties. Het idee dat algemene belangen juist

een facet vormen van ieders bestaan, en het vaak lastig is om hier individueel over te procederen, vormt de civiele rechtvaardiging van dergelijke acties. Hoewel hiermee weinig lijkt te worden stilgestaan bij mogelijke democratisch-rechtsstatelijke spanningen (waarmee toch aan een aantal fundamentele vragen uit de bestuursrechtelijke discussie wordt voorbijgegaan), is het in de kern wel een redenering die goed past bij het argument van effectieve rechtsbescherming.

4.2.4 Effectieve rechtsbescherming waar democratisch proces faalt?

Opvallend is dat in het bestuursrechtelijke debat juist weinig aandacht wordt besteed aan het argument dat strategisch procederende belangenorganisaties voor betere effectieve rechtsbescherming kunnen zorgen. In het bestuursrechtelijke debat lijken democratische argumenten te overheersen ten opzichte van rechtsstatelijke argumenten. Algemeen-belangacties worden problematisch gevonden omdat zij (kort gezegd) een inbreuk zouden vormen op het idee dat de democratisch gelegitimeerde overheid de exclusieve behartiger van het algemeen belang is. De juridische arena is niet de plek om politieke keuzes te bestrijden. De politieke belangenafweging vormt echter lang niet altijd de insteek van strategische procedures. Deze kunnen zich bijvoorbeeld ook richten tegen de technische uitwerking, structurele gebreken in de uitvoering of gebrekkig feitelijk onderzoek. Het materiële onrechtmatigheidscriterium kan in een procedure van een belangenorganisatie dus ook goed hetzelfde zijn als in een individuele procedure (die wel legitiem wordt gevonden).

Daar waar strategische procedures hun pijlen wel degelijk richten op politieke belangenafwegingen, is het bovendien maar de vraag of democratische argumenten de doorslag zouden moeten geven. Tegenover de mogelijk gebrekkige democratische legitimiteit van belangenorganisaties kan immers het rechtsstatelijk argument worden aangedragen dat ook – juist! – de overheid zich heeft te houden aan het recht, waarbij belangenorganisaties verbeterde effectieve rechtsbescherming kunnen realiseren. Het argument dat onze democratische rechtsstaat óók om grondrechtenwaarborgen en effectieve rechtsbescherming vraagt, is met name te vinden in het (internationale) mensenrechtendebat. Zo vroeg Duffy in haar oratie aandacht voor strategische (internationale) mensenrechtenprocedures en de effecten daarvan op de daadwerkelijke mensenrechtensituatie.²¹⁸ Waar de rechten van minderheden gevaar lopen in het democratisch proces, kan het als belangenorganisatie initiëren van rechterlijke controle heilzaam zijn.

Het argument van verbeterde effectieve rechtsbescherming vormt overigens een van de drijvende krachten achter de civielrechtelijke mogelijkheid om individuele zaken te bundelen. In het bestuursrecht wordt dit argument in het kader van collectieve acties vrijwel niet genoemd. Er wordt alleen aandacht besteed aan het argument dat het proceseconomisch efficiënter is om dergelijke zaken te bundelen. Hiermee wordt bestuursrechtelijk een grote potentiële meerwaarde van beroeps-

218 H. Duffy, *Strategic Human Rights Litigation: 'Bursting the Bubble on the Champagne Moment'* (oratie Leiden), 2017.

recht voor belangenorganisaties over het hoofd gezien. Belangenorganisaties beschikken doorgaans niet alleen over meer kennis en middelen, maar ook over het vermogen om het structurele probleem achter 'lichte' inbreuken die individueel het procederen niet waard zijn toch effectief aan de rechter te kunnen voorleggen. Ook ideële acties kunnen bijdragen aan effectieve rechtsbescherming, niet alleen voor het collectief, maar ook uiteindelijk voor het individu. Als algemene belangen immers een facet vormen van ieders bestaan, dan kan ook iedereen gediend zijn met een dergelijke procedure.

4.2.5 Procesrechtelijke puzzel maskeert reële geschillen en leidt tot arbitraire uitkomsten

Het in kaart brengen van de procesrechtelijke mogelijkheden en beperkingen voor strategische procedures leidt tot interessante procesrechtelijke puzzels en dogmatische discussies. Tegelijkertijd vertroebelen deze het zicht op bovenindividuele geschillen met de overheid. Een van de procesrechtelijke puzzels waar strategische belangenorganisaties mee te maken krijgen betreft die van de rechtsmachtsverdeling. Uit oogpunt van rechtseenheid en specialisatie kiest de civiele rechter ervoor om bovenindividuele zaken, waar individueel over kan worden geprocedeerd bij de bestuursrechter, zo veel mogelijk buiten de deur te houden. Het lijkt me goed om de boodschap van bijvoorbeeld Schutgens, die al meermaals heeft opgeroepen om deze 'lokettenkwestie' in het belang van effectieve rechtsbescherming op te lossen, hier te herhalen. Van een procesrechtelijke puzzel die de juristerij nog niet heeft weten op te lossen, wordt op dit moment de rekening bij belangenorganisaties (en dus de belangen waar zij voor staan) neergelegd. Dat kan toch niet de bedoeling van het procesrecht zijn, dat dienend zou moeten zijn aan de realisatie van materiële rechten waar een inbreuk op wordt gevoeld.

Procesrechtelijke keuzes zijn vanuit de specifieke juridische structuur misschien nog wel te begrijpen, maar kunnen vanuit het bredere, maatschappelijke fenomeen van strategische procedures soms heel arbitrair aanvoelen. Want valt nu echt nog uit te leggen en te rechtvaardigen waarom Urgenda, die het Nederlandse klimaatbeleid via de rechter wil beïnvloeden, wel ontvankelijk en succesvol is in een juridische procedure tegen de overheid, maar Privacy First, die de opslag van biometrische gegevens door de overheid verbeterd wil zien, niet eens toegang heeft tot de juridische arena? En waarom zou een proefproces over de Paspoortwet, formeel aangespannen door een individuele burger (die daarvoor overigens eerst een paspoort heeft moeten aanvragen, wetende dat deze aanvraag tot afwijzing leidt als hij weigert zijn vingerafdrukken af te staan), maar informeel volledig vormgegeven en gefinancierd door een belangenorganisatie, dan weer wel moeten kunnen?

Dit preadvies richt zich op de legitimiteit van strategisch procederende belangenorganisaties, als vraag die zal moeten worden beantwoord in aanloop naar de eventuele vervolgvraag hoe hun beroepsrecht zou moeten worden vormgegeven. Indien de conclusie inderdaad is dat strategisch procederende belangenorganisaties (onder bepaalde voorwaarden) legitiem worden geacht, dan kunnen de procesrechtelijke barrières op verschillende manieren worden weggenomen. Het valt buiten

de reikwijdte van dit preadvies om ook die vraag al te beantwoorden. Ik volsta hier daarom met het kort benoemen van een aantal procesrechtelijke wijzigingen die het voor belangenorganisaties makkelijker zouden maken om hun bovenindividuele geschil aan de rechter voor te leggen. Zo zou met het openstellen van beroep tegen algemene regels (en dus afschaffing van artikel 8:3 Awb) de ‘lokettenkwesie’ voor een groot deel worden opgelost, en zou bovendien de mogelijkheid worden geopend om reële, bovenindividuele geschillen, die niet passen binnen de huidige ‘Awb-mal’ waarin het individuele uitvoeringsbesluit centraal staat, effectief aan de rechter te kunnen voorleggen.²¹⁹ Een andere mogelijkheid om belangenorganisaties meer invloed te geven in juridische zaken waarin bovenindividuele aspecten spelen is de figuur van *amicus curiae*. In tegenstelling tot afschaffing van artikel 8:3 Awb verkrijgt een belangenorganisatie als *amicus curiae* niet de positie van formele procespartij, met bijbehorende rechten (en plichten). Hoewel de Awb wel bepalingen bevat voor de rechter in rechtsvormende zaken (bijvoorbeeld de grote kamer en de conclusie), bevat de Awb geen bepalingen voor partijen die een bovenindividuele insteek kiezen. Ook daar zou over kunnen worden nagedacht.

²¹⁹ Schuurmans & Voermans 2010; Barkhuysen 2015; Schutgens 2017; W.J.M. Voermans, ‘Besturen met regels, volgens de regels’ (preadvies voor de VAR), in: W.J.M. Voermans, R.J.B. Schutgens & A.C.M. Meuwese, *Algemene regels in het bestuursrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2017.

5 Conclusie

De Nederlandse rechter wordt in toenemende mate geconfronteerd met strategische procedures. De juridische procedure vormt daarbij een strategisch middel om maatschappelijke, politieke, sociale of juridische verandering teweeg te brengen. Belangenorganisaties spelen hierbij een belangrijke rol, als procespartij of achter de schermen bij een proefproces. Zo verkent het PILP expliciet de mogelijkheid tot strategisch procederen op het gebied van mensenrechten in Nederland, brengt Pro Bono Connect belangenorganisaties in contact met advocatenkantoren, en kiezen ook belangenorganisaties als Clara Wichmann, Urgenda en Privacy First voor de juridische arena als *venue* voor bovenindividuele belangenbehartiging.

Wat betreft de juridische mogelijkheden en beperkingen voor strategische procedures kan worden geconcludeerd dat de bestuursrechtelijke arena in veel gevallen geen optimale *venue* voor bovenindividuele belangenbehartiging is. De ingang die artikel 1:2 lid 3 Awb biedt aan belangenorganisaties wordt grotendeels tenietgedaan door artikel 8:3 Awb, dat beroep tegen algemene regels uitsluit. Als belangenorganisatie procederen over een individuele beschikking om zo de achterliggende regel exceptief te laten toetsen biedt vaak ook geen uitkomst, omdat de belangenorganisatie niet rechtstreeks in haar belangen wordt geraakt door die beschikking. Een belangenorganisatie kan er wel voor kiezen om een proefproces van een individuele belanghebbende te steunen, of als gemachtigde op te treden, maar is dan afhankelijk van diverse factoren (zoals de welwillendheid van de griffie, de rechter en het bestuursorgaan, en het vermogen en de wil van de individuele burger om de hele rit uit te zitten). Het civiele recht kent meer mogelijkheden, en biedt daardoor ook diverse voorbeelden van (succesvolle) strategische procedures. Een belangrijke beperking wordt gevormd door de jurisprudentie op basis waarvan belangenorganisaties vaak niet-ontvankelijk zijn bij de civiele rechter indien individuele bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat.

Het bestuursrechtelijke debat over de legitimiteit van beroepsrecht voor belangenorganisaties beperkt zich vooral tot de wenselijkheid van milieuorganisaties die procederen in het algemeen belang. Hierin wordt met name aandacht besteed aan de vraag of een dergelijk beroepsrecht past binnen het *recours subjectif*, de gebrekkige democratische legitimiteit van dergelijke procedures en het risico op juridisering en politisering. In het civiele recht richt de discussie zich juist op groepsacties. Hierbij wordt gestreefd naar verbeterde effectieve en efficiënte rechtsbescherming door middel van massaschadeclaims, maar wordt tegelijkertijd geprobeerd voldoende waarborgen in te bouwen om claimstichtingen die niet daadwerkelijk opkomen voor de belangen van hun achterban te weren. Hiermee vallen strategische procedures grotendeels buiten het bereik van zowel de bestuurs- als de civielrechtelijke discussie.

In het laatste deel van dit preadvies heb ik betoogd dat het daarom van belang is om de discussie over de legitimiteit van beroepsrecht voor belangenorganisaties in een breder perspectief te plaatsen. Diverse ontwikkelingen, zoals digitalisering, toenemende kennisongelijkheid in de relatie tussen overheid en burger, en een veranderend politiek landschap, maken het des te belangrijker om nu stil te staan bij de fundamentele vraag welke positie het (bestuurs)procesrecht toekent aan strategisch procederende belangenorganisaties. Hierbij zal over de grenzen van het ‘traditionele’ artikel 1:2 lid 3 Awb-geschil moeten worden gekeken en kritisch moeten worden gereflecteerd op bestaande assumpties over de legitimiteit van procederende belangenorganisaties. Hierbij zal bovendien een balans dienen te worden gezocht tussen enerzijds democratische bezwaren en anderzijds de rechtsstatelijke winst in de vorm van verbeterde effectieve rechtsbescherming.

Strategisch procederen: het bevoegd gezag aan het roer

Mr. L. van der Meulen*

Managementsamenvatting	67
1 Inleiding	69
1.1 Afbakening	69
1.2 Opbouw preadvies	70
2 Voorkomen is beter dan genezen	73
2.1 Inleiding	73
2.2 Breng de belangen in kaart	73
2.3 Oppassen voor valkuilen	76
2.3.1 Valkuil 1: wet- of regelgeving	76
2.3.2 Valkuil 2: beleidsregels	77
2.3.3 Valkuil 3: de feiten op een rijtje	79
3 De strategische start van een procedure	81
3.1 Inleiding	81
3.2 Pilotprocedure bij massaal bezwaar?	81
3.3 Rechtstreeks beroep	84
4 Strategisch procederen bij de bestuursrechter	87
4.1 Inleiding	87
4.2 Finale geschillenbeslechting: wat is er allemaal mogelijk?	87
4.3 Actieve proceshouding is ‘the key’ voor strategisch procederen	92
5 Tot slot	93

* Laura van der Meulen is advocaat bij Pels Rijcken & Droogleevers Fortuijn te Den Haag. Zij bedankt Hans Besselink, Robert Jan Koopman, Nicolien van den Biggelaar en Amy Elzakkers voor hun hulp bij de totstandkoming van haar bijdrage.

Managementsamenvatting

In dit preadvies ga ik in op strategisch procederen door het bevoegd gezag. Daarbij staat het doel om een besluit overeind te houden centraal. Voor een andere vorm van strategisch procederen, bestaat voor het bevoegd gezag naar mijn mening maar weinig ruimte. Ik signaleer in mijn preadvies drie fasen waarin het bevoegd gezag kan inzetten op strategisch procederen: het moment voordat een besluit is genomen, de start van een procedure over het besluit en de procedure bij de bestuursrechter.

Strategisch procederen begint met een zorgvuldige voorbereiding van een besluit. Door belangen in kaart te brengen en valkuilen te signaleren, kunnen procedures voorkomen worden of kan in ieder geval de kans vergroot worden dat een procedure tot een goed einde wordt gebracht. Participatie speelt in deze fase een belangrijke rol, en zal in de toekomst alleen maar belangrijker worden. Door het gesprek met belanghebbenden aan te gaan, kan het bevoegd gezag op zoek gaan naar een vorm van het te nemen besluit die voor hen het minst belastend is en dus op de meeste steun kan rekenen (of op de minste weerstand).

Toch zijn procedures lang niet altijd te vermijden. Een procedure kan op strategische wijze worden opgestart. In geval van massaal bezwaar kan een pilotprocedure uitkomst bieden, waarbij eerst een selectief aantal bezwaarschriften wordt ‘uitgeprocedeerd’ totdat een onherroepelijke uitspraak is verkregen. Daartoe is in de Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) een regeling opgenomen. De Algemene wet bestuursrecht (Awb) kent niet zo’n regeling, maar biedt wel ruimte om dit op informele wijze toe te passen. In het geval dat een principieel punt partijen verdeeld houdt – en dus duidelijk is dat hoe dan ook een procedure bij de bestuursrechter gevoerd zal worden –, kan ingezet worden op de regeling van rechtstreeks beroep. Weliswaar heeft het bevoegd gezag officieel geen ruimte om daartoe het initiatief te nemen, in de praktijk levert dat geen problemen op. Er bestaat dus ruimte voor het bevoegd gezag om de start van een procedure op een andere wijze aan te pakken dan is voorgeschreven en daarbij strategisch te werk te gaan.

Ondanks de zorgvuldige voorbereiding is het niet te voorkomen dat er soms een gebrek in het besluit blijkt te zitten. Er kan toch iets over het hoofd zijn gezien, of de situatie is inmiddels zodanig veranderd dat ook het besluit aanpassing behoeft. Bij de bestuursrechter is er in het kader van finale geschillenbeslechting nog veel mogelijk om de procedure toch tot een goed einde te brengen. Hoewel het natuurlijk de bestuursrechter is die daarover gaat en beslist, is daarin juist ook een actieve rol voor het bevoegd gezag weggelegd. Niet alleen is er vaak een (herstel)actie vereist, er moet actief gecommuniceerd worden met de bestuursrechter,

zodat die weet waar het bevoegd gezag heen wil. Ook in deze fase kan het bevoegd gezag dus zeker strategisch procederen en invloed uitoefenen op de afloop.

Daar waar strategisch procederen neerkomt op het overeind houden van een besluit, kan het bevoegd gezag vanaf het voornemen een besluit te nemen totdat er een einduitspraak is gewezen door de bestuursrechter op verschillende wijzen een proactieve rol pakken en veel doen om dat doel te bereiken. Het bevoegd gezag staat dus zeker aan het roer!

I Inleiding

Overheden nemen voortdurend besluiten. Besluiten die één persoon raken of besluiten waarbij de belangen van velen spelen. Of het nu gaat om een besluit waarbij een aangevraagde subsidie wordt afgewezen of een besluit waarbij de aanleg van een dijk mogelijk wordt gemaakt: besluiten stuiten niet zelden op weerstand. Weerstand van de aanvrager van een geweigerde subsidie of vergunning, weerstand van omwonenden van een gebiedsontwikkeling of weerstand van natuurliefhebbers die vrezen voor aantasting van de natuur door een infrastructureel project. Weerstand leidt tot procedures. Die procedures kosten niet alleen veel geld, maar veroorzaken ook de nodige vertraging in de uitvoering van het besluit. Geld en tijd zijn er niet altijd. Ook (of soms juist) niet bij het bevoegd gezag. Dat zal er dus alles aan willen doen om procedures te voorkomen. En als het er dan toch op aankomt, die procedure zo gedegen en zo snel mogelijk tot een goed einde te brengen. Strategisch procederen en de overheid: gaat dat samen? De vraag die in dit preadvies centraal staat is: in hoeverre staat het bevoegd gezag aan het roer?

1.1 Afbakening

Strategisch procederen door het bevoegd gezag kan grofweg in twee onderdelen worden opgedeeld: het strategisch procederen om een eenmaal genomen besluit ongeschonden de eindstreep te laten halen en meer proactief strategisch procederen door een bepaalde rechterlijke uitspraak als het ware uit te lokken om zo meer duidelijkheid te krijgen over een bepaalde kwestie. Om met die laatste categorie te beginnen: naar mijn mening beschikt het bevoegd gezag hierbij niet over erg veel ruimte. Zomaar ambtshalve een besluit nemen kan over het algemeen genomen niet. In heel veel gevallen wordt er een besluit op aanvraag genomen en in de andere gevallen lijkt de beleidsmatige planning leidend. Het zou al snel de bevoegdheid van een bestuursorgaan te buiten gaan als ‘zomaar’ een besluit wordt genomen, puur en alleen met het oog op rechtsontwikkeling of voor het uitlokken van een proefproces. Bestuursorganen hebben zich aan de voor hen geldende wet- en regelgeving te houden, en mogen geen misbruik maken van hun bevoegdheid om besluiten te nemen. Het zou ten koste van de belanghebbende gaan als in een bepaalde casus een besluit wordt genomen puur en alleen met als reden om van die casus een testcasus te maken. En daarom is het bevoegd gezag voor deze vorm van strategisch procederen afhankelijk van een andere partij: de beslissing om al dan niet een procedure te starten ligt bij de belanghebbende. Echt een proef-

proces starten, zoals belangenorganisaties deze mogelijkheid hebben,¹ zit er niet in voor het bevoegd gezag. Daarmee is het voor het bevoegd gezag lastiger om de rechter te bewegen aan rechtsvorming te doen.²

Maar dat betekent niet dat het bevoegd gezag helemaal met lege handen staat als het op ‘proactief strategisch procederen’ aankomt. De behoefte aan een proefproces, of aan een rechtsvormende uitspraak, kan ook worden ingevuld door de samenwerking met belanghebbenden te zoeken. Door actieve communicatie is dat mogelijk. Actieve communicatie met belanghebbenden over de kwestie waarmee zij zitten. Het bevoegd gezag kan bijvoorbeeld in overleg met een mogelijke overtreder een symbolische boete vaststellen die de grondslag kan vormen voor een proefproces. Op die manier kunnen partijen zich gezamenlijk inzetten voor een proefproces om zo duidelijkheid te krijgen over een kwestie.

Waar het bevoegd gezag veel meer ruimte heeft, is de andere categorie van strategisch procederen: ervoor zorgen dat een besluit ongeschonden de eindstreep haalt. Het bevoegd gezag heeft in de regel het doel om een genomen besluit overeind te houden. Daarbij kan het bevoegd gezag veel meer dan alleen inzetten op de verdediging van een eenmaal genomen besluit en slechts afwachten of het overeind blijft bij de bestuursrechter. In deze vorm van strategisch procederen kan het bevoegd gezag een proactieve rol innemen en ruimte pakken om een bepaalde processtrategie te voeren. Een actieve (proces)houding en een goede communicatie met belanghebbenden en de bestuursrechter zijn daarbij cruciaal. Dit is waar strategisch procederen in mijn praktijk om gaat: het over de eindstreep trekken van een besluit met alle mogelijkheden die het bevoegd gezag daartoe heeft.

Deze vorm van strategisch procederen staat centraal in dit preadvies, omdat ik hier de meeste ruimte zie voor het bevoegd gezag. Een belangrijke kanttekening die ik vooraf maak is ‘practice what you preach’ (of eigenlijk het omgekeerde). De voorbeelden die ik bespreek zijn grotendeels omgevingsrechtelijk van aard, omdat dat nu eenmaal de voorbeelden zijn die ik in mijn praktijk voorbij zie komen. De instrumenten en strategiën die ik bespreek, zijn echter – naar ik aanneem – toepasbaar op veel meer typen bestuursrechtelijke besluiten. En hier en daar ga ik ook in op voorbeelden van buiten het omgevingsrecht.

1.2 Opbouw preadvies

Dit preadvies bestaat uit drie delen, omdat ik het strategisch procederen door het bevoegd gezag heb opgedeeld in drie fasen. In hoofdstuk 2 ga ik in op de fase voordat het besluit is genomen. Ik sta stil bij het kunnen voorkomen van procedures door juist al in de voorbereiding van een besluit strategische keuzes te maken, of in ieder geval met die keuzes een goede afloop van een potentiële procedure veilig te stellen. Participatie speelt in deze fase een belangrijke rol. Deze eerste

¹ Zie het preadvies van R. Stolk in deze bundel.

² M. Wolfrat en K. de Meulder bespreken deze mogelijkheid van de bestuursrechter in hun preadvies dat is opgenomen in deze bundel.

fase is cruciaal voor het te nemen besluit: hier wordt het fundament gelegd. Als het bevoegd gezag hier steken laat vallen, moet er in de latere fasen extra hard aan getrokken worden om een besluit nog overeind te kunnen houden.

Hoofdstuk 3 ziet op de volgende fase, het op strategische wijze opstarten van een eventuele te volgen bezwaar- of beroepsprocedure. Daarbij besteed ik aandacht aan de mogelijkheid om informeel een pilotprocedure te voeren in het geval dat er massaal bezwaar wordt gemaakt tegen een besluit. Verder ga ik in op het instrument van rechtstreeks beroep.

In hoofdstuk 4 sta ik stil bij de mogelijkheden om het verloop van zo'n procedure te sturen en bij eventuele gebreken in het besluit toch tot een goede afloop te komen. Hierbij is een belangrijk element de actieve communicatie met de bestuursrechter. Zoals ook in het preadvies van Marlies Wolfrat en Koen de Meulder aan de orde komt, is dat van groot belang. Zonder goede communicatie weet de bestuursrechter niet wat van hem of haar specifiek wordt verwacht. Dat is zonde, want er is vaak nog veel mogelijk om een besluit te redden.

Tot slot kom ik in hoofdstuk 5 terug op de vraag in hoeverre het bevoegd gezag ruimte heeft om strategisch te procederen en in hoeverre het daarbij aan het roer staat.

2 Voorkomen is beter dan genezen

2.1 Inleiding

Het klinkt misschien als een open deur: het voorkomen van een bestuursrechtelijke procedure is beter dan er één – nadat er veel tijd en geld in is gestoken – winnen. Toch kan er nog veel gewonnen worden in de fase voorafgaand aan het daadwerkelijk nemen van een besluit. Door fouten in de voorfase van het besluit te voorkomen, is de kans op een procedure kleiner en – als die procedure dan toch volgt – de kans dat die procedure tot een goed einde wordt gebracht groter.

2.2 Breng de belangen in kaart

Het voorkomen van procedures begint met het in beeld brengen van alle belangen die spelen bij een te nemen besluit. Dat begint dus ruim voordat het besluit wordt genomen, het liefst in een zo vroeg mogelijk stadium. Als dat tijdig wordt gedaan, dan is er namelijk nog genoeg tijd en gelegenheid om rekening te houden met die belangen bij het opstellen van het besluit. Bijvoorbeeld: misschien kan een nieuwe stedelijke ontwikkeling net iets worden opgeschoven zodat een rij mooie bomen gespaard kan blijven, de bomen die juist het zicht van omwonenden op zo'n nieuwe ontwikkeling wegnemen. Rekening houden met álle belangen is natuurlijk niet altijd mogelijk. Niet ieder belang kan meegenomen worden zonder dat afbreuk wordt gedaan aan het belang waarvoor het besluit wordt genomen. Maar als tijdig in beeld wordt gebracht welke belangen mogelijk geraakt worden, dan kan – als het raken van die belangen onvermijdelijk is – daar wel zo veel mogelijk rekening mee worden gehouden en kan in ieder geval in het besluit goed gemotiveerd worden waarom desalniettemin het besluit wordt genomen. Dat is beter dan dat nadat het besluit al is genomen er ineens een belang om de hoek komt kijken dat de houdbaarheid van het besluit in gevaar brengt, simpelweg omdat er helemaal geen rekening mee is gehouden. Met een goede motivering kan voorkomen worden dat een besluit vernietigd wordt alleen omdat belangen over het hoofd zijn gezien bij het opstellen daarvan en het besluit dus niet zorgvuldig is voorbereid.

Daarnaast kan door in een vroeg stadium de belangen in beeld te brengen, in gesprek worden gegaan met de belanghebbenden. Op die manier kan het bevoegd gezag achterhalen wat er bij hen speelt, of het besluit hen dwars zit en zo ja, welke oplossingen denkbaar zijn. Misschien kan een geluidswal die gerealiseerd moet worden om een aanvaardbare geluidsbelasting te garanderen vanwege de verbreding van een weg groen worden ingepast? Soms kan een kleine aanpassing in het besluit al voldoende zijn. In elk geval kan een gesprek vóór het nemen van het besluit voorkomen dat een project voor belanghebbenden uit de lucht komt vallen.

Juist dat leidt in de regel tot weerstand. Strategisch procederen begint dus al vóór de formele inspraakmogelijkheden.³

Dit aspect, het in gesprek gaan met belanghebbenden, is iets wat sinds het Adviesrapport van de commissie-Elverding uit 2008 steeds meer terrein heeft gewonnen, in ieder geval in het omgevingsrecht.⁴ Dit rapport is opgesteld om te komen tot snellere besluitvorming over grote infrastructurele werken. Belangrijk onderdeel van het advies van de commissie is een eerdere en ruimere participatie van betrokkenen. De commissie adviseert hen al in de verkenningsfase actief te betrekken door gezamenlijk te werken aan de probleemanalyse en de formulering van ambities en bij de keuze van het voorkeursalternatief.

Het advies van de commissie-Elverding heeft geresulteerd in een wettelijk verankerde verkenningsfase in de Tracéwetprocedure. Maar ook buiten dit zeer specifieke domein heeft de ‘Elverding-gedachte’ weerklank gevonden, en niet alleen bij overheden. Interessant om te zien is dat zowel de voor- als tegenstanders van windparken een gedragscode hebben opgesteld over hoe naar hun idee participatie in projectbesluitvorming dient plaats te vinden.⁵ De minister van Economische Zaken (bevoegd gezag voor grote energieprojecten) heeft de ervaringen die met deze codes zijn opgedaan gebruikt om te komen tot een eigen visie op omgevingsmanagement, die van groot belang zal zijn bij de enorme ruimtelijke opgave die met de energietransitie gemoeid zal zijn.⁶ De rijksoverheid heeft inmiddels ook een eigen gedragscode, de Code maatschappelijk participatie, die het bevoegd gezag in rijksprojecten aanwijzingen geeft hoe burgers, bedrijven en belangenorganisaties bij de besluitvorming betrokken moeten worden. De kern (en subtitel van de code) is: ‘eerder, breder en beter’.⁷

Dat het bevoegd gezag participatie niet over het hoofd moet zien, volgt overigens ook nu al uit artikel 3.1.6 lid 1 onderdeel e van het Besluit ruimtelijke ordening (Bro): in een bestemmingsplan of in een omgevingsvergunning waarbij wordt afgeweken van een plan, moet worden beschreven hoe burgers en maatschappelijke organisaties bij de voorbereiding van dat besluit zijn betrokken. En dat dit goed gebeurt, is van belang. Steeds meer tegenstanders van besluiten brengen beroepsgronden naar voren over ‘participatie’ en ook over ‘draagvlak’. Gronden over het ontbreken van draagvlak leiden nu nog niet tot de vernietiging van besluiten, omdat dit geen ruimtelijk relevante aspecten zijn.⁸ Als het bevoegd gezag in het besluit

3 Zie ook B. Schueler, ‘Wat doen we met inspraak?’, M&R 2014/49.

4 Advies Commissie Versnelling Besluitvorming Infrastructurele projecten, ‘Sneller en beter’, april 2008. Inspraak is iets wat toen al enige tijd van belang was. Het Verdrag van Aarhus schrijft vroegtijdige inspraak in milieuzaken voor op een moment waarop opties nog open zijn en inspraak dus doeltreffend kan plaatsvinden. Zie art. 6 lid 2 en 4 en art. 7 van het Verdrag van Aarhus.

5 Zie de ‘Gedragscode Acceptatie & Participatie Windenergie op Land’ van de Nederlandse Wind-Energie Associatie (NWEA), december 2016 en de ‘Gedragscode Windenergie op Land’ van de Nederlandse Vereniging Omwonenden Windturbines (NLVOW), versie 28 oktober 2016.

6 Zie de Kamerbrief van minister Kamp (EZ), Kamerstukken II 2016/17, 31239, 254.

7 De Code maatschappelijke participatie is een bijlage bij Kamerstukken II 2012/13, 29385, 75.

8 Zie bijv. ABRvS 4 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1228; ABRvS 8 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV3215.

beschrijft dat belanghebbenden zijn geïnformeerd over het voorgenomen besluit en het besluit is voorbereid met de uitgebreide voorbereidingsprocedure waarin belanghebbenden hun zienswijzen naar voren hebben kunnen brengen, dan is al gauw voldaan aan dit wettelijke vereiste.⁹ Overheden zien participatie echter zelf wel als een steeds belangrijker thema. Dat blijkt uit het gegeven dat participatie landt in beleidsstukken, waaronder de Omgevingsvisie van de provincie Gelderland, waarin in het kader van windenergie het belang van draagvlak en participatie is onderstreept. In dat kader is participatie meer dan alleen de inspraakmogelijkheden die de wetgever nu biedt. Bij windenergie kunnen belanghebbenden letterlijk meedoen door deel te nemen in een zogenoemde poldermolen of dorpsmolen. Dit is een vorm van financiële participatie. Daarmee dragen zij niet alleen de lasten, maar genieten ook de lusten.

Als bevoegd gezag is het misschien ook maar goed vast zo veel mogelijk te wennen aan participatie. Participatie wint straks met de inwerkingtreding van de nieuwe Omgevingswet namelijk nog meer terrein.¹⁰ In de memorie van toelichting op de nieuwe Omgevingswet is opgenomen dat juist de beginfase veel ruimte biedt om de inbreng van derden mee te nemen, dat die inbreng de kwaliteit van de besluitvorming en het draagvlak kan vergroten en dat dit kan leiden tot een afname van het aantal zienswijzen en bezwaar- en beroepschriften.¹¹ Idee is: participatie verdient zichzelf terug. Het moet dan ook los worden gezien van de formele inspraakmomenten die een procedure kent (zoals het indienen van zienswijzen).¹² Wel blijft maatwerk van belang, waardoor ervoor gekozen is geen algemene regeling over participatie op te nemen in de Omgevingswet. De wetgever gaat daarbij uit van de aanwezigheid van participatieverordeningen van de bestuursorganen zelf. Dat geldt met uitzondering van het nieuwe projectbesluit: voor dat besluit zijn wél wettelijke verplichtingen over participatie opgenomen.¹³

Daar waar participatie in wet- en regelgeving een steeds grotere procedurele rol krijgt, wordt die rol materieel ingevuld aan de hand van gedragscodes. Die grotere rol zal naar mijn idee de kwaliteit van besluitvorming doen toenemen, maar het is ook niet uitgesloten dat deze ‘juridificering’ van de participatie zal leiden tot een toename van geschillen over de wijze waarop burgers, bedrijven en belangenorganisaties bij de besluitvorming betrokken zijn. Voor het bevoegd gezag zal dus in toenemende mate gelden: neem participatie serieus!

9 Zie bijv. ABRvS 9 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2150; ABRvS 15 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:437.

10 Kamerstukken II 2013/14, 33962, 3, p. 389 omschrijft participatie als ‘het in een vroegtijdig stadium betrekken van belanghebbenden (burgers, bedrijven, maatschappelijke organisaties en andere overheden) bij het proces van de besluitvorming over een project of activiteit’.

11 Kamerstukken II 2013/14, 33962, 3, p. 217.

12 Nota van toelichting Omgevingsbesluit, p. 25, 64 e.v.

13 Kamerstukken II 2013/14, 33962, 3, p. 218. Het voert te ver om in dit preadvies uitgebreid stil te staan bij participatie in de projectbesluitprocedures. De kern is dat de vroegtijdige participatie zoals de commissie-Elverding adviseerde (voor de verkenningsfase) daarin een wettelijke grondslag krijgt. Het projectbesluit vervangt het tracébesluit, het inpassingsplan en de projectplannen op grond van de Waterwet. Daarmee geldt straks voor de grote overheidsprojecten een verplichte participatie.

2.3 Oppassen voor valkuilen

Een ander belangrijk instrument voor het voorkomen van lastige procedures is het ontwijken van valkuilen bij het nemen van het besluit. Ieder besluit kent valkuilen: aspecten die over het hoofd gezien worden of op verkeerde wijze worden afgewogen bij het nemen van een besluit. Dat leidt tot een vernietiging op grond van artikel 3:2 Awb wegens een onzorgvuldige voorbereiding. Er zijn tal van valkuilen te bedenken, omdat die nu eenmaal grotendeels afhankelijk zijn van het type besluit en de specifieke omstandigheden van het geval. Hierna signaleer ik drie algemene – en misschien wel de grootste – valkuilen die niet zelden leiden tot vernietiging van een besluit en waarmee dus rekening gehouden moet worden bij het opstellen daarvan.

2.3.1 Valkuil 1: wet- of regelgeving

Een belangrijke valkuil vormt gewijzigde wet- of regelgeving. Zo'n wijziging kan ervoor zorgen dat het besluit net even anders genomen moet worden dan voorheen altijd het geval is geweest. Misschien gelden er nieuwe eisen of voorschriften waar rekening mee gehouden moet worden of zijn er mogelijkheden aangescherpt of juist weggefallen. Een besluit moet dus niet blindelings op een bepaalde manier worden genomen omdat het sinds jaar en dag praktijk is om dat zo te doen. Van belang is om bij het opstellen van een besluit scherp in beeld te hebben welke regelgeving in acht moet worden genomen. Een voorbeeld is dat op 1 januari jl. de nieuwe Wet natuurbescherming in werking is getreden.¹⁴ In deze nieuwe wet zijn de oude Natuurbeschermingswet 1998, de Flora- en faunawet en de Boswet samengevoegd. Met het in werking treden van deze nieuwe wet zijn er nieuwe dier- en plantensoorten opgenomen die worden beschermd, en tegelijkertijd zijn er soorten die niet langer of in mindere mate beschermd worden. Het is dus van belang bij ecologisch onderzoek rekening te houden met deze nieuwe lijst van beschermde soorten. Als per abuis wordt uitgegaan van de oude lijst of er wordt bij een nieuw te nemen besluit gesteund op een onderzoek dat nog onder de oude wetgeving tot stand is gekomen, dan kan een besluit reeds om die reden vernietigd worden. Er is immers niet op de juiste wijze rekening gehouden met de actuele wet- en regelgeving zoals die gold ten tijde van het nemen van het besluit. Omdat de voorbereiding van complexe besluiten vaak een periode van vele maanden of zelfs jaren omvat, werpt nieuwe wet- en regelgeving een schaduw vooruit. Het onderzoek zal daarop moeten anticiperen, vaak geruime tijd voordat de nieuwe regels daadwerkelijk inwerking treden.

Nieuwe wetgeving kan niet alleen een extra drempel opwerpen voor een besluit, maar biedt soms juist kansen. Zo is het met de implementatie van de herziene m.e.r.-richtlijn op 16 mei jl. mogelijk geworden om aan de omgevingsvergunning beperkte milieutoets voorschriften te verbinden, iets wat tot dat moment niet was

¹⁴ Stb. 2016, 34.

toegestaan en in de praktijk tot de nodige hoofdbreken kon leiden.¹⁵ Het loont dus om, voordat een besluit wordt genomen, na te gaan of er nog relevante wijzigingen zijn doorgevoerd. De eerste valkuil lijkt voor de hand liggend, maar daarom wellicht des te meer één die over het hoofd kan worden gezien. Wet- en regelgeving veranderen nu eenmaal voortdurend.

2.3.2 Valkuil 2: beleidsregels

Een andere valkuil bij het nemen van besluiten kan het eigen beleid van het bevoegd gezag zijn. Het komt niet zelden voor dat onvoldoende of in het geheel niet is gekeken naar beleid bij het nemen van een besluit. Dat terwijl in beginsel de hoofdregel is dat beleid in acht genomen moet worden bij het nemen van een besluit.¹⁶ Het is dus van belang om te inventariseren welk beleid allemaal van toepassing is, en hoe het te nemen besluit zich tot dat beleid verhoudt. Wat nu als het te nemen besluit niet in overeenstemming is met al het van toepassing zijnde beleid? Betekent dat dan het einde van het besluit, nog voor het genomen is? Een besluit dat in strijd is met een eigen beleidsregel haalt niet ongeschonden de eindstreep.¹⁷

Dat kan echter voorkomen worden. Juist door in een vroeg stadium in kaart te brengen of sprake is van strijd met een beleidsregel, ontstaat ruimte voor oplossingen. Een eerste actie is nagaan waarmee het besluit exact in strijd is. Is dat wel een ‘echte’ beleidsregel in de zin van lid 4 van artikel 1:3 Awb? Niet zelden is beleid een soort doos van Pandora en komen er tal van documenten boven water die iets relevants lijken te zeggen voor het beoogde besluit. Soms gaat het daarbij om documenten die er alle schijn van hebben een beleidsregel te zijn, maar dat niet daadwerkelijk zijn. En dat is van belang. Van een document dat geen beleidsregel in de zin van lid 4 van artikel 1:3 Awb is, kan op een eenvoudigere wijze worden afgeweken. Dit afwijken hoeft immers niet via het – striktere – kader zoals dat op grond van artikel 4:84 Awb geldt voor beleidsregels. In zo’n geval kan een gemotiveerde afwijking volstaan. Iets is pas een beleidsregel in de zin van lid 4 van artikel 1:3 lid 4 Awb als het afkomstig is van een bestuursorgaan en is vastgesteld. Documenten waarover een bestuursorgaan heeft aangegeven daaraan uitvoering te zullen geven of akkoord te gaan met de inhoud daarvan, zijn dus geen beleidsregel in de zin van de Awb.¹⁸

Vervolgens moet gecheckt worden of echt sprake is van ‘strijdigheid’ met de beleidsregel. Als een beleidsregel niet expliciet ingaat op een bepaalde ontwikkeling, dan kan er getwist worden over de vraag of die ontwikkeling wel of niet in over-

15 Stb. 2010, 749, p. 8. De omgevingsvergunning beperkte milieutoets is de eenvoudigere versie van de omgevingsvergunning voor de activiteit milieu, die voor meer ingrijpende activiteiten wordt verleend. In tegenstelling tot de omgevingsvergunning milieu was het tot 16 mei jl. niet toegestaan voorschriften te verbinden aan de omgevingsvergunning beperkte milieutoets.

16 Een bestuursorgaan is uitsluitend gebonden aan de beleidsregels die voor de bevoegdheidsuitoefening voor dat orgaan gelden. Zie *Kamerstukken II 1993/94, 23700, 3, p. 123*.

17 Zie bijv. ABRvS 23 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2707.

18 Rb. Den Haag 6 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14854, r.o. 5.

eenstemming is daarmee. In dat geval loont het om goed te motiveren waarom de ontwikkeling wél in overeenstemming is met de betreffende beleidsregel.¹⁹

Als eenmaal is vastgesteld dat sprake is van strijd met een eigen beleidsregel, dan is er een aantal opties om daarmee om te gaan in het te nemen besluit. Allereerst kan geprobeerd worden om het besluit zo aan te passen dat het niet langer in strijd is met de beleidsregel. Een andere – wat meer radicale – invalshoek is het wijzigen van de beleidsregel zodat die in lijn is met het gewenste besluit. Dat is natuurlijk alleen een wenselijke oplossing als ook daadwerkelijk een nieuwe koers moet worden ingezet. Bovendien gaat zo'n beleidswijziging niet over één nacht ijs. Als er geen tijd is voor een beleidswijziging of als een structurele wijziging van de koers niet wenselijk is, dan is dit geen werkbare oplossing. Welke opties zijn er dan nog?

Het einde is dan nog niet bereikt. Op grond van artikel 4:84 Awb is het mogelijk om af te wijken van een beleidsregel. Dat kan niet zomaar; hoofdregel is dat een beleidsregel in acht moet worden genomen. Dat is logisch. Zowel het bevoegd gezag als de belanghebbenden moeten ervan uit kunnen gaan dat ze zich daarop kunnen beroepen.²⁰ Rechtszekerheid en rechtsgelijkheid spelen hierbij een rol. Tegelijkertijd moeten beleidsregels niet koste wat het kost altijd maar gelden. Afwijken van beleid kan daarom in bijzondere gevallen: vanwege de bijzonderheid van het geval, op grond waarvan nadelige of voordelige gevolgen van het handelen overeenkomstig het betreffende besluit onevenredig zouden zijn in verhouding tot de met dat beleid te dienen doelen.²¹

Wanneer is sprake van een bijzondere omstandigheid? Tot voor kort was vaste lijn in de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS; hierna: de Afdeling) dat alleen van een bijzondere omstandigheid sprake kon zijn als het gaat om omstandigheden die niet reeds in beleidsregels zijn verdisconteerd en waarin strikte naleving van de beleidsregel zou leiden tot een uitkomst die niet beoogd kan zijn.²² Tot voor kort, want met de uitspraak van de Afdeling van 26 oktober 2016 is deze lijn gewijzigd.²³ Uit deze uitspraak volgt dat ook al is een omstandigheid bij het opstellen van de beleidsregel betrokken, dat nog niet betekent dat daarmee voorzien kon worden dat die omstandigheid, of meerdere omstandigheden tezamen, in een concreet geval tot onevenredige gevolgen zou(den) leiden. De Afdeling overweegt op basis van die lijn dat een bestuursorgaan daarom alle omstandigheden van het geval moet betrekken en dat

19 Zie in dit kader ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2363, waarin een besluit werd vernietigd omdat niet duidelijk was of de betreffende ontwikkeling alleen niet werd genoemd of echt uitgesloten was op grond van de beleidsregel, tegenover ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:732, waarin een besluit overeind bleef omdat de ontwikkeling die dat beleid mogelijk maakte niet werd uitgesloten door de beleidsregel.

20 Dat geldt ook voor het bevoegd gezag; beleidsregels kunnen immers ook juist in het voordeel van een te nemen besluit en ten nadele van een belanghebbende werken.

21 Structurele afwijking is niet de bedoeling. Als dat nodig is, dan moet het beleid met het oog op de rechtszekerheid gewijzigd worden. Ook een incidentele afwijking in een 'normaal' geval is niet wenselijk met het oog op het gelijkheidsbeginsel. Zie Kamerstukken II 1993/94, 23700, 3, p. 122-127.

22 ABRvS 16 februari 2005, ECI:NL:RVS:2005:AS6225.

23 ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840, r.o. 4.3.

beoordeeld moet worden of zo'n omstandigheid of juist meerdere omstandigheden tezamen moeten worden aangemerkt als een bijzondere omstandigheid als bedoeld in artikel 4:84 Awb en er dus aanleiding bestaat tot afwijking van het beleid. Daarmee lijkt de mogelijkheid om af te wijken van beleid op grond van artikel 4:84 Awb te zijn vergroot.

2.3.3 Valkuil 3: de feiten op een rijtje

Een volgende belangrijke valkuil bij het nemen van het besluit is het onvoldoende scherp hebben hoe de feiten precies in elkaar steken. Bij een ruimtelijk besluit moet bijvoorbeeld volledig duidelijk zijn wat waar gerealiseerd wordt, of er grond benodigd is die (nog) niet in eigendom is verkregen, of er wel of niet bomen gekapt moeten worden, enzovoort. Dus de gevolgen kunnen pas echt goed onderzocht worden als helder is wat exact de feiten zijn die ten grondslag liggen aan dat besluit. Een besluit kan nog zo goed in elkaar zitten, alles is technisch doorgemeten en onderzocht en alle ingewikkelde juridische hobbels zijn genomen, maar als achteraf blijkt dat is uitgegaan van verkeerde feiten, dan kan dat tot een (partiële) vernietiging leiden, of op z'n minst genomen tot een bestuurlijke lus. Zeker in het omgevingsrecht spelen de feiten een enorm grote rol. Een voorbeeld. Er zijn twee tracébesluiten genomen en er is een inpassingsplan vastgesteld om deels de aanleg van een nieuwe weg en deels de verbreding van een bestaande weg mogelijk te maken. Alle denkbare aspecten zijn onderzocht. Met alles is rekening gehouden, de besluiten zitten goed in elkaar. Toch krijgt het bevoegd gezag een bestuurlijke lus van de Afdeling. Wat blijkt? Voor een bepaald kruispunt dat onderdeel is van dit grote project is net wat meer grond van iemands tuin meegenomen dan daadwerkelijk noodzakelijk om dat kruispunt te realiseren. De Afdeling geeft het bevoegd gezag via een bestuurlijke lus de gelegenheid om de verbeelding zo aan te passen dat de bestemming 'Verkeer' in omvang wordt teruggebracht ten voordele van de tuin van de betreffende appellant.²⁴

Het bevoegd gezag moet daarom precies weten wat het aanricht met een besluit. Er moet goed in kaart worden gebracht wat waar komt, en welke gevolgen dat heeft voor burgers en bedrijven. Als blijkt dat de gevolgen voor hen minder groot kunnen zijn, dan moet het besluit daarop worden aangepast. Er moet absolute zekerheid worden verkregen worden wat wel en wat niet nodig is. Feiten op een rijtje dus!

24 ABRvS 27 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:163, r.o. 109.

3 De strategische start van een procedure

3.1 Inleiding

Hoe uitgebreid en zorgvuldig de voorbereiding van een besluit ook wordt aangepakt: niet iedere procedure is te voorkomen. Als het dan toch daarop aankomt, dan betekent dat niet dat het bevoegd gezag vanaf dat moment alleen nog maar verweer kan voeren en moet hopen dat het besluit de eindstreep haalt. Bij de start van een procedure kunnen er diverse strategische keuzes worden gemaakt. In dit hoofdstuk ga ik hier op in.

3.2 Pilotprocedure bij massaal bezwaar?

Het kan voorkomen dat tegen besluiten die zijn voorbereid met de reguliere voorbereidingsprocedure massaal bezwaar wordt aangetekend.²⁵ Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn bij afgewezen verzoeken om planschade ten gevolge van één bepaald project. Het gaat in dat geval weliswaar om meerdere besluiten, maar de motivering tot afwijzing kan in al die besluiten identiek zijn als het daarbij draait om één concrete rechtsvraag. Die verzoekers zullen in negen van de tien keer in bezwaar gaan tegen die afwijzing. Is het in dat geval nodig om alle bezwaren te behandelen en tegelijkertijd de beslissing op bezwaar te nemen? Kan er in zo'n geval niet een bepaalde strategische weg worden gevolgd?

Een mooie uitkomst zou zijn als er een soort pilot kan worden gevolgd waarmee eerst een beperkt aantal bezwaarschriften wordt afgehandeld totdat daarop een onherroepelijke uitspraak van de bestuursrechter is gedaan, waarna op alle

25 In de Awb is de hoofdregel vastgelegd dat de reguliere voorbereidingsprocedure van toepassing is op besluiten. Dat is anders als dat bij wet is bepaald of toepassing kan worden gegeven aan art. 3:10 Awb. Het gaat het bestek van dit preadvies te buiten om hier uitvoerig bij stil te staan. Kort en goed: het kiezen voor de uitgebreide voorbereidingsprocedure daar waar de reguliere is voorgeschreven, kan met inachtneming van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur als een bijzondere wet niet die vrijheid begrenst en als de *lex silencio positivo* daar niet aan in de weg staat. Opmerkelijk is dat in de Omgevingswet in beginsel deze vrijheid om te kiezen van het bevoegd gezag volledig naar de aanvrager werd verschoven. In de versie van de Omgevingswet van juni 2017 is daar weliswaar aan toegevoegd dat het bevoegd gezag daartoe kan beslissen, maar dan is nog wel de instemming van de aanvrager vereist. Zie art. 16.62 van de Wet van juni 2017, Kamerstukken I 2016/17, 33118, p. 205-206. Meer in dit kader: L.M. Koenraad, 'Bestuurlijke voorprocedures in het omgevingsrecht', TBR 2017/55; V.M.Y. van 't Lam, 'Op een beweeglijk standpunt sta je het sterkst. Pleidooi tegen de introductie van de uitgebreide voorbereidingsprocedure 'op aanvraag'', M&R 2017/62.

overige bezwaarschriften wordt beslist.²⁶ Op die manier kan eerst zekerheid worden verkregen over een bepaalde gewenste lijn, en kan voorkomen worden dat op vele, vele bezwaarschriften een bepaald besluit wordt genomen dat later niet houdbaar blijkt. In dat geval wordt die gewenste lijn eerst 'getest' in een handjevol beslissingen op bezwaar. Pas als die besluiten onherroepelijk zijn, wordt dan in gelijke zin beslist op de overige bezwaarschriften. Dit kan met name winst opleveren als partijen verdeeld zijn over een rechtsvraag waarover hoe dan ook een oordeel van de bestuursrechter verkregen moet worden om een einde aan het geschil te kunnen maken. De Awb voorziet echter niet expliciet in een mogelijkheid hiervoor. Niet expliciet, want op grond van de Awb is het wel mogelijk om de beslissing op bezwaar uit te stellen als belanghebbenden daarmee instemmen als bedoeld in artikel 7:10, vierde lid, Awb. Het is daarom een informele mogelijkheid, die uitsluitend kan worden ingezet als de indieners van de bezwaarschriften die worden aangehouden daarmee instemmen.

In de AWR is wel zo'n regeling opgenomen: de regeling van massaal bezwaar.²⁷ Op grond van artikel 25c AWR kan een aanwijzing massaal bezwaar worden gegeven door de minister van Financiën als voor de beslissing op een groot aantal bezwaarschriften de beantwoording van eenzelfde rechtsvraag van belang is.²⁸ In die aanwijzing moet de te beantwoorden rechtsvraag worden omschreven. De aanwijzing geldt voor alle bezwaren die binnen de termijn zijn ingediend en betrekking hebben op de betreffende rechtsvraag. De beslistermijn voor de beslissing op bezwaar wordt voor alle bezwaren waarvoor de aanwijzing massaal bezwaar geldt, opgeschort tot en met de dag voorafgaande aan die waarop die collectieve uitspraak wordt gedaan. Hoe wordt gekomen tot die collectieve uitspraak? Het is de inspecteur die de zaken mag selecteren voor de beantwoording van de rechtsvraag, vooruitlopend op de rest van de bezwaren. Vervolgens wordt in die zaken de rechtsvraag beantwoord. Pas als dat onherroepelijk is gedaan, wordt op de overige bezwaren waarop de aanwijzing betrekking heeft door de inspecteur één collectieve uitspraak gedaan. Die collectieve uitspraak komt neer op een weergave van het definitief verkregen antwoord op de rechtsvraag. De collectieve uitspraak is dan ook niet vatbaar voor beroep.²⁹

26 Ik behandel deze pilotprocedure als een afzonderlijk instrument voor strategisch procederen door het bevoegd gezag en het staat dus los van de mogelijkheid van het opstarten van een proefproces zoals aan de orde komt in de preadviezen van R. Stolk en M. Wolfrat en K. de Meulder. Ook staat deze pilotprocedure los van de rechtsvormende uitspraken van de bestuursrechter.

27 Zie voor een uitgebreide bespreking van dit instrument T.C. Gerverdinck & C.A.H. Bikkers, 'Massaal procederen in het Belastingrecht' (preadvies Jonge-VAR 2013, Jonge VAR-reeks 12).

28 Een voorbeeld waarin de regeling is toegepast is de kwestie rondom de vermogensrendementsheffing op spaarsaldi. Alleen al over 2013 waren over deze kwestie meer dan 10.000 bezwaren ontvangen. Concreet ging het in al deze zaken om één rechtsvraag: is de box 3-heffing op spaarsaldi zodanig dat deze op zichzelf gezien in strijd zou komen met art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM. In deze zaak is het aantal bezwaarschriften op basis waarvan de rechtsvraag zou worden behandeld geselecteerd in overleg met de Bond voor Belastingbetalers. Meer recent is de regeling toegepast voor het massaal bezwaar tegen de btw-heffing over privégebruik van auto's van de zaak. Nadat de Hoge Raad op 21 april 2017 vier arresten heeft gewezen, heeft de inspecteur op 31 mei 2017 op alle overige bezwaren door middel van een collectieve uitspraak beslist. Zie *Str.* 1 juni 2017, nr. 30976.

29 *Kamerstukken II 2015/16, 34305, 3, p. 49-51.*

De regeling van massaal bezwaar is in het leven geroepen met als doel het verkrijgen van een snelle, eenduidige en ultieme beantwoording in een breder levende rechtsvraag. De regeling is niet bedoeld voor gevallen waarin een bepaald minimum aantal bezwaren wordt overschreden. Meer van belang is of er een breder maatschappelijk belang bestaat bij de beantwoording van een bepaalde rechtsvraag.³⁰ Door de regeling van massaal bezwaar toe te passen wordt voorkomen dat er in een onhandelbaar groot aantal bezwaren verschillende procedures gevoerd moeten worden, terwijl sprake is van een prangende rechtsvraag die de uitkomst van al die procedures (mogelijk) beïnvloedt. Wel is er eerst een aanwijzing van de minister benodigd. Dat maakt dat het middel niet van de ene op de andere dag ingezet kan worden. Onder de vorige regeling van massaal bezwaar moest het voornemen tot het geven van zo'n aanwijzing zelfs ook nog vier weken worden voorgelegd aan de Tweede Kamer. Dat is uit de wet gehaald, omdat het doel van de regeling juist het zo snel mogelijk verkrijgen van rechtszekerheid is.³¹

Zou een soortgelijke regeling moeten landen in de Awb zodat het middel breder dan alleen in fiscale zaken kan worden ingezet? Daar valt over te twisten. Het is namelijk de vraag of dit middel in het algemene bestuursrecht net zo van pas kan komen en net zo geschikt is als in het fiscale recht. Mijns inziens kan het lonen om een soortgelijk instrument op te nemen in de Awb. Ook buiten het fiscaal recht kunnen zich rechtsvragen voordoen die leiden tot massaal bezwaar, waarbij deze regeling uitkomst kan bieden voor een efficiënte afwikkeling van die bezwaren (bijvoorbeeld over planschade of subsidies). Op die manier zou een bestuursorgaan ook zonder instemming van de bezwaarmakers dit instrument kunnen inzetten. En dat kan alle partijen tijd en geld besparen. Daarbij zou gekozen kunnen worden voor een vorm zoals die nu in de AWR is opgenomen, waarbij de toepassing daarvan wordt 'opgelegd' aan bezwaarmakers en het de inspecteur is die bepaalt welke bezwaren dienen ter beantwoording van de rechtsvraag. Daarbij zou mijns inziens een waarborg opgenomen moeten worden over de selectie van de bezwaren die vooruitlopend op de rest worden behandeld. Het is wel zo zorgvuldig om daarbij te kiezen voor de bezwaarmakers die zich laten vertegenwoordigen door een gemachtigde. Daarbij kan de discussie oplaaien of het bevoegd gezag dan ook die kosten zou moeten dragen. Daar zou ik niet voor willen pleiten. Juist als er massaal bezwaar wordt gemaakt, is de kans groot dat in ieder geval één bezwaarmaker, of een aantal bezwaarmakers die zich hebben verenigd, zich laat vertegenwoordigen door een advocaat of andere gemachtigde. Als die afweging van de kosten daarvan toch al is gemaakt, dan hoeven die kosten niet voor de rekening van het bevoegd gezag te komen puur en alleen vanwege de keuze om het instrument voor massaal bezwaar in te zetten. In de regeling van massaal bezwaar in de AWR geldt tot slot dat er op alle overige bezwaren conform de uitkomst in de geselecteerde bezwaren een collectieve uitspraak wordt gewezen die niet vatbaar is voor beroep. Dat zou naar mijn mening één op één moeten gebeuren om de werking van de pilotprocedure niet onderuit te halen. Dat biedt zekerheid voor alle betrokkenen en voorkomt dat de procedure feitelijk nogmaals wordt gevoerd en er alsnog geen winst is geboekt.

³⁰ Kamerstukken II 2015/16, 34305, 3, p. 49.

³¹ Kamerstukken II 2015/16, 34305, 3, p. 50.

Naast een formeel instrument van massaal bezwaar is de informele mogelijkheid die de Awb nu al biedt om in afstemming met belanghebbenden een pilotprocedure op te starten, misschien nog wel een beter middel. De vereiste instemming met belanghebbenden daarbij is een prikkel voor het bevoegd gezag om actief te communiceren met hen en op die manier kunnen zij tegelijkertijd actief worden betrokken bij de selectie van de eerst te behandelen bezwaarschriften. Nadeel van deze informele regeling is dat de beslissingen op bezwaar die na en met inachtneming van de pilotprocedure worden genomen, nog wél vatbaar zijn voor beroep. Dat uitsluiten zou een stap te ver gaan, nu de informele regeling niet omkleed is met waarborgen die de AWR wel biedt (een aanwijzing door de minister, de mogelijkheid van vergoeding van griffie- en proceskosten voor de geselecteerde bezwaren e.d.).

3.3 Rechtstreeks beroep

Een andere strategische start van de procedure is het instrument van ‘rechtstreeks beroep’. Op grond van artikel 7:1a Awb is het mogelijk om de bezwaarprocedure over te slaan en rechtstreeks naar de fase van beroep te gaan. Maar dat kan niet onbegrensd. Het overslaan van de bezwaarprocedure kan volgens artikel 7:1a Awb uitsluitend op verzoek van de bezwaarmaker en met instemming van het bestuursorgaan. Het bestuursorgaan wijst zo’n verzoek in ieder geval af als er tegen hetzelfde besluit nog een bezwaar is ingediend waarin niet hetzelfde verzoek is gedaan. Hoe zit dat met derden-belanghebbenden die geen bezwaar hebben gemaakt? De wetgever biedt duidelijkheid op dit punt: uitsluitend de derden-belanghebbenden die bezwaar hebben gemaakt, hebben een reëel belang bij het al dan niet voeren van de bezwaarprocedure. Van de derde-belanghebbende die geen bezwaar heeft gemaakt, is dus geen instemming voor rechtstreeks beroep vereist.³² Verder moet sprake zijn van een ‘geschikte zaak’. Daarvan is bijvoorbeeld sprake als in de voorbereiding van het primaire besluit de standpunten over en weer al zijn uitgewisseld, waardoor de bezwaarprocedure een herhaling van zetten zou zijn. Daarbij kan het gaan om een rechtsvraag waarop nog geen eenduidig antwoord bestaat en die partijen verdeeld houdt. Als echter nog onvoldoende onderzoek naar de feiten is gedaan, is een zaak niet geschikt.

Een strak wettelijk kader dus. Het overslaan van de bezwaarprocedure is uitsluitend mogelijk op verzoek van de bezwaarmaker. De wetgever heeft daartoe aanleiding gezien omdat het volgen van de bezwaarprocedure de hoofdregel is en blijft, juist omdat een volledige beleidsmatige en juridische heroverweging van belang is.³³ Eenieder heeft recht op de volledige heroverweging in bezwaar en in die lijn past het dat alleen de bezwaarmaker zelf een verzoek om rechtstreeks beroep kan doen. Toch is dit niet altijd even efficiënt. Een bezwaarmaker kent het instrument misschien niet en kan minder goed inschatten wat de winst is van het overslaan

32 Kamerstukken II 2000/01, 27563, 3, p. 4-9, M.E.G. Litjens, B.M.J. van der Meulen & A.A. Freriks, ‘De werking van een controversiële rechtsgang. Invoeringsevaluatie rechtstreeks beroep in de Awb’, JB Plus 2006/58.

33 Kamerstukken I 2003/04, 27563, B, p. 1-2.

van de bezwaarprocedure. Juist het bestuursorgaan kan goed inschatten wat er in een bezwaarprocedure gaat gebeuren, hoe principieel een bepaalde zaak is en dus of het efficiënter is om direct het geschil aan de bestuursrechter voor te leggen. Zou het bevoegd gezag het initiatief hiertoe moeten kunnen nemen?

In de praktijk gebeurt dit al. Weliswaar keuren zowel de rechtbanken als de Afdeling dit af, toch wordt een bezwaar waarin feitelijk op initiatief van het bestuursorgaan wordt verzocht om rechtstreeks beroep en dat vervolgens aan de bestuursrechter wordt gezonden in behandeling genomen. Zo keurde de rechtbank Leeuwarden het uitnodigen van een belanghebbende door het bestuursorgaan om te verzoeken om rechtstreeks beroep expliciet af omdat dit niet strookt met de Awb, die juist 'een volledige beleidsmatige en juridische heroverweging' voorschrijft. Die heroverweging levert 'een wezenlijke bijdrage' aan de beslechting van het geschil tussen de burger en de overheid. 'Uit het stelsel van de wet vloeit voort dat de burger die wil afwijken van dit normale patroon daartoe het initiatief moet nemen, hetgeen impliceert dat hij op de hoogte is van de verschillende voor hem open staande wegen en hun gevolgen.'³⁴ Daarbij wijst de rechtbank op de memorie van antwoord, waaruit zou volgen dat bewust is afgezien van het regelen dat een bestuursorgaan verplicht is om bij elk besluit melding te maken van de mogelijkheid in het bezwaarschrift.³⁵ Toch verwijst de rechtbank niet terug en beoordeelt hij het beroep vanwege de bijzondere omstandigheden van het geval en proceseconomische redenen.³⁶

De Afdeling oordeelde meer recent in gelijke zin.³⁷ De Afdeling wijst ook eerst op de wetsgeschiedenis en overweegt dat daaruit volgt dat de wetgever ervoor heeft gekozen alleen de indiener van het bezwaarschrift de mogelijkheid te geven rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter in te stellen en niet het bestuursorgaan de mogelijkheid heeft gegeven een voorstel te doen om de bezwaarfase over te slaan. De Afdeling overweegt vervolgens dat dit echter geen reden is voor vernietiging van de onderliggende uitspraak van de rechtbank. Zij wijst daarbij opnieuw op de wetsgeschiedenis, waaruit volgt dat de rechter zo terughoudend mogelijk zal moeten zijn bij het hanteren van zijn terugwijzingsbevoegdheid, in aanmerking nemend dat terugverwijzing naar het bestuursorgaan vrijwel altijd zal leiden tot vertraging in de afhandeling van de zaak.³⁸

Als het initiatief uitgaat van het bestuursorgaan, terwijl de wet daartoe strikt genomen niet de mogelijkheid biedt en dit ook niet de bedoeling is geweest van de wetgever, dan leidt dat dus niet tot een terugverwijzing. Daarbij lijkt bepalend dat er niet onnodig vertraging moet ontstaan in de afhandeling van de zaak. Mijns inziens zou de wet op dit punt aangepast moeten worden. Want kan het nu echt zoveel kwaad dat een bestuursorgaan een bezwaarmaker wijst op deze mogelijkheid? Ook in dat geval blijft toch uiteindelijk de laatste stem bij de bezwaarmaker zelf

34 Rb. Leeuwarden 10 oktober 2005, ECLI:NL:RBLEE:2005:AU4357.

35 Kamerstukken I 2003/04, 27563, B.

36 Rb. Leeuwarden 10 oktober 2005, ECLI:NL:RBLEE:2005:AU4357.

37 ABRvS 10 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:302.

38 Kamerstukken II 2000/01, 27563, 3, p. 5, 13.

liggen? Getuige de instemmingsvoorwaarde zoals die nu in artikel 7:1a Awb zit, is het juist het bevoegd gezag dat kan beoordelen of een zaak geschikt is. Ook het vereiste dat een verzoek om rechtstreeks beroep uitsluitend in het bezwaarschrift zelf mag worden gedaan, is in mijn ogen een onnodige beperking. De ratio van de wetgever hierachter is helder: voorkomen moet worden dat vanwege ontevredenheid van partijen een half doorlopen bezwaarprocedure alsnog wordt afgekapt en de zaak aan de bestuursrechter wordt voorgelegd.³⁹ Maar als dat de ratio is, dan lijkt een ander fataal moment meer in de rede te liggen. Er zijn situaties denkbaar waarin die procedure nog helemaal niet is opgestart, terwijl de bezwaarmaker nadat hij zijn bezwaarschrift heeft ingediend pas op het idee van rechtstreeks beroep komt. Bijvoorbeeld doordat andere bezwaarmakers tegen het samenhangende besluit daar ook om hebben verzocht, en hij graag een gevoegde behandeling in beroep wil. Of het bevoegd gezag ziet pas nadat het bezwaarschrift is ingediend in dat juist deze zaak zich leent voor rechtstreeks beroep. Mijn ervaring is dat in zo'n geval de bestuursrechter zich gelukkig ook praktisch opstelt. Een aanpassing van de regeling in de Awb op dit punt is echter ook wenselijk.

Door de regeling wat minder rigide te maken en meer te laten aansluiten bij de praktische houding van de bestuursrechter kan het partijen wellicht meer uitnodigen om gebruik te maken van het instrument. Weliswaar moet de volledige heroverweging in bezwaar uitgangspunt blijven, maar er zijn zaken denkbaar waarin het overslaan van de beslissing op bezwaar uitkomst biedt. Dat geldt temeer als straks onder de Omgevingswet het bevoegd gezag nog minder vrijheid bezit om te kiezen voor de uitgebreide voorbereidingsprocedure in plaats van de reguliere voorbereidingsprocedure, en dus in steeds meer procedures eerst een bezwaarprocedure gevolgd moet worden. Als hoe dan ook een oordeel van de bestuursrechter wenselijk is, dan moet de ruimte bestaan om de bezwaarprocedure over te slaan.

39 Kamerstukken II 2000/01, 27563, 3, p. 8.

4 Strategisch procederen bij de bestuursrechter

4.1 Inleiding

Wat nu als – ondanks al hetgeen is gedaan in de voorbereiding van het besluit – er hangende de (hoger)beroepsprocedure blijkt dat er iets niet goed zit in het besluit? Dat kan aan het licht komen met een beroepsgrond die is aangevoerd door een tegenstander van het besluit. Of er is uitgegaan van een bepaalde uitvoering in het besluit, maar de initiatiefnemer van het project wil toch iets anders. Moet dan helemaal opnieuw worden begonnen? Besluit intrekken en terug naar de tekentafel? Dat is zeker niet nodig. Door een actieve proceshouding kan er nog veel gewonnen worden.

4.2 Finale geschillenbeslechting: wat is er allemaal mogelijk?

Finale geschillenbeslechting is een belangrijk onderdeel van strategisch procederen door het bevoegd gezag. De bestuursrechter heeft immers een flink aantal instrumenten om besluiten waaraan een gebrek kleeft niet te hoeven vernietigen.⁴⁰ Daarmee kan er sneller een onherroepelijk besluit worden verkregen.

De eerste, en minst ingrijpende, mogelijkheid is de mogelijkheid die artikel 6:22 Awb⁴¹ biedt, op grond waarvan het mogelijk is de schending van ‘een geschreven of ongeschreven rechtsregel of algemeen rechtsbeginsel’ te passeren als ‘aannemelijk is dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld’.⁴² Ondanks de schending van een voor-

⁴⁰ Er is natuurlijk al oneindig veel geschreven over de finale geschillenbeslechting. Ik bespreek de instrumenten daarom kort en probeer daarbij zo veel mogelijk in te gaan op hoe het bevoegd gezag deze instrumenten kan inzetten in het kader van strategisch procederen.

⁴¹ Per 1 januari 2013 is art. 6:22 Awb verruimd. Zie Kamerstukken II 2009/10, 32450, 3. Voorloper van dit huidige art. 6:22 Awb is een beperktere versie van dit artikel. Op grond van de oude versie konden uitsluitend schendingen van vormvoorschriften worden gepasseerd, tegenover iedere schending van een geschreven of ongeschreven rechtsregel nu. Bovendien moest in de oude situatie ‘gebleken zijn’ dat er geen belanghebbenden waren benadeeld. Nu is het voldoende dat dit aannemelijk is. En dat is nu nog het enige toetsingscriterium, nu immers iedere geschonden regel onder het toepassingsbereik van art. 6:22 Awb valt. Het nieuwe art. 6:22 Awb komt overeen met art. 1.5 Chw. Dit artikel was uitsluitend van toepassing op procedures waarop ook de Chw van toepassing was en is vervallen met de inwerkingtreding van het nieuwe art. 6:22 Awb.

⁴² Er moet weliswaar alleen nog getoetst worden of het aannemelijk is dat belanghebbenden zijn benadeeld, nu geen beperking meer geldt in het type voorschrift, toch blijft de aard van het geschonden voorschrift wel van belang. Bij schending van materiële voorschriften zal immers nu eenmaal sneller iemand zijn benadeeld.

schrift blijft het besluit in stand.⁴³ En dat scheelt tijd én geld. Soms moet voor toepassing van artikel 6:22 Awb wel herstel of compensatie plaatsvinden.⁴⁴ Een actieve proceshouding is dus noodzakelijk. In ieder geval moet aannemelijk zijn dat er geen belanghebbenden, en niet alleen de in beeld zijnde belanghebbenden maar alle potentiële belanghebbenden, zijn geschaad. Daarmee is toepassing van artikel 6:22 Awb bij een onjuiste publicatie van de kennisgeving als bedoeld in artikel 3:12 Awb vrijwel onmogelijk.⁴⁵ Als van een besluit niet op de juiste wijze kennis is gegeven, kan immers niet worden uitgesloten dat nog meer belanghebbenden zich gemeld zouden hebben als dat wél was gedaan.⁴⁶ Andere gebreken kunnen wel hersteld worden. Denk daarbij aan het niet ter inzage leggen van alle vereiste stukken zoals geregeld in artikel 3:11 Awb. Als (opnieuw: alle) belanghebbenden alsnog de gelegenheid hebben gehad om te reageren op een stuk, dan zijn zij niet geschaad door dit gebrek.⁴⁷ Ook de schending van een hoorplicht kan in beginsel worden gepasseerd met artikel 6:22 Awb,⁴⁸ net als het niet verlenen van een verklaring van geen bedenkingen (als vaststaat dat de raad in kan stemmen met het betreffende project).⁴⁹ Artikel 6:22 Awb kan zelfs worden toegepast als een besluit ten onrechte niet is voorbereid met de uitgebreide voorbereidingsprocedure. Daarbij weegt mee dat belanghebbenden via de bezwaarprocedure de gelegenheid hebben gekregen hun bezwaren kenbaar te maken en het besluit op gelijke wijze bekend is gemaakt als de wijze waarop dat gedaan had moeten worden als wel de uitgebreide procedure was gevolgd. Daarmee kan uitgesloten worden dat potentiële belanghebbenden op dezelfde wijze kennis hebben kunnen nemen van het besluit.⁵⁰

De bestuursrechter is niet gehouden toepassing te geven aan artikel 6:22 Awb.⁵¹ Als een gebrek zich niet leent voor toepassing daarvan, dan is een volgende mogelijkheid op grond van artikel 8:72, derde lid, onder a, van de Awb de vernietiging van het besluit met het in stand laten van de rechtsgevolgen. Dat kan als het gebrek hangende de procedure wordt hersteld door bijvoorbeeld een nog ontbrekend rap-

43 Geen vernietiging, maar het passeren van een gebrek kan wel leiden tot een veroordeling van het bevoegd gezag in de proceskosten, zie ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3532.

44 L.M. Koenraad, 'Het gebrek gepasseerd', Gst. 2015/68; E.J. Govaers, 'Het gebrek passeren of het besluit vernietigen?', NJB 2016/2220.

45 Vrijwel onmogelijk, want ABRvS 9 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1210 toont dat het niet helemaal onmogelijk is. In het geval dat er jarenlang tussen dezelfde partijen diverse procedures zijn gevoerd, mag een onjuiste kennisgeving van een ontwerpbesluit wél gepasseerd worden met art. 6:22 Awb. Daarbij was mede van belang dat van het definitieve besluit wel op de juiste wijze kennis was gegeven en daartegen geen beroep was ingesteld door andere belanghebbenden die geen zienswijze hadden ingediend.

46 Zie bijv. ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:625.

47 ABRvS 24 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2316.

48 Zie bijv. ABRvS 24 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4657; M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 958. Niet iedere schending van een hoorplicht wordt gepasseerd. Zie HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:114. De Hoge Raad achtte hierbij relevant dat partijen van mening verschilden over de waardering van feiten en de hoogte van de WOZ-waarde, en dat daarom niet gesteld kan worden dat de belanghebbende niet benadeeld is door de schending van de hoorplicht.

49 ABRvS 12 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1889.

50 ABRvS 25 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2873. Deze lijn kan uitlokken tot een strategische keuze om – als er weinig of geen weerstand wordt verwacht – de reguliere procedure te volgen. In dat geval is er immers sneller zekerheid over een besluit. En als dan toch wordt opgekomen tegen het besluit, voorkomt art. 6:22 Awb dat het besluit wordt vernietigd.

51 Kamerstukken I 2010/11, 32450, 7, p. 14.

port dat ten grondslag had moeten liggen aan het besluit, alsnog te laten opstellen en in de procedure te brengen.⁵² Dat vergt dus opnieuw een actieve houding van het bevoegd gezag, want er moet tijdig worden gehandeld om het gebrek te herstellen.⁵³ Daarnaast kan de bestuursrechter voor dit instrument kiezen als – hoewel er ex tunc wordt getoetst – ex nunc blijkt dat het gebrek is weggenomen doordat de juridische (de wet- of regelgeving is inmiddels gewijzigd⁵⁴) of feitelijke situatie (een verklaring van geen bedenkingen is alsnog verkregen⁵⁵) is gewijzigd.⁵⁶

Als een gebrek zich niet leent voor het passeren daarvan of voor het in stand laten van de rechtsgevolgen van het besluit, is er nog geen reden om de handdoek in de ring te gooien. In zo'n geval kan namelijk gebruik worden gemaakt van de mogelijkheid die artikel 8:72, derde lid, onder b, van de Awb biedt. Op grond hiervan is het mogelijk dat de bestuursrechter 'zelf in de zaak voorziet' en zijn uitspraak in de plaats laat treden van het besluit. Dit instrument stelt de bestuursrechter in staat het geschil definitief te beslechten.⁵⁷ Dat biedt mogelijkheden. Stel dat hangende de procedure duidelijk wordt dat de verbeelding van een bestemmingsplan een gebrek bevat. Een bestemming heeft een groter oppervlak gekregen dan de bedoeling is. Er is op een andere dan de beoogde locatie een bouwvlak opgenomen. Of er mist nog een onderdeel van een planregel, dat wel noodzakelijk is. Bij dit soort gebreken kan het zijn dat onaanvaardbare gevolgen voor belanghebbenden niet zijn uit te sluiten, terwijl met een aanpassing van het besluit dat wel mogelijk is. Als dit tijdig wordt ontdekt, dan kan het bevoegd gezag op papier zetten hoe de planregels moeten komen te luiden of nog een nieuwe verbeelding maken. Vervolgens kan de bestuursrechter worden verzocht om zelf in de zaak voorziend deze wijzigingen door te voeren. Als het niet aannemelijk is dat derden-belanghebbenden in hun belangen kunnen worden geschaad door deze wijzigingen, dan ziet de Afdeling doorgaans geen beletsel om aan dat verzoek tegemoet te komen.⁵⁸

Niet alle gebreken lenen zich voor het verzoek aan de bestuursrechter om zelf in de zaak te voorzien. Dat kan zijn omdat het gebrek niet tijdig wordt ontdekt en er dus onvoldoende tijd is om het verzoek om zelf in de zaak te voorzien voor te bereiden. Of een bestuursrechter ziet geen mogelijkheid om dat gebrek met de uitspraak te herstellen. Het moet immers wel vaststaan dat partijen of andere belanghebbenden er niet op achteruitgaan (in hoger beroep of bij een bestuursrechter in eerste en enige aanleg geldt dat daarna geen rechtsmiddelen meer aangewend kunnen worden tegen de uitspraak en dus ook niet tegen het nieuwe onderdeel van het

52 Zie bijv. Rb. Gelderland 28 februari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1025, waarin de verplichte toets aan de Ladder door duurzame verstedelijking na het nemen van het besluit alsnog werd uitgevoerd.

53 Schreuder-Vlasblom 2017, p. 1010-1011.

54 ABRvS 6 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1791; ABRvS 24 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:3053.

55 Rb. Gelderland 28 februari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1025.

56 Schreuder-Vlasblom 2017, p. 1007-1008; L.A. Heusden & J.J. Westland, 'Massaal finaal' (preadvies Jonge-VAR 2013, Jonge VAR-reeks 12), p. 27-33.

57 Tegelijkertijd moet echter voorkomen worden dat in de beleids- en beoordelingsvrijheid van het bestuur wordt getreden. Daarvoor moet vaststaan dat als het bevoegd gezag opnieuw het besluit zou nemen, het niet tot een andere uitkomst zou zijn gekomen dan de uitkomst van het zelf in de zaak voorzien. Heusden & Westland 2013, p. 37-44.

58 Zie bijv. ABRvS 9 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2150; ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2823.

besluit). In dat geval is er nóg een strategisch instrument om een besluit te redden, en dat is de bestuurlijke lus die in artikel 8:51a Awb is geregeld. Met de bestuurlijke lus wordt het bevoegd gezag in de gelegenheid gesteld om zelf het gebrek te herstellen. Daarmee kan sneller een herstelbesluit worden genomen dan bij een kale vernietiging. Wel dient herstel binnen een redelijke termijn mogelijk te zijn en moet er geen noodzaak zijn ‘onbekende derden’ bij de voorbereiding van het nieuwe besluit te betrekken.⁵⁹ Bij de bestuurlijke lus duurt het aanzienlijk langer – in vergelijking met de hiervoor genoemde middelen van finale geschillenbeslechting – voordat een onherroepelijk oordeel wordt verkregen. Na de uitspraak moet er immers een nieuw besluit worden genomen, waarvan partijen opnieuw iets mogen vinden en waarover in sommige gevallen ook nog een zitting wordt gehouden. Ook de bestuursrechter ziet belemmeringen voor de toepassing van een bestuurlijke lus.⁶⁰ Wellicht is dat de reden dat in de praktijk de bestuurlijke lus steeds minder vaak lijkt te worden toegepast. Er is echter een soort voorstation mogelijk, een soort ‘pre-lus’ die de bezwaren van de bestuurlijke lus kan weg nemen. Het bevoegd gezag zou voor de uitspraak al kunnen motiveren hoe het besluit aangepast zou moeten worden.⁶¹ Daarmee krijgt de bestuursrechter de kans om daarvoor in de uitspraak al een inhoudelijk oordeel te geven, zodat het besluit na de uitspraak alleen nog maar vastgesteld hoeft te worden.

Het laten aankomen op een bestuurlijke lus is niet de meest strategische zet als er iets echt niet goed zit in het besluit, omdat een lus niet altijd de aangewezen of de meest wenselijke oplossing is.⁶² Het is daarom risicovol om daarop te wachten als dat niet nodig is. Als een gebrek tijdig wordt ontdekt, dan is er nog een andere oplossing mogelijk: het nemen van een wijzigingsbesluit. Op grond van artikel 6:19 Awb maakt een wijzigingsbesluit van rechtswege onderdeel uit van de aanhangige procedure. Dat betekent dat een tijdig gesignaleerde fout kan worden rechtgezet, zonder dat het eerste besluit ingetrokken hoeft te worden en met het nieuwe besluit helemaal van voor af aan begonnen moet worden. Dat scheelt veel tijd. Daarvoor moet wel sprake zijn van een *nader* besluit, dat wil zeggen een besluit dat voldoende samenhang vertoont met het besluit dat onderwerp is van de lopende procedure. Het nadere besluit moet uitgaan van dezelfde feitelijke situatie en binnen de grondslag en het bereik van het eerste besluit blijven.⁶³ Dat is een logisch vereiste; toepassing van het artikel leidt immers tot verlies van een rechtsbeschermingsronde. Van voldoende samenhang is in ieder geval sprake als het gaat om een besluit tot intrekking, wijziging of vervanging van het andere besluit. De bestuursrechter zal artikel 6:19 Awb niet toepassen als partijen daarbij onvoldoende belang hebben. Dat is bijvoorbeeld het geval als het nieuwe besluit volledig

59 Kamerstukken II 2007/08, 31351, 6, p. 14-15; Heusden & Westland 2013, p. 49-60.

60 Schreuder-Vlasblom 2017, p. 922-923; WODC, *Evaluatie Bestuurlijke Lus Awb en internationale rechtsvergelijking*, 2014.

61 Ervan uitgaande dat het besluit zodanig aangepast moet worden dat zelf in de zaak voorzien niet een optie is, en dat de noodzaak tot het aanpassen van het besluit te laat is ontdekt om een herstelbesluit te nemen als bedoeld in art. 6:19 Awb, waarop ik hierna nader inga.

62 Als voor herstel van het gebrek bijvoorbeeld wijziging van de aanvraag is vereist, dan ligt de bestuurlijke lus niet voor de hand. In zo'n geval kan art. 8:113 lid 2 Awb nog wél een praktische uitkomst bieden en de procedure van het nieuw te nemen besluit flink bespoedigen. Zie bijv. ABRvS 25 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2904.

63 Schreuder-Vlasblom 2017, p. 778, K.J. de Graaf, 'Commentaar artikel 6:19 Awb', in: K.J. de Graaf e.a., *Commentaar Algemene wet bestuursrecht*, p. 750-756. Schreuder-Vlasblom 2017, p. 778.

tegemoetkomt aan de aanhangig zijnde beroepen. In dat geval is er immers geen procesbelang.⁶⁴ Voor wie geldt de mogelijkheid van een van rechtswege ontstaand beroep? Tot eind 2015 leek artikel 6:19 Awb uitsluitend te gelden voor de indiener(s) van het aanhangige rechtsmiddel.⁶⁵ Op 18 november 2015 komt de Afdeling daarop terug: ook aan derden-belanghebbenden moet de gelegenheid worden geboden in te gaan op het in (hoger) beroep nieuw genomen besluit.⁶⁶

Belangrijke praktische voorwaarde bij toepassing van artikel 6:19 Awb is dat er tijdig wordt gehandeld. Het nieuwe besluit moet voor de datum van de zitting zijn genomen, omdat niet alleen partijen maar ook andere belanghebbenden daar nog wat van moeten kunnen vinden. Bovendien moet het nieuwe besluit in beginsel met de wettelijk voorgeschreven procedure worden voorbereid, en dat kan dus de uitgebreide voorbereidingsprocedure zijn waarmee de nodige voorbereidingstijd is gemoeid. Dat is echter niet nodig in het geval dat alsnog wordt besloten dat een zienswijze aanleiding geeft tot aanpassing van het besluit (mits deze aanpassing naar aard en omvang niet zodanig groot is dat een wezenlijk ander besluit wordt vastgesteld), of als met het nieuwe besluit wijzigingen van ondergeschikte aard worden vastgesteld.⁶⁷ Wat betekent dat voor de te hanteren termijn? Moet dat echt zes weken zijn? Er zijn voorbeelden waarin de Afdeling die termijn voor partijen om te reageren op het nieuwe besluit heeft verkort, zodat het nieuwe besluit nog wel mee kon worden genomen in de aanhangige procedure.⁶⁸ Daarmee lijkt de Afdeling hier dus soepel mee om te willen gaan.

Artikel 6:19 Awb wordt ook toegepast als de rechtbank besluit 1 vernietigt, het bevoegd gezag in hoger beroep gaat tegen die uitspraak en hangende dat hoger beroep (in navolging van de rechtbankuitspraak) besluit 2 neemt.⁶⁹ En dat levert een strategisch instrument op. Stel nu dat de vernietiging van de rechtbank eigenlijk een terechte is en dat er dus inderdaad iets niet goed zit in het besluit, dan kan om tijd te besparen toch tegen die uitspraak in hoger beroep worden gegaan als wordt verwacht dat tegen het nieuw te nemen besluit ook weer rechtsmiddelen aangewend zullen worden. Hangende dat hoger beroep kan er gewerkt worden aan een nieuw besluit, dat nadat het genomen is van rechtswege onderdeel uitmaakt van de gestarte hogerberoepsprocedure. Daarmee hoeft het nieuwe besluit niet ook weer langs de rechtbank. Maar let op: het is niet onder alle omstandigheden mogelijk om toepassing te geven aan artikel 6:19 Awb. Als de rechtbank in beroep oordeelt dat het uitgesloten is dat het bevoegd gezag in staat zal zijn om de gebreken van het bestreden besluit te herstellen door een besluit met gelijke strekking te nemen, dan is het niet mogelijk om hangende de hogerberoepsprocedure tóch een wijzigingsbesluit te nemen.⁷⁰

64 Zie bijv. ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1306; ABRvS 18 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2165.

65 Zie bijv. ABRvS 19 april 2001, nr. 200001166/1.

66 ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3508.

67 ABRvS 7 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3112.

68 Zo gaf de Afdeling in de thans nog lopende procedure over het instemmingsbesluit over de gaswinning in Groningen een kortere termijn van vier weken om te reageren op het hangende die procedure genomen wijzigingsbesluit als bedoeld in art. 6:19 Awb.

69 Kamerstukken II 2009/10, 32450, 3, p. 34.

70 ABRvS 11 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2726.

4.3 Actieve proceshouding is ‘the key’ voor strategisch procederen

Er is dus veel mogelijk om een besluit van de vernietiging te redden. Hoewel het natuurlijk uiteindelijk de bestuursrechter is die gaat over finale geschillenbeslechting, is de bestuursrechter bij het gebruik daarvan afhankelijk van de procespartijen. Het bevoegd gezag zal dus actief mee moeten denken met oplossingen en voorstellen moeten doen om de bestuursrechter de ruimte te geven om een besluit niet te hoeven vernietigen. Een goede communicatie is daarbij van groot belang, zoals ook door mijn mede-leadadviseurs Marlies Wolfrat en Koen de Meulder wordt gesignaleerd.

De bestuursrechter heeft ‘de taak’ om zelf te onderzoeken of finale geschillenbeslechting mogelijk is.⁷¹ Het is echter van belang om als bevoegd gezag daarom gemotiveerd te verzoeken als die wens bestaat. Wat nu als de bestuursrechter daar toch van afziet? Het niet toepassen van een bestuurlijke lus of de weigering om zelf in de zaak te voorzien moet – als daarom is verzocht – gemotiveerd worden.⁷² Als bijvoorbeeld een rechtbank ten onrechte niet heeft gekozen voor een van de middelen van finale geschillenbeslechting terwijl daar wel om is verzocht, dan kan dat in hoger beroep worden rechtgezet waarbij alsnog zelf in de zaak wordt voorzien.⁷³

Een actieve communicatie met de bestuursrechter dus. Dat is echter pas mogelijk als het bevoegd gezag weet dat er een gebrek kleeft aan dat besluit. Hoe eerder een gebrek wordt gesignaleerd, des te meer is er nog mogelijk om dat gebrek te herstellen. Daarom is een actieve proceshouding, van begin tot eind, noodzakelijk. Omdat het soms lastig kan zijn niet in tunnelvisie naar een besluit te kijken, is het aan te raden om ook eens een ander te laten meekijken bij ingekomen beroepschriften. Het kan verleidelijk zijn om beroepschriften automatisch conform de beantwoording van de zienswijzen af te doen. Het is echter van belang om juist kritisch te blijven tot het einde van de procedure en niet achterover te leunen. Als dan aan het licht komt dat er herstel nodig is, dan is het zaak om snel in actie te komen en niet op te geven totdat er een einduitspraak is geweest!

71 Op grond van art. 8:41a Awb dient de bestuursrechter te onderzoeken of finale geschillenbeslechting mogelijk is. Kamerstukken II 2010/11, 32450, 8, p. 55 en 57.

72 Schreuder-Vlasblom 2017, p. 921-922 en 1039; ABRvS 21 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:109.

73 ABRvS 5 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2463; ABRvS 22 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1168.

5 Tot slot

Strategisch procederen: staat het bevoegd gezag aan het roer? Niet zozeer als het gaat om actief proefprocessen starten en rechtsvormende uitspraken ontlokken, maar des te meer als het aankomt op het ervoor zorgen dat een besluit ongeschonden de eindstreep haalt. Het bevoegd gezag kan in dat kader in de verschillende fasen die een besluit doormaakt strategisch handelen. Dat begint met de inzet op een zorgvuldige voorbereiding van een besluit. Als dat goed gebeurt, dan kunnen procedures voorkomen worden. Dat scheelt een lange tijd van onzekerheid over het lot van een besluit en bespaart veel tijd en geld. Participatie is daarbij van belang, en wint dan ook terecht steeds meer terrein in het omgevingsrecht. Door het gesprek met belanghebbenden aan te gaan kan het bevoegd gezag samen met hen op zoek gaan naar een vorm van het te nemen besluit die het minst belastend is voor hen en dus op de meeste steun kan rekenen (of op de minste weerstand). Procedures kunnen natuurlijk lang niet altijd voorkomen worden. Toch is ook dan nog deze voorfase van belang. In deze fase wordt het fundament van het besluit gelegd. Een zorgvuldig fundament, door belangen in beeld te brengen en een besluit te checken op valkuilen, voorkomt dat in een later stadium omvangrijke herstelwerkzaamheden nodig zijn om het besluit overeind te houden.

Het bevoegd gezag staat ook aan het roer als het aankomt op een strategische start van een procedure over een besluit. Een procedure hoeft niet altijd volgens het boekje te lopen, maar het bevoegd gezag beschikt over ruimte om een procedure anders in te richten. Als er tegen een besluit massaal bezwaar wordt gemaakt, dan kan voor wat betreft fiscale zaken op grond van de AWR gekozen worden voor de regeling massaal bezwaar. Daarbij wordt eerst een selectief aantal bezwaarschriften 'uitgeprocedeerd', waarna de uitkomst voor alle overige bezwaren van toepassing is. Deze mogelijkheid biedt de Awb niet, maar op grond van de Awb bestaat wel ruimte voor het toepassen van een informele variant op deze regeling, namelijk het vragen van instemming met aanhouding van de beslissing op bezwaar. Een andere strategische start van de procedure zit in de mogelijkheid van rechtstreeks beroep. Als duidelijk is dat partijen elkaar hoe dan ook nog zullen treffen bij de bestuursrechter, dan kan het lonen om de bezwaarprocedure over te slaan. Formeel gezien ligt het initiatief hiertoe bij de bezwaarmaker, maar in de praktijk wordt een rechtstreeks beroep op uitnodiging van het bevoegd gezag wel in behandeling genomen.

Een zorgvuldige voorbereiding kan niet uitsluiten dat er hangende een procedure een gebrek in het besluit wordt ontdekt. Dat betekent niet het einde voor het besluit; ook in dat geval is er veel ruimte om strategisch in te zetten op een goede afloop. Door in dat geval tijdig actie te ondernemen en door actief met de bestuursrechter te communiceren is er nog heel veel mogelijk om een besluit te redden. Er

kunnen – afhankelijk van de aard van het gebrek – in het kader van finale geschillenbeslechting verscheidene oplossingen aan de bestuursrechter worden voorgesteld. Voor sommige oplossingen is herstel van het gebrek een vereiste of moet er een voorstel voor wijziging van het besluit worden opgesteld of zelfs een nieuw besluit worden genomen: er is van alles mogelijk. Tot het moment dat een besluit daadwerkelijk is vernietigd, is er geen reden om achterover te leunen en het maar aan te laten komen op het oordeel van de bestuursrechter. Strategisch procederen vergt een actieve proceshouding en een goede communicatie met de bestuursrechter, zodat duidelijk is wat de wens is van het bevoegd gezag.

In deze drie fasen die een besluit doormaakt, vanaf het voornemen van het bevoegd gezag om een besluit te nemen tot de einduitspraak van de bestuursrechter, zijn er veel kansen voor het bevoegd gezag om strategisch te procederen. Bottomline is dat het bevoegd gezag die kansen moet grijpen. Een proactieve proceshouding is noodzakelijk om het roer niet uit handen te geven.

Proefprocessen en rechtsvorming – ook de bestuursrechter maakt strategische keuzes

Mr. M. Wolfrat en mr. K. de Meulder*

Managementsamenvatting	97
1 Inleiding	99
1.1 Partijen en de bestuursrechter weten van elkaar niet waarom ze iets doen	99
1.2 Transparantie bij proefprocessen en rechtsvorming	100
1.3 Afbakening	100
1.4 Opbouw preadvies	101
2 De strategische mogelijkheden van de bestuursrechter zijn niet onbegrensd	103
3 Proefprocessen: de regisserende bestuursrechter is afhankelijk van actieve procespartijen	105
3.1 Wat maakt een zaak geschikt als proefproces?	105
3.2 Weet de bestuursrechter wel wat er echt speelt?	106
3.3 De regiefunctie van de bestuursrechter	108
3.4 Ook procespartijen kunnen regisseren	110
3.5 De rol van buitenstaanders in een proefproces	111
4 De door de bestuursrechter in eerste aanleg geïnitieerde rechtsvormende uitspraak	115
4.1 Is rechtsvorming wel iets voor de eerste aanleg?	115
4.2 De signalering en selectie van rechtsvormende zaken	116
4.3 De behandeling van een rechtsvormende zaak	118
4.4 Vooruitblik	120

* Marlies Wolfrat en Koen de Meulder zijn rechter in de rechtbank Midden-Nederland. Zij schreven deze bijdrage op persoonlijke titel en bedanken André Verburg, Robert Jan Koopman, Nicolien van den Biggelaar en Amy Elzackers voor hun hulp bij de totstandkoming ervan.

5	Rechtsvorming in hoger beroep vraagt transparantie over afstemming	123
5.1	De rechtsvormende taak van de hogerberoepsrechter	123
5.2	De grote kamer	124
5.3	Inventarisatie van grotetekameruitspraken	125
5.4	De informele manier van rechtsvorming	127
6	Conclusie	131

Managementsamenvatting

In dit preadvies beschouwen wij het strategisch procederen vanuit de positie van de bestuursrechter. Centraal staat de vraag of de bestuursrechter met de hem ten dienste staande instrumenten voor het maken van strategische keuzes principiële procedures voldoende tot hun recht kan laten komen. Daarbij gaan wij aan de ene kant in op de bestuursrechter aan wie een proefproces ter beoordeling wordt voorgelegd en aan de andere kant op de bestuursrechter die zich geroepen voelt om een rechtsvormende uitspraak te doen. Daarbij kijken wij naar de situatie in eerste aanleg en in hoger beroep. Bij een proefproces gaat het om een principiële zaak die op initiatief van een procespartij wordt aangespannen, en bij een rechtsvormende uitspraak gaat het om de bestuursrechter die onafhankelijk van de inbreng van partijen een principiële oordeel geeft over een zaaksoverstijgende rechtsvraag.

De gereedschapskist van de bestuursrechter biedt verschillende mogelijkheden om de behandeling van een proefproces op de gewenste wijze in te richten en te sturen. Denk daarbij aan een regiezitting, versnelde behandeling of een extra schriftelijke ronde in de fase van het vooronderzoek. Het is daarbij wel van belang dat partijen de bestuursrechter – meer dan nu het geval is – vanaf het begin actief informeren dat sprake is van een proefproces en over de achterliggende redenen van de procedure. Ook procespartijen kunnen in samenspraak met de bestuursrechter regisseren. Wij constateren dat de informatievoorziening over de insteek en handelwijze van het proefproces van zowel de zijde van partijen als van de zijde van de bestuursrechter met name in eerste aanleg voor verbetering vatbaar is. Daarbij is er ook op gewezen dat de bestuursrechter – meer dan nu het geval is – in de uitspraak en de bijbehorende communicatie tot uitdrukking moet brengen dat sprake is van een proefproces. Dat maakt het voor de buitenwereld mogelijk om actiever kennis te nemen van maatschappelijke discussies.

Ondanks dat rechtsvorming meer een taak is van de hogerberoepsrechter, is onzes inziens hiervoor ook een taak weggelegd voor de bestuursrechter in eerste aanleg. Het is van belang dat partijen in een zo vroeg mogelijk stadium door de bestuursrechter erover worden geïnformeerd dat er een zaaksoverstijgende/principiële rechtsvraag speelt. Tijdige signalering van zaken waarin een zaaksoverstijgende rechtsvraag zit, is dan ook van groot belang. De bestuursrechter moet dan eerder dan nu vaak in de praktijk het geval is de regie nemen over de zaak. Ook moet kritisch worden gekeken naar de wijze waarop een (rechtsvormende) zaak wordt behandeld; een dergelijke procedure vergt meer maatwerk. De bestuursrechter heeft voldoende gereedschap in zijn kist, maar moet het dan wel gaan gebruiken. Verder is in het natraject, na de einduitspraak, de informatievoorziening door de bestuursrechter voor verbetering vatbaar.

Rechtsvorming speelt juist in hoger beroep. De drie hogerberoepscolleges met de Hoge Raad letten erop dat binnen hun eigen domeinen steeds dezelfde lijn wordt gevolgd. Over algemeen-bestuursrechtelijke onderwerpen vindt onderling afstemming plaats. Sinds 1 januari 2013 hebben de hogerberoepscolleges ook de mogelijkheid om zaken met het oog op de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling naar een grote kamer te verwijzen. Een behandeling door een grote kamer maakt voor de buitenwereld duidelijk dat het om een belangwekkende zaak gaat, waarvan het bereik groter kan zijn en ook bedoeld is te zijn dan slechts de omstandigheden en feitelikheden uit de specifieke voorliggende zaak. De mogelijkheid van afstemming tussen en binnen de hogerberoepscolleges gebeurt ook op informele wijze. Ten slotte zetten hogerberoepscolleges hun principiële uitspraken met persberichten duidelijk kenbaar ‘in de etalage’, al zouden zij in het voorkomende geval de brede toepasbaarheid van een uitspraak soms meer kunnen onderstrepen.

Ondanks de gesignaleerde verbeterpunten en mogelijke knelpunten is de bestuursrechter met de hem ten dienste staande instrumenten voor het maken van strategische keuzes in staat principiële procedures voldoende tot hun recht te laten komen. De bestuursrechter is met zijn gereedschapskist dus voldoende toegerust, al is een zaklamp voor wat extra licht (transparantie) soms wel gewenst.

I Inleiding

1.1 Partijen en de bestuursrechter weten van elkaar niet waarom ze iets doen

Het komt met enige regelmaat voor dat partijen die een procedure bij de bestuursrechter zijn gestart, na de zitting lang moeten wachten op de uitspraak in hun zaak. Standaardbrieven van de griffier met de mededeling dat de uitspraaktermijn wordt verlengd, kunnen elkaar opvolgen. Voor procespartijen is op basis daarvan niet te zeggen wat de reden van de vertraging is. Vaak is dat te wijten aan de werklast bij de rechtbanken, die helaas groot is, maar soms is het een bewuste keuze van de behandelend rechter om de zaak nog even te laten liggen. Daarvoor kunnen goede redenen zijn die specifiek met de betreffende zaak te maken hebben, bijvoorbeeld de verwachting dat een meervoudige kamer van die rechtbank of een hogerberoepsrechter op korte termijn uitspraak zal doen over een vergelijkbaar geschil. Maar zou het dan niet zorgvuldig zijn als de brief van de griffier daarvan melding maakt, zodat partijen weten waar ze aan toe zijn?¹

Ook het omgekeerde is denkbaar, namelijk dat de bestuursrechter moet gissen naar wat partijen beweegt bij het instellen van beroep of naar wat er naast de bij hem lopende procedure nog meer speelt. Het gebeurt regelmatig dat bij één rechtbank meerdere zaken aanhangig zijn die gebaseerd zijn op zeer vergelijkbare feitencomplexen of die beantwoording van dezelfde rechtsvraag oproepen. Het gevolg is dat verschillende bestuursrechters, vaak binnen één gerecht, zich bezighouden met bijvoorbeeld het alsnog toekennen van (a) een arbeidsongeschiktheidsuitkering, (b) het als gevolg daarvan herzien van een eerder verleende bijstandsuitkering, en (c) de daarmee samenhangende wijzigingen van besluiten waarbij toeslagen zijn toegekend. Het werkproces bij de rechtbanken is helaas niet ingericht op het stroomlijnen van de behandeling van dit soort samenhangende zaken, hoewel dat voor partijen meestal wel de beste oplossing van het (totaal)geschil kan bieden. Het voegt dan iets toe als partijen de bestuursrechter informeren over deze samenhang van besluiten en procedures. Zoals blijkt uit het preadvies van R. Stolk komt het nu vaak voor dat belangenorganisaties achter de schermen optreden bij een beroepsprocedure van een individuele burger. Ook dan onttrekt het zich aan de waarneming van de rechter dat er meer speelt dan alleen de kwestie zoals die uit het dossier naar voren komt.

¹ Zorgvuldigheid in de zin van een mededeling aan partijen omtrent de reden van verlenging van de uitspraaktermijn speelt ook in geval van een mogelijke overschrijding van de redelijke termijn; zie het arrest HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:252.

1.2 Transparantie bij proefprocessen en rechtsvorming

Het is dus wenselijk dat de bestuursrechter en procespartijen over en weer transparant zijn in hun communicatie als het gaat om (de redenen voor) het instellen van beroep, het inrichten van de procedures en de keuzes die daarbij gemaakt kunnen worden. Dit is nog belangrijker in zaken waarbij sprake is van principieel ingestoken beroepen of uitspraken die afwijken van de standaardstroom aan zaken. Dat is waar we ons in dit preadvies op richten. Als het gaat om principiële zaken die op initiatief van een procespartij worden aangespannen, zullen we het daarbij hebben over proefprocessen. Als het gaat om de bestuursrechter die onafhankelijk van de inbreng van partijen een principieel oordeel geeft over een zaaksoverstijgende rechtsvraag, zullen we dat een rechtsvormende uitspraak noemen.

Proefprocessen en rechtsvormende uitspraken zullen elkaar vaak overlappen, maar zeker niet altijd. Het zal vaak zo zijn dat met een proefproces ook potentieel rechtsvormende, door de bestuursrechter te behandelen vragen worden opgeworpen. Maar een bestuursrechter kan aan de andere kant ook goed onderkennen dat een zaak door procespartijen als proefproces wordt gezien, terwijl hij daar verder geen rechtsvormende taak ziet weggelegd.

1.3 Afbakening

In dit preadvies zullen wij het strategisch procederen nader beschouwen vanuit de positie van de bestuursrechter. Onze perspectieven daarbij zijn dus aan de ene kant de bestuursrechter aan wie een proefproces ter beoordeling wordt voorgelegd en aan de andere kant de bestuursrechter die zich geroepen voelt om een rechtsvormende uitspraak te doen. Uit de andere preadviezen in deze bundel blijkt dat bestuursorganen en eisende partijen strategische keuzes kunnen maken en dat ook doen, maar geldt dat ook voor de bestuursrechter?

Er valt veel over dit onderwerp te zeggen, met uiteenlopende onderliggende thema's. We hebben onze inbreng daarom willen beperken en we behandelen een aantal zaken bewust niet. Bij de bespreking van proefprocessen richten we ons op zaken die door de procespartij(en) principieel worden ingestoken en die door de bestuursrechter vervolgens ook als zodanig worden beoordeeld. Zaken die als proefproces zijn aangebracht, maar die door de bestuursrechter om wat voor reden dan ook – een evident ontvankelijkheidsprobleem bijvoorbeeld – niet als zodanig aandacht krijgen, vallen buiten onze beschouwing. Bij rechtsvormende uitspraken daarentegen kan het enerzijds zijn dat een procespartij al voor een principiële route heeft gekozen, maar anderzijds ook dat de bestuursrechter op een op standaardwijze gepresenteerde zaak principieel beslist. Bij de bespreking hierna van rechtsvormende uitspraken kan aan beide opties worden gedacht.

Verder gaan we ervan uit dat procespartijen in hun deelname aan proefprocessen de intentie hebben om daadwerkelijk een inhoudelijk principieel punt aan de bestuursrechter voor te leggen. De praktijk kent ook voorbeelden van zaken waar vraagtekens kunnen worden gezet bij het bredere doel dat partijen nastreven en waarin de bestuursrechter soms tot het oordeel komt dat misbruik van recht wordt

gemaakt, of dat nu op aangeven van de wederpartij is of op basis van het ambts-halve oordeel van de bestuursrechter. Ook die zaken zijn potentieel als proefproces of als rechtsvormend te betitelen, maar dat laten we hier eveneens buiten beschouwing.²

Tot slot vormen ook massale procedures, waarbij een groot aantal vergelijkbare zaken gelijktijdig aan de bestuursrechter wordt voorgelegd of waarbij die zaken juist afhankelijk zijn van de beslissing in één zaak, niet onze focus. Massale procedures³ kunnen bij de bestuursrechter tot allerlei processuele en praktische complicaties leiden.⁴ Voor onze bijdrage zijn massale procedures alleen interessant als daarbij het proefproces als instrument wordt ingezet of als er voor de bestuursrechter een rechtsvormend element in zit. Dat dan sprake kan zijn van een massale procedure benoemen we hierna niet meer expliciet.

1.4 Opbouw preadvies

We zullen eerst, in hoofdstuk 2, ingaan op de vraag hoe proefprocessen en rechtsvorming zich verhouden tot het Nederlandse bestuursprocesrecht, dat is ingericht op de behandeling van individuele zaken. Dat is van belang, omdat het procesrecht belemmerend kan werken bij de mogelijkheden die er zijn voor het principieel en zaaksoverstijgend behandelen van bestuursrechtelijke geschillen. Die belemmeringen zijn er zowel voor procespartijen bij een proefproces als voor de bestuursrechter die aan rechtsvorming wil doen. In hoofdstuk 3 gaan we in op proefprocessen. Daarbij gaat het om procedures die het doel hebben een uitspraak te verkrijgen die breder toepasbaar is dan in de individuele zaak zelf. We zullen bespreken aan de hand van welke instrumenten van de bestuursrechter regie kan worden gevoerd bij een proefproces. De mogelijkheden om een procedure te registreren zijn namelijk tegelijkertijd ook de instrumenten die de bestuursrechter heeft bij het maken van strategische keuzes in een proefproces. De vraag die we behandelen is hoe de bestuursrechter zijn regierol zo kan inzetten dat in samenspraak met de procespartijen en binnen de procesrechtelijke mogelijkheden de procedure zo kan worden ingericht dat het proefproces de aandacht krijgt die partijen voor ogen hebben.

Als het gaat om rechtsvorming zullen we, in hoofdstuk 4, eerst kijken naar de manier waarop de bestuursrechter daar in eerste aanleg mee omgaat. Is het wel zijn taak om aan rechtsvorming te doen, of is dat gelet op het systeem van gelaagde rechtsbescherming meer iets voor de hogerberoepsrechter? Ervan uitgaande dat bestuursrechters in eerste aanleg inderdaad aan rechtsvorming doen, kunnen we vanuit onze eigen ervaring een inkijkje geven in de wijze waarop zaken worden geselecteerd. Ook hier gaan we in op de vraag welke mogelijkheden de

2 Zie voor een voorbeeld ABRvS 22 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2311, over misbruik van recht in zaken op grond van de Wet openbaarheid van bestuur.

3 Zie L.A. van Heusden e.a., *Massale procedures* (Jonge VAR-reeks 12), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

4 Y.E. Schuurmans, 'Massale procedures in het bestuursrecht', NJB 2013/1251.

bestuursrechter heeft om het proces in een beroepszaak zo te sturen dat daarmee het kunnen doen van een rechtsvormende uitspraak zo goed mogelijk handen en voeten kan krijgen. De rol die procespartijen daarin al dan niet kunnen spelen en de transparantie die vanuit de rechtbanken wordt betracht in dat proces, spelen daarbij een belangrijke rol.

Rechtsvorming speelt ook – natuurlijk, en misschien juist – in hoger beroep. Daar gaan we in hoofdstuk 5 op in. Vanuit de elf rechtbanken komen zaken in hoger beroep – afhankelijk van het bestuursrechtelijke domein – bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS), de Centrale Raad van Beroep (CRvB) of het College van Beroep voor het bedrijfsleven (Cbb) terecht, en die drie colleges met de Hoge Raad (HR) letten erop dat binnen hun eigen domeinen steeds dezelfde lijn wordt gevolgd.⁵ Over algemeen-bestuursrechtelijke onderwerpen vindt afstemming plaats tussen de hogerberoepscolleges; de wetgever heeft op dat punt met de introductie van de grote kamer voorzien in een wettelijke basis voor rechtseenheid en rechtsvormingontwikkeling.⁶ Aan de hand van een beknopt onderzoek naar uitspraken die door grote kamers zijn gedaan proberen we inzichtelijk te maken op welke wijze de hogerberoepscolleges van dit instrument gebruikmaken en hoe dat zich verhoudt tot wat de wetgever voor ogen had. Rechtsvorming en in samenhang daarmee het bereiken van rechtseenheid vinden in hoger beroep echter, net als in eerste aanleg, ook in meer informele zin plaats en we zullen kijken naar hoe dat past binnen het systeem waarin we te maken hebben met meerdere hogerberoepscolleges.

In hoofdstuk 6 volgt een conclusie, waarin we de vraag beantwoorden of de bestuursrechter met de hem ten dienste staande instrumenten voor het maken van strategische keuzes principiële procedures voldoende tot hun recht kan laten komen.

5 Belastingzaken, die de weg via hoger beroep bij de gerechtshoven en daarna cassatie bij de HR volgen, laten we buiten beschouwing.

6 Art. 8:10a Awb.

2 De strategische mogelijkheden van de bestuursrechter zijn niet onbegrensd

Om inzicht te krijgen in de mogelijke invloed en het bereik van strategische keuzes van de bestuursrechter is het allereerst van belang om stil te staan bij de inrichting van het Nederlandse bestuursprocesrecht.

De weg van rechtsvorming in het bestuursrecht loopt via de band van een individueel besluit. Er kan immers geen bezwaar worden gemaakt en beroep worden ingesteld tegen algemeen verbindende voorschriften of beleidsregels.⁷ Personen of organisaties die een principieel punt aan de bestuursrechter willen voorleggen, zullen zich daarvoor dus tegen een besluit moeten richten dat zich ervoor leent om dat punt in een proefproces ook daadwerkelijk te bespreken. En ook de bestuursrechter is afhankelijk van aan hem ter toetsing voorgelegde besluiten bij het doen van rechtsvormende uitspraken. Een voorbeeld van die afhankelijkheid van de zaken die zich aandienen is de wijze van omgaan met bijzondere omstandigheden om af te wijken van beleid. De ABRvS deed een principiële uitspraak hierover op 26 oktober 2016⁸ en waarschijnlijk had de CRvB best de wens snel hierbij aan te sluiten, maar pas meer dan acht maanden later had hij een geschikte zaak daarvoor te pakken.⁹

De buitengrens van het individuele geschil wordt gevormd door het bestreden besluit. Zelfs als procespartijen zelf een principieel punt graag bij de behandeling willen betrekken – bijvoorbeeld in een proefproces – is dat niet mogelijk als het in beroep bestreden besluit daarvoor geen ruimte geeft. Verder wordt de omvang van het geding bepaald door de eisende partij. De gronden van beroep bepalen immers de rechtsstrijd van partijen (met als buitengrens natuurlijk het object van het bestreden besluit). De bestuursrechter mag de feiten aanvullen en moet de rechtsgronden aanvullen, maar alleen binnen deze grenzen van het bestreden besluit en de gronden van het beroep.¹⁰ De bestuursrechter moet dus op zijn handen blijven zitten als het binnen deze afgebakende grenzen niet mogelijk is om een principiële rechtsvraag bij het geding te betrekken. Strategische keuzes vallen er dan dus niet

⁷ Art. 8:3 lid 1 jo. art. 7:1 lid 1 Awb.

⁸ ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840.

⁹ CRvB 12 juli 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2560.

¹⁰ Art. 8:69 Awb.

voor de rechter te maken. De zaak kan dan via de gebruikelijke route, het standaardtraject zoals hieronder beschreven, worden afgedaan.

Ondanks dat geen bezwaar kan worden gemaakt en beroep kan worden ingesteld tegen algemeen verbindende voorschriften of beleidsregels, kan daar wel indirect tegen worden opgekomen in het kader van een beroep tegen een individueel besluit.¹¹ Voor wetten in formele zin geldt dat niet vanwege het toetsingsverbod in de Grondwet.¹² Een uitweg is er vaak wel, omdat formele wetten door de rechter wel getoetst mogen worden aan internationale verdragen.¹³ In het geval van een beroep tegen algemeen verbindende voorschriften of beleidsregels via een individueel besluit zal de bestuursrechter die regeling exceptief toetsen. Als dat betoog wegens strijd met een hogere regeling of een algemeen rechtsbeginsel slaagt, kan de bestuursrechter de wettelijke regeling onverbindend verklaren of buiten toepassing laten.¹⁴ De bestuursrechter toetst vol of de regeling in strijd is met een hoger wettelijk voorschrift, en (in de regel) terughoudend of deze in strijd is met een algemeen rechtsbeginsel.¹⁵

De vraag of het huidige systeem van rechtsbescherming tegen algemene regels niet anders kan en moet, is op dit moment onderwerp van een weer opgelaaide discussie en recentelijk nog aan de orde gesteld.¹⁶ Deze vraag laten wij in deze bijdrage onbeantwoord. Het hiervoor genoemde geldende kader nemen wij dan ook als uitgangspunt. Dit geeft meteen een afbakening van de mogelijkheden die de bestuursrechter heeft bij het maken van bepaalde keuzes in het proces van een aan hem voorgelegde zaak.

11 Zie bijv. ABRvS 10 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4470.

12 Art. 120 Gw.

13 Art. 94 Gw.

14 De vraag of een ministeriële regeling ook onverbindend kan worden verklaard wegens strijd met het ongeschreven recht, ligt nu in hoger beroep voor bij de ABRvS. Zie persbericht ABRvS 14 juli 2017, zaaknummer 201701963/1. Daarover is een conclusie gevraagd aan staatsraad A-G Widdershoven.

15 ABRvS 6 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ3338.

16 Zie het VAR-preadvies van R.J.B. Schutgens, 'Rechtsbescherming tegen algemene regels: tijd om de Awb te voltooien', in: *Algemene regels in het bestuursrecht* (VAR-reeks 158), Den Haag: Boom juridisch 2017. Zie ook Y.E. Schuurmans, 'Rechtsbescherming tegen algemeen verbindende voorschriften: een voltooide discussie? Bespreking VAR-preadvies Rechtsbescherming tegen algemene regels: tijd om de Awb te voltooien', NTB 2017/15; preadvies van B.J. van Etekoven & A.T. Marseille, 'Afscheid van de klassieke procedure in het bestuursrecht?' (voor de jaarvergadering van de Nederlandse Juristen Vereniging, 9 juni 2017 te Zwolle), *Handelingen NJV*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 3.2.

3 Proefprocessen: de regisserende bestuursrechter is afhankelijk van actieve procespartijen

3.1 Wat maakt een zaak geschikt als proefproces?

Een proefproces onderscheidt zich van andere procedures bij de bestuursrechter daar waar het gaat om het doel dat iemand die een procedure start voor ogen heeft. Over het algemeen stelt iemand beroep in tegen een besluit van een bestuursorgaan om te bereiken dat voor hem tot een gunstige situatie wordt gekomen in dat specifieke geval. Die gunstiger situatie kan eruit bestaan dat alsnog een uitkering of voorziening wordt toegekend, een vergunning wordt verleend (of juist wordt geweigerd, als het over de buurman gaat), dat iemand in Nederland mag blijven en zo verder. Bij proefprocessen zoals we die in dit preadvies beschouwen, wordt beroep bij de bestuursrechter ingesteld met de intentie om ook in andere gevallen tot een gunstiger situatie te komen. Uitspraken in specifieke zaken zouden dan bijvoorbeeld kunnen leiden tot het alsnog toekennen van een reeks aan uitkeringen, tot het niet toestaan van uitbreidingen van veehouderijen in natuurgebieden, tot het toelaten van vluchtelingen van een bepaalde categorie en zo verder. Daarmee is overigens niet gezegd dat het doel van een proefproces altijd is dat de zaak die aan de bestuursrechter wordt voorgelegd ook daadwerkelijk wordt gewonnen, met een gegrondverklaring van het beroep. Achter het verliezen van een zaak kunnen evengoed bredere, strategische belangen schuilgaan, waardoor alsnog sprake kan zijn van een succesvol proefproces. Hierbij kan er bijvoorbeeld aan worden gedacht dat de deur naar de civiele rechter (verder) open kan komen te staan als eerst een bestuursrechtelijke procedure (op onderdelen) wordt verloren.¹⁷ R. Stolk besteedt daar ook aandacht aan in haar preadvies. Het is ook denkbaar dat door het verliezen van de juridische procedure bij de bestuursrechter er juist aandacht ontstaat in de media, die belangenorganisaties kunnen gebruiken om in hun lobby, buiten het juridische speelveld, hun punt maatschappelijk aan te kaarten of om bijvoorbeeld tot aanpassing van regelgeving te komen.

¹⁷ Zie bijv. de procedures over de SGP die – deels gelijktijdig – zowel bestuursrechtelijk (ABRvS 5 december 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB9493) als civielrechtelijk (HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4547) werden gevoerd.

3.2 Weet de bestuursrechter wel wat er echt speelt?

Om van toegevoegde waarde te zijn in een dergelijke brede context is een individuele zaak alleen geschikt om voor een proefproces in aanmerking te komen als de omstandigheden die aan de orde zijn gelijk zijn aan die van de andere gevallen. De zaak moet dus geschikt zijn als instrument om het zaaksoverstijgende doel te bereiken, wat vereist dat een goede selectie plaatsvindt van de zaak die uiteindelijk aan de bestuursrechter wordt voorgelegd. Daarbij zullen over het algemeen mensen betrokken zijn aan wie het besluit dat in het proefproces aan de bestuursrechter wordt voorgelegd niet direct gericht was: achter een proefproces gaan dan personen of organisaties schuil die het individuele geval adopteren om de door hen gewenste uitspraak met een brede werking te kunnen verkrijgen. Dat brengt ons tot een eerste punt waarmee de bestuursrechter zich geconfronteerd ziet als het om proefprocessen gaat: dat dit het geval is, is over het algemeen niet aan de zaak af te zien. Als alleen wordt afgegaan op de wijze waarop geschillen door partijen aan de bestuursrechter worden gepresenteerd, is namelijk meestal niet in te schatten of er meer speelt dan enkel de vraag of een besluit van een bestuursorgaan in stand kan blijven en wat de (rechts)gevolgen daarvan zijn voor degene die beroep instelt of voor diegenen die achter die procedure schuilgaan.

Er zijn maar weinig voorbeelden van uitspraken in het bestuursrecht te vinden waarbij duidelijk is dat het om een proefproces ging.¹⁸ Door de rechtbanken wordt naar buiten toe maar zelden met zoveel woorden gezegd dat sprake is van een proefproces.¹⁹ Een recent voorbeeld is te vinden in een zaak waarin verzekeraar Achmea beroep instelde nadat het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) achteraf een fors bedrag aan uitgekeerde arbeidsongeschiktheidsuitkeringen verhaalde op een werkgever. De werkgever droeg zelf (in plaats van het UWV) het risico van arbeidsongeschiktheid van werknemers en had dit vervolgens verzekerd bij Achmea. De discussie ging over de belanghebbendheid van Achmea, die erop wees dat zij de verzekeringspremies voor de werkgever jarenlang te laag had vastgesteld omdat het UWV de betaalde uitkeringen pas veel later op de werkgever als eigenrisicodragers verhaalde. Begrijpelijk dat Achmea dit proefproces begon als wordt bedacht dat het aannemen van belanghebbendheid voor Achmea gevolgen kan hebben voor een reeks van zaken waarin zij achteraf wordt geconfronteerd met claims op de verzekering, zonder dat de premie daar op aangepast was. In de samenvatting op rechtspraak.nl wordt de zaak specifiek als proefproces omschreven.²⁰ Kennelijk werd hier uit de stukken of op de zitting duidelijk dat Achmea deze zaak als proefproces voerde.

Zolang de initiatiefnemer van een proefproces niet aan de behandelend bestuursrechter meldt wat de insteek van die procedure is, zal de rechtbank dat niet (meteen) weten. Wel is het zo dat een verzoek om rechtstreeks beroep voor de bestuursrechter een aanwijzing kan zijn dat het gaat om een principiële zaak en mogelijk

¹⁸ Uitzondering hierop vormt het belastingrecht. Op een bepaald deelgebied is de proefprocedure zelfs wettelijk geregeld; zie art. 33 AWR.

¹⁹ Y.E. Schuurmans & R. Stolk, 'Het proefproces als collectieve actie', NTB 2017/2.

²⁰ Rb. Midden-Nederland 19 oktober 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:7373.

een proefprocedure.²¹ In het kader van de vanaf 2010 door en bij de rechtbanken ingevoerde Nieuwe Zaaksbehandeling – die we inmiddels toch niet meer nieuw hoeven te noemen – zal de bestuursrechter echter doorgaans zelf actief op zoek gaan naar het daadwerkelijke geschil achter een beroepsprocedure. Uit onderzoek naar de toepassing van de Nieuwe Zaaksbehandeling blijkt in ieder geval dat de bestuursrechter zijn taak tegenwoordig breder opvat dan het louter toetsen van besluiten op rechtmatigheid.²² Hoewel je nooit zeker weet of er in een zaak meer speelt dan wat aan de rechter wordt voorgehouden, is ook onze ervaring met de Nieuwe Zaaksbehandeling dat aan de hand van het gesprek op de zitting het achterliggende geschil en de beweegredenen van partijen meestal naar voren komen. Een regiezitting vroeg in de procedure kan hierbij helpen; hier komen we later op terug. Wij denken in ieder geval dat over het algemeen verwacht mag worden dat als procespartijen een doel hebben dat verder strekt dan enkel het voorleggen van een individuele zaak, dit vroeg of laat ook op tafel komt in de procedure bij de bestuursrechter. Door dit niet zelf aan te kaarten stellen procespartijen zich echter – naar onze mening ten onrechte – wel afhankelijk en afwachtend op. Partijen zullen niet voor niets ervoor kiezen om een proefproces te starten en zij zullen daarbij ook ideeën hebben over hoe de procedure het beste kan worden vormgegeven, zodat uiteindelijk een uitspraak wordt gedaan zoals zij die voor ogen hadden: principieel en zaakoverstijgend. Om dat te bewerkstelligen is het van belang om niet te wachten tot de bestuursrechter zelf signalen opvangt over de achterliggende redenen van de procedure, maar om hem vanaf het begin actief daarover te informeren. De bestuursrechter voert de regie over de procedure, maar hij doet dat in samenspraak met partijen en met het doel van een evenwichtige procedurele rechtvaardigheid. Om dat te kunnen bereiken is het essentieel om van partijen alle informatie te ontvangen die daarvoor van belang is, ook als dat verder gaat dan de zuiver juridische geschilpunten. Onze oproep aan procespartijen is dan ook om direct met de bestuursrechter te delen dat voor een proefproces is gekozen, waarom de specifieke zaak daarvoor is uitgezocht en wat het grotere belang is dat met de procedure wordt nagestreefd. Hier zou men tegen in kunnen brengen dat partijen zich daarmee in de vingers snijden omdat de bestuursrechter hen dan kan tegenwerpen dat zij in strijd met ons procesrechtelijke systeem van individuele rechtsbescherming iets groters willen voorleggen. Zoals uit het preadvies van R. Stolk blijkt, lijken de eisen die in dat kader door bestuursrechters aan belangenorganisaties worden gesteld niet (meer) zo streng te zijn en is de eis van het hebben van een bovenindividueel belang meer en meer losgelaten. In lijn daarmee is onze indruk dat er niet veel te verliezen valt door naar de bestuursrechter toe open te zijn over wat men met een proefproces beoogt. Dit terwijl partijen – zoals wij in deze bijdrage betogen – door die openheid juist meer de touwtjes in handen kunnen krijgen, in samenspraak met de bestuursrechter. De bestuursrechter moet op zijn beurt vervolgens dan ook meer dan nu het geval is in de uitspraak en de bijbehorende communicatie tot uitdrukking brengen dat sprake is van een proefproces. Dat maakt het voor de buitenwereld mogelijk om actiever kennis te nemen van maatschappelijke discussies die aan de bestuursrechter worden voorgelegd, en het

21 Art. 7:1a Awb.

22 A.T. Marseille e.a., *De praktijk van de Nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht*, Den Haag: Ministerie van BZK 2015.

wordt daardoor gemakkelijker om, bijvoorbeeld via de publicatie van uitspraken, een beeld te krijgen van de invloed van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming in zo'n maatschappelijke discussie. De Achmea-zaak is daar nu de speld in de hooiberg.

3.3 De regiefunctie van de bestuursrechter

Om gedetailleerder in te kunnen gaan op de mogelijkheden die partijen hebben om invloed uit te oefenen op 'hun' proefproces is het goed om eerst stil te staan bij de regiefunctie van de bestuursrechter zelf. Dit is al langer een belangrijk thema voor met name de rechtbanken. De gezamenlijke vaststelling door de bestuursrechters van professionele standaarden laat dat goed zien.²³ Hoewel inmiddels een uitbreiding van deze standaarden op andere thema's in voorbereiding is, richten de huidige standaarden zich helemaal op het uitgangspunt dat de bestuursrechter voor, tijdens en na afloop van de zitting verantwoordelijk is voor de voortgang en de afdoening van een aan hem toebedeelde zaak en voor de contacten met partijen. Ook in het programma 'Kwaliteit en Innovatie rechtspraak' (KEI) en de bijbehorende wetgeving wordt – naast de digitalisering van de rechtspraak – de wens om de regiefunctie van de rechter te versterken steeds als belangrijke reden gezien om het civiele en (in geringere mate) het bestuursprocesrecht te moderniseren.²⁴ Voor het bestuursrecht is dit overigens niet nieuw, omdat regievoering ook al een van de belangrijke pijlers van de Nieuwe Zaaksbehandeling is.²⁵ Daarnaast heeft de bestuursrechter met de in 2010 in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) opgenomen mogelijkheid om een gebrek in een besluit via een tussenuitspraak terug te leggen bij het bestuursorgaan, ook meer wettelijk gereedschap om actief te sturen in een procedure.²⁶ Uitgangspunt is hierbij steeds het streven naar finaliteit in de geschillenbeslechting. Ook dat was al zo bij de Nieuwe Zaaksbehandeling, maar dit uitgangspunt is daarna ook in het procesrecht vastgelegd als opdracht aan de bestuursrechter.²⁷ Deze bepaling is in de Awb opgenomen tussen die over het griffierecht en de artikelen over het vooronderzoek. De wetgever wilde hiermee tot uitdrukking brengen dat de bepaling dat de bestuursrechter het geschil zo mogelijk finaal beslecht, een leidraad geeft voor het handelen van de bestuursrechter vanaf het moment dat hij de zaak in behandeling neemt.²⁸ Er is zo dus een centraal wetsartikel gekomen voor de regievoering door de bestuursrechter.

Nauw hieraan verbonden is de mogelijkheid voor de bestuursrechter om een regiezitting te houden in zaken die zich daarvoor lenen. Die mogelijkheid werd al genoemd bij de invoering van de Nieuwe Zaaksbehandeling.²⁹ Dit werd later ge-

23 Professionele standaarden bestuursrecht, vastgesteld door het Landelijk Overleg Vakinhoud Bestuursrecht (LOVB) op 20 april 2016.

24 Wet 13 juli 2016 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht. De wijzigingen in het bestuursprocesrecht zijn op 12 juni 2017 in werking getreden.

25 Marseille e.a. 2015.

26 Art. 8:51a e.v. en art. 8:80a e.v. Awb, ingevoerd bij de Wet bestuurlijke lus per 1 januari 2010.

27 Art. 8:41a Awb, ingevoerd bij de Wet aanpassing bestuursprocesrecht per 1 januari 2013.

28 Kamerstukken II 2010/11, 32450, 8H, p. 58.

29 Marseille e.a. 2015.

volgd door de wetgever, die bij het invoeren van de bepaling over finale geschillenbeslechting van de bestuursrechter mede in gedachte had dat het houden van een regiezitting in een vroeg stadium van de procedure ‘de sleutel tot succes’ is bij de op finale geschillenbeslechting gerichte bestuursrechtspraak.³⁰ Een regiezitting is overigens geen wettelijke term, maar het procesrecht geeft de bestuursrechter genoeg ruimte om de reguliere zitting als zodanig vorm te geven en om bijvoorbeeld toe te staan dat na een (eerste) regiezitting een schriftelijke ronde volgt waarin nog aanvullende gronden worden toegestaan. Dit wordt ook erkend in de rechtspraak van de ABRvS.³¹ Een regiezitting zien wij als zitting waarop de rechtbank met procespartijen zaken bespreekt die nog moeten gebeuren voordat aan een daadwerkelijke inhoudelijke behandeling toe wordt gekomen. Te denken valt onder meer aan de vraag of de mogelijkheid moet worden gegeven tot het uitbrengen van een contra-expertise en welke getuigen en deskundigen moeten worden gehoord.³² Het ontbreken van een vastomlijnde definitie van de regiezitting betekent wel dat er duidelijkheid moet zijn over wat daaronder in een specifieke procedure wordt verstaan. De bestuursrechter zal partijen daarover goed moeten informeren.

Een andere regiemogelijkheid die de bestuursrechter heeft, is die van de versnelde behandeling. Onder de voorwaarde dat sprake is van spoedeisendheid kan daartoe worden besloten, waarna vooral een aantal termijnen kan worden verkort.³³ Zo kan worden bepaald dat het griffierecht sneller moet worden betaald of dat het bestuursorgaan de stukken sneller moet opsturen. Het is goed denkbaar dat bepaalde proefprocessen inderdaad als spoedeisend kunnen worden aangemerkt, bijvoorbeeld omdat er financiële belangen spelen. Daarbij merken wij wel op dat de spoedeisendheid moet spelen in de specifieke voorgelegde zaak. Dat er zaakoverstijgende belangen spelen waarvoor een spoedig rechterlijk oordeel (ook) vereist is, is niet voldoende.

Ten slotte willen we wijzen op de mogelijkheid die de bestuursrechter heeft om in de fase van het vooronderzoek, voor de zitting, partijen een extra schriftelijke ronde te bieden na het beroepschrift en het verweerschrift.³⁴ Deze mogelijkheid tot het voeren van repliek en dupliek wordt in de praktijk vrijwel alleen in belastingzaken gebruikt, maar kan bijdragen aan de gewenste regie in zaken die zich daarvoor lenen. Het is dan wel noodzakelijk dat de discussie ook echt wordt gevoerd op de punten die voor het debat relevant zijn. Zonder goede afspraken daarover of sturing van de bestuursrechter zal een extra schriftelijke ronde in de praktijk namelijk al snel ontaarden in het over en weer herhalen en reageren. Ook hier kan een regiezitting het uitgelezen moment zijn om met elkaar te bespreken op welke punten een nadere schriftelijke reactie nog kan bijdragen.

De gereedschapskist van de bestuursrechter biedt dus verschillende mogelijkheden om de behandeling van een proefproces op de gewenste wijze in te rich-

30 Kamerstukken II 2010/11, 32450, 8H, p. 58.

31 ABRvS 11 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW1574.

32 Van Ettehoven & Marseille 2017.

33 Art. 8:52 Awb.

34 Art. 8:43 lid 1 Awb.

ten en te sturen. Daarbij is het goed om op te merken dat het bestuursprocesrecht redelijk ruim is geformuleerd en dat er ook veel niet in de Awb staat. Dat biedt partijen en de bestuursrechter, zo is onze ervaring, de kans om creatief te zijn in de inrichting van een procedure. Afgezien van de gebruikelijke wegen staat het procesrecht er over het algemeen niet aan in de weg om extra processtapjes in te bouwen, om partijen uit te nodigen ergens nader hun licht op te laten schijnen, om zittingen thematisch in te richten, enzovoort. Dit gebeurt in de praktijk ook regelmatig. Als een en ander in afstemming gebeurt is er, kortom, veel mogelijk.

Uit het voorgaande wordt duidelijk dat regievoering in het kader van de beoogde finale geschillenbeslechting een belangrijk uitgangspunt is voor de bestuursrechter en dat hij daarvoor nu al de nodige instrumenten heeft. De bestuursrechter heeft dus de ruimte om de procesvoering in een individuele zaak af te stemmen op de omstandigheden en dat zo vorm te geven dat het is toegespitst op wat die zaak nodig heeft. De KEI-wetgeving maakt vooral de praktische inrichting van regievoering makkelijker, omdat het voorschrijft dat communicatie met de (griffier van de) rechtbank in een procedure voortaan (als hoofdregel) langs elektronische weg verloopt.³⁵ KEI voorziet als uitwerking daarvan onder andere in de ontwikkeling van het webportaal ‘Mijn Rechtspraak’, als onderdeel van rechtspraak.nl.

3.4 Ook procespartijen kunnen regisseren

Terug naar de procespartijen in een proefproces. De hiervoor geschetste ontwikkelingen zijn interessant voor hen als het gaat om het maken van strategische keuzes over de procesvoering bij proefprocessen. L. van der Meulen gaat in haar preadvies ook in op de strategische keuzes die het bestuursorgaan kan maken. Door zich op het juiste moment actief tot de behandelend bestuursrechter te wenden kan, zoals gezegd, invloed worden uitgeoefend op de manier waarop de zaak zal worden behandeld. Juist bij een proefproces is dat belangrijk. In de toelichting op het KEI-wetsvoorstel wordt daarover opgemerkt dat procedures door regievoering beter kunnen aansluiten bij de behoeften in een specifieke zaak. De rechter kan partijen betrekken bij zijn besluitvorming over welke proceshandeling door partijen verricht kan worden en op welk moment.³⁶ Dit kan allemaal nu ook al, maar de communicatie via ‘Mijn Rechtspraak’ maakt het wel gemakkelijker voor een procespartij om een verzoek bij de rechter neer te leggen als de bestuursrechtspraak helemaal is gedigitaliseerd. Dat betekent echter niet dat alle digitale stukken meteen bij de rechter zullen belanden. Ook nu al is het zo dat bestuursrechters in eerste aanleg een procedure kennen die aanvankelijk in hoge mate ‘administratief’ is, waarbij er in beginsel pas in een betrekkelijk laat stadium een juridisch medewerker en een rechter naar kijken. Dat zal ook onder KEI niet zomaar veranderen. In lijn met onze oproep hiervoor is onze praktische tip dan ook om regieverzoeken die partijen willen doen niet op de laatste pagina van het (al dan niet digitale) beroepschrift op te nemen, want dan wordt het niet of te laat onderkend. Stuur een aparte brief of digitaal verzoek, waarin kort uiteen wordt

³⁵ Art. 8:36a (van partijen naar de rechter) en art. 8:36g (van de rechter naar partijen) Awb.

³⁶ Kamerstukken II 2014/15, 3435I, 3, p. 27-28.

gezet dat sprake is van een proefproces en om welke procedurele regiestappen dat vraagt. Het is vervolgens zaak voor de bestuursrechter om dit in een vroeg stadium de aandacht te geven die zo'n verzoek verdient.

Het proefproces van Achmea kan het voorgaande illustreren. Het is voorstelbaar dat Achmea direct na het instellen van het beroep zich al tot de rechtbank wendt met een uitleg over de achtergrond van de procedure en over het belang daarvan. Na de verdere invoering van KEI kan dat digitaal nog gemakkelijker. Het is denkbaar dat er gelijktijdig meerdere vergelijkbare zaken spelen: misschien bij andere rechtbanken, misschien ook met andere verzekeraars als eisende partij. Wij vinden het de taak van de procespartijen om de bestuursrechter actief met dit soort informatie te voeden, als dat in het belang kan zijn voor het verloop van de zaak, maar vooral ook voor de manier waarop de zaak bij de rechtbank wordt behandeld. Partijen kunnen verder zelf naar voren brengen hoe het proefproces volgens hen vorm zou moeten krijgen. In de zaak van Achmea zou dat kunnen betekenen dat zij de bestuursrechter wat meer tijd vragen om standpunten uit te wisselen, bijvoorbeeld omdat het naar aanleiding van het verweerschrift wenselijk lijkt om de bestuursrechter beter te informeren over de achtergronden en de totstandkoming van de wetgeving over de premieplicht van werkgevers ten opzichte van arbeidsongeschikte (oud-)werknemers. De bestuursrechter kan daar ook zelf om vragen door re- en dupliek toe te staan. Het zou ook kunnen dat juist een regiezitting wenselijk is, omdat daar met partijen kan worden gesproken over wat hen precies verdeeld houdt en hoe de procedure vervolgens het beste vorm kan worden gegeven. Hoewel het uiteindelijk de bestuursrechter is die beslist over de te nemen stappen, denken wij hierbij dus nadrukkelijk in termen van samenspraak tussen partijen en de bestuursrechter. Uiteindelijk zijn het de partijen zelf die de achtergronden achter een proefproces het beste kennen en die vaak ook heel bewust hebben nagedacht over de gang naar (specifiek) de bestuursrechter, het moment waarop dat gebeurt en de doelen daarachter. Juist in een proefproces zien wij kansen voor een door partijen gezamenlijk gedragen manier van procederen, in tegenstelling tot het tot de tanden toe gewapend tegenover elkaar gaan staan.

3.5 De rol van buitenstaanders in een proefproces

Dit brengt ons op een laatste punt over proefprocessen en de regiefunctie van partijen en de bestuursrechter. De Awb kent nu de mogelijkheid om derdenbelanghebbenden aan een beroepszaak deel te laten nemen, die zich vervolgens ook schriftelijk mogen uitlaten over de zaak.³⁷ Een derde-belanghebbende is bijvoorbeeld de vergunninghouder wanneer de buurman tegen die vergunning beroep instelt, of de uitkeringsgerechtigde wanneer de werkgever dat doet tegen zijn uitkering. In de literatuur is er wel voor gepleit om de kring van mogelijke deelnemers aan een procedure op te rekken en een zogenoemde *amicus curiae* in hoger beroep onder bepaalde voorwaarden mogelijk te maken. Dat zou inhouden dat een niet rechtstreeks bij een zaak betrokken partij of organisatie van de bestuurs-

³⁷ Art. 8:26 lid 1 en art. 8:43 lid 2 Awb.

rechter de gelegenheid krijgt om informatie te verschaffen. De gedachte daarachter is niet zozeer dat dan elke denkbare partij zich in het debat kan mengen, maar dat de bestuursrechter beter zicht krijgt op de bredere gevolgen die een bepaalde uitspraak mogelijk kan hebben. Het is dan dus ook aan de bestuursrechter om specifieke partijen uit te nodigen voor hun inbreng. Het gaat daarbij om gevolgen op macroniveau, waarbij bepaalde derden mogelijk een nuttige rol kunnen spelen in de voorlichting van de bestuursrechter.³⁸ Vooral bij proefprocessen en bij de hierna te bespreken rechtsvormende uitspraken kan dat van toegevoegde waarde zijn. Dat moet, ook volgens ons, dan wel beperkt blijven tot hogerberoepsprocedures, waarin een definitief oordeel wordt gegeven. Recent heeft de voorzitter van de ABRvS hier voor de eerste keer ook daadwerkelijk toepassing aan gegeven in het kader van een te verwachten uitspraak over de aard van een bestuurlijke waarschuwing. Deze zaak is naar een grote kamer verwezen en de staatsraad advocaat-generaal is om een conclusie verzocht. De voorzitter van de ABRvS geeft eenieder de mogelijkheid om te reageren op de vragen die aan de staatsraad advocaat-generaal zijn gesteld, ook anderen dan partijen die bij de zaak zijn betrokken. Reacties kunnen worden ingediend via de website van de Raad van State.³⁹ Dit is vrij bijzonder in de bestuursrechtspraak.⁴⁰

Bij procedures in eerste aanleg bij de rechtbanken ligt het betrekken van een *amicus curiae* minder voor de hand, omdat de hiervoor genoemde mogelijke bredere gevolgen dan meestal nog niet in volle omvang bekend zijn. Bovendien kunnen er dan in de verschillende rechtbanken parallelle discussies met belangenpartijen gaan lopen, waarmee de doelmatigheid en rechtseenheid onder druk komen te staan. Een *amicus curiae* is bovendien niet in het belang van een efficiënte rechtspraak in eerste aanleg. In het licht van de hiervoor besproken aard van het bestuursprocesrecht zou de *amicus curiae* daarom een uitzondering moeten blijven, voorbehouden aan bepaalde procedures bij de hogerberoepscolleges. Los hiervan biedt artikel 8:45 lid 1 Awb de bestuursrechter ook nu al de mogelijkheid om partijen en anderen te verzoeken om hem van informatie te voorzien. In dat geval gaat het wel (enkel) om het vragen aan concreet aan te wijzen personen of organisaties om bepaalde feitelijke inlichtingen. Hoewel dit wetsartikel niet is geschreven met het oog op de *amicus curiae*, biedt het daartoe wel vergelijkbare mogelijkheden.⁴¹ Ook in eerste aanleg is het, als de behandelend bestuursrechter dat in een bepaalde zaak wenselijk acht, daarom mogelijk om een derde die geen partij is in de procedure te betrekken. Juist bij principieel ingestoken proefprocedures kan dat wenselijk zijn. De CRvB heeft recent in een zaak over het recht op kinderbijslag, waarbij de Sociale Verzekeringsbank (SVB) het verwerende bestuursorgaan was, ook de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie (in de praktijk: de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND)) gehoord.⁴² Het ging in die zaak, waarbij de eiseres in

38 J.C.A. de Poorter, 'Het belang van de *amicus curiae* voor de rechtsvormende taak van de hoogste bestuursrechters. Naar een regeling van de *amicus curiae* in de Algemene wet bestuursrecht', NTB 2015/7.

39 Persbericht ABRvS 22 september 2017, zaaknummer 201607055/1.

40 In het belastingrecht is de *amicus curiae* voor prejudiciële procedures geregeld in art. 276c lid 2 en 4 AWR.

41 De Poorter 2015.

42 CRvB 1 september 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:3026.

België woonde, over de vraag hoe het besluit dat geen recht op kinderbijslag bestaat zich verhoudt tot het arrest Chavez-Vilchez.⁴³ Omdat bij Nederlandse kinderen van mensen van buiten de EU het verblijfsrecht sterk doorwerkt op dat recht op kinderbijslag, achtte de CRvB de aanwezigheid van de IND op de zitting kennelijk nuttig. Hoewel artikel 8:45 Awb alleen gaat over schriftelijke inlichtingen, heeft de CRvB dat overeenkomstig toegepast op het geven van inlichtingen ter zitting. Belangrijk ingrediënt is dat de staatssecretaris als bestuursorgaan verplicht was te voldoen aan het verzoek om inlichtingen van de bestuursrechter.

43 HvJ EU 10 mei 2017, ECLI:EU:C:2017:354.

4 De door de bestuursrechter in eerste aanleg geïnitieerde rechtsvormende uitspraak

4.1 Is rechtsvorming wel iets voor de eerste aanleg?

Zoals hiervoor al is benoemd, worden de meeste procedures door partijen gevoerd met het doel tot een gunstige uitkomst te komen in dat specifieke geval. Maar wat als bij de bestuursrechter in eerste aanleg een zaaksoverstijgende (princiële) rechtsvraag opkomt? Vaak is het bekend als een vergelijkbare zaak al in hoger beroep wordt behandeld. Dan wordt er door de bestuursrechter soms voor gekozen om de zaak te laten liggen totdat er uitspraak in hoger beroep is gedaan.⁴⁴ In de meeste gevallen is dit echter geen aantrekkelijke optie, omdat bijvoorbeeld niet duidelijk is hoe lang gewacht moet worden op een uitspraak in hoger beroep. De bestuursrechter in eerste aanleg initieert dan ook met enige regelmaat zelf een rechtsvormende uitspraak. Met het begrip rechtsvormende uitspraak bedoelen wij zoals gezegd een uitspraak die de individuele zaak overstijgt. Het gaat daarbij dan om een principiële kwestie. Hoe dit in de praktijk verloopt en hoe dat nu en in de toekomst mogelijk beter zou kunnen, bespreken wij in het navolgende.

De vraag die gesteld kan worden is of het de taak van de rechter in eerste aanleg is om rechtsvormende uitspraken te doen. Dat dit in ieder geval wel een taak is van de hogerberoepscolleges, is inmiddels algemeen geaccepteerd.⁴⁵ In aansluiting daarop vinden wij het vanzelfsprekend dat ook de bestuursrechter in eerste aanleg aan rechtsvorming doet en wij pleiten ervoor dat hij die taak nog actiever oppakt. De systematiek van rechtsbescherming in het bestuursrecht kent nu eenmaal als hoofdregel dat aan de behandeling door een hogerberoepscollege de beoordeling door de bestuursrechter in eerste aanleg voorafgaat. De Awb biedt partijen wel de optie om de bezwaarprocedure over te slaan als zij daarover overeenstemming bereiken en de zaak daarvoor geschikt is,⁴⁶ maar met de beroepsfase is dat niet mogelijk.⁴⁷ Omdat de bestuursrechter is opgedragen om te motiveren op welke

44 De situatie dat een hogerberoepscollege prejudiciële vragen stelt, wordt hierbij niet meegenomen.

45 Zie ook J.C.A. de Poorter & H.J.Th.M. van Roosmalen, 'Motivering van rechtsvormende uitspraken door de Afdeling bestuursrechtspraak', NTB 2009/30.

46 Art. 7:1a Awb.

47 Uitzondering hierop vormt het belastingrecht; zie art. art. 27ga e.v. AWR. Actueel is de discussie over de vraag of ook in de overige rechtsgebieden van het bestuursrecht niet een prejudiciële vraagprocedure zou kunnen worden ingevoerd, vergelijkbaar met de civielrechtelijke Wet

gronden zijn beslissing wordt gegeven,⁴⁸ is het inherent aan dit systeem dat ook in eerste aanleg principiële en zo nodig rechtsvormende oordelen worden gegeven als de zaak daar om vraagt. Daarbij moet uiteraard onderkend worden dat dit nog niet het eind van het liedje is, omdat nog hoger beroep mogelijk is. In zoverre heeft rechtsvorming in eerste aanleg een ander karakter dan wanneer dit gebeurt op het niveau van de hogerberoepscolleges. Een belangrijke functie van rechtsvorming in eerste aanleg is in het verlengde hiervan wel dat de bestuursrechter in hoger beroep gevoed wordt door deze oordelen: er is dan sprake van rechtsvorming ‘van onderop’ en dat komt volgens ons uiteindelijk de beslissingen in hoger beroep ten goede. Vanuit ditzelfde systeem van rechtsbescherming hoort hier vervolgens wel bij dat de hogerberoepsrechter zich in theorie geconfronteerd kan zien met elf verschillende rechtsvormende oordelen, afkomstig van de verschillende rechtbanken. Daar komen we hierna nog op terug. Rechtsvormende uitspraken worden doorgaans door een meervoudige kamer gewezen. Deze zaken onderscheiden zich immers van andere zaken doordat de bestuursrechter zelf vindt dat sprake is van een principieel punt dat uitdrukkelijk aandacht verdient. Behandeling door de meervoudige kamer is dan de aangewezen weg. Uitzondering hierop vormen zaken waarbij meervoudige behandeling vanwege de spoedeisendheid of aard van de zaak niet mogelijk is – te denken valt aan zaken over vreemdelingenbewing.

Een voorbeeld van een recente rechtsvormende uitspraak in eerste aanleg is die van de meervoudige kamer van rechtbank Midden-Nederland over de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in de zaken Korošec tegen Slovenië, Letinčić tegen Kroatië en Spycher tegen Zwitserland, over de onafhankelijkheid, onpartijdigheid en deskundigheid van de door het bestuursorgaan ingeschakelde deskundige.⁴⁹ Kort gezegd speelde de vraag hoe deze arresten over de toepassing van artikel 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) over de beginselen van ‘equality of arms’ en ‘fair proceedings’ bij de inzet van een (medisch) deskundige door het bestuursorgaan moesten worden geplaatst in de Nederlandse bestuursrechtspraktijk.

4.2 De signalering en selectie van rechtsvormende zaken

Als de betreffende zaak overstijgende rechtsvraag speelt in meerdere lopende zaken, zullen één of meer van die door de behandelend rechter(s) geselecteerde zaken door een meervoudige kamer worden behandeld. De uitspraak door de meervoudige kamer kan dan dienen als uitgangspunt voor de beantwoording van

prejudiciële vragen. Zie bijv. I. Giesen & R. Ortlep, ‘Een mogelijk succesverhaal? De prejudiciële vraagprocedure in het bestuursrecht’, *Trema* 2017/4.

48 Art. 8:77 lid 1 onder b Awb.

49 Rb. Midden-Nederland 22 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6305. Daarbij ging het om de arresten van 8 oktober 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1008JUD007721212 (*Korošec tegen Slovenië*), van 17 november 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1117DEC002627512, 26275/12 (*Spycher tegen Zwitserland*) en van 3 mei 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0503JUD000718311 (*Letinčić tegen Kroatië*). Inmiddels hebben de ABRvS en de CRvB zich ook uitgelaten over deze kwestie. Zie ABRvS 30 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1674 en CRvB 30 juni 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2226.

de vergelijkbare vraag in de overige zaken. Die kunnen dan – na partijen in die zaken gelegenheid te hebben gegeven te reageren op die uitspraak – doorgaans via een enkelvoudige kamer worden afgedaan.

De selectie van zaken voor een meervoudige behandeling, en dus ook de selectie van zaken waarin rechtsvorming een rol speelt, vindt meestal plaats zonder dat partijen daarbij worden betrokken. Dat zou wat ons betreft beter kunnen door partijen zo vroeg mogelijk erover te informeren dat de bestuursrechter heeft geconstateerd dat er een zaaksoverstijgende/principiële rechtsvraag speelt. Dat geeft procespartijen de kans om sturing te geven aan de regierol van de bestuursrechter, vergelijkbaar met wat hiervoor over proefprocessen is besproken. Een bestuursorgaan kan bovendien soms beter overzien welke zaken er lopen of in de pijplijn zitten. Vooral bij bestuursorganen die besluiten over regio-overstijgende vraagstukken behandelen, spelen er in eerste aanleg vaak vergelijkbare zaken bij verschillende rechtbanken. Denk daarbij bijvoorbeeld aan het UWV of het Centraal Bureau Rijvaardigheidsbewijzen (CBR).⁵⁰ Zij hebben hier over het algemeen beter en sneller zicht op dan wanneer de onderlinge afstemming tussen rechtbanken moet worden afgewacht. Maar ook bij regionaal bevoegde bestuursorganen is het niet ondenkbaar dat daar nuttige kennis aanwezig is over vergelijkbare procedures elders, bijvoorbeeld via de overkoepelende belangenbehartiging door de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) in zaken op gemeenteniveau of die nog in bezwaar ‘hangen’.⁵¹ Hiernaast is het bij de selectie van zaken van belang om rekening te houden met het risico dat de zaak om wat voor reden dan ook geen doorgang meer vindt. Denkbaar is dat partijen niet zitten te wachten op een rechtsvormende uitspraak en voor een andere oplossing van hun geschil kiezen. Ook in die gevallen is het daarom zaak om partijen vroeg te informeren, zodat zij het beroep desgewenst kunnen intrekken. De regiefunctie van de rechter is dus belangrijk. Het betrekken van partijen bij de hiervoor genoemde door de bestuursrechter te zetten stappen kan bijvoorbeeld met een regiezitting of door schriftelijk met partijen te communiceren (en digitaal via ‘Mijn Rechtspraak’).

Of en, zo ja, wanneer de bestuursrechter overgaat tot het doen van een rechtsvormende uitspraak hangt af van verschillende factoren. Met name tijd en menskracht zijn hierbij belangrijke factoren. Tijdige signalering van zaken waarin een zaaksoverstijgende rechtsvraag zit, is dan ook van groot belang. In sommige gevallen is bij binnenkomst van de zaak al duidelijk dat er een principiële punt speelt. Tussen bestuursrechters van de verschillende rechtbanken zijn er diverse periodieke overleggen, vaak ingestoken vanuit de diverse rechtsgebieden. Deze landelijke overleggen hebben geen formele basis, maar spelen wel een belangrijke rol bij het signaleren van principiële vraagstukken waarin rechtsvorming mogelijk aan de orde is. Het is echter niet altijd mogelijk om op het moment dat een zaak bij de rechtbank binnenkomt te onderkennen dat in die zaak een zaaksoverstijgende

⁵⁰ In het vreemdelingenrecht speelt dit formeel gezien niet, omdat in die zaken alleen de rechtbank Den Haag bevoegd is. Maar door de verdeling van die zaken over de overige rechtbanken, die dan als zittingsplaats van die rechtbank optreden, komt het er in de praktijk op neer dat ook kwesties op dit rechtsgebied op verschillende plaatsen aan de orde kunnen zijn.

⁵¹ L. van der Meulen gaat daar ook op in in haar preadvies in het kader van de strategische keuzes die gemaakt kunnen worden.

rechtsvraag zit. Soms ook simpelweg niet omdat het punt op dat moment nog niet speelt, maar pas op een later moment, bijvoorbeeld wegens rechtspraak van het EHRM, gaat spelen.

De vraag die nog op kan komen is of er ook situaties zijn waarin de bestuursrechter er bewust voor kiest om *niet* aan rechtsvorming te doen, ook al leent een zaak zich daar wel voor. De motivering van een dergelijke uitspraak is dan zodanig dat het voornamelijk van betekenis is voor het beslechten van het betreffende geschil.⁵² Het is niet ondenkbaar dat er enige vrees is om uitspraken te doen waarvan gezegd zou kunnen worden dat de rechter op de stoel van het bestuur of de wetgever is gaan zitten en dat een uitspraak in strijd is met het constitutionele principe van machtenscheiding. Een bekende civiele zaak waarop deze kritiek werd geuit, is de Urgenda-uitspraak, wat overigens een proefproces was en geen rechtsvormende uitspraak zoals wij die hier beschouwen.⁵³ Een ander recent voorbeeld op het terrein van het bestuursrecht is de uitspraak van 26 juli 2017 van de ABRvS over een islamitische scholengemeenschap in Amsterdam.⁵⁴ De ABRvS geeft in de zaak duidelijk de opdracht aan de staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap om binnen vijf dagen de betreffende financiering voor die scholengemeenschap te verstrekken. Deze uitspraak en de Urgenda-uitspraak zijn beide gevallen waarin de rechter op de stoel van het bestuur gaat zitten – en onzes inziens ook op die plek hoort – in het kader van zijn opdracht geschillen finaal te beslissen.

4.3 De behandeling van een rechtsvormende zaak

Het is nu vaak zo dat een zaak het standaardtraject doorloopt en dat tot aan de zitting geen rekening wordt gehouden met de wensen van partijen en de mogelijkheid hun zaak op een andere wijze te behandelen. De bestuursrechter moet eerder de regie nemen over de zaak.⁵⁵ In het vorige hoofdstuk is uitgebreid stilgestaan bij de regiefunctie van de rechter en de mogelijkheden die KEI biedt om de praktische inrichting van regievoering makkelijker te maken. Dit vergt echter ook van de bestuursrechter dat hij zijn werkwijze bij het behandelen van zaken deels zal moeten aanpassen. De bestuursrechter zal vaker zijn digitale werkomgeving moeten checken. De tijd die wordt besteed aan een zaak, wordt daardoor meer uitgesmeerd over een langere periode. Omdat de bestuursrechter zich steeds opnieuw zal moeten inlezen in de zaak, zal deze verandering in werkwijze vermoedelijk ook meer tijd gaan kosten. Daarnaast zal ook naar de wijze van roostering moeten worden gekeken om versnelde behandeling ook echt goed te kunnen realiseren. Het rooster zal daarvoor dus voldoende ruimte moeten bieden.

52 Zie over smal en breed motiveren o.a. G. de Groot, 'Motiveren van rechterlijke uitspraken: een evenwichtsoefening', in: G.J.M. Corstens e.a., *175 jaar Hoge Raad der Nederlanden: bijdragen aan de samenleving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

53 Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145. Zie daarover bijv. W.J.M. Voermans, 'Staat moet wél in hoger beroep gaan', *De Volkskrant*, 28 augustus 2015.

54 ABRvS 26 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1979.

55 Van Ettekovén & Marseille 2017, p. 192.

De bestuursrechter in eerste aanleg doet op dit moment (nog steeds)⁵⁶ niet veel aan zaaksdifferentiatie naar aard en de benodigde behandeling.⁵⁷ Vaak wordt het standaardtraject gevolgd. De zaken worden op een zitting van de enkelvoudige kamer gepland bij een rechter in het team waarin het betreffende rechtsgebied wordt behandeld. Een beperkt aantal zaken dat daarvoor op basis van interne criteria geschikt is, wordt op een zitting van de meervoudige kamer gepland. Er is sprake van zaaksgestuurde appointering. Voor zaken waarin een zaaksoverstijgende vraag speelt, zou probleemgestuurde appointering een goede manier zijn om de betreffende rechtsvraag goed beantwoord te krijgen en veel partijen snel te bedienen. Probleemgestuurde appointering heeft dus voordelen, maar vraagt ook tijd en organisatie (regie) in de voorfase. De huidige inrichting van de afdoening van zaken is daarop niet berekend. Differentiatie naar rechters komt niet vaak voor.⁵⁸ Welke rechter een zaak behandelt, hangt doorgaans simpelweg af van het rooster van het betreffende team. Uitgangspunt is dat iedere rechter de zaken die in zijn team voorkomen, kan behandelen. Zaakstoedeling gebeurt in beginsel dus op willekeurige basis, waarbij er binnen en buiten de rechtspraak wel gesproken wordt over een manier om hierover ook naar buiten toe transparanter te zijn.⁵⁹ In de bovengenoemde zaak die bij de Rechtbank Midden-Nederland speelde over de EHRM-rechtspraak in de zaken Korošec tegen Slovenië, Letinčić tegen Kroatië en Spycher tegen Zwitserland, is hiervan wat betreft de samenstelling van de meervoudige kamer in zoverre afgeweken dat ervoor is gekozen om rechters van de drie bestuursrechtelijke teams die deze rechtbank heeft aan de zaak toe te delen. De rechtsvraag over de betekenis van de genoemde EHRM-rechtspraak speelde namelijk in alle teams. Door een rechter uit elk team erbij te betrekken kon nog beter de impact van de uitspraak worden beoordeeld. Het ligt echter niet voor de hand dat bij een principiële, potentieel rechtsvormende zaak specifiek rechters worden gezocht die daarmee affiniteit hebben. Wij zien, kortom, in beginsel geen reden om bij rechtsvorming af te wijken van de normale wijze van zaakstoedeling, waarbij de (kennis)achtergrond van de rechter niet relevant is.

Terugkomend op de zaken die in afwachting van een andere zaak bij diezelfde rechtbank op de plank komen te liggen: zouden die partijen niet nauwer betrokken moeten worden bij de behandeling van de geselecteerde zaak waarin de principiële rechtsvraag wordt beantwoord en waarbij de uitspraak vervolgens een blauwdruk wordt voor hun eigen zaak? Onzes inziens zou dat niet de juiste insteek zijn. Zoals besproken, heeft de bestuursrechter steeds met individuele besluiten te maken en wordt de omvang van het geding door partijen (en hun belangen) bepaald. Wij achten het wel van belang dat partijen worden geïnformeerd over de reden waarom hun zaak nog niet op zitting wordt gezet en dat zij in de gelegenheid worden

56 Vergelijk al B.J. van Ettekoven, jaarrede van de voorzitter van de VAR, *Agenda voor de bestuursrechtspraak: het einde van de eenheidsworst* (VAR-reeks 130), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 7 e.v.

57 Van Ettekoven & Marseille 2017, p. 190.

58 Van Ettekoven & Marseille 2017, p. 213.

59 M.L. van Emmerik & Y.E. Schuurmans, 'Meer transparantie bij rechterlijke zaakstoedeling dringend gewenst', *NJB* 2016/593.

gesteld zich desgewenst daarover uit te laten.⁶⁰ Ook met onze hierboven geschetste terughoudendheid op dit punt is het natuurlijk altijd mogelijk dat een partij in een zaak die op de plank is gelegd dat briefje krijgt met de reden waarom dat zo is en dan in de pen klimt om te reageren. Het zal niet vaak zijn, als de rechter energie heeft gestoken in de juiste zaak om als eerste te behandelen, maar het kan natuurlijk altijd zijn dat zo'n reactie haarfijn laat zien dat de op de plank gelegde zaak zelf (ook) geschikt is om bovenop de stapel te komen en als eerste of samen met de al geselecteerde zaak te worden behandeld in de richtinggevende uitspraak. En juist om dat mogelijk te maken is dat briefje van de rechter met daarin de reden waarom een zaak op de plank is gelegd essentieel. Vervolgens, als die rechtsvormende uitspraak er is, zullen partijen doorgaans wel in de gelegenheid worden gesteld hierop te reageren, waarna met of zonder nadere zitting de andere zaken zullen worden afgedaan.

Op dit moment is er weinig tot geen actieve communicatie vanuit de rechtbanken over het eindproduct: het doen van een rechtsvormende uitspraak. Een rechtsvormende uitspraak wordt, net als iedere meervoudige uitspraak, op rechtspraak.nl gepubliceerd. Het is dan aan de oplettende volgers van het bestuursrecht om uit de stroom van publicaties een rechtsvormende uitspraak te filteren. De inhoudsindicatie op rechtspraak.nl kan hierbij behulpzaam zijn, maar onze ervaring is dat voor het opstellen daarvan vaak weinig aandacht is als de uitspraak zelf eenmaal gereed en door de rechter getekend is. Verder kan een vanuit de rechtbank geïnitieerd persbericht ervoor zorgen dat er meer aandacht is voor de publicatie van een uitspraak. Het is nu in de meeste gevallen echter zo dat persberichten vooral worden opgesteld in zaken waarin eerder al is gebleken dat er sprake was van belangstelling vanuit de media, bijvoorbeeld omdat een journalist aanwezig was op de zitting. Persberichten worden dus veelal reactief gepubliceerd. Wij vinden deze informatievoorziening voor verbetering vatbaar en de bestuursrechter zou ook in dit natraject beter zijn regiefunctie moeten oppakken. In afstemming met voorlichters van de rechtbank kan de inhoud van een rechtsvormend oordeel goed worden samengevat, waarmee vervolgens actief en gericht informatie naar buiten kan worden gebracht. De wijze waarop de hogerberoepscolleges dit al doen is hiervoor een goed voorbeeld.

4.4 Vooruitblik

Het is ook van belang om stil te staan bij de toekomst. Het 'nieuwe procederen' via KEI biedt los van de hierboven genoemde aspecten ook een systeem waarin eenvoudig kan worden gezocht naar eenzelfde soort procedures. Zaken waarin een zaaksoverstijgende vraag speelt zouden er dan in een vroeg stadium snel en eenvoudig uitgefilterd kunnen worden. De bestuursrechter kan dan goed overzien in hoeveel zaken de zaaksoverstijgende vraag speelt. Vervolgens kan dan door de bestuursrechter de juiste zaak worden geselecteerd waarin de principiële vraag wordt beantwoord. De kans dat een meer geschikte zaak 'op de plank blijft liggen'

⁶⁰ In het belastingrecht is dit ook zo bepaald voor zaken die wachten op een prejudiciële beslissing door de HR in een andere zaak: art. 27ga lid 6 AWR.

is dan zeer gering. Dit systeem komt het zaaksmanagement en de kwaliteit dus ten goede.⁶¹

Naast deze voordelen van het zoeken in het (digitale) systeem via KEI is het ook van belang kort na te gaan wat in de toekomst het gebruik van ‘predictive analytics’ ons te bieden heeft op het gebied van het strategisch procederen. Het gaat dan om het gebruik van ‘big data’ waarmee verbanden worden gevonden en voorspellingen worden gedaan. Die ontwikkeling is dichterbij dan velen van ons denken. In het preadvies van Van Ettekoven en Marseille⁶² is ook stilgestaan bij het gebruik van ‘predictive analytics’. Het ook door hen genoemde onderzoek waarbij met inzet van bepaalde technieken op het gebied van ‘artificial intelligence’ uitkomsten van klachtenprocedures bij het EHRM zijn voorspeld, is een in het oog springende ontwikkeling.⁶³ Het vervangt de rechter niet geheel (gelukkig), maar het kan juist door rechters worden ingezet in het kader van efficiëntie.

61 Van Ettekoven & Marseille 2017, p. 244.

62 Van Ettekoven & Marseille 2017, p. 238.

63 N. Aletras e.a., ‘Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective’, *PeerJ Computer Science* 2016.

5 Rechtsvorming in hoger beroep vraagt transparantie over afstemming

5.1 De rechtsvormende taak van de hogerberoepsrechter

Ervan uitgaande dat rechtbanken inderdaad een rol voor zichzelf zien weggelegd op het gebied van rechtsvorming, kunnen over een vraagstuk dat zich daarvoor leent, zoals gezegd, in theorie elf verschillende richtingen worden uitgezet in eerste aanleg. Als we er ook van uitgaan dat bij bestuursorganen en rechtszoekenden de behoefte zal bestaan om zo'n vraagstuk vervolgens in hoger beroep voor te leggen, worden de drie hogerberoepscolleges in het bestuursrecht op deze manier actief 'gevoed' met zaken waarin rechtsvorming een rol speelt. Rechtsvorming kan in hoger beroep dan het sluitstuk zijn van een al lopende discussie over de toepassing of de invulling van een vraagstuk. Dat alleen al laat de belangrijke functie zien die de hogerberoepscolleges wat dit betreft hebben. De bestuursrechter in hoger beroep heeft dan de taak om knopen door te hakken en een van de ingezette lijnen te volgen, of een eigen lijn te bepalen, om daarmee de rechtseenheid te waarborgen.

Dit kan goed worden geïllustreerd aan de hand van de rechtspraak die zich heeft ontwikkeld over de wijziging van het Dagloonbesluit werknemersverzekeringen per 1 juli 2015.⁶⁴ Deze wijziging pakte ongunstig uit voor de opbouw van het recht op een werkloosheidswetuitkering van specifieke groepen, namelijk starters op de arbeidsmarkt, herintreders en flexwerkers. Dit werd al snel duidelijk en de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid kwam op 27 november 2015 in een brief met een voorziene oplossing.⁶⁵ Toen dit in verschillende zaken aan bestuursrechters werd voorgelegd, waren in hun uitspraken in eerste aanleg twee richtingen te onderscheiden. Er waren rechtbanken die oordeelden dat de minister zich bij de wijziging bewust is geweest van de nadelige effecten ervan en dat het daarom niet aan de rechtbank is om deze ongedaan te maken.⁶⁶ Er waren ook rechtbanken die, kort gezegd, van oordeel waren dat bij de wijziging onvoldoende rekening was gehouden met onredelijke nadelige effecten en dat het besluit daarom in

64 Besluit van 9 april 2015 tot wijziging van het Dagloonbesluit werknemersverzekeringen in verband met het wijzigen van de Werkloosheidswet door de Wet werk en zekerheid, Stb. 2015, 152.

65 Kamerstukken II 2015/16, 34351, I, p. 14.

66 Rb. Midden-Nederland 10 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3164; rb. Den Haag 8 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:7564; rb. Noord-Holland 25 november 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:9584.

zoverre onverbindend was.⁶⁷ Hoewel de rechtbanken hun rechtsvormende rol hier oppakten, bleef de onzekerheid over de vraag of het nieuwe Dagloonbesluit moest worden toegepast zo nog maanden bestaan, totdat de CRvB in hoger beroep deze laatste lijn volgde.⁶⁸

5.2 De grote kamer

Naast het op deze manier in hoger beroep beslechten van rechtsvormingsdiscussies op rechtbankniveau doen de hogerberoepscolleges – natuurlijk – ook op eigen initiatief richtinggevende uitspraken. Dit is een belangrijke functie van de ABRvS, de CRvB en het CBB waar ook de wetgever oog voor heeft gehad. In tegenstelling tot de rechtbanken hebben de hogerberoepscolleges hiervoor namelijk een specifiek wettelijk instrument gekregen: met de inwerkingtreding van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht op 1 januari 2013 voorziet de Awb in het verwijzen van zaken in hoger beroep naar een grote kamer, ‘met het oog op de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling’.⁶⁹ In de verschillende wetten die de bevoegdheden van de hogerberoepscolleges regelen is gelijktijdig opgenomen dat zij grote kamers zullen vormen en dat deze uit vijf leden bestaan.⁷⁰ Meer dan dit houdt de wettelijke regeling niet in, maar de wetsgeschiedenis geeft meer informatie over de achterliggende gedachten en doelen.⁷¹

In de eerste plaats kan door verwijzing naar een grote kamer de rechtseenheid binnen een van de colleges worden bewaard. Omdat de colleges intern opgedeeld zijn in verschillende organisatorische eenheden, was het volgens de wetgever wenselijk om het mogelijk te maken dat leden uit de verschillende eenheden in een grote kamer plaatsnemen als een rechtsvraag speelt op het terrein dat de organisatorische eenheden ontstijgt. Dit komt wat opmerkelijk over, omdat onze indruk is dat de hogerberoepscolleges altijd zelf goed in staat zijn geweest om hun eigen organisatie zo vorm te geven dat daarmee wordt gewaarborgd dat naar buiten toe één lijn wordt aangehouden als dat wenselijk is bij rechtsvragen die breder spelen dan in slechts een deel van het college. Een grote kamer lijkt daarvoor niet direct noodzakelijk. Hiervoor is al uiteengezet dat ook op het niveau van de rechtbanken over het algemeen sprake is van verdeling van soorten zaken over verschillende teams, waarbij ervoor wordt gezorgd dat het wordt gesignaleerd als er kwesties zijn die de teams overstijgen. In die gevallen kan intern worden afgestemd of het wenselijk is één lijn uit te zetten en kan zo nodig een reguliere meervoudige kamer met drie leden worden gevormd met rechters uit verschillende teams, zoals het geval was bij de hiervoor door ons besproken uitspraak in eerste aanleg over de inzet van deskundigen. Voor het bewaken van de rechtseenheid binnen een college of rechtbank is zo beschouwd dus geen wettelijke voorziening nodig.

67 Rb. Oost-Brabant 17 maart 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:1181; rb. Overijssel 15 juli 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:2788.

68 CRvB 26 april 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1474, ECLI:NL:CRVB:2017:1475 en ECLI:NL:CRVB:2017:1476.

69 Art. 8.10a lid 4 Awb.

70 Art. 42 lid 1 en 2 WRvS, art. 3a Bw en art. 4a Wbbo.

71 Kamerstukken II 2009/10, 32459, 3, p. 16-17.

De andere twee gedachten die de wetgever had bij de instelling van de grote kamer spreken ons meer aan. De intrekking door de regering van het wetsvoorstel Organisatie hoogste bestuursrechtspraak⁷² heeft naar verwachting tot gevolg dat voorlopig niets zal wijzigen aan de manier waarop die organisatie nu is vormgegeven, met drie hogerberoepscolleges. Gevolg daarvan is dat het voor blijft komen dat aan de colleges gelijksoortige vragen worden voorgelegd, vooral in zaken die gaan over de toepassing van het algemene bestuurs(proces)recht. Dat maakt dat er behoefte is en zal blijven om de rechtseenheid tussen de verschillende colleges te bewaken. Elk college heeft al langer leden die ook plaatsvervanger zijn in één of twee van de andere colleges, en een verwijzing naar een grote kamer waarin een plaatsvervanger deelneemt kan bijdragen aan deze rechtseenheid. Een grote kamer met vijf leden biedt dan de mogelijkheid voor een samenstelling waarbij aan de ene kant het college dat de zaak behandelt zijn beslissingsmeerderheid van drie leden behoudt, terwijl aan de andere kant uit elk college dat de zaak niet behandelt een plaatsvervanger kan deelnemen. Een verwijzing naar een grote kamer laat in dit soort gevallen bovendien zien dat sprake is van een zaak die naar het oordeel van het betreffende college potentieel rechtsvormend is: de Awb voorziet immers alleen in verwijzing in het kader van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling. Daarmee hangt ook samen het laatste argument dat de wetgever destijds zag, namelijk dat van de transparantie. Een behandeling door een grote kamer maakt voor de buitenwereld duidelijk dat het om een belangwekkende zaak gaat, waarvan het bereik groter kan zijn en ook bedoeld is te zijn dan slechts de omstandigheden en feitelijkheden uit de specifieke voorliggende zaak. Over rechtsvorming in eerste aanleg deden wij hiervoor een oproep aan de rechtbanken om een potentieel rechtsvormende zaak actief kenbaar te maken. In hoger beroep volgt deze transparantie al rechtstreeks uit de omstandigheid dat naar een grote kamer wordt verwezen.

5.3 Inventarisatie van grotetekameruitspraken

Met behulp van de database op rechtspraak.nl is het vrij eenvoudig om te achterhalen hoeveel uitspraken er door een grote kamer zijn gedaan sinds 1 januari 2013. Op het moment van het afronden van dit preadvies – oktober 2017 – gaat het om elf uitspraken van de ABRvS, drie van de CRvB en één van het CBb. Bij het CBb is er één lopende zaak en bij de ABRvS zijn er twee lopende zaken naar de grote kamer verwezen. Hoewel dat niet is vereist, zijn de meeste uitspraken voorafgegaan door een conclusie van een lid van een van de colleges, een mogelijkheid die gelijktijdig met de introductie van de grote kamer in de Awb is opgenomen.⁷³ Zo'n conclusie is een goed instrument om de volle breedte van de voorliggende rechtsvraag te belichten en de procesdeelnemers uit te dagen om op die volle breedte in te gaan.

Als naar de inhoud van de uitspraken wordt gekeken, is te zien dat het vrijwel steeds om zaken gaat die in breder bestuursrechtelijk perspectief worden beschouwd en (ook) van belang zijn voor terreinen van het bestuursrecht waar een van de andere

⁷² Kamerstukken II 2016/17, 34389, 23.

⁷³ Art. 8:12a Awb.

colleges over gaat dan het college dat de uitspraak in een grote kamer heeft gedaan. Zo deed de ABRvS onder meer uitspraken over de redelijke termijn voor het afdoen van bestuursrechtelijke zaken, over de termijn die moet worden aangehouden voor een herzieningsverzoek, en over de bevoegdheid van de bestuursrechter in relatie tot de in de Awb opgenomen competentiegrens bij geschillen over schadevergoeding.⁷⁴ De CRvB deed uitspraken over betalingsonmacht bij de verplichting om griffierecht te kunnen voldoen,⁷⁵ en zowel het CBB als de ABRvS deed uitspraken over bestuurlijke boetes.⁷⁶ De grote kamers werden in deze zaken steeds gevormd door leden uit de verschillende colleges.⁷⁷ Bovendien wordt een door een grote kamer van het ene college gegeven oordeel in een aantal zaken later overgenomen door een van de andere colleges: het CBB en de CRvB namen bijvoorbeeld de grotetekameruitspraak van de ABRvS over de redelijke termijn over, waardoor de colleges, anders dan voorheen, nu alle op één lijn zitten op dit punt.⁷⁸ De ABRvS heeft in meerdere enkelvoudige uitspraken over de betalingsonmacht van het griffierecht duidelijk gemaakt het door de grote kamer van de CRvB daarover gegeven toetsingskader te volgen.⁷⁹ De rechtsvormende functie die de hogerberoepscolleges overstijgt komt aldus goed tot uiting in de uitspraken die door een grote kamer zijn gedaan. Op deze wijze wordt bovendien ook invulling gegeven aan de door de wetgever al gesignaleerde wenselijkheid om naar de buitenwereld transparant te zijn over de gevallen waarin de colleges aan rechtsvorming doen. De grotetekameruitspraken gaan vergezeld van een persbericht en worden over het algemeen door de juridische beroepsgroep breed gesignaleerd en van commentaar voorzien.

Hoewel grotetekameruitspraken dus bijna per definitie als rechtsvormend zijn te beschouwen, is het andersom zeker niet zo dat uitspraken van een reguliere meervoudige kamer dat niet zijn. Er zijn – ook na 1 januari 2013 – vele uitspraken waarin door een hogerberoepscollege een voor de rechtspraktijk belangrijke vraag wordt beantwoord of lijn wordt uitgezet, terwijl niet voor verwijzing naar een grote kamer wordt gekozen. Dat zijn dan meestal uitspraken zonder college-overstijgend karakter. Hoe zichtbaar dat voor de buitenwereld is, verschilt per zaak en ook de manier waarop daaraan vervolgens aandacht wordt besteed, is verschillend. De colleges maken soms wel duidelijk dat zij een uitspraak in een specifiek aan hen toebehorend domein als rechtsvormend beschouwen. Het gaat dan meestal over de interpretatie van nieuwe of gewijzigde regelgeving op dat terrein. Een voorbeeld is te vinden in de uitspraken van de CRvB in 2016 over de betekenis van de inwerking-treding van de (nieuwe) Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 (Wmo) voor het recht op door de gemeente gefinancierde huishoudelijke hulp.⁸⁰ In het bij deze uitspraken uitgebrachte persbericht spreekt de CRvB zelf van ‘richtinggevende uit-

74 ABRvS 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:188; ABRvS 28 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:308; ABRvS 2 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2081.

75 CRvB 13 februari 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:282, ECLI:NL:CRVB:2015:283 en ECLI:NL:CRVB:2015:364.

76 CBB 25 maart 2015, ECLI:NL:CBB:2015:76; ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1818 en ECLI:NL:RVS:2017:1819.

77 In een aantal gevallen maakte een raadsheer uit de HR onderdeel uit van een grote kamer.

78 CBB 23 juni 2014, ECLI:NL:CBB:2014:234; CRvB 1 oktober 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3318.

79 O.a. ABRvS 20 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1341.

80 CRvB 18 mei 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1402, ECLI:NL:CRVB:2016:1403 en ECLI:NL:CRVB:2016:1404.

spraken'.⁸¹ Ook de ABRvS laat zich niet onbetuigd met de door haar zelf benoemde 'overzichtsuitspraken', tot nu toe over het planschaderecht⁸² en over de in het omgevingsrecht bestaande ladder voor duurzame verstedelijking.⁸³ In de overzichtsuitspraken geeft de ABRvS een 'overzicht op hoofdlijnen' van haar rechtspraak op die gebieden, terwijl de betreffende in beroep voorliggende zaak geen betrekking had op al de in de overzichten behandelde onderwerpen. Hoewel dat bij uitstek als rechtsvormend, want zaaksoverstijgend, is te beschouwen, was een verwijzing naar een grote kamer hier niet aan de orde. Deze in steek van de ABRvS doet wat ons betreft echter wel de vraag rijzen waar de grens ligt bij rechtsvorming in hoger beroep. In de overzichtsuitspraken zijn kwesties van rechtseenheid niet aan de orde, omdat daarin vooral bestaande lijnen van de ABRvS worden samengevat en gebundeld. Dat is voor de rechtspraak prettig, vooral op rechtsgebieden die voor de toepassing ervan grotendeels afhankelijk zijn van de interpretatie en uitwerking van wettelijke normen door de bestuursrechter, zoals het geval is in het planschaderecht. En ook de bestuursrechter in eerste aanleg maakt dankbaar gebruik van de handige overzichtsarresten. Maar is het geven van dit soort overzichten wel een taak voor een hogerberoepscollege? Wij kunnen ons goed voorstellen dat hier toch meer een taak voor de academische wereld en voor de schrijvers van studieboeken is weggelegd. Hoe handig en toepasbaar zij ook zijn voor de praktijk, de overzichtsuitspraken zijn dan wat betreft rechtsvorming misschien een stap te ver.

Een zaak die wel de grenzen van de ABRvS overstijgt, maar die toch in een reguliere meervoudige kamer is behandeld, is die over bijzondere omstandigheden om af te wijken van beleid.⁸⁴ Deze uitspraak is in zoverre dus een vreemde eend in de bijt, waarvan het voor ons als buitenstaander voor de hand had gelegen dat een verwijzing naar een grote kamer had plaatsgevonden. We noemen haar hier toch, omdat eruit blijkt hoe zeer een grottekameruitspraak van belang is voor een brede toepassing. Hoewel de uitspraak vijftien keer werd gepubliceerd – en vaak ook werd geannoteerd – in papieren en digitale tijdschriften, gaf de rechtspraak aanvankelijk geen krimp. Bijna alleen in Opiumwetzaken – de materie waar de uitspraak over gaat – en aanverwante zaken werd een beroep op de uitspraak gedaan. De brede strekking werd dus door bestuursrechtjuristen eerst nauwelijks onderkend, en wij denken dat dat wellicht anders was geweest als wel sprake was van een grottekameruitspraak. Inmiddels heeft de CRvB, zoals hiervoor al gezegd, deze lijn van de ABRvS ook omarmd en alleen al daarom zal de implicatie nu breder worden ingezien.⁸⁵

5.4 De informele manier van rechtsvorming

De mogelijkheid van afstemming tussen de hogerberoepscolleges was dus een van de ideeën achter de introductie van de grote kamer. In zaken waarin die

81 Persbericht CRvB 18 mei 2016.

82 ABRvS 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2582.

83 ABRvS 28 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1724.

84 ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840.

85 CRvB 12 juli 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2560.

afstemming gewenst is, is deze door de wetgever geregeld weg echter niet de enige manier waarop colleges hun rechtsvormende taak oppakken. Dit gebeurt ook op informele wijze, althans op een manier waarbij dit voor de buitenstaander niet direct zichtbaar is. Dit speelde bijvoorbeeld bij de zaken over de opvang van uitgeprocedeerde asielzoekers (de ‘bed-bad-broodregeling’) over de vraag of de overheid aan een uitgeprocedeerde asielzoeker onderdak moet bieden. Als de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie daarover een beslissing neemt, is dat via de Vreemdelingenwet 2000 een vreemdelingenrechtelijke aangelegenheid, die in hoger beroep bij de ABRvS komt. Als eenzelfde verzoek in het kader van de Wmo wordt gedaan aan het college van burgemeester en wethouders van de gemeente waar de uitgeprocedeerde asielzoeker verblijft, komt de zaak in hoger beroep bij de CRvB. Op 26 november 2015 hebben beide colleges uitspraken gedaan over deze kwestie.⁸⁶ Al uit het gelijktijdig uitspraak doen en de samenstelling van de leden van de meervoudige kamer van de betreffende colleges kan worden afgeleid dat hierover afstemming heeft plaatsgevonden, maar dit volgt ook duidelijk uit de uitspraken. In de uitspraak van de CRvB is overwogen dat de ABRvS ‘bij uitspraak van heden’ in een vergelijkbaar geschil uitspraak heeft gedaan. Uit die uitspraak volgt, kort gezegd, dat door de staatssecretaris in dit soort situaties aangeboden opvang in een vrijheidsbeperkende locatie in beginsel een voorziening is die voldoende is voor de opvang van uitgeprocedeerde asielzoekers. De CRvB verwijst vervolgens naar de inhoudelijke overwegingen van de ABRvS en komt op basis daarvan tot het oordeel dat noodzaak tot opvang op grond van de Wmo ontbreekt.

Bij de hiervoor in het kader van de rechtsvorming in eerste aanleg al besproken uitspraak over de inzet van deskundigen werd in hoger beroep een stap verder gegaan met de transparantie over de rechtsvorming. Omdat medische beoordelingen in verschillende procedures een rol spelen, kan dit in hoger beroep zowel aan de orde zijn bij de ABRvS (bijvoorbeeld in vreemdelingenzaken of bij rijbewijskeuringen) als bij de CRvB (in socialezekerheidszaken). Ook hier heeft dat ertoe geleid dat beide colleges gelijktijdig, op 30 juni 2017, uitspraak hebben gedaan waarin zij over en weer naar elkaars uitspraak verwijzen.⁸⁷ In de persberichten bij en in de samenvattingen van de uitspraken werd bovendien vermeld dat de beide colleges samen een toetsingskader hebben ontwikkeld voor dit soort zaken. Daarmee is in ieder geval dus sprake van een grote mate van transparantie in de rechtsvorming die hier speelt: de buitenwereld hoeft niet uit de inhoud van de uitspraken de conclusie te trekken dat afstemming heeft plaatsgevonden, maar dit wordt nadrukkelijk naar buiten gebracht. Dat is wat ons betreft toe te juichen in het licht van wat wij hiervoor al opmerkten over de wens van de wetgever met betrekking tot de rechtsvorming. De wetgever had daarbij echter de behandeling in een grote kamer voor ogen, terwijl de bed-bad-brooduitspraken en de uitspraken over deskundigeninzet door zowel de CRvB als de ABRvS in een (reguliere) meervoudige kamer zijn gedaan. In de bed-bad-brooduitspraken is dat begrijpelijk, in het licht van hoe de colleges blijkens ons beperkte onderzoek omgaan met verwijzingen naar een grote kamer. Er was geen sprake van een oordeel over de toepassing van een bestuursrechtelijk leerstuk dat de rechtsgebieden van de beide colleges in gelijke zin

86 ECLI:NL:RVS:2015:3415 en ECLI:NL:CRVB:2015:3803.

87 CRvB 30 juni 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2226; ABRvS 30 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1674.

raakt. In die zin lag het ook voor de hand dat de ABRvS als hoogste vreemdelingenrechter zich primair uitliet, waarna de CRvB hiernaar kon verwijzen. Voor de uitspraken over de inzet van deskundigen kun je daar ook anders naar kijken, want hiervoor constateerden wij al dat de waarde van rapporten van (medische) deskundigen juist in verschillende bestuursrechtelijke gebieden aan de orde kunnen zijn. Een grottekameruitspraak door leden van de beide colleges zou wat ons betreft dan een logische keuze zijn geweest.

Maar er zitten misschien meer haken en ogen aan de hiervoor beschreven afstemming tussen meervoudige kamers van beide colleges. Hoewel die afstemming in meer of mindere mate wel transparant is, is de gekozen weg informeel van aard. Dat is een praktische oplossing, die waarschijnlijk ook door partijen werd gedragen: in de bed-bad-brooduitspraak van de CRvB wordt bijvoorbeeld vermeld dat de gemachtigde in die zaak nadrukkelijk heeft verzocht om gelijktijdige behandeling door beide colleges.⁸⁸ Deze insteek kan bij de buitenwereld echter vragen oproepen. Vooral uit de bed-bad-brooduitspraken wordt duidelijk dat de CRvB voor zijn uitspraak afhankelijk was van de inhoud van de uitspraak van de ABRvS, terwijl die uitspraak nog niet gedaan was op het moment dat men bij de CRvB aan deze uitspraak heeft gewerkt. Het kan dus niet anders dan dat beide colleges elkaar op de hoogte hebben gebracht van hun inhoudelijke afwegingen en conceptuitspraken.⁸⁹ Hierbij kan een vergelijking worden gemaakt met hoe buiten het bestuursrecht⁹⁰ in hoogste instantie afstemming plaatsvindt. De HR bespreekt alle zaken van enig juridisch belang in een raadkameroverleg van de voltallige kamer van tien raadsheren, waarna de behandelend kamer van drie of vijf raadsheren beslist over de betreffende zaak. Vanuit het oogpunt van rechtseenheid en consistentie binnen de HR is hiervoor veel te zeggen.⁹¹ Deze werkwijze leidt echter van tijd tot tijd wel tot discussie over de vraag hoe zij zich verhoudt tot het raadkamergeheim. In die discussie wordt opgeroepen een en ander van een (meer) expliciete wettelijke grondslag te voorzien,⁹² waarbij dit jaar zelfs aangifte is gedaan tegen alle raadsheren van de HR wegens schending van het raadkamergeheim.⁹³ Wij zijn er helemaal niet van overtuigd dat daarvan sprake is, maar het is niet ondenkbaar dat gelijksoortige kritiek wordt geuit op de hiervoor beschreven informele afstemming tussen de hogerberoepscolleges in het bestuursrecht. Daar gaat het bovendien niet om interne afstemming, maar om afstemming tussen de colleges, en ook de raadsheren bij de CRvB en het CBb en de staatsraden bij de ABRvS zijn aan het raadkamergeheim gebonden.⁹⁴ Afgezien van de vraag of dit soort kritiek wel of niet terecht is, kan het afbreuk doen aan het beeld van de bestuursrecht-spraak in hoger beroep. Wij kunnen ons daarom, zoals gezegd, voorstellen dat er in dit soort zaken, waarbij hogerberoepscolleges gelijktijdig uitspraak doen over

88 ECLI:NL:CRVB:2015:3803, r.o. 5.9.

89 Dit volgt ook deels uit de samenstelling van de meervoudige kamer van de betreffende colleges.

90 Met uitzondering van het belastingrecht.

91 M.W.C. Feteris, 'Geheim van de raadkamer staat niet aan collegiale afstemming in de weg', NJB 2016/1759.

92 H.J. Sniijders, 'Onafhankelijkheid en onpartijdigheid van HR-raadsheren buiten de zetel', NJB 2016/948; H.U. Jessurun d'Oliveira, 'Zaakstoedeling en het vleugellamme artikel 17 Grondwet - een oproep tot formele regelgeving', NJB 2016/1474.

93 Nieuwsbericht website NJB, 20 april 2017.

94 Art. 7 lid 3 Wet RO jo. art. 3 Bw en art. 4 Wbbo; art. 44 aanhef en onder b Wet RvS.

overlappende materie, ook goed voor de weg van verwijzing naar een grote kamer wordt gekozen. Tot slot blijft het werken aan rechtseenheid niet beperkt tot de grenzen van het bestuursrecht. In dat verband wijzen wij op de rechtspraak van de ABRvS en de HR over het alcoholslot.⁹⁵ De ABRvS verwijst in haar uitspraak naar het arrest van de HR van de dag ervoor, waarin is geoordeeld dat de samenloop van het opleggen van een alcoholslotprogramma terwijl de betrokkene voor dezelfde gedraging tevens strafrechtelijk wordt vervolgd wegens rijden onder invloed, wel degelijk problematisch is.

⁹⁵ Zie het arrest HR 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:434 en ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622.

6 Conclusie

In dit preadvies hebben wij het strategisch procederen nader beschouwd vanuit de positie van de bestuursrechter. Centraal staat de vraag of de bestuursrechter met de hem ten dienste staande instrumenten voor het maken van strategische keuzes principiële procedures voldoende tot hun recht kan laten komen. Daarbij zijn wij aan de ene kant ingegaan op de bestuursrechter aan wie een proefproces ter beoordeling wordt voorgelegd en aan de andere kant op de bestuursrechter die zich geroepen voelt om een rechtsvormende uitspraak te doen. Bij een proefproces gaat het om een principiële zaak die op initiatief van een procespartij wordt aangespannen, en bij een rechtsvormende uitspraak gaat om de bestuursrechter die onafhankelijk van de inbreng van partijen een principieel oordeel geeft over een zaak overstijgende rechtsvraag. Proefprocessen en rechtsvormende uitspraken zullen elkaar vaak overlappen, maar zeker niet altijd.

Allereerst hebben wij het kader uitgezet waarbinnen de bestuursrechter gelet op het bestuursprocesrecht opereert. De weg van rechtsvorming in het bestuursrecht loopt via de band van het individuele besluit. De strategische mogelijkheden van de bestuursrechter zijn dus niet onbegrensd.

In hoofdstuk 3 hebben wij gekeken naar proefprocessen. Deze procedures onderscheiden zich van andere procedures bij de bestuursrechter daar waar het gaat om het doel dat iemand of de achterliggende belangenorganisatie die een procedure start voor ogen heeft. De gereedschapskist van de bestuursrechter biedt verschillende mogelijkheden om de behandeling van een proefproces op de gewenste wijze in te richten en te sturen. Het is daarbij wel van belang dat partijen de bestuursrechter – meer dan nu het geval is – vanaf het begin actief informeren dat sprake is van een proefproces en over de achterliggende redenen van de procedure. Uitgangspunt daarbij is het streven naar finale geschillenbeslechting. De bestuursrechter kan regie voeren door een regiezitting te houden, op verzoek in te stemmen met versnelde behandeling of in het vooronderzoek een extra schriftelijke ronde te bieden. De bestuursrechter heeft dus de ruimte om de procesvoering in een individuele zaak af te stemmen op de omstandigheden en dat zo vorm te geven dat die is toegespitst op wat die zaak nodig heeft. Ook procespartijen kunnen in samenspraak met de bestuursrechter regisseren. Juist in een proefproces zien wij kansen voor een door partijen gezamenlijk gedragen manier van procederen. Wij constateren dat de informatievoorziening over de insteek en handelwijze van het proefproces van zowel de zijde van partijen als van de zijde van de bestuursrechter met name in eerste aanleg voor verbetering vatbaar is. Daarbij is er ook op gewezen dat de bestuursrechter – meer dan nu het geval is – in de uitspraak en de bijbehorende communicatie tot uitdrukking brengt dat sprake is van een proefproces.

Dat maakt het voor de buitenwereld mogelijk om actiever kennis te nemen van maatschappelijke discussies.

In hoofdstuk 4 hebben we gekeken naar de manier waarop de bestuursrechter in eerste aanleg omgaat met rechtsvorming, onafhankelijk van de inbreng van partijen. Ondanks dat rechtsvorming meer een taak is van de hogerberoepsrechter, is onzes inziens hiervoor ook een taak weggelegd voor de bestuursrechter in eerste aanleg. Een belangrijke functie van rechtsvorming in eerste aanleg is in het verlengde hiervan dat de bestuursrechter in hoger beroep gevoed wordt door deze oordelen. Het is van belang dat partijen in een zo vroeg mogelijk stadium door de bestuursrechter erover worden geïnformeerd dat hij heeft geconstateerd dat er een zaakoverstijgende/principiële rechtsvraag speelt. Tijdige signalering van zaken waarin een zaakoverstijgende rechtsvraag zit is dan ook van groot belang. De bestuursrechter moet dan eerder dan nu vaak in de praktijk het geval is de regie nemen over de zaak. Ook moet kritisch worden gekeken naar de wijze waarop een (rechtsvormende) zaak wordt behandeld; een dergelijke procedure vergt meer maatwerk. De bestuursrechter heeft voldoende gereedschap in zijn kist, maar moet het dan wel gaan inzetten. Verder is in het natraject, na de einduitspraak, de informatievoorziening door de bestuursrechter voor verbetering vatbaar. Te denken valt bijvoorbeeld aan het (vaker) initiëren van een persbericht over de uitspraak.

Ten slotte is stilgestaan bij rechtsvorming in hoger beroep. De drie hogerberoepscolleges met de HR letten erop dat binnen hun eigen domeinen steeds dezelfde lijn wordt gevolgd. Over algemeen-bestuursrechtelijke onderwerpen vindt onderling afstemming plaats. Sinds 1 januari 2013 hebben de hogerberoepscolleges ook de mogelijkheid om zaken met het oog op de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling naar een grote kamer te verwijzen. Een behandeling door een grote kamer maakt voor de buitenwereld duidelijk dat het om een belangwekkende zaak gaat, waarvan het bereik groter kan zijn en ook bedoeld is te zijn dan slechts de omstandigheden en feitelijkheden uit de specifieke voorliggende zaak. Hoewel grotkameruitspraken dus bijna per definitie als rechtsvormend zijn te beschouwen, is het andersom zeker niet zo dat uitspraken van een reguliere meervoudige kamer dat niet zijn. De mogelijkheid van afstemming tussen en binnen de hogerberoepscolleges vindt niet alleen plaats via grotkameruitspraken, dit gebeurt ook op informele wijze. Die afstemming is in meer of mindere mate transparant. Ten slotte zetten hogerberoepscolleges hun principiële uitspraken met persberichten duidelijk kenbaar 'in de etalage', al zouden zij in het voorkomende geval de brede toepasbaarheid van een uitspraak soms meer kunnen onderstrepen.

Ondanks de gesignaleerde verbeterpunten en mogelijke knelpunten is de bestuursrechter met de hem ten dienste staande instrumenten voor het maken van strategische keuzes in staat principiële procedures voldoende tot hun recht te laten komen. De bestuursrechter is met zijn gereedschapskist dus voldoende toegerust, al is een zaklamp voor wat extra licht (transparantie) soms wel gewenst.

Verlag van de Jonge VAR op 17 november 2017 over strategisch procederen in het bestuursrecht

Mr. J. Kennis*

Op 17 november 2017 vond de vergadering van de Jonge VAR plaats op het kantoor van De Brauw Blackstone Westbroek in Amsterdam. Tijdens deze vergadering zijn de preadviezen – met als overkoepelend thema ‘strategisch procederen’ – gepresenteerd. De preadviseurs zijn dit jaar Rowie Stolk (promovenda aan de Universiteit Leiden), Laura van der Meulen (advocaat bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn), Marlies Wolfrat (rechter rechtbank Midden-Nederland) en Koen de Meulder (rechter rechtbank Midden-Nederland). De vergadering werd voorgezeten door Nicolien van den Biggelaar, bestuurslid van de VAR. Na afloop van de vergadering werd de middag afgesloten met een borrel. Dit verslag bevat een impressie van de middag, de presentaties en de discussies als gevolg daarvan.

Welkomstwoord en introductie thema

Nicolien van den Biggelaar heet namens het VAR-bestuur de (ruim tachtig) aanwezigen welkom. De zaal bestaat – zo volgt uit een digitale stemming over de bezetting voorafgaand aan de presentaties – uit een gemêleerde samenstelling geïnteresseerden: advocaten, leden van de rechterlijke macht, belangenorganisaties, ambtenaren en ook een groot aantal studenten. Tijdens de middag wordt gestemd over een aantal stellingen die betrekking hebben op de preadviezen. De stellingen zullen ten behoeve van de leesbaarheid van dit verslag aan bod komen bij de bespreking van de preadviezen.

De legitimiteit van strategisch procederende belangenorganisaties

Rowie Stolk (promovenda aan de Universiteit Leiden) schreef een preadvies over de rol van strategisch procederende belangenorganisaties. Zij houdt samen met Merel Hendricx (jurist bij het Public Interest Litigation Project (PILP) van het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten (NJCM)) daarover een presentatie.

* Jasper Kennis is advocaat bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn.

Om een oordeel te kunnen vormen over de legitimiteit van strategisch procederen door belangenorganisaties is het zaak eerst een definitie te geven van 'strategisch procederen'. In het kader van het preadvies wordt hieronder verstaan:

'het bewust en planmatig inzetten van juridische procedures om maatschappelijke, sociale, politieke of juridische verandering proberen teweeg te brengen'.

Daarmee verschilt strategisch procederen van het 'klassieke' Awb-geschil. De belangen zijn breder dan alleen die van de formele procespartijen, en de vaak ideële procedures zijn veel meer op de toekomst gericht. Vanwege deze bovenindividuele insteek spelen belangenorganisaties bij uitstek een rol in de procedure.

Aan de hand van de casus over Afghaanse rF'ers worden verschillende aspecten van strategisch procederen besproken.¹ In deze zaak draait het om Afghaanse vluchtelingen die de zogenaamde rF-status hebben. Dat betekent dat zij geen verblijfsstatus kunnen krijgen omdat zij vermeend oorlogsmisdadiger zijn. Het NJCM en een individuele Afghaanse rF'er voerden in een civiele procedure aan dat de Staat aansprakelijk is voor onrechtmatige rechtspraak van de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State (ABRvS; hierna: de Afdeling). De Afdeling zou het Unierecht hebben geschonden door een vereiste individuele beoordeling niet toe te passen en zou bovendien ten onrechte geen prejudiciële vragen hebben gesteld aan het Hof van Justitie.

Bij een zaak als deze kunnen verschillende strategische overwegingen voor een belangenorganisatie een rol spelen. Wie gaat de procedure voeren? Dit kan gezamenlijk met een individuele partij, maar ook een belangenorganisatie zelf of een aantal belangenorganisaties in samenwerkingsverband kunnen dit doen. Wat is het doel van de procedure? Voor belangenorganisaties is een procedure vaak een middel om aandacht voor een maatschappelijk probleem te genereren, naast andere middelen als campagnes of een lobby. Het doel van de procedure is niet altijd om die te winnen, er zit vaak veel meer achter. Bij welke rechter moet de zaak terechtkomen? Bij strategische procedures tegen de overheid kan de zaak zowel bij de bestuursrechter als de civiele rechter aanhangig worden gemaakt. Vanuit het perspectief van belangenorganisaties biedt de bestuursrechter op het eerste oog diverse voordelen ten opzichte van zijn civielrechtelijke collega. Het bestuursrechtelijke proces is doorgaans sneller en goedkoper, procesvertegenwoordiging is niet verplicht en de bestuursrechter is minder lijdelijk dan de civiele rechter. Het bestuurs(proces)recht kent echter ook een aantal reële beperkingen van de mogelijkheden voor strategisch procederende belangenorganisaties, die in het preadvies worden gesignaleerd. Zo staat in een bestuursrechtelijke procedure ingevolge artikel 8:3 Algemene wet bestuursrecht (Awb) het individueel besluit centraal. Daarentegen zijn het vaak algemene regels of vaste uitvoeringspraktijken waartegen belangenorganisaties willen opkomen. Hier spelen immers individu-overstijgende vraagstukken, die veelal zijn geregeld in wet- en regelgeving of beleid. Daarnaast is het voor belangenorganisaties lastig om tegen een individueel besluit

¹ Rb. Den Haag 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11809.

op te komen, omdat zij doorgaans een parallel en geen tegengesteld belang hebben aan het procederende individu. Daarmee kwalificeren de organisaties niet als belanghebbende in de zin van artikel 1:2 lid 3 Awb. Ook heeft de bestuursrechter minder uitspraakbevoegdheden dan de civiele rechter, die bijvoorbeeld een gebod of een verbod op kan leggen.

Een bestuursrechtelijke weg ligt, gelet op de voorgaande procesrechtelijke bezwaren, voor belangenorganisaties dus minder voor de hand. De vraag is of de civiele rechter als restrechter hier uitkomst zou kunnen bieden. Hoewel artikel 3:305a Burgerlijk Wetboek (BW) – waarin het collectieve actierecht is neergelegd – op papier de mogelijkheid biedt voor belangenorganisaties om strategisch te procederen, blijkt de praktijk weerbarstiger. Op grond van vaste civielrechtelijke jurisprudentie (SCAU/Universiteiten en *Privacy First*) is het namelijk zo dat als individuele bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen een besluit openstaat, belangenorganisaties niet-ontvankelijk zijn bij de civiele rechter. Ook in de rF-zaak beriep de Staat zich op niet-ontvankelijkheid van de belangenorganisatie NJCM. De rechtbank oordeelde echter dat artikel 3:305a BW er niet aan in de weg staat dat ‘een collectieve actie een gebundeld belang kan dienen van partijen ten aanzien van wie, op grond van dezelfde overwegingen ten aanzien van voor hen gelijke feiten en omstandigheden, een rechterlijk oordeel is geveld’.²

Hoewel het ontvankelijkheidsverweer van het NJCM in het geval van de rF-zaak een ‘succes’ was, constateren de sprekers dat de hierboven geschetste ‘procesrechtelijke puzzel’ er in de praktijk toe leidt dat belangenorganisaties minder zelf gaan procederen en individuele gevallen uitzoeken om te ondersteunen. Via de informele route van het zogenoemde proefproces kan zo alsnog worden geprobeerd de rechter ertoe te bewegen de achterliggende regel of uitvoeringspraktijk te toetsen die de maatschappelijke gemoederen bezighoudt. Succes is bij een proefproces echter niet altijd gegarandeerd. Zo is de belangenbehartiger afhankelijk van de griffie bij de zaakstoedeling en -selectie, bijvoorbeeld om te zorgen dat het proefproces ook de eerste zaak is die op zitting komt. Verder kan ook de rechter een onzekere factor zijn. Hij moet bereid zijn de bovenindividuele insteek te volgen, bijvoorbeeld door in de motivering ook individu-overstijgende overwegingen op te nemen. Een belangenorganisatie kan hier invloed op uitoefenen door de rechter te informeren over haar processtrategie. Dit bergt echter het risico in zich dat de rechter zich voorzichtiger zal opstellen om niet het ‘verwijt’ te krijgen een ‘activistische rechter’ te zijn. Ten slotte zijn belangenorganisaties ook afhankelijk van het individu. De laatste moet soms wel de lange adem hebben om een proces van begin tot eind vol te houden. Daarnaast is ook niet iedere individuele burger ‘geschikt’ om mee te gaan met de principiële insteek van de zaak.

In tegenstelling tot collectieve acties, zijnde een gebundelde groep individuele belanghebbenden die ‘en collectief’ procederen, worden algemeen-belangacties in het op individuele leest geschoeide bestuurs(proces)recht doorgaans niet als legitiem beschouwd. De rechtvaardiging van collectieve acties is met name te vinden

2 Rb. Den Haag 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11809, r.o. 5.4.

in proceseconomische overwegingen: het bundelen van belangen kan voorkomen dat er een (groot) aantal individuele procedures wordt gevoerd. Algemeen-belangacties doen zich met name voor in het milieurecht. Volgens Rowie Stolk gaan de meeste bezwaren over de vraag hoe het beroepsrecht van algemeen-belangbehartigers valt te rijmen met het *recours subjectif*, het uitgangspunt dat individuele rechtsbescherming het hoofddoel van het bestuurs(proces)recht is. Daarnaast zou het beroepsrecht voor belangenorganisaties zich niet goed verhouden met de machtenscheiding, omdat in dergelijke procedures de rechter zich zou moeten uitlaten over de taak van de wetgever, te weten het afwegen van het algemeen belang. De juridische arena van de rechtspraak is niet de plek om politieke keuzes te bestrijden.

Volgens voorstanders van ideële acties kunnen belangenorganisaties echter de *equality of arms* in procedures tussen de overheid en burgers versterken en daarmee bijdragen aan betere effectieve rechtsbescherming. Merel Hendricx licht toe dat belangenorganisaties juist kunnen bijdragen aan een goed functionerende democratie. Zij zijn beter dan het individu in staat om het bredere probleem achter beleid of wet- en regelgeving in kaart te brengen. Door het verkleinen van de kennisongelijkheid tussen de overheid en individuele burgers zorgen zij bovendien voor betere effectieve rechtsbescherming van het individu. Merel Hendricx noemt in dit kader het voorbeeld van overheidsprojecten waarin grote hoeveelheden data worden gebruikt en waarin meer deskundigheid en expertise zijn vereist. Hier liggen mogelijkheden voor belangenorganisaties. Zij kunnen een belangrijke rol spelen als het gaat om het controleren van bijvoorbeeld de toepassing van privacynormen door de overheid.

Na afloop van de presentatie wordt het preadvies bediscussieerd aan de hand van een stelling:

Het procesrecht zou naast het realiseren van 'individual justice' ook mogelijkheden moeten bieden voor het realiseren van 'collective justice' door middel van strategische procedures.

Van de deelnemers is 84% het eens met de stelling. Slechts 12% is het oneens. Vanuit de zaal komt vervolgens de reactie dat de rechter zich in bepaalde gevallen best wat meer activistisch zou mogen opstellen. Het democratische argument van de machtenscheiding dat veelal wordt gebruikt tegen strategisch procederende belangenorganisaties, zou volgens sommigen minder zwaar moeten wegen dan het argument van effectieve rechtsbescherming. Rowie Stolk is het hiermee eens. Het viel haar op dat in het bestuursrechtelijke debat weinig aandacht wordt besteed aan het argument dat strategisch procederende belangenorganisaties voor betere effectieve rechtsbescherming kunnen zorgen. Daar waar strategische procedures gericht zijn op politieke belangenafwegingen, is het bovendien maar de vraag of democratische argumenten de doorslag zouden moeten geven. Tegenover de mogelijk gebrekkige democratische legitimiteit van belangenorganisaties kan immers het rechtsstatelijk argument worden aangedragen dat ook en met name toch de overheid zich heeft te houden aan het recht.

Hans Besselink (advocaat bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn) vindt dat de sprekers op overtuigende wijze het probleem van de legitimiteit van strategisch procederende belangenorganisaties hebben weergegeven. Hij vraagt zich echter

af wat een oplossing zou kunnen zijn voor de geschetste procesrechtelijke problematiek en of deze gevonden moet worden in het bestuursrecht of in het civiele recht. Rowie Stolk antwoordt dat, hoewel dit buiten de reikwijdte van haar preadvies valt, de oplossing volgens haar zou moeten worden gezocht in het bestuursrecht. Zo zou de mogelijkheid van een proefproces of van de *amicus curiae* kunnen worden neergelegd in de Awb. Daarnaast zou, inhakend op de afgelopen VAR Jaarvergadering over de toetsing van algemene regels in het bestuursrecht, artikel 8:3 Awb geschrapt kunnen worden. Hoewel de Awb wel bepalingen bevat voor de rechter in rechtsvormende zaken (bijvoorbeeld de grote kamer en de conclusie van de staatsraad advocaat-generaal), bevat de Awb geen bepalingen voor partijen die een bovenindividuele insteek kiezen.

Louise van Heusden (jurist bij de Raad van State en promovenda aan de Universiteit Tilburg) brengt de figuur van de *amicus curiae* verder te sprake. De Afdeling heeft recentelijk de *amicus curiae* op informele wijze in het bestuursrecht geïntroduceerd in een zaak over de vraag of een bestuurlijke waarschuwing een appellabel besluit in de zin van de Awb is. Voor de inzet van de *amicus curiae* bestaat echter geen grondslag in de Awb. Louise van Heusden vraagt zich af of er voor deze figuur een regeling in de Awb opgenomen zou moeten worden, waardoor belangenorganisaties daar een beroep op kunnen doen. Daarnaast vraagt zij zich af hoe het soms kunstmatige onderscheid tussen collectieve en algemene belangenorganisaties zou kunnen worden verbeterd. Volgens Rowie Stolk zou een *amicus*-regeling in de Awb meer duidelijkheid scheppen voor belangenorganisaties over de inzet van dit middel. In een dergelijke regeling zou opgenomen moeten worden hoe de rechter om moet gaan met de inbreng van de *amicus curiae*. Merel Hendricx voegt daar aan toe dat het civiele recht wel een duidelijke grondslag voor de *amicus curiae* kent en dat deze in de praktijk goed werkt.

In antwoord op de tweede vraag stelt Rowie Stolk dat een onderscheid tussen collectieve en algemene belangen zoals dat nu in artikel 1:2 lid 3 Awb, jurisprudentie en literatuur wordt gemaakt, moeilijk houdbaar is. Sommige zaken laten zich lastig indelen in een van de twee categorieën. Zij pleit dan ook voor een bredere discussie over de wenselijkheid van strategische procedures. In deze discussie zouden de tegengestelde posities in het bestuursrecht en het civiele recht ten opzichte van groepsacties en ideële acties moeten worden afgewogen.

Strategisch procederen: het bevoegd gezag aan het roer

Het preadvies van Laura van der Meulen (advocaat bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn) belicht het strategisch procederen vanuit het perspectief van de overheid. Zij wordt deze middag ten behoeve van de bespreking van het preadvies vergezeld door Michel Simons (Programmamanager Windenergie bij het Project Management Bureau van de gemeente Rotterdam). Zij hebben samen aan de zaak over het windpark Hartelburg II gewerkt en zullen vanuit deze ervaring reflecteren op de mogelijkheden voor bestuursorganen om strategisch te procederen.

Bij strategisch procederen door het bevoegd gezag staat het doel om een eenmaal genomen besluit ongeschonden de eindstreep te laten halen, centraal. Het bevoegd gezag kan in de verschillende fasen die een besluit doormaakt strategisch

handelen. Dat begint met de inzet op een zorgvuldige voorbereiding van een besluit (de eerste fase). Hiermee wordt het fundament van het besluit gelegd. Als dat goed gebeurt, kunnen procedures worden voorkomen. Mocht het toch tot een procedure komen, dan staat het bevoegd gezag ook aan het roer als het aankomt op de strategische start van de procedure (de tweede fase). In dit kader worden twee instrumenten besproken die bij een strategische start kunnen helpen: een pilot-procedure bij massaal bezwaar en de regeling van rechtstreeks beroep. De derde en laatste fase die in het preadvies wordt behandeld, is de fase bij de bestuursrechter. Deze zal in de presentatie verder niet aan bod komen.

Aan de hand van een concrete casus worden de eerste twee van bovengenoemde fasen door de sprekers doorlopen. De casus – die door Michel Simons wordt geschetst – gaat over het windpark Hartelburg II, dat zich bevindt aan de zuidkant van Rotterdam in het Botlekgebied. Omwonenden ondervinden veel overlast van de windturbines in dit park. Ten aanzien van dit windpark speelt voor het betrokken bevoegd gezag een drietal procedures: een procedure over de aangevraagde omgevingsvergunning voor het park, een planschadeprocedure en een procedure over de maatwerkvoorschriften die zijn opgelegd.

In de eerste fase van strategisch procederen is het voor het bevoegd gezag zaak om alle belangen die spelen bij een besluit in kaart te brengen. Hierdoor kunnen procedures worden voorkomen of in ieder geval de kansen voor een goede afloop van de procedure toenemen. Bij een omgevingsvergunning als in de casus kan het gaan om een groot aantal belangen. Denk hierbij bijvoorbeeld aan de belangen van initiatiefnemers, omwonenden, belangenorganisaties en omliggende bedrijven en gemeenten. Om te voorkomen dat belangen over het hoofd worden gezien en niet goed worden afgewogen zal het gesprek moeten worden aangegaan met deze belanghebbenden. In ieder geval kan een gesprek vóór het nemen van het besluit voorkomen dat een project als een windpark voor belanghebbenden uit de lucht komt vallen. De reacties uit de zaal bevestigen deze constatering in het preadvies.

Een ander belangrijk instrument voor het voorkomen van procedures is het ontwijken van valkuilen bij het nemen van het besluit. Hoewel er tal van valkuilen zijn te bedenken, staat het preadvies stil bij drie veelvoorkomende valkuilen. De eerste is gewijzigde wet- en regelgeving. Dit kan ervoor zorgen dat een besluit net even anders moet worden genomen dan voorheen het geval was. Dit is met name bij langlopende projecten een belangrijk risico. Als dit niet op tijd wordt gesignaleerd, dan kan een besluit reeds om die reden worden vernietigd. In het kader van het windpark kan hierbij worden gedacht aan de nieuwe Wet natuurbescherming, waarin een aantal oude wetten is samengevoegd. Een andere valkuil bij het nemen van besluiten kunnen de eigen beleidsregels van het bevoegd gezag zijn. Een besluit dat in strijd is met een eigen beleidsregel haalt niet ongeschonden de eindstreep. Indien sprake is van strijd met een beleidsregel, is er een aantal mogelijkheden om daarmee om te gaan in het te nemen besluit. Het besluit kan worden aangepast, maar in bepaalde gevallen zou de beleidsregel ook kunnen worden gewijzigd. Bij windenergie op land is veelal sprake van een regionale opgave, zoals de casus ook aantoont. Daarnaast kan op grond van artikel 4:84 Awb worden afgeweken van een beleidsregel. Naast het juridische voorwerk moeten ook de feiten van het concrete geval goed in kaart worden gebracht. Gebeurt dit niet of onvoldoende,

dan bestaat de kans dat het bevoegd gezag alsnog in de (derde) valkuil trapt. Als achteraf bij de bestuursrechter blijkt dat is uitgegaan van de verkeerde feiten, dan kan dat tot (partiële) vernietiging van het besluit leiden. Eens te meer blijkt maar weer: een goede voorbereiding is het halve werk.

Hoe uitgebreid en zorgvuldig de voorbereiding van een besluit ook is geweest, procedures zijn niet altijd te vermijden. Aan de hand van de planschadeprocedure met betrekking tot de schade als gevolg van het windpark leidt Laura van der Meulen het tweede deel van haar preadvies in, te weten de strategische start van de procedure in bezwaar. Het kan zo zijn dat de (reden voor) afwijzing van een verzoek om planschade in een groot aantal besluiten identiek is. In dit geval zou het vanuit proceseconomisch standpunt voor de hand liggen om eerst op een ‘pilotprocedure’ in te zetten. Daarmee wordt bedoeld dat er eerst een beperkt aantal bezwaarschriften wordt afgehandeld en dat daarover wordt geprocedeerd bij de bestuursrechter. Nadat er een onherroepelijke uitspraak is van de bestuursrechter, kan dan worden beslist op alle overige bezwaarschriften waarin een vergelijkbare rechtsvraag speelt. De Awb voorziet, in tegenstelling tot de Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR), echter niet expliciet in een (formele) mogelijkheid daarvoor. Op grond van artikel 7:10 lid 4 Awb is het evenwel mogelijk om de beslissing op bezwaar uit te stellen als belanghebbenden daarmee instemmen. In de casus van Hartelburg II was er een klein aantal bezwaarmakers dat zich liet bijstaan door een gemachtigde. In deze bezwaarschriften stonden de belangrijkste juridische argumenten tegen de afwijzing van de planschade, die ook voor de overige bezwaarmakers relevant zouden zijn. In overleg met alle bezwaarmakers en de bezwaarschriftencommissie hebben de betrokken partijen ervoor gekozen om de hiervoor besproken informele ‘pilotprocedure’ te volgen.

In een aantal van de voornoemde bezwaarschriften was op grond van artikel 7:1a Awb ook een verzoek om rechtstreeks beroep gedaan. Hierdoor kan de bezwaarprocedure worden overgeslagen en dat kan in sommigen gevallen een strategisch effect hebben. Als duidelijk is dat partijen elkaar over een principieel punt hoe dan ook zullen terugzien bij de bestuursrechter, dan kan het lonen om de bezwaarprocedure over te slaan. Het overslaan van de bezwaarprocedure kan echter uitsluitend op verzoek van de bezwaarmaker en met instemming van het bestuursorgaan plaatsvinden. Verder moet sprake zijn van een ‘geschikte zaak’. Dit kunnen zaken zijn waarin alle standpunten al in de voorbereiding aan bod zijn gekomen en waarin de bezwaarprocedure een herhaling van zetten zou zijn. Daarbij kan het gaan over een principieel punt dat de partijen verdeeld houdt. Alle bezwaarmakers moeten wel instemmen met het rechtstreeks beroep. Hoewel voor rechtstreeks beroep formeel het initiatief bij de bezwaarmaker ligt, blijkt uit het preadvies dat in de praktijk een rechtstreeks beroep op uitnodiging van het bevoegd gezag door de bestuursrechter wel in behandeling wordt genomen.

Na de pauze wordt aan de hand van een tweetal stellingen gereflecteerd op het onderwerp van het preadvies. De eerste stelling die wordt voorgelegd is:

Strategisch procederen door het bevoegd gezag is meer dan alleen een ‘truc’. Het is ook in het belang van belanghebbenden.

Een grote meerderheid van de zaal, ongeveer 70%, is het eens met de stelling. De zaal is het erover eens dat het strategisch procederen door het bevoegd gezag ertoe kan leiden dat belanghebbenden beter worden ingelicht. Daarnaast wordt ook de tijdwinst die door het strategisch procederen kan worden bereikt als een belangrijk voordeel voor belanghebbenden beschouwd.

De tweede stelling luidt:

Het verplichten van participatie (zoals in de projectprocedure in de Omgevingswet) komt de snelheid en kwaliteit van de besluitvorming ten goede.

Een meerderheid van de zaal is het oneens met de stelling. Participatie zou volgens de meesten niet verplicht moeten zijn. Ymre Schuurmans (hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden) vraagt zich af voor wie participatie verplicht zou moeten worden gesteld: voor het bestuur of voor de burger of voor beiden? Laura van der Meulen antwoordt dat het ruimtelijk bestuursrecht reeds een participatieverplichting voor bestuursorganen in het Besluit ruimtelijke ordening kent, maar dat deze nog niet veel om het lijf heeft. Onder de Omgevingswet komen er wel meer verplichtingen voor bestuursorganen om een besluit kenbaar te maken. De verplichting rust dus in beginsel op het bevoegd gezag, maar belanghebbenden kunnen door middel van de mogelijkheid van het aandragen van alternatieven ten behoeve van keuzes in de besluitvorming wel deelnemen. Het is aan bestuursorganen om deze alternatieven serieus te nemen. Indien niet wordt gekozen voor een door belanghebbenden aangedragen alternatief, dient het bevoegd gezag dit deugdelijk te motiveren. Hierdoor wint participatie aan terrein. Dit komt volgens de preadviseur uiteindelijk de snelheid en kwaliteit van de besluitvorming ten goede.

De strategische keuzes van de bestuursrechter

Marlies Wolfrat en Koen de Meulder (beiden bestuursrechters bij de rechtbank Midden-Nederland) beschouwen in hun preadvies strategisch procederen vanuit de positie van de bestuursrechter. In het preadvies staat de vraag centraal of de bestuursrechter met de hem ten dienste staande instrumenten voor het maken van strategische keuzes, principiële procedures voldoende tot hun recht kan laten komen. In het preadvies is een splitsing gemaakt tussen twee soorten principiële procedures, te weten proefprocessen en procedures waarin rechtsvormende uitspraken worden gedaan. Bij proefprocessen gaat het om procedures die op initiatief van een procespartij worden aangespannen. Onder rechtsvormende uitspraken verstaan de preadviseurs juist de principiële uitspraken die onafhankelijk van de inbreng van partijen tot stand komen. Over dit laatste gedeelte van het preadvies gaat ook de stelling van de sprekers. Deze luidt:

Bestuursrechters in eerste aanleg moeten principiële, rechtsvormende oordelen overlaten aan de hogerberoepscolleges.

De preadviseurs zijn verheugd dat 81% van de deelnemers uit de zaal het oneens is met deze stelling. Gelet op de strekking van de eerdere presentaties en hun eigen ervaringen, gaan de preadviseurs tijdens de laatste presentatie van vanmiddag met name in op de rechtsvormende procedures in eerste aanleg. Dit doen de preadviseurs aan de hand van een zaak die speelde binnen hun eigen rechtbank, waarin de implicatie van het Korošec-arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) voor het nationale bestuursrecht centraal stond.³ Kort gezegd ging het om de vraag hoe dit arrest over de toepassing van artikel 6 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), de beginselen van ‘equality of arms’ en ‘fair proceedings’ bij de inzet van een (medisch) deskundige door het bestuursorgaan moest worden geplaatst in de Nederlandse bestuursrechtspraktijk.

De preadviseurs merken vooraf op dat de mogelijkheden van de bestuursrechter om strategische keuzes te maken niet onbegrensd zijn. Het bestreden besluit beperkt immers de mogelijkheden voor partijen om principiële rechtsvragen voor te leggen, zoals ook door Rowie Stolk in haar preadvies is gesignaleerd. De bestuursrechter moet binnen de grens van het bestreden besluit en de gronden van het beroep opereren. Daarnaast is het voor de bestuursrechter niet altijd onmiddellijk in te schatten of er een principiële vraag in de aan hem voorgelegde zaak speelt. Rechtstreeks beroep kan een aanwijzing zijn dat er meer speelt dan één procedure, zoals ook in de presentatie van Laura van der Meulen en Michel Simons naar voren kwam. In het kader van de Nieuwe Zaaksbehandeling kunnen achterliggende partijbedoelingen naar voren komen. Daar kan de bestuursrechter tot op zekere hoogte zelf in sturen. Zo kan de bestuursrechter bijvoorbeeld een regiezitting houden, besluiten tot versnelde behandeling of een extra schriftelijke ronde in de fase van het vooronderzoek houden. De preadviseurs roepen echter toch met name ook de partijen op om (in samenspraak) de bestuursrechter in een zo vroeg mogelijk stadium actief te informeren dat er een principiële vraag speelt en dat voor een proefproces is gekozen. Het zijn immers de partijen die zelf de achtergronden achter een proefproces het beste kennen, terwijl de rechter pas in een laat stadium naar de zaak kijkt. Het devies is kortom: stuur je eigen proefproces. In lijn met deze oproep geven de preadviseurs ook een praktische tip voor het duidelijk kenbaar maken van regieverzoeken. Partijen zouden dit niet op de laatste pagina van het beroepschrift moeten opnemen, want dan wordt het soms niet of te laat onderkend. Het is raadzaam een brief of – in de (toekomstige) situatie van het programma ‘Kwaliteit en Innovatie rechtspraak’ (KEI) – een digitaal verzoek te doen, waarin kort wordt uiteengezet dat sprake is van een proefproces en welke procedurele stappen de rechter zou moeten nemen.

In dit licht vraagt André Verburg (senior rechter van de rechtbank Midden-Nederland) zich af hoe de oproep van de preadviseurs valt te rijmen met de constatering van Rowie Stolk dat een rechter, wanneer hij de principiële achtergrond van de zaak kent, zich doorgaans voorzichtiger op zal stellen om te voorkomen dat hij als activistisch wordt gezien. De preadviseurs antwoorden dat zij niet bang zijn

3 Rb. Midden-Nederland 22 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6305.

om dergelijke principiële zaken aan te pakken, omdat deze toch vroeg of laat wel boven komen drijven. Hun indruk is dat er voor partijen niet veel valt te verliezen door naar de bestuursrechter open te zijn over het doel van het proefproces. Daar komt bij dat partijen door die openheid juist beter de regie van het proces kunnen voeren in samenspraak met de bestuursrechter.

Terug naar de wijze waarop de rechtbank Midden-Nederland door middel van strategische keuzes is omgegaan met de vragen naar aanleiding van de Korošec-casus. Voor de rechtbank was duidelijk dat de centrale vraag in deze casus – hoe om te gaan met besluiten gebaseerd op (medisch) deskundigen verbonden aan het bestuursorgaan dat het besluit neemt – in meerdere zaken van belang zou kunnen zijn. Deze situatie, samen met het gegeven dat nog geen hogerberoepscollege zich had uitgelaten over deze vraag, deed de rechtbank ertoe besluiten om in een meer-voudige kamer een rechtsvormende uitspraak te doen. Andere zaken waarin een vergelijkbare vraag speelde, moesten wachten in de kast tot na de uitspraak. De preadviseurs vinden het wel van belang dat partijen worden geïnformeerd over de reden waarom hun zaak niet op zitting komt en dat zij in de gelegenheid worden gesteld hierop te reageren. Koen de Meulder ziet ook niet in dat de rechtbank had moeten wachten met het geven van een oordeel en dit aan een hogerberoepsrechter had moeten overlaten. Dit is niet de geëigende weg, omdat de bestuursrechter in hoger beroep juist moet worden ‘gevoed’ met wat speelt in eerste aanleg. Voorts is het inherent aan het systeem van de Awb dat ook in eerste aanleg de bestuursrechter rechtsvormende oordelen moet motiveren. Door rechtsvormende uitspraken in eerste aanleg bestaat wel het risico op grote differentiatie tussen verschillende rechtbanken, hetgeen rechtsonzekerheid bij rechtzoekenden teweeg kan brengen.

In de bovengenoemde zaak bij de rechtbank Midden-Nederland is afgeweken van de traditionele manier van zaakstoedeling, die normaal gesproken op willekeurige basis plaatsvindt. De preadviseurs geven aan dat ervoor was gekozen om rechters van de drie verschillende bestuursrechtelijke teams die deze rechtbank heeft aan de zaak toe te delen, omdat de rechtsvraag ‘team-overstijgend’ was. Volgens de preadviseurs bestaat echter geen aanleiding om vanuit de gedachte van rechtsvorming zaken toe te delen op basis van persoonlijke expertise of affiniteit van de rechters. Marlies Wolfrat geeft aan dat het nu nog vaak zo is dat een zaak in eerste aanleg het standaardtraject doorloopt en geen rekening wordt gehouden met de mogelijkheden tot regievoering. De bestuursrechter zou volgens haar eerder de regie moeten nemen over een zaak. Om tot rechtsvormende uitspraken te kunnen komen zal de bestuursrechter zijn werkwijze moeten aanpassen. Er moet kritisch worden gekeken naar de behandeling van de zaak en het traject na afloop van de behandeling. Veel meer dan nu het geval is, zal de bestuursrechter in de uitspraak en de bijbehorende communicatie (ook achteraf) tot uitdrukking moeten brengen dat sprake is van een proefproces. KEI biedt in dit opzicht kansen voor meer informele communicatie. Daarnaast kan door middel van het digitale systeem van KEI eenvoudiger worden gezocht naar vergelijkbare procedures waarin een zaaksoverstijgende principiële vraag kan spelen. De bestuursrechter moet met andere woorden niet alleen kritisch op de partijen zijn, maar ook kritisch op zichzelf. De verbeterpunten zitten volgens de preadviseurs dus met name op het gebied van transparante communicatie over de principiële status van de zaak. Dit

zorgt er ook voor dat de buitenwereld beter weet wat de rol van bestuursrechtelijke rechtsbescherming is in een maatschappelijke discussie. De wijze waarop de hogerberoepscolleges – met name de Afdeling dit doen – is een goed voorbeeld voor de rechtbanken.

Na afloop van de presentatie van Marlies Wolfrat en Koen de Meulder is er ruimte voor discussie. Zo komt de vraag aan bod of rechtbanken ook niet gebruik zouden moeten maken van een *amicus curiae*. Marlies Wolfrat en Koen de Meulder zouden dat geen wenselijke ontwikkeling vinden. De bredere gevolgen van de zaak zijn dan vaak nog niet voldoende uitgekristalliseerd. Bovendien kunnen er in verschillende rechtbanken parallelle discussies met belangengroepen gaan ontstaan, waarmee de doelmatigheid en de rechtseenheid onder druk kunnen komen te staan. Daarnaast zal het inzetten van een *amicus curiae* in eerste aanleg de procedure erg vertragen. Daarbij komt dat over zaaksoverstijgende rechtsvragen via de weg van informele afstemmingsoverlegstructuren, zowel binnen rechtbanken (intern) als tussen de verschillende rechtbanken (extern), voldoende afstemming kan worden bereikt. De *amicus curiae* zou dus een uitzondering moeten blijven, voorbehouden aan procedures bij de hogerberoepscolleges.

Jules de Kort (advocaat bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn) constateert naar aanleiding van het eerste preadvies dat strategische procedures door belangenorganisaties vaak stranden, omdat deze door de rechter worden afgedaan op niet-ontvankelijkheid. Uit het verhaal van Marlies Wolfrat en Koen de Meulder leidt hij af dat bestuursrechters in eerste aanleg hierdoor, vaker dan dezen zouden willen, worden tegengehouden in het doen van rechtsvormende uitspraken. Hij vraagt zich af hoe de rechters met dit dilemma omgaan. Marlies Wolfrat beaamt dat soms haar handen jeuken om met een zaak aan de slag te gaan, maar dat dit simpelweg niet kan. Koen de Meulder voegt hier aan toe dat dit inherent is aan de rechtspraak en de functie daarvan.

Ymre Schuurmans wil tot slot de aandacht vestigen op zaken waarin rechtsvorming minder evident aan de orde is of minder voor de hand ligt. Zij vraagt zich af hoe dit soort zaken wegvallen in het systeem bij de rechterlijke macht, terwijl ook in deze zaken maatschappelijke problemen kunnen spelen die vragen om een rechtsvormend oordeel van de bestuursrechter. Volgens Koen de Meulder komt dit vooral door de beperkte communicatie over rechtsvormende uitspraken door rechtbanken. Niet in alle gevallen wordt een dergelijke uitspraak opgepikt uit de stroom aan uitspraken op rechtspraak.nl. Daarom zou door rechtbanken meer moeten worden ingezet op het proactief uitbrengen van persberichten, zodat uitspraken door een breder publiek sneller kunnen worden gesignaleerd. Het zijn de laatste afsluitende opmerkingen van de vergadering.

De voorzitter sluit de middag af met een dankwoord aan de preadviseurs, hun gastsprekers en degenen die de preadviseurs hebben begeleid bij het schrijven. Het daaropvolgend applaus voor de preadviseurs en hun gasten overstemt de muziek van de borrel die al even daarvoor hoorbaar in gang was gezet.

