HEEK
JR

De beslechting van bestuursgeschillen

PREADVIES

PROF. MR. TH.G. DRUPSTEEN

MR. K.J. KRAAN

D TJEENK WILLINK

104

VARREEKS

DE BESLECHTING VAN BESTUURSGESCHILLEN

VAR-reeks
104

DE BESLECHTING VAN BESTUURSGESCHILLEN

PREADVIEZEN UITGEBRACHT DOOR

PROF.MR. TH.G. DRUPSTEEN

EN MR. K.J. KRAAN

VOOR DE ALGEMENE VERGADERING
VAN DE NEDERLANDSE VERENIGING
VOOR ADMINISTRATIEF RECHT
OP 11 MEI 1990

SAMSOM H.D. TJEENK WILLINK ALPHEN AAN DEN RIJN 1990

Aanbevolen citeerwijze: VAR-reeks 104

CIP-GEGEVENS

ISBN 90 6092 444 4
NUGI 693

© 1990 Vereniging voor Administratief Recht, 's-Gravenhage.

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

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912 j° het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient u zich te richten tot: Samsom H.D. Tjeenk Willink, Postbus 4, 2400 MA Alphen aan den Rijn.

Inhoud

Is er leven na de TwK? Over de beslechting van bestuursgeschillen
Prof.Mr. Th.G. Drupsteen 7

De beslechting van bestuursgeschillen naar komend recht
Een projectie van vier grote wetgevingsoperaties
Mr. K.J. Kraan 75

Overzicht van de preadviezen uitgebracht voor de VAR 137

Is er leven na de TwK?
Over de beslechting van bestuursgeschillen

door prof.mr. Th.G. Drupsteen

Inhoud

1. Inleiding 11
2. Bestuursgeschillen in soorten en maten 14
3. Waarom de Kroon? 29
4. De oprukkende rechter 39
5. Bestuurslichamen en -organen onderling 54
6. Wat te doen? 69

1. Inleiding

1. Artikel 1, eerste lid van de Tijdelijke wet Kroongeschillen draagt de beslissing van geschillen die in enig wettelijk voorschrift ter beslissing aan de Kroon zijn opgedragen, op aan de Afdeling voor de geschillen van bestuur van de Raad van State. Op deze opdracht maakt het tweede lid twee uitzonderingen. Art. 1, eerste lid geldt noch ten aanzien van geschillen betreffende besluiten van algemene strekking, noch ten aanzien van geschillen die uitsluitend door openbare lichamen of organen, hetzij door het instellen van beroep hetzij op een andere wijze, aan de beslissing van de Kroon kunnen worden onderworpen. In de wandeling worden de geschillen van deze tweede soort 'bestuursgeschillen' genoemd.

De Tijdelijke wet Kroongeschillen is per 1 januari 1988 in werking getreden. Volgens art. 9 TwK vervalt de wet vijf jaren na de dag van inwerktreding. Deze horizon-bepaling dwingt de wetgever ertoe zich te bezinnen op een definitieve voorziening voor de vroegere Kroongeschillen. In dit kader zal de wetgever zich ook moeten bezinnen op een definitieve regeling voor de beslechting van bestuursgeschillen.

2. Bestuursgeschillen komen in verschillende vorm voor. Later in dit preadvies worden onderscheidingen gemaakt en wordt een overzicht gegeven. Ten Berge, Burkens en Van Buuren schrijven in hun studiepocket, 'dat ten aanzien van de wenselijke beslechting van bestuursgeschillen nog de nodige studie verricht dient te worden. Het is een relatief braak liggend terrein. In dit licht is het begrijpelijk dat de TwK geen definitieve regeling biedt. De TwK levert een tijdelijke en gebrekkige oplossing. Het betreft echter een vraag waarop een definitieve systematische beantwoording moet worden gegeven.'[1]

De vakgroep van de drie hoogleraren heeft de daad bij het woord gevoegd. In opdracht van de Ministeries van Binnenlandse Zaken en Justitie is binnen het Utrechtse Instituut voor Staats- en Bestuursrecht een onderzoek uitgevoerd naar geschillen tussen gemeenten, provincies, waterschappen en Rijk. Van het onderzoek is in februari 1989 een eindrapport verschenen. Dit rapport is tevens in boekvorm uitgebracht.[2] Het rapport geeft een overzicht van de historische ontwikkeling van het leerstuk van de bestuursgeschillen. Het beschrijft de regeling van de bestuursgeschillen in de wetgeving; twee bijlagen bieden een overzicht van ruim 170 wetsbepalingen die op bestuursgeschillen betrekking hebben. Verder bevat het rapport een analyse van bestuursgeschillen in de juris-

prudentie van de Kroon. Op basis van een drietal normatieve grondslagen voor de beslechting van bestuursgeschillen komen de onderzoekers tot een aantal conclusies en aanbevelingen voor de toekomstige rechtsontwikkeling.

Het bestaan van het Utrechtse rapport levert voor de preadviseurs enerzijds een aantal problemen op. Anderzijds maakt het hun taak ook makkelijker. In het Utrechtse rapport wordt de problematiek van de bestuursgeschillen grondig geanalyseerd. Daarom zit er voor de preadviseurs weinig anders op dan op de schouders van de Utrechters te klimmen. Vanuit die riante positie kunnen zij hun partijtje meeblazen tegenover de leden van de Vereniging voor Administratief recht; niet in alle opzichten een dankbare rol. De preadviseurs hebben deze rol echter bewust aanvaard. Hen past geen zelfbeklag. Daar is ook geen reden toe nu ze voor de verzameling van gegevens dankbaar gebruik kunnen maken van het graaf- en spitwerk verricht aan het Utrechtse Oorsprongpark. Toch blijft het gegeven dat deze preadviezen maar in beperkte mate origineel kunnen zijn. Wel zullen waar nodig de preadviseurs het onderzoeksrapport aanvullen en zo mogelijk over de conclusies en aanbevelingen met de onderzoekers in discussie treden.

3. Tussen de preadviseurs is een globale werkverdeling afgesproken. De achtergrond van waaruit ze schrijven is verschillend. De eerste preadviseur mag gezien zijn universitaire werkkring geacht worden vanuit een wetenschappelijke houding te schrijven over het vraagstuk van de beslechting van de bestuursgeschillen. Hij stelt zich voor om de materie van de bestuursgeschillen in kaart te brengen en om vervolgens vanuit algemene gezichtspunten argumenten aan te dragen voor een definitieve keuze. De tweede preadviseur is verbonden aan het Ministerie van Binnenlandse Zaken. Hij is voornemens vanuit de praktijk van het openbaar bestuur en tegen de achtergrond van een aantal grote operaties in te gaan op de meer concrete vragen die rond de beslechting van bestuursgeschillen rijzen.

4. Het vraagstuk van de beslechting van bestuursgeschillen raakt de verhouding tussen bestuurslichamen, organen en bestuurslagen. De vraag beperkt zich dus niet enkel tot wat in 1993 met het tweede lid, tweede gedeelte van art. 1 TwK moet gebeuren. Aan bod kunnen ook andere kwesties komen, bijvoorbeeld of de huidige regeling van het spontane vernietigingsrecht van de Kroon bevredigend is, of vormen van preventief toezicht van meer waarborgen moeten worden voorzien, of er mogelijkheden voor centrale sturing en beïnvloeding door de rijksoverheid moeten blijven, of de rechter voldoende greep op de bestuursgeschillen kan krijgen enz. enz. Met als invalshoek de bestuursgeschillen is het mogelijke een groot deel van het staats-en bestuursrecht overhoop te halen. De preadviseurs hebben daartoe de vrije hand gekregen van het VAR-bestuur. Preadviezen moeten echter zo mogelijk beknopt blijven. In deze eis vinden de preadviseurs op z'n minst één beperking op al te wijdlopige beschouwingen.

Noten

1. J.B.J.M. ten Berge, M.C. Burkens en P.J.J. van Buuren, De Tijdelijke wet Kroongeschillen, Zwolle 1987, p. 74 en 75.
2. J.B.J.M. ten Berge, A.F. Gaastra, H.T. Kernkamp en E. Poortinga, Bestuursgeschillen: Kroon of Rechter?, Instituut voor Staats- en Bestuursrecht, Rijksuniversiteit Utrecht 1989; idem Zwolle 1989.

2 Bestuursgeschillen in soorten en maten

5. Art. 31, eerste lid, van de Wet van 15 maart 1971, Stb. 144 tot opheffing van de gemeenten Jutphaas en Vreeswijk en tot instelling van de gemeente Nieuwegein bepaalt: 'met ingang van de datum van herindeling (d.w.z. 1 juli 1971) geschieden de levering en de distributie van drinkwater en van gas in de nieuwe gemeente resp. door het Waterleidingbedrijf Midden-Nederland en door het Gasbedrijf Centraal-Nederland'. Het Gasbedrijf Centraal-Nederland is een rechtspersoonlijkheid bezittend lichaam als bedoeld in art. 2 Wet gemeenschappelijke regelingen. Het is in 1955 opgericht door een aantal gemeenten in de provincie Utrecht en de gemeente Woerden, die samen de gemeenschappelijke regeling GCN zijn aangegaan.
Op 25 november 1971 besluit de Raad van Nieuwegein:

1. aan het GCN op te dragen de exploitatie van de gasvoorziening in de gemeente o.a. op de voet van de door de Algemene Raad van GCN vastgestelde Regeling gasleidingen in distributiegemeenten;
2. toe te treden tot de gemeenschappelijke regeling GCN.

Deze toetreding is Koninklijk goedgekeurd bij KB van 25 juni 1974, Stc. 11 sept. 1974. Uitgaande van de verwachting dat op het grondgebied van de gemeente 20.000 woningen en enkele industrieterreinen tot stand zullen komen, realiseert GCN kostbare voorzieningen waarvan de capaciteit is afgestemd op een totale gasvoorziening van Nieuwegein, ook voor de nog te bouwen wijken.

Op 19 mei 1978 besluit de gemeenteraad van Nieuwegein op voorstel van B en W om akkoord te gaan met de aanleg en exploitatie van stadsverwarming in de gemeente en daarvoor risicodragend deel te nemen in een open gemeenschappelijke regeling met in eerste aanleg de provincie Utrecht. De gemeenschappelijke regeling komt tot stand en hierbij wordt opgericht een rechtspersoonlijkheid bezittend lichaam Stadsverwarmingsbedrijf Midden-Nederland (Stamin). De regeling wordt goedgekeurd bij KB van 26 juli 1980, Stc. 30 sept. 1980. Energievoorziening door stadsverwarming zal voorlopig alleen geschieden in de wijken Doorslag, Fokkesteeg, Stadscentrum en Centrum Oost, gezamenlijk omvattend 7875 woningen.

Stadsverwarming en energievoorziening door gas gaan niet samen. Gaslevering uitsluitend voor kookdoeleinden is niet rendabel. Het GCN ziet de koerswijziging van de gemeente dan ook met lede ogen aan. Het dagvaart de gemeente en vordert een schadevergoeding van f. 11.204.800,—, primair gebaseerd op wanprestatie en subsidiair op onrechtmatige daad. De Rechtbank Utrecht acht zich bevoegd om van de vordering kennis te nemen en acht GCN in zijn vordering ontvankelijk. De Rechtbank oordeelt de gemeente schadeplichtig jegens GCN. Het besluit van 19 mei 1978 levert wanprestatie op in de rechtsbetrekking tussen de gemeente en GCN, die haar grondslag vindt in een publiekrechtelijke overeenkomst. Op deze overeenkomst en de daarop gebaseerde verbintenissen zijn de privaatrechtelijke begrippen en constructies van toepassing voor zover de aard van de rechtsverhouding zich er niet tegen verzet. Ter bepaling van de omvang van de schade wordt een comparitie van partijen gelast. Het vonnis wordt in hoger beroep door het Hof Amsterdam bekrachtigd, terwijl een door de gemeente ingesteld beroep in cassatie wordt verworpen.[1] In een latere procedure vordert het GCN op grond van de vastgestelde wanprestatie nakoming van de publiekrechtelijke overeenkomst. De Rechtbank Utrecht wijst deze vordering af. Het Hof Amsterdam bekrachtigt dit

vonnis. Maar het cassatiemiddel gericht tegen de marginale beoordeling die het Hof hanteert – kon de gemeente ondanks de eerder met GCN gesloten overeenkomst in redelijkheid besluiten tot deelneming in Stamin – treft doel.[2]

6. In deze twee arresten gaat het duidelijk om een bestuursgeschil. De partijen zijn een publiekrechtelijk lichaam en een rechtspersoonlijkheid bezittend lichaam opgericht bij een gemeenschappelijke regeling. Het geschil ontstaat doordat de gemeente Nieuwegein kiest voor een ander beleid op het gebied van de openbare energievoorziening, terwijl ze deelneemt aan een gemeenschappelijke regeling voor de gasvoorziening. Ondanks het overheersend publiekrechtelijk karakter van het geschil is de gewone rechter bevoegd. Rechtbank, Hof en Hoge Raad vertonen op dit punt geen enkele twijfel. Dit standpunt is conform de gevestigde jurisprudentie[3] en de literatuur.[4] Bepalend voor de bevoegdheid van de gewone rechter is het karakter van de eis; de aard van het recht waarin de eiser vraagt te worden beschermd; het petitum. Ziet de eiser kans zijn eis te formuleren in termen van art. 2 RO dan is de rechter daarmee bevoegd.[5] Bestuursgeschillen kunnen dus wanneer ze in termen van art. 2 RO worden geformuleerd ter beslechting worden voorgelegd aan de gewone rechter.

Geen van de bijzondere wetsbepalingen, die een regeling geven voor de beslechting van bestuursgeschillen doet afbreuk aan deze conclusie. Art. 136 Grondwet, dat de beslissing van geschillen tussen openbare lichamen opdraagt aan de Kroon, bevat het voorbehoud 'tenzij deze (geschillen) behoren tot de kennisneming van de rechterlijke macht of hun beslissing bij de wet aan anderen is opgedragen'. Het oude artikel 79 bevatte een vergelijkbare uitzondering voor de geschillen vermeld in art. 167 Grondwet (oud) en voor die waarvan de beslissing krachtens art. 168 Grondwet (oud) waren opgedragen aan de gewone rechter of aan een college met administratieve rechtspraak belast.[6] De artt. 28, 42, 53, 62, 75 en 85 Wet gemeenschappelijke regelingen, waarin de beslissing van bestuursgeschillen wordt opgedragen aan GS of de Kroon, maken steeds het voorbehoud 'voor zover zij niet behoren tot die, vermeld in art. 112, eerste lid van de Grondwet of tot die waarvan de beslissing krachtens art. 112, tweede lid van de Grondwet is opgedragen aan hetzij de rechterlijke macht hetzij aan gerechten die niet tot de rechterlijke macht behoren'. Dit zelfde gold voor het oude art. 7 Wet gemeenschappelijke regeling 1950, dat in de zaak GCN-Nieuwegein van toepassing was. Ten slotte hield ook art. 32 van de Herindelingswet van 15 maart 1971 geen belemmering voor de bevoegdheid van de gewone rechter in. Dit artikel droeg aan de Kroon de beslissing op van geschillen waarvan de beslissing niet aan anderen is opgedragen.

In al deze gevallen is de bevoegdheid van de Kroon om bestuursgeschillen te beslissen dus subsidiair.

7. De bevoegdheid van de gewone rechter wordt bepaald door het karakter van de eis. Daarom is het niet alleen mogelijk bestuursgeschillen aan hem voor te leggen waarin gelijkwaardige bestuurslichamen of organen tegenover elkaar staan, maar hij is ook bevoegd te oordelen in geschillen tussen hogere en lagere overheidslichamen.[7]

De verslechterende economische toestand van het land brengt de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken ertoe op 29 mei 1981 een circulaire *Ombuigingen gemeentefonds 1981* naar de gemeentebesturen te zenden. In de circulaire kondigt de Staatssecretaris een tussentijdse verlaging aan van de uitkeringen uit het Gemeentefonds met f. 133 miljoen. Deze verlaging zal voor de helft worden bereikt door een verlaging van het schaalbedrag per inwoner met een voor iedere gemeente gelijk bedrag en voor de andere helft door een verlaging van het uitkeringspercentage.

In kort geding vordert de gemeente Delft intrekking dan wel het buiten toepassing laten van de circulaire. Door uitvoering van de circulaire dringt de Staat via een tussentijdse korting op de lopende door GS goedgekeurde begroting, de gemeente een extra bezuiniging op. Dit is onrechtmatig. Het is in strijd met de in de gemeentewet gewaarborgde gemeentelijke autonomie, met de Financiële Verhoudingswet (in het bijzonder art. 11) en met algemene beginselen van behoorlijk bestuur (détournement de pouvoir, opgewekte verwachtingen, rechtszekerheid).

De President Rechtbank Den Haag wijst de vordering af. Van strijd met de gemeentewet is geen sprake. Dit geldt evenmin voor strijd met de Financiële Verhoudingswet. Weliswaar was het vormvereiste van art. 11a Financiële Verhoudingswet 1960 geschonden, maar bij naleving van dit artikel had de gemeente naar het oordeel van de President geen belang. Ook is er geen sprake van détournement de pouvoir, verwachtingen die zouden moeten worden gehonoreerd of onzorgvuldigheid. De President komt tot de slotsom dat niet kan worden gezegd dat de Staat, alle betrokken belangen in aanmerking nemend, onder de gegeven omstandigheden in redelijkheid geen uitvoering kon geven aan de beleidslijn zoals aangekondigd in de circulaire van 29 mei 1981.[8]

8. Ook hier is er sprake van een duidelijk bestuursgeschil. Partijen zijn twee openbare lichamen. Het geschil dat hen verdeeld houdt, betreft de verstrekking van openbare financiële middelen door het ene lichaam aan het andere.

Nadat de President de uitvoering van het door de Staat in de circulaire aangekondigde beleid had getoetst aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, toetst hij samenvattend marginaal. Verschillende factoren kunnen hierbij een rol hebben gespeeld. Het vonnis van de President Rechtbank Den Haag dateert van voor het arrest Amsterdam-Ikon, waarin de Hoge Raad rechtstreekse toetsing aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur aanvaardt.[9] Bovendien is er anders dan bij GCN-Nieuwegein tussen de Staat en Delft geen sprake van een contractuele relatie of van wanprestatie. De vordering van de gemeente Delft was gebaseerd op onrechtmatige daad. Tenslotte vroeg Delft in feite aan de President om een oordeel over een algemene gedragslijn van de Staat die naar verwachting uiteindelijk zou leiden tot een door de wetgever vast te stellen verlaagd bedrag voor de algemene uitkering in de gemeentefondsbegroting.[10]

9. De voorlopige conclusie kan zijn dat er geen belemmeringen zijn om bestuursgeschillen aan de gewone rechter voor te leggen. De geschillen moeten daartoe in termen van art. 2 RO worden gevat. De gewone rechter is dan bevoegd. Als er geen bijzondere administratieve rechtsgang openstaat, zal de eiser ontvankelijk zijn. De opdracht in verschillende wetsartikelen aan de Kroon tot beslissing van bestuursgeschillen staat aan de bevoegdheid en ontvankelijkheid niet in de weg, omdat in deze artikelen steeds een voorbehoud wordt gemaakt voor de geschillen die vallen onder art. 112 of art. 167 (oud) en 168

(oud) Grondwet. De toetsing van de gewone rechter zal, naar mag worden aangenomen, meer dan marginaal zijn, zonder dat precies valt te zeggen hoe ruim deze toetsing zal zijn.

10. Een bestuursorgaan of lichaam zal in een vordering bij de gewone rechter tegen een ander bestuursorgaan of lichaam niet ontvankelijk zijn, indien er een bijzondere administratieve beroepsgang openstaat. Dit kan zich voordoen indien er sprake is van een voor Arob-beroep vatbare beschikking.

In de gemeente Ouddorp ligt aan de Oude Nieuwlandseweg het kampeerterrein 'De Groene Weide'. Het kampeerterrein is aangekocht door de gemeente Rotterdam en wordt feitelijk door een ambtenaar van de gemeente Rotterdam beheerd. Het ligt in de bedoeling het kampeerterrein uit te breiden met 52 standplaatsen en 40 parkeerplaatsen. Volgens het geldende bestemmingsplan 'Landelijk gebied' heeft het perceel waarop de uitbreiding moet worden gerealiseerd de bestemming 'Agrarische doeleinden'. De voorgenomen uitbreiding is ook in strijd met het al goedgekeurde, maar nog niet van kracht zijnde bestemmingsplan 'Oudeland en Oude Nieuwland' waarin het perceel de bestemming 'Beschermd Agrarisch gebied' heeft. Op 26 september 1985 neemt de gemeenteraad van Goedereede een voorbereidingsbesluit om vergunning te kunnen verlenen voor het bouwplan voor de uitbreiding. Het provinciaal bestuur van Zuid-Holland weigert echter een verklaring van geen bezwaar te verlenen. De uitbreiding strookt niet met het in het streekplan 'Zuid-Holland Zuid' neergelegde beleid. Een verdere uitbreiding van recreatieterreinen op de kop van Goeree is niet aanvaardbaar. Bij hoge uitzondering zou een uitbreiding kunnen worden toegestaan, als er sprake is van een kwaliteitsverbetering.

De Afdeling rechtspraak toetst in beroep eerst het beleid van de provincie. Daarvan wordt vastgesteld dat het berust op een ruime mate van beleidsvrijheid en dat het gevoerde restrictieve beleid niet als onredelijk of anderszins onaanvaardbaar kan worden aangemerkt.

Dan gaat de Afdeling na of er in dit geval sprake is van een bijzondere omstandigheid die een afwijking van het beleid rechtvaardigt. Het feit dat de provincie Zuid-Holland de begroting van de gemeente Rotterdam heeft goedgekeurd, die verband houdt met de verwerving van het terrein, levert een dergelijke omstandigheid niet op. De begrotingstoetsing op grond van art. 245a gemeentewet strekt zich niet zover uit dat daarbij een gedetailleerde beoordeling plaatsvindt van de planologische aanvaardbaarheid van hetgeen de gemeente wil (doen) verrichten op de aangekochte grond. Het feit dat de gemeente Rotterdam met het aangekochte terrein nu niets kan doen, komt voor haar eigen risico, omdat ze in de koopovereenkomst op dit punt geen ontbindende voorwaarde heeft laten opnemen.[11]

Ook in deze zaak is er sprake van een bestuursgeschil. Partijen zijn bestuursorganen. Ter discussie staat het te voeren planologisch beleid. Toch wijkt de behandeling van de zaak door de Afdeling rechtspraak niet af van een behandeling in het geval waarin een burger in beroep gaat. De Afdeling past de door Duk voorgestane toetsing in twee fasen toe; eerst de toetsing van het beleid en dan de toetsing aan het beleid.[12] De enige bijzonderheid is dat de Afdeling een oordeel moet geven over de rechtsgevolgen van het begrotingstoezicht op grond van art. 245a gemeentewet. De uitkomst daarvan was mede gezien het beleid gericht op beperking van toezicht en toezichtsverhoudingen voorspelbaar.[13]

11. Doorgaans zal er in een Arob-zaak over een bestuursgeschil sprake zijn van een orgaan van de lagere overheid, dat in beroep gaat tegen een beschikking van een orgaan van een hoger overheidslichaam. Het omgekeerde kan echter ook het geval zijn.

In verband met de verbreding van de Van Brienenoordbrug moeten de woningen Bovenstraat 149 tot en met 163 en Koninginneweg 75 tot en met 79 en 82 tot en met 88 te Rotterdam aan hun bestemming worden onttrokken om te kunnen worden gesloopt. De woning Koninginneweg 73 moet ook aan haar bestemming worden onttrokken maar is bedoeld als tijdelijke kantoorruimte voor het project. De woningen zijn reeds eigendom van het Rijk. Op 25 oktober 1985 verlenen B en W van Rotterdam toestemming voor de onttrekking onder de voorwaarde dat door Rijkswaterstaat een financiële compensatie van f. 291.969,— wordt betaald. De hoofdingenieur-directeur van Rijkswaterstaat, directie Zuid-Holland gaat op grond van art. 56, derde lid Woningwet tegen dit besluit in beroep bij GS van Zuid-Holland. GS verklaren het beroep ongegrond. Tegen dit besluit stelt de hoofdingenieur Arob-beroep in. Naar zijn mening hebben B en W in dit geval niet in redelijkheid tot het stellen van de voorwaarde kunnen besluiten omdat met het uit te voeren werk zowel het algemeen belang als het specifiek belang van de gemeente Rotterdam wordt gediend. Hij verwijst naar een uitspraak van de Afdeling van 30 juli 1985 over een woningonttrekking te Leiden ten behoeve van de Nederlandse Spoorwegen. Daarin brachten zwaarwegende gemeentelijke belangen met zich mee dat de voorwaarde van een geldelijke compensatie achterwege moest blijven. B en W stellen hiertegenover dat de voorwaarde van financiële compensatie op grond van art. 56 Woningwet ook gerechtvaardigd is in gevallen waarin het algemeen belang met de onttrekking is gediend.

De Afdeling stelt vast dat er in dit geval een belang van de gemeente Rotterdam is bij de verbetering van de verkeerscirculatie ter plaatse. De omvang van dit belang is niet nauwkeurig te bepalen, omdat het samenloopt met het algemeen verkeersbelang. Het aandeel van dit laatste belang is echter zo groot dat er daarnaast geen sprake kan zijn van een zwaarwegend specifiek gemeentelijk belang. Het besluit tot toestemming onder de voorwaarde van financiële compensatie is daarmee bestand tegen een marginale redelijkheidstoetsing en een toetsing aan de overige beroepsgronden van art. 8 Wet Arob.[14]

12. In zijn noot onder de uitspraak brengt Hennekens de toetsing door de Afdeling rechtspraak na een voorafgaand administratief beroep ter sprake. Bij de woningonttrekkingszaak in Leiden was in beroep bij GS de financiële voorwaarde gesneuveld, omdat er sprake was van een specifiek belang van de gemeente. De Afdeling stelt in die zaak vast dat GS van Zuid-Holland doel en strekking van art. 56 Woningwet niet hebben miskend door bij de beoordeling van de vraag of er een voorwaarde aan de toestemming tot woningonttrekking behoort te worden verbonden, mee te bezien of met de uitvoering van de plannen ook specifieke belangen van de gemeente Leiden worden gediend. Ook dit besluit van GS is daarmee bestand tegen een marginale redelijkheidstoetsing.[15]

De voorafgaande toetsing in administratief beroep van gemeentelijke besluiten tot het verlenen van toestemming voor woningonttrekking is een andere dan de toetsing in Arob-beroep door de Afdeling rechtspraak. GS kunnen in beroep het gemeentelijk besluit bestuurlijk volledig heroverwegen. Art. 56, tweede lid geeft B en W beleidsvrijheid bij het verbinden van voorwaarden aan een besluit tot toestemming. Dit behoeft echter geen terughoudende toetsing in beroep te betekenen.[16] De Afdeling rechtspraak toetst het besluit in beroep genomen aan de gronden van art. 8 Wet Arob. De voorafgaande ruime toetsing in administratief beroep door GS zou een reden kunnen zijn waarom de Afdeling rechtspraak allereerst een marginale redelijkheidstoetsing pleegt. Deze opmerking zou van belang kunnen zijn voor de categorie bestuursgeschillen, waarin een lager bestuursorgaan in beroep gaat tegen een door een hoger bestuursorgaan in

beroep genomen beschikking. Veel belang zou ik er echter niet aan willen hechten omdat de Afdeling na de toetsing aan de marginale redelijkheid (volledigheidshalve) ook toetst aan de overige beroepsgronden.[17]

13. Ten slotte kan er in Arob-beroep sprake zijn van een bestuursgeschil tussen twee gelijkwaardige bestuursorganen.

Op 17 mei 1985 wijzen B en W van Utrecht het verzoek van M. om bijstand in de aflossingskosten van een lening af. Een op grond van art. 34 Algemene Bijstandswet door M. ingediend bezwaarschrift wordt ongegrond verklaard. Tegen dit besluit gaan B en W van Nieuwegein in beroep bij de Afdeling rechtspraak. Zij hebben de gemeente op 7 februari 1984 borg gesteld voor een door M. bij de Gemeentelijke Kredietbank te Utrecht afgesloten lening van *f* 6.207,— voor de kosten van woninginrichting. Tevens hebben ze M. een aanvullende bijstandsuitkering verleend voor een gedeelte van de aflossingskosten. Inmiddels is M. naar Utrecht verhuisd. Door de weigering van het gemeentebestuur van Utrecht vrezen B en W van Nieuwegein dat hun gemeente als borg uitgewonnen zal worden. De Afdeling oordeelt B en W ontvankelijk. De (mogelijke) uitwinning van de borgstelling is een aangelegenheid waardoor B en W in een eigen specifiek belang kunnen worden getroffen. Het gaat om de vervulling van een taak die in het kader van de Algemene Bijstandswet uitdrukkelijk aan hen als zodanig is toevertrouwd. Uit de weigering van B en W van Utrecht om aanvullende bijstand toe te kennen vloeit echter niet rechtstreeks voort dat N. in gebreke zal blijven bij het aflossen van de door hem gesloten lening. De afwijzende beschikking van B en W van Utrecht raakt B en W van Nieuwegein niet rechtstreeks. Daarom kunnen B en W van Nieuwegein in hun beroep niet worden ontvangen.[18]

14. De uitspraak illustreert dat achter de eis 'rechtstreeks in zijn belang getroffen zijn', in feite twee eisen schuilen. Appellant moet belanghebbende zijn. Dit wil zeggen dat het om een eigen belang van hem moet gaan of om een belang dat hem als zodanig is toevertrouwd. Anderzijds moet hij ook feitelijk rechtstreeks in zijn belang zijn getroffen.[19] In de civiele jurisprudentie leidt het niet voldoen aan de eerste eis tot niet-ontvankelijkheid en het niet voldoen aan de tweede tot het ontzeggen van de eis. In het administratieve procesrecht wordt geen onderscheid gemaakt. In beide gevallen is het oordeel niet-ontvankelijkheid. Van een bijzondere benadering bij bestuursgeschillen is echter geen sprake.

Bij geschillen tussen gelijkwaardige bestuursorganen kan zich overigens dezelfde situatie voor doen als bij geschillen tussen particulieren. Het geschil wordt 'via de band van een (ander) bestuursorgaan' aan de Afdeling rechtspraak voorgelegd.

B en W van Beuningen vragen schorsing van het besluit van GS van Gelderland van 12 september 1988. Bij dit besluit is op grond van art. 229 gemeentewet het besluit van de gemeenteraad van Nijmegen tot het instellen van een groenten- en warenmarkt, wekelijks op dinsdag van 10.00 tot 15.00 op een parkeerterrein in het stadsdeel Lindenholt goedgekeurd. B en W vrezen nadeel voor de eveneens op dinsdag in Beuningen te houden weekmarkt. Na het besluit vooralsnog te hebben aangemerkt als een beschikking wordt het verzoek om schorsing niet ingewilligd.

De Voorzitter houdt hierbij o.m. rekening met een onderzoek ingesteld door de Vereniging van Stads- en Economische Geografen te Nijmegen waaruit zou blijken dat de reikwijdte van een wijkmarkt in deze gemeente ongeveer 1,5 km bedraagt. Van onevenredig nadeel is geen sprake.[20]

15. De mogelijkheid voor bestuursorganen om in beroep te gaan tegen beschikkingen is verruimd door het vervallen per 1 januari 1989 van art. 5 onder j Wet Arob.[21] Voor deze datum sloot art. 5 aanhef en onder j Arob-voorzieningen tegen beschikkingen tot het toekennen, wijzigen, intrekken of weigeren van financiële bijdragen aan publiekrechtelijke lichamen uit. Deze uitzondering was, zij het niet meer beperkt tot beschikkingen van het rijk, overgenomen van de Wet bab.[22] Uit de totstandkoming van het artikel leidde de Afdeling een beperkte interpretatie af. De wetgever heeft slechts beoogd die beschikkingen inzake financiële bijdragen van de werkingssfeer van de wet uit te sluiten die de specifieke materie van de financiële verhoudingen tussen verschillende overheden raken. Beschikkingen betreffende geldelijke uitkeringen waarvoor het niet van belang is of degene die er aanspraak op maakt een publiekrechtelijk lichaam is, vallen buiten de werking van art. 5 aanhef en onder j.[23] Doordat in de Afdelingsjurisprudentie de financiële verhoudingen tussen overheidsorganen centraal staan, is anderszins begrijpelijk dat art. 5 aanhef en onder j niet alleen van toepassing werd geacht op het toekennen van een bijdrage, maar ook op de verplichting om aan een ander lichaam een bijdrage te verlenen.[24]

Art. 5 aanhef en onder j Wet Arob leidde tot onbillijke gevolgen, vooral in die gevallen waarin de lagere overheid hoofdzakelijk functioneert als doorgeefluik van rijksbijdragen. De burgers kunnen dan wel een Arob-voorziening vragen tegen de subsidiebeschikking van het orgaan van de lagere overheid. Voor dit orgaan bood de Wet Arob echter geen mogelijkheid om de voorliggende en bepalende financiële beschikking van de rijksoverheid aan te vechten. Schrapping van het artikel werd dan ook al in 1981 bepleit.[25] Nadat de regering oorspronkelijk de werking van art. 5 aanhef en onder j wilde beperken tot die bijdragen, die niet bestemd waren voor andere natuurlijke of rechtspersoon en later door een wijziging van de Provincie en gemeentewet de toepassing ervan op specifieke uitkeringen wilde uitsluiten, is uiteindelijk het onderdeel geheel geschrapt. Het betreffende wijzigingsontwerp van de Provincie- en gemeentewet is ingetrokken.[26] Dat de schrapping van art. 5 aanhef en onder j leidt tot een sterk toegenomen gebruik van Arob-voorzieningen blijkt nog niet uit de gepubliceerde jurisprudentie. De regering verwacht dit ook niet en mevr. Ter Brugge sluit zich daarbij aan.[27]

16. De conclusie uit het voorgaande kan zijn dat het voor de toepassing van de Wet Arob geen verschil uitmaakt of een particulier of een bestuursorgaan van de voorzieningen van de wet gebruik maakt. Dat bestuursorganen van de mogelijkheden die de Wet Arob biedt gebruik zouden maken, is door de wetgever voorzien. Om ontvankelijkheidsvragen op dit punt te voorkomen bepaalt art. 4 dat ten aanzien van personen of colleges met enig openbaar gezag bekleed, de hun als zodanig toevertrouwde belangen voor de toepassing van deze wet als hun belangen worden beschouwd.[28] De interpretatie van art. 4 is ruim. Het artikel biedt ook de mogelijkheid tot beroep voor een bestuursorgaan tegen een besluit van een ander bestuursorgaan binnen hetzelfde publiekrechtelijke lichaam.[29]

Anderzijds wordt wel steeds getoetst of het belang waarin het bestuursorgaan wordt getroffen wel door attributie of delegatie ter behartiging aan hem is opgedragen.[30] Steenbeek en Stroink wijzen er nog op dat art. 4 voor de toepassing van de Wet Arob een eigen regime biedt. Niet van betekenis zijn daardoor in dit verband art. 177 gemeentewet – de bevoegdheid van de raad om te beoordelen of vanwege de gemeente een rechtsgeding zal worden gevoerd –, art. 212 eerste en derde lid – de uitoefening van deze bevoegdheid zowel in civiele als in administratieve procedures door B en W indien de raad daartoe besluit en art. 77 gemeentewet – de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de burgemeester in alle rechtsgedingen.[31] Hetzelfde geldt voor art. 115 Provinciewet – de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de Commissaris van de Koningin – en art. 106 – de bevoegdheid van GS om conservatoire maatregelen te treffen en het nodige te doen ter voorkoming van verjaring en verlies van recht of bezit.

Indien een bestuursorgaan met behulp van art. 4 Wet Arob een bestuursgeschil aanhangig maakt, doen zich overigens noch wat de procedure, noch wat de beoordeling betreft bijzonderheden voor. Zo gelden ook voor bestuursgeschillen de beperkingen van het beschikkingsbegrip van art. 2 Wet Arob. Beroep tegen besluiten van algemene strekking, waarvan bij bestuursgeschillen nogal eens sprake kan zijn, is uitgesloten.

17. De regel dat een eiser in een civiele procedure niet ontvankelijk wordt verklaard, wanneer voor hem een administratieve rechtsgang openstaat die met voldoende waarborgen is omkleed, geldt ook voor het administratieve beroep op de Kroon. Het Benthem-arrest heeft hier in beginsel geen verandering in gebracht.[32] Een bestuursorgaan zal dus wanneer tegen een besluit administratief beroep is opengesteld van deze mogelijkheid gebruik moeten maken. De Kroon, maar soms ook GS, zijn daarmee bevoegd om in administratief beroep van bestuursgeschillen kennis te nemen. Wanneer we ons verder beperken tot het beroep op de Kroon, zal daarop in veel gevallen art. 1, tweede lid TwK niet van toepassing zijn. De uitzondering van art. 1, tweede lid geldt namelijk slechts voor de 'zuivere' bestuursgeschillen. Dit wil zeggen de geschillen die uitsluitend door openbare lichamen of organen aan de beslissing van de Kroon kunnen worden onderwerpen. Tegen een besluit waartegen voor ieder of voor belanghebbenden beroep is opengesteld, kunnen zowel particulieren als bestuursorganen opkomen. In dit geval is art. 1, eerste lid TwK van toepassing. De Afdeling geschillen van bestuur van de Raad van State is dan bevoegd.

De gevallen waarin zowel voor bestuursorganen als burgers beroep openstaat zijn talrijk. Een bekend voorbeeld vormt art. 29 vierde lid Wet op de ruimtelijke ordening, het beroep tegen besluiten betreffende goedkeuring door GS van bestemmingsplannen. De Afdeling geschillen van bestuur komt er in dit geval doorgaans niet aan te pas, omdat de andere uitzondering van art. 1, tweede lid TwK werkt namelijk de besluiten van algemene strekking. Komt een gemeentebestuur echter op grond van art. 29 vierde lid WRO in beroep tegen het onthouden van goedkeuring aan een postzegelbestemmingsplan, dan is er geen sprake van een besluit van algemene strekking en evenmin van een zuiver bestuursge-

schil. De Afdeling geschillen van bestuur is bevoegd.[33] Andere voorbeelden waarin zowel voor een bestuursorgaan als voor een burger beroep is opengesteld vormen art. 26 eerste lid Monumentenwet, art. 43 eerste lid Algemene Bijstandswet en art. 11a vierde lid Wegenwet. In de onderwijswetgeving hangt het van de aard van de school af of er sprake is van een bestuursgeschil of niet. De artikelen waarin beroep is opengesteld leiden ook hier doorgaans niet tot zuivere bestuursgeschillen.[34]

Op grond van art. 63 Afvalstoffenwet gaan B en W van Zaanstad bij de Kroon in beroep tegen de op 12 mei 1987 door GS van Noord-Holland verleende vergunning voor de vuilverbrandingsoven gelegen aan de Ringweg 289 te Zaandam. B en W kunnen zich met een aantal voorschriften die aan de vergunning is verbonden niet verenigen. De vuilverbrandingsoven zal nog maar kort in gebruik zijn en met het voldoen aan de voorschriften zijn hoge kosten gemoeid. Ook tegen andere voorschriften hebben B en W om verschillende redenen bezwaar. De Afdeling laat bepaalde voorschriften in stand, vernietigt enkele andere omdat er sprake is van strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel en voorziet zelf in de zaak na vernietiging van bepaalde voorschriften door andere daarvoor in de plaats aan de vergunning te verbinden.[35]

Het feit dat hier sprake is van een bestuursgeschil levert geen enkele bijzonderheid op. Samen met deze uitspraak zijn nog twee andere uitspraken van de Afdeling geschillen van bestuur en één KB gepubliceerd, waarin bestuursorganen samen met particulieren beroep aantekenen tegen besluiten tot het verlenen van Afvalstoffenwetvergunningen.[36] Ook in deze gevallen is er noch qua procedure noch qua beoordeling verschil tussen de behandeling van de beroepen ingediend door particulieren en die door bestuursorganen. Voor de Afdeling geschillen van bestuur zijn, evenals voor de Afdeling rechtspraak bestuursgeschillen gewone geschillen.

18. Dit zelfde geldt voor de Kroon in beroep wanneer er wel sprake is van een zuiver bestuursgeschil.

Op 29 mei 1989 stelt de Staatssecretaris van Financiën de algemene uitkering uit het Gemeentefonds over het uitkeringsjaar 1984 voor de gemeente Terschelling vast op een bedrag van f. 5.720.845,14. Voor de vaststelling van dit bedrag is van belang de toepassing van het Besluit verfijning algemene uitkering rioleringen 1984. Op grond van dit besluit komt een gemeente voor een extra uitkering in aanmerking wanneer zij in het betreffende jaar aansluiting van woningen op het rioleringsnet realiseert. Het gemeentebestuur van Terschelling geeft op dat het om 107 aansluitingen gaat. Naar het oordeel van de Staatssecretaris zijn het er maar 36. Het verschil zit in het feit dat de Staatssecretaris twee gebieden, nl. Lies en Midsland aan Zee aanmerkt als een complex in de zin van het verfijningsbesluit. Voor een complex worden twee aansluitingen geteld. Het gemeentebestuur telt de woningen ieder afzonderlijk en rekent per woning één aansluiting. Onder een complex verstaat het Besluit een ruimtelijk samenhangende groepering van vakantiewoningen die functioneel een éénheid vormt. Het gemeentebestuur meent dat daarvan pas sprake is als de woningen bedrijfsmatig als een éénheid worden geëxploiteerd. Dit is niet het geval. De woningen zijn het eigendom van een groot aantal individuele particulieren.

De Kroon meent dat voor deze strikte interpretatie geen steun kan worden gevonden in de wet, het daarop steunende Besluit of de geschiedenis van de totstandkoming van deze regelingen. Ze merkt de vakantiewoningen te Midsland aan Zee aan als een project en die te Lies

niet, omdat in dit gebied de verhouding vakantiewoningen tot de overige bebouwing ongeveer 30 op 70 is. Op de argumenten van de gemeente Terschelling dat door het optreden van de Rijksoverheid een bepaald vertrouwen is gewekt, gaat de Kroon in het geheel niet in.[37]

Het KB is illustratief voor de aard van de bestuurlijke toetsing in administratief beroep. De Kroon maakt zelf uit op welke argumenten van de appellant zij in wil gaan en op welke niet. Aan het beroep van de gemeente op algemene beginselen van behoorlijk bestuur wordt geen aandacht geschonken. De vraag waar het in het KB om gaat is echter niet typisch voor administratief beroep. De Kroon moet beslissen wat verstaan moet worden onder het begrip complex en of er in casu van een complex sprake is. Beleidsmatige aspecten behoeven daarbij geen rol te spelen. De vraag zou evengoed door een rechterlijke instantie kunnen worden beantwoord. Dat er in dit KB sprake is van een bestuursgeschil levert geen bijzonderheden op. Eerder valt het omgekeerde te signaleren. Gelet op de partijen is er sprake van een bestuursgeschil. Inhoudelijk heeft dit geschil echter betrekking op de interpretatie van een vage term, namelijk het begrip complex. In de doctrine nemen we dan aan dat de rechter volledig mag toetsen.[38] Toetsing door een bestuursorgaan met het oog op het bijzondere karakter van het geschil is dus in dit geval niet noodzakelijk.

19. Ten slotte kunnen op grond van art. 136 Gw – in het verleden art. 79 Gw – bestuursgeschillen aan de Kroon worden voorgelegd. Zoals hiervoor al is aangegeven is de bevoegdheid van de Kroon op grond van dit artikel subsidiair.

Bij de uitvoering van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren is het beleid erop gericht het passieve waterkwaliteitsbeheer en het zuiveringsbeheer op te dragen aan kwaliteitsbeheerders. Dit kunnen zijn provincies, waterschappen of zuiveringsschappen. Uit deze beleidslijn vloeit voort dat gemeentelijke zuiveringstechnische werken in beheer, onderhoud en eigendom overgedragen moeten worden aan waterkwaliteitsbeheerders. Op verschillende plaatsen heeft dit aanleiding gegeven tot bestuurlijke wrijving.

In de provincie Noord-Holland is de uitvoering van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren gedelegeerd aan het hoogheemraadschap van de Uitwaterende Sluizen in Kennemerland en Westfriesland en het hoogheemraadschap Rijnland. Voor het niet tot beide hoogheemraadschappen behorend gebied is het zuiveringschap Amstel-en Gooiland opgericht. Eén van de bevoegdheden van de hoogheemraadschappen en het zuiveringsschap is het in beheer en onderhoud overnemen van gemeentelijke zuiveringsinstallaties. Daartoe zijn in de loop van de tijd overeenkomsten gesloten. Alleen de gemeente Velsen weigerde aan zo'n overeenkomst mee te werken. Omdat zij het effluent van haar zuiveringsinstallatie loost op Rijkswater is het hoogheemraadschap Rijnland naar haar mening niet bevoegd. Daarnaast zouden de inwoners van Velsen door de overname betrokken worden in de verontreinigingsheffing van Rijnland, die hoger is dan de bijdrage die de inwoners nu aan de gemeente betalen. In het verschil van mening heeft het provinciaal bestuur gedurende enige jaren een bemiddelende rol gespeeld. Toen dit niet tot een oplossing leidde, hebben dijkgraaf en hoogheemraden van Rijnland op grond van art. 121 Provinciewet GS van Noord-Holland formeel verzocht in het bestaande geschil te willen bemiddelen. Daaraan gevolg gevend stelden GS in 1983 voor de gemeentelijke installatie over te dragen aan het hoogheemraadschap. Zij baseren zich daarbij op art. 42 Verordening waterkwaliteitsbeheer Rijnland, dat een dergelijke overname opdraagt aan het hoogheemraadschap. Het gemeentebestuur van Velsen aanvaardt het voorstel niet. Daarop dragen GS het geschil ter beslissing aan de Kroon voor. Overigens had het gemeentebestuur van Velsen de Kroon al verzocht het besluit van GS inhoudend het bemiddelings-

voorstel te vernietigen, terwijl GS goedkeuring hadden onthouden aan een gemeenteraadsbesluit tot het ter beschikking stellen van een krediet voor de voorbereiding van een nieuwe rioolwaterzuiveringsinstallatie. Een besluit van de Verenigde Vergadering van Rijnland tot het ter beschikking stellen van een voorbereidingskrediet voor de bouw van een zuiveringsinstallatie in Velsen kreeg wel goedkeuring.

De Kroon maakt korte metten met de gemeente. Op grond van art. 42 Verordening waterkwaliteitsbeheer Rijnland is het hoogheemraadschap gehouden de rioolwaterzuiveringsinstallatie over te nemen. De opvatting dat de inwoners van Velsen daardoor hogere zuiveringskosten moeten gaan betalen kan daar niet aan afdoen. In het algemeen geldt als uitgangspunt dat beheer van zuiveringsinstallaties door waterschappen in verband met hun grotere financiële draagvlak doelmatiger is dan beheer van een installatie door gemeenten. Hierdoor kunnen de zuiveringslasten die de burgers binnen het waterschapsgebied gezamenlijk moeten opbrengen, beperkt blijven. De Kroon beslist dat de gemeente Velsen gehouden is medewerking te verlenen aan het binnen één jaar overdragen van de installatie.[39]

20. Geschillen als deze zijn eerder aan de Kroon voorgelegd.[40] De annotatoren bij deze uitspraken nemen meestal de gelegenheid te baat om een uiteenzetting te geven over de betekenis van art. 136 Gw./79 Gw (oud). Daarin overheerst de vraag in hoeverre dit nog een nuttig en noodzakelijk artikel is. Op de aard van het geschil en de wijze van toetsing gaat men doorgaans niet of maar in beperkte mate in. In het geval Velsen ligt dit anders. Van der Net onderschrijft de Kroon-uitspraak, terwijl Akkermans nogal kritisch is. Hij betrekt de gemeentelijke autonomie in zijn beschouwing. Vanuit dit gezichtspunt is het oordeel van de Kroon niet erg bevredigend. Gezien echter de inhoud van de provinciale verordening waterkwaliteitsbeheer Rijnland, die door de Kroon was goedgekeurd, is het voor mij de vraag of de uitkomst van de geschilbeslechting in dit geval een andere had kunnen zijn. Opmerkelijk in het geval is, dat het om een duidelijk bestuursgeschil gaat dat ter beslechting aan het hoogste bestuursorgaan wordt voorgelegd, waarbij echter een toetsing aan een wettelijk voorschrift doorslaggevend is. Uiteraard ligt er achter deze toetsing een beleidskeuze, maar die was in feite al eerder gedaan. De vraag die open blijft is of gemeenten en in het algemeen lagere corporaties over voldoende waarborgen beschikken om zich te verzetten tegen beleidskeuzen die op hoger niveau zijn gemaakt. Achter deze vraag ligt de vraag naar de positie van de lagere publiekrechtelijke corporaties in het staatsverband.

21. Het hiervoor gegeven overzicht is betrekkelijk toevallig samengesteld. Het berust niet op een integrale en systematische verzameling van bestuursgeschillen in de jurisprudentie van de gewone rechter, de Afdeling rechtspraak, de Afdeling geschillen van bestuur en de Kroon. Het heeft geen representatieve pretentie. De bedoeling was enkel een eerste kennismaking met het verschijnsel bestuursgeschillen.

Toch is het mogelijk op basis van dit beperkte overzicht al een paar conclusies te trekken. De eerste is dat de categorie bestuursgeschillen wordt gekenmerkt door één gemeenschappelijke eigenschap: het gaat om geschillen tussen bestuurslichamen of bestuursorganen. Voor het overige kunnen bestuursgeschillen sterk uiteenlopen. Verschillende rechters of beroepsorganen kunnen

bevoegd zijn om van een bestuursgeschil kennis te nemen. In het algemeen zal het geschil betrekking hebben op aspecten van overheidsbeleid. De mate waarin dit het geval is verschilt echter sterk. Behalve door de hoedanigheid van partijen worden bestuursgeschillen naar mijn mening door geen andere gemeenschappelijke eigenschap gekenmerkt.

22. De bestuursgeschillen die tot de competentie van de Kroon behoren, kunnen op twee manieren worden aangespannen. De tekst van art. 1, tweede lid TwK geeft dit aan door te spreken over 'door het instellen van beroep of op een andere wijze'. Hiermee correspondeert het onderscheid dat in het Utrechtse rapport Bestuursgeschillen wordt gemaakt tussen vertikale en horizontale bestuursgeschillen.[41] Verticale bestuursgeschillen zijn de geschillen die door het instellen van beroep bij de Kroon aanhangig worden gemaakt. Voorbeelden hiervan zijn de beroepen die een bestuursorgaan kan instellen tegen besluiten van hogere bestuursorganen tot het al dan niet goedkeuren van de besluiten van de eerste bestuursorganen (bijv. de art. 235, 244 en 245a gemeentewet, art. 18 Woningwet, art. 12 derde lid Algemene bijstandswet, art. 131 Wet op de bedrijfsorganisatie, diverse artikelen uit de Wet gemeenschappelijke regelingen, art. 25 Waterstaatswet 1900 enz.). In deze voorbeelden gaat het om zuivere bestuursgeschillen, waarop art. 1 tweede lid TwK van toepassing is. Daarnaast bestaan – zoals gezegd – de gevallen waarin beroep op de Kroon tegen een goedkeuringsbesluit is opengesteld voor zowel een bestuursorgaan als voor anderen. Een voorbeeld daarvan vormt art. 29 tweede lid Wet op de ruimtelijke ordening. De tweede groep van zuivere verticale bestuursgeschillen, die ter beslissing aan de Kroon kunnen worden voorgelegd, zijn de beroepen tegen aanwijzingen of verplichtingen opgelegd door hogere bestuursorganen (bijv. art. 4 tweede lid Brandweerwet, art. 39 tweede lid Wet op de Ruimtelijke Ordening, art. 6 vierde lid Wet op de Bejaardenoorden enz.).[42] In de gevallen van verticale bestuursgeschillen waarover de Kroon bevoegd is, gelden de procedureregels van de Wet op de Raad van State die betrekking hebben op de wijze van werken van de Afdeling voor de geschillen van bestuur (art. 32 e.v.).

23. Bij een horizontaal bestuursgeschil is er geen sprake van een lager orgaan dat bij de Kroon in beroep gaat tegen een besluit van een hoger orgaan. In beginsel is er sprake van een gelijkwaardige verhouding tussen bestuursorganen of lichamen die een geschil hebben. Deze geschillen kunnen aan de Kroon worden voorgelegd.[43] Art. 136 Grondwet geeft hiervoor een algemene regeling. Op grond van art. 26 Wet op de Raad van State moet worden aangenomen dat ook in deze gevallen de artt. 32 e.v. van deze wet van toepassing zijn.

Met art. 136 Gw. correspondeert art. 150 gemeentewet, dat overigens betrekking heeft op zowel horizontale als verticale bestuursgeschillen. In deze geschillen gedragen de gemeentebesturen zich naar hetgeen door de Kroon wordt beslist. Wanneer het gaat om horizontale geschillen, dus tussen gemeenten onderling, waterschappen onderling en gemeenten en waterschappen, en gemeenten, waterschappen en lichamen ingesteld bij gemeenschappelijke rege-

ling, draagt art. 121 Provinciewet de colleges van GS op deze in der minne te doen bijleggen. Het geschil wordt aan de Kroon ter beslissing voorgedragen, indien GS in hun poging tot minnelijke schikking niet slagen. De beslissingen opgedragen aan de rechterlijke macht of een college met administratieve rechtspraak belast, zijn hiervan uitgezonderd.

Voor de waterschappen correspondeert art. 19 aanhef en onder V Waterstaatswet met art. 121 Provinciewet. Volgens art. 19 aanhef en onder V besluiten de colleges van GS over geschillen tussen waterschappen. Van deze beslissingen staat voor de Commissaris van de Koningin en alle belanghebbenden beroep open op de Kroon. De Kroon is op grond van de artt. 4 en 65 Waterstaatswet rechtstreeks bevoegd wanneer er verschil van mening bestaat tussen twee of meer colleges van GS over waterstaatsbelangen die hen gemeenschappelijk aangaan of over gemeenschappelijk uit te oefenen toezicht.

De Wet gemeenschappelijke regelingen tenslotte bevat een aantal artikelen die betrekking hebben op horizontale bestuursgeschillen. De colleges van GS zijn volgens art. 28 bevoegd bij geschillen over de toepassing van een regeling tussen besturen van de deelnemende gemeenten of tussen besturen van één of meer gemeenten en het bestuur van het openbaar lichaam of het gemeenschappelijk orgaan. Ter voorkoming van onevenredig nadeel hebben de colleges van GS in deze gevallen de bevoegdheid tot schorsing en tot het treffen van een voorlopige voorziening. Voor de regelingen tussen waterschappen is niet voorzien in een regeling van mogelijke geschillen. Kennelijk is aangenomen dat op grond van art. 19 aanhef en onder V Waterstaatswet GS in deze gevallen het bevoegde orgaan is. Voor de regelingen tussen gemeenten en waterschappen verklaart art. 62 Wet gemeenschappelijke regelingen art. 28 van overeenkomstige toepassing. De procedure voor de behandeling van deze gevallen is geregeld in de provinciale geschillenverordeningen, die op grond van art. 109 Provinciewet door Provinciale Staten moeten worden vastgesteld. De geschillen over de toepassing van regelingen tussen provincies, tussen gemeenten en provincies, tussen gemeenten, provincies en waterschappen en tussen provincies en waterschappen worden krachtens de artt. 42, 53, 75 en 85 Wet gemeenschappelijke regelingen bij Koninklijk Besluit beslist. Steeds maakt de Wet gemeenschappelijke regelingen echter een uitzondering voor de geschillen vermeld in art. 112 eerste lid Grondwet of die waarvan de beslissing krachtens art. 112 tweede lid is opgedragen aan de rechterlijke macht, hetzij aan gerechten die niet tot de rechterlijke macht behoren.

Noten

1. H.R. 10 april 1987, AB 1987, 336; NJ 1988, 148 m.nt. WHH.
2. H.R. 23 juni 1989 RvdW 1989, 176, Br 1989, p. 930.
3. H.R. 31 december 1915 NJ 1916, p. 407 Guldemond-Noordwijkerhout, bevestigd in H.R. 18 augustus 1944 NJ 1944/45, 598 Alkmaar-provincie Noord-Holland.
4. O.m. P. de Haan, Th. G. Drupsteen en R. Fernhout, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, deel 2, Deventer 1986, p. 281 e.v.; A.M. Donner, Nederlands bestuursrecht, algemeen deel 1987, p.

347 e.v. en H.D. van Wijk/W. Konijnenbelt, Hoofdstukken van administratief recht Culemborg 1988, p. 396.

5. Dat er sprake zou zijn van een absurd systeem (M.J.P. Verburgh, Privaatrecht en collectief belang, Zwolle 1974 p. 28) of van sacrale terminologie en een onzinnige constructie (J.C.M. Leijten, Wie komt daar uit zijn hokje? Over civiele rechtspraak en haar greznen, R.M. Themis bijzonder nummer De grenzen van de functie van de rechter 1974 p. 690) laat ik in het midden. Het voordeel van het stelsel is dat het de gewone rechter altijd in staat stelt een aanvullende rechtsbescherming te bieden (vgl. A.M. Donner t.a.p.).
6. Zie C.A.J.M. Kortmann, De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987, Deventer 1987, p. 372.
7. Ik spreek gewoon van lagere overheidslichamen of lagere overheid. Het modieuze, verhullende begrip mede-overheid krijg ik niet uit mijn pen.
8. Pr. Rb. 's-Gravenhage 8 sept. 1981, AA 1983 p. 261-268 m.nt. J. Bokma en M.C.B. Burkens.
9. H.R. 27 maart 1987, AB 1987, 273 m.nt. F.H.v.B., Br. 1987 p. 533 m.nt. P. de Haan; zie over de rol die abbb kunnen vervullen bij privaatrechtelijk optreden van de overheid H.J. Simon, De directe toetsing getoetst, over publieke normen in het privaatrecht, Br. 1988 p. 2-12.
10. Later in het Landbouwvliegersarrest (H.R. 16 mei 1986 N.J. 1987, 251 m.nt. M.S.) kiest de Hoge Raad voor een marginale toetsing van algemeen verbindende voorschriften. Zie over het arrest P.J.J. van Buuren, De rechter en onrechtmatige wetgeving, preadvies NJV 1987, Zwolle 1987, p. 36 e.v. en E.J.M. Polak, idem p. 143 e.v.
11. Afd. rechtspraak R.v.St. 7 april 1988, Br. 1989 p. 110-111.
12. W. Duk, De zachte kern van het bestuursrecht, R.M. Themis 1978 p. 564-587 en idem, Maatstaven voor beoordeling van sancties, Ars Aequi 30 (1981) p. 231-238; zie ook W. Duk, Beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid, RM Themis 1988, p. 156-169.
13. Zie Tweede Kamer 1988-89, 19403 Nieuwe bepalingen met betrekking gemeenten (Gemeentewet) nr. 10 Memorie van Antwoord p. 30-42; zie ook 1985-86, 19403 nr. 3 Memorie van Toelichting p. 13-23.
14. Afd. rechtspraak R.v.St. 10 augustus 1988 AB 1988, 542 m.nt. P.v.B., Gem. stem 6869, nr. 3 m.nt. HH: vergelijk ook de uitspraak van dezelfde datum, Gem. stem 6869 nr. 4 in de zaak van de dijkgraaf en heemraden van het Waterschap IJsselmonde tegen G.S. van Zuid-Holland over woningonttrekking ten behoeve van een dijkverbreding.
15. Afd. rechtspraak R.v.St. 30 juli 1985, Br. 1986 p. 45.
16. De jurisprudentie van de Afd. rechtspraak in taxivergunningzaken, waaruit de noodzaak van een terughoudende toetsing in administratief beroep bij beleidsvrijheid van lagere organen is afgeleid, heeft buiten de Wet autovervoer personen geen toepassing gevonden. Afd. rechtspraak R.v.St. 28 juni 1979 AB 1980, 110 m.nt. O. Scheltema-de Nie; vgl. P. de Haan, Th. Drupsteen, R. Fernhout, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, deel 2, Deventer 1986 p. 260.
17. Een andere kwestie is het door Hennekens ter sprake gebrachte probleem, dat het beroep op G.S. tevens elementen van toezicht in zich draagt. Dit geldt voor het administratief beroep in het algemeen. Door de beperking van het Kroonberoep als gevolg van de TwK zal de kritische aandacht zich nu gaan richten op het beroep op G.S.
18. Afd. rechtspraak R.v.St. 26 januari 1987, Gem. stem 6842 nr. 5 m.nt. J.M. Kan.
19. Vgl. J.B.J.M. ten Berge en A.Q.C. Tak, Nederlands administratief procesrecht Zwolle, 1983 p. 166 e.v.
20. Vz. Afd. rechtspraak R.v.St. 3 november 1988, AB 1989, 396 m.nt. J.H. v.d. V., Gem. stem 6881 m.nt. B.
21. Zie hierover M. ter Brugge, Afbouw negatieve lijst Wet Arob: vergroting rechtsbescherming?, NJB 1989 p. 1178-1182 en M.M. Bense, Specifieke uitkeringen naar de verkeerde Afdeling?, Gemeentestem 1989, nr. 6873 p. 93.
22. J.G. Steenbeek, F.A.M. Stroink, Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen, 's-Gravenhage 1988 p. 185.
23. O.m. Afd. rechtspraak R.v.St. 24 april 1987 AB 1988, 184 polderdistrict Tieler- en Culemborger waarden.
24. Afd. rechtspraak R.v.St. 10 juni 1989 Gem. stem 6888 m.nt. B.
25. J.B.J.M. ten Berge en A.J.G. Reinders, Rechtsbescherming terzake van financiële uitkeringen aan overheden, NJB 1981 p. 220-226.

26. Zie M. ter Brugge, t.a.p.; ook B.L.W. Visser, Rechtsbescherming van lagere overheden, Hinken op twee gedachten, NTB 1987 p. 46-52.
27. MvA bij wetsvoorstel 16945 tot wijziging van de Wet arob p. 10-13 (geciteerd bij Visser) en M. ter Brugge t.a.p. p. 1181; zie ook M.M. Bense, t.a.p.
28. Zie over deze bepaling J.A. Borman, Procesrecht in Arobzaken, Zwolle 1987 p. 41 en J.G. Steenbeek, F.A.M. Stroink, Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen, 's-Gravenhage 1988 p. 155 e.v.
29. J.G. Steenbeek, F.A.M. Stroink, a.w. p. 158.
30. Idem, p. 156 e.v.
31. A.w. p. 157.
32. H.R. 12 december 1986, Br. 1987 p. 230 m.nt. N.S.J. Koeman, AB 1987, 151 m.nt. F.H.v.d.B., NJ 1987, 381 m.nt. M.S. en Tijdschrift voor Milieu en Recht 1987 p. 381 m.nt. E. Gerritzen-Rode, Dekker-Barneveld.
33. Zie voor de chaos in de rechtsbescherming rond de Wet op de Ruimtelijke Ordening K. van Rijckevorsel, Het wetsontwerp Tijdelijke Wet Kroongeschillen, Bouwrecht 1986, p. 393-398 en J.B.J.M. ten Berge en F.C.M.A. Michiels, Rechtsbescherming in de ruimtelijke ordening, Bouwrecht 1989, p. 799-807.
34. Zie J.B.J.M. ten Berge. M.C. Burkens, P.J.J. van Buuren, De Tijdelijke wet Kroongeschillen, Zwolle 1987 p. 57 e.v.
35. Afd. gesch. van bestuur R.v.St. 6 april 1989 AB 1989, 462 m.nt. FO.
36. Respect. K.B. 22 sept. 1988, A.B. 1989, 460; Afd. gesch. van bestuur R.v.St. 21 febr. 1989 AB 1989, 461 en Afd. gesch. van bestuur R.v.St. 14 april 1989 AB 1989, 463 m.nt. F.O.
37. K.B. 17 juli 1989 AB 1989, 457.
38. Vgl. A.M. Donner, Nederlandse bestuursrecht algemeen deel, Alphen aan den Rijn 1987 p. 97 en W. Duk, publicaties genoemd in noot 14.
39. K.B. 20 augustus 1987 AB 1988, 70 m.nt. B.J. vd N, AA 1988 p. 768 m.nt. prof. mr. drs. P.W.C. Akkermans.
40. Zie K.B. 10 oktober 1980 AB 1981, 419 m.nt. J.R.S.
41. Rapport Bestuursgeschillen: Kroon of rechter? p. 9 en 59 e.v.
42. Bijlage A bij het rapport-Bestuursgeschillen bevat een overzicht van 153 wetsartikelen, die voor een bestuursorgaan beroep openstellen op de Kroon.
43. Bijlage B van het Utrechtse rapport Bestuursgeschillen bevat een overzicht van 23 wetsbepalingen die betrekking hebben op horizontale bestuursgeschillen.

3. Waarom de Kroon?

24. Op verschillende plaatsen in ons staats- en bestuursrechtelijk stelsel wordt de Kroon aangewezen als de instantie voor de beslechting van bestuursgeschillen. Art. 136 Gw bevat de meest algemene bepaling. Hiermee corresponderen andere in het vorige hoofdstuk genoemde wetsartikelen. In de geschillen tussen gemeenten, waterschappen en gemeenten en waterschappen is een bemiddelende rol weggelegd voor de colleges van GS op grond van art. 121 Provinciewet. De uiteindelijke beslissing ligt bij de Kroon. Alleen aan art. 28 Wet gemeenschappelijke regelingen ontlenen Gedeputeerde Staten een beslissende bevoegdheid. De keus voor de Kroon is bevestigd in art. 1, tweede lid Tijdelijke Wet Kroongeschillen. De vraag is waarom de wetgever de Kroon het meest aangewezen orgaan acht voor de beslechting van bestuursgeschillen.

25. De argumenten voor de uitzondering van art. 1, tweede lid TwK zijn het gemakkelijkst na te gaan. De parlementaire behandeling vond nog maar kort geleden plaats. Ten Berge, Burkens en Van Buuren vatten deze samen.[1]

De regering maakt een onderscheid tussen de verschillende soorten bestuursgeschillen die van de werking van de TwK zijn uitgezonderd. Allereerst zijn er de geschillen waarop art. 136 Grondwet en artikelen uit de Wet gemeenschappelijke regelingen van toepassing zijn. Deze geschillen worden niet bij wijze van beroep aan de Kroon voorgelegd omdat ze veelal niet een genomen besluit betreffen maar betrekking hebben op gebleken verschillen van inzicht over de interpretatie van wettelijke voorschriften of de consequenties van gevoerd of voorgenomen beleid. Om twee redenen wordt hier voor de Kroon gekozen. De noodzakelijkerwijs terughoudende opstelling van een rechter betekent een verlies ten opzichte van de mogelijkheden die het Kroonberoep biedt. Daarnaast dienen geschillen tussen overheden bij voorkeur beslist te worden door het hoogste bestuursorgaan dat beschikbaar is, de Kroon. Dit argument speelt ook voor de groep van bestuursgeschillen die bestaat uit de gevallen waarin uitsluitend voor overheidsorganen of -lichamen Kroonberoep is opengesteld. Ook in deze gevallen ligt een beroep op de rechter niet voor de hand. De Kroon is vanouds bij uitstek de instantie geweest om ten aanzien van deze onderwerpen in volle omvang te beslissen. Volgens de regering moet deze situatie ongewijzigd blijven.[2] Bij de artikelsgewijze toelichting wordt uiteengezet wanneer er van een bestuursgeschil in de zin van de TwK sprake is.[3] Tenslotte dwingt art. 6 EVRM niet tot een nieuwe voorziening voor bestuursge-

schillen. Het Europese Verdrag is niet gericht op de bescherming van rechten van publiekrechtelijke lichamen.[4]

Het standpunt van de regering ondervond van de Kamer en in de literatuur weinig fundamentele kritiek.[5] Alle aandacht richtte zich op de eerste uitzondering, de besluiten van algemene strekking. Op vragen of er voor het beperkte aantal geschillen wel behoefte was aan een afzonderlijke regeling en of bij beroepen tegen goedkeuringsbesluiten van civielrechtelijke besluiten toch geen burgerrechtelijke rechten en verplichtingen in het geding konden zijn, volstond de regering met een herhaling van argumenten.[6]

Alleen klein-rechts kwam met principiële standpunten. Volgens het GPV gaat het bij bestuursgeschillen om geschillen tussen in beginsel gelijkwaardige overheden. Als tussen overheidslichamen rechtsgeschillen ontstaan is het goed dat de onafhankelijke rechter daarover oordeelt. Wanneer het om beleidsmatige geschillen zou gaan, dan zou de rechter moeten volstaan met een marginale toetsing. Voor de uitzonderingen van art. 1, tweede lid TwK, zag het GPV vooralsnog onvoldoende argumenten. De SGP stelde de zaak iets minder scherp. Hoewel de leden van de SGP-fractie hechtten aan de eenheid van beleid, vroegen ze zich af of waar aan lagere overheidsorganen en -lichamen bij de wet een zekere zelfstandige beleidsruimte is toegekend, de administratieve beroepsorganen daarmee geen rekening hebben te houden. Zou een garantie van die beleidsvrijheid niet meer gediend kunnen zijn met een vorm van administratieve rechtspraak, in casu door de Afdeling voor de geschillen van bestuur tot eindrechter te maken?[7]

Aan de principiële opmerkingen van het GPV gaat de regering geheel voorbij. De SGP-leden krijgen een apodictisch lesje bestuursrecht. Bij bestuursgeschillen gaat het om verschil van inzicht over bevoegdheden van de betrokken overheidsorganen of over de inhoud van het door één van beide of door beide te voeren beleid. Men komt er dan niet uit door te spreken van het bestaan van een bij de wet toegekende zelfstandige beleidsruimte die gerespecteerd zou moeten worden, aldus de regering.[8]

26. In het algemeen doet de redeneertrant van de regering nogal krampachtig aan. De weinig staats- en bestuursrechtelijk geschoolde kamerfracties krijgen de klassieke dogmatiek voorgeschoteld. Met inachtneming van het feit dat het in een parlementaire discussie er meestal niet omgaat de tegenstander te overtuigen, maar om het debat te winnen, is de argumentatie van de regering niet erg indrukwekkend. In het kort komt het erop neer dat het bij bestuursgeschillen gaat om beleidskwesties, om belangengeschillen. De rechter is dan in het nadeel. De Kroon die volledig toetst en zelf in de zaak kan voorzien, is de aangewezen instantie. Over de relativering van het onderscheid rechtmatigheidstoetsing-doelmatigheidstoetsing wordt niets gezegd. Of het onderscheid rechtsgeschillen-belangengeschillen nog wel te hanteren is, komt niet ter sprake. Op de positie van de lagere overheid in het staatsbestel en op het karakter van de verhouding tussen bestuurslichamen en -organen gaat de regering niet in. Het feit dat verschillende rechters wel een zekere mogelijkheid hebben om zelf in de zaak te voorzien, wordt niet vermeld.

Natuurlijk was er bij de behandeling van de TwK weinig tijd. Natuurlijk waren andere kwesties dan de bestuursgeschillen belangrijker. Toch blijft de wat krampachtige, nogal dogmatische manier waarop de regering de kwestie van de bestuursgeschillen behandelde, opvallend. Op een dergelijk moment lijkt het alsof hele ontwikkelingen in het bestuursrecht aan de Ministeries van Binnenlandse Zaken en Justitie voorbijgaan. Ik ga er niet vanuit dat dit het geval is. Eerder leidt mijns inziens onzekerheid over de gevolgen van veranderingen in de wetgeving tot krampachtigheid.[9] Dat we op deze manier in de sfeer van de rechtsbescherming al zo'n kleine eeuw achter de feiten aanlopen, is niet verwonderlijk. Tenslotte is het de vraag of het uitgangspunt van de regering – bij bestuursgeschillen gaat het om beleidskwesties – wel zo juist is. Uit ons overzicht blijkt, dat bestuursgeschillen een zeer uiteenlopend karakter kunnen hebben. In veel gevallen spitst het oordeel van de beslissende instantie zich toe op een rechtsvraag. Dat de regering echter gedurende de behandeling van de TwK geen tijd had voor een zorgvuldige analyse van het karakter van bestuursgeschillen valt haar moeilijk te verwijten.

27. Het argument van de regering dat de Kroon van oudsher als hoogste instantie verantwoordelijk is voor de beslechting van bestuursgeschillen is zonder meer juist. Met de uitzondering van art. 1, tweede lid TwK wordt dan ook een historische lijn doorgetrokken. De opdracht aan de Kroon van het huidige artikel 136 Gw verschijnt in vergelijkbare vorm als art. 70 in de Grondwet van 1887. Nieuw in 1887 was de uitzondering voor de geschillen die tot de kennisneming van de rechterlijke macht behoren of waarvan de beslissing bij de wet aan de gewone rechter of aan een college dat met administratieve rechtspraak is belast, is opgedragen. Voor 1887 gaf de Grondwet van 1848 deze uitzondering impliciet weer, door in art. 68 te spreken van alle geschillen van bestuur. Art. 68 droeg echter aan de Koning alleen de beslechting van geschillen van bestuur op die tussen twee of meer provincies ontstaan. Art. 132 Grondwet 1848 hield een regeling in voor de geschillen tussen gemeentebesturen. Provinciale Staten trachten deze in der minne te doen bijleggen. Slagen zij daar niet in en betreft het een geschil van bestuur, dan dragen zij het geval aan de Koning ter beslissing voor. Voor 1848 spraken de Grondwet van 1815 en 1840 in resp. art. 69 en 68 van alle geschillen. Onder dit regime stond de vraag ter discussie of de Koning ook bevoegd was privaatrechtelijke geschillen tussen provincies te beslechten. Na 1848 is dit geen vraag meer.

Art. 69 Grondwet 1815 correspondeert met art. 48 Grondwet 1814. De beslissing over alle geschillen welke tussen twee of meer provincies of landschappen zouden mogen ontstaan, berust bij de Soevereine Vorst. De grondwetten van 1806 en 1805 bevatten op dit punt geen regeling. De Staatsregeling van 1801 draagt in art. 64 de beslissing van alle geschillen 'zoo tusschen de onderscheidene Departementen als tusschen derzelver Leden en Gemeenten onderling over en omtrent alle zaken derzelver Bestuur betreffende, op aan het Staats-Bewind'. De Staatsregeling van 1798 geeft geen regeling voor bestuursgeschillen. Zij verklaart de departementale en gemeentebesturen als administratieve

lichamen ondergeschikt en verantwoordelijke aan het uitvoerend bewind (art. 147). Dit uitvoerend bewind heeft toezicht over de handelingen der departementen en gemeentebesturen. Het kan hun acten, zo die met de wetten strijdig zijn, in hun werking, gelijk ook hun leden in hun bedieningen, schorsen, en de laatste dadelijk afzetten (art. 107). Wel draagt de Staatsregeling in art. 183 de kennisneming van geschillen tussen gemeentebesturen op aan de departementale besturen (art. 183).[10]

28. Deze korte historische teruggang maakt meteen de achtergrond van het huidige art. 136 Gw duidelijk. De aanwijzing van een orgaan bevoegd tot het beslechten van bestuursgeschillen werd nodig geacht om problemen, die voor de Franse tijd de Republiek hadden verlamd, te voorkomen. Het gemis van een gezag dat in geval van een geschil tussen de soevereine provincies een beslissing kon opleggen en ook feitelijk kon doorzetten, vormde toen een groot bezwaar.[11] Volgens art. 16 van de Unie van Utrecht lag bij de Staten-Generaal de bevoegdheid uitspraak te doen in geschillen tussen provinciën.[12] De Staten waren echter niet steeds bij machte om – wanneer ze al tot besluitvorming konden komen – een machtige provincie als Holland te dwingen zich naar deze besluiten te gedragen. Daarbij kwam dat de bevoegdheidsverdeling tussen de Staten-Generaal en de Raad van State op een aantal punten onduidelijk was.[13] Toen in 1798 de éénheidsstaat werd geproclameerd en het federalisme afgezworen, was er voor een geschillenregeling geen noodzaak. Ze duikt op in de Staatsregeling van 1801, waarin de overmatige centralisatie van 1798 wordt afgezwakt. De éénheidsstaat in de vorm van het Bataafsche Gemeene-best blijft gehandhaafd, maar de departementen krijgen weer een zekere zelfstandigheid ten opzichte van het centrale gezag. Ze krijgen ook weer hun oude grenzen. Onder die omstandigheden moet een orgaan de bevoegdheid krijgen bestuursgeschillen te beslechten. Met de toegenomen centralisatie in 1805 en de invoering van het Koningrijk Holland in 1806 vervalt de noodzaak van een regeling weer. In 1813 wilde Van Hoogendorp de oude lijn doorzetten. De Staten-Generaal zouden op verzoek kunnen bemiddelen in geschillen tussen provincies. De grondwetgever van 1814 achtte dit een te vergaande restauratie en droeg de beslechting van alle geschillen tussen provincies op aan de Soevereine Vorst. In de woorden van Thorbecke behoorde dit 'tot de natuurlijke taak van het Hoofd van het Staatsbestuur'.[14]

29. Rond art. 48 Grondwet 1814 en de daarmee corresponderende artikelen in de opvolgende grondwetten is steeds discussie geweest. Zoals gezegd, was oorspronkelijk de vraag of onder alle geschillen ook de burgerrechtelijke twistgedingen vielen. In 1815 worden die bij uitsluiting tot de kennis van de regterlijke magt gerekend (art. 165 Gw 1815). De Koning was daar niet erg van onder de indruk, zoals ook uit het Conflictenbesluit bleek. Overigens ondervond hij daarbij oorspronkelijk steun in de literatuur. Later won de gedachte veld dat art. 69 Grondwet 1815 geen betrekking kon hebben op privaatrechtelijke geschillen en dat voor deze geschillen de opdracht aan de rechter van art. 165 Grondwet

1815 beslissend was.[15] Sinds 1848 lost de Grondwet dit vraagstuk op door te spreken van bestuursgeschillen.

Rond 1880 ontstaat een nieuw probleem, namelijk of de opdracht aan de Koning betrekking moet hebben op rechtsgeschillen en belangengeschillen of enkel op kwesties van beleid. Het onderscheid is afkomstig van Buys. Het hangt samen met zijn streven naar invoering van administratieve rechtspraak. Voor zover art. 68 Grondwet 1848 aan de Koning de mogelijkheid geeft geschillen van bestuur tussen provincies te beslechten, die het karakter hebben van rechtsgeschillen, is het met deze opvatting in strijd.[16] Met het oog op de invoering van administratieve rechtspraak krijgt het artikel dan ook in 1887 een andere formulering. Geschillen van bestuur die tot de bevoegdheid van de gewone rechter of een administratieve rechter behoren, worden in art. 70 Grondwet 1887 uitgezonderd. Daarmee werd overigens niet voorkomen dat de Koning zou kunnen oordelen over rechtsgeschillen tussen bestuursorganen. Betrof een dergelijk rechtsgeschil niet het eigendomsrecht, daaruit voortspruitende rechten, een schuldvordering of andere burgelijke regten en was er geen sprake van een opdracht aan de gewone of een adminstratieve rechter, dan was de Koning bevoegd. Van een opdracht aan een administratieve rechter was op het terrein van de bestuursgeschillen in feite tot 1976 met de invoering van de Wet Arob geen sprake.

30. Vanaf de tijd rond de Grondwetswijziging van 1887 staat het voortbestaan van het toenmalige art. 70 en het vroegere artikel 68 Grondwet 1848 ter discussie. Buys pleit voor afschaffing. Hij wordt later bijgevallen door Van Gelein Vitringa, Kranenburg, Oud, de Commissie-De Monchy, de opstellers van de Proeve van een Nieuwe Grondwet en Van der Net.[17] Volgens deze schrijvers is het artikel of onjuist – rechtsgeschillen moeten door een rechterlijke instantie worden beslist – of het is overbodig – de bevoegdheid tot beslechten van bestuursgeschillen kan op het niveau van de wetgever worden geregeld. Daartegenover staan schrijvers zoals Stellinga[18] en Crince le Roy,[19] die pleiten voor handhaving van het artikel en het een nuttige functie toekennen.

31. Deze discussie heeft voortgeduurd tot de grondwetsherziening die leidde tot de Grondwet van 1983. Ondanks bezwaren tegen het artikel in de literatuur stelde de regering voor een met art. 79 Grondwet (oud) vergelijkbaar artikel in de herziene Grondwet op te nemen. Art. 79 had in de praktijk waarde. Juist waar wetsbepalingen ontbreken die een regeling geven voor geschillen tussen openbare lichamen, stelt het voorgestelde artikel buiten twijfel dat er een instantie is die beslist in zodanige geschillen. De parlementaire behandeling van dit voorstel was niet erg enerverend. De Raad van State had, gezien het feit dat art. 79 in de afgelopen decennia nauwelijks was toegepast, voorgesteld om in de Memorie van Toelichting niet verder te gaan dan te zeggen dat genoemde bepaling in de praktijk waarde kan hebben.[20] De regering zag geen reden de memorie te wijzigen nu art. 79 van tijd tot tijd een nuttige functie bleek te hebben.[21]

De Tweede Kamer maakte zich vooral zorgen over de geschillenbeslechting

tussen waterschappen, die traditioneel is opgedragen aan GS. Bij ontbreken van een wettelijke regeling zou deze bevoegdheid door de algemene bewoordingen van het voorgestelde artikel overgaan op de Kroon. Slechts de VVD-fractie vroeg zich af of er door het voorgestelde artikel geen competentiestrijd tussen de rechterlijke macht en de Kroon zou kunnen ontstaan over de vraag in hoeverre beide instanties over een bestuursgeschil zouden mogen beslissen.[22] Voor een dergelijke competentiestrijd was de regering niet beducht. De schaarse jurisprudentie waarvan inmiddels enkele voorbeelden werden vermeld, geeft daartoe geen aanleiding. Het voorgestelde artikel gaat overigens uit van een zelfde begrip *geschil* als art. 79 Grondwet (oud). Dit betekent dat het hier om rechts- en belangengeschillen tussen lagere openbare lichamen gaat.[23] Om mogelijke problemen rond de geschillenoplossing tussen waterschappen door GS te voorkomen werd een additioneel artikel toegevoegd. Dit laat bepalingen in andere regelingen dan de wet, volgens welke geschillen tussen openbare lichamen op andere wijze dan bij Koninklijk Besluit worden beslist, gedurende vijf jaar van kracht (latere additionele artikel XXIX).[24] De Eerste Kamer besteedt geen aandacht aan de grondwettelijke regeling van de bestuursgeschillen.

32. Is de achtergrond van de grondwettelijke bevoegdheidsverlening aan de Kroon tot het beslechten van horizontale bestuursgeschillen vrij gemakkelijk na te gaan, veel moeilijker ligt dit voor de verticale bestuursgeschillen. De gevallen waarin voor een bestuursorgaan beroep openstaat bij de Kroon tegen een besluit van een ander, meestal hoger bestuursorgaan, maken deel uit van het brede gebied van het administratief beroep. De historische ontwikkeling van het administratief beroep is niet systematisch beschreven.[25] In het algemeen wordt de geschiedenis van de rechtsbescherming tegen de overheid in ons land éénzijdig weergegeven. Daarin krijgen alle ontwikkelingen op het gebied van de administratieve rechtspraak, waarvan er een groot aantal tot niets hebben geleid, uitgebreid aandacht. Wie echter iets in de gangbare handboeken probeert te vinden over de geschiedenis en achtergronden van het administratief beroep, vindt weinig. Het verhaal begint meestal bij de totstandkoming van de Wet op de Raad van State in 1861.[26] Maar toen bestond de mogelijkheid van administratief beroep bij geschillen van bestuur al. De wet van 1861 geeft voor de behandeling van deze geschillen een aantal procedurele regels. Daarmee was tevens het voortbestaan van de Raad van State veilig gesteld.[27] Juist nu het administratief beroep vermoedelijk in ons land haar laatste levensfase ingaat, zou een goed historisch overzicht van de ontwikkeling van deze vorm van rechtsbescherming en bestuurlijk toezicht in een behoefte voorzien; al was het alleen maar om straks een verantwoorde necrologie te kunnen schrijven.

33. Voor het doel van dit preadvies is het niet zo erg dat de geschiedenis van het administratief beroep weinig bekend is. Duidelijk is wel dat achter het openstellen van administratief beroep indertijd geen overwegingen scholen, zoals wij die nu kennen. De tegenstelling rechtmatigheidstoetsing-toetsing in

volle omvang, het zelf in de zaak kunnen voorzien en andere meer technische elementen kwamen pas later naar voren. Het ligt voor de hand te veronderstellen dat zeker het administratief beroep op de Kroon tamelijk organisch is gegroeid. In de tijd van de Republiek was er al sprake van een min of meer gemengd stelsel. Enerzijds achtte het Hof van Holland zich bevoegd kennis te nemen van schadevergoedingsacties wegens onrechtmatig overheidsoptreden, althans voor zover het statelijke en stedelijke overheden betrof. Men beschouwde dit als kwesties 'de meo et tuo'. De Staten van Holland hadden in het algemeen niet de neiging de bevoegdheid van het Hof op dit punt te bestrijden. De Unie-organen beschouwden zich overigens niet onderworpen aan de rechtsmacht van het Hof. Anders lag de situatie wanneer de vorderingen gericht waren op het verkrijgen van provisionele geboden of verboden jegens overheden. Dan hadden de Staten de neiging om tussenbeide te komen, omdat het dan ging om 'saeken van policie'. Te onderscheiden zijn dus, kort gezegd, de geschillen over subjectieve rechten, de zaken van justitie en de kwesties van beleid, de zaken van politie.[28] In de eerste zaken verleende de rechterlijke macht rechtsbescherming tegen de overheid. De behandeling van de zaken van de tweede soort behoorde tot de taak van het bestuur. Bij conflicten daarover kon men zich wenden tot een hoger overheidslichaam.

Voor zover ik het kan overzien, beheerst deze onderscheiding ook het beeld van de eerste helft van de negentiende eeuw. De ruime bevoegdheid van de rechterlijke macht werd bevestigd in art. 165 Grondwet 1815 en in het latere art. 2 Wet op de rechterlijke organisatie. Tot die bevoegdheid behoorden ook onrechtmatige daadsacties tegen de overheid, zeker wanneer ze gericht waren op schadevergoeding. Door de woorden 'bij uitsluiting' nam men afstand van het Franse stelsel, waarin met een beroep op de machtenscheiding de administratie geheel gevrijwaard was van rechterlijke controle. Ook in dit opzicht werd er teruggegrepen op de verhoudingen zoals die tijdens de Republiek golden. Dat de Franse opvatting invloed had gekregen bewijst het Conflictenbesluit, waarvan de ongrondwettigheid voor een aantal schrijvers onmiddellijk evident was. In 1844 werd het ingetrokken. Sindsdien bepaalt de gewone rechter zelf de omvang van zijn bevoegdheid in zaken tegen de overheid. Een toestand die – in de woorden van Drion – zonder twijfel door de grondwetgever van 1815 was bedoeld.[29] Met uitzondering van een periode in de tweede helft van de negentiende eeuw heeft de Hoge Raad deze bevoegdheid ruim opgevat. Bepalend was en is sinds 1915 het voorwerp van geschil, het petitum.[30]

Naast de justitiële geschillen stonden ook in het begin van de negentiende eeuw de geschillen van politie, de beleidsgeschillen. De beslechting daarvan behoorde tot de taak van het bestuur, sinds 1815 gepersonifieerd in de Koning. Beslechting van administratieve geschillen is een taak van de administratie zelf. Om deze reden was Thorbecke later dan ook geen voorstander van administratieve rechtspraak.[31] Tussen de verschillende taken van het bestuur of de uitvoerende macht werd waarschijnlijk onder het bewind van Koning Willem I weinig onderscheid gemaakt. Daarom kan mevr. Poortinga ook constateren, dat het beroep op de Kroon in deze periode sterk verweven lag met het spontane schorsings- en vernietigingsrecht.[32]

Over de behandeling van contentieuze zaken door de Koning bestond veel ontevredenheid. Voorstellen tot invoering van administratieve rechtspraak waren er dan ook in eerste instantie op gericht betere garanties voor een behoorlijke behandeling te bieden. Deze voorstellen haalden het echter niet. De opvatting dat de beslissing van publiekrechtelijke geschillen opgedragen moet blijven aan administratieve organen, krijgt de overhand. Voor de behandeling van geschillen van bestuur door de Koning geeft de Wet op de Raad van State sinds 1861 alleen een procedurele regeling. De bevoegdheid van de Koning om bestuursgeschillen te beslissen wordt daarin niet omschreven. Een algemene bevoegdheidsomschrijving zou het gevaar in zich houden, dat er een inbreuk werd gemaakt op de bevoegdheid van de rechter. De bevoegdheid van de Koning om te beslissen in geschillen van bestuur zou per afzonderlijke wet worden bepaald. Waar we echter weinig inzicht in hebben is de vraag op welke gronden in bepaalde wetten gekozen werd voor een beroep op de Kroon, terwijl men de geschillen in andere wetten aanmerkte als 'de meo et tuo'.

Bij de tweede administratieve rechtspraakgolf na 1880 wordt een nader onderscheid gemaakt binnen de publiekrechtelijke geschillen. Onder invloed van Buys wordt het onderscheid rechts- en belangengeschillen gangbaar. De rechtsstaatgedachte werd bepalend voor de vraag welk orgaan bestuursgeschillen moet beslechten. Uitgangspunt in een rechtsstatelijke benadering is dat de wet heerst over de rechtsbetrekkingen tussen bijzondere (rechts)personen en bestuursorganen. De wet geeft de grenzen van de bestuursbevoegdheid aan en formuleert de rechten en plichten van de burgers ten opzichte van het bestuur. Zolang het bestuur binnen deze grenzen blijft heeft het een vrije beleidsruimte. Binnen de wettelijke grenzen kan er alleen sprake zijn van belangengeschillen. Daartegenover staan de publiekrechtelijke rechtsgeschillen die betrekking hebben op de uitleg van de wettelijke bepalingen en de rechten en plichten van burgers. Uit rechtsstatelijk oogpunt is het onaanvaardbaar dat de administratie zelf beslist over deze rechtsgeschillen. Anderzijds zou een administratieve rechter niet kunnen beslissen over belangengeschillen, omdat de wet hem daarvoor geen aanknopingspunten biedt.[33]

Sindsdien is het onderscheid rechtsgeschil-belangengeschil gangbaar geworden in ons bestuursrecht. Met dit onderscheid hangt samen het scherpe onderscheid dat traditioneel werd gemaakt tussen administratieve rechtspraak en administratief beroep en het daarmee verbonden onderscheid tussen de volledige doelmatigheidstoetsing en de beperktere rechtmatigheidstoetsing. Ongetwijfeld heeft de brochure van Struycken bijgedragen tot het verscherpen van de tegenstelling. Nu zijn we zover dat iedere juridische student, al heeft hij of zij niet meer dan de propaedeuse, tenminste één ding weet: de rechter mag niet op de stoel van de administratie gaan zitten. Pas de laatste twintig jaar wordt het onderscheid administratieve rechtspraak-administratief beroep en rechtmatigheidstoetsing-doelmatigheidstoetsing weer gerelativeerd.[34]

34. Deze korte opmerkingen over het Kroonberoep bij verticale bestuursgeschillen leveren geen specifieke aanknopingspunten op voor verdere beschou-

wingen over de achtergronden van opdrachten tot geschillenbeslechting aan de Kroon. De beschrijving van de ontwikkeling van art. 136 Gw levert die wel. Het is duidelijk dat in deze ontwikkeling twee vragen een rol hebben gespeeld. De eerste vraag is of er voor het huidige art. 136 uit rechtsstatelijk oogpunt nog wel een plaats is, nu het ook de beslechting van rechtsgeschillen kan omvatten. We komen dan toch op de vraag wat tot het terrein van de (administratieve) rechter behoort en wat tot het terrein van de administratie zelf. Dit is natuurlijk ook de centrale vraag bij de verticale bestuursgeschillen.

De tweede vraag is of art. 136 zich verdraagt met het beginsel van de provinciale en gemeentelijke autonomie. We komen dan op de vraag naar de (rechts)positie van de lichamen van de lagere overheid in onze gedecentraliseerde rechtsstaat.

Een vraag die natuurlijk ook van direct belang is voor de beslechting van verticale bestuursgeschillen.

Noten

1. J.B.J.M. ten Berge, M.C. Burkens en P.J.J. van Buuren, De Tijdelijke Wet Kroongeschillen, Zwolle 1987, p. 65 e.v.
2. Tweede Kamer 1985-1986, 19497 nr. 3 M.v.T. p. 5.
3. Idem, p. 12.
4. Idem p. 3; zie ook H.R. 6 februari 1987 AB 1987, 272 m.nt. F.H. v.d. B., Tijdschrift voor Milieu en Recht 1987, p. 130 m.nt. P.W.A. Gerritzen-Rode, Br. 1987, p. 520 m.nt. N.S.J, Koemen, Aral.
5. Wel hebben schrijvers erop gewezen dat er ook bij een echt bestuursgeschil burgerrechtelijke rechten en verplichtingen in het geding kunnen zijn, o.m. N.S.J. Koeman, De Tijdelijke Wet Kroongeschillen, NJB 1986 p. 801-804 en E.M.H. Hirsch Ballin, De Afdeling voor de geschillen van bestuur als administratieve rechter, Gemeentestem 6816 (1986) p. 245-250.
6. Tweede Kamer 1986-1987, 19497 nr. 5 Nota naar aanleiding van het verslag, p. 24 en 25.
7. Tweede Kamer 1985-1986, 19497 nr. 4, Verslag p. 11.
8 Tweede Kamer 1986-1987, 19497 nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, p. 25.
9 Het mooiste voorbeeld daarvan is m.i. nog steeds het feit dat de autoriteit van Wiarda er aan te pas moest komen om vast te stellen dat de staart van de oude beschikkingsdefinitie van de Wet bab zonder problemen kon worden vervangen door 'gericht op enig rechtsgevolg'; Tweede Kamer 11279, nr. 32 bijlage bij verslag van mondeling overleg; zie Steenbeek/Stroink, a.w., p. 93 en Parlementaire geschiedenis van de Wet arob, J.H. van Kreveld, M. Scheltema en B.J. van Kersbergen, Groningen 1976 p. 162-167.
10. Van Hasselt, Verzameling van Nederlandse Staatsregelingen en Grondwetten, Alphen aan den Rijn 1964.
11. P.J. Oud, Het constitutioneel recht van het Koninkrijk der Nederlanden, deel II, Zwolle 1970 p. 404; ook T.J. Buys, De Grondwet, eerste deel Arnhem 1883, p. 292 e.v.
12. R. Fruin, Geschiedenis der Staatsinstellingen in Nederland tot den val der Republiek, uitgegeven door H.T. Colenbrander, ingeleid door I. Schöffer, 's-Gravenhage 1980, p. 195 e.v. en p. 309 e.v.
13. Idem p. 270 e.v. over het conflict tussen de Generaliteit en Holland over de afdanking van de troepen na de Vrede van Munster en p. 312 over een vergelijkbaar conflict tussen de provincies Zeeland, Utrecht en Friesland over de afdanking van de troepen na de Vrede van Utrecht (1713; einde van de Spaanse Successieoorlog).
14. J.R. Thorbecke, Aantekening I blz. 166, geciteerd bij Oud a.w., p. 404.
15. Zie E. Poortinga, Historische ontwikkeling van het leerstuk van de bestuursgeschillen, in J.B.J.M. ten Berge, A.F. Gaastra, H.T. Kernkamp en E. Poortinga, Bestuursgeschillen: Kroon of rechter?, Zwolle 1989, p. 30 e.v.

16. J.T, Buys, De Grondwet, eerste deel, Arnhem 1883 p. 294 en derde deel, Arnhem 1888 p. 116 e.v.; zie ook M. Schreuder-Vlasblom, De macht der kritiek, Zwolle 1987, p. 71 e.v. en J.P. de Jong, Bestuursrecht van vreemde herkomst, Zwolle 1988 p. 182-185.
17. Zie B.J. van der Net, noot onder K.B. 4 febr. 1980 AB 1980, 239; AA 1980, p. 516 m.nt. J. Wessel, Vlaardingen-Zuid-Holland over de aanleg van een compartimenteringsdijk.
18. Noot onder K.B. 10 okt. 1980 AB 1981, 419 Rucphen/West-Brabant over de overdracht van een zuiveringsinstallatie; zie ook zijn proefschrift Proeve eener vergelijking van publiekrechtelijke rechts- en belangengeschillen in het volkenrecht en in het Nederlandse rijksstaatrecht, 's-Gravenhage 1930, p. 82-91.
19. R. Crince le Roy, Geschillen van bestuur, Bestuurswetenschappen 1963, p. 78-99.
20. Tweede Kamer 1975-1976, 13995, nr. 3, Verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet van de bepaling met betrekking tot de voorziening in aangelegenheden, waarbij twee of meer gemeenten zijn betrokken, alsmede van de bepaling inzake geschillen tussen openbare lichamen, M.v.T., p. 4.
21. Idem, nr. 4, p. 8 en p. 10.
22. Tweede Kamer 1976-77, 13995 nr. 5, p. 4.
23. Idem, nr. 6, p. 6.
24. C.A.J.M. Kortmann, De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987, Deventer 1987, p. 372 acht het additionele artikel naast art. 140 Gw. overbodig.
25. B.J. van der Net, Wortels van administratief beroep en toezicht; rechtshistorische plaatsbepaling van een beginwaardering voor controlevormen van hoger administratief gezag, T.v.O. 1975 p. 377-382 en 409-414 biedt maar een eerste aanzet.
26. A.M. Donner, Nederlands bestuursrecht, Algemeen deel, Alphen aan den Rijn 1987, p. 310; ook J.M. Kan, De Afdeling voor de geschillen van bestuur, in Raad van State 450 jaar, 's-Gravenhage 1981 p. 197 e.v.
27. Zie W.F. Prins, De Raad van State 1814-1862, in Raad van State 450 jaar 's-Gravenhage 1981, p. 155 e.v.
28. Zie J. Drion, Administratie contra rechter tot de intrekking van het conflictenbesluit, 's-Gravenhage 1950 p. 1-32; zie ook A.M. Donner, Nederlands bestuursrecht, algemeen deel, Alphen aan den Rijn 1987; p. 32 en 33 en J.P. Jong, Bestuursrecht van vreemde herkomst, Zwolle 1988 p. 155-165.
29. J. Drion, a.w., p. 211.
30. Zie P. den Haan, Th. G. Drupsteen, R. Fernhout, Bestuursrecht in de sociale rechsttaat, deel 2, Deventer 1986, p. 281 en 282.
31. Zie A.L. Scholtens, Uit de practijk der beslissing van geschillen door de Kroon, Groningen 1913, p. 31 e.v.; verder J.P. de Jong, Bestuursrecht van vreemde herkomst, Zwolle 1988 p. 170-171 en A.M. Donner, Nederlands bestuursrecht, Algemeen deel, Alphen aan den Rijn 1987 p. 308 en 309.
32. J.B.J.M. ten Berge, A.F. Gaastra, H.T. Kernkamp, E. Poortinga, Bestuursgeschillen: Kroon of rechter?, Zwolle 1989, p. 17-20; zie ook J. van der Hoeven, De drie dimensies van het bestuursrecht, VAR-reeks 100, Alphen aan den Rijn 1989, p. 75 e.v..
33. Vgl. M. Schreuder-Vlasblom, De macht der kritiek, Zwolle 1989, p. 71 en J.P. de Jong, a.w. p. 182 en 183; zie ook J. van der Hoeven, a.w. p. 86 e.v.
34. Zie o.m. A.D. Belinfante, Beleid beschouwd, Alphen aan den Rijn 1969, p. 12; C.W.A. Timmermans, De adninistratieve rechter en de beoordelingsvrijheden van bestuursorganen, Leuven 1973, p. 175 e.v.; J. van der Hoeven, De grenzen van de rechterlijke functie in administratieve rechtspraak, R.M. Themis 1974, p. 658 en vooral P.J.J. van Buuren, H. Bolt en M. Scheltema, Kroonberoep en Arob-beroep, Deventer 1981.

4. De oprukkende rechter

35. Voor de beantwoording van de vraag naar de toekomstige regeling van bestuursgeschillen kunnen we, zoals in het vorige hoofdstuk bleek, niet om het onderscheid administratief beroep-administratieve rechtspraak heen. Dit is noch voor de schrijver noch voor de lezers een aantrekkelijke constatering. De paden zijn op dit terrein wel erg platgetreden. De argumenten waarom de beslechting van bestuursgeschillen aan bestuursorganen is opgedragen, hangen echter met dit onderscheid samen. Bovendien blijkt dat in de parlementaire behandeling rond art. 136 Grondwet toch de begrippen rechts- en belangengeschillen weer opduiken.

Het lijkt me niet stimulerend om in dit preadvies de dogmatiek rond doelmatigheid-rechtmatigheid, administratief beroep-administratieve rechtspraak en bestuur versus rechter nog weer eens op te poetsen. Ook de vraag of het onderscheid rechtmatigheidstoetsing-doelmatigheidstoetsing nog wel hanteerbaar is, ga ik niet bespreken. Voor een deel zouden dit, gezien art. 6 EVRM en de Benthem-uitspraak, achterhoedegevechten zijn. Helemaal onzinnige gevechten zouden het overigens niet zijn. Art. 6 EVRM en het Benthem-arrest dwingen ons tot aanpassingen in het stelsel van rechtsbescherming. Uit rechtsstatelijk oogpunt valt een beslechting van administratieve geschillen door een bestuursorgaan moeilijk te verdedigen.[1] Daar staat tegenover dat de ervaringen met het Kroonberoep op sommige beleidsterreinen niet ongunstig waren. Wat betreft de omvang van de toetsing, het rekening houden met nieuwe feiten en omstandigheden en het zelf in de zaak voorzien biedt administratief beroep in beginsel meer mogelijkheden dan administratieve rechtspraak. Ook de uitvoerige instructie, door bijvoorbeeld de Adviseur ten behoeve van de Raad van State bij de beroepen tegen bestemmingsplannen en de goedkeuring van onteigeningsbesluiten, en de Adviseur beroepen milieubeheer bij milieuberoepen kan een voordeel zijn.[2]

Wat we met de vervanging van het Kroonberoep door administratieve rechtspraak winnen op het punt van onafhankelijkheid staat tegenover een mogelijk verlies op het punt van de omvang van de toetsing en de proceseconomie. Of het saldo negatief of positief uitvalt, is moeilijk te zeggen. Daarvoor is het te zeer een appels en perenvergelijking. Wel is de gedachte dat we met het Kroonberoep tot een soort rechtsstatelijk Jutland van Europa waren geworden, nogal overdreven. Overigens zijn met de TwK en straks de TGV de verbindingen weer hersteld.

36. In de rechtsstatelijke traditie, waarvan art. 6 deel uitmaakt, krijgt de rechter een steeds belangrijker rol bij het bieden van rechtsbescherming en het toetsen van overheidsoptreden. Deze ontwikkeling is nog in volle gang. Zo is bepleit de rol van de rechter uit te breiden tot de beroepen tegen door bestuursorganen vastgestelde algemeen verbindende voorschriften.[3] Ook is bepleit het recht op toegang tot de rechter te erkennen als een grondrecht.[4] De versterking van de rol van de rechter bij de rechtsbescherming tegen de overheid maakt deel uit van een algemene tendens. De rechter krijgt daarin ten opzichte van de wetgevende en de uitvoerende macht een steeds belangrijker positie. Steeds meer belangrijke maatschappelijke vraagstukken moeten door de rechter worden afgehandeld.

Toch roept de versterking van de rol van de rechter ook wel vragen op. De belangrijkste is wel waarop de legitimatie van de rechter berust om een dergelijk centrale rol in het staatsbestel te spelen. Van een rechterlijk dictatorschap behoeft geen sprake te zijn.[5] Toch is het opmerkelijk dat de President Rechtbank Utrecht in ons land in beginsel bepaalt of er gestaakt mag worden, de President Rechtbank Den Haag of overheidshandelen aanvaardbaar is, de President Rechtbank Amsterdam of bepaalde uitingen in de media toelaatbaar zijn, terwijl de Voorzitters Afdelingen rechtspraak en geschillen van bestuur overheidsbesluiten al dan niet schorsen. Opmerkelijk is ook dat ieder zich in sterke mate aan het gezag van de rechter onderwerpt,[6] terwijl noch de wetgever noch het bestuur zonder meer op gezagsgetrouwe gehoorzaamheid aanspraak kunnen maken. Kennelijk leeft er een sterke overtuiging in onze samenleving dat het niet naleven van rechterlijke uitspraken leidt tot een onaanvaardbare maatschappelijke desintegratie. Het blijft intrigerend waarom die overtuiging voor het naleven van wettelijke voorschriften aanzienlijk minder diep is geworteld.

Wanneer het waar is dat we zouden toegroeien naar een concurrente besluitvorming door enerzijds het democratisch bestuur, waarin het dualisme tussen regering en parlement is vervaagd, en anderzijds de rechter heeft dit vergaande consequenties.[7] De eerste is dat de rechtspraak van een rechter die een zo centrale positie in de samenleving inneemt, blootstaat en bloot moet staan aan kritiek. Of het daarbij steeds te vermijden valt dat de persoon van de rechter in de kritiek wordt betrokken staat nog te bezien, zeker wanneer de rechtspraak in toenemende mate enkelvoudig wordt bedreven. Een tweede consequentie is dat, anders dan sommigen bepleiten, de benoeming van rechters juist niet een meer interne zaak zou moeten worden. Naarmate de rol van de rechter in het staatsbestel essentiëler is, zal er meer aandacht moeten zijn voor een verantwoord benoemingsbeleid. Een Raad voor de Magistratuur, uitsluitend samengesteld uit leden van de rechterlijke macht, zou dit benoemingsbeleid niet mogen monopoliseren.[8]

37. Voor de beslechting van bestuursgeschillen is de sterk toegenomen rol van de rechter van directe betekenis. Ook op het terrein van de rechtsbescherming tegen de overheid en de controle op overheidshandelen is de rechter voortdurend in opmars. Tegen deze achtergrond moet de vraag worden gesteld of de

argumenten die in het vorige hoofdstuk zijn genoemd voor de beslechting van bestuursgeschillen door de Kroon nog wel houdbaar zijn. Het oprukken van de rechter komt op dit terrein in twee ontwikkelingen tot uiting. De eerste betreft de gewone rechter. Door de groei van de administratieve rechtspraak is zijn rol als restrechter beperkter geworden. Daar staat tegenover dat hij deze rol met een grotere intensiteit vervult. Vier elementen vallen daarbij op. Allereerst de toegenomen belangstelling voor toetsing van algemeen verbindende voorschriften. Ten tweede de verruiming van de toetsingsmaatstaven voor de beoordeling van het overheidsoptreden. Ten derde het verruimde ontvankelijkheidsbeleid waarin ook algemene belangen onder de bescherming van art. 1401 BW kunnen vallen en ten vierde de toegenomen belangstelling voor schadevergoedingsacties bij de civiele rechter na een vernietiging of een onverbindendverklaring in een eerdere procedure bij de administratieve of de gewone rechter. Door deze elementen wordt de rol van de gewone rechter bij het bieden van rechtsbescherming tegen de overheid belangrijker, zonder dat dit overigens ten koste gaat van het administratief beroep.

De tweede ontwikkeling tast wel direct het terrein van het administratief beroep aan. Zij betreft de groei van de administratieve rechtspraak door de Wet Arob en de TwK. Deze groei zet zich met het voornemen om de Algemene Bijstandswet-zaken over te brengen naar de Raden van Beroep en de Centrale Raad van Beroep nog steeds door.[9]

38. De bevoegdheid van de gewone rechter in het kader van acties uit onrechtmatige overheidsdaad is in beginsel algemeen. Ze omvat feitelijk overheidshandelen, besluiten en handelen op grond van privaatrechtelijke bevoegdheden, besluiten en handelen in de strafrechtelijke en strafprocessuele sfeer en besluiten van algemene strekking, waaronder algemeen verbindende voorschriften. Slechts met beschikkingen en met andere besluiten waartegen een bijzondere administratieve voorziening openstaat, komt de gewone rechter niet direct in aanraking.

Vanouds toetst de gewone rechter lagere algemeen verbindende voorschriften aan de wet in formele zin. De jurisprudentie op art. 168 en 194 gemeentewet is klassiek, evenals het daarbij behorende leerstuk van de onsplitsbare wilsverklaring en de subtiele discussie over abstracte en concrete toetsing en het belang van dit onderscheid. Twee jaar geleden hebben we ons daar intensief mee bezig kunnen houden.[10] Bekend is ook dat het vaststellen van een lager algemeen verbindend voorschrift in strijd met een wet in formele zin, inclusief de Grondwet, een onrechtmatige daad oplevert.[11] Het vereiste van schuld bij de overheid heeft in deze gevallen geen zelfstandige betekenis.[12]

Deze toetsing van algemeen verbindende voorschriften verloopt indirect en achteraf. Indirect, omdat na overtreding van een lager algemeen verbindend voorschrift voor de strafrechter de onverbindendheid wordt ingeroepen. Achteraf, omdat pas nadat de onverbindendheid is vastgesteld een schadevergoedingsactie uit onrechtmatige daad wordt ingesteld.

Behalve aan wetten in formele zin worden lagere algemeen verbindende

voorschriften ook getoetst aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Deze toetsingsplicht van art. 94 Grondwet strekt zich ook uit tot de wetten in formele zin. Met name op grond van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van mens en de fundamentele vrijheden worden nogal wat bressen geschoten in Nederlandse wetgeving in formele zin en in lagere regelgeving.[13] Dat de rechter zich inlaat met algemeen verbindende voorschriften is dus op zich niet nieuw. Het huidige art. 94 Grondwet kwam al in 1953 als art. 65 in de Grondwet. Het krijgt echter pas de laatste tien jaar betekenis. Nu wordt in allerlei procedures bij voortduring een beroep gedaan op rechtstreeks werkende verdragsbepalingen. Nieuw is verder dat de rechter er ook toe overgaat op voorhand de overheid te verbieden uitvoering te geven aan algemeen verbindende voorschriften die met een wet in formele zin in strijd zijn of waarvoor de wet in formele zin geen toereikende basis biedt.[14] Het moet dan gaan om voorschriften die onmiskenbaar onverbindend zijn. Ook is de rechter bereid bij wijze van verklaring voor recht de onverbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift vast te stellen.[15] Verder is een verbod in kort geding om een wettelijke maatregel vast te stellen zonder dat het gebruikelijk overleg was gepleegd, mogelijk.[16]

Tegen de achtergrond van dit rechterlijk activisme is het pleidooi om rechtstreeks beroep open te stellen tegen besluiten van algemene strekking begrijpelijk.[17] In de bestuurspraktijk is het onderscheid tussen beschikkingen en uitvoeringsbesluiten van een algemene strekking toevallig en vloeiend. Beide kunnen bestuursbesluiten zijn. Voor een concentratie van de rechtsbescherming op individuele beschikkingen is onvoldoende reden meer.

De laatste barrière voor de rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften ligt in art. 120 Grondwet. In het Harmonisatiewet-arrest heeft de Hoge Raad deze barrière stevig overeind gehouden.[18] Het achterliggende argument, dat een wijziging van ons staatsrechtelijk bestel op dit punt tot stand moeten worden gebracht door de grondwetgever en niet door de rechter, is naar mijn mening juist. Tevens is in dit arrest de opening die sommigen, gezien de gewijzigde formulering van art. 120 Grondwet, zagen voor toetsing van de wet in formele zin aan algemene rechtsbeginselen,[19] afgesloten. Voor zover deze rechtsbeginselen niet zijn verwoord in een ieder verbindende bepalingen van internationale verdragen lijkt mij ook dit terecht.

De huidige minister van Justitie heeft in het recente verleden er blijkt van gegeven geen voorstander te zijn van handhaving van het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet.[20] Nu hij zich gedurende de kabinetsformatie daarvoor al sterk heeft gemaakt, mag worden verwacht dat hij zich ook verder zal inspannen om zijn naam te verbinden aan een wetsontwerp tot wijziging van de Grondwet op dit punt. Wanneer dit streven succes krijgt, en de kans daarop is groot, leidt dit tot een verdere versterking van de positie van de rechter in ons staatsbestel.

39. Is de rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften geïntensiveerd, dit zelfde geldt in het algemeen voor de aard van de toetsing. Voor de oorlog was omstreden of de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm van art.

1401 BW ook voor de overheid gold en zo ja, in welke gevallen. In de handboeken vermelden we nog trouw de onduidelijke jurisprudentie over het onderscheid overheid als zodanig -overheid vergelijkbaar met een bijzonder persoon. Erg relevant lijkt mij dit niet meer. Na de oorlog werd met de toetsing aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het Zandvoortse en het Doetinchemse woonruimtevorderingsarrest een nieuwe koers ingezet.[21] Het willekeur-criterium van het laatste arrest vormde lang het toetsingscriterium voor de Hoge Raad. Binnen de marginale redelijkheidstoetsing konden ook de overige abbb aan bod komen.[22] Hoewel verschillende schrijvers naar aanleiding van opeenvolgende arresten van de Hoge Raad het licht al zagen dagen,[23] ging de zon toch pas duidelijk op bij de arresten Tolkentarieven en Amsterdam-Ikon.[24]

In dit laatste arrest besliste de Hoge Raad dat een overheidslichaam bij het uitoefenen van zijn bevoegdheden uit een erfpachtsverhouding de algemene beginselen van behoorlijk bestuur – en derhalve ook het gelijkheidsbeginsel als één van die beginselen – in acht behoort te nemen. De gedachte dat het gelijkheidsbeginsel hier slechts aan de orde zou kunnen komen in het kader van de toepassing van een aan de overheid meer ruimte latende redelijkheidsmaatstaf en daarom hier een zwakkere werking dan in het bestuursrecht zou hebben, gaat uit van een onjuiste rechtsopvatting. De formuleringen die de Hoge Raad hanteert, zijn nogal stellig. Argumenten voor de stellingname, die een markering in de rechtsontwikkeling vormt, worden echter niet gegeven.

Naar aanleiding van dit arrest is de vraag gesteld of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het algemeen gelden voor privaatrechtelijke overheidsoptreden.[25] Mij lijkt van wel. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur gelden als ongeschreven rechtsnormen voor het bestuur.[26] Ze worden voor een deel in de Algemene wet bestuursrecht gecodificeerd.[27] Daarnaast bepaalt art. 3.1.1.15 NBW, dat burgerrechtelijke bevoegdheden niet mogen worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht.[28] Op grond van art. 3.1.1.16 is dit artikel ook buiten het vermogensrecht van toepassing voor zover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet. Mij lijkt dat dit zich in rechtsbetrekkingen waarin de overheid partij is niet zal voordoen.[29] Ik ga er dan ook vanuit dat de regel die de Hoge Raad in Amsterdam-Ikon formuleert voor een erfpachtsverhouding waarin de overheid partij is, geldt voor het gehele privaatrechtelijke en publiekrechtelijke terrein van het overheidsoptreden.

Een andere vraag is of algemene beginselen van behoorlijke bestuur op alle terreinen van het overheidsoptreden een zelfde werking zullen hebben. De Haan geeft aan dat deze werking voor de inhoud van de contracten met de overheid, voor de toetsing van feitelijke handelingen en voor die van de besluiten van algemene strekking verschillend kan zijn.[30] We hoeven echter niet zover te gaan om de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in privaatrechtelijke verhoudingen met de overheid vrijwel iedere zelfstandige betekenis te ontzeggen.[31] Deze opvatting is gebaseerd op een naar mijn mening te sterk aangezette tegenstelling tussen de vrijheid die in het privaatrecht zou heersen en de gebon-

denheid die het publiekrecht kenmerkt. De tegenstelling is er in beginsel wel, maar ze moet niet worden overdreven. Afhankelijk van de eisen die men in het concrete geval verbindt aan de eis van de maatschappelijke zorgvuldigheid, is de privaatrechtelijke vrijheid groter of kleiner. Anderzijds geeft het specialiteitsbeginsel in het publiekrecht maar een beperkte gebondenheid.[32] Het geeft met het doel waarvoor de overheidsbevoegdheid moet worden uitgeoefend een soort buitengrens voor de belangenafweging. Door het aanscherpen van de tegenstelling vrijheid-gebondenheid wordt de rol van de abbb in het publiekrecht te veel afhankelijk gesteld van de wettelijk geregelde bevoegdheid en daarmee in het privaatrecht te bescheiden voorgesteld.

40. Dat de toetsing aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur op de verschillende terreinen van het overheidsoptreden een verschillende werking en daarmee een verschillend effect kan hebben, blijkt uit het Landbouwvliegersarrest.[33] In dit arrest oordeelt de Hoge Raad dat de rechter een niet door de formele wetgever gegeven algemeen verbindend voorschrift onverbindend kan verklaren en in verband daarmee de vaststelling en uitvoering onrechtmatig kan oordelen op de grond dat er sprake is van willekeur. De rechter toetst dus wetgeving in materiële zin aan het in het ongeschreven recht neergelegde verbod van willekeur. De Hoge Raad voegt daaraan toe dat de rechter niet tot taak heeft de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen moet worden toegekend, naar eigen inzicht vast te stellen, terwijl zowel de aard van de wetgevende functie als de positie van de rechter in ons staatsbestel, zoals deze mede in art. 11 Wet AB tot uiting komt, meebrengen dat hij ook overigens bij deze toetsing terughoudendheid moet betrachten. Op zich kunnen bijvoorbeeld gebreken in de motivering niet leiden tot onverbindendheid. Wel kan de motivering mee in aanmerking worden genomen bij de marginale redelijkheidstoets; evenals bijvoorbeeld de vraag of is voorzien in een mogelijkheid tot schadevergoeding. Mede met het oog op deze toevoeging lijkt het mij dat de Hoge Raad een terughoudende toetsing van materiële wetgeving voorstaat en dat de willekeur-constructie niet enkel een precisering inhoudt van de context waarin de (overige) beginselen van behoorlijk bestuur als toetsingscriteria inzake wetgeving moeten worden gehanteerd.[34]

Door beide ontwikkelingen – de rechtstreekse toetsing aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de toetsing van materiële wetgeving aan het verbod van willekeur – is de intensiteit van de rechterlijke controle op het overheidsoptreden toegenomen.

41. Vooral naar aanleiding van het arrest Limmen-Houtkoop[35] heeft men zich afgevraagd welke belangen behoren tot degene die art. 1401 BW beoogt te beschermen. Vrij algemeen heerste de opvatting dat het moest gaan om concrete, materiële op geld waardeerbare belangen.[36] In het Nieuwe Meer-arrest heeft de Hoge Raad aanvaard dat belangen die strekken tot het verkrijgen van een verbod tot verdere aantasting van het milieu en die zich lenen tot een 'bundeling' door het optreden in rechte, behoren tot de soort die valt onder de bescher-

ming die art. 1401 BW beoogt te bieden. Dit geldt ook voor het in deze zaak meespelende belang om niet door het zonder vergunning uitvoeren van gedragingen, de mogelijkheid te verliezen om in een vergunningprocedure krachtens de Wet algemene bepalingen milieuhygiëne met gebruikmaking van de daarbij gegeven waarborgen, tijdig voor de voormelde belangen op te komen.[37]

Wat de effecten van het Nieuwe Meer-arrest in de toekomst zullen zijn, staat nog niet vast. Dat drs. Praamstra te Sneek zich bij iedere vorm van milieuaantasting met succes tot de burgerlijke rechter zou kunnen wenden, zoals Nieuwenhuis oppert, lijkt mij niet waarschijnlijk.[38] Daarvoor staat het element van de bundeling van belangen en de proceseconomie te centraal in het arrest. Opvallend is dat de overheid in civiele handhavingsacties tegen verontreinigers van het milieu het meest gebruik maakt van de geboden mogelijkheid.[39] De toepassing van bestuursdwang, zeker op het niveau van de centrale overheid, verliest snel aan populariteit ten gunste van het kort geding. Zowel in de gevallen waarin de overheid art. 1401 BW gebruikt ter handhaving van publiekrechtelijke voorschriften, als wanneer organisaties de bescherming van algemene belangen nastreven, raakt de rechter sterk betrokken bij kwesties van overheidsbeleid. De opening van het Nieuwe Meer-arrest geeft de rechter meer armslag bij de controle van overheidsoptreden. Het zal hem tevens vaker voeren naar de grens van recht en overheidsbeleid.

42. Ten slotte neemt de rol van de rechter toe doordat steeds vaker na een eerdere vernietiging of onverbindendverklaring, geprocedeerd wordt over een schadevergoeding. De gewone rechter sluit zich in deze procedures wat zijn oordeel over de (on)rechtmatigheid betreft in beginsel aan bij het oordeel van de eerdere rechterlijke instantie. Op zich is deze ontwikkeling niet nieuw. We kennen haar al uit het boekverkopersarrest.[40] Ook hier treedt echter de laatste tijd een intensivering op. Nu schuld bij de overheid in deze procedures wordt verondersteld, leidt een vernietiging wanneer er sprake is van toerekenbare schade, vrijwel steeds tot aansprakelijkheid. De enige ontsnappingsmogelijkheid ligt in de eigen schuld van de wederpartij. Wanneer het overheidsoptreden zo buiten de perken was, dat de burger had moeten begrijpen dat het vernietigde besluit niet genomen had kunnen worden, kan de overheid vrijuit gaan.[41] De paradox van deze opvatting is dat een onmiskenbaar onrechtmatig optreden van de overheid weer voor rekening van de burger komt.

De gewone rechter gaat dus uit van de formele rechtskracht van rechterlijke uitspraken in voorafgaande procedures. Uit oogpunt van éénheid in rechtsbedeling is dit het juiste standpunt. Het omgekeerde roept meer vraagtekens op. Uit oogpunt van de verdeling van rechtsmacht en uit respect voor bijzondere administratieve rechtsgangen moet de gewone rechter van een besluit dat formele rechtskracht heeft gekregen, wel aannemen dat het rechtmatig is. Toch gebeurt er dan iets merkwaardigs. Uit een formeel feit – tegen een besluit is geen beroep ingesteld en de beroepstermijn is verstreken – leidt de rechter een materiële kwalificatie van het besluit af. Al in het arrest Heesch-Van den Akker was de Hoge Raad zich van dit probleem bewust.[42] Het is dus goed dat ze in het

Ekro-arrest verder is gegaan in de nuancering van de formele rechtskracht van voorliggende besluiten.[43]

De schadevergoedingsacties voor de gewone rechter na een administratieve procedure zijn vorig jaar voor deze vereniging door Koeman deskundig belicht.[44] Ik voeg daar niets aan toe. Duidelijk is wel dat deze procedures een nieuwe bijdrage vormen aan de versterkte rol van de rechter bij het bieden van rechtsbescherming tegen de overheid.

43. Bij deze signalering van de oprukkende rechter heb ik eerst de gewone rechter behandeld. Dit lijkt mij terecht omdat de interessante bestuursrechtelijke jurisprudentie op het ogenblik afkomstig is van de Hoge Raad. De Hoge Raad heeft naar mijn idee de fakkel overgenomen van de Afdeling rechtspraak die soms duidelijk weigert een nieuw terrein aan te boren.[45]

44. Duidelijk is echter wel dat de instelling van de Afdeling rechtspraak en de invoering van de Wet Arob een geweldige impuls hebben gegeven aan de rechtsbescherming door administratieve rechtspraak. De Afdeling heeft zich, hoewel ze maar een gedeelte van het bestuursrecht bestrijkt, ontwikkeld tot de centrale administratieve rechter in ons land. Een rol die, met alle respect voor haar soms stoutmoedige jurisprudentie, de Centrale Raad van Beroep nooit heeft vervuld. Haar werkterrein is daarvoor misschien ook te specifiek.

De invoering van de Wet Arob ging op zich niet ten koste van het administratief beroep. De Wet Arob biedt aanvullende voorzieningen. Ze laat in beginsel bestaande administratieve voorzieningen in stand. Alleen het werkterrein van de burgerlijke rechter werd beperkt. Toch heeft het administratief beroep met het groeiend succes van de Afdeling rechtspraak gaandeweg terrein verloren. In de richtlijnen voor de keuze tussen Arob-beroep en beroep op de Kroon kwam dit duidelijk tot uiting.[46] Uit oogpunt van de rechtsbescherming voor de burger kiezen de richtlijnen in beginsel voor Arob-beroep. Op deze principevoorkeur wordt in drie situaties een uitzondering gemaakt waarin het Kroonberoep de voorkeur verdient. Een van de uitzonderingssituaties is die bij geschillen tussen overheidsorganen onderling.

Met de invoering van de TwK is de betekenis van de richtlijnen niet groot meer. Met deze wet is een gevoelige slag toegebracht aan het administratief beroep. Dit staat nu over de volle breedte ter discussie.[47] Overigens is ook al tijdens de parlementaire behandeling van de Wet arob gesproken over de positie van GS als orgaan van administratief beroep.[48] Met de gemeenteraad als beroepsorgaan is de laatste veertig jaar niemand meer gelukkig. Het administratief beroep zou dan ook wel eens in ons land zijn langste tijd kunnen hebben gehad, zij het dat allerlei instituties in ons staats- en bestuursrechtelijk bestel een taaier leven hebben, dan we meestal voorspellen.

45. Een opdracht tot het beslechten van bestuursgeschillen aan een rechterlijke instantie zou aansluiten bij de ontwikkeling waarin de rechter de primaire rol vervult bij het beslechten van geschillen met de overheid. Het toetsingsbe-

reik van de gewone rechter is uitgebreid en is nu gelijk aan dat van de administratieve rechters. Het terrein van administratieve rechtspraak is sterk verbreed. Het administratief beroep is op zijn retour.

De vraag blijft echter of de bestuursgeschillen niet een zodanig eigen karakter dragen, dat ze – hoever de rechter ook oprukt – toch buiten zijn bereik zullen of zelfs moeten blijven.

46. Het eerste argument dat daarvoor wel wordt gegeven is dat er bij bestuursgeschillen niet altijd een besluit voorligt. Het gaat om verschillen van inzicht. Vooral bij horizontale bestuursgeschillen kan zich dit voordoen.

Mij lijkt dit argument weinig doorslaggevend. Via de constructie van het fictieve besluit ziet de administratieve rechter kans om effectieve rechtsbescherming te bieden in gevallen waarin geen werkelijke besluit voorligt. Maar er kunnen zich situaties voordoen waarin er geen sprake is van het weigeren om te beslissen en de constructie van het fictieve besluit geen oplossing biedt. In deze gevallen kan men de rechter om een verklaring voor recht vragen. In de administratieve rechtspraak kennen we een dergelijke figuur niet.[49] Daar richten de beroepen zich tegen werkelijke of fictieve overheidsbesluiten. Uit het civiele recht is de verklaring voor recht en het enkel declaratoire vonnis echter wel bekend. Wanneer men de beslechting van bestuursgeschillen zou willen opdragen aan een administratieve rechter, zou dit betekenen dat in het administratief procesrecht de mogelijkheid moet worden geopend om een verklaring voor recht te vragen. Principieel vormt dit wel een verschuiving. Praktisch gezien lijkt het mij niet moeilijk te realiseren.

47. Een tweede argument is dat de Kroon van oudsher als hoogste bestuursorgaan bevoegd is bestuursgeschillen te beslechten. We hebben gezien dat dit juist is. De vraag is wel hoe sterk een enkel beroep op de historie is. Tegen de achtergrond van de belangrijke verschuivingen op het gebied van de beslechting van geschillen met de overheid, lijkt mij het argument op zich onvoldoende om de bevoegdheid bij de Kroon te laten. In combinatie met andere argumenten zou het een reden kunnen zijn om alles bij het oude te laten.

48. Zo'n bijkomend argument zou kunnen zijn dat het stelsel waarin de Kroon als hoogste bestuursorgaan bestuursgeschillen beslecht, altijd goed heeft gefunctioneerd. Waarom zou men iets veranderen, dat vanouds bestaat en goed is?

Ik kan op dit argument eigenlijk niets zeggen. De stelling wordt geponeerd en ik kan niet aantonen dat ze onjuist is. Bovendien, zelfs na een omvattende en zorgvuldige analyse van Kroonjurisprudentie in bestuursgeschillen, is de kans groot dat over de daaraan te verbinden conclusie verschil van opvatting ontstaat.

Vooralsnog gaan we er dus vanuit dat de Kroon als hoogste bestuursorgaan bij het beslechten van bestuursgeschillen het goed doet.

49. Het meest principiële argument is dat een opdracht aan een rechter tot het

beslechten van bestuursgeschillen een verarming betekent. Een rechter kan deze geschillen maar beperkt beoordelen en hij kan ze ook maar in beperkte mate afdoen. De opdracht van de rechter zal noodzakelijkerwijs terughoudend zijn.

Op zich is dit argument juist. In vergelijking met het administratief beroep is een toetsing door een (administratieve) rechter beperkter. Hoeveel beperkter is moeilijk te zeggen. Het Groningse onderzoek Kroonberoep en Arob-beroep heeft aangetoond dat het meer gaat om twee verschillende soorten toetsing, een bestuurlijke tegenover een rechterlijke.[50] Ongetwijfeld is de reikwijdte van de rechterlijke toetsing toegenomen. Maar ook bij een directe toetsing aan alle beginselen van behoorlijk bestuur blijft er sprake van een rechterlijke of rechtmatigheidstoetsing. Het bestuursoptreden wordt getoetst aan regels van geschreven en ongeschreven recht; anders gezegd aan de beroepsgronden van art. 8 Wet Arob. Er blijven beleidsbeslissingen, die de toetsing aan deze beroepsgronden kunnen doorstaan, maar die toch verschillend kunnen uitvallen. Een hoger bestuursorgaan mag daarin een standpunt innemen, een rechter zal moeten volstaan met de vaststelling dat (ook overigens) niet gezegd kan worden dat de beleidsbeslissing in strijd is met één van de in art. 8 genoemde beroepsgronden. Dat het verschil in toetsing tussen administratieve rechtspraak en administratief beroep minder scherp is geworden, is juist. Dat er praktisch geen verschil meer zou zijn, lijkt mij onjuist.

De vraag is wel hoe vaak het om zuivere beleidsbeslissingen gaat. Ik heb de indruk dat dit niet vaak het geval is. Veelal is toch de interpretatie van een rechtsregel mee in het geding. Het zou een nauwkeurige analyse van bestuursgeschillen vragen om na te gaan of er sprake is van geschillen waarop de regels van geschreven en ongeschreven recht geen vat hebben. Ik heb die voor dit preadvies niet uitgevoerd. Een dergelijke analyse is ook niet eenvoudig, omdat het nodig is door de woorden van de uitspraak heen te kijken. De Kroon verpakt een bestuurlijke toetsing nogal eens in rechtmatigheidstermen, net zoals er achter een toetsing op formele beginselen van behoorlijk bestuur door de Afdeling rechtspraak vaak meer schuilgaat. Voorlopig houd ik het op mijn indruk dat aan de volle bestuurlijke toetsing bij bestuursgeschillen maar in beperkte mate behoefte bestaat.

Deze indruk wordt enigszins bevestigd door het rapport *Bestuursgeschillen: Kroon of rechter?* De Utrechtse onderzoekers hebben een analyse gemaakt van in de AB gepubliceerde Kroonuitspraken in bestuursgeschillen; wat betreft horizontale geschillen van 1916 tot heden en wat betreft verticale van 1977 tot heden (heden is januari 1989). Hun voorzichtige conclusie is dat de toetsing door de Kroon in verticale geschillen in de praktijk veel gelijkenis vertoont met rechterlijke toetsing. Twee nuanceringen brengen zij aan. Aan de ene kant treedt de Kroon op als bewaker van de éénheid van rijksbeleid. Dit element speelt vooral een rol bij beroepen op grond van art. 47a en 81d Algemene Bijstandswet. Aan de andere kant remt de Kroon al te stringent financieel toezicht door GS af en bewaakt ze de gemeentelijke autonomie.[51] Bij de horizontale geschillen ligt de situatie wat anders. Daar staat niet zozeer de aard van de

toetsing op de voorgrond maar de voorziening die moet worden getroffen. De onderzoekers duiden in navolging van Stellinga de werkzaamheid van de Kroon aan als regelgeving voor het bijzonder geval.[52] Voor de geschillenbeslechting op grond van art. 136 Grondwet is niet gemakkelijk na te gaan of rechtmatigheids- dan wel beleidsoverwegingen de doorslag geven. Vaak zijn de beleidsoverwegingen impliciet. De toetsing verschilt op het oog niet veel van die door een administratieve rechter. Het dictum reikt vaak aanzienlijk verder.[53]

Ook de mogelijkheid tot het afdoen van de zaak – het kwam in het bovenstaande al naar voren – is voor de Kroon ruimer dan voor een rechter. De Kroon kan zelf in de zaak voorzien. In administratieve rechtspraak is de mogelijkheid tot het zelf afdoen van de zaak beperkt tot die gevallen waarvan mag worden aangenomen dat er geen sprake meer is van beleidsvrijheid voor het verwerend orgaan, of ze ontbreekt geheel. Alleen de Afdeling voor de geschillen van bestuur heeft naast de mogelijkheid tot het zelf voorzien in de zaak, de bevoegdheid om te adviseren. Aangenomen mag echter worden dat de Afdeling van deze laatste mogelijkheid geen druk gebruik zal maken. Tenslotte is voorzien dat ook de Afdeling rechtspraak de bevoegdheid krijgt om zelf in de zaak te voorzien.[54]

De regel dat de rechter alleen zelf in de zaak mag voorzien wanneer er geen beleidsvrijheid meer is voor het bestuursorgaan, is niet wettelijke vastgelegd. Ze wordt in de literatuur naar voren gebracht.[55] Het belangrijkste argument is natuurlijk dat de rechter niet op de stoel van de administratie mag gaan zitten. Het is voor mij de vraag of deze regel niet aan herwaardering toe is. Enerzijds zien we dat de gewone rechter in kort geding vergaande maatregelen treft ten opzichte van de overheid. Weliswaar zijn het in kort geding orde-maatregelen, maar in feite beslissen ze een rechtsstrijd. Ook de Voorzitter van de Afdeling rechtspraak en de Afdeling voor de geschillen van bestuur nemen bij wijze van voorlopige voorziening soms vergaande besluiten. Aan de openbaarheidsjurisprudentie van de Voorzitter Afdeling rechtspraak is natuurlijk niets voorlopigs. Anderzijds komen partijen naar de rechter om hem te laten beslissen over een rechtsgeschil. Een voorafgaande bezwaarschriftprocedure of beroepsprocedure heeft nog geen oplossing gebracht. De rechter moet nu het geschil beslechten. Partijen zijn erbij gebaat dat hij dit zo volledig mogelijk doet. Dit geldt in veel gevallen niet alleen voor de burger maar ook voor het bestuursorgaan. Uit oogpunt van proceseconomie is terugwijzen naar het bestuur, waarbij het nieuwe bestuursbesluit aanleiding kan geven tot een nieuwe procedure onwenselijk. Tegen deze achtergrond valt er over het zelf in de zaak voorzien wel iets meer te zeggen dan alleen dat de rechter de beleidsvrijheid van het bestuur moet respecteren. De bestuursrechtelijke rechtlijnigheid waarmee vanuit Limburg de jurisprudentie van de Afdeling geschillen van bestuur wordt becommentarieerd, spreekt mij dan ook niet aan.[56] Juist in bijvoorbeeld schadevergoedingskwesties is het gewenst dat de Afdeling geschillen door als regel zelf in de zaak te voorzien jurisprudentie vormt. Gelukkig gaat de ontwikkeling ook in deze richting.

50. De conclusie kan zijn dat hoewel de rechter sterk in opmars is, enkele van de argumenten voor de keuze voor de Kroon bij de beslechting van bestuursgeschillen nog steeds opgeld doen. Het zijn de argumenten die betrekking hebben op de toetsing door de Kroon en op de mogelijkheid om zelf in de zaak te voorzien. Gevoegd bij het argument dat de Kroon vanouds als hoogste bestuursorgaan bestuursgeschillen beslecht en dat er van klachten of gebreken op dit punt geen sprake is, zouden deze argumenten ertoe kunnen leiden om de uitzondering van art. 1 tweede lid TwK te handhaven.

Daarbij moeten we echter twee dingen bedenken. In de eerste plaats dat de argumenten betreffende de toetsing en het zelf voorzien in de geschillen van burgers tegen de overheid niet toereikend waren om het Kroonberoep te redden. Dit is niet enkel een zaak van art. 6 EVRM en Benthem geweest. Daarvoor al was in de Richtlijnen voor de keuze tussen Arob-beroep en beroep op de Kroon een principe-keuze gedaan voor administratieve rechtspraak. In de tweede plaats zou het handhaven van de Kroon voor de beslechting van bestuursgeschillen ingaan tegen een algemene ontwikkeling naar administratieve rechtspraak en in het algemeen naar versterking van de rol van de rechter. De argumenten daarvoor moeten overtuigend zijn. Dat zijn ze voor mij niet zonder mee. Enerzijds blijft open de vraag of bestuurlijke verhoudingen zodanig verschillend zijn van de verhouding tussen burger en overheid, dat daaruit een bijzondere rechtsgang te verdedigen valt. Anderzijds is nog niet beantwoord de vraag in hoeverre een opdracht aan de Kroon tot het beslechten van bestuursgeschillen zich verhoudt tot de gemeentelijke en provinciale autonomie en tot het streven naar decentralisatie.

Noten

1. Vgl. bijv. A.F.M. Brenninkmeijer, De toegang tot de rechter, Zwolle 1987, o.m. p. 114, 154 en 208; ook Kernenergie, rechtsstaat en democratie, Zwolle 1983 p. 46 e.v.
2. Zie P.J.J. van Buuren, H. Bolt en M. Scheltema, Kroonberoep en Arob-beroep, Deventer 1981 en H.E. Bröring, C. Lambers en M. Scheltema, Kroonberoepen milieuhygiëne, Deventer 1985.
3. R.M. van Male, Rechter en bestuurswetgeving, Zwolle, 1988.
4. A.F.M. Brenninkmeijer, a.w. p. 213, e.v.; zie ook R.J.G.M. Widdershoven, Gespecialiseerde rechtsgangen in het administratieve recht; Zwolle 1989 p. 110 e.v.
5. De rechter als dictator, Dynamiek in de trias, Verschuivingen in de verhouding regelgeving, bestuur en rechtspraak, RAIO-congresbundel 1987, Lochem, 1987, met o.m. bijdragen van A.F.M. Brenninkmeijer, De plaats van de rechter in onze constitutionele rechtsorde, p. 51-70 en W. Snijders, De rechter als dictator p. 139-147.
6. Zie de bijdragen van J.T.K. Bos, De strafrechter als dictator p. 45-50, Ina Brouwer, De rechter als dictator of de rechter tussen twee vuren in? p. 71-82, W. Snijders a.w. en M.R. Wijnholt, Rechterlijke machtsuitoefening p. 149-151 aan deze bundel, die ingaan op het probleem van de legitimatie van het rechterlijk oordeel en dat van de controle op rechterlijke uitspraken.
7. Zie A.F.M. Brenninkmeijer, a.w. p. 244; ook zijn bijdragen aan de bundel De rechter als dictator.
8. Anders N.S.J. Koeman, Over beleid en controle, Op zoek naar de opvolger van de trias-leer, NTB 1989 p. 73-79? Overigens komt Koeman tot een ander model dan Brenninkmeijer. Bij hem functioneren rechter en parlement als controleurs van het bestuur. Ook anders Brenninkmeijer, a.w. p. 47.

9. Tweede Kamer 1988-1989, 21206 nr. p. 45, regeringsstandpunt Herziening rechterlijke organisatie.
10. H.Ph.J.A.M. Hennekens, J.W. Ilsink en R.W. de Winter, De praktijk van toetsing van gemeentelijke regelgeving, Geschriften VAR XCVI, Alphen aan den Rijn 1987, m.n. p. 75 e.v. en 207 e.v.
11. H.R. 24 januari 1969 NJ 1969, 316 (boekverkopersarrest), bevestigd in H.R. 9 mei 1986 AB 1986, 429 m.n.t. F.H.v.d.B. (Van Gelder) en H.R. 26 september 1986 AB 1987, 70 m.nt. F.H.v.d.B. (Hoffman-LaRoche).
12. Zie P.J.J. van Buuren, De rechter en onrechtmatige wetgeving, preadvies NJV 1987, p. 82 en 83 en J.E.M. Polak, idem p. 153 e.v.
13. Zie E.A. Alkema, Toepassing van de Europese Conventie voor de rechten van de mens in Nederland, preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle 1985 p. 22 e.v.
14. o.a. H.R. 1 juli 1983 NJ 1984, 360 m.nt. MS (LVS); daarover P.J.J. van Buuren a.w. p. 77 en J.E.M. Polak, idem p. 148.
15. H.R, 6 mei 1983 NJ 1984, 361 m.nt. MS; AB 1984, 101 m.nt. F.H.v.d.B. en Fernandes Mendes (Bullebaai).
16. Pr. Rb. 's-Gravenhage 3 oktober 1977 NJ 1978, 170 m.nt. MS; zie J.E.M. Polak, a.w., p. 167 e.v.
17. O.a. J. v.d. Hoeven, Bestuur en rechter, in Recht op scherp, Duk-bundel, Zwolle 1984 p. 307; P. de Haan, Th.G. Drupsteen en R. Fernhout, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat deel 1, Deventer 1986 p. 193 en vooral R.M. van Male, Rechter en bestuurswetgeving, Zwolle 1988, p. 262 e.v. (N.B. de belangrijke hoofdstukken 21 en 22 ontbreken in de inhoudsopgave van dit boek).
18. H.R. 14 april 1989, A.A. 1989 p. 578 m.nt. E.M.H. Hirsch Ballin, zie ook Pr. Rb. 's-Gravenhage 11 augustus 1988, A.A. p. 776 e.v. m.nt. R.M. van Male, AB 1988, 478.
19. O.a. C.A.J.M. Kortmann, De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987, p. 34 en 334 en E.A. Alkema, Een meerkeuzetoets, Zwolle 1985, p. 5 en 17. Hij contstateerde in 1985 en passant op p. 4 dat toetsing van een rijkswet aan het Statuut wel denkbaar is. Tegen toetsing aan algemene rechtsbeginselen M.R. Mok, Rechterlijke toetsing van wetgeving, in Recht op scherp, Duk-bundel, Zwolle 1984 p. 55-74 en zijn conclusie bij het Harmonisatiewetarrest; P.J.J. van Buuren, preadvies NJV 1987 p. 55 e.v. sluit zich bij hem aan.
20. Zie o.m. zijn noot in Ars Aequi onder het Harmonisatiewet-arrest, A.A. 1989 p. 591-592 en zijn verzuchting in het NTB 'Rechtsonzekerheid door rechtszekerheid?', NTB 1989 p. 151-152.
21. Respectievelijk H.R. 14 januari 1949 NJ 1949, 557 en HR 25 februari 1949 NJ 1949, 558; zie P. de Haan, Th. G. Drupsteen, R. Fernhout, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat deel 2, p. 296 e.v.
22. H.R. 4 januari 1963, NJ 1964, 202 en 204 (Landsmeer).
23 Vooral M. Scheltema zag enkele malen de rechtstreekse toetsing aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur al gerealiseerd, o.a. in zijn noten ander het Ontvangers arrest H.R. 23 november 1984 NJ 1985, 605 en het Zuiderbadarrest, H.R. 3 mei 1985 NJ 1986, 323.
24. H.R. 27 maart 1987, AA 1988 p. 111 m.nt. P.W.C. Akkermans; AB 1987, 273 m.nt. F.H. v.d. B.; zelfs De Haan zag aanleiding om dit morgenrood met een noot te begroeten, Br. 1987, p. 542 e.v.; zie over dit arrest ook A. de Moor-van Vugt en' M. Kobussen, Hoge Raad verlaat Landsmeerdoctrine, Gemeentestem 6840 (1987 p. 297-300), B.M.J. van der Meulen, De burgerlijke rechter en de formele beginselen van behoorlijk bestuur, idem p. 300-302 en Willem Konijnenbelt, Burgerlijke rechter en beginselen van behoorlijk bestuur, Gemeentestem 6841 (1987 p. 317-319); zie ook E.M.H. Hirsch Ballin, Bestuur en burgerlijke rechter II, A.A. 1988 p. 114-119.
25. F.H. van der Burg in zijn noot onder AB 1987, 273.
26. H.D. van Wijk/W. Konijnenbelt, Hoofdstukken van Administratief recht, Culemborg 1988 p. 69 e.v.
27. Tweede Kamer 1988-1989, 21221.
28. H.P.h.J.A.M. Hennekens, De gemeentelijke wetgever en het privaatrecht; Regelmaat 1987 p. 104-111 en 164-170, toont aan dat in de loop van de parlementaire geschiedenis aan dit artikel een veel ruimere betekenis wordt toegekend dan het oorspronkelijk had; vgl. ook D.A. Lubach en

W.A.M. van Schendel, Bestuursrecht en privaatrecht, geschriften VAR XCIV, Alphen aan den Rijn 1986, p. 24 e.v. en 70 e.v.

29. Evenzo in Vergelijkend schadevergoedingsrecht, vragen van aansprakelijkheid, in Th.G. Drupsteen, E. van der Schans en R.S. Meijer Vergelijkend schadevergoedingsrecht, Publicatie Vereniging voor Bouwrecht nr. 16, Deventer 1988, p. 17.
30. Zie zijn noot in Bouwrecht 1987 p. 544.
31. H.J. Simon, De directe toetsing, over publieke normen in het privaatrecht, Bouwrecht 1988 p. 2-12.
32. Zie daarover H.D. Stout, Doelmatige bestuurlijke belangenafweging, een speciaal terrein, in De rechtsstaat herdacht, onder redactie van J.W.M. Engels e.a., Zwolle 1989 p. 237-254.
33. H.R. 16 mei 1986, AB 1986, 574 m.nt. P.J.J. van Buuren, NJ 1987, 251 m.nt. MS, AA 1988 p. 44 m.nt. E.M.H. Hirsch Ballin.
34. In afwijking van E.M.H. Hirsch Ballin in zijn noot onder het Harmonisatiewetarrest, H.R. 14 april 1989, AA 1989 p. 587.
35. H.R. 9 november 1973, NJ 1974, 91 m.nt. W.F.P.; AB 1974, 10 E.M.
36. o.a. M.J.P. Verburg, Privaatrecht en collectief belang, Zwolle 1975; en E.M. Enschedé, De actie ter behartiging van groeps- en algemene belangen in de civiele procedure, Hand. NJV 1976, Zwolle 1976, p. 150 e.v.; ook P.J.J. van Buuren, Kringen van belanghebbenden, Deventer 1978 p. 177.
37. H.R. 27 juni 1986, Milieu en Recht 1986 p. 324 m.nt. P.W.A. Gerritzen-Rode; NJ 1987, 743, AA 1986, 638.
38. J.H. Nieuwenhuis, noot onder H.R. 17 juni 1986 p. 638-641, idem, Welke belangen worden beschermd door art. 1401 B.W.?, WPNR 5821 (1987 p. 145-149); zie ook zijn daarop ansluitende artikelen Zij de geboren worden, groeten U, Aansprakelijkheid jegens toekomstige generaties, R.M. Themis 1988 p. 359-367 en Kunnen wij een vlieg kwaad doen, idem 1989 p. 422-427.
39. H.R. 14 april 1989, AB 1989, 486 m.nt. I. Kleijs-Wijnnobel, Br. 1989 p. 623-628, Benckiser.
40. H.R. 24 januari 1969, NJ 1969, 316.
41. H.R. 15 juni 1979 Br. 1979, 760, AB 1979, 528 m.nt. J.R.St., Caldenbroich-Grubbenvorst; zie ook het art. 49 WRO-vervolg Afd. geschillen van bestuur Raad van State 2 sept. 1988 Br. 1989 p. 199 m.nt. P.C.E. van Wijmen.
42. H.R. 16 mei 1986, NJ 1986, 723 Br 1986, p. 775 m.nt. N.S.J. Koeman, AA 1986 p. 642 m.nt. H.P.h.J.A.M. Hennekens.
43. H.R. 11 november 1988, AB 1989, 81 m.nt. J.H.v.d.B., Gemeentestem 6875 m.nt. L.J.A. Damen; zie ook J.G. Steenbeek, Rechtskracht, NTB 1989 p. 265-268.
44. N.S.J. Koeman, Overheidsaansprakelijkheid, De mogelijkheden van de burgerlijke rechter om het bestuur uit onrechtmatige daad tot schadevergoeding te veroordelen, Geschriften VAR 102, Alphen aan den Rijn 1989, p. 161 e.v.
45. Bijv. de zelfstandige verzoeken om schadevergoeding; Afd. rechtspraak R.v.St. 18 nov. 1987, AB 1987, 554 (Kromhout-Rijkswaterstaat), idem 5 jan. 1988 AB 1988, 230 m.nt. P.C.E. v. Wijmen (Toonen-Rijkswaterstaat) en AR 27 januari 1989 Br. 1989 p. 622 AB 1989, 346 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Vliegbasis Eindhoven).
46. Stc. 1981 nr. 56; J.M. Kan, Richtlijnen voor de keuze tussen Arob-beroep en beroep op de Kroon, NJB 1981 p. 493-498; P. de Haan, Th. G. Drupsteen en R. Fernhout, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, deel 2 Deventer 1986, p. 262.
47. J.M. Kan, Beroep op G.S. in Liber amicorum P. van Zanten, Provincie en gemeente: handdruk of handgemeen: Hennekens noot onder Afd. rechtspraak R.v.St. 10 aug. 1988, Gem.stem 6869, 3 (Woningontrekking Rotterdam).
48. P.J. Boukema, Handelingen 1-ste Kamer 1974/75 p. 768; hij suggereerde de instelling van regionale beroepscolleges, die na verloop van tijd als eerste instantie voor de Arob-rechtspraak zouden kunnen functioneren; overigens vermeldt J.P. de Jong, Bestuursrecht van vreemde herkomst, Zwolle 1988 p. 184 dat Buys al een voorstander was van administratieve rechtspraak in twee instanties; zie verder Th.G. Drupsteen, Vormen en beginselen van rechtspraak, publicatie Vereniging voor Bouwrecht, nr. 4, Deventer 1976 p. 59 en 75.
49. Zie A.Q.C. Tak en J.B.J.M. ten Berge, Nederlands administratief procesrecht, deel 2, Zwolle 1983, nrs. 1200 en 1201, die er op wijzen dat er wel min of meer declaratoire uitspraken voorkomen.

50. P.J.J. van Buuren, H. Bolt en M. Scheltema, Kroonberoep en Arob-beroep, Deventer 1981.
51. J.B.J.M. ten Berge, A.F. Gaastra, H.T. Kernkamp en E. Poortinga, Bestuursgeschillen: Kroon of rechter?, Zwolle 1989, p. 116.
52. Idem p. 129-130.
53. Idem p. 138-140.
54. Zie Arob-rechtspraak in twee instanties, Tweede Kamer 1988-89, 21048 nr. 2, p. 5.
55. Zie (zij het kort) A.Q.C. Tak en J.B.J.M. ten Berge, Nederlands administratief procesrecht deel 2, Zwolle 1983; p. 111; B.W.N. de Waard, Beginselen vna behoorlijke rechtspleging, Zwolle 1987 p. 232; in kritische zin ook E.M.H. Hirsch Ballin, In de zaak voorzien, in Blinde vlekken in het sociaal recht, Frenkelbundel, Deventer 1986 p. 176-179; voor de Wet arob J.A. Borman, Procesrecht in Arob-zaken, Zwolle 1987 p. 86-89 en voor de TWK, J.B.J.M. ten Berge, M.C. Burkens en P.J.J. van Buuren, a.w. p. 148-150.
56. F.A.M. Stroink, A.Q.C. Tak en J.M.H.F. Teunissen, Een analyse van één jaar TWK-jurisprudentie, NJB 1989 p. 253-257.

5. Bestuurslichamen en -organen onderling

51. Zoals we hebben gezien, draait het in bestuursgeschillen vaak om de uitleg van regels van geschreven of ongeschreven recht. Toch houdt de regering de SGP voor dat het gaat om verschil van mening over gevoerd of nog te voeren beleid en dat we er met het respecteren van de beleidsvrijheid van lagere overheden niet komen. Weliswaar rukt de rechter op, maar zouden bestuursgeschillen in het algemeen toch niet een ander karakter hebben dan de geschillen tussen burgers en overheden, waardoor ze zich niet of minder goed lenen voor een rechterlijke beoordeling? Gaat het bij bestuursgeschillen niet om beleidsgeschillen waarop de rechter met zijn rechtmatigheidstoetsing weinig vat heeft?

Deze vraag is eigenlijk de vraag naar de houdbaarheid van het onderscheid rechtsgeschillen – belangengeschillen. Daarmee verbonden is de vraag naar het karakter van de verhouding tussen bestuurslichamen en bestuursorganen waaruit de geschillen ontstaan. Is dit een beleidsmatige of een rechtsverhouding?

52. Ook deze vragen kunnen aanleiding geven tot het bespreken van de overgeleverde dogmatiek. Ook hier zal ik trachten dit zo beknopt mogelijk te doen. Helemaal te voorkomen valt het ophalen van oude leerstukken op dit punt niet. Dit is des te vervelender omdat het denken over de verhouding tussen de bestuurslagen, zeker in verticale zin, weinig ontwikkeling vertoont. Weliswaar wordt de terminologie geleidelijk aan gecompliceerder, maar nieuwe gezichtspunten treft men eigenlijk niet aan. Dat kan ook moeilijk anders omdat de uitgangspunten voor de verticale verhouding tussen de bestuurslagen in het midden van de vorige eeuw zijn geformuleerd en sindsdien niet wezenlijk zijn veranderd.

Bij het bespreken van de verhouding tussen bestuursorganen en bestuurslichamen onderling moeten we onderscheid maken. De vraag naar het karakter van deze verhouding kunnen we in het algemeen trachten te bespreken. Onderscheid is wel nodig bij de bespreking van de inhoud van de verhouding en in verband daarmee bij de beantwoording van de vraag welke vorm van geschillenbeslechting de voorkeur heeft. Ik stel me voor een onderscheid te maken naar drie situaties. Het kan gaan om

a. een verhouding tussen bestuursorganen binnen één bestuurslichaam,
b. een horizontale verhouding tussen bestuurslichamen, of
c. een verticale verhouding tussen bestuurslichamen.

53. Over het karakter van de verhouding tussen bestuursorganen en bestuurslichamen is niet veel geschreven. Kennelijk wordt het karakter van deze verhouding als niet problematisch ervaren. Vermoedelijk zien velen de verhouding tussen bestuursorganen en bestuurslichamen onbewust als een in hoofdzaak bestuurlijk-politieke, zij het dat daarop ook regels van publiekrecht van toepassing zijn. De laatste tijd ontstaat er meer aandacht voor het karakter van deze verhoudingen. De aandacht richt zich daarbij overigens vooral op de verticale verhouding tussen bestuurslichamen.

In de meer recente beschouwingen komt de nadruk te liggen op het rechtskarakter van bestuurlijke verhoudingen. Evenals de verhoudingen tussen overheid en burger zijn de verhoudingen tussen bestuurslagen onderling onderworpen aan het recht. Visser kiest dit standpunt als uitgangspunt voor zijn beschouwingen over toezicht.[1] De structuur van bestuurlijke rechtsverhoudingen acht hij vergelijkbaar met die van andere rechtsverhoudingen. Daarin gaat het om rechtsbetrekkingen tussen rechtssubjecten, die door rechtsnormen worden bepaald. Op de bestuurlijke rechtsverhoudingen zijn de beginselen van ons staatsbestel van toepassing. Als zodanig noemt Visser het rechtsstaatbeginsel en het beginsel van de gedecentraliseerde éénheidsstaat.[2] Kenmerkend voor Vissers benadering is een sterke parallel tussen bestuurlijke verhoudingen en de verhouding overheid-burger. Als gevolg daarvan krijgen de elementen van de rechtsstaatidee, zoals een door de grondrechten gewaarborgde vrijheid en gelijkheid, machtenscheiding en machtencontrole, gebondenheid van de staat aan het recht en rechtsbescheming tegen de staat, ook gelding in bestuurlijke rechtsverhoudingen. Uiteindelijk leidt deze benadering hem tot de stelling dat slechts indien een onafhankelijke instantie bindende uitspraken kan doen in bestuursgeschillen, volledig recht wordt gedaan aan het uitgangspunt dat betrekkingen tussen overheden rechtsbetrekkingen zijn.[3] Tegen alle ingrijpen van hogerhand zou voor de lagere overheden beroep open moeten staan bij een onafhankelijke rechterlijke instantie.

Hennekens ziet, afgaande op de titel van zijn inaugurele rede, de verhouding tussen de bestuurslichamen als een door het recht bepaalde verhouding.[4] Hij werkt dit echter inhoudelijk uit. Deze uitwerking brengt ook hem tot een pleidooi voor een aparte, onafhankelijke instantie die als enige bevoegd zou zijn een bindend oordeel uit te spreken over besluiten en maatregelen van het rijksbestuur die decentrale lichamen raken. Daartoe zou een aparte afdeling bij de Raad van State in het leven geroepen kunnen worden.[5]

Ten Berge c.s. zijn wat voorzichtiger. Zij achten het ondenkbaar dat de moderne noties van de rechtsstaat, inhoudende dat overheden ook jegens elkaar gebonden zijn aan het recht, niet evenzeer de relaties tussen overheden zouden beheersen. Twee argumenten voeren ze hiervoor aan. In de eerste plaats is de relatie tussen een overheidsorgaan en een burger vaak (indirect) afhankelijk van de beslissing van een ander overheidsorgaan. Zouden de rechtsstatelijke eisen in de verhouding tussen deze overheidsorganen niet gelden, dan ontstaat er uiteindelijk voor de burger een leemte in de rechtsstaat. In de tweede plaats is de relatie tussen overheidsorganen en -lichamen voor een deel vastgelegd in de

Grondwet en andere wetten. Bovendien wordt ze, voor zover een administratieve rechter competent is te oordelen over het besluit van het ene overheidsorgaan ten opzichte van het andere, ook beheerst door de beginselen van behoorlijk bestuur.[6] Dit brengt de Utrechtse onderzoekers tot de volgende conclusies, die zij overigens vertrekpunten noemen:

- bestuurlijke verhoudingen zijn (althans mede) rechtsverhoudingen; veel bestuursgeschillen gaan dan ook over rechtsvragen; dit sluit overigens niet uit dat er bestuursgeschillen zijn waarin beleidsvragen de kern van het geschil vormen;
- bestuurlijke verhoudingen kunnen zonder bezwaar ter toetsing, uiteraard aan criteria van rechtmatigheid aan een rechter worden voorgelegd, hetgeen overigens een voorafgaande toetsing in administratief beroep niet uitsluit;
- de toetsing van bestuurlijke verhoudingen door een rechter moet geschieden met in achtneming van de bestaande competentieverdeling. De conceptie van de rechtsstaat vereist niet dat een bestuursgeschil in alle fasen aan een rechter dient te worden voorgelegd.[7]

De opvattingen van Ten Berge en de zijnen sluiten aan bij wat in de Memorie van Toelichting bij de Algemene wet bestuursrecht over de verhouding tussen de bestuursorganen wordt gezegd. Deze verhouding wordt mede door het recht bepaald. De rechtsregels die deze verhouding bepalen vertonen bovendien een sterke samenhang met de regels die de verhouding tussen bestuur en burger bepalen. Bepalingen over goedkeuring en vernietiging zouden een plaats in de Awb moeten vinden. Bezien zou moeten worden of er aanleiding is ook bepalingen over bestuursakkoorden, een codificatie van beginselen van behoorlijk overleg en bepalingen over de informatievoorziening door bestuursorganen aan elkaar in de wet op te nemen.[8]

54. De hierboven weergegeven opvattingen hebben nog niet veel commentaar opgeleverd. Toch valt er wel iets van te zeggen. Het uitgangspunt dat bestuurlijke verhoudingen rechtsverhoudingen zijn is juist. Daarmee is echter nog niet veel gezegd. Iedere verhouding is, voor zover ze door het recht wordt genormeerd, een rechtsverhouding. Anderzijds vertoont vrijwel iedere verhouding ook andere aspecten, bijvoorbeeld economische, politieke of sociale. De vraag is dus niet zozeer of bestuurlijke verhoudingen rechtsverhoudingen zijn – dat zijn ze – maar in welke mate bestuurlijke verhoudingen rechtsverhoudingen zijn. Met andere woorden, in hoeverre bestuurlijke verhoudingen door het recht worden genormeerd.

In zijn algemeenheid valt deze vraag niet goed te beantwoorden. Het heeft geen zin hier alle regels uit de Grondwet, de organieke wetten en de bijzondere bestuurswetgeving op te sommen, die bepalend zijn voor de verhouding tussen bestuursorganen en tussen bestuurslichamen. Het is duidelijk dat er veel van deze regels zijn en dat ze samen de juridische structuur vormen waarbinnen bestuursorganen en bestuurslichamen functioneren. Het is ook duidelijk dat

deze structuur een nogal open karakter heeft. De verhouding tussen bestuursorganen onderling en tussen bestuurslagen wordt niet uitsluitend bepaald door het recht. De verhouding tussen bestuursorganen – bijvoorbeeld die tussen raad en college of die tussen minister of regering en parlement – wordt mede bepaald door politieke macht. Deze politieke machtsverhoudingen laten zich niet in alle gevallen vertalen in regels van ongeschreven staatsrecht.[9] De verschuivingen in de opvattingen over de gewenste wijze van collegevorming op gemeentelijk niveau en over dualisme op rijksniveau bewijzen dit. Hetzelfde geldt voor de verhouding tussen bestuurslagen. Ook hier is er enerzijds sprake van een juridische normering en anderzijds van een beleidsmatige invulling van de structuur. Elementen van deze verhouding vertonen gemengde trekken. Ten Berge wijst er dan ook terecht op dat decentralisatie enerzijds een staatsrechtelijk organisatiebeginsel is, maar anderzijds behoort tot 'de grotere operaties'.[10]

De conclusie moet zijn dat bestuurlijke verhoudingen voor een deel rechtsverhoudingen zijn, namelijk voor zover ze door het geschreven en ongeschreven recht worden genormeerd. Er kunnen allerlei redenen zijn om op dit deel de nadruk te leggen. Dit neemt niet weg dat het open karakter van de rechtsnormen die bestuurlijke verhoudingen bepalen, veel ruimte laat voor politieke, beleidsmatige invulling.[11] In aansluiting daarop is ook een duidelijk onderscheid tussen rechts- en belangengeschillen niet te maken. Het spreken in deze termen lijkt mij achterhaald en verwarrend.[12] Geschillen kunnen rechtsgeschillen worden genoemd wanneer ze betrekking hebben op rechtens beschermde belangen. Anderzijds is het moeilijk denkbaar dat er tussen overheden, dat wil zeggen in publiekrechtelijke verhoudingen, geschillen zouden kunnen bestaan die zich geheel aan de werking van het recht onttrekken.

55. Geldt echter niet hetzelfde voor de verhouding overheid-burger? Wordt ook deze verhouding niet maar gedeeltelijk door het recht bepaald? In beginsel is dit juist. Ook de verhouding overheid-burger kent naast juridische andere aspecten, zoals economische en sociale. Juist door de rechtsstaatidee is echter in de verhouding overheid -burger het juridische aspect sterk gaan overheersen. Vanuit de rechtsstaatidee wordt de verhouding overheid-burger alleen vanuit het rechtsaspect bezien. De rechtsstaatidee bindt de overheid aan het recht. Rechtsbetrekkingen tussen overheid en burger kunnen vanuit rechtsstatelijk oogpunt alleen ontstaan wanneer de overheid daartoe rechtens is gelegitimeerd. Voor de rechtsbetrekkingen die een verplichting van de burger ten opzichte van de overheid inhouden, is dit algemeen erkend. Voor de rechtsbetrekkingen die een aanspraak van de burger op de overheid vestigen, wordt het algemeen bepleit.

De rechtsstaatidee is erop gericht de burger een zo sterk mogelijke garantie te bieden op vrijheid, gelijkheid en rechtszekerheid. In de klassieke rechtsstaatgedachte staan burger en overheid tegenover elkaar. De burger heeft ten opzichte van de overheid geen andere verplichtingen dan die welke de wet hem oplegt. Maar hij kan tegenover de overheid ook geen andere rechten laten gelden dan die welke de wet hem garandeert. Later zijn daar de garanties die de

algemene beginselen van behoorlijk bestuur bieden, bijgekomen. Tenslotte heeft de overheid zich grondwettelijk verplicht tot bepaalde taken. In hoeverre daar gegarandeerde rechten aan kunnen worden ontleend is echter kwestieus.[13]

De klassieke rechtsstaatgedachte impliceert een eenzijdige kijk op de verhouding overheid-burger. Eenzijdig in dubbele zin. Eenzijdig in de eerste plaats omdat daarin alleen aandacht bestaat voor het rechtsaspect. Aan het machtsaspect moet per definitie voorbij worden gegaan. De rechtsstaat eist juist dat overheidsmacht onder het beslag van het recht wordt gelegd; dat macht bevoegdheid wordt. Eenzijdig in de tweede plaats omdat slechts beperkingen worden gesteld aan de overheid. Tegenover de vrijheid van de burger staat de gebondenheid van de overheid. De vrijheid, gelijkheid en rechtszekerheid voor de burger worden juist bereikt door de overheid te binden aan het recht.

In de Memorie van Toelichting bij het ontwerp Algemene wet bestuursrecht wordt het eenzijdig karakter van de verhouding overheid-burger genuanceerd. De verhouding tussen bestuur en burger wordt daarin getypeerd als een rechtsbetrekking tussen naar hun aard verschillende partijen, waarin echter beide partijen in een wederkerige relatie staan. Beide partijen moeten rekening houden met de positie en de belangen van de andere partij.[14] De Memorie van Toelichting is op dit punt soberder dan de toelichting bij het voorontwerp.[15] De uitwerking die het wetsontwerp aan deze gedachte geeft is echter wel buitengewoon summier. De Memorie van Toelichting weet enkel te melden dat de wederkerigheid voor de burger met zich meebrengt dat hij, voor zover hij wenst dat met zijn inzichten of belangen rekening wordt gehouden, deze op de daartoe geschikte wijze naar voren moet brengen en dat hij daaraan ook door het bestuur kan worden gehouden. Als voorbeeld wordt genoemd de aanvrager van een subsidie die weigert gegevens te verschaffen en wiens aanvraag vervolgens niet ontvankelijk wordt verklaard. Ook het voorgestelde hoofdstuk 2 'Verkeer tussen burgers en bestuursorganen' geeft geen blijk van de wederkerige rechtsbetrekking tussen bestuur en burger. Het bevat verplichtingen voor bestuursorganen en rechten voor burgers. Het enige recht voor een bestuursorgaan is dat het bijstand of vertegenwoordiging door een persoon tegen wie ernstige bezwaren bestaan, mag weigeren. In de toekomst zullen nieuwe onderwerpen in deze paragraaf worden opgenomen, zoals de regeling van verzoekschriften en de openbaarheid van bestuur.[16] Dat daardoor het wederkerige karakter van de verhouding bestuur-burger wordt versterkt, zie ik niet.

Uitgaande van de klassieke rechtsstaatgedachte is het wederkerige in de relatie overheid-burger moeilijk te funderen. In de sociale rechtsstaat neemt de overheid de zorg voor het maatschappelijk welzijn van de burger op zich. Dit betekent dat de overheid een groot aantal uiteenlopende voorzieningen aanbiedt. Al deze voorzieningen moeten uit beperkte middelen en met geld dat in beginsel niet van de overheid is, worden betaald. Uit oogpunt van goed staatsburgerschap zou dit bepaalde verplichtingen voor burgers met zich mee kunnen brengen. Welke precies en of ze verder gaan dan het naar de letter en de geest naleven van de wettelijke voorschriften, is voor mij de vraag.[17]

Ik denk dus dat ondanks alle moderne ontwikkelingen in het bestuursrecht,

de rechtsstaatgedachte uitgaat van het tegenover elkaar staan van overheid en burger. Daarbij stelt het beginsel van de rechtsstaat beperkingen aan de overheid om de vrijheid van de burger zo goed mogelijk te waarborgen. Van een echt wederkerige rechtsbetrekking is, anders dan in het privaatrechtelijk contractenrecht, geen sprake.

Dit is in belangrijke mate een theoretisch en ideologisch betoog. Ik ontken niet dat er in de praktijk allerlei vormen van horizontaal bestuur, inschakeling van particulieren bij het bestuur, bestuur door middel van privaatrecht, convenanten, bestuursakkoorden en hoe het verder mag heten, voorkomen. Ik waarschuw daar ook niet tegen en ontzeg deze figuren niet een plaats in de huidige bestuurspraktijk. Ze roepen overigens wel ingewikkelde staats- en bestuursrechtlijke vragen op. Waar het mij om ging was na te gaan wat de rechtsstaatgedachte betekent voor de verhouding overheid-burger.

56. Is het nu aanvaardbaar de rechtsstaatidee en de vereisten die daarmee samenhangen van toepassing te achten op bestuurlijke verhoudingen, met name op de verticale verhouding tussen bestuurslichamen? Om verschillende redenen lijkt dit mij niet zonder meer het geval.[18] In de eerste plaats is de gedachte van de rechtsstaat ontwikkeld voor een andere verhouding, namelijk die tussen overheid en burger. In deze verhouding is er klassiek rechtsstatelijk gezien sprake van een tegenstelling en een zekere éénzijdigheid, althans niet duidelijk van wederkerigheid. Bovendien wordt deze verhouding uit rechtsstatelijk oogpunt geheel beheerst door het recht.

Voor bestuurlijke verhoudingen is het de vraag of daarin theoretisch gesproken steeds sprake is van tegenstelling en éénzijdigheid. Bovendien hebben we al gezien, dat bestuurlijke verhoudingen niet volledig door het recht worden beheerst. Dit brengt mij ertoe niet zonder meer alle elementen van de rechtsstaatgedachte van toepassing te achten op bestuurlijke verhoudingen. Zeker de consequentie die wordt verbonden aan het uitgangspunt dat bestuurlijke verhoudingen rechtsverhoudingen zijn, namelijk de eis van een onafhankelijke beslechting van bestuursgeschillen, is kort door de bocht. Uit het feit dat bestuurlijke verhoudingen mede rechtsverhoudingen zijn, behoeft niet zonder meer voort te vloeien dat de rechter moet oordelen over de geschillen die daaruit voortvloeien.[19] Er zijn rechtsverhoudingen, waar geen rechter aan te pas komt. In het burgerlijk recht kunnen we denken aan de figuur van de arbitrage. In het publiekrecht aan de beoordeling van de grondwettigheid van wetten in formele zin. Met name omdat bestuurlijke verhoudingen maar gedeeltelijk door het recht worden bepaald, is de eis van gerechtelijke geschillenbeslechting niet vanzelfsprekend.

57. Voor de verhouding tussen bestuursorganen binnen één bestuurslichaam is dit wel het minste het geval. Voor deze verhouding gelden staatsrechtelijke regels. Voor het rijksniveau zijn deze maar zeer gedeeltelijk vastgelegd in de Grondwet. De verhouding regering-parlement wordt evenzeer bepaald door de

ongeschreven regels van het parlementaire stelsel, terwijl de verhouding binnen de ministerraad mede wordt bepaald door het Reglement van orde voor de ministerraad. De verhouding tussen de bestuursorganen op provinciaal en gemeentelijk niveau worden bepaald door de bevoegdheids- en verantwoordingsregels van de Provinciewet en de gemeentewet. Maar zowel voor het rijksniveau als voor de niveaus van provincie en gemeente geldt dat de verhouding tussen bestuursorganen minstens zo sterk politiek wordt bepaald. Het kenmerken van de verhouding tussen bestuursorganen binnen één bestuurslichaam als een rechtsbetrekking levert maar de halve waarheid op. Van tegengestelde belangen tussen bestuursorganen binnen één bestuurslichaam kan ook moeilijk sprake zijn. Er zijn natuurlijk wel tegenstellingen tussen regering en parlement en tussen college en raad, maar dit zijn politieke tegenstellingen.

Voor de lagere overheid behoeft het niet uitgesloten te worden geacht een bestuursgeschil tussen bestuursorganen binnen één lichaam aan de rechter voor te leggen. De bevoegdheid van de Afdeling rechtspraak is bijvoorbeeld in dergelijke gevallen niet uitgesloten.[20] Erg voor de hand ligt deze vorm van geschillenbeslechting tussen bestuursorganen toch niet. Ze miskent het politieke karakter van deze geschillen. Ze gaat ook voorbij aan de politieke machtsmiddelen die de verschillende bestuursorganen ten opzichte van elkaar hebben om geschillen tot een oplossing te brengen. Dit geldt zonder meer voor het rijksniveau. Een rechter die conflicten tussen regering en parlement of tussen ministers beslecht is politiek ondenkbaar en ongewenst.[21]

58. Moeilijker ligt het voor de horizontale verhouding tussen bestuurslichamen. We hebben het dan over de verhouding tussen gemeenten onderling, tussen gemeenten en waterschappen en tussen provincies onderling. Afgezien van de al eerder genoemde bepalingen over geschillenbemiddeling en -beslechting in de Grondwet (art. 136), Provinciewet (art. 121), gemeentewet (art. 150) en Waterschapswet 1900 (art. 4, 65) zijn op deze verhouding geen algemene rechtsregels van toepassing. Wel kunnen bij een geschil in een horizontale verhouding tussen bestuurslichamen bijzondere wettelijke regels in het geding zijn, zoals we zagen in het geschil tussen de gemeente Velsen en het Hoogheemraadschap Rijnland. Juridisch gezien komen we niet verder dan te constateren dat de positie van provincies ten opzichte van elkaar, van gemeenten ten opzichte van elkaar en van gemeenten ten opzichte van waterschappen gelijkwaardig is. Dit volgt uit de formele onderlinge gelijkheid van provincies en gemeenten en het ontbreken van enige regeling voor de verhouding gemeente-waterschap. De afbakening tussen die twee moet volgen uit de algemene taakomschrijving van de gemeenten tegenover de functionele van de waterschappen. Overigens is deze taakafbakening lang niet vlekkeloos. Vooral over de verantwoordelijkheid voor het oppervlakte- en grondwaterbeheer in stedelijke gebieden kan veel onduidelijkheid bestaan.[22]

De formele gelijkheid tussen provincies en gemeenten onderling en tussen gemeenten en waterschappen wil nog niet zeggen dat er ook sprake is van feitelijke gelijkheid. De vier grote steden hebben voor zich een soort 'status-aparte'

opgebouwd, die in het kader van het grote stedenbeleid wordt geformaliseerd.[23] In het algemeen klagen kleine randgemeenten van grote steden regelmatig over de machtsarrogantie van hun grote buren. De burgemeester van Haarlemmerliede en Spaarnwoude ontleent daar landelijke bekendheid aan. Toch kan men anders dan bij de verhouding tussen bestuursorganen, niet zeggen dat de horizontale verhouding tussen bestuurslagen in sterke mate politiek wordt bepaald. Daarvoor zijn de bestuurslichamen onderling veel minder intensief op samenhang aangewezen dan de bestuursorganen binnen één lichaam. Ontbreekt de noodzaak tot samenwerking dan is de onderlinge verhouding neutraal. Er valt dan eigenlijk niets over te zeggen. Het karakter van geschillen die uit een dergelijke verhouding kunnen voortvloeien is dan ook moeilijk aan te geven. Dat ze door een rechter zouden moeten worden opgelost staat, gezien het ontbreken van toepasselijke rechtsregels, niet zonder meer vast.

Voor de gevallen waarin de noodzaak van samenwerking wel aanwezig is, biedt de Wet gemeenschappelijke regelingen het wettelijk kader. De verhouding tussen de aan de gemeenschappelijke regeling deelnemende lichamen wordt bepaald door deze wet en de gesloten regeling. Deze verhouding is een duidelijke rechtsbetrekking, omdat de deelnemende openbare lichamen met elkaar een publiekrechtelijke overeenkomst zijn aangegaan. Weliswaar kunnen binnen een gemeenschappelijke regeling politieke of bestuurlijke krachtsverschillen bestaan. Dit neemt niet weg dat de verhouding waarin de deelnemende openbare lichamen tot elkaar en tot het ingestelde openbare lichaam of gemeenschappelijk orgaan staan, in overwegende mate door wettelijke en contractuele regels van publiekrecht wordt bepaald. Geschillen die uit deze verhouding voortvloeien dragen dan ook een overwegend rechtskarakter. De opdracht tot geschillenbeslechting aan GS of de Kroon die de Wet gemeenschappelijke regelingen kent (art. 28, 42, 53, 62, 75, 85) is dan ook alleen aanvaardbaar wanneer de nadruk wordt gelegd op het aanvullende karakter ervan. In beginsel ligt het voor de hand deze geschillen door een rechter te laten beslissen. De meeste geschillen die uit een publiekrechtelijke overeenkomst voortvloeien zullen overigens een schuldvordering betreffen en als zodanig ter berechting aan de rechterlijke macht zijn opgedragen.[24] Het begrip schuldvordering van art. 112 Grondwet is niet beperkt tot privaatrechtelijke schuldvorderingen.[25] Het geschil tussen Nieuwegein en het Gasbedrijf Centraal Nederland illustreert dit. Alleen een competentiegeschil kan niet als een schuldvordering worden beschouwd, tenzij men het vat in termen van een onrechtmatige daad.

59. Ten slotte de verticale verhouding tussen bestuurslagen. Ongetwijfeld is deze verhouding het meest problematisch, waarbij het vooral gaat om de verhouding van de gemeenten ten opzichte van het Rijk en in minder mate ten opzichte van de provincies. De verhouding waterschap-provincie laat ik buiten beschouwing. Het toezichtselement is daarin zo overheersend dat deze verhouding als rechtsverhouding minder problematisch is. De vraag is meer tot hoever het provinciale toezicht zich mag uitstrekken.[26]

In hoeverre kan van de verhouding gemeente-Rijk worden gezegd dat het een rechtsverhouding is? Welke rechtsnormen bepalen deze verhouding? Zijn de beginselen van de rechtsstaat op deze verhouding van toepassing? In verband hiermee, in hoeverre kan men spreken van een tegenstelling tussen Rijk en gemeenten, althans van tegengestelde belangen.

60. In het algemeen heb ik al geconstateerd dat bestuurlijke verhoudingen niet uitsluitend juridische verhoudingen zijn. Ze zijn juridische verhoudingen voorzover ze door het recht worden genormeerd. Dit is ook voor de verticale verhouding tussen bestuurslagen maar gedeeltelijk het geval. Deze verhouding is in ons recht open geregeld. Daarin is veel ruimte voor bestuurlijke en politieke machts- en invloedsuitoefening.

Het gemeentelijk bestel heeft zijn vorm gekregen in het midden van de vorige eeuw met de gemeentewet van 1851. De principiële breuk in ons staatsbestel ligt natuurlijk in omwentelingen van 1795, toen de statenbond van de republiek werd vervangen door een éénheidsstaat. In de Staatsregeling van 1798 werd het éénheidskarakter vastgelegd. Deze breuk die in de Grondwet van 1814 werd bevestigd, raakte direct de positie van de provincies. Het gemeentelijk bestel werd er niet direct door veranderd. Dit werd na 1813 min of meer gerestaureerd.[27] Met de gemeentewet van 1851 kwam hier de verandering. De wet legt de interne bestuursstructuur van de gemeenten vast, maar bepaalt ook hun positie ten opzichte van het Rijk.

In de gedachte van Thorbecke, de opsteller van de gemeentewet, was er in het geheel geen sprake van een tegenstelling tussen Rijk en gemeenten. De verhouding gemeente-Rijk zag hij organisch, als een verhouding van delen tot het geheel. De delen – de gemeenten – kunnen niet voortbestaan buiten het geheel – het Rijk. Maar evenmin kan het Rijk als geheel voortbestaan zonder de delen – de gemeenten. Een sterke staatséénheid is slechts mogelijk wanneer de delen sterk zijn. Het staatsbestel moet een organische éénheid vormen, waarin evenwicht bestaat tussen de delen en het geheel. Voor de gemeenten betekent dit dat zij het recht op eigen initiatief houden binnen het geheel van de éénheidsstaat. Ze vormen het eerste gronddeel van de staat. Hun kracht en levensvatbaarheid is van direct belang voor de kracht van de staat. De eigen kracht van de gemeente gaat niet ten koste van die van de staat, ze versterkt deze juist. Een evenwichtig staatsbestel berust op vrijheid voor de delen in gebondenheid van het geheel.[28] Deze opvatting berust niet op het denken in termen van centralisatie en decentralisatie.[29] Ze is gericht op het scheppen van een politiek machtsevenwicht. Ze tracht willekeurige machtsuitoefening te voorkomen door tegenover elke macht een andere te plaatsen.[30] De gemeentelijke vrijheid en het gemeentelijk initiatief komen tot uiting in de grondwettelijk erkende gemeentelijke autonomie; de gebondenheid in de verschillende vormen van toezicht. Wezenlijk in de visie van Thorbecke is dat het gemeentelijk initiatief niet verloren gaat doordat het rijk de zaken teveel aan zich trekt.

Deze opvatting is geformaliseerd in een open regeling, waarvan de essentiële elementen zijn opgenomen in de Grondwet van 1848 en de uitwerking in de

gemeentewet van 1851. De regeling is in deze zin open dat ze wel garanties bevat voor het handhaven van de gebondenheid in het geheel, maar uiteindelijk niet voor de handhaving van de vrijheid van de delen. De gemeentelijke autonomie wordt erkend. De regeling bevat echter geen bepalingen die aantasting van deze autonomie kunnen voorkomen.[31] Sterker nog, de uitingen van deze gemeentelijke autonomie, de gemeentelijke verordeningen houden van rechtswege op te gelden, wanneer in hun onderwerp door een wet, een algemene maatregel van bestuur of een provinciale verordening wordt voorzien (art. 194 gem. wet).[32] Dit betekent dat het Rijk in beginsel ieder gemeentelijk initiatief aan zich kan trekken, zonder dat daar door regels van geschreven of ongeschreven recht een rem op kan worden gezet. De geschiedenis heeft geleerd dat dit vele malen het geval is geweest. Veelal werden de gemeenten dan in medebewind weer ingeschakeld bij het meewerken aan de uitvoering van rijksregelgeving.

Het op organisch evenwicht gebaseerde stelsel van Thorbecke is zwaar onder druk komen te staan. Allereerst in theoretische zin, doordat getracht werd een scheiding aan te brengen tussen de huishoudingen van rijk, provincies en gemeenten. De driekringenleer probeert door aan te geven wat precies moet worden verstaan onder de gemeentelijke huishouding, deze af te schermen tegen rijksbemoeiingen.[33] In het verlengde daarvan liggen de theorieën van o.m. Labberton over het 'eigen recht' van de gemeenten, dat een voor-positief karakter zou dragen en onafhankelijk zou zijn van enige rechtsorde.[34] Deze theorieën moeten het afleggen tegen de kracht van de bestuurlijke werkelijkheid. Daarin moeten steeds meer openbare belangen op verschillende bestuursniveaus gezamenlijk worden behartigd. De hoge vlucht van het medebewind vormt hiervan een uiting. Ook het concept van complementair bestuur drukt dit uit.[35]

61. Omdat de regeling van de verticale verhouding tussen de bestuurslagen open naar boven is geregeld en er niet voorzien is in garanties voor of invloeden van de gemeenten jegens het Rijk, is het duidelijk dat de verschuiving van macht naar boven relatief eenvoudig is. De omgekeerde machtsverschuiving is moeilijker omdat ze afhankelijk is van de machtigste partij. Deze machtsverschuiving naar boven heeft het denken in termen van een organisch evenwicht en gelijkwaardigheid van geheel en delen uitgesleten. De verhouding gemeente-Rijk wordt tegenwoordig sterk beheerst door de tegenstelling centralisatie-decentralisatie. Zonder uitputtend te willen zijn, denk ik dat verschillende factoren daaraan hebben bijgedragen. In de eerste plaats de minimalisering van het eigen gemeentelijk belastinggebied. Weliswaar zijn de inkomsten van de gemeenten in de Financiële Verhoudingswet wettelijk gegarandeerd, maar de gedachte dat versterking van de delen niet ten kosten zou gaan van het geheel en omgekeerd, is financieel niet meer juist. Beide moeten putten uit dezelfde financiële bron, waarover de één de zeggenschap heeft. Wanneer er dan ook bezuinigd moeten worden, leidt dit tot grote spanningen, zeker wanneer de bezuinigingen niet evenredig worden gespreid. Het kort geding van de gemeente Delft vormt daar een voorbeeld van. Ook de financiële afhankelijk-

heid via specifieke uitkeringen versterkte niet het denken in termen van evenwicht, maar juist in dat van tegenstellingen.

In de regeling van de gemeentelijke financiën komt tot uiting hoe zeer het machtsevenwicht verschoven is in de richting van het geheel. De golf van medebewindswetgeving en de daarmee gepaard gaande golf van circulaires, zijn andere uitingen daarvan. In veel gevallen heeft dit geleid tot een afhankelijke opstelling van de lagere overheid. Bij afhankelijkheid is er geen sprake van evenwicht, maar van tegenstelling tussen het machtige geheel en de afhankelijke delen.

Ten slotte is het denken in de tegenstelling centralisatie-decentralisatie sterk gevoed vanuit de gemeenten zelf, en met name vanuit hun organisatie de VNG. Door steeds vanuit het defensief te klagen over en te waarschuwen tegen vergaande centralisatie en weinig te opereren vanuit de kracht van de gemeenten, is het beeld van de underdog ontstaan en gekoesterd. Daarbij is het vaak scoren voor open doel. Ondanks fraaie concepten als partnership tonen de tot bestuurlijke mammoeten uitgegroeide rijksdepartementen vaak weinig begrip voor de mogelijkheden en beperkingen van het gemeentelijk bestuur. Wellicht vormen de bestuursakkoorden een keer ten goede.[36]

De verticale verhouding tussen de bestuurslichamen, met name die tussen gemeenten en het Rijk, wordt dan ook vaak ervaren als één waarin de belangen tegengesteld kunnen zijn. Zeker op het financiële vlak is deze tegenstelling reëel. Ook wat bevoegdheden betreft kan er van een tegenstelling sprake zijn. Het decentralisatiebeleid is erop gericht de posities van de gemeenten zowel financieel als wat bevoegdheden betreft te versterken. Op sommige terreinen – zoals de volkshuisvesting en de stadsvernieuwing – zijn resultaten geboekt, maar als geheel is de oogst van het decentralisatiebeleid nog niet indrukwekkend.

Gezien de tegenstelling die wordt ervaren in de verhouding gemeenten-Rijk ligt het niet voor de hand, om wanneer in deze verhouding geschillen ontstaan deze ter beslechting voor te leggen aan een rijksorgaan als de Kroon. Een opdracht aan een onafhankelijke rechterlijke instantie ligt dan meer voor de hand. Geredeneerd vanuit deze tegenstelling wordt het begrijpelijk dat men de verhouding gemeenten-Rijk gaat zien in rechtsstatelijke termen. Zoals gezegd, lijkt mij dit niet zonder meer voor de hand liggend. In het algemeen overheerst het rechtsstatelijk denken in de hedendaagse bestuursrechtelijke literatuur overigens sterk. Ik denk dat dit samenhangt met de veel sterkere academische beoefening van het bestuursrecht. Wetenschappelijk medewerkers opereren meer vanuit rechtsstatelijke beginselen dan oud-burgemeesters en gemeentesecretarissen. Hun invalshoek bij het behandelen van het bestuursrecht is de gedachte dat er moet worden bestuurd.

62. Leidt het bestaan van tegengestelde belangen in de verhouding gemeenten-Rijk voorlopig tot de keuze voor geschillenbeslechting door de rechter, de vraag blijft aan de hand van welke normen hij deze geschillen moet beoordelen. De regeling van de verhouding gemeente-Rijk is open. Het begrip

gemeentelijk huishouden is onbepaald. De criteria voor het uitoefenen van toezicht zowel preventief als repressief zijn globaal geformuleerd.

Op zich hoeft dit geen bezwaar te zijn. Aan de hand van een open norm als art. 168 gemeentewet bepaalt de rechter de zogenaamde ondergrens van de gemeentelijke verordeningsbevoegdheid. Als het mogelijk is de ondergrens van de gemeentelijke huishouding te bepalen, moet dit in beginsel ook mogelijk zijn voor de bovengrens. Weliswaar gaat het in het ene geval om het waarborgen van de bijzondere belangen van de ingezetenen en in het andere geval om het bepalen van een bestuurlijke grens, maar het open karakter van de rechtsregel hoeft daarvoor geen belemmering te zijn. Iets soortgelijks geldt voor de rechterlijke toetsing van toezichtsbesluiten. Als de rechter materiële wetgeving aan een marginale redelijkheidstoets kan onderwerpen, waarom zou hij dat dan niet kunnen met toezichtsbesluiten? De Afdeling rechtspraak toetst overigens goedkeuringsbesluiten, wanneer ze het karakter hebben van voor Arob-beroep vatbare beschikkingen.

63. Van verschillende kanten is gepoogd de rechter in deze verhouding meer houvast te bieden. Ten Berge formuleert beginselen van decentralisatie en éénheidsstaat.[37] De rol van de rechter is echter in zijn benadering beperkt. De rechter heeft de decentralisatiekeuzen van de wetgever te respecteren. Zijn belangrijkste taak zou zijn het toetsen van niet expliciet gelegitimeerde bevoegdheidsuitoefening door hogere organen.[38] Visser wijst op het belang van het rechtsstaatbeginsel, het beginsel van de gedecentraliseerde éénheidsstaat en de beginselen van behoorlijk bestuur.[39] Hennekens noemt als toetsingsgronden bij beroepen van de lagere overheden tegen besluiten van de centrale overheid strijd met de wet, détournement de pouvoir, en abus de pouvoir. Daarnaast zou een aparte grond moeten zijn dat het Rijk bij het nemen van een beslissing of maatregel onvoldoende rekening heeft gehouden met het decentraal belang. Verder zou de in zijn visie in te stellen nieuwe afdeling van de Raad van State decentralisatiebeginselen moeten kunnen ontwikkelen.[40]In zijn visie strekt de bevoegdheid van de rechter veel verder dan in die van Ten Berge.

64. In dit verband komt regelmatig het Europees handvest inzake lokale autonomie ter sprake.[41] Dit handvest beoogt door de bescherming en versterking van lokale autonomie in de verschillende Europese landen een bijdrage te leveren aan grotere éénheid in Europa, gebaseerd op de beginselen van democratie en decentralisatie van de macht. Het schrijft voor dat het beginsel van de lokale autonomie dient te worden erkend in de interne wetgeving en waar mogelijk in de grondwet van de listaten. Lokale autonomie houdt volgens het handvest het recht en het vermogen van lokale autoriteiten in om binnen de grenzen van de wet een belangrijk deel van de openbare aangelegenheden krachtens hun eigen verantwoordelijkheid en in het belang van de plaatselijke bevolking te regelen en te beheren. Het handvest bepaalt de reikwijdte van de lokale autonomie en geeft garanties waaronder deze zo goed mogelijk tot haar recht kan komen.

Deze betreffen onder meer de territoriale grenzen, de interne bestuursstructuur, de rechtspositie van gekozen lokale vertegenwoordigers, het administratief toezicht en de financiële middelen van de lokale autoriteiten.

Voor ons onderwerp – de beslechting van bestuursgeschillen – is artikel 11 rechtsstreeks van belang. Het geeft de lokale autoriteiten het recht rechtsmiddelen aan te wenden ten einde de zelfstandige uitoefening van hun bevoegdheden te verzekeren alsmede de eerbiediging van die beginselen van lokale autonomie die zijn vastgelegd in de grondwet of de interne wetgeving. Uit de toelichtende nota bij het voorstel tot stilzwijgende goedkeuring blijkt dat met rechtsmiddelen wordt bedoeld een beroep op een onafhankelijke instantie.[42] Omdat nu in veel gevallen voor gemeentebesturen beroep op de Kroon openstaat, kan de regering dit artikel niet onderschrijven. Ze sluit echter een definitieve regeling van bestuursgeschillen conform het handvest niet op voorhand uit. Het handvest opent overigens uitdrukkelijk de mogelijkheid van gedeeltelijke goedkeuring (art. 12).

De direct betekenis van het handvest is naar mijn mening niet groot. De Nederlandse wetgeving voldoet in belangrijke mate aan de uitgangspunten van het handvest. Deze zijn bovendien zo omschreven dat ze een soort minimumnorm inhouden. Op een wezenlijk punt – onafhankelijke toetsing – maakt de Nederlandse regering een voorbehoud. Het belang van het handvest lijkt mij dat het de lokale autonomie garandeert als een in het internationale recht gegarandeerd beginsel dat een grondslag vormt voor de democratie. Voor de opstellers van het handvest hoort hierbij het recht van beroep op een onafhankelijke instantie ter bescherming van dit beginsel.

65. De verticale verhouding tussen bestuurslagen wordt niet volledig beheerst door het geschreven en ongeschreven publiekrecht. Toch is er een toenemende neiging deze verhouding in rechtstermen te vatten. Dit wordt mede ingegeven door de tegenstelling die vaak wordt ervaren tussen de belangen van de centrale en lagere overheid. De keuze voor een rechterlijke beoordeling van geschillen die in deze verhouding kunnen ontstaan, ligt dan voor de hand. Deze keuze kan ook vanuit het internationale recht worden beargumenteerd. Ze draagt bij aan het streven naar decentralisatie en versterking van de lokale autonomie.

Het argument dat een rechter bij verticale bestuursgeschillen in het recht weinig houvast heeft om tot een oordeel te komen is juist, maar niet doorslaggevend. Pogingen om vanuit de literatuur de rechter – in de vorm van beginselen – meer houvast te bieden, leveren tot nu toe niet zoveel op. Dit kan ook moeilijk. Beginselen van deze aard moeten door de rechter zelf worden ontwikkeld. Zo is het met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook gegaan. Voor de geschillen in horizontale verhoudingen tussen bestuurslagen en tussen bestuursorganen onderling valt een keuze voor rechterlijke beslechting minder goed te beargumenteren. Zeker voor geschillen tussen bestuursorganen zie ik een opdracht aan een rechter als een noodoplossing. Een uitzondering kan gelden voor geschillen in het kader van gemeenschappelijke regelingen, vanwege het overeenkomstkarakter van de rechtsverhouding. Voor de horizontale

geschillen tussen de bestuurslagen hangt de keus sterk af van het al dan niet toepasselijk zijn van bijzondere publiekrechtelijke regelgeving en van de aard van de gevraagde voorziening.

Noten

1. B.L.W. Visser, Toezicht in bestuurlijke rechtsverhoudingen, Deventer 1986 p. 9; zie ook idem, Rechtsbescherming van lagere overheden, hinken op twee gedachten, Ned. Tijdschrift voor Bestuursrecht 1987, p. 46-52.
2. B.L.W. Visser, a.w., p. 15.
3. Idem, p. 219.
4. H.Ph.J.A.M. Hennekens, Spelregels of rechtsregels tussen overheden?, 's-Gravenhage 1986, Bestuurswetenschappen 1986, p. 71-101.
5. H.Ph.J.A.M. Hennekens, a.w., Bestuurswetenschappen 1986, p. 86 en 87.
6. J.B.J.M. ten Berge, A.F. Gaastra, H.T. Kernkamp en E. Poortinga, Bestuursgeschillen: Kroon of rechter?, Zwolle 1989 p. 144.
7. Idem, p. 145 en 146.
8. Tweede Kamer 1988-89, 21221 nr. 3, p. 20-21; zie ook J.B.J.M. ten Berge en C.T.M. Kuypers-Groensmit, Het ontwerp-Algemene wet bestuursrecht, NTB 1989 p. 257-265.
9. Over de verhouding ongeschreven staatsrecht-politiek, A.H.M. Dölle, Over ongeschreven staatsrecht, Groningen 1988 p. 253 e.v.
10. J.B.J.M. ten Berge, Rechter en decentralisatie, Zwolle 1987 p. 6.
11. Zie ook J. de Ridder, Problematische kanten van toenemende juridificatie, in de Rechtsstaat herdacht, Zwolle 1989 p. 191-205.
12. C.A.J.M. Kortmann, De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987, Deventer 1987, p. 372 die K.B. 10 okt. 1980 AB 1981, 419 m.nt. J.R.St. (Rucphen-West Brabant) aanduidt als een belangengeschil. Ook daar speelde echter de provinciale verordening bestrijding verontreiniging oppervlaktewateren N. Brabant een doorslaggevende rol. R. Crince le Roy, Geschillen van bestuur, Bestuurswetenschappen 1963 p. 78-99 acht het onderscheid rechts-belangengeschil al moeilijk te maken.
13. A.W. Heringa, Sociale grondrechten, 's-Gravenhage 1989, p. 73-113 is genuanceerd, maar ziet wel mogelijkheden; M.C. Burkens, Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht, Zwolle 1989, p. 80-82 is sceptisch.
14. Tweede Kamer 1988-1989 nr. 3 p. 12.
15. Daarover o.a. Vakgroep Staats- en bestuursrecht R.U.U., Algemene Wet bestuursrecht, NJB 1987 p. 877-886 (m.n. p. 881).
16. MvT p. 45.
17. Zelfs de Staatsregeling van 1798 gaat niet verder dan van een goed Burger te verlangen dat hij de huiselijke plichten in de onderscheidene stand waarin hij moge zijn gesteld, zorgvuldiglijk uitoefent en voorts dat hij in alle opzigten aan zijn maatschappelijke betrekkingen voldoet (art. 7 Algemene beginselen).
18. Ook P.M. Langbroek, Toezicht in een gedecentraliseerde, democratische rechtsstaat, Bestuurswetenschappen 1989 p. 454-468; zie ook zijn Machtenscheiding en decentralisatie, Enschede 1988 p. 168-170.
19. Zie ook P.M. Langbroek, Machtenscheiding en decentralisatie, Enschede 1988 p. 162 e-162 i.
20. J.G. Steenbeek, F.A.M. Stroink, Wet arob, 's-Gravenhage 1988 p. 158.
21. Vgl. ook A.H.M. Dölle, Over ongeschreven staatsrecht, Groningen 1988 p. 221 die wijst op het ontbreken van een rechter als rechtsorgaan voor de ontwikkeling van ongeschreven staatsrecht.
22. Zie P. Glasbergen, M.C. Groenenberg en F.A. Roorda, Naar een strategisch grondwaterbeheer, 's-Gravenhage 1989 p. 89-122.
23. Zie o.m. Tweede Kamer 1985-86, 19403 nr. 3 Memorie van Toelichting ontwerp-herziening Gemeentewet p. 6 en 7.

24. Analoge toepassing van het NBW brengt ons een heel eind. Art. 6.5.1.1: een overeenkomst in de zin van deze titel is een meerzijdige rechtshandeling waarbij één of meer partijen jegens een of meer andere een verbintenis aangaan. Art. 6.1.8.1: iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis verplicht de schuldenaar de schade die de eiser daardoor lijdt te vergoeden; zie ook R. Crince le Roy, Geschillen van bestuur, Bestuurswetenschappen p. 90.
25. C.A.J.M. Kortmann, De Grondwetswherzieningen 1983 en 1987, Deventer 1987, p. 311; vgl. ook C.W. van der Pot-A.M. Donner-L. Prakke, Handboek van het Nederlands Staatsrecht, Zwolle 1989 p. 603.
26. Dat dit al een oude strijdvraag is toont Auke van der Woud, Het lege land, De Ruimtelijke orde van Nederland 1798-1848, Amsterdam 1987, p. 75 e.v. aan (over de provinciale reglementering van de vroegere autonome waterschappen).
27. M.J.A.V. Kocken, Van stads- en plattelandsbestuur naar gemeentebestuur, 's-Gravenhage 1973 p. 203 e.v.; ook C.W. van der Pot-A.M. Donner-L. Prakke, Handboek van het Nederlands staatsrecht, Zwolle 1989 p. 614.
28. Zie Theo A.J. Toonen, Denken over Binnenlands Bestuur, Theorieën van de gecentraliseerde éénheidsstaat bestuurskundig beschouwd, 's-Gravenhage 1987 p. 43-67.
29. Theo A.J. Toonen, a.w. p. 61.
30. Zie H.J. Aquina, 'Checks and balances' vanuit twee visies op de overheid, in Verticaal machtsvenwicht in het binnenlands bestuur, red. D.W.P. Ruiter, 's-Gravenhage 1982, p. 33-61.
31. Zie D.W.P. Ruiter, Ontworpen Staatkundig machtsevenwicht, in Verticaal machtsevenwicht in het binnenlands bestuur, red. D.W.P. Ruiter, 's-Gravenhage 1982 p. 63-95 (m.n. 86-91).
32. Zie over de artikelen 123 en 124 van het ontwerp-herziene Gemeentewet F.H. van der Burg, De nieuwe Gemeentewet, Mogen de artikelen 123 en 124 van het voorstel voor een nieuwe Gemeentewet tot wet worden verheven?, Gemeentestem 6891 (1990) p. 1-4.
33. Zie Theo A.J. Toonen, a.w. p. 69-74.
34. Zie B.L.W. Visser, Toezicht in bestuurlijke rechtsverhoudingen, Deventer 1986, p. 10; zie ook P.M. Langbroek, Machtenscheiding en decentralisatie, Enschede 1988, noot op p. 162e die naar G. Jellinek en Von Gierke verwijst; H.Ph.J.A.M Hennekens, Spelregels of rechtsregels tussen overheden?, Bestuurswetenschappen 1986 p. 76 neigt een beetje naar deze richting, waar hij de decentrale onderdelen van de éénheidsstaat de neerslag noemt van een diep-gewortelde, langontwikkelde en bij tijd en wijle intiem beleefde volksaard. Ze zijn niet door de wetgever in het leven geroepen en vormen zelfstandige, hiërarchisch niet-ondergeschikte onderdelen van de eenheidsstaat.
35. Eindrapport van de Werkgroep Complementair bestuur, 's-Gravenhage 1980; Voorlopig regeringsstandpunt, Tweede Kamer 1981-1982. 17.100 hoofdstuk VII nr. 28. De principiële gelijkwaardigheid tussen bestuurslagen, waarop het begrip complementair bestuur is gebaseerd, is niet in een definitieve regeling van bestuursovereenkomsten uitgewerkt. Ze laat zich ook niet zo makkelijk in de huidige verhouding tussen de bestuurslagen inpassen.
36. Uit juridisch oogpunt roepen deze figuren overigens veel vragen op; zie daarover D.W.P. Ruiter, Over de verbindendheid van bestuursakkoorden, NTB 1987 p. 73-78.
37. J.B.J.M. ten Berge, Rechter en decentralisatie, Zwolle 1987 p. 21.
38. Idem, p. 23.
39. B.L.W. Visser, Toezicht in bestuurlijke rechtsverhoudingen, Deventer 1986 p. 25-27.
40. H.Ph.A.M. Hennekens, Spelregels of rechtsregels tussen overheden?, Bestuurswetenschappen 1986 p. 87.
41. Europees Handvest inzake lokale autonomie, Raad van Europa, Straatsburg 15 oktober 1985 Trb. 1987, 63; zie voor het voorstel tot stilzwijgende goedkeuring Tweede Kamer 1987-88, 20586.
42. Tweede Kamer 1987-88, 20586 nr. 1 p. 8.

6. Wat te doen?

66. Tegen de achtergrond van de voorgaande hoofdstukken ligt het handhaven van de uitzondering van art. 1 tweede lid TwK niet voor de hand. Het blijvend opdragen van de beslechting van bestuursgeschillen aan de Kroon zou ingaan tegen de algemene tendens waarbij de rechter oordeelt over geschillen met de overheid. De verhouding tussen bestuurslagen en bestuursorganen verschilt wel van die tussen burgers en overheid. Toch is dit verschil niet zodanig dat daarin een reden voor een afwijkende geschillenbeslechting kan worden gevonden. In veel gevallen gaat het ook bij bestuursgeschillen om vragen van toepassing en interpretatie van regels van geschreven en ongeschreven publiekrecht. De verticale verhouding tussen bestuurslagen wordt in toenemende mate gevat in termen van recht. Nu in deze verhouding de meeste geschillen voorkomen kan ze als in beginsel maatgevend worden beschouwd voor de horizontale verhouding. Uitzonderingen zijn echter in deze verhouding noodzakelijk. De rechter die in deze verhoudingen geschillen moet beslechten zal naast het geschreven recht ongeschreven recht in de vorm van algemene beginselen moeten ontwikkelen. Tenslotte gaat er ook van het internationale recht een impuls uit om te komen tot een onafhankelijke beslechting van geschillen over lokale autonomie.

67. Uitgaande van een keuze voor een rechterlijke beslissing van bestuursgeschillen is de vraag welke rechter daarvoor het meest in aanmerking komt. Het lijkt me niet verstandig om voor de betrekkelijk kleine groep van bestuursgeschillen een afzonderlijke instantie in het leven te roepen. Ook lijkt het me niet gewenst om vooruitlopend op de reorganisatie van de rechterlijke macht bijzondere structuren te creëren. Dit betekent dat voorlopig de structuur kan blijven zoals ze is. Zoals elders in ons bestuursrecht, bepaalt dan de aard van de vordering of van het aangevochten besluit de bevoegdheid van de rechter. Valt het gevorderde in de termen van art. 2 RO dan is de gewone rechter bevoegd. Staat er een voor arob-beroep vatbare beschikking op het spel, dan zijn de voorzieningen die de Wet Arob aanbiedt, aangewezen. Staat er tegen een besluit Kroonberoep open, dan werkt de TwK en is de Afdeling voor de geschillen van bestuur bevoegd. Dit geldt ook voor de gevallen waarin er geen besluit voorligt waartegen Kroonberoep is opengesteld, maar er sprake is van een geschil in de zin van art. 136 Grondwet.

68. Heeft het laten vervallen van de uitzondering van art. 1 tweede lid TwK voor wat de bestuursgeschillen betreft, verdergaande consequenties? Strikt genomen hoeft dit niet. Toch ligt het in de lijn van een rechterlijke beoordeling van geschillen met het bestuur en tussen bestuurslichamen en organen om verder te gaan.

In de eerste plaats ligt het voor de hand ook de andere uitzondering van art. 1 tweede lid – de besluiten van algemene strekking – te laten vervallen. De uitzondering is sterk omstreden.[1] De verdediging ervan door de regering was niet overtuigend. De indruk bestaat dat de uitzondering vooral was ingegeven door de vrees dat een stringente rechterlijke toetsing de beleidsmatige ontwikkeling van de bestemmingsplannen nieuwe stijl zou doorkruisen. De Kroon kon niet worden gemist om aan dit ontwikkelingsproces richting te geven. Daarom werd de betekenis van het arrest Sporrong en Lönnroth[2] geminimaliseerd en werd twijfel gezaaid over de vraag of de vaststelling van een bestemmingsplan direct de vaststelling van burgerrechtelijke rechten en verplichtingen inhoudt.[3] In de ruime opvatting van het Hof over burgerrechtelijke rechten en verplichtingen is dit zeker het geval. Dat het bestemmingsplan doorgaans een regelend karakter draagt, doet daarvoor niet ter zake. Wat wij dan ook over deze kwestie in Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat schrijven, beschouw ik niet meer als juist,[4] zeker niet tegen de achtergrond van de Jacobsson-zaak.[5] Een bouwverbod wordt daarin beslissend geacht voor de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen. Het recht om te bouwen is volgens het Hof met het oog op het doel van art. 6 van een 'civil nature'. Dit wordt niet beïnvloed door het algemene karakter van het bouwverbod, noch door het feit dat de planningsprocedure voor het op het verbod volgende stadsplan deel uitmaakt van het publiekrecht en dat het bouwverbod een noodzakelijk element vormt in de stedelijke planning.

Het laten vervallen van de uitzondering in art. 1 tweede lid TwK zou bovendien aansluiten bij de verdergaande pleidooien om een rechtstreeks beroep open te stellen tegen besluiten van algemene strekking.[6] Bovendien zou het ons afhelpen van de wat arbitraire beslissingen over de aard van een concreet bestemmingsplan. Moet dit worden aangemerkt als een postzegelplan en dus als een beschikking, dan is de Afdeling voor de geschillen van bestuur of bij een weigering om een plan vast te stellen of te wijzigen of bij een uitwerkingsplan de Afdeling rechtspraak bevoegd. Is er geen sprake van een postzegelplan en dus van een besluit van algemene strekking dan blijft de Kroon bevoegd.[7] Van de willekeurige bevoegdheidsverdeling tussen de Afdelingen geschillen van bestuur en rechtspraak in de Wet op de ruimtelijke ordening zijn we dan overigens nog niet af.

69. Het principe van rechterlijke beslissing van geschillen met en tussen de overheden kan ook gevolgen hebben voor de overblijvende vormen van administratief beroep. In het kader van de totstandkoming van de Algemene wet bestuursrecht met de algemene bezwaarschriftprocedure (art. 6.3.1a) en de reorganisatie van de rechterlijke macht zouden deze overblijvende gevallen kri-

tisch moeten worden doorgelicht. Het zonder meer afschaffen van al deze vormen van administratief beroep lijkt mij een te vergaande stap. Het is ook veelal niet nodig, omdat het niet gaat om eindvoorzieningen. Bepaalde vormen, bijvoorbeeld het beroep op de gemeenteraad, zoals we dat kennen uit onder meer art. 51 Woningwet, zal worden afgeschaft.[8] De bezwaren daartegen zijn allang evident. Van het functioneren van het beroep op GS weten we eigenlijk te weinig. Nader onderzoek zou moeten uitwijzen of het aanbeveling verdient dit beroep te handhaven of te vervangen door een bezwaarschriftprocedure. Dit zelfde geldt voor de bijzondere vormen van administratief beroep, bijvoorbeeld op de minister of op de burgemeester.

70. Het beginsel van rechterlijke geschillenbeslechting zou ook gevolgen kunnen hebben voor de regeling van het spontane schorsings- en vernietigingsrecht van de Kroon. Reeds nu komt het herhaaldelijk voor dat vernietigingsbesluiten van de Kroon achteraf in het kader van een onrechtmatige daadsactie ter toetsing worden voorgelegd aan de rechter.[9] Een gebrek van de huidige regeling is dat deze weinig waarborgen biedt voor lagere overheden, waarvan besluiten worden vernietigd. Weliswaar wordt over een vernietigingsbesluit de Raad van State gehoord, maar van een behandeling op een openbare zitting is geen sprake. Denkbaar is de procedure zo in te richten dat deze vergelijkbaar is aan die van het beroep op de Kroon. De minister maakt dan de voordracht tot vernietiging aanhangig bij de Voorzitter van de Afdeling voor de geschillen van bestuur van de Raad van State. Deze stelt het betreffende bestuursorgaan in de gelegenheid een verweerschrift in te dienen. Er vindt een behandeling ter openbare zitting plaats, waarna de Afdeling de Kroon adviseert over het te nemen besluit. Ook de regeling voor het contrair gaan zou van toepassing kunnen worden verklaard. Het voordeel van deze constructie is dat ze kan worden toegepast bij vernietiging wegens strijd zowel met het recht als met het algemeen belang.

Een verdergaande garantie voor de lagere overheid zou worden geboden wanneer vernietigingsbesluiten door een onafhankelijke rechter worden uitgesproken. Voor vernietiging wegens strijd met het recht is dit goed denkbaar. De minister draagt in deze constructie het omstreden besluit ter vernietiging wegens strijd met het recht voor aan bijvoorbeeld de Afdeling voor de geschillen van bestuur of de Afdeling rechtspraak. De dan volgende procedure is vergelijkbaar met een beroep tegen een omstreden besluit. Voor vernietiging wegens strijd met het algemeen belang is deze constructie niet toepasbaar. De Kroon zal dan haar eigen verantwoordelijkheid moeten houden.

De combinatie van beide constructies spreekt mij het meest aan. In alle gevallen draagt de minister het omstreden besluit ter vernietiging voor aan een onafhankelijke instantie. De minister geeft tevens aan op welke grond het omstreden besluit naar zijn mening zou moeten worden vernietigd. De rechterlijke instantie onderzoekt het besluit en geeft het betreffende orgaan de gelegenheid zich te verweren. Bij strijd met het recht beslist de onafhankelijke instantie zelf over het ter vernietiging voorgedragen besluit. Bij strijd met het algemeen belang beperkt de rechterlijke instantie zich tot een advies. Zeker gezien het

beleidsmatige karakter van het tweede geval, lijkt mij de Afdeling voor de geschillen van bestuur vooralsnog de meest aangewezen instantie om te beslissen en te adviseren. De Voorzitter van de Afdeling zou in alle gevallen bevoegd moeten zijn om in afwachting van een vernietigingsbesluit, het omstreden besluit op voordracht van de minister te schorsen.

71. Ten slotte moet de keuze voor een rechterlijke toetsing bij geschillen met en tussen bestuursorganen en -lichamen ook consequenties hebben voor de overige vormen van toezicht? Na alles wat in het kader en naar aanleiding van het ontwerp herziene Gemeentewet al over toezicht is gezegd, wil ik daar kort over zijn.[10] Bovendien gaat mede-preadviseur Kraan uitvoerig op dit onderwerp in. Tegen de meeste vormen van preventief en positief toezicht staat nu al enige vorm van beroep open, doorgaans op de Kroon. Wanneer dit beroep omgezet zal worden in beroep op een onafhankelijke instantie zal dit zeker consequenties hebben. Verwacht mag worden dat in de jurisprudentie die dan ontstaat, ongeschreven regels of beginselen voor het uitoefenen van toezicht tot ontwikkeling zullen komen. Daarbij moet men zich hoeden voor generalisaties. Het begrotingstoezicht is van een andere aard dan het toezicht op de totstandkoming van belastingverordeningen. Het geven van een aanwijzing in de sfeer van de ruimtelijke ordening vergt een geheel andere afweging dan het preventief toezicht op het oprichten van en deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen door gemeenten. Pleidooien voor een terughoudende uitoefening van toezichtsbevoegdheden kunnen natuurlijk nooit kwaad. Daar staat tegenover dat een verantwoord gebruik van positief toezicht knopen kan doorhakken en duidelijk kan maken waar verantwoordelijkheden liggen en welk orgaan bereid is ze te nemen. Zeker wanneer is voorzien in een rechterlijke voorziening nadien behoeft daar in het geheel geen bezwaar tegen te bestaan.

Noten

1. Zie voor een samenvatting J.B.J.M. ten Berge, M.C. Burkens, P.J.J. van Buuren De Tijdelijke wet Kroongeschillen, Zwolle 1987 p. 35-56; zij verwijzen naar o.a. N.S.J. Koeman, De Tijdelijke wet Kroongeschillen, NJB 1986 p. 801-804, de Vakgroep Bestuursrecht en bestuurskunde Groningen, De Tijdelijke wet Kroongeschillen hinkt op twee gedachten, NJB 1986 p. 805-809 en K. van Rijckevorsel, Het wetsontwerp Tijdelijke Wet Kroongeschillen, Bouwrecht 1986 p. 393-398.
2. Europese Hof voor de Rechten van de Mens 23 september 1982, Publ. CEDH Serie A, Vol. 52.
3. Zie P. de Haan, Het Kroonberoep inzake het bestemmingsplan: een strijd in Straatsburg waard, NJB 1986 p. 873-876.
4. P. de Haan, Th. G. Drupsteen, R. Fernhout, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, deel 2 Deventer 1986 p. 273-274.
5. Europese Hof voor de Rechten van de Mens 25 oktober 1989, Series A, Publ. Court no. 163, NJCM bulletin 1989 p. 1033 m.nt. J.G.C. Schokkenbroek.
6. Zie hoofdstuk 4, § 38.
7. Zie over de problemen met het onderscheid P.J.J. van Buuren in zijn noot onder Afdeling rechtspraak Raad van State 8 maart 1989, AB 1990, 15 en idem 27 februari 1989, AB 1990, 16.
8. Tweede Kamer 1986-87, 20066 ontwerp-herziening Woningwet.

9. Zie o.a. Pr. Rb. 's-Gravenhage 14 juli 1987 K.G. 87, 315 (schorsing besluit gemeenteraad Hilversum tot verkoop Mondriaan niet onrechtmatig).
10. Tweede Kamer 1985-86, 19403 nr. 3 Memorie van Toelichting p. 13-23, B.L.W. Visser, Toezicht in bestuurlijke rechtsverhoudingen, Deventer 1986; J.B.J.M. ten Berge, Rechter en decentralisatie, Zwolle 1987 p. 21-44.

De beslechting van bestuursgeschillen naar komend recht

Een projectie van vier grote wetgevingsoperaties

door mr. K.J. Kraan

Inhoud

1.	*Inleiding*	79
1.1	Een blijde inkomst?	79
1.2	Plan van behandeling; verantwoording	81
1.3	Het begrip 'bestuursgeschil'	82
2.	*Definitieve voorziening inzake Kroongeschillen*	85
2.1	Bestuursgeschillen onderbelicht bij behandeling Tijdelijke wet	85
2.2	Definitieve voorzieningen: Kroon of rechter?	86
3.	*Algemene wet bestuursrecht; herziening rechterlijke organisatie*	96
3.1	Samenhang tussen deze operaties	96
3.2	Voorprocedures	97
3.3	Enkele vragen inzake voorprocedures bij bestuursgeschillen	97
3.4	Eenheid van recht – eenheid van rechtsgang	98
3.5	Herziening rechterlijke organisatie	99
3.6	Rechtsmachttoedeling inzake bestuursgeschillen	99
3.7	Enkele vragen inzake de rechterlijke competentie bij bestuursgeschillen	101
4.	*Vernieuwing van het toezichtstelsel*	103
4.1	Verbanden tussen bestuursgeschillen en toezicht	103
4.2	Het toezichtstelsel van de nieuwe Gemeentewet	104
4.3	Doorwerking van het nieuwe toezichtstelsel in de wetgeving	109
4.4	Consequenties voor bestuursgeschillen	
5.	*Voorkoming en behandeling van verticale bestuursgeschillen binnen de bestuurskolom*	115
6.	*Enkele vragen inzake de rechterlijke competentie bij bestuursgeschillen*	118
6.1	Besluiten van algemene strekking	118
6.2	Rechtshandelingen naar burgerlijk recht	122
6.3	Bestuursovereenkomsten en -akkoorden	122
6.4	Horizontale bestuursgeschillen	127
6.5	Uitzonderingen op het beginsel van rechtspraak in twee instanties?	130

7. *Slot* 134
7.1 Een blijde uitkomst? 134
7.2 Dankwoord 135

1. Inleiding

1.1 Een blijde inkomst?

Negenennegentig jaar geleden schreef Buijs in een preadvies voor de Nederlandse Juristen-Vereniging over 'De regeling der administratieve rechtspraak' de gedenkwaardige woorden: 'Is men er eenmaal toe gekomen aan den rechter eene soort van oppervoogdij over de administratie toe te kennen, dan wordt het daarenboven verbazend moeilijk te bepalen, waar die voogdij eindelijk moet ophouden, want eene natuurlijke grens is dan nergens meer te vinden.'[1]

De opvattingen over de verhouding tussen bestuur en rechter zijn sedertdien, en zeker de laatste 10 à 15 jaar, radicaal gewijzigd. Rechterlijke activiteit op voorheen onaantastbaar geachte bestuursterreinen wordt met steeds meer gemak aanvaard, ja zelfs verwelkomd. Drupsteen heeft deze infiltratie vanuit rechterlijke optiek beschreven. Ik zal mij vooral richten op ontwikkelingen in bestuursrechtelijke wetgeving, die het bereik van de rechtspraak verder zullen vergroten. Ik illustreer met een paar voorbeelden, hoe snel deze wijziging in opvattingen zich ook in wetgevingsland voltrekt.

Bij de totstandkoming van de Wet Arob in de eerste helft van de jaren zeventig stelde de regering nog zonder enige discussie, dat de Afdeling rechtspraak niet de bevoegdheid diende te krijgen om na vernietiging van de bestreden beschikking zelf in de zaak te voorzien: 'De buiten de administratie staande rechterlijke instantie vernietigt, doch laat zich overigens met de haar voorgelegde zaak niet in.' Zo bleef de Afdeling rechtspraak verstoken van deze bevoegdheid.

Ruim tien jaar later, bij de totstandkoming van de Tijdelijke wet Kroongeschillen (TwK), wordt er geen afkeurend woord meer vernomen over de toekenning van de bevoegdheid aan de Afdeling voor de geschillen van bestuur om 'desgeraden zelf in de zaak te voorzien'. En weer enkele jaren later stelt de regering vrijwel als vanzelfsprekend voor, ook de Arob-rechter met deze bevoegdheid toe te rusten.[2]

Tot voor kort gold als een 'Binsenwahrheit', dat rechtstreeks beroep bij de administratieve rechter tegen besluiten van algemene strekking uitgesloten diende te zijn. Nog bij de totstandkoming van de Tijdelijke wet Kroongeschillen werd dit als een systeemkenmerk van de administratieve rechtspraak door de regering verdedigd.

Enkele jaren later weet een promovendus cum laude de doctorstitel en de vierjaarlijkse VAR-prijs te behalen met een proefschrift waarin exact het tegengestelde wordt verdedigd. De doctor wordt direct naar Binnenlandse Zaken gehaald om mee te werken aan het project Definitieve voorzieningen Kroongeschillen. De promotor brengt het een jaar later zelfs tot minister van Justitie ...[3]

Met het onderwerp 'bestuursgeschillen' lijkt het net zo te gaan. Lange tijd behoorde de beslechting van publiekrechtelijke geschillen tussen openbare lichamen en organen tot het vanzelfsprekende domein van het bestuur zelf. Zo heet het nog in de Richtlijnen voor de keuze tussen Arob-beroep en beroep op Kroon uit 1981 (Stct. 56): 'Het verdient de voorkeur de beslissing in geschillen over de verantwoordelijkheid voor of de inhoud van het beleid waarbij alleen overheidsorganen betrokken zijn, op te dragen aan een hoger bestuursorgaan. In hoogste instantie kan de Kroon hierover oordelen.' Er is maar één uitzondering: 'Betreft het geschil een in overwegende mate gebonden beschikking, dan verdient Arob-beroep de voorkeur' (richtlijn 3).

Bij de grondwetsherziening van 1983 wordt met even grote vanzelfsprekendheid aanvaard dat de Kroon als beslechter van restgeschillen tussen openbare lichamen optreedt, indien geen andere instantie tot beslissing bevoegd is (artikel 136).

En bij de totstandkoming van de Tijdelijke wet Kroongeschillen in 1986-87 is er nauwelijks debat over de uitzondering ten aanzien van de 'zuivere' bestuursgeschillen, die aan de Kroon ter beslissing blijven voorbehouden (artikel 1, tweede lid).[4]

Een zekere kentering ziet men optreden in de loop van de langdurige parlementaire geschiedenis van wetsvoorstel 16945, inzake de negatieve lijst bij de Wet Arob. Tijdens de behandeling heeft veel aandacht gekregen de vraag, in hoeverre de categoriale uitzondering van beschikkingen inzake financiële bijdragen aan publiekrechtelijke lichamen (het toenmalige artikel 5, sub j, Wet Arob) gehandhaafd moest blijven. Aanvankelijk, anno 1981, wilde de regering maar een kleine wettelijke opening maken voor Arob-beroep, namelijk alleen voor zogenaamde doorgeefbeschikkingen, waarbij de bijdragen in feite voor particulieren bestemd zijn. Na veel wederwaardigheden, waaronder zelfs een geheel afzonderlijk wetsvoorstel betreffende specifieke uitkeringen aan provincies en gemeenten (wetsvoorstel 19216), werd uiteindelijk, anno 1987, voorgesteld het bewuste artikeldeel integraal te schrappen. Aldus is geschied bij de Wet van 29 september 1988, Stb. 473.[5]

Zo'n kentering in opvattingen is ook waarneembaar bij de parlementaire behandeling van het Europees Handvest inzake lokale autonomie. Van diverse zijden is kritiek geuit op het voornemen van de regering om, in verband met het bestaande Kroonberoep in bestuursgeschillen, een voorbehoud te maken bij artikel 11 van het Handvest. Dat artikel geeft de lokale autoriteiten het recht,

rechtsmiddelen (judicial remedies) aan te wenden ten einde de zelfstandige uitoefening van hun bevoegdheden te verzekeren alsmede de eerbiediging van de beginselen van lokale autonomie die zijn vastgelegd in de Grondwet of de interne wetgeving. In de toelichtende nota en in de memorie van antwoord heeft de regering overigens de mogelijkheid opengehouden dat de definitieve voorzieningen in Kroongeschillen conform artikel 11 zouden kunnen zijn, zodat het voorbehoud zou kunnen vervallen.[6]

Niet alleen bij de recente behandeling van wetgeving, maar ook in recente literatuur wordt de vanzelfsprekendheid dat de beslechting van bestuursgeschillen binnen de bestuurskolom moet blijven, ondermijnd.

Naast Visser hebben vooral Ten Berge c.s. in een in opdracht van de ministeries van Binnenlandse Zaken en Justitie geschreven studie met een keur van argumenten betoogd dat opdracht van de thans nog aan de Kroon opgedragen bestuursgeschillen aan de rechter – zonder uitzondering – de voorkeur verdient.[7]

Ook ik ben van mening, dat in het licht van een aantal actuele ontwikkelingen in het bestuursrecht een toenemende rol van de rechter in bestuursgeschillen onontkoombaar is. Ik verwacht dat in de nabije toekomst geen enkel bestuursgeschil meer aan uiteindelijke beoordeling van de rechter onttrokken zal zijn. Deze verwachting fungeert feitelijk als werkhypothese bij het schrijven van dit preadvies.

Opzettelijk debiteer ik hier geen normatieve uitspraken, omdat ik het enthousiasme waarmee sommigen de 'Blijde inkomst' van de rechter op voorheen onschendbaar geachte terreinen van bestuur en zelfs wetgeving begroeten, niet in alle opzichten deel.[8]

1.2 Plan van behandeling; verantwoording

Ik geef in dit preadvies – na een omschrijving van het begrip 'bestuursgeschil' (par. 1.3) – een schets van een viertal actuele 'grote operaties' op het terrein van het materieel bestuursrecht en het bestuursprocesrecht in brede zin, om te laten zien welke gevolgen die projecten – in onderling verband beschouwd – vermoedelijk zullen hebben voor de beslechting van bestuursgeschillen.

Deze grote operaties zijn: de definitieve voorzieningen inzake Kroongeschillen (par. 2), de Algemene wet bestuursrecht en de herziening van de rechterlijke organisatie (par. 3) alsmede de vernieuwing van het toezichtstelsel in de Gemeentewet c.a. (par. 4).

Vervolgens ga ik in op een aantal vragen die rijzen met betrekking tot de voorkoming en behandeling van geschillen binnen de bestuurskolom (par. 5) en met betrekking tot de toedeling van rechtsmacht aan de rechter inzake bestuursgeschillen (par. 6).

Het gaat hier om projecten die zich op dit moment nog in verschillende stadia van voorbereiding of parlementaire behandeling bevinden. Door de – soms nog onscherpe – contouren, voor zover deze betrekking hebben op bestuursgeschillen, over elkaar heen te projecteren, ontstaat een toekomstbeeld van de wijze waarop bestuursgeschillen naar komend recht zullen worden beslecht.

Uiteraard is het resultaat ten dele speculatief en subjectief: zeker waar de contouren nog vaag zijn, of waar lijnen vanuit de afzonderlijke projecten worden dóórgetrokken naar de andere projecten, projecteert de auteur noodzakelijk eigen opvattingen mee in het totaalbeeld.

Het kan 'tricky' zijn om, als ambtenaar die mee betrokken is bij de beleidsvorming op dit terrein, persoonlijke opvattingen ten beste te geven op een moment dat het beleid nog in ontwikkeling is.

Niettemin heb ik de uitnodiging van het VAR-bestuur aanvaard, omdat zij de gelegenheid biedt, over een aantal bestuursrechtelijke verwikkelingen rondom deze wetgevingsoperaties (vroeg)tijdig met vakgenoten van gedachten te wisselen. Dat kan de beleidsvorming alleen maar ten goede komen.

For the sake of argument heb ik mij in dit preadvies hier en daar wellicht stelliger uitgedrukt dan de stand van de meningsvorming ten departemente toelaat. Voor alle zekerheid: mijn persoonlijke beleidsopvattingen vallen niet noodzakelijkerwijs samen met de mening van de bewindspersonen van Binnenlandse Zaken.

1.3 Het begrip 'bestuursgeschil'

Het begrip 'bestuursgeschil' kan gemakkelijk tot verwarring aanleiding geven. Ik doel hiermee niet op de 'geschillen van bestuur' in de betekenis waarop gedoeld wordt in de benaming van de Afdeling voor de geschillen van bestuur van de Raad van State. Die afdeling oordeelt immers ook over concrete geschillen tussen overheid en burgers, terwijl ik alleen het oog heb op geschillen tussen overheden onderling.

Evenmin doel ik (uitsluitend) op de 'zuivere' bestuursgeschillen in de beperkte betekenis van artikel 1, tweede lid, TwK: 'geschillen welke uitsluitend door openbare lichamen of organen, hetzij door het instellen van beroep, hetzij op andere wijze, aan de beslissing van de Kroon worden onderworpen'. Ook geschillen tussen overheden die aan andere instanties kunnen worden voorgelegd zijn immers in het kader van dit preadvies interessant.

Ik vat het begrip in ruime zin op, als 'een geschil tussen overheden'.

Als werkomschrijving – zonder pretentie van wetenschappelijkheid – geef ik een geparafraseerde definitie van Crince le Roy:[9]

Van een *'bestuursgeschil'* is sprake, wanneer tussen twee (bestuurlijke) overheden een verschil van opvatting is ontstaan over een bepaalde zaak, beide overheden (na gepleegd overleg) op hun standpunt zijn blijven staan en een der over-

heden (of allebei) zich wend(t)(en) tot de instantie die is aangewezen om ter zake een beslissing te geven.

Ik plaats twee kanttekeningen bij het element 'zich wenden tot de instantie die is aangewezen om ter zake een beslissing te geven'.

Ten eerste: het maakt in deze omschrijving geen verschil of ook anderen dan overheden zich naar aanleiding van dezelfde of een soortgelijke zaak kunnen wenden tot dezelfde instantie om een beslissing te vragen. In dit opzicht verschilt deze omschrijving wezenlijk van die in artikel 1, tweede lid, TwK, die op 'zuivere' bestuursgeschillen betrekking heeft.

Ten tweede: de omschrijving omvat ook gevallen waarin geen administratiefrechtelijke instantie is aangewezen om een beslissing in het geschil te geven, maar die wel tot de algemeen aanvullende competentie van de burgerlijke rechter behoren.

Te denken valt bijvoorbeeld aan vele besluiten van algemene strekking en rechtshandelingen naar burgerlijk recht.

Evenals Drupsteen volg ik het aan Ten Berge c.s. ontleende onderscheid tussen verticale en horizontale bestuursgeschillen.

Verticale bestuursgeschillen zijn de bestuursgeschillen die worden aangebracht door het instellen van beroep tegen een bepaald besluit. In dat besluit krijgt de gezagsuitoefening van de ene overheid jegens de andere overheid gestalte.

Horizontale bestuursgeschillen zijn de bestuursgeschillen die in een gelijkwaardige verhouding tussen overheden rijzen; de betrokken overheden behoeven niet per se tot dezelfde bestuurslaag te behoren. Een horizontaal geschil betreft niet een gezagsbeslissing van de ene overheid jegens de andere, maar een verschil van mening over (voorgenomen) besluiten of het weigeren daarvan door de ene overheid, waardoor een andere overheid in haar belangen is getroffen.

Horizontale geschillen worden niet aanhangig gemaakt door het instellen van beroep, maar op andere wijze, bijvoorbeeld doordat een van de partijen of beide een verzoekschrift indienen bij de geschilbeslechtende instantie om tot geschilbeslechting over te gaan.[10]

Ik ga in dit preadvies niet nader in op het begripsmatige onderscheid tussen 'openbare lichamen' en '(bestuurs)organen' als partijen bij een geschil.[11]

Noten

1. J.T. Buijs, Handelingen 1891 der NJV, deel I, blz. 91.
2. Zie over de stellingname bij de totstandkoming van de Wet Arob: J.H. van Kreveld en M. Scheltema, De parlementaire geschiedenis van de Wet Arob, Groningen 1976, blz. 11, 272 en 519; Kamerstukken II, 1972-73, 11280 nr. 3, blz. 14. Het huidige regeringsstandpunt is verwoord in de notitie Invoering Arob-rechtspraak in twee instanties, kamerstuk II, 1988-89, 21048, nr. 2, blz. 5. Een samenvatting geeft P.J.J. van Buuren, Hoger beroep in Arob-zaken, NJB 1989, blz. 665 e.v.

3. Zie over het debat bij de totstandkoming van de TwK: J.B.J.M. ten Berge, M.C. Burkens en P.J.J. van Buuren, De Tijdelijke wet Kroongeschillen, Zwolle 1987, blz. 36 e.v. (verder aan te duiden als Ten Berge c.s. 1987). De doctor in kwestie is R.M. van Male, Rechter en bestuurswetgeving, Zwolle 1988. De promotor is E.M.H. Hirsch Ballin. Overigens werd de uitzondering van besluiten van algemene strekking al eerder doeltreffend bestreden, onder meer door J. van der Hoeven, Bestuur en rechter, in : Recht op scherp (Duk-bundel), Zwolle 1984, blz. 307 e.v., J.M. Kan, Rechtsbescherming tegen algemeen verbindende voorschriften, in: Non ex regula (Van der Hoeven-bundel), Deventer 1985, blz. 71-75, en P.J.J. van Buuren en J.E.M. Polak, De rechter en onrechtmatige wetgeving, Handelingen 1987 der NJV, deel I, tweede stuk, blz. 90 e.v., blz. 187 e.v.
4. Zie voor het verhandelde m.b.t. artikel 136 Grondwet: Naar een nieuwe Grondwet, Algehele grondwetsherziening VII A, blz. 287 e.v. Vgl. ook Drupsteen, par. 31. Over de uitzondering in de TwK: Ten Berge c.s. 1987, blz. 56 e.v.
5. Zie over de Wet van 29 september 1988: J.J. Wiarda, Ars Aequi 1989, blz. 48 e.v.; M. ter Brugge, Afbouw negatieve lijst Wet Arob: vergroting rechtsbescherming?, NJB 1989, blz. 1178-1182. In kritische zin over de gekozen systematiek M.M. Bense, Specifieke uitkeringen naar de verkeerde Afdeling? De Gemeentestem 10 maart 1989, nr. 6873.
6. Vgl. kamerstukken 20586, nr. 1, blz. 9 en nr. 9, blz. 14. Het Handvest is gepubliceerd in Trb. 1987, 63.
7. B.L.W. Visser, Toezicht in bestuurlijke rechtsverhoudingen, Deventer 1986; alsmede Rechtsbescherming van lagere overheden, hinken op twee gedachten, in NTB 1987, blz. 46 e.v. J.B.J.M. ten Berge, A.F. Gaastra, H.T. Kernkamp en E. Poortinga, Bestuursgeschillen: Kroon of rechter? Zwolle, 1989 (verder aan te duiden als Ten Berge c.s. 1989). In het twee jaar daarvoor verschenen boek over de Tijdelijke wet Kroongeschillen (Ten Berge c.s. 1987) werd nog geconcludeerd dat het niet verstandig zou zijn alle bestuursgeschillen aan de Kroon te onttrekken (blz. 74).
8. Ik realiseer mij, dat de 'Blijde Incomste' van hertogin Johanna van Brabant in 1355 een ietwat ander karakter had. Bij die inhuldiging werd de landsvrouwe door haar onderdanen een voor het hele hertogdom geldend privilege afgedwongen dat door haar en haar opvolgers onder ede moest worden bevestigd. Vgl. over de toen reeds bestaande samenhang tussen bevoegdheden en machtsverhoudingen J. van der Hoeven, De drie dimensies van het bestuursrecht, Alphen aan den Rijn 1989, blz. 30. Waar ik spreek van een rechterlijke 'Blijde Inkomst' is er in zoverre een parallel, dat het bestuur zich als 'onderdaan' van deze nieuwe 'landsheer' de vraag moeten stellen, op welke wijze het zijn bevoegdheden op adequate wijze zeker kan stellen. Het antwoord ligt naar mijn overtuiging niet in uitsluiting van bepaalde bestuurshandelingen van rechterlijke toetsing, maar veeleer in een zodanige wettelijke normering en beginselvastheid van het bestuursoptreden, dat het die toetsing met gemak kan doorstaan. Of aldus gemakkelijk een evenwicht bereikt kan worden in de verhouding tussen rechter, bestuur en wetgever blijft de vraag. Wat de gevolgen zullen zijn als wij daar niet in slagen is trefzeker beschreven in het beklemmende kerstverhaal van mijn collega H.G. Lubberdink: De rechter ging aan vlijt ten onder. Zie de bundel Gegeven de Grondwet, Deventer, 1988. Ook Van der Hoeven wijdt in zijn eerdergenoemde boek (blz. 223 e.v.) behartigenswaardige beschouwingen aan de problematiek van 'de rechter als dictator'.
9. R. Crince le Roy, Geschillen van bestuur, in Bestuurswetenschappen 1963, blz. 80. De parafrase is ontleend aan Ten Berge c.s. 1989, blz. 4.
10. Ten Berge c.s. 1989, blz. 11 en 12. Het onderscheid horizontaal-verticaal is overigens minder geschikt voor het categoriseren van geschillen die niet door de Kroon worden beslecht, maar – bijvoorbeeld – door de burgerlijke rechter.
11. Zie hierover Ten Berge c.s. 1989, blz. 2 e.v.

2. Definitieve voorzieningen inzake Kroongeschillen

2.1 Bestuursgeschillen onderbelicht bij behandeling Tijdelijke wet

De directe aanleiding voor het VAR-bestuur om het onderwerp 'bestuursgeschillen' te agenderen was de omstandigheid dat deze categorie geschillen bij de parlementaire behandeling van de Tijdelijke wet Kroongeschillen (TwK) betrekkelijk onderbelicht is gebleven. De uitzondering van de zuivere Kroonbestuursgeschillen van beroep op de rechter werd zonder veel discussie aanvaard. Alle aandacht was gericht op de andere uitgezonderde categorie: de besluiten van algemene strekking, in het bijzonder de bestemmingsplannen. Ook in de literatuur was de aandacht geconcentreerd op deze kwestie.

Overigens dient te worden bedacht, dat deze beide categorieën elkaar deels overlappen: betrekkelijk veel bestuursgeschillen hebben mede betrekking op besluiten van algemene strekking.

Van de 153 beroepsgangen waarin uitsluitend voor bestuursorganen beroep op de Kroon openstaat, hebben er 62 een besluit van algemene strekking tot voorwerp; aldus blijkt uit de inventarisatie van Ten Berge c.s.[1]

Ik noem als voorbeelden: beroep van het gemeentebestuur tegen het opleggen van een verordening door provinciale staten (o.m. art. 4 Brandweerwet); beroep van een pbo-orgaan tegen de onthouding van goedkeuring aan een verordening door de SER of door de minister (art. 131 e.v. Wet op de Bedrijfsorganisatie).

Deze overlapping op zichzelf is al voldoende reden om in dit preadvies tevens enige aandacht te besteden aan de problematiek van het beroep tegen besluiten van algemene strekking; zie par. 6.1.

Ik voorzie dat in de voorstellen voor definitieve voorzieningen in Kroongeschillen die thans door de regering worden voorbereid meer diepgaand dan bij de TwK de vraag aan de orde zal komen welke voorziening voor Kroonbestuursgeschillen het meest wenselijk is.

De aandacht was bij de TwK vooral gericht op het snel bereiken van een situatie die de toets van artikel 6 van het Europees Verdrag inzake de rechten van de

mens en de fundamentale vrijheden (EVRM) kon doorstaan. Daartoe werden in artikel 1, tweede lid, TwK enkele grove scheidslijnen door het totale bestand van Kroongeschillen getrokken.

Anders dan bij de geschillen inzake besluiten van algemene strekking was (en is) er bij de zuivere bestuursgeschillen weinig twijfel over de verenigbaarheid van geschilbeslechting door de Kroon met artikel 6 EVRM.

Slechts op twee punten werd twijfel geuit.

Zouden geschillen over de onthouding van goedkeuring door GS aan besluiten van gemeentebesturen tot het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen niet bepalend kunnen zijn voor de 'burgerlijke rechten en verplichtingen' van de wederpartij? De regering antwoordde dat zowel voor de wederpartij als voor derden-belanghebbenden steeds de weg naar de burgerlijke rechter openstaat, indien zij zich door zo'n besluit in hun belangen geschaad achten; aan de eisen van artikel 6 EVRM is derhalve voldaan.

Op de vraag of artikel 6 ook de privaatrechtelijke rechten en verplichtingen van overheden beoogt te beschermen, voorzover die aangetast kunnen worden in het kader van het toezicht door hogere overheden, antwoordde de regering kortweg dat artikel 6 er naar haar mening niet toe strekt, overheidslichamen of -organen in hun belangen te beschermen.[2]

Deze mening werd enkele dagen later bevestigd door de Hoge Raad in het Aral-arrest, waarin wordt overwogen dat aan de gemeente geen beroep op artikel 6 toekomt om zich te verweren tegen een door haar onjuist geachte uitspraak in Kroonberoep. Het Europees Verdrag beoogt, aldus de Hoge Raad, slechts burgers te beschermen en geen overheidsinstanties.[3]

Jurisprudentie van het Europese Hof die op een andere opvatting wijst is mij niet bekend.

Reeds bij de parlementaire behandeling van de TwK werd echter duidelijk dat bij het treffen van definitieve voorzieningen in Kroongeschillen conformiteit aan artikel 6 EVRM niet meer het belangrijkste doel, maar veeleer een noodzakelijke randvoorwaarde zal zijn.

Uitdrukkelijk werd van regeringszijde toegezegd dat bij de definitieve voorzieningen de in de TwK getrokken scheidslijnen nog eens kritisch zouden worden bezien, en dat aansluiting zou worden gezocht bij het streven naar vereenvoudiging van het stelsel van administratieve rechtsgangen.[4]

2.2 Definitieve voorzieningen: Kroon of rechter?

Drupsteen is al uitvoerig ingegaan op de voors en tegens van opdracht van de uiteindelijke beslissing in bestuursgeschillen aan de rechter. Ik deel zijn conclusie dat opdracht aan de rechter de voorkeur verdient. De door hem – en ten dele ook al door anderen – aangevoerde argumenten kan ik in grote lijnen onderschrijven. Ik beperk mij in hoofdzaak tot het aangeven van enkele accentverschillen, relativeringen en overwegingen ten overvloede.

Achtereenvolgens bespreek ik de volgende argumenten:
a. bestuursgeschillen zijn rechtsgeschillen;
b. het decentralisatiebeginsel;
c. het rechtsstaatbeginsel;
d. het geringe aantal 'zuivere' bestuursgeschillen en
e. afbakeningsproblemen bij 'zuivere' bestuursgeschillen.

In par. 3 ga ik nader in op een ander argument, namelijk de wenselijkheid van vereenvoudiging van het stelsel van administratieve rechtsgangen.

Helaas ontbreekt mij de tijd andere Europese rechtsstelsels in mijn beschouwingen te betrekken. Ik volsta met een verwijzing naar het eerder genoemde proefschrift van Visser, waaruit blijkt dat ook elders tendensen bestaan tot vergroting van de rol van de rechter.

ad a. Bestuursgeschillen als rechtsgeschillen

Een belangrijk argument acht ik de vervaging van het klassieke onderscheid tussen rechts- en belangengeschillen. Ook bestuurlijke verhoudingen tussen overheden onderling moeten tegenwoordig als *rechts*verhoudingen worden gezien, althans ten dele. In het bijzonder de komende Algemene wet bestuursrecht geeft uitdrukking aan deze toenemende juridificering van bestuurlijke verhoudingen (zie nader par. 3). Dit impliceert dat bestuursgeschillen – althans mede – naar juridische maatstaven moeten worden beslecht.

Overigens behoudt naar mijn mening het onderscheid tussen rechts- en belangengeschillen (en het daarmee corresponderende onderscheid tussen rechtmatigheids- en doelmatigheidstoetsing) zijn betrekkelijke waarde. In bepaalde typen van geschillen kunnen beleidsmatige aspecten zodanig de overhand hebben, dat deze zich niet voor een uitsluitend juridische beoordeling lenen.

Dit behoeft echter niet te betekenen dat men de toetsing aan maatstaven van recht en beleid in één bestuurlijk eindoordeel samenbrengt, zoals thans bij de beslechting van bestuursgeschillen door de Kroon. Evenzeer is denkbaar in zulke gevallen een nadere bestuurlijke toetsing van (rechts- en) beleidsaspecten vooraf te doen gaan aan een rechterlijke beoordeling.

Die rechterlijke beoordeling heeft dan overigens strikt genomen geen betrekking meer op het oorspronkelijke besluit, maar op de nadere bestuurlijke toetsing daarvan. Om te voorkomen dat in zo'n systeem onwenselijke – en door een rechter moeilijk te redresseren – inbreuken worden gepleegd op de beleidsvrijheid van het oorspronkelijk beslissend orgaan, dienen vormen van hoger bestuurlijk toezicht zodanig te zijn ingekaderd en genormeerd dat ze zich lenen voor rechterlijke controle.

Een nadere bestuurlijke toetsing sluit ook aan bij het voorstel om in het kader van de Algemene wet bestuursrecht over de gehele linie enige vorm van nadere bestuurlijke toetsing, voorafgaand aan toetsing door de administratieve rechter,

voor te schrijven (vgl. hieronder, par. 3). De 'toezichtsfilosofie' van de herziene gemeentewet biedt voldoende aanknopingspunten voor een rechterlijke eindcontrole (zie par. 4).

Wel dient daarbij te worden gewaakt tegen een nodeloze opeenstapeling van procedures. Hiertoe zijn weloverwogen keuzen nodig met betrekking tot de noodzaak en het niveau van bestuurlijke en rechterlijke voorzieningen. In par. 5 en 6 ga ik daar nader op in.

ad b. Het decentralisatiebeginsel
Ook het decentralisatiebeginse indiceert een zekere voorkeur voor een uiteindelijke beslissing door de rechter. Aan dit beginsel komt echter lang niet in alle gevallen een even dwingende betekenis toe.

Zo speelt het decentralisatiemotief bij horizontale bestuursgeschillen, waar de Kroon een soort arbitersrol vervult, veel minder een rol dan bij verticale bestuursgeschillen.

Decentralisatie dwingt er ook niet toe geheel af te zien van iedere mogelijkheid van centrale sturing en toezicht. Een belangrijk bezwaar tegen hantering van het Kroonberoep als sturings- en toezichtsinstrument is echter het incidenteel en diffuus karakter daarvan. De mogelijkheid van sturing is geheel afhankelijk van de vraag of een geschil aanhangig wordt gemaakt, terwijl de bestuurlijke invloed – voor zover die al wordt uitgeoefend, bijvoorbeeld door middel van een departementaal ambtsbericht – veelal slechts indirect en versluierd, namelijk via het advies van de Afdeling geschillen, doordringt in het uiteindelijke KB.[5]

Uit het oogpunt van duidelijkheid en zuiverheid zou het dan ook de voorkeur verdienen, indien centrale sturing – voor zover noodzakelijk – via andere instrumenten dan het Kroonberoep zou geschieden.

Ter relativering wijs ik er overigens op, dat van de sturingsmogelijkheden die het Kroonberoep biedt (in de vorm van het ambtshalve instellen van beroep, het uitbrengen van een ambtsbericht door de minister, het opnieuw aanhangig maken en het contrair gaan) maar in beperkte mate gebruik wordt gemaakt.[6]

Bovendien behoeft zo'n (poging tot) sturing niet steeds 'decentralisatievijandig' te zijn. Een aardig voorbeeld vormt het contrair KB van 8 januari 1982, nr. 75, Stb. 84.[7]

GS van Noord-Holland hebben in een circulaire aangekondigd dat zij in het kader van artikel 228 gemeentewet goedkeuring zullen onthouden aan gemeentelijke besluiten tot verkoop van bouwgrond, indien in de contracten geen boete- en kettingbedingen zijn opgenomen, die zeker stellen dat de nieuw te bouwen woningen gedurende minimaal 10 jaar beschikbaar blijven voor de woningbehoefte van de gemeente.

Ingevolge deze circulaire onthouden GS goedkeuring aan een grondtransac-

tie van de gemeente Heiloo. Heiloo stelt Kroonberoep in (art. 235 gemeentewet).

De staatssecretaris van Binnenlandse Zaken is van oordeel dat GS in hun goedkeuringsbeleid het toetsingskader van art. 228a gemeentewet (strijd met de wet, het algemeen belang, of het financieel belang van de gemeente) te buiten gaan: voor ruimtelijke belangen als hier in het geding zijn zou slechts het instrumentarium van de WRO mogen worden toegepast.

De Afdeling geschillen is daarentegen van mening dat met het opnemen van boete- en kettingbedingen in bijzondere gevallen een algemeen belang gediend kan zijn dat door GS mede in de beoordeling in het kader van 228 gemeentewet mag worden betrokken. Zo'n bijzonder geval is in casu aanwezig, aldus de Afdeling.

De staatssecretaris blijft echter van oordeel dat aldus de grenzen voor het onthouden van goedkeuring door GS te ruim worden getrokken. In het contrair KB wordt Heiloo in het gelijk gesteld, omdat in casu volgens de Kroon – anders dan de Afdeling geschillen meent – geen bijzonder geval aanwezig is, op grond waarvan goedkeuring mag worden onthouden.

Terzijde merk ik bij deze uitspraak nog op dat de Kroon zijn mogelijkheden om op drastischer wijze contrair te gaan had beperkt door in een eerdere zaak, waarbij een gemeente al in het advies van de Raad gelijk kreeg omdat geen bijzonder geval aanwezig werd geacht, conform het advies te beslissen (KB van 7 mei 1981, nr. 11, inzake Est en Opijnen).[8] Bovendien gaat de Kroon ook in bestuursgeschillen niet graag dwars tegen de interpretatie van een wetsbepaling door de Afdeling in, ook niet wanneer die wetsbepaling spreekt van 'het algemeen belang', waarvan bestuurders lange tijd dachten dat dat hun exclusieve domein was...

ad c. Het rechtsstaatbeginsel

Het zou mijns inziens te ver gaan om te stellen, dat het rechtsstaatbeginsel *eist* dat alle bestuursgeschillen door de rechter kunnen worden beslecht. Ik deel de opvatting van de Hoge Raad in het Aral-arrest, dat voor bestuursorganen een Kroonbeslissing overeenkomstig de procedure van de Wet op de Raad van State, zowel naar intern Nederlandse als naar internationale maatstaven, een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang is.

Wel kan worden gesteld, dat de mogelijkheid van een rechterlijk eindoordeel in zekere opzichten een versterking van het rechtsstatelijk gehalte van de bestuursorganisatie kan betekenen. Meer in het bijzonder kleven er uit rechtsstaatsoogpunt bezwaren aan Kroonberoep tegen besluiten van ministers; met name omdat hierbij de minister te zeer rechter lijkt in eigen zaak. Ook de figuur van Kroonberoep tegen besluiten van de Kroon (!), die enkele malen voorkomt, is uit dat oogpunt verdacht.[9]

Op basis van de tot dusver besproken argumenten zou ik niet meer dan een graduele voorkeur hebben voor een rechterlijk eindoordeel: bij bepaalde typen van

bestuursgeschillen ligt vervanging van de Kroon door de rechter meer voor de hand dan bij andere.

Per saldo is voor mij vooral doorslaggevend de onwenselijkheid van processuele en organisatorische verscheidenheid van administratieve rechtsgangen, in het bijzonder die bij de Raad van State. Ik kom hierop terug in par. 3, waarin de Algemene wet bestuursrecht en de herziening van de rechterlijke organisatie ter sprake komen.

ad d. Het geringe aantal 'zuivere' bestuursgeschillen

Daar komt bij dat het aantal 'zuivere' bestuursgeschillen volstrekt in het niet zinkt in vergelijking met de overige geschillen waarover de Raad van State oordeelt.

Enkele cijfers ter illustratie.

Ten Berge c.s. inventariseerden in de wetgeving 153 'verticale' Kroonberoepsgangen die uitsluitend voor overheden openstaan, alsmede 23 'horizontale' Kroongeschillenregelingen (daarbij werden afzonderlijke gemeentelijke herindelingswetten en beroepsgangen in provinciale verordeningen niet meegeteld).

Deze op het eerste gezicht indrukwekkende aantallen zeggen niets over de aantallen geschillen die zich daadwerkelijk voordoen.

Ten Berge c.s. telden het aantal sinds 1977 in de AB gepubliceerde uitspraken. Slechts over 14 van de 153 verticale geschillenregelingen troffen zij uitspraken aan. De meeste (50 van de 84) betroffen artikel 245a gemeentewet, inzake onthouding van goedkeuring door GS aan een gemeentelijke begroting(swijziging), gevolgd door artikel 42 WWV, inzake weigering of terugvordering van een bijdrage aan het gemeentebestuur door de minister (10 uitspraken).[10] Ook gepubliceerde uitspraken over horizontale geschillen zijn schaars, en geven, afhankelijk van de regeling, getalsmatig aanzienlijke verschillen te zien.

De Raad van State verschafte mij enkele cijfers over het aantal in 1989 uitgebrachte adviezen.

Totaal werden op grond van artikel 1, tweede lid, TwK 497 adviezen uitgebracht (hierbij zijn de geschillen over besluiten van algemene strekking inbegrepen).

Zestig van deze adviezen hadden betrekking op zuivere bestuursgeschillen (inclusief zuivere bestuursgeschillen inzake besluiten van algemene strekking); daarvan betroffen er 32 een verticaal en 28 een horizontaal bestuursgeschil.

Ter vergelijking: het aantal TwK-uitspraken bedroeg in 1989 3394; het aantal Arob-uitspraken 6207.

De aard van de geschillen en de door de Raad van State uitgebrachte adviezen – voor zover ik ze onder ogen kreeg – bevestigt naar mijn indruk de conclusie die Ten Berge c.s. en Drupsteen uit hun jurisprudentie-analyse trekken: dit had de administratieve rechter ook gekund, zeker indien hij voorzien is van ade-

quate bevoegdheden en – zo voeg ik daaraan toe – er een deugdelijke bestuurlijke voorprocedure is doorlopen.

Mijn conclusie is, dat – zeker indien het Kroonberoep tegen besluiten van algemene strekking vervalt – er ook in kwantitatief opzicht onvoldoende reden is om een afzonderlijke rechtsgang bij de Kroon voor bestuursgeschillen te handhaven.

ad e. Afbakeningsproblemen bij 'zuivere' bestuursgeschillen
Wellicht ten overvloede voeg ik daar nog aan toe dat het criterium waarmee artikel 1, tweede lid, TwK de zuivere bestuursgeschillen poogt af te grenzen, naar mijn mening te formeel en te vaag is om als definitieve begrenzing te kunnen dienen: het leidt soms tot willekeurige resultaten en tot ongewenste meersporigheid van beroepsgangen.

Ter herinnering, de bewuste formule luidt: 'geschillen welke uitsluitend door openbare lichamen of organen, hetzij door het instellen van beroep, hetzij op andere wijze, aan de beslissing van de Kroon worden onderworpen.'

Ik betitel deze omschrijving als formeel, omdat het criterium uitsluitend ligt in de aard van de partijen die krachtens de desbetrefffende wettelijke regeling een geschil aanhangig kunnen maken. Daarmee is bepaald niet gezegd dat deze categorie geschillen ook naar de aard van het object onderscheidende werking heeft.

Zo dient bedacht te worden dat in nogal wat gevallen waarin de Kroon belast is met een bestuursgeschil in de zin van de TwK (omdat de wettelijke regeling alleen een openbaar lichaam of orgaan als beroepsgerechtigde aanwijst), derden-belanghebbenden zich tot de rechter (in het bijzonder de Arob-rechter of de burgerlijke rechter) kunnen wenden om het desbetreffende besluit aan te tasten.

Een voorbeeld hiervan biedt artikel 11 WRO: uitwerking of wijziging van een bestemmingsplan door B en W of gemeenteraad behoeft goedkeuring van GS. Tegen onthouding van goedkeuring staat alleen beroep open voor B en W, resp. gemeenteraad (artikel 11, zesde lid). Anderen die tegen onthouding van goedkeuring willen ageren, komen terecht bij de Arob-rechter (indien het een beschikking betreft) of bij de burgerlijke rechter (indien het een besluit van algemene strekking betreft). Een vergelijkbare bepaling is artikel 39, tweede lid, WRO: tegen een door GS opgelegde verplichting tot vaststelling of herziening van een bestemmingsplan staat alleen Kroonberoep open voor gemeenteraad en inspecteur van de ruimtelijke ordening.[11]

Men kan dergelijke gevallen van ongewenste tweesporigheid niet oplossen door de kring van beroepsgerechtigden bij de Kroon uit te breiden: voor zover burgerlijke rechten of verplichtingen van derden-belanghebbenden in het geding

komen verzet artikel 6 EVRM zich daartegen (althans wanneer men de Kroon als hoogste voorziening wil doen gelden).

Dat de omschrijving van de categorie bestuursgeschillen in artikel 1, tweede lid, TwK aan een zekere vaagheid lijdt, is tijdens de parlementaire behandeling van die wet al gebleken. In het bijzonder is daarbij ingegaan op de Wet op het Wetenschappelijk Onderwijs (Wwo).

Deze wet vertoont bij het openstellen van beroep een speciaal systeem: in de bepalingen over het openbaar onderwijs (waar de beroepsgerechtigden exclusief tot het openbaar bestuur behoren) zijn de mogelijkheden van Kroonberoep met zoveel woorden uitgeschreven, terwijl in de titels over het bijzonder onderwijs (waar de beroepsgerechtigden tot de niet-openbare sector behoren) soms zelfstandige Kroonberoepsbepalingen zijn opgenomen, en soms naar beroepsmogelijkheden voor het openbaar onderwijs wordt verwezen. Zijn door die verwijzing de Kroonberoepen voor het openbaar onderwijs nu van hun exclusief karakter beroofd, of blijven zij bestuursgeschillen in de zin van de TwK?

De regering meende aanvankelijk het laatste, maar kwam op dit standpunt tijdens de parlementaire behandeling terug.

Er is, aldus de regering, 'bij nader inzien geen reden om aan te nemen dat deze wet tot verschillen in beroepsgang zal leiden. Het gaat dan (nl. bij van overeenkomstige toepassing verklaring) immers niet om geschillen die uitsluitend door openbare universiteiten aan de beslissing van de Kroon kunnen worden onderworpen. Wanneer het gaat om eigensoortige beroepsbepalingen voor openbare en voor bijzondere universiteiten, betreft het steeds, voor zover valt na te gaan, geschillen over besluiten van algemene strekking, die als voorheen door de Kroon zullen worden beslist. Onze conclusie is, dat bij nader inzien divergentie van beroepsgangen zich praktisch niet zal voordoen'.[12]

Ook bij bepaalde geschillen voortvloeiend uit de Wet gemeenschappelijke regelingen (Wgr) is het TwK-criterium voor bestuursgeschillen naar mijn mening niet geheel sluitend.

Ingevolge artikel 93 van de Wgr kan aan gemeenschappelijke regelingen immers, behalve door openbare lichamen, ook worden deelgenomen door andere rechtspersonen indien zij daartoe bij koninklijk besluit zijn gemachtigd. Het bepaalde in de voorafgaande hoofdstukken, die geheel zijn toegesneden op deelneming door gemeenten, provincies en waterschappen, is van overeenkomstige toepassing (art. 95).

Dit betekent dat ook privaatrechtelijke rechtspersonen, die geen openbaar lichaam of orgaan zijn in de zin van artikel 1, tweede lid, TwK, partij kunnen zijn in een Wgr-geschil; bijvoorbeeld over onthouding van goedkeuring door gedeputeerde staten aan bepaalde besluiten (art. 36, 39, 50, 69, 72) of over de

toepassing van een regeling waarbij een provincie is betrokken (art. 42, 53, 75, 85). Dat is bepaald geen theoretisch geval.[13]

Wat betekent dit nu voor de toepasselijkheid van artikel 1, tweede lid, TwK? Dat alle geschillen over gemeenschappelijke regelingen (niet zijnde geschillen over besluiten van algemene strekking) waarbij in theorie een privaatrechtelijke rechtspersoon betrokken zou kunnen zijn, aan de beslissing van de Kroon onttrokken zijn, ongeacht of aan de concrete gemeenschappelijke regeling die in het geding is een privaatrechtelijke rechtspersoon deelneemt? Of is de Kroon alleen onbevoegd, als in concreto één of meer deelnemer(s) een privaatrechtelijke rechtspersoon is? Of is bepalend of die privaatrechtelijke rechtspersoon zelf beroep instelt?

Volgens de memorie van toelichting, die zich overigens niet over Wgr-zaken als zodanig uitlaat, is niet het concrete geschil bepalend: 'De in art. 1, tweede lid, gekozen omschrijving bedoelt aan te geven dat het beroepsrecht niet alleen ten aanzien van het concreet voorliggende geschil uitsluitend aan een overheidsorgaan of -lichaam toekomt, maar dat hetzelfde ook ten aanzien van *alle* geschillen welke op grond van hetzelfde wettelijk voorschrift aan de beslissing van de Kroon *kunnen* worden voorgelegd, het geval is.'[14]

Indien men deze opvatting en de nadere uitleg van de regering inzake de Wwo volgt, is de enkele mogelijkheid dat een privaatrechtelijke rechtspersoon partij is in een Wgr-geschil bepalend voor de competentie. Een merkwaardige consequentie, die bij de voorbereiding en behandeling van de TwK, voor zover ik weet, over het hoofd is gezien.

Ondubbelzinnige jurisprudentie, waaruit de opvatting van de Afdeling geschillen en de Kroon over deze kwestie blijkt, heb ik nog niet aangetroffen. De enige tot dusver gewezen uitspraak betrof de onthouding van goedkeuring aan een herziene gemeenschappelijke regeling, inzake Technische Dienst de Zuidelijke Kempen (Vz. Afd. geschillen, 30 juni 1989, no. G06.89.0299S). Het is denkbaar dat dit als een besluit van algemene strekking werd aangemerkt, en alleen daarom als Kroongeschil werd behandeld. Ik heb echter de indruk, dat ook een aantal thans nog aanhangige geschillen die geen besluit van algemene strekking betreffen, door de Afdeling als Kroongeschil worden behandeld.[15]

Een vergelijkbaar probleem als bij Wgr-geschillen doet zich voor bij artikel 12, tweede lid, van de Wet uitkeringen wegen, dat Kroonberoep openstelt voor 'iedere belanghebbende onderhoudsplichtige'. Ook hier is beroep door een niet tot overheid behorende personen niet geheel uitgesloten, zodat twijfelachtig is of het hier bestuursgeschillen in de zin van de TwK betreft.[16]

Wellicht zouden door een scherpere wettelijke formulering van de afzonderlijke beroepsbepalingen, of door ondubbelzinnige jurisprudentie, de vage grenzen van artikel 1, tweede lid, TwK kunnen worden verhelderd. Maar daarmee

is het achterliggende probleem nog niet weggenomen: namelijk dat er bij de huidige vervlechting van publieke en private sector nog maar weinig geschillen zijn die als zuivere bestuursgeschillen in de klassieke zin zijn te beschouwen.[17]

Indien men daarbij nog bedenkt dat naar huidig recht nog tal van andere instanties – variërend van burgerlijke rechter en Afdeling rechtspraak tot colleges van GS en afzonderlijke ministers – zijn belast met de beslechting van bestuursgeschillen in ruime zin, zijn er meer dan voldoende redenen voor de wetgever om bij het treffen van definitieve voorzieningen in Kroongeschillen de uitzondering van artikel 1, tweede lid, TwK aan een heroverweging te onderwerpen.

Noten

1. Ten Berge c.s. 1989, blz. 85.
2. Zie Ten Berge c.s. 1987, blz. 67.
3. HR 6 februari 1987, NJ 1988, 926 m.nt. Scheltema; BR 1987, blz. 531 m.nt. Koeman; AB 1987, 272, m.nt. Van der Burg. Het arrest laat overigens uitdrukkelijk de mogelijkheid open dat overheden bij de burgerlijke rechter ageren tegen besluiten van de Kroon die (anders dan het Kroonberoep) naar intern Nederlandse recht niet met voldoende waarborgen zijn omkleed om daaraan voor de burgerlijke rechter formele rechtskracht te verbinden. Te denken valt aan spontane schorsings- en vernietigingsbesluiten, en aan goedkeuringsbesluiten. Op de laatste categorie ga ik in par. 5 nader in.
4. Vgl. Ten Berge c.s. 1987, blz. 6 e.v.
5. De laatste formulering is ontleend aan Ten Berge c.s. 1989, blz. 177.
6. Ik wijs er overigens op, dat – los van het feitelijk gebruik – het enkele bestaan van deze instrumenten een latente extra invloed kan hebben. Enige cijfers over het ambtshalve instellen van beroep op milieuhygiëne-terrein zijn te vinden in het antwoord op Kamervragen Tommel en Eisma, Hand. II 1988-89, Aanhangsel nr. 845. Sinds de zogenaamde 'groen-licht-regeling' van 1983 – vgl. noot 7, hfdst. 4 – is tot medio 1989 120 maal toestemming gevraagd door de inspectie voor het instellen van beroep. Slechts in vier gevallen gaf de minister rood licht. De praktijk van het uitbrengen van ambtsberichten varieert sterk al naar gelang het beleidsterrein. Gegevens hierover zullen in september 1990 worden gepubliceerd in het eindrapport van het evaluatieonderzoek naar de TwK, dat momenteel wordt uitgevoerd door de Vakgroep bestuursrecht en bestuurskunde van de RU Groningen. Wat het ter nadere overweging aanhangig maken van zaken betreft: het aantal gevallen varieerde in de jaren 1983-1988 tussen 33 (1987) en 55 (1986) (bron: Jaarverslagen Raad van State). In 1988 bedroeg dit aantal 43, waarvan 35 op VROM-terrein. De aantallen contraire besluiten waren: 1983 (2); 1984 (3); 1985 en 1986 (0); 1987 (1) en 1988 (1). Pikant is overigens dat dit laatste KB (28-12-1988, nr. 65 – inzake Boxtel, Bestemmingsplan 'Zuidelijke Hoofdweg') inmiddels in een onteigeningsgeding onrechtmatig is verklaard (Rb. Den Bosch 10-11-1989, ongepubliceerd.) De rechtbank omhelst in zijn uitspraak het advies van de Afdeling geschillen; bij de uiteindelijke contraire besluitvorming is gehandeld in strijd met de wet en met algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dat is, aldus de rechtbank, geen beleidsmatige kwestie en komt dan ook voor volledige toetsing in aanmerking. In de overwegingen wordt overigens op geen enkele wijze gerefereerd aan artikel 6 EVRM; dat was anders in een aantal uitspraken van de Hoge Raad waar onteigeningsbesluiten van de Kroon op rechtmatigheid werden getoetst. Vgl. enkele uitspraken van 25-5-1988, o.m. gepubliceerd in NJ 927 en KG 106, alsmede HR 29-6-1988, KG 137.
7. AB 1982, 237 m.nt vdN.
8. AB 1981, 440 m.nt vdN.
9. Zie artikel 167 en 168 Wet op het wetenschappelijk onderwijs.

10. Ten Berge c.s. 1989, blz. 107 e.v. Andere gepubliceerde uitspraken betroffen: art. 47a en 81d ABW; art. 64 c en j, 235 en 252 gemeentewet; art. 45 WSW; art. 18a Wegenwet; art. 12 Wet uitkeringen wegen; art. 99 Eilandenregeling Nederlandse Antillen; art. 11 WRO.
11. Voor een mooie beschrijving van de onoverzichtelijkheid die de artikelen 37 en 39 WRO in combinatie met artikel 1, tweede lid, TwK teweegbrengen, zie K. van Rijckevorsel, Bouwrecht 1986, blz. 296-397, geciteerd in Ten Berge c.s. 1987, blz. 72.
12. Vgl. Ten Berge c.s. 1987, blz. 60.
13. Deelneming van privaatrechtelijke rechtspersonen komt geregeld voor. Blijkens een inventarisatie van het Ministerie van Binnenlandse Zaken is in de jaren 1950-1989 in 51 gevallen machtiging door de Kroon verleend tot deelneming van een of meer privaatrechtelijke rechtspersonen aan een gemeenschappelijke regeling; totaal waren hierbij 71 rechtspersonen betrokken. Er zijn momenteel ongeveer 650 gemeenschappelijke regelingen.
14. Ten Berge c.s. 1987, blz. 58 (mijn cursivering).
15. In theorie zou hierover zelfs een negatief competentiegeschil tussen Kroon en Afdeling geschillen kunnen ontstaan. Ik zeg in theorie, omdat het mij nauwelijks denkbaar lijkt dat de Kroon op een typisch juridisch geschilpunt als het onderhavige contrair zou gaan. Vgl. voor een beschrijving van enkele andere typen mogelijke competentiegeschillen Ten Berge c.s. 1987, blz. 77 e.v.
16. Ten Berge c.s. 1989, blz. 80, noot 12.
17. Ik laat nog daar, dat het al de nodige hoofdbrekens kan kosten om te bepalen of er überhaupt sprake is van een openbaar lichaam of orgaan. Dat ook de Voorzitter van de Afdeling rechtspraak de boog niet altijd gespannen weet te houden toont zijn uitspraak van 2 september 1988, AB 1989, nr. 482 (Wymbritseradiel), waarin B en W als bestuur van een openbare school *niet* als administratief orgaan in de zin van artikel 1 Wet Arob werden aangemerkt. De voorzitter corrigeerde zichzelf in de geruchtmakende uitspraak van 10 mei 1989, over de toelating van een leerling tot het speciaal onderwijs. Zie over de nasleep van deze laatste zaak par. 6.1.

3. Algemene wet bestuursrecht; herziening rechterlijke organisatie

3.1 Samenhang tussen de operaties

In het vorige hoofdstuk is geconstateerd dat de noodzaak tot het treffen van definitieve voorzieningen in Kroongeschillen op zichzelf al reden vormt om de categorie 'Kroonbestuursgeschillen' opnieuw te doordenken.

Die noodzaak doet zich nog scherper gevoelen nu regering en parlement al bij de behandeling van de TwK hebben aangegeven dat deze definitieve voorzieningen in samenhang dienen te worden gebracht met de voornemens tot voltooiing en vereenvoudiging van het stelsel van administratieve rechtsgangen.[1]

De daar uitgesproken intentie werd expliciet wettelijk bevestigd door de aanvaarding van het amendement-Wiebenga bij de behandeling van wetsvoorstel 16945, het zogenaamde 'negatieve lijst-ontwerp', leidend tot de Wet van 29 september 1988, Stb. 473. In dit amendement (stuk nr. 14) werd vastgelegd dat de negatieve lijst bij de Wet Arob definitief moet zijn geslecht op het tijdstip dat de Tijdelijke wet Kroongeschillen vervalt. De toelichting van het amendement stelt: 'Tussen het treffen van definitieve voorzieningen inzake Kroongeschillen en de voorziene slechting van de negatieve lijst bij de Wet-Arob bestaat een grote samenhang. Het amendement strekt ertoe te waarborgen dat deze samenhang ook daadwerkelijk in acht genomen zal worden in het kader van nadere voorstellen ter zake van de Arob-rechtspraak en de rechtspraak in kroongeschillen (...)'

De regering heeft inmiddels in twee nota's de contouren geschetst van de herziening van de rechterlijke organisatie die haar voor ogen staat. [2] In de voorstellen wordt terecht een nauwe samenhang gelegd met het voorstel voor een Algemene wet bestuursrecht, in het bijzonder met de daarin vervatte regeling van de bezwaarschriftprocedure.[3]

De beleidsvoornemens van de regering zijn in vakkringen inmiddels al uitvoerig ter discussie geweest.[4] Ik beperk mij tot een korte weergave, waarbij ik vooral inga op elementen die van belang zijn voor de voorzieningen inzake bestuursgeschillen.

3.2 Voorprocedures

In het voorstel voor een Algemene wet bestuursrecht (Awb) is een algemene verplichting opgenomen tot het voeren van een bezwaarschriftprocedure, voorafgaand aan het beroep op de administratieve rechter, alsmede een uniforme regeling van de procedure bij bezwaar en administratief beroep (artikel 6.3.1a e.v.). De mogelijkheid van bezwaar staat niet open indien reeds op andere wijze is voorzien in een bestuurlijke voorprocedure, met name goedkeuring of administratief beroep.

Het stelsel van uniforme voorschriften voor bezwaar en administratief beroep, in de hoofdstukken 6 en 7 van de Awb, is in verschillende opzichten relevant voor de beslechting van bestuursgeschillen.

Allereerst zijn de hoofdstukken 6 en 7 van toepassing ten aanzien van alle gevallen waarin is voorzien in de mogelijkheid van bezwaar of het instellen van beroep tegen een besluit (artikel 6.1.1). Onder besluit wordt verstaan: een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling.

Verder zijn deze hoofdstukken van overeenkomstige toepassing indien is voorzien in de mogelijkheid van bezwaar of beroep tegen andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten (artikel 6.1.2).

Dit brengt mee dat ook voor vele bestuursgeschillen het Awb-regime zal gelden. Via de aanpassingswetgeving zullen afwijkende bepalingen in bijzondere wetten worden geslecht.

Een uitzondering vormen de 'horizontale' bestuursgeschillen waarbij er geen sprake is van een (voor bezwaar of beroep vatbaar) besluit of andere handeling van het ene openbaar lichaam of orgaan jegens het andere.[5]

Het vorenstaande brengt mee dat, indien bij een bestuursgeschil het Kroonberoep wordt vervangen door beroep op de administratieve rechter en de desbetreffende regeling nog niet voorziet in een aan het Kroonberoep voorafgaande bestuurlijke procedure (bezwaar, beroep of goedkeuring), alsnog in zo'n voorprocedure moet worden voorzien. Bij ontbreken van zo'n voorprocedure is automatisch de verplichte bezwaarschriftprocedure van de Awb van kracht.

3.3 Enkele vragen inzake voorprocedures bij bestuursgeschillen

In verband met de algemene toepasselijkheid van de desbetreffende bepalingen uit de Awb doet zich ook bij besluiten die het voorwerp van een bestuursgeschil kunnen zijn de vraag voor, in welke gevallen een procedure van goedkeuring of administratief beroep de voorkeur verdient boven de algemene bezwaarschriftenprocedure.

Van regeringszijde is ten aanzien van een belangrijk deel van de *verticale* bestuursgeschillen – namelijk die waarbij toezichtselementen in het geding

zijn – al een begin van beantwoording gegeven op deze vraag in het kader van het voorstel voor een nieuwe Gemeentewet. Mede daarom ga ik op dat voorstel in par. 4 nader in. In par. 5 trek ik enkele conclusies over het voorkomen en behandelen van verticale bestuursgeschillen binnen de bestuurskolom.

Daarnaast is de vraag van belang of ook bij *horizontale* bestuursgeschillen een voorprocedure aanbeveling verdient. Hierop wordt in par. 6.4 nader ingegaan.

3.4 Eenheid van recht – eenheid van rechtsgang

De bepalingen over bezwaar en beroep in de Awb gelden, zoals gezegd, ongeacht de vraag of het bestuursgeschillen dan wel geschillen tussen bestuur en burger betreft. Gelet op het karakter van de bepalingen acht ik dat terecht.

Ook vele andere bepalingen van het wetsvoorstel raken mede het verkeer tussen bestuursorganen onderling. Zo gelden de bepalingen omtrent de beschikking evenzeer indien de beschikking niet een burger betreft maar een ander bestuursorgaan.

De Awb bevestigt en versterkt aldus de convergentie tussen rechtsregels die de verhoudingen tussen bestuursorganen betreffen en regels die de verhouding tussen bestuur en burger bepalen. In de memorie van toelichting wordt erop gewezen dat deze beide typen van regels een sterke samenhang vertonen. Ik citeer:

'Dit verwondert niet, omdat iedere activiteit van bestuursorganen uiteindelijk gericht moet zijn op het behartigen van de (algemene) belangen van de burgers, en de regels over de onderlinge verhouding van bestuursorganen tegen die achtergrond beoordeeld moeten worden. Deze samenhang komt bij voorbeeld tot uiting in de regeling van het goedkeuringsrecht. Hoewel dit in eerste instantie de verhouding tussen twee bestuursorganen betreft, is de positie van een of meer burgers daarbij veelal direct betrokken, hetgeen bij de rechtsregels over de goedkeuring ook tot uitdrukking komt. Van een regeling van onderwerpen op dit terrein kan een sterk harmoniserende werking uitgaan.'[6]

Ik meen dat de uniformering van het materiële bestuursrecht die de Awb teweegbrengt (ongeacht de subjecten van de rechtsverhouding) een belangrijk zelfstandig argument vormt ten gunste van vereenvoudiging van het stelsel van administratiefrechtelijke rechtsgangen. Dit argument zal zich nog sterker doen gelden wanneer in de volgende tranche van de Awb afzonderlijke bepalingen over de verhouding tussen bestuursorganen zullen worden opgenomen.

Indien het toepasselijke materiële recht gelijk is, is het uit het oogpunt van eenheid in rechtstoepassing bezwaarlijk de uiteindelijke beslissing van rechtsgeschillen (ook indien daarbij uitsluitend bestuursorganen betrokken zijn) in handen van verschillende instanties te laten.

3.5 Herziening rechterlijke organisatie

Niet alleen de Algemene wet bestuursrecht, maar ook de daarmee in verband staande herziening van de rechterlijke organisatie zal gevolgen hebben voor de beslechting van bestuursgeschillen. In het kort komen de regeringsvoorstellen, waarin tot dusver overigens de Kroongeschillen nog buiten beschouwing zijn gelaten, op het volgende neer.

Per 1 januari 1993 zullen de sociale-zekerheidsrechtspraak, de ambtenarenrechtspraak, de Arob-rechtspraak en de vreemdelingenrechtspraak in eerste aanleg worden opgedragen aan administratieve kamers bij de rechtbanken.

Ook de Kroongeschillen, voor zover die bij het treffen van definitieve voorzieningen aan een rechter zullen worden opgedragen, zullen waarschijnlijk voor een belangrijk deel in eerste instantie daar worden berecht.

Het merendeel van die Kroongeschillen zal immers bij het treffen van definitieve voorzieningen kunnen worden omgezet in Arob-geschillen dan wel sociale zekerheidsgeschillen (met name bijstandszaken ingevolge de Abw en verwante wetten). Enkele categorieën kunnen worden toebedeeld aan een andere rechter, met name het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

Eveneens per 1 januari 1993 zal de eerste tranche van Awb moeten worden ingevoerd; daarin zal ook een eenvorming bestuursprocesrecht zijn opgenomen.[7]

De integratie van de rechtspraak in tweede instantie zal, afgezien van de waarschijnlijke samenvoeging van beide rechtsprekende afdelingen van de Raad van State per 1 januari 1993, eerst in een later stadium van de herziening geschieden. Vooralsnog zal de rechtsmacht ter zake verdeeld blijven over de rechtsprekende Afdeling van de Raad van State en de Centrale Raad van Beroep. Wel is aangekondigd dat zo mogelijk per 1 januari 1993 voorzien zal worden in een vorm van cassatie in administratiefrechtelijke zaken.[8]

3.6 Rechtsmachttoedeling inzake bestuursgeschillen

De onder meer door Hennekens geopperde gedachte, om voor bestuursgeschillen een afzonderlijke rechter – Hennekens denkt aan een aparte afdeling bij de Raad van State – bevoegd te maken, spreekt mij niet aan.[9]

Allereerst zijn bestuursgeschillen – vergelijk het brede spectrum dat Drupsteen heeft geschilderd – daarvoor veel te heterogeen en te gering in aantal. Wel zou van het openstellen van een afzonderlijke rechtsgang voor lagere overheden tegen (voorgenomen) besluiten van de centrale overheid een aanzuigende werking kunnen uitgaan. Daarbij moet worden bedacht, dat het huidige artikel 136 Grondwet niet ziet op geschillen met de centrale overheid.[10]

Ten tweede is het te vaak van toeval afhankelijk of over een bepaalde kwestie

slechts een geschil tussen overheden rijst, of dat ook andere partijen daarover een geschil opwerpen. Toedeling van bestuursgeschillen aan een afzonderlijke rechter zou aldus in veel gevallen tot ongewenste en onnodige tweesporigheid van procedures leiden.

Ten derde brengt, zoals ik in par. 3.4 heb betoogd, de uniformering van het materiële bestuursrecht in de Awb mee, dat verscheidenheid van rechtsgangen – en zeker van hoogste rechterlijke instanties – zoveel mogelijk moet worden vermeden.

Ten vierde vereist de beslechting van 'modale' bestuursgeschillen naar mijn mening als zodanig geen extra rechterlijke expertise in vergelijking met de beslechting van 'gewone' administratiefrechtelijke of privaatrechtelijke geschillen. Voor zover in een bijzonder geval behoefte bestaat aan een extra deskundig oordeel, kan dat via de reguliere weg van het ambtsbericht of deskundigenbericht worden ingewonnen.

Het is uiteraard wel denkbaar, binnen een rechterlijk college een of meer kamers aan te wijzen, die in het bijzonder belast zijn met de beslechting van (bepaalde typen van) bestuursgeschillen (en, in voorkomende gevallen, met verwante niet-bestuursgeschillen). Dat is een kwestie van interne organisatie, waarmee de wetgever geen bemoeienis hoeft te hebben.

De Raad van State heeft overigens – ondanks de afwijkende procedure die ingevolge de TwK geldt voor 'zuivere' bestuursgeschillen (en geschillen over besluiten van algemene strekking) – geen aanleiding gezien om de bestaande indeling in kamers te wijzigen. Bestuursgeschillen komen – als voorheen – vooral terecht bij de kamers IV, VI en VII, zonder dat deze kamers exclusief met zulke geschillen zijn belast.

Wij mogen er naar mijn mening dan ook van uitgaan, dat de bestuursgeschillen in de herziene rechterlijke organisatie de algemene lijnen van rechtsmachttoedeling zullen volgen. Privaatrechtelijke bestuursgeschillen (en geschillen waartoe de administratieve sectoren niet bevoegd zijn) zullen als voorheen binnen de burgerlijke rechtspraakkolom worden beslecht. Publiekrechtelijke bestuursgeschillen zullen kunnen delen in de algemene rechtsmachttoedeling inzake publiekrechtelijke handelingen.[11]

Voor het overgrote deel der zaken betekent dit behandeling in eerste instantie door de administratieve kamers van de rechtbanken, gevolgd door hoger beroep op de rechtsprekende afdeling voor de Raad van State.

Een beperkt aantal zaken (bijvoorbeeld domicilie-geschillen in bijstandszaken: welke gemeente dient de bijstandskosten te dragen, alsmede artikel 42 WWV-zaken) zal in tweede instantie door de Centrale Raad van Beroep kunnen worden berecht.

Voor bestuursgeschillen in de sociaal-economische sfeer zal vooralsnog het College van Beroep voor het bedrijfsleven de aangewezen instantie blijven. Enkele typen van Kroonbestuursgeschillen zouden voor overheveling naar dat

college in aanmerking kunnen komen. Ik denk aan geschillen krachtens de Drank- en Horecawet, de Wet op de bedrijfsorganisatie en de Warenwet.[12]

3.7 Enkele vragen inzake de rechterlijke competentie bij bestuursgeschillen

Bij een toedeling van rechtsmacht inzake bestuursgeschillen langs de boven aangegeven lijnen doet zich een aantal vragen voor, die verband houden met de wijze waarop thans de competentie van de administratieve rechter, meer in het bijzonder de Arob-rechter, wordt bepaald.

Ik duid deze vragen hier kort aan; in par. 6.1-6.4 worden ze aan een nadere beschouwing onderworpen:

- Wat te doen indien het geschil, zoals bij veel bestuursgeschillen het geval is, een besluit van algemene strekking betreft (bijvoorbeeld de weigering een verordening of andere regeling goed te keuren)? De Wet Arob en de daarop gebaseerde jurisprudentie zondert zulke besluiten immers uit.
- Hoe dient gehandeld te worden ten aanzien van een andere door de Wet Arob uitgezonderde categorie, de rechtshandelingen naar burgerlijk recht? Bestuursgeschillen die de publiekrechtelijke goedkeuring van zulke handelingen betreffen, worden door de jurisprudentie eveneens onder deze uitzondering gebracht.
- Dient de geschilbeslechting inzake bestuursovereenkomsten en -akkoorden geregeld te worden; zo ja, langs welke lijnen?
- Dient een speciale voorziening te worden getroffen voor 'horizontale' bestuursgeschillen? Hier ontbreekt immers in de regel een besluit, waartegen bij de administratieve rechter geageerd kan worden.

Daarnaast kan de vraag worden gesteld, of voor alle publiekrechtelijke bestuursgeschillen rechtspraak in twee instanties volgens het door de regering voorgestelde model geëigend is. Zou niet voor bepaalde typen van geschillen een afwijkend regime mogelijk moeten zijn; bijvoorbeeld de mogelijkheid het geschil direct aan de hoogste rechterlijke instantie voor te leggen? Op deze vraag ga ik in par. 6.5 nader in.

Ten slotte rijst de vraag, met welke bevoegdheden de rechter moet zijn toegerust voor een adequate beslechting van bestuursgeschillen. Hierbij kan in het bijzonder worden gedacht aan de speciale regeling die in de TwK is getroffen inzake ambtsberichten, het zelf in de zaak voorzien en de adviesbevoegdheid van de Afdeling geschillen als rechter.

Op deze vraag ga ik hier niet verder in. Naar de genoemde speciale regeling wordt thans in opdracht van de ministeries van Binnenlandse Zaken en Justitie een evaluatie-onderzoek verricht door de Vakgroep bestuursrecht en bestuurskunde van de Rijkuniversiteit Groningen. Het eindrapport wordt in september 1990 uitgebracht. Dat rapport zal een beter kader vormen voor discussie over dit onderwerp dan dit preadvies.

Noten

1. Vgl. de memorie van toelichting, kamerstuk II 1985-86, 19497, nr. 3, blz. 2 en 3, waarin onder meer wordt gesteld: 'In deze periode van vijf jaar zullen, naast een zo spoedig mogelijke heroverweging van de wetgeving waarin thans Kroonberoep wordt opengesteld, gedachten moeten worden ontwikkeld en uitgewerkt over een oplossing voor de middellange en wellicht ook langere termijn, in verband met de herziening van de rechterlijke organisatie, op basis van de rapporten van de Staatscommissie herziening rechterlijke organisatie.' Zie Ten Berge c.s., 1989, blz. 6.
2. De nota 'Naar een nieuwe structuur van de rechterlijke organisatie', kamerstuk 21206, nr. 2, en de nota 'Invoering Arob-rechtspraak in twee instanties', kamerstuk 21048, nr. 2. Blijkens de regeringsverklaring (zie noot 7) onderschrijft het huidige kabinet de voornemens in hoofdlijnen.
3. Kamerstukken 21221.
4. Onder meer tijdens de Staatsrechtconferentie 1989, Open Universiteit, Heerlen.
5. Naar mijn mening zouden de bijzondere bepalingen over administratief beroep in de Awb van overeenkomstige toepassing dienen te zijn op horizontale bestuursgeschillen. Zie par. 6.4.
6. Ibidem, nr. 3, blz. 20. De regeling van het goedkeuringsrecht zal in de tweede tranche van de Awb haar beslag krijgen. In het wetsvoorstel Awb zijn thans nog geen afzonderlijke bepalingen opgenomen inzake de verhouding tussen verschillende bestuursorganen. In de memorie van toelichting (blz. 20) wordt wel aangekondigd dat te zijner tijd een aantal onderwerpen die deze verhouding betreffen in de Awb geregeld zullen worden: in ieder geval het goedkeuringsrecht en het vernietigingsrecht, en wellicht ook bestuursakkoorden, beginselen van behoorlijk overleg en de onderlinge informatievoorziening tussen bestuursorganen. Van bestuursgeschillen wordt in deze opsomming niet gesproken. Niettemin is het denkbaar dat, wanneer een definitieve regeling van de rechtsmacht in administratiefrechtelijke geschillen tot stand wordt gebracht (die, zoals het plan is, in de Awb zal worden geïntegreerd), daarin ook een of meer afzonderlijke bepalingen over bestuursgeschillen zullen worden opgenomen. Ik denk aan een vangnetbepaling in de trant van het huidige artikel 136 Grondwet, waarin de instantie wordt aangewezen die geschillen beslecht waartoe geen andere instantie bevoegd is; ik kom hierop in par. 6.4 nog terug.
7. Vgl. de regeringsverklaring van het kabinet Lubbers III, Staatscourant, 27 november 1989, nr. 231, blz. 9.
8. Ibidem.
9. H.Ph.J.A.M. Hennekens, Spelregels of rechtsregels tussen overheden? 's-Gravenhage 1986, blz. 17: deze rechter zou als enige bevoegd moeten zijn over decentrale lichamen rakende besluiten van het rijksbestuur een bindend oordeel uit te spreken. Vgl. voor een kritische bespreking A.Ch.M. Rijnen in Bestuur 1986, blz. 338 e.v. F.P.C.L. Tonnaer heeft zich in een beschouwing over bestuursakkoorden bij Hennekens aangesloten; vgl. het themanummer 'Bestuursakkoorden' van De Gemeentestem nr. 6868, blz. 505.
10. Vgl. over de aantallen Kroonbestuursgeschillen par. 2.2. Argumenten waarom de centrale overheid (ondanks de algemene term 'openbare lichamen') niet onder art. 136 valt in Ten Berge c.s. 1989, blz. 101.
11. Vgl. Th.G.M. Simons, 'De bevoegdheid van de administratieve rechter', referaat voor de Staatsrechtconferentie 1989 over Reorganisatie van de rechterlijke macht, Heerlen 1989.
12. Drank- en Horecawet, art. 47; Wet op de bedrijfsorganisatie, artt. 131, 132, 133 en 136; Warenwet, artt. 7 en 11.

4. Vernieuwing van het toezichtstelsel

4.1 Verbanden tussen bestuursgeschillen en toezicht

Een belangrijk deel van de bestuursgeschillen betreft besluiten die in het kader van een toezichtsrelatie zijn genomen. In het bijzonder besluiten tot het onthouden van goedkeuring scoren hierbij hoog.

Enkele cijfers, ontleend aan Ten Berge c.s., ter illustratie.

Van de 153 verticale Kroonberoepsgangen betreffen er 68 goedkeuringsbesluiten.

Vrijwel steeds gaat het dan om een beroepsrecht van een orgaan wiens besluit aan goedkeuring is onderworpen, tegen de onthouding van goedkeuring door een hoger bestuursorgaan.[1]

Het goedkeurend orgaan is veelal GS (bijvoorbeeld artikel 228 jo. 235 gemeentewet: goedkeuring van bepaalde besluiten inzake privaatrechtelijke rechtshandelingen, en 244 en 245a jo. 235 gemeentewet: goedkeuring van gemeentelijke begrotingswijzigingen). Soms gaat het om andere organen, zoals de SER (bijvoorbeeld artikel 131 e.v. Wet op de bedrijfsorganisatie), de minister (met name in de wetgeving op het hoger onderwijs, alsmede in het voorstel voor een nieuwe Provinciewet)[2], of zelfs de Kroon (artikel 167 en 168 Wet op het wetenschappelijk onderwijs).

Naast Kroonberoep tegen goedkeuringsbesluiten komen ook Kroonberoepsgangen tegen andere toezichtvormen tamelijk veel voor in de wetgeving.

Wat betreft repressief toezicht valt te wijzen op artikel 25 Waterstaatswet (beroep van de commissaris van de Koningin tegen de weigering van GS, een verordening of besluit van een waterschap te vernietigen) en op de artikelen 100 e.v. Eilandenregeling Nederlandse Antillen (beroep tegen schorsing of vernietiging van besluiten door de Gouverneur).

Wat 'positieve' toezichtvormen betreft[3] kan worden gewezen op allerlei besluiten waarbij aanwijzigingen worden gegeven over de inhoud van besluiten van algemene strekking, zoals plannen; voor voorbeelden verwijs ik naar par. 6.1.

Daarnaast bestaat nog in een ander opzicht verband tussen (bestuurs)geschillen en toezicht: ook in de geschilbeslechting door bestuursorganen zelve kunnen toezichtselementen schuilen.

Voldoende reden om afzonderlijk stil te staan bij de ontwikkelingen die zich, in het bijzonder in het kader van het voorstel voor een nieuwe Gemeentewet, op het terrein van het toezicht aan het voltrekken zijn. Deze ontwikkelingen zullen resulteren in een aanmerkelijke sanering van toezichtsbepalingen en – voor zover toezicht gehandhaafd blijft – een nadere normering van het toezicht.

Vanwege het belang voor het thema bestuursgeschillen geef ik in par. 4.2 en 4.3 een tamelijk uitvoerige samenvatting van deze 'grote operatie'. De ingewijde lezer mist niets als hij deze paragrafen overslaat.

In par. 4.4 ga ik in op de consequenties voor het thema bestuursgeschillen.

4.2 Het toezichtstelsel van de nieuwe Gemeentewet

In de memorie van toelichting bij het voorstel voor een nieuwe Gemeentewet is een uitvoerige en principiële uiteenzetting gegeven van de 'toezichtsfilosofie' van de regering. De daar ontwikkelde gedachten werken ook door in de voorstellen voor een nieuwe Provincie- en Waterschapswet en beogen tevens richtinggevend te zijn voor toekomstige medebewindswetgeving.[4]

Blijkens de reacties uit de Tweede Kamer bestaat er brede steun voor de uitgangspunten die de regering heeft ontvouwd.

Ik parafraseer deze uitgangspunten als volgt.

Enige vorm van toezicht op de lagere overheden is in een gedecentraliseerde eenheidsstaat onontbeerlijk. In een aantal gevallen zal toezicht zelfs een voorwaarde zijn om op verantwoorde wijze tot decentralisatie van bevoegdheden te kunnen besluiten.

Naast het repressieve toezicht, in de vorm van het in de Grondwet neergelegde en in organieke wetten uitgewerkte spontane vernietigingsrecht van de Kroon, komt in verschillende gedaanten preventief toezicht voor. Hiertoe worden, naast de figuren van de goedkeuring en de verklaring van geen bezwaar, ook gevallen van toestemming, machtiging en ontheffing gerekend.

Van een aantal andere beïnvloedingsinstrumenten is omstreden of zij als 'toezicht' kunnen worden aangemerkt. In het bijzonder geldt dit voor de figuren die onder de twijfelachtige benaming[5] 'positief toezicht' worden gerangschikt: de aanwijzing, de uitnodiging om een besluit te nemen en het opleggen van samenwerking. Enkele lichtere vormen van beïnvloeding, zoals de mededelingsplicht, het verplichte overleg en het verplichte advies, zijn zelf geen toezicht, maar kunnen daartoe wel een inleiding vormen.

Met name het preventieve en het positieve toezicht betekenen een duidelijke inmenging in de gemeentelijke taakbehartiging. Slechts op grond van krachtige argumenten zal naast het algemene repressieve toezicht van de Kroon een andere vorm van toezicht kunnen worden geaccepteerd. Dit toezicht zal niet zodanig stringent en gedetailleerd mogen zijn dat de beleidsvrijheid van gemeente vèrgaand wordt aangetast.

Artikel 132, derde lid, van de Grondwet onderstreept hierbij de noodzaak van terughoudendheid van de wetgever.[6]

Om te bereiken dat het toezicht niet tot centralisme leidt, is een zekere inkadering nodig. Hierbij zijn de volgende aspecten van belang:

a. de aanvaardbaarheid van de verschillende toezichtmotieven,
b. randvoorwaarden voor preventief en positief toezicht,
c. mogelijkheden voor de gemeente de wijze van uitoefening van het toezicht te beïnvloeden,
d. het niveau waarop toezicht moet worden uitgeoefend,
e. de wenselijkheid van toetsingsnormen,
f. algemene gedragsregels voor de toezichthouder,
g. procedurele voorschriften voor de wijze waarop bepaalde toezichtvormen moeten worden toegepast.

ad a. Toezichtmotieven

Het *coördinatie*motief is van belang als het toezicht moet dienen om te voorkomen dat bepaalde besluiten van de ene gemeente ernstige nadelige gevolgen hebben voor andere gemeenten.

Bij het mogelijk maken van preventief en positief toezicht op grond van dit motief is grote terughoudendheid geboden. Zulke toezichtvormen kunnen wel aanvaardbaar zijn, indien de desbetreffende medebewindswet juist primair gericht is op coördinatie. Het oplossen van coördinatieproblemen moet echter in eerste instantie aan de betrokken gemeenten worden overgelaten. Excessen kunnen met het repressieve toezicht worden bestreden.

Het motief van *beleidsbewaking* beoogt afstemming van het beleid van de lagere overheid op dat van de hogere overheid. Ten aanzien van autonome taken past in het algemeen geen toezicht vanuit dit motief. Bij medebewindstaken kan dit anders zijn. Met name indien een bepaald overheidsbelang een krachtige bescherming verdient en niet geheel van plaatselijke inzichten afhankelijk dient te zijn, en de desbetreffende wet het lagere bestuur een behoorlijk beleidsvrijheid laat, kan preventief of positief toezicht redelijk zijn. Veelal zal echter een mededelingsplicht, eventueel in combinatie met een termijn waarbinnen het besluit niet in werking mag treden, voldoende zijn.

Het motief van *kwaliteitsbewaking* is in het algemeen onvoldoende om preventief of positief toezicht te rechtvaardigen. Ook met lichtere vormen van beleidsinvloeding, zoals het verplicht vragen van advies aan (rijks)inspecties, eventueel gevolgd door het instellen van beroep door de rijksinspecties, is grote terughoudendheid op zijn plaats.[7]

Ten aanzien van het *financiële* motief wordt geconstateerd dat dit is uitgegroeid tot het veel bredere 'bewaken van een gezond en evenwichtig beleid van de gemeente.' Hiervan neemt de regering nadrukkelijk afstand: het toezicht op de financiën moet niet worden gehanteerd ten behoeve van toezicht op het gemeen-

telijk beleid in het algemeen. Eventuele sturing van het Rijk op (aspecten van) dat beleid moet niet gebeuren via begrotingstoezicht, maar via normstelling bij of krachtens de wet. Het financiële toezicht moet aldus beperkt zijn tot twee doeleinden. Ten eerste: voorkomen dat gemeenten door hun financieel beleid in een uitzichtloze positie raken (waarvan de gevolgen – indien een beroep op artikel 12 Financiële-Verhoudingswet 1984 wordt gedaan – weer komen te drukken op de collectiviteit van gemeenten en op het Rijk). Ten tweede: voorkomen dat wettelijk verplichte uitgaven niet of te laag op de begrotingen worden opgevoerd.

Het motief van de *rechts- en belangenbescherming* kan een reden vormen voor toezicht ten aanzien van de *regelgeving en planning*. Dit toezicht zal echter, aldus de regering, in de regel vrij marginaal moeten zijn, zeker in de gevallen waarin de regeling door de vertegenwoordigende organen wordt vastgesteld.

Bij willekeur of anderszins onaanvaardbare aantasting kan er reden zijn voor optreden van de hogere overheid. De achtergrond is dan een zekere bescherming van minderheden en van fundamentele beginselen van behoorlijk bestuur, waarmee ook bij de gedecentraliseerde wetgeving rekening moet worden gehouden. Doorgaans zal hier overigens het algemene repressieve toezicht van de Kroon afdoende zijn.

Voor de rechts- en belangenbescherming inzake *beschikkingen* zal het toezicht een (nog) geringere rol spelen, nu de Wet Arob doorgaans een voorziening biedt. Alleen dan is er, aldus de regering, wellicht nog enige reden voor administratief beroep of een andere vorm van toezicht (zoals bijvoorbeeld de verklaring van geen bezwaar ingevolge artikel 19 WRO: anticipatie op (wijziging van) een bestemmingsplan), indien de mogelijkheid van een bestuursbeslissing op hoger niveau dan de gemeente voor de belanghebbenden wenselijk wordt geacht, bijvoorbeeld omdat dat niveau op het desbetreffende terrein mede verantwoordelijkheid draagt; in dat geval speelt mede de beleidsbewaking een rol.

Administratief beroep moet overigens als instrument voor kwaliteits- en beleidsbewaking minder geschikt worden geacht vanwege het incidentele karakter daarvan (het initiatief ligt immers bij de appellant). Om die reden wordt ook ambtshalve toetsing in beroep, waarbij ook niet door de appellant aangevochten onderdelen van de beschikking worden bezien, als ongewenst aangemerkt.

ad b. Randvoorwaarden voor preventief en positief toezicht

Er worden nogal eens nodeloos verschillende figuren van preventief toezicht geïntroduceerd. De goedkeuringsfiguur verdient, aldus de regering, in beginsel de voorkeur.

In het algemeen dient echter preventief toezicht zoveel mogelijk te worden vermeden. Het structurele karakter ervan nodigt als het ware uit tot bemoeienis met het beleid.

Er kunnen zich echter gevallen voordoen waarbij het te grote risico's zou meebrengen indien volstaan zou worden met het algemene repressieve toezicht van de Kroon.

Het kwaad kan al geschied zijn of moeilijk of niet terug te draaien. In deze bijzondere gevallen kan preventief toezicht geboden zijn.

Indien de uitvoering van het medebewind bestaat uit het nemen van beschikkingen (vergunningen, ontheffingen, subsidies), dient preventief toezicht te worden vermeden. Een uitzondering vormen de gevallen waarin goedkeuring of een verklaring van geen bezwaar wordt vereist om bij de beschikking af te wijken van bepaalde, bij of krachtens de wet vastgestelde, regels of plannen (bijv. de anticipatie op een (wijziging van) het bestemmingsplan).[8]

Positieve toezichtinstrumenten dienen alleen te worden gehanteerd, wanneer repressief of preventief toezicht geen soelaas biedt.

De vrij algemene vrees voor deze instrumenten acht de regering overigens niet gegrond. Uiteraard dient de toepassing voldoende geclausuleerd te worden, opdat de hogere overheid slechts in zeer bijzondere gevallen in de gemeentelijke beleidsvrijheid kan treden. Indien bovendien waarborgen tegen misbruik zijn ingebouwd (zoals beroep bij de Kroon) behoeft, alsdus de regering, positief toezicht geen grote bezwaren te ontmoeten.

Het brengt de verantwoordelijkheid van de toezichthouder voor de uiteindelijk te nemen beslissing op zeer duidelijke wijze tot uitdrukking.

ad c. Mogelijkheden voor de gemeente de wijze van uitoefening van het toezicht te beïnvloeden

In dit verband noemt de regering verschillende varianten: administratief beroep bij de Kroon tegen de uitoefening van het toezicht door de provincie, de verplichting de Raad van State te horen indien de Kroon de toezichthoudende instantie is, de verplichting overleg te plegen met het betrokken gemeentebestuur alvorens een afwijzend besluit te nemen, of de verplichting om van in het kader van het toezicht genomen besluiten mededeling te doen aan het vertegenwoordigend orgaan.

De mogelijkheid van administratief beroep, aldus de regering, versterkt de positie van de gemeente het meest, wanneer zij hiermee kan opkomen tegen een bepaalde toepassing van positief toezicht.[9]

Bij preventief toezicht zal die mogelijkheid dikwijls minder effectief zijn, vanwege de vaak lange duur van de beroepsprocedure (behoudens de mogelijkheid van een verzoek om schorsing en voorlopige voorziening ex art. 60a Wet op de Raad van State). Daarom is het gewenst in gevallen van preventief toezicht tevens verplicht overleg voor te schrijven, indien onthouding van goedkeuring wordt overgewogen.

ad d. Niveau van toezicht

Uit een oogpunt van decentralisatie dient het toezicht in beginsel door het naasthogere algemene bestuursniveau te worden uitgeoefend, tenzij er bijzondere redenen zijn voor toezicht op een hoger niveau. Als extra argumenten voor toezicht op provinciaal niveau noemt de regering het minder ambtelijk en verkokerd, en meer integraal karakter van toezicht door GS.

ad e. Toetsingsnormen

De wetgever dient in wetstekst of toelichting de toezichthoudende instantie te binden aan een zeker toetsingskader. Dit verdient uit rechtszekerheidsoogpunt de voorkeur boven het uitsluitend tot ontwikkeling laten komen van normen in de jurisprudentie. Door de normen niet al te zeer te detailleren, kan aan de jurisprudentie ruimte worden gelaten om met nieuwe ontwikkelingen rekening te houden.

De toetsingsnormen zouden meer moeten behelzen dan alleen het noemen van het toezichtsmotief. Ook de specifieke belangen die de wet via het toezicht beoogt te beschermen en de doelstellingen die daarbij worden nagestreefd, dienen genoemd te worden.

ad f. Algemene gedragsregels voor de toezichthouder

Voor de vraag, hoe de toezichthouder zich dient te gedragen bij de uitoefening van zijn bevoegdheid, kan steun worden gezocht bij de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Ook al zijn deze beginselen niet primair bestemd om de positie van de lagere overheden te versterken, bepaalde beginselen lenen zich, aldus de regering, wellicht ook voor de inkadering van het toezicht. Bijvoorbeeld het verbod van détournement de pouvoir, zorgvuldigheid (met name wat de procedure betreft, bijvoorbeeld vooraf overleg plegen), en het niet beschamen van door de toezichthouder gewekt vertrouwen. Daarnaast wordt als beginsel genoemd een terughoudende opstelling, waarbij de toezichthouder niet op de stoel van de lagere overheden mag gaan zitten.

Het verdient volgens de regering nog geen aanbeveling bepaalde 'beginselen van behoorlijk toezicht' wettelijk vast te leggen. De Kroonjurisprudentie geeft daarvoor nog onvoldoende aanknopingspunten. Bovendien leent deze materie zich het best voor regeling in de Algemene wet bestuursrecht.[10]

ad g. Algemene procedurele regels met betrekking tot toezicht

De huidige algemene regels in gemeentewet en Provinciewet met betrekking tot spontane schorsing en vernietiging worden met enige aanpassingen overgenomen in de herziene Gemeente- en Provinciewet.

Daarnaast worden in beide herziene wetten enkele algemene procedureregels met betrekking tot het preventieve toezicht in de vorm van goedkeuring opgenomen; zulke regels komen thans nog slechts in de Provinciewet voor. Naar reikwijdte strekken deze regels zich mede uit over bestaande en toekomstige medebewindswetten. Ze zijn bovendien van overeenkomstige toepassing op andere vormen van preventief toezicht.

De regels hebben onder meer betrekking op termijnen, op verplicht overleg, op de motivering van beslissingen en op het recht van beroep tegen toezichtsbesluiten.

4.3 Doorwerking van het nieuwe toezichtstelsel in de wetgeving

De uitgangspunten, zoals ontvouwd in de toelichting bij de herziene Gemeentewet, werken op verschillende wijzen door in de wetgeving.

Allereerst wordt het toezichtregime in de herziene Gemeentewet en, in het voetspoor daarvan, in de voorstellen voor een nieuwe Provinciewet en Waterschapswet,[11] drastisch gesaneerd. Overbodige toezichtfiguren zullen vervallen, waar mogelijk wordt de rol van het Rijk teruggedrongen ten gunste van de provincies, en in een aantal gevallen waarin de Kroon als toezichthouder is aangewezen, wordt daarvoor de minister in de plaats gesteld.

Een voorschot op deze sanering werd reeds genomen bij de Wet van 13 december 1989, Stb. 566, waarin reeds de goedkeuring door GS van gemeentelijke onroerend goed-transacties vervalt;[12] bovendien worden bij deze wet nog toezichtbepalingen uit een zevental andere wetten, waaronder de Wgr, de Waterstaatswet, de Wegenwet en de Wet voorkeursrecht gemeenten gesaneerd. Daarnaast wordt ook bij de voorbereiding van andere wetgeving gewerkt aan sanering van toezicht.[13]

Ook los van dergelijke wijzigingen van medebewindswetten zullen bepaalde regels en beginselen, zoals eerder onder ad f en g aangeduid, doorwerken in de medebewindswetgeving.

4.4 Consequenties voor bestuursgeschillen

Het is niet mogelijk de gevolgen van het nieuwe toezichtstelsel voor het thema bestuursgeschillen los te beschouwen van de eerder besproken grote operaties. Zo zal een aantal aspecten van dit stelsel – in het bijzonder de regeling van het goedkeurings- en het vernietigingsrecht – zijn neerslag vinden in de Algemene wet bestuursrecht; met name in de nog in voorbereiding zijnde tweede tranche.[14]

En bij het treffen van definitieve voorzieningen in Kroongeschillen zal de gehele wetgeving, inclusief de herziene Gemeentewet, worden betrokken.[15]

Indien wij de contouren van de verschillende operaties zo scherp mogelijk over elkaar heen projecteren, kan op de volgende consequenties voor bestuursgeschillen worden gewezen.

De sanering van *preventieve* toezichtsinstrumenten zal vanzelfsprekend tevens tot gevolg hebben dat het aantal bestuursgeschillen inzake de toepassing van deze instrumenten daalt. De categorie 'echte bestuursgeschillen', die verhoudingsgewijs toch al uitermate klein is,[16] zal nog verder in betekenis afnemen.

Gelet op de sterke terughoudendheid die de regering bij het *repressieve* toezicht wil (blijven) betrachten, en op de extra procedurele waarborgen in de nieuwe Gemeente- en Provinciewet, valt naar mijn mening niet te verwachten dat – bij ontbreken van preventieve instrumenten – veel vaker naar de spon-

tane schorsing en vernietiging zal worden gegrepen.[17] Indien de rechtsmacht van de administratieve rechter over besluiten van algemene strekking wordt uitgebreid (vgl. par. 6.1), is eerder een teruggang in het gebruik van dit repressieve toezicht te verwachten.

Indien het Kroonberoep over de gehele linie verdwijnt, zal wellicht op een enkel beleidsterrein – ik denk in het bijzonder aan de bestemmingsplannen in de ruimtelijke ordening – gezocht worden naar *'positieve'* instrumenten om het verlies van de sturingsmogelijkheden die het Kroonberoep biedt te compenseren. Ook hier verwacht ik echter geen belangrijke verschuivingen.

De juridische inkadering en normering van het toezicht die de regering voorstaat brengt mee dat de besluiten van de toezichthoudende instanties zich gemakkelijker zullen lenen voor *rechterlijke controle.*

Sterker nog: indien de toezichtsrelaties zo worden gejuridiseerd verdient de mogelijkheid van toetsing door de administratieve rechter naar mijn mening de voorkeur boven administratief beroep op de Kroon of de minister.

De rechter is zeer wel in staat te beoordelen of de toezichthoudende instantie is gebleven binnen het toetsingskader (motief, belangen en doelstellingen) en of de procedureregels in acht zijn genomen. De 'algemene beginselen van behoorlijk toezicht' verschillen naar hun aard niet of nauwelijks van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaraan de administratieve rechter al sinds jaar en dag toetst. Voor zover dergelijke 'toezichtbeginselen' nog ontwikkeld moeten worden, zal de administratieve rechter hieraan een grotere bijdrage kunnen leveren dan de Kroon of de minister als administratieve beroepsinstantie. Voor de administratieve rechter vormen beginselen, tezamen met de wettelijke normering, immers het vanzelfsprekende – en verplichte – toetsingskader, terwijl hiermee in administratief beroep nog steeds veel onwenniger wordt omgegaan.

Dat de administratieve rechter ook thans al tot geslaagde controle op toezichtsuitoefening in staat is, toont bijvoorbeeld het geval Kortgene.

Het gemeentebestuur van Kortgene weigerde in te gaan op een verzoek van GS, om met bestuursdwang op te treden tegen een illegaal bouwwerk. Een verzoek van GS aan de Kroon om deze beschikking te vernietigen zou niets uithalen, omdat het besluit een weigering inhoudt. Aan de mogelijkheid van Arob-bezwaar en -beroep tegen de weigering dachten GS vermoedelijk niet.

Zij kozen de weg van positief toezicht: zij schakelden de commissaris van de Koningin in, die op grond van verwaarlozing van medebewind ex artikel 156 gemeentewet zelf een aanschrijving deed uitgaan.

Dat deze weg doodloopt bleek toen de overtreder de Voorzitter van de Afdeling rechtspraak vroeg dit besluit te schorsen. De schorsing werd uitgesproken. De voorzitter constateerde dat in de aanschrijving niet was vermeld bij de uitvoering van welke voorschriften van Rijk of provincie B en W zouden zijn te kort geschoten. Het bestemmingsplan is op zichzelf niet een zodanig voorschrift en de WRO bevat geen verplichting voor B en W om bestemmingsplannen te hand-

haven. De zorgvuldigheid bij gebruikmaking van deze uitzonderlijke bevoegdheid vereiste, dat de CdK zijn besluit ondubbelzinnig motiveerde.

Bovendien was niet aangegeven op grond waarvan B en W zouden zijn te kort geschoten in hun taak. Toepassing van bestuursdwang is een bevoegdheid en geen verplichting; het college dient hierbij – zoals het i.c. gedaan heeft – alle belangen af te wegen. Tenslotte was, aldus de voorzitter, ook de commissaris zelf gehouden een belangenafweging te maken, en daarbij de belangenafweging van B en W te betrekken, alvorens van de toezichtsbevoegdheid van artikel 156 gebruik te maken (Vz. Afd. rechtspraak 9 maart 1987, AB 1988, 23).

Is er, gelet op dergelijke jurisprudentie en het nu voorliggende voorstel voor een Awb, behoefte aan afzonderlijke wettelijke vastlegging van 'algemene beginselen van behoorlijk toezicht'? Ik betwijfel het.

Ik wijs erop, dat in het thans voorliggende voorstel voor een Awb reeds allerlei relevante regels en beginselen zijn vervat die mede van (overeenkomstige) toepassing zijn op besluiten in het kader van het toezicht. Ik noem bijvoorbeeld zorgvuldigheid (artikel 3.2.1.3), verbod van détournement de pouvoir (3.2.2.) belangenafweging en evenredigheid (3.2.3.) motivering (4.1.4.1. e.v.).

Ik teken hierbij aan dat het motiveringsbeginsel, vanwege zijn plaatsing in hoofdstuk 4, slechts van toepassing is op (toezicht op) beschikkingen. Deze – mijns inziens onterechte – beperking vervalt indien men genoemd beginsel overbrengt naar hoofdstuk 3.

Het is zeer de vraag, of dan daarnaast nog zoveel behoefte bestaat aan vastlegging van afzonderlijke beginselen van behoorlijke toezicht. Het 'ken uw eigen stoel-beginsel' bijvoorbeeld kan – bij een behoorlijk wettelijke inkadering van het toezicht – onder détournement de pouvoir of directe strijd met de wet begrepen worden geacht.

Dat in administratief beroep naast de rechtmatigheid tevens de beleidsaspecten van het toezicht beoordeeld kunnen worden levert – in vergelijking met de brede rechtmatigheidstoetsing waartoe de administratieve rechter in staat is – niet of nauwelijks een surplus op. Althans: zou geen surplus behoren op te leveren.

Ook een hoger bestuursorgaan, oordelend in administratief beroep, zou naar mijn mening zijn eigen beleidsopvattingen over toezicht niet zonder meer in de plaats mogen stellen van die van het toezichthoudend orgaan, zolang dat orgaan binnen de grenzen van zijn toezichtsbevoegdheid blijft.[18] Anders vervalt grotendeels de ratio van decentralisatie van het toezicht, dat de regering – terecht – als uitgangspunt neemt.

Dit alles is overigens nog toekomstmuziek, zolang bij de administratieve rechter – afgezien van enkele hier niet ter zake doende uitzonderingen – geen rechtstreeks beroep mogelijk is tegen besluiten van algemene strekking. De toezichtbesluiten waar het hier om gaat dragen immers veelal dat karakter.

Of de uitzondering ten aanzien van besluiten van algemene strekking, vervat

in artikel 1, tweede lid, TwK, en artikel 2, tweede lid, Wet Arob dient te vervallen, zal in het kader van de definitieve voorzieningen in Kroongeschillen en de herziening van de rechterlijke organisatie aan de orde komen. Ik beantwoord deze vraag – zeker voor wat betreft de huidige Kroongeschillen over zulke besluiten – bevestigend. In par. 6.1 kom ik hierop terug.

De regering stelt zich terecht op het standpunt, dat grote terughoudendheid past bij het hanteren van administratief beroep als toezichtsinstrument. Dat in zodanige hantering oneigenlijke elementen schuilen, en dat het toezichtmotief hooguit een secundair karakter zou mogen hebben is ook in de bestuursrechtelijke literatuur welhaast onomstreden.[19]

Alleen wanneer rechts- en belangenbescherming van burgers het primair beoogde doel is, lijkt de regering enige ruimte te willen laten voor deze vorm van toezicht: bij regelgeving en planning (waar vrijwel steeds het alternatief van beroep op de rechter ontbreekt), en bij bepaalde beschikkingen, wanneer (eventueel voorafgaand aan beoordeling door de administratieve rechter) 'de mogelijkheid van een bestuursbeslissing op hoger niveau dan de gemeente voor de belanghebbenden wenselijk wordt geacht, bijvoorbeeld omdat dat niveau op het desbetreffende terrein medeverantwoordelijkheid draagt'. Deze formule komt al in gelijke bewoordingen voor in de Richtlijnen voor de keuze tussen Arob-beroep en beroep op de Kroon.[20] Ik kan uit eigen wetenschap meedelen dat geen zin uit deze richtlijnen tot meer ambtelijke discussie aanleiding heeft gegeven. Zijn belanghebbenden immers werkelijk gebaat bij deze vorm van incidentele beleidstoetsing door een hoger, mede verantwoordelijk, bestuursorgaan? Dreigt dan niet het motief 'rechts- en belangenbescherming', dat van de beoordelaar tenminste enige distantie vraagt, te worden verdrongen door het motief beleidsbewaking, dat juist betrokkenheid veronderstelt?

In de kern waren dit de vragen die het Kroonberoep in Straatsburg deden sneuvelen. Dezelfde vragen worden, ook in onverdachte provinciale kringen, gesteld over de wenselijkheid van administratief beroep bij Gedeputeerde Staten.

J.M. Kan sluit een recente beschouwing over dit onderwerp af met de conclusie: 'Laat ik de knuppel maar in het hoenderhok werpen: voor zover ik het kan overzien, dient de rechtsprekende functie van Gedeputeerde Staten wanneer het gaat om gemeentelijke beschikkingen, haar langste tijde te hebben gehad'.[21]

Ik voeg daaran toe dat administratief beroep op de minister tegen besluiten van lagere overheden om dezelfde redenen een dubieuze figuur is.

De genoemde bezwaren gelden niet of in veel mindere mate bij de beslechting van 'horizontale bestuursgeschillen' door GS op grond van artikel 28 Wgr en vergelijkbare bepalingen. Hierbij zit immers niet het motief van rechts- en belangenbescherming of van beleidsbewaking voor. Het gaat bij zulke geschillen, als men het in toezichtmotieven wil uitdrukken, veeleer om coördinate: het

voorkomen, c.q. oplossen van belangenconflicten tussen gemeenten in situaties waarin een impasse dreigt te ontstaan of is ontstaan.

Mutatis mutandis kan hetzelfde worden gezegd over beslechting van horizontale geschillen op een hoger niveau door de minister, zoals voorzien in artikel 4 Wgr. Op dergelijke vormen van horizontale geschilbeslechting kom ik terug in par. 6.4.

Noten

1. Ten Berge c.s. 1989, blz. 84 e.v.
2. Kamerstukken 19836. De huidige Provinciewet kent preventief toezicht door de Kroon. Alvorens goedkeuring kan worden onthouden moet advies worden ingewonnen bij de Raad van State (artikel 163). Het voorstel voor een nieuwe Provinciewet legt het goedkeuringsrecht in handen van de minister wie het aangaat, met de mogelijkheid van Kroonberoep tegen diens besluit (artikel 243 en 244). In artikel 245 wordt overigens nog rekening gehouden met de mogelijkheid van Kroongoedkeuring.
3. Zie par. 4.2 en noot 12, hfdst. 2.
4. De uitgangspunten zijn neergelegd in de memorie van toelichting bij de nieuwe Gemeentewet, Kamerstuk 19 403, nr. 3, blz. 13-23, 62-67. Zie voor beschouwingen o.a. de bijdragen van W. Konijnenbelt, A.Ch.M. Rijnen en J.W. van der Dussen in het themanummer over 'gedogend toezicht' van het Nederlands tijdschrift voor bestuursrecht (1989/7). Vgl. over de praktijk van het toezicht in het algemeen de bijdrage van J.P.A.J. Bevers en G.J.S. Uhl in: Handboek beleidsvoering overheid (losbl.), Alphen aan den Rijn 1976 (1988).
5. Deze kwalificatie is voor mijn rekening – K. De aanduiding 'positief toezicht' wordt door de regering overigens niet meer gebruikt. In plaats daarvan wordt gesproken over 'medewerking gevorderd bij concreet werkend besluit' (Kamerstuk 19403, nr. 10, blz. 33). Het adjectief 'positief' beoogt geen waardering of vrolijke stemming op te roepen, maar duidt slechts aan dat het rechtsgevolg verder strekt dan het louter beletten of ongedaan maken van ongewenste bestuursdaden.
6. Deze bepaling luidt: Besluiten van deze besturen (n.l. van provincies en gemeenten) kunnen slechts aan voorafgaand toezicht worden onderworpen in bij of krachtens de wet te bepalen gevallen.
7. Het instellen van beroep door rijksinspecties is door het kabinet gebonden aan uitdrukkelijke toestemming vooraf van de betrokken minister. Vgl. het Decentralisatieplan, Kamerstukken II, 1982-1983, 16492, nrs. 7 en 8, blz. 7. Zie voor enkele cijfers over de praktische toepassing van deze 'groen licht regeling' noot 6, hfdst. 2.
8. Zie voor een aardig geval, waarin de onderlinge relatie tussen verschillende toezichtsvormen (begrotingstoetsing, verklaring van geen bezwaar) aan de orde komt, de door Drupsteen (par. 10) besproken uitspraak AR 7-4-1988, BR 1989, blz. 110-111.
9. Overigens kan ook Arob-beroep hier zeer doeltreffend zijn. Een sprekend voorbeeld is Vz. AR 9-3-1987, AB 1988, 23 (Kortgene). Zie par. 4.4.
10. Zie voor de voornemens m.b.t. volgende tranches van de Awb noot 6, hfdst. 3.
11. Kamerstukken II, 1987-88, 19995. Zie over toezicht in de Waterschapswet J.J.T. Verburg, Waterschapsbelangen 1987, blz. 332 e.v. en 1987, blz. 602 e.v., alsmede Bestuurswetenschappen 1988, blz. 427 e.v.
12. Voorheen artikel 228, eerste lid, onderdeel d, gemeentewet.
13. Zie voor een overzicht Kamerstuk II, 1988-89, 20582, nr. 5, blz. 3 e.v.
14. Zie noot 6, hfdst. 3.
15. Vgl. het regeringsstandpunt inzake de doorwerking van het Europees Handvest inzake lokale autonomie; zie noot 6, hfdst. 1.
16. Zie de cijfers vermeld in par. 2.2.

17. Het beleid van het Ministerie van Binnenlandse Zaken is weergegeven in: H.F. van Kinschot, De coördinerende rol van de Minister van Binnenlandse Zaken bij de toepassing van het koninklijk vernietigingsrecht ten aanzien van besluiten van gemeentebesturen, in: Gemeentelijke vrijheden (Van Vliet-bundel), blz. 147 e.v.; Spontane schorsing en vernietiging, Publicatie van het Directoraat-Generaal Openbaar Bestuur van het Ministerie van Binnenlandse Zaken, maart 1987.
18. Dat over die grenzen soms te twisten valt — en dat het hogere bestuur ook wel optreedt ten voordele van het aan toezicht onderworpen bestuur (zie het in par. 2.2 genoemde contrair KB inzake Heiloo) — is een andere zaak.
19. Vgl. o.m. het Rapport ABAR, Alphen aan den Rijn 1984, p. 281-282, W. Konijnenbelt, Een staatsrechtelijke visie op het administratief beroep (VAR-geschrift XCIII 1985, blz. 101), en J.B.J.M. ten Berge, Rechter en decentralisatie, Zwolle 1987, blz. 28 e.v. J. de Vries geeft het paradoxaal karakter van administratief beroep als volgt weer: 'De behoefte daaraan (doet) zich in het bijzonder voor waar de beleidsvrijheid van het lagere orgaan het grootst is. Het is daar echter mijns inziens ook het minst vanzelfsprekend. In die gevallen waarin de wetgever bedoeld heeft dat de gemeente in vrijheid een beleid kan bepalen, bijvoorbeeld aangepast aan de plaatselijke omstandigheden, moet daarmee toch nauwelijks in overeenstemming worden geacht dat een hoger orgaan, waarop beroep is opengesteld, zich niet beperkt tot de vraag of het beleid de toets aan de regeling en aan de eisen van behoorlijk bestuur kan doorstaan, maar zelf uitmaakt wat naar zijn oordeel in de concrete situatie de beste beslissing is. Het beroepsorgaan gaat daarmee als het ware op de stoel van de lokale overheid zitten.' (De relatie tussen provincie en gemeente. Enkele opmerkingen over toezicht Kroonberoep en beroep op de Afdeling rechtspraak, in: Provincie en gemeente: handdruk of handgemeen? (Van Zanten-bundel), 's-Gravenhage 1988 blz. 152.)
20. Stct. 1981, 56, richtlijn 2.
21. Zie 'Beroep op Gedeputeerde Staten. Moet de bevoegdheid van Gedeputeerde Staten tot beslissen van geschillen ter zake van gemeentelijke beschikkingen worden afgeschaft?' Opstel in de Van Zanten-bundel (vgl. noot 19, hfdst. 4), blz. 131 e.v.
J. van Viegen, oud-griffier van Noord-Holland, komt tot dezelfde conclusie. Zie zijn bijdrage in Bestuurswetenschappen 1988, blz. 417 e.v.

5. Voorkoming en behandeling van verticale bestuursgeschillen binnen de bestuurskolom

Indien wij er vanuit gaan dat in de toekomst over de gehele linie van bestuursbesluiten – inclusief de in het kader van het toezicht genomen besluiten – uiteindelijk beroep op de rechter openstaat, zal dit ook voor de bestuurlijke fase van besluitvorming de nodige consequenties hebben.

Om een nodeloze opeenstapeling van bestuurlijke procedures, gevolgd door rechterlijke procedures, te voorkomen, zullen – meer dan ooit – weloverwogen keuzen nodig zijn met betrekking tot de aard en het niveau van bestuurlijke vormen van toetsing van bestuurbesluiten.

In par. 3 en 4 heb ik een aantal elementen beschreven die blijkens recente regeringsvoorstellen bij het maken van zulke keuzen van belang zijn. De in die voorstellen, in het bijzonder de Awb en de herziene Gemeentewet, getrokken lijnen zullen in de volgende tranches van Awb en bij de definitieve voorzieningen inzake Kroongeschillen moeten worden doorgetrokken.

Hoe de lijnen zouden kunnen lopen, vat ik hier kort samen in een aantal stellingen.

- Een dubbele bestuurlijke toetsing van eenmaal genomen bestuursbesluiten (zoals goedkeuring gevolgd door administratief beroep) dient in beginsel te worden vermeden, behoudens wellicht het ultimum remedium van spontane vernietiging.
  De primaire besluitvorming door het bestuur en de bestuurlijke toetsingsprocedures dienen met zodanige waarborgen te zijn omgeven, dat met een enkelvoudige toetsing kan worden volstaan. In zulke waarborgen voorzien de bepalingen over de primaire besluitvorming en over bezwaar en administratief beroep in de Awb, alsmede die over goedkeuring in de nieuwe Gemeente- en Provinciewet (die naar aangenomen mag worden te zijner tijd in grote lijnen in de Awb zullen worden overgenomen).
- Alvorens in de wetgeving wordt gegrepen naar eventuele preventieve toezichtsinstrumenten als goedkeuring, dient eerst te worden overwogen of niet volstaan kan worden met de algemene verplichte bezwaarschriftprocedure van de Awb, voorafgaand aan beroep op de rechter. Indien een aan een bestuursorgaan toevertrouwd belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken kan het immers als iedere andere belanghebbende de bezwaar-

schriftprocedure volgen (artikel 1.2 Awb jo. artikel 4 Wet Arob). Hierbij wordt wel verondersteld, dat het betrokken orgaan redelijkerwijs op de hoogte kan zijn van het genomen besluit, langs informele weg of via een advies-, overleg- of mededelingsplicht.

- Voor zover goedkeuring wordt vereist, dient dit intrument in de lijn van de herziene Gemeente- en Provinciewet voldoende te worden geclausuleerd om misbruik te voorkomen. Indien – overeenkomstig de aanhangige voorstellen – is voorzien in procedurele waarborgen kan een nadere bestuurlijke toetsing, in de vorm van bezwaar of administratief beroep tegen het besluit omtrent de goedkeuring, achterwege blijven. De figuur van goedkeuring door de Kroon, de Afdeling geschillen gehoord, kan doorgaans vervangen worden door ministeriële goedkeuring met de mogelijkheid van beroep op de rechter.[1]
- Het openstellen van administratief beroep bij een orgaan van een hogere bestuurslaag dient te worden vermeden.
  Dit ligt anders, indien het gaat om beroep bij een orgaan behorend tot dezelfde rechtspersoon of althans dezelfde bestuurslaag. Bij vele min of meer zelfstandige bestuursorganen die met publiekrechtelijke bevoegdheden zijn bekleed, is voorzien in beroep bij een ander orgaan van dezelfde rechtspersoon, dan wel in beroep op het politiek verantwoordelijke orgaan. De ratio hiervan vertoont sterke verwantschap met die van de bezwaarschriftprocedure: een zorgvuldige heroverweging op hetzelfde bestuursniveau, die eenheid van beoordeling bevordert en, voor zover gewenst, de politieke verantwoordelijkheid activeert.[2]
- Bij de hantering van 'positieve' toezichtsinstrumenten, zoals aanwijzingen en voorzieningen door een hoger orgaan, kan voor een nadere bestuurlijke toetsing worden volstaan met de bezwaarschriftprocedure, waarna beroep op de rechter openstaat.
  Hetzelfde geldt voor enige andere typen van besluiten die tot bestuursgeschillen aanleiding kunnen geven, zoals: de weigering van een verklaring van geen bezwaar, de weigering van een ontheffing, en besluiten tot het al dan niet toekennen dan wel terugvorderen van een rijksvergoeding van kosten, gemaakt ter uitvoering van een bepaalde regeling.[3]
- Er van uitgaande dat de Awb in de lijn van de nieuwe Gemeente- en Provinciewet waarborgen zal bevatten voor de toepassing van spontane schorsing en vernietiging, zal in ieder geval tegen vernietiging door lagere bestuursorganen dan de Kroon direct beroep op de rechter open kunnen staan.[4]
  Voor de vraag of en zo ja, in hoeverre ook tegen spontane vernietiging door de Kroon voorziening bij de administratieve rechter gewenst is, verwijs ik naar Drupsteen, par. 70.

Noten

1. Zie par. 4.1 en noot 2, hfdst. 4.
2. Blijkens het onderzoek 'Voorprocedures bij de centrale overheid', dat in 1986/87 in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken werd verricht door de Vakgroep bestuursrecht van de Universiteit van Amsterdam, waren er ultimo 1986 alleen al op het niveau van de centrale overheid 129 verschillende bezwaar- en beroepsgangen van kracht; Arob-bezwaar en Kroongeschillen niet meegerekend. Van de 38 meest gebruikte procedures die de onderzoekers nader analyseerden hadden er slechts 2 betrekking op besluiten van gedecentraliseerde organen; 14 van de 38 betroffen beroep op de minister; 6 beroep op een orgaan niet ondergeschikt aan de minister. Het rapport is een eigen uitgave van de vakgroep, Amsterdam, maart 1987.
3. Voorbeelden uit de wetgeving van de genoemde figuren: voorzieningen door een hoger orgaan: artikel 11 Warenwet, art. 101 Wgr; verklaring van geen bezwaar: art. 19 WRO; weigering ontheffing: art. 105 gemeentewet (vgl. art. 16, tweede lid, jo. 106 voorstel herziene Gemeentewet, dat Arob-beroep introduceert); toekenning en terugvordering rijksvergoeding: art. 45 ABW.
4. Zie art. 22 Waterstaatswet (vernietiging besluiten waterschappen door GS).

6. Enkele vragen inzake de rechterlijke competentie bij bestuursgeschillen

6.1 Besluiten van algemene strekking

Voor zover tegen besluiten van algemene strekking al een administratiefrechtelijke voorziening is opengesteld, is Kroonberoep het meest in zwang. Bovendien is het, veel meer dan bij het openstellen van beroep tegen beschikkingen, gebruikelijk dat beroep voor te behouden aan overheden. Dit verklaart waarom besluiten van algemene strekking relatief zwaar zijn overbedeeld binnen de categorie 'zuivere' Kroonbestuursgeschillen.

Van de 153 Kroonberoepsgangen inzake bestuursgeschillen die Ten Berge c.s. inventariseerden hadden er 62 een besluit van algemene strekking tot voorwerp. Het grootste deel daarvan (44) betrof besluiten inzake de onthouding van goedkeuring[1] aan een ander besluit van algemene strekking, zoals een verordening, reglement of plan.
Behalve de goedkeuringsbesluiten noemen Ten Berge c.s. de volgende typen:

1. Besluiten waarbij voorzieningen worden getroffen door een hoger orgaan, waaronder het opleggen of wijzigen van een verordening, wanneer het lager orgaan weigerachtig of in gebreke is bij de uitvoering van een wet. Dergelijke besluiten komen bijvoorbeeld voor in artikel 4 Brandweerwet en artikel 101 Wet gemeenschappelijke regelingen, inzake de provinciale beslissing een regeling aan een gemeente op te leggen.
2. Besluiten waarbij aanwijzingen worden gegeven ten aanzien van de inhoud van een besluit van algemene strekking, i.c. plannen, met het doel het beleid van een lager orgaan op het beleid van een hogere bestuurslaag af te stemmen. In beroep tegen dergelijke besluiten is onder meer voorzien in artikel 12, vierde lid, Wet verontreiniging oppervlaktewateren, artikel 37, vierde lid Wet op de ruimtelijke ordening en artikel 6, vierde lid Wet op de Bejaardenoorden.
3. Besluiten waarbij de verbindendheid van lagere verordeningen aan hogere regelingen wordt getoetst. Voorbeelden daarvan zijn artikel 25 Waterstaatswet, op grond waarvan de commissaris van de Koningin voorziening bij de Kroon kan vragen, indien GS weigeren op zijn verzoek een besluit van een waterschap te vernietigen, en de toezichtsbepalingen uit de Eilandenregeling.[2]

Op deze bestuursgeschillen inzake besluiten van algemene strekking zijn derhalve beide uitzonderingen van artikel 1, tweede lid, TwK van toepassing. Slechts in enkele, hier minder ter zake doende, gevallen is beroep bij de administratieve rechter mogelijk tegen besluiten van algemene strekking, zij het dat het beroepsrecht hierbij niet is voorbehouden aan administratieve organen. Van zuivere bestuursgeschillen is hier derhalve geen sprake.
Omdat de Wet Arob besluiten van algemene strekking uitzondert (artikel 2, tweede lid, onder a), zijn dergelijke besluiten alleen Arobabel indien een bijzondere wetsbepaling zulks bij wijze van uitzondering aangeeft. Hèt voorbeeld is artikel 39 eerste lid, Wet op de ruimtelijke ordening. Enkele andere administratieve rechters kennen een ruimere rechtsmachttoedeling. Bij de ambtenarenrechter is beroep mogelijk tegen besluiten van algemene strekking, niet zijnde algemeen verbindende voorschriften (art. 58 Ambtenarenwet 1929). Hetzelfde geldt voor het College van Beroep voor het bedrijfsleven (artikel 2 Wet Arbo).

Bij ontbreken van een administratieve rechtsgang tegen een besluit van algemene strekking resteert slechts de mogelijkheid van een onrechtmatige daadsactie bij de burgerlijke rechter. Dergelijke acties nemen, zoals bekend, hand over hand toe; ook overheden ziet men meer en meer als eisende partij optreden.

Ik noem als sprekend voorbeeld het recente kort geding van de gemeente Leiden tegen de Staat inzake de 'bevriezingsmaatregel' die een beperking van het aantal leraren – en daarmee indirect van de instroom van leerlingen – in het speciaal onderwijs beoogde. De Haagse President oordeelde deze maatregel, vervat in het Formatiebesluit ISOVSO, onmiskenbaar in strijd met de wet, te weten artikel 23 Grondwet en de Interimwet speciaal onderwijs, en daarom onverbindend (Pres. Rb. 's-Gravenhage, 26 juli 1989).

Interessant is dat aan deze uitspraak een uitspraak van de Voorzitter van de Afdeling rechtspraak voorafging, over de weigering van B en W van de gemeente Leiden om, als bevoegd gezag van een openbare MLK-school, een leerling op die school toe te laten. B en W stelden zich op het standpunt dat door de bevriezingsmaatregel het aantal leerlingen reeds het aantal overschreed waarop de personeelsformatie was gebaseerd, en dat het daarom ongewenst was nog nieuwe leerlingen toe te laten.

De voorzitter achtte deze weigering – evenals de President in het daarop volgende kort geding – in strijd met het systeem van de onderwijswetgeving; er volgde schorsing en een voorlopige voorziening (Vz. AR 10 mei 1989).[3]

Dit koppel uitspraken illustreert duidelijk, dat het ontbreken van een beroepsmogelijkheid bij de administratieve rechter tegen besluiten van algemene strekking tot nodeloze tweesporigheid van procedures kan leiden. Bovendien ziet men in de procedure bij de Afdeling rechtspraak een verweerder op-

treden, die part noch deel heeft aan het onderliggende besluit – de bevriezingsmaatregel – dat eigenlijk in het geding is. Sterker nog: de verweerder is – naar wij mogen aannemen – zelf ook tegen. Dit komt – zacht uitgedrukt – de verdediging van het onderliggende besluit niet ten goede. Dergelijke situaties zijn bepaald geen zeldzaamheid; ze kunnen zich bij allerlei medebewindsregelingen voordoen.

Ter zijde: ook indien men de mogelijk van rechtstreeks beroep op de administratieve rechter tegen besluiten van algemene strekking openstelt, zal een zekere tweesporigheid van procedures niet geheel zijn uit te sluiten. Het blijft immers denkbaar dat een andere rechter, tijdens een procedure inzake een op dit besluit gebaseerde (rechts)handeling, geconfronteerd wordt met een beroep op de onverbindendheid van het onderliggende besluit van algemene strekking. Maar zulke gevallen zullen, zeker in een herziene rechterlijke organisatie, tot de hoge uitzonderingen behoren.

Dat er nog voldoende andere argumenten zijn om de uitzondering ten aanzien van besluiten van algemene strekking, zoals voorzien in de TwK en de Wet Arob, te heroverwegen, is in de recente literatuur naar mijn mening overtuigend aangetoond.

De wel verdedigde stelling dat besluiten van algemene strekking vanwege hun bijzondere democratische legitimatie aan rechterlijke toetsing onttrokken zouden moeten is, onder meer door Van der Hoeven en Van Male, effectief ontzenuwd.[4] Bovendien gaat die stelling – zo zij al in het algemeen verdedigbaar zou zijn – zeker niet op voor de categorie Kroonbestuursgeschillen inzake besluiten van algemene strekking: daar gaat het immers vrijwel steeds om een doorkruising van het beleid van een democratisch gelegitimeerd orgaan (gemeenteraad, provinciale staten) door een hoger orgaan dat slechts een afgeleide democratische legitimatie heeft (GS, minister).[5]

Daarbij komt dat het in het licht van de recente uitspraak van het Europese Hof in Straatsburg in de zaak Jacobsson[6] uiterst twijfelachtig is geworden of de TwK-uitzondering ten aanzien van besluiten van algemene strekking wel verenigbaar is met artikel 6 EVRM. Zoals bekend was die verenigbaarheid al zeer omstreden bij de totstandkoming van de TwK. Toentertijd stond vooral de betekenis van de uitspraak in de zaak Sporrong en Lönnroth voor het Kroonberoep inzake de (goedkeuring van) bestemmingsplannen in het brandpunt. In het arrest-Jacobsson lijken de overwegingen van het Hof zich nog directer tegen dat Kroonberoep te richten (vgl. Drupsteen, par. 68).

Als laatste argument noem ik de lastige afbakeningsproblemen waartoe het begrip 'besluit van algemene strekking' aanleiding geeft. Het is moeilijk, zo niet onmogelijk, een vaste lijn te ontdekken in de jurisprudentie van de verschillende rechterlijke colleges rondom dit begrip. Procederen over besluiten die in het grensgebied met de (bundel) beschikking(en) liggen is een tombola met vele nieten.

Mijn conclusie is dat de uitzondering ten aanzien van besluiten van algemene strekking – althans op termijn – uit de Wet Arob (c.q. de opvolger van die wet) geschrapt zou dienen te worden.[7]

Alvorens daartoe generiek kan worden besloten, zal – zeker indien men ook beroep tegen algemeen verbindende voorschriften (als species van het genus besluit van algemene strekking) wil openen – nog wel een aantal vragen moeten worden beantwoord.

Ik noem – zonder hier verder op het antwoord in te gaan – de volgende vragen:

- dient, overeenkomstig het stelsel van de Awb, ook bij alle besluiten van algemene strekking eerst een bestuurlijke voorprocedure te zijn doorlopen?
- dient (zoals thans bij de beschikking) ook tegen de weigering van zo'n besluit beroep open te staan, ook indien er voor de verplichting tot het nemen van dat besluit geen duidelijke publiekrechtelijke grondslag is aan te wijzen?
- in hoeverre verkrijgen besluiten van algemene strekking formele rechtskracht, indien de beroepstermijn is verstreken, dan wel het beroep niet tot vernietiging heeft geleid; zijn zij dan nog vatbaar voor exceptieve toetsing in het kader van een beroep tegen een op het besluit gebaseerde uitvoeringshandeling?
- omgekeerd: wat is de rechtskracht van op het besluit gebaseerde uitvoeringshandelingen indien het onderliggende besluit van algemene strekking wordt vernietigd?
- welk toetsingskader dient de wet aan de rechter te bieden: naast beginselen van behoorlijk bestuur ook beginselen van behoorlijke regelgeving?
- tot welke dicta moet de rechter bevoegd zijn; dient bijvoorbeeld de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien bij besluiten van algemene strekking geheel of ten dele te worden uitgesloten?
- dient bij besluiten van algemene strekking afkomstig van de centrale overheid één instantie bevoegd te zijn tot kennisneming?

Op de laatste vraag kom ik in par. 6.5 nog terug.

Bij de huidige Kroongeschillen inzake besluiten van algemene strekking lijken deze vragen – mede gelet op de ervaringen die in het Kroonberoep zijn opgedaan – wel oplosbaar.

De uitzondering in de TwK kan dan ook naar mijn mening bij het treffen van definitieve voorzieningen in Kroongeschillen per 1 januari 1993 verdwijnen. Voorzover nodig kan dan – in afwachting van een algemene regeling ter zake – bij wege van enumeratie beroep op de administratieve rechter worden opengesteld.

6.2 Rechtshandelingen naar burgerlijk recht

In een enkel geval staat Kroonberoep open tegen besluiten omtrent de goedkeuring van besluiten inzake privaatrechtelijke rechtshandelingen. Het bekendste voorbeeld is (het overigens op de helling staande) artikel 228 jo. 235 gemeentewet.[8]

Indien men in een dergelijk geval het Kroonberoep wil vervangen door beroep op de administratieve rechter, doet zich bezien vanuit het huidige procesrecht een tweetal complicaties voor.

Ten eerste: ingevolge de zogenaamde 'oplossingstheorie' die de Afdeling rechtspraak hanteert vallen ook publiekrechtelijke besluiten met betrekking tot rechtshandelingen naar burgerlijk recht onder de uitzondering van artikel 2, tweede lid, onder b Wet Arob.[9]

Ten tweede: het Kroonberoep is beperkt tot de onthouding van goedkeuring; het beroep staat bovendien alleen open voor het orgaan aan wiens besluit goedkeuring is onthouden. Voor derden die juist geschaad worden door verlening van goedkeuring, alsmede voor de eventuele wederpartij die belang heeft bij goedkeuring, staat slechts de weg naar de burgerlijke rechter open.[10]

Naar mijn mening zou het in het kader van de herziening van de rechterlijke organisatie aanbeveling verdienen deze lijn om te buigen. De oplossingstheorie, voor zover die betrekking heeft op de goedkeuring van rechtshandelingen naar burgerlijk recht, zou moeten worden doorbroken. Ik acht dit verantwoord, omdat de publiekrechtelijke normstelling voor de goedkeuringsbevoegdheid zich voldoende laat afgrenzen van de onderliggende civielrechtelijke rechtshandeling.

Er is naar mijn mening dan ook onvoldoende reden om bij de beroepsmogelijkheden onderscheid te maken tussen het onthouden en het verlenen van goedkeuring; de Wet Arob maakt dit onderscheid ook niet. In beide gevallen is dezelfde normstelling in het geding; in beide gevallen ook kunnen burgers door schending van deze normen rechtstreeks in hun belangen getroffen zijn. Wel dient de kennisneming van onderliggende civielrechtelijke geschillen aan de burgerlijke rechter voorbehouden te blijven.

Ik realiseer mij, dat er ook bij een dergelijk systeem wel grensgevallen zullen zijn, die lastig te kwalificeren zijn. Welke rechtsgang staat bijvoorbeeld open voor de gefrustreerde aspirant-contractspartner, voor wie het aangaan (en goedkeuren) van een rechtshandeling met een ander contractsweigering oplevert? Bepalend zal hier zijn, in hoeverre de publiekrechtelijke normering van het goedkeuringsrecht mede de belangen van zulke derden beoogt te beschermen.

6.3 Bestuursovereenkomsten en -akkoorden

Een recent veel besproken vraagstuk is, in hoeverre een wettelijke regeling van

geschillen rondom bestuursovereenkomsten, -convenanten, -akkoorden en dergelijke figuren aanbeveling verdient.

Zulke doorgaans publiekrechtelijke bestuursovereenkomsten c.a. moeten – als beleidsafspraken tussen bestuursorganen onderling – wél worden onderscheiden van (doorgaans privaatrechtelijke) beleidsovereenkomsten, waarbij met 'burgerlijke' personen wordt gecontracteerd.[11]

Gelet op het uiterst heterogene karakter van dergelijke afspraken kan ik mij – althans op dit moment – geen algemene wettelijke regeling op dit punt voorstellen.

Op een deelterrein als de Wet gemeenschappelijke regelingen is de geschilbeslechting wel geregeld.[12]

Daarnaast kunnen algemene geschillenregelingen als die van artikel 121 Provinciewet en artikel 136 Grondwet in bepaalde gevallen een oplossing bieden. Ook de Wet Arob geeft soms een rechtsingang.

De regering heeft aangekondigd dat wellicht in een volgende tranche van de Awb ook algemene regels omtrent bestuursakkoorden zullen worden opgenomen. Wat zij zich daarbij voorstelt, en of die regels ook op geschillen betrekking zouden hebben, is nog niet duidelijk.

Wellicht kan een aanwijzing over wat ons te wachten staat worden gevonden in een – al weer wat oudere – bijdrage van regeringscommissaris Scheltema over het thema 'complementair bestuur'.

Hij pleit voor het zoeken naar een juridische vorm voor deze publiekrechtelijke overeenkomsten. Een gedetailleerde wettelijke regeling acht Scheltema niet aantrekkelijk. De terreinexploitatie zou goeddeels door de Arob-rechter kunnen geschieden.

De wetgever zou dus allereerst de Afdeling rechtspraak bevoegd moeten maken over overeenkomsten als deze te oordelen.

Daarnaast zou hij enkele belangrijke punten in grote lijnen moeten regelen. Scheltema noemt: een voorziening over de opzegbaarheid van voor onbepaalde tijd gesloten overeenkomsten, alsmede een voorziening die zeker stelt dat bij veranderd beleid of onvoorziene omstandigheden niet steeds nakoming kan worden gevraagd, maar eventueel wel schadevergoeding.[13]

Met Scheltema ben ik van mening, dat opdracht van geschillen over publiekrechtelijke bestuursovereenkomsten aan de administratieve rechter aanbeveling verdient. Dat sluit naar mijn mening ook aan bij het ruime begrip 'besluit' dat de Algemene wet bestuursrecht hanteert.

Het is overigens betwistbaar of dergelijke overeenkomsten onder het thans voorgestelde Awb-begrip 'besluit' vallen. De memorie van toelichting noemt de bestuursovereenkomst (in tegenstelling tot de beschikking en het besluit van algemene strekking) niet expliciet als voorbeeld van 'besluiten' in de zin van artikel 1.3. Uit de definitie 'een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan,

inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling', en – sterker – de toelichting, die spreekt van 'in principe elke (publiekrechtelijke) rechtshandeling van een bestuursorgaan', lijkt te volgen dat het hier om 'besluiten' gaat.[14]

Daar tegenover valt te verdedigen, dat het begrip 'beslissing' en vele bepalingen van de Awb zijn toegesneden op eenzijdige rechtshandelingen. Stelt men het consensus-element in overeenkomsten voorop, dan zal men al snel concluderen dat het geen besluiten zijn. Legt men het accent op de afzonderlijke wilsverklaringen van partijen, dan is de tegengestelde conclusie mogelijk. Een verduidelijking door de wetgever is op haar plaats.

Het is, indien men de administratieve rechter ter zake bevoegd wil maken, wel zaak deze bestuursovereenkomsten goed af te grenzen naar twee kanten. Enerzijds naar de privaatrechtelijke beleidsovereenkomst, die overigens ook elementen van een publiekrechtelijk besluit kan bevatten.[15]

Anderzijds naar rechtsfiguren als bestuursakkoorden, gentlemen's agreements, en dergelijke, waarbij partijen expliciet geen juridische binding beogen.

Wil een afspraak als *rechtshandeling* worden aangemerkt, dan is immers ten minste vereist dat het rechtsgevolg van juridische binding *beoogd* is.

Ik deel niet de soms wel verdedigde opvatting, dat ook voor 'politieke' akkoorden waarbij die binding niet beoogd is, een wettelijke vorm van geschilbeslechting zou moeten worden gecreëerd.[16] (Een andere kwestie, waarop ik verderop inga, is of – ongeacht wat partijen expliciet beoogd hebben – grove schending niet toch rechtsgevolg kan hebben.)

Het gaat hier immers om wederkerige relaties, waarbij de bedoeling van partijen vooropstaat, en waaraan door partijen in gezamenlijk overleg vorm wordt gegeven. Voor zover partijen meer beogen dan een louter politieke of morele binding, zullen zij dat al bij de totstandkoming van de afspraak tot uitdrukking kunnen brengen. Daarbij kunnen ook afspraken worden gemaakt over eventuele geschilbeslechting, in de vorm van bindend advies, arbitrage of dergelijke. Partijen zijn daar zelf 'mans' genoeg voor, en ook uit het oogpunt van bescherming van de belangen van derden lijkt een wettelijke regeling niet nodig.

In de recente evaluatie van de bestuursakkoorden tussen Rijk en Interprovinciaal Overleg (IPO) en Rijk en Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) constateren kabinet en VNG dat aan een geschillenregeling geen behoefte bestaat.

Het kabinet meent dat zo'n regeling niet past bij het politieke karakter van de akkoorden. Ik citeer: 'De daden van het kabinet zijn – ook als het gaat om de uitwerking van het bestuursakkoord – onderworpen aan de parlementaire controle. Komen kabinet en VNG resp. IPO er gezamenlijk niet uit dan zal het kabinet een beslissing nemen. Die beslissing kan in het parlement ter discussie staan. Zo heeft een in de Tweede Kamer aanvaarde motie aanleiding gegeven de aanvankelijke beslissing van het kabinet ten aanzien van de verdeling van de

investeringsimpuls te herzien in de door de VNG gewenste richting. Het parlement kan ook – voor het kabinet een definitieve beslissing neemt – uitspreken waar zijn voorkeur naar uitgaat. Ook van die mogelijkheid heeft de Tweede Kamer gebruik gemaakt en wel bij de bepaling van het aandeel van de lagere overheden in de beleidsintensiveringen in de jaren 1987 en 1988. In de algemene politieke en financiële beschouwingen is gebleken dat de Kamer de aanvankelijke zienswijze van het kabinet terzake niet deelde.' Aldus de zienswijze van het kabinet.[17]

Ook de VNG is van oordeel dat het bestuursakkoord beschouwd moet worden als een politiek akkoord waarvoor geen geschillenregeling noodzakelijk is.[18] Het IPO daarentegen heeft wel een geschillenregeling gesuggereerd, bijvoorbeeld door bij de Afdeling geschillen van de Raad van State advies te vragen. Gegeven het experimentele karakter van het bestuursakkoord heeft het IPO echter niet verder aangedrongen.[19]

Een uniek geval waarin partijen in een bestuursgeschil (zonder dat dat geschil overigens de uitleg of uitvoering van een *bestuursovereenkomst* betrof) het oordeel van een onafhankelijke derde inriepen betrof een schadeclaim van Purmerend als gevolg van het gewijzigde groeikernenbeleid in de jaren zeventig.

In de jaren na de Tweede nota ruimtelijke ordening 1966 koopt de gemeente Purmerend op grote schaal agrarische gronden aan tegen prijzen gebaseerd op de verwachtingswaarde als bouwgrond. Er wordt een groei voorzien naar 100.000 inwoners. Bovendien doet de gemeente uitgaven om de binnenstad geschikt te maken als grootstedelijk centrum.

In 1974 echter bepalen provinciale staten van Noord-Holland, in afwijking van het eerdere beleid, in het streekplan Waterland dat de Zuidwest Purmer een agrarische bestemmming dient te behouden. Hierdoor zal het maximale inwonertal van Purmerend beperkt blijven tot 65.000. De regering neemt dit standpunt over in de Verstedelijkingsnota van 1978. De gemeente stelt dat zij hierdoor is opgezadeld met een last van 91 miljoen gulden. Wie zal dat betalen? Na lang debat wordt op voorstel van het Rijk advies ingewonnen ex artikel 18, tweede lid, Wet op de Raad van State bij de afdelingen voor VROM, Binnenlandse Zaken en Financiën van de Raad.

Het Rijk en Purmerend komen daarbij overeen dat zij het uit te brengen advies, voor zover dat op hen betrekking heeft, tegenover elkaar als bindend zullen beschouwen en dienovereenkomstig zullen handelen. Noord-Holland wenst niet aan deze afspraak mee te werken.

In hun op 19 juni 1989 uitgebrachte advies concluderen de afdelingen tot een verdeling van de pijn: de (overigens naar het oordeel van de afdelingen te hoog geraamde) tekorten behoren redelijkerwijze niet geheel ten laste van Purmerend te komen. Het Rijk behoort bij te dragen voor bijna f. 57 mln; de provincie voor ruim f. 14 mln en de gemeente voor een gelijk bedrag (alsmede de resterende schadeposten). Interessant zijn de overwegingen die worden gewijd aan de rollen en verantwoordelijkheden van de verschillende bestuurslagen.

De rol van de provincie wordt 'markant' genoemd. Uiteraard zijn PS bevoegd tot een beleidswijziging, maar zij zijn daarbij bestuurlijk verplicht de betrokken belangen, waaronder de op basis van consistent provinciaal beleid gedane investeringen, zorgvuldig af te wegen. PS hebben niet onderzocht hoe zij de financiële gevolgen voor Purmerend konden ondervangen of verzachten. Derhalve heeft de provincie bij haar belangenafweging niet de nodige zorgvuldigheid in acht genomen.

Ook het Rijk is volgens de afdelingen reeds vanaf het begin mee verantwoordelijk. De gemeente heeft, afgaande op consistent rijksbeleid, in redelijkheid de nodige investeringen gedaan om te kunnen voldoen aan de taakstellingen van het Rijk.

De gemeente tenslotte heeft in de plannen na aanvankelijke aarzeling onmiskenbaar een eigen aandeel gehad. Het doorwerken van rijks- en provinciaal beleid op lokaal niveau vindt niet vanzelf plaats. Daarom is het redelijk en billijk dat een deel van de schade voor rekening van de gemeente komt.[20]

Omdat de provincie nogmaals geweigerd heeft het advies te volgen is Purmerend onlangs een civiele procedure tegen haar gestart. Het lijkt aannemelijk dat de provincie in haar verweer de nodige bevoegdheids- en ontvankelijkheidsvragen zal opwerpen. Er staat ons dus waarschijnlijk nog interessante jurisprudentie te wachten.

De zaak heeft overigens nog een ander staartje. Bij de berekening van de totale schade is de Raad van State ervan uitgegaan dat de tussentijds door Purmerend verkochte grond tegen boekwaarde van de hand is gedaan. De boekwaarde lag echter ver boven de marktwaarde. Hierdoor is de schade voor Purmerend ca. *f* 20 mln hoger dan uit het advies van de Raad van State kan worden afgeleid.

Het voorbeeld illustreert naar mijn mening duidelijk dat – hoe sluitend men het wettelijk stelsel van rechtsgangen ook maakt – er altijd wel onvoorspelbare geschillen overblijven die moeilijk plaatsbaar zijn. Voor dergelijke gevallen acht ik ad hoc-afspraken tussen partijen, met inachtneming van het specifieke karakter van het geschil, te prefereren boven een wettelijke regeling die wil voorzien in het onvoorzienbare.

Ter vermijding van misverstand: in het vorenstaande heb ik slechts de vraag beantwoord of een *wettelijke regeling* van de geschilbeslechting rondom 'politieke' bestuursakkoorden en dergelijke figuren wenselijk is. Dat ik deze vraag ontkennend beantwoord impliceert *niet*, dat er nooit enige vorm van *juridische binding* aan zo'n akkoord zou kunnen bestaan.

Met vele andere auteurs[21] ben ik van oordeel dat onder omstandigheden de administratieve rechter en de burgerlijke rechter wel degelijk tot een zekere juridische binding zouden kunnen concluderen, in het bijzonder bij flagrante schending van het akkoord. Tegen elementair onrechtmatig overheidsgedrag behoort de rechter desgevraagd op te treden; men kan nauwelijks aannemen dat partijen op dat soort gedrag het oog hebben, indien zij 'slechts politiek-morele binding' beogen.

De rol van de rechter in zulke gevallen behoort echter veel beperkter en terughoudender te zijn dan bij geschillen die tot zijn primaire competentiesfeer behoren. Die rol is vergelijkbaar met de restfunctie die de burgerlijke rechter vervult ten aanzien van bindend advies- en arbitragezaken, waarin partijen zijn overeengekomen het geschil aan de rechter te onttrekken.

Ook in dergelijke gevallen zal de burgerlijke rechter een actie tegen de uitkomst van zulke buiten-gerechtelijke procedures ontvankelijk achten, indien die uitkomst willekeur oplevert, oftewel zozeer ingaat tegen hetgeen redelijk en billijk is, dat het in strijd zou zijn met de goede trouw om de wederpartij daaraan te willen houden.[22]

6.4 Horizontale bestuursgeschillen

De beslechting van horizontale bestuursgeschillen is in de wetgeving vrijwel steeds opgedragen aan de Kroon; althans voor zover het niet om privaatrechtelijke geschillen tussen overheden gaat – deze zijn voorbehouden aan de burgerlijke rechter.

Een enkele maal zijn gedeputeerde staten beslissingsbevoegd (artikel 28 jo. 62 Wgr), terwijl GS daarnaast krachtens artikel 121 Provinciewet (173 nieuwe Provinciewet) een algemene bemiddelende taak hebben inzake geschillen tussen lagere openbare lichamen binnen hun grondgebied. Als zij niet in een minnelijke schikking slagen, dragen GS het geschil aan de Kroon ter beslissing voor.

In een enkel geval wordt de minister bevoegd verklaard tot geschilbeslechting (vgl. artikel 4 Wgr betreffende provinciegrensoverschrijdende samenwerkingsgebieden).

Voor een uiteenzetting van de diverse rechtsgangen verwijs ik overigens naar Drupsteen, par. 23.

Het kenmerkende van veel horizontale geschillen is dat het voorwerp van geschil *geen besluit* is van de ene jegens de andere overheid, maar dat er juist sprake is van een impasse in de besluitvorming. Dit brengt mee dat veelal niet zozeer ter beoordeling staat hoe partijen zich ten opzichte van elkaar hebben gedragen, als wel hoe aan de rechtsverhouding van partijen nader vorm gegeven moet worden of wat uit die rechtsverhouding concreet voortvloeit.

Mede vanwege dit speciale karakter komt de Arob-rechter hooguit in uitzonderingsgevallen, en dan nog indirect, aan bod bij de beslechting van deze bestuursgeschillen.

Tegen de beslissing van GS of de minister inzake het bestuursgeschil – voor zover deze althans een Arobabele beschikking inhoudt– kan Arob-beroep worden ingesteld. Daarbij zal, wanneer GS de beslissende instantie zijn, eerst nog de Arob-bezwaarschriftenprocedure moeten worden doorlopen (!)

Verder kan onder omstandigheden het ontbreken van een besluit als een 'wei-

gering om een beschikking te geven' in de zin van artikel 3 Wet Arob worden opgevat. Ook deze constructie opent geen grootse perspectieven.

Een mislukte poging zien wij in het geschil dat uiteindelijk leidde tot het koninklijk besluit van 11 september 1981, nr. 42[24] De gemeente Kapelle is alleen bereid het bestemmingsplan te wijzigen ten behoeve van de bouw van een riool waterzuiveringsinstallatie door het waterschap Noord- en Zuid-Beveland, als het waterschap zich vooraf bereid verklaart tot het betalen van een algemene bijdrage voor het te bestemmen terrein. Arob-beroep van het waterschap wordt niet ontvankelijk verklaard, omdat de weigering om het bestemmingsplan te wijzigen geen beschikking is.

Na een serie vergeefse voorstellen van GS in het kader van artikel 121 Provinciewet wordt de Kroon tot beslissing geroepen.

Het waterschap krijgt gelijk: mede gelet op allerlei andere kosten die het waterschap al voor zijn rekening neemt kan een algemene bijdrage in redelijkheid niet worden verlangd, aldus de Kroon.

Indien men horizontale bestuursgeschillen, in plaats van aan een bestuurlijke instantie als de Kroon, direct aan de administratieve rechter ter beslechting zou willen opdragen, stuit men derhalve bij de huidige opzet van de Wet Arob op de nodige barrières.

Die barrières kunnen worden geëlimineerd door bij dergelijke horizontale bestuursgeschillen in beginsel steeds een bindende vorm van voorafgaande bestuurlijke geschilbeslechting voor te schrijven, met name door GS of de minister.

In een enkel geval waarin thans 'horizontale' geschillen tussen het Rijk en gemeenten door de Kroon worden beslecht, zou gekozen kunnen worden voor een andere figuur: eenzijdige vaststelling door de minister, met de mogelijkheid van bezwaar en beroep op de rechter. Ik noem als voorbeeld van zo'n 'horizontaal' geschil artikel 54 Algemene bijstandswet: geschillen over de kosten van bijstand; het vergelijkbare artikel 45 Wet sociale werkvoorziening kent reeds de figuur van eenzijdige vaststelling door de minister; zij het dat daar thans nog Kroonberoep tegen openstaat.

Hiertoe zouden de afzonderlijke wettelijke geschillenregelingen waarin de Kroon als beslissende instantie is aangewezen, aangepast moeten worden. Veelal zal de beslechting aan GS kunnen worden opgedragen.

Zo zal de 'minnelijke' rol van GS krachtens artikel 121 Provinciewet imperatiever kunnen worden geformuleerd. De provinciale verordening krachtens artikel 109 Provinciewet betreffende de behandeling van administratieve geschillen door GS is dan mede van toepassing op deze geschillen.[25] Het verdient overigens aanbeveling de bijzondere bepalingen in de Awb over administratief beroep van overeenkomstige toepassing te verklaren op horizontale geschillen.

Aldus wordt aangesloten bij het huidige artikel 28 Wgr, waarvan de ratio blijkens de wetsgeschiedenis is dat de conflictoplossende functie van de provincie dient te worden versterkt: geschillen zouden op een zo decentraal mogelijk

niveau moeten worden beslecht. Bovendien gold als argument dat sterk verwante taken, zoals toezicht en stroomlijning, ook aan de provincie zijn toebedeeld.[26]

Daarnaast lijkt behoefte te blijven bestaan aan vangnetbepalingen à la artikel 136 Grondwet, die voorzien in beslechting van restgeschillen door – afhankelijk van het niveau – GS of de minister.

Zulke bepalingen behoeven overigens niet in de Grondwet te worden opgenomen: zij zouden – behalve in de zojuist genoemde Provinciewet – ook een plaats kunnen krijgen in de Algemene wet bestuursrecht, dan wel in de Wet Arob of haar opvolger.[27]

Tegen de uitkomst van deze bestuurlijke geschilbeslechting zou weer beroep op de administratieve rechter open kunnen staan. Indien deze tevens bevoegd is om te oordelen over besluiten van algemene strekking en bestuursovereenkomsten (vgl. par. 6.1 en 6.3), lijken er geen beletselen meer te zijn voor een rechterlijke beoordeling van de voorafgaande bestuurlijke geschilbeslechting.

Ten Berge c.s. concluderen in hoofdzaak ook tot dit systeem. Zij zijn echter van oordeel dat voorafgaande bestuurlijke beslechting alleen nodig is, indien de noodzaak van eenheid van beleid inschakeling van een hoger bestuursorgaan indiceert. Dat hogere bestuursorgaan dient een eigen belang te hebben bij de inhoud van de nieuwe rechtsverhouding tussen partijen. In andere gevallen zouden horizontale geschillen door partijen rechtstreeks aan de administratieve rechter kunnen worden voorgelegd. Daartoe zou de wet een speciale rechtsingang moeten creëren, alsmede – wellicht – een aanvulling van het wettelijk toetsingskader met 'eisen van redelijkheid en billijkheid', en een ruimere bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien.[28]

Ik ben geen voorstander van de mogelijkheid om de rechter rauwelijks te adiëren. Zij strookt niet met het stelsel van de Algemene wet bestuursrecht, die over de gehele linie een vorm van voorafgaande bestuurlijke heroverweging kent, alvorens de rechter kan worden benaderd.

Een bestuurlijke voorprocedure in horizontale geschillen kan – ook in gevallen waarin het tot oordelen geroepen bestuursorgaan geen 'eigen belang' heeft – dezelfde nuttige functie vervullen als andere voorprocedures: de betrokken organen worden gestimuleerd tot een bestuurlijke heroverweging, de bestuurlijke procedure vervult een nuttige zeeffunctie, en indien toch wordt doorgeprocedeerd, wordt het geschil in uitgekristalliseerde vorm aan de rechter voorgelegd, hetgeen diens oordeelsvorming ten goede komt.

Bovendien kunnen speciale voorzieningen ten behoeve van de rechterlijke oordeelsvorming, zoals in het stelsel van Ten Berge c.s. nodig zijn, dan worden gemist.

Wellicht zal men tegen het door mij voorgestane stelsel inbrengen dat het onnodig bevoogdend is om partijen bij een horizontaal geschil eerst het oordeel van een hoger bestuursorgaan te doen vragen.

Daartegenover zou ik willen stellen dat het tot de normale coördinerende taak van hogere bestuurslagen behoort om dergelijke impasses te doorbreken.[29]

Bovendien zijn horizontale bestuursgeschillen in de praktijk uitermate schaars. Voor wat de aantallen bij de Kroon betreft verwijs ik naar par. 2.2. Ook pogingen tot 'minnelijke' beslechting krachtens artikel 121 Provinciewet komen per provincie maar enkele malen per jaar voor.

Verder is het van belang erop te wijzen dat een geschilbeslechtende rol voor GS of de minister niet in de weg behoeft te staan aan andere vormen van conflictoplossing tussen partijen. GS of de minister kunnen eerst trachten te bemiddelen. Ook kunnen partijen in onderling overleg een andere instantie inroepen om te bemiddelen, dan wel bindend advies uit te brengen of te arbitreren.[30]

6.5 Uitzonderingen op het beginsel van rechtspraak in twee instanties?

In het kabinetsstandpunt over de herziening van de rechterlijke organisatie wordt voor de administratieve rechtspraak het model gekozen van een bestuurlijke voorprocedure, gevolgd door rechtspraak in twee feitelijke instanties (vgl. par. 3.2 e.v.). Daarbij is nadrukkelijk de mogelijkheid opengelaten, dat in de verdere toekomst de tweede feitelijke instantie zal worden vervangen door cassatieberoep bij de Hoge Raad.

De vraag kan worden gesteld of dit model ook dient te gelden voor alle publiekrechtelijke bestuursgeschillen, of dat in bepaalde gevallen met rechtspraak in één instantie zou kunnen worden volstaan. Een argument daarvoor zou kunnen zijn, dat het nieuwe model met zijn drie trappen een zwaardere rechtsgang vormt in vergelijking met de huidige situatie, waarin de Kroon soms direct, maar meestal met één voorafgaande bestuurlijke procedure zoals goedkeuring, het geschil afdoet.

Ten Berge c.s. vinden het, mede gelet op het beperkte aantal bestuursgeschillen, niet per se noodzakelijk dat deze geschillen eerst bij de administratieve sectoren van de rechtbanken worden aangebracht. Zij achten het denkbaar, dat de beslissing in eerste en hoogste instantie geschiedt door een afdeling van de Raad van State, bijvoorbeeld de speciaal voor dit doel gehandhaafde Afdeling geschillen.[31]

In par. 3.6 heb ik al met een viertal argumenten aangegeven, waarom ik geen voorstander ben van een afzonderlijke rechter voor bestuursgeschillen. Ook de gedachte om bij bestuursgeschillen te volstaan met één instantie – dezelfde die bij overige verwante geschillen als appèlrechter zou fungere – spreekt mij in zijn algemeenheid niet aan.

De argumenten voor rechtspraak in twee instanties (kort gezegd: de mogelijkheid van correctie van rechterlijke fouten, decentralisatie ter bevordering

van de bereikbaarheid van de rechter, ontlasting van de hoogste instantie, opdat die optimaal kan waken voor de rechtseenheid) gelden in beginsel evenzeer voor bestuursgeschillen.

Voor zover ik dat nu overzie is er slechts één categorie van besluiten waarbij rechtspraak in twee instanties op grote problemen zou kunnen stuiten: besluiten van algemene strekking afkomstig van de centrale overheid, in de vorm van ministeriële regelingen en amvb's. Het betreft hier overigens geen echte bestuursgeschillen. Omdat in het kabinetsstandpunt voor de relatieve competentie van de administratieve kamers de woonplaats van appellant bepalend is, is het niet ondenkbaar dat meer rechters tegelijk geroepen worden te oordelen over de verbindendheid van zulke besluiten.

De oplossing hiervoor kan gevonden worden door – bij wijze van uitzondering – de Haagse rechtbank als enige rechter in eerste instantie bevoegd te maken (zo uitzonderlijk is dat gelet op het huidige systeem nu ook weer niet!), of door direct beroep op de hoogste instantie te openen.

Een voordeel van laatstgenoemde oplossing zou zijn, dat aldus de rechtszekerheid in de zin van een snelle en onherroepelijke beslissing wordt bevorderd.

Daar staat tegenover dat juist bij uiterst belangrijke rechtsvragen als hier in het geding zijn een rechterlijke beoordeling in twee instanties bepaald geen luxe is. Bovendien geldt het belang van een snelle onherroepelijke beslissing natuurlijk niet exclusief voor deze speciale categorie besluiten van algemene strekking.

En ten slotte kan een snellere beslissing ook worden verkregen door de mogelijkheid te openen dat het verwerend orgaan om een versnelde procedure kan vragen. Die mogelijkheid opent de Wet op de Raad van State thans alleen voor de klager (artikel 117).

Ligt een categoriale uitzondering van bepaalde typen van (bestuurs)geschillen dus minder voor de hand, wellicht verdient het wel overweging de mogelijkheden uit te breiden van partijen om een kortere procedure te kiezen.

Ik denk dan in het bijzonder aan de figuur van prorogatie, die in het burgerlijk procesrecht voorkomt: de mogelijkheid voor partijen om overeen te komen een geschil ter kennis te brengen van een andere dan de bevoegde instantie.

Artikel 329 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering jo. 66 Wet RO opent deze mogelijkheid bij de gerechtshoven, zij het uitsluitend in geschillen die voor dading of compromis vatbaar zijn. Daarnaast bepaalt artikel 157 dat indien een geding dat tot de competentie van de kantonrechter behoort, bij de rechtbank aanhangig is gemaakt, en de gedaagde niet de exceptie van onbevoegdheid voorstelt, de rechtbank de zaak aan zich zal behouden en daarin in het hoogste ressort recht zal spreken.

De omgekeerde variant treft men aan in artikel 43 Wet RO: partijen kunnen zich ook – ongeacht de aard van het geschil – bij de kantonrechter van hun keuze in het desbetreffende arrondissement aanmelden.

Partijen kunnen verder afzien van hoger beroep en de figuur van 'sprongcassatie' kiezen (398, onder 2° Rv).

Zeker indien uitsluitend min of meer gelijkwaardige overheden partij zijn bij een geschil, stuit het naar mijn mening op weinig bezwaar hun ook in administratiefrechtelijke geschillen de mogelijkheid van prorogatie te bieden, indien zij, gelet op het karakter van hun geschil, welbewust afstand willen doen van de mogelijke voordelen van berechting in twee instanties.

Om een al te uitbundig gebruik van deze figuren te voorkomen zou een extra verhoogd griffierecht, eventueel in combinatie met het vereiste van rechterlijke toestemming, een effectieve rem kunnen vormen.

Noten

1. Bepalingen die mede Kroonberoep openstellen voor belanghebbende bestuursorganen tegen de *verlening* van goedkeuring zijn uitermate schaars. Ik noem: artikelen 13, zesde lid, en 14, zevende lid, van de WWO. In voorkomende gevallen zullen derden het desbetreffende besluit langs andere weg (Arob-rechter of burgerlijke rechter) moeten aanvechten.
2. Vgl. Ten Berge c.s. 1989, blz. 85.
3. Resp. KG 1989, 305 en AB 1989, 413 m.nt. FHvdB.
4. Zie noot 3, hfdst. 1.
5. In enkele zeldzame gevallen is echter het 'hogere' orgaan wel rechtstreeks gelegitimeerd. Zie art. 4 Brandweerwet (aanwijzing door provinciale staten), art. 101 Wgr (idem).
6. Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 25 oktober 1989, Series A, Publ. Court. nr. 163, NJCM-bulletin, december 1989, blz. 1033 e.v. m.nt. Schokkenbroek.'
7. Ik spreek alleen over bestuursbesluiten. Het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet staat hier buiten.
8. Het toezicht van GS op grond van artikel 228 werd onlangs al enigszins gesaneerd bij de Wet van 13 december 1989, Stb. 566. In de nieuwe Gemeentewet is een verdergaande sanering voorzien: alleen de oprichting van en deelneming in privaatrechtelijke rechtspersonen is aan goedkeuring onderworpen – vgl. art. 156. Een met artikel 228 vergelijkbare bepaling is artikel 190 jo. 193 WWO.
9. Zie AR 1-12-1977, AB 1978, 229 en Vz. AR 2-2-1978, AB 1978, 229: het goedkeuringsbesluit vormt 'een in casu noodzakelijk onderdeel van een rechtshandeling naar burgerlijk recht van de gemeente'.
10. Zie over het regeringsstandpunt bij de totstandkoming van de TwK par. 2.1.
11. J. van der Hoeven, De drie dimensies van het bestuursrecht, blz. 243.
12. Zie hierover onder meer: C.J.N. Versteden in: Praktijkboek gemeenschappelijke regelingen (losbl.), onder redactie van H.Ph.J.A.M. Hennekens (et al.), 's-Gravenhage 1985.
13. M. Scheltema, Samenwerking van overheidsorganen in verband met complementair bestuur. Bestuurswetenschappen 1976, nr. 5, i.h.b. blz. 327 e.v.
14. Kamerstuk 21221, nr. 3, blz. 36 e.v.
15. Vgl. de huidige jurisprudentie over de begrippen 'beschikking' 'rechtshandeling naar burgerlijk recht' in de Wet Arob, die mutatis mutandis ook zal gelden voor het begrip 'besluit' in de Awb; zie de memorie van toelichting, blz. 37.
16. Vgl. Hennekens en Tonnaer, t.a.p. (noot 6, hfdst. 2); recent nog Hennekens in Bestuur 1989, blz. 297.
17. Kamerstukken II, 1989-1990, 19967, nr. 17, blz. 11
18. Ibidem, blz. 27
19. Ibidem, blz. 15.

20. Het bindend advies is gepubliceerd in AB 1989, 550 m.nt. PvB.
21. Vgl. o.m. Raad voor het Binnenlands Bestuur, Advies over bestuursakkoorden, 's-Gravenhage 1987; D.W.P. Ruiter, Om de verbindendheid van bestuursakkoorden, NTB 1987, blz. 73 e.v.; J.M. Polak, De juridische status van het bestuursakkoord, verslag van een VAR-studiebijeenkomst, NJB 1988, blz. 1548 e.v.; Tonnaer en Hennekens, t.a.p. (noot 6, hfdst. 2 en supra, noot 16).
22. Vgl. HR 17-12-1943, NJ 1944, 139.
23. Vgl. wat betreft art. 28 Wgr de uiteenzetting van minister Rietkerk bij de mondelinge behandeling: Hand. II, 1983-84, 29 mei 1984, blz. 4956. Zie ook Vz. AR 19 maart 1987, KG 1987, 217, alsmede Versteden, a.w., artikelsgewijs commentaar bij artikel 28 en jurisprudentie-rubriek.
24. AB 1982, 9.
25. Zie over 28 Wgr jo. 109 Provinciewet: Versteden, t.a.p.
26. Zie Ten Berge c.s. 1989, blz. 91 e.v.
27. Verder zal dan artikel 6.3.1a AWB aanvulling behoeven om te voorkomen dat tegen de bestuurlijke beslissing nog eens een bezwaarschrift moet worden ingediend, alvorens de rechter kan worden geadiëerd. Vgl. ook artikel 7, tweede lid, Wet Arob.
28. Zie Ten Berge c.s. 1989, blz. 158, 160, 183 en 189.
29. Stellinga en Crince le Roy hebben naar mijn mening overtuigend betoogd dat artikel 79 (thans 136) Grondwet geen aantasting van de gemeentelijke autonomie inhoudt. Hetzelfde geldt mijns inziens voor een verplichte geschilbeslechting door GS. Kernargument is dat bij deze geschillen sprake is van een 'horizontale beperking' van de autonomie: aangezien de aangelegenheid verschillende gemeenten raakt is zij aan de autonomie der afzonderlijke gemeenten onttrokken. Zie voor een weergave Ten Berge c.s. 1989, blz. 97.
30. Zie voor een geval van vrijblijvende bemiddeling door GS, voorafgaand aan formele bemiddeling ingevolge artikel 121 Provinciewet: KB 20-8-1987, AB 1988, 70 (Velsen).
31. Ibidem, blz. 181/182.

7. Slot

7.1 Een blijde uitkomst?

Ik keer terug naar de inleiding van dit preadvies.

Dreigt – als we de in mijn betoog getrokken lijnen overzien – de toestand in te treden waar Buijs een eeuw geleden voor waarschuwde: een toestand van voogdij van de rechter over het bestuur, waar een natuurlijke grens tussen bestuurlijke en rechterlijke bevoegdheden nergens meer te vinden is?

Ik heb getracht aan te tonen dat zo'n 'natuurlijke grens' niet gezocht moet worden in het blijvend uitzonderen van bepaalde vormen van bestuursoptreden van rechterlijke toetsing, maar veeleer in een verdere ontwikkeling van het wettelijke kader – waartoe ik ook de algemene beginselen van behoorlijk bestuur reken – voor een adequate besluitvorming en toetsing door het bestuur zelf, voorafgaand aan een eventueel rechterlijk eindoordeel. Dat wettelijk kader zal ook de rechter bij zijn beoordeling tot leidraad strekken.

Indien die condities vervuld worden, behoeft voor een voogdij-verhouding tussen rechter en bestuur niet gevreesd te worden.

Ik eindig met een kleine polemiek.

Drupsteen verwijt de wetgever, en meer in het bijzonder de ministeries van Binnenlandse Zaken en Justitie, een krampachtige en klassiek-dogmatische redeneertrant bij de verdediging van de uitzondering ten aanzien van bestuursgeschillen in de Tweede Kamer. Die kritiek heb ik uit universitaire kringen vaker gehoord. Ook op andere punten constateert Drupsteen dat onzekerheid over de gevolgen van veranderingen in de wetgeving tot krampachtigheid leidt (par. 3.26).

Ik antwoord met een plaagstoot in de richting van de universitaire beoefenaars van het bestuursrecht. De gedachtenvorming aldaar neemt een hoge vlucht, wanneer het gaat om het scheppen van rechterlijke waarborgen voor de burgers tegen bestuursoptreden. Zeker wanneer een coryfee als Wiarda – vgl. de discussie over Kroonberoep en artikel 6 EVRM – of Van der Hoeven – vgl. de discussie over rechterlijke toetsing van besluiten van algemene strekking – de aanval met een voltreffer opent, worden de bressen in het bestuursbastion snel en energiek verwijd.

Maar als het gaat om zeker zo belangrijke rechtspolitieke vraagstukken van overwegend intern-bestuurlijke aard, zoals criteria voor de keuze van bestuursinstrumenten en voor de toedeling van bevoegdheden aan de onderscheiden bestuurslagen, of de voorkoming en beslechting van geschillen tussen bestuurlijke overheden, lijkt de animo van veel onderzoekers minder groot.

Het is toch opvallend, dat in de nu aanhangige eerste tranche van de Awb, die een graadmeter is voor de stand van gedachtenvorming over het algemene deel van het bestuursreecht, vooral onderwerpen zijn opgenomen die de rechtsbescherming tegen bestuursoptreden betreffen, maar dat onderwerpen die de onderlinge verhouding tussen bestuursorganen betreffen – zoals toezicht, bestuursakkoorden, overleg, informatievoorziening en geschilbeslechting – pas in volgende tranches aan bod zullen komen.[1]

Ook bij deze vraagstukken, die in de verschillende 'wetsfamilies' nog zeer uiteenlopend zijn geregeld, is – om een al weer wat gedateerde oproep van C.H.F. Polak in herinnering te roepen – 'hulp voor de wetgever' zeer welkom.[2]

Voor wie van mening is dat mijn 'kijk-naar-je-eigen' argument niet erg verheffend is, wijs ik erop dat dit – in meer verheven termen als 'exceptio non adimpleti contractus' en 'nemo auditur suam propriam turpitudinem allegans[1] – al sinds het Romeinse recht tot dit legitieme juridische verweren behoort.

7.2 Dankwoord

Mede doordat het verzoek om dit preadvies te schrijven mij pas in een laat stadium bereikte, was het schrijven een race tegen de klok. Ik had die race nooit volbracht zonder de adviezen en de bijstand van vele collega's op het ministerie van Binnenlandse Zaken en van een aantal personen daarbuiten. Ik noem met name: mr. G. Boerma van de Vakgroep bestuursrecht en bestuurskunde RU Groningen, die veel creatief werk verzet heeft bij het verzamelen en ordenen van het materiaal; drs. C.J.N. Versteden, mr. R.M. de Vries en mr. H.W. Sirks van het provinciebestuur Noord-Holland, die mij wegwijs maakten in de rol van de provincies bij de beslechting van bestuursgeschillen; mijn vroegere collega's mr. H.G. Lubberdink en mr. R.M. van Male van de Stafafdeling Constitutionele Zaken en Wetgeving en mijn huidige collega's mr. M. Ouweneel en mr. R.G. van de Pol van de Directie Bestuurlijke en Financiële Organisatie. Mevrouw S.E. Eduard besteedde veel zorg aan het gereedmaken van de tekst.

Uiteraard neem ik de gehele inhoud – inclusief alle feilen – voor mijn verantwoording.

Noten

1. Vgl. noot 6, hfdst. 3.
2. NJB 1976, blz. 909 e.v.

Overzicht van preadviezen uitgebracht voor de VAR

*De met * aangeduide preadviezen zijn nog verkrijgbaar bij de uitgever of via de boekhandel*

II	mr. A. Koelma mr. R. Kranenburg	De verhouding van staatsrecht en administratief recht	(1940)
IV	mr. J. Kruseman mr. J.H. Scholten	De verhouding van administratief recht en burgerlijk recht	(1941)
VI	mr. A. Kleyn mr. J.V. Rijperda Wierdsma	De rechtsgevolgen van formeel onjuiste of onbevoegd genomen (verrichte) handelingen of besluiten	(1942)
VIII	mr. L.J.M. Beel mr. G.J. Wiarda	Publiekrechtelijke overeenkomsten	(1943)
X	mr. E. Bloembergen mr. H.E.R.E.A. Frank	Administratieve rechtspraak op economisch terrrein	(1946)
XIII	mr. J.M. Kan mr. W.G. Vegting	De grenzen van de verordenende bevoegdheid van de gemeente	(1947
XV	dr. G.A. van Poelje mr. A.M. Donner dr. Jules Lespes	Codificatie van de algemene beginselen betreffende het administratief recht	(1948)
XVII	mr. S. Fockema Andreae mr. D. Simons	Het administratief recht in de Grondwet	(1949)
XIX	dr. S.O. van Poelje mr. C.H.F. Polak	Het begrip 'algemeen belang' in de verschillende onderdelen van het administratief recht	(1950)
XXII	mr. H. Fortuin mr. A.J. Hagen	De voorwaardelijke beschikking	(1951)
XXIV	dr. I. Samkalden mr. G.J. Wiarda	Algemene beginselen van behoorlijk bestuur	(1952)
XXVI	dr. J.W. Noteboom mr. L.R.J. Ridder van Rappard	Samenwerking van overheid en particulieren	(1953)
XXIX	dr. W.F. Prins mr. H.D. van Wijk	Politiedwang	(1954)

XXXI	mr. D. Simons dr. F.E. de Visschere mr. S.F.L. Baron van Wijnbergen	Bestuursrecht en bestuurskunde	(1955)
XXXIV	dr. B. de Goede dr. M. Troostwijk	Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen	(1956)
XXXVI	mr. A.D. Belinfante mr. A. Mulder	De verhouding van administratieve sancties en straffen	(1957)
XXXVIII	mr. J. Korf mr. L.G. van Reijen	De overgang van rechten en verplichtingen uit administratieve rechtsbetrekkingen	(1958)
XL	mr. B. Bolkestein dr. D. van der Wel	Het goedkeuringsrecht	(1958)
XLII	mr. A.M. Donner mr. I. Samkalden	Zijn de traditionele vormen en begrippen van het bestuursrecht toereikend bij de uitbreiding van de overheidstaak met name op sociaal en economisch gebied?	(1960)
XLIV	mr. R.A.V. Baron van Haersolte dr. H.A. Brasz mr. J.G. Steenbeek	De overheidssubsidie	(1961)
XLVI	mr. W.F. Leemans mr. W.M.J.C. Phaf	Figuren als overdracht, machtiging en opdracht met betrekking tot bestuursbevoegdheden	(1962)
XLIX	mr. E.H. s'Jacob mr. J.C. Somer	De onderlinge verhouding van wettelijke voorschriften van verschillende wetgevers afkomstig	(1963)
LIV	mr. W. Duk mr. H.J.M. Jeukens	Terugwerkende kracht	(1965)
LVII	mr. J.M. Kan mr. N.H. Muller mr. R. Streng	Doeltreffendheid van het administratief beroep	(1966)
LIX	mr. D. van Duyne mr. J. Bulthuis	Het plan in het openbaar bestuur	(1967)
LX	mr. L.J. Brinkhorst mr. T. Koopmans	Tenuitvoerlegging van Gemeenschapsrecht door de	(1968)

	mr. A.D. Peiffer mr. W.M.J.C. Phaf prof. mr. S.O. van Poelje	Nederlandse overheid	
LXII	mr. O.A.C. Verpalen mr. F.J. Beunke	Schadevergoeding terzake van rechtmatige overheidsdaad	(1969)
LXIV	mr. F.H. van der Burg	Overheid en onderdaan in een representatieve democratie	(1970)
LXVI	mr. J.A.M. van Angeren mr. Th.J.C. Verduin	De sanctionering van het administratief recht	(1971)
LXIX	mr. A.M. Donner mr. P.J. Boukema mr. H.J.M. Jeukens	Naar aanleiding van enkele belangrijke aspecten van het rapport van de Staatscommissie Cals/Donner	(1972)
LXX	mr. L.J.M. de Leede mr. J.P. Scheltens	Het sociale verzekeringsrecht en het belastingrecht in het administratieve recht	(1973)
LXXIV	mr. M. Scheltema mr. W. Konijnenbelt	De rechtsverwerking in het administratieve recht	(1975)
LXXVI	mr. B. Plomp drs. E.L. Berg	Milieuheffingen	(1975)
LXXVIII	mr. W. Brussaard J. Rothuizen	Nieuwe juridisch-bestuurlijke ontwikkelingen in de ruimtelijke ordening	(1976)
LXXX	mr. S.V. Hoogendijk-Deutsch mr. R. Samkalden	Advisering in het bestuursrecht	(1978)
LXXXII	mr. A.G. van Galen mr. H.Th.J.F. van Maarseveen	Beginselen van administratief procesrecht	(1978)
LXXXIV	mr. R. Bergamin mr. C.J.G. Olde Kalter	Overheidspersoneel en grondrechten	(1979)
LXXVI	mr. F.W. ter Spill mr. A.Q.C. Tak	Onwetmatig bestuur	(1981)
LXXXVIII	mr. P.J.J. van Buuren mr. M. de Groot-Sjenitzer	De omvang van de rechtsbescherming	(1982)

XC	mr. F.J.P.M. Hoefnagel mr. drs. Alex Reinders	Kunst, kunstbeleid en administratief recht	(1983)
XCII	mr. Chr. Kooij dr. F.P.C.L. Tonnaer	Vergunningverlening in stroomversnelling*	(1984)
XCIII	mr. D.W.P. Ruiter drs. C.J.N. Versteden	Het gelijkheidsbeginsel in het administratieve recht*	(1985)
XCIV	mr. D.A. Lubach mr. W.A.M. van Schendel	Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht*	(1986)
XCVI	mr. H.Ph.J.A.M. Hennekens mr. J.W. Ilsink mr. R.E. de Winter	De praktijk van toetsing van gemeentelijke regelgeving*	(1987)
XCIX	mr. E.M.H. Hirsch Ballin mr. J.H. van Kreveld	Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen*	(1988)
102	mr. N.S.J. Koeman mr. J.H.W. de Planque	Overheidsaansprakelijkheid, administratieve en burgerlijke rechter*	(1989)

Colofon

Letter: Times
Omslagontwerp: Wim Bottenheft, Marijenkampen
Zetwerk: AlphaZet, Waddinxveen
Druk en afwerking: Samsom-Sijthoff grafische bedrijven bv, Alphen aan den Rijn