EEK
R

Het nieuwe bestuursprocesrecht

PREADVIES

MR. D. ALLEWIJN

PROF.MR. P. NICOLAÏ

MR. M. SCHREUDER-VLASBLOM

SAMSOM HD TJEENK WILLINK

112

VAR REEKS

HET NIEUWE BESTUURSPROCESRECHT

VAR-reeks
112

HET NIEUWE BESTUURSPROCESRECHT

PREADVIEZEN UITGEBRACHT DOOR

MR. D. ALLEWIJN
PROF.MR. P. NICOLAÏ
MR. M. SCHREUDER-VLASBLOM

VOOR DE ALGEMENE VERGADERING
VAN DE VERENIGING VOOR
ADMINISTRATIEF RECHT
OP 29 APRIL 1994

SAMSOM H.D. TJEENK WILLINK ALPHEN AAN DEN RIJN 1994

Aanbevolen citeerwijze: VAR-reeks 112

Colofon:
Letter: Times
Zetwerk: Sander Pinkse boekproduktie, Amsterdam
Druk en afwerking: Samsom Sijthoff grafische bedrijven bv

CIP-gegevens

ISBN 90 6092 739 7
NUGI 693

© 1994, Vereniging voor administratief recht
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 fotokopie, opname, of op enig 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 een of meer gedeelten van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet) dient men zich te richten tot: Samsom H.D. Tjeenk Willink, Postbus 316, 2400 AH Alphen aan den Rijn.

Inhoud

Heroriëntatie bestuursrechtspraak 7
Mw. mr. M. Schreuder-Vlasblom

Beschikkingsprocesrecht 67
Mr. D. Allewijn

Het nieuwe bestuursprocesrecht 129
Prof.mr. P. Nicolaï

Overzicht van de preadviezen uitgebracht voor de VAR 195

Heroriëntatie bestuursrechtspraak

door mw. mr. M. Schreuder-Vlasblom

Inhoud

1 Inleiding 9
- 1.1 Algemeen 9
- 1.2 Object en doel van bestuursrechtspraak 10
- 1.3 Heroriëntatie 13

2 De Wet-vef en het nieuwe bestuursprocesrecht 14
- 2.1 Plaatsbepaling 14
- 2.2 De vernieuwde bestuursrechtspraak 15
- 2.3 Commentaar 20
- 2.4 Conclusie 30

3 Rechterlijke en bestuurlijke rechtsvaststelling; problemen rond het recours subjectif 32
- 3.1 Inleiding 32
- 3.2 De Duitse bestuursrechtspraak 33
- 3.3 De benadering van Tak 36
- 3.4 Het communautaire recht 39
- 3.5 Andere perspectieven 42

4 Functie en inrichting van bestuursrechtspraak 45
- 4.1 Inleiding 45
- 4.2 De legitimerende werking van de bestuursrechtspraak 46
- 4.3 Individuele rechtsbescherming als richtpunt 50
- 4.4 De homogeniteit van de rechtsorde 53
- 4.5 Bestuursrechtspraak en civiele rechtspraak 55

5 Slot 59

1 Inleiding

1.1 Algemeen

Het bestuur van onze vereniging heeft voor de beraadslaging op de vergadering van april 1994 als onderwerp gekozen: heroriëntatie van de bestuursrechtspraak. De term heroriëntatie verwijst naar een herbezinning op de gestelde doeleinden en, met het oog daarop, op de uitgangspunten van de bestuursrechtspraak. Deze nogal fundamentele probleemstelling is gekozen in verband met de op 1 januari 1994 voorziene inwerkingtreding van de eerste tranche van de Awb[1] en de Wet voltooiing eerste fase herziening rechterlijke organisatie (hierna: de Wet-vef).[2]

Nu brengt deze wetgeving – in de toelichting op de Wet-vef omschreven als een mijlpaal in de ontwikkeling van de rechterlijke organisatie en van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming – zeker ingrijpende veranderingen met zich mee. Of zij echter gebaseerd is op een zo diepgaande heroverweging dat van een heroriëntatie gesproken kan worden, staat echter nog te bezien. Eerder zal bij de keuze van het onderwerp van deze preadviezen voor ogen hebben gestaan dat de wetgeving die nu in werking treedt en de herzieningsoperatie waarvan zij deel uitmaakt, de wenselijkheid van een opnieuw doordenken van doeleinden en uitgangspunten van de bestuursrechtspraak in een nieuw licht stellen en voor zo'n herbezinning nieuwe aanknopingspunten en openingen bieden.

Een 'grondslagendiscussie' werkt uiteraard door in de vele deelaspecten van de bestuursrechtspraak waarvan overigens enkele de afgelopen jaren op de vergaderingen van de vereniging al afzonderlijk onderwerp zijn geweest van bespreking.[3] Om in deze veelheid niet ten onder te gaan is er tijdens de voorbesprekingen voor gekozen om de problematiek zonder de pretentie van volledigheid zowel van bovenaf als van onderaf te benaderen.

Daarbij was de gedachte dat in het eerste preadvies de Wet-vef globaal zou worden beschouwd tegen de achtergrond van het denken over object en doel van de bestuursrechtspraak en de consequenties van bepaalde visies daarop voor de

1 De wet van 4 juni 1992, Stb. 315, houdende de hoofdstukken 1 tot en met 7 en 9 Awb.

2 De wet van 16 december 1993, Stb. 650, houdende onder meer hoofdstuk 8 Awb: bijzondere bepalingen over beroep bij de rechtbank.

3 Ik herinner met name aan de preadviezen over beginselen van administratief procesrecht (1978), onwetmatig bestuur (1981), de omvang van de rechtsbescherming (1982), de toetsing van gemeentelijke regelgeving(1987), overheidsaansprakelijkheid (1989), de beslechting van bestuursgeschillen (1990) en de belanghebbende (1992).

bevoegdheid van de bestuursrechter, diens positie ten opzichte van bestuur en civiele rechter en de inrichting van het bestuursprocesrecht. In de twee volgende preadviezen zullen elementen van deze algemene problematiek worden verwerkt in beschouwingen over de op basis van de Wet-vef te verwachten ontwikkelingen in de rechtspraktijk.

1.2 Object en doel van bestuursrechtspraak

Om direct al de gekozen benadering te verduidelijken worden hier zeer schematisch de contouren aangegeven van de discussie.

Het gaat dan nog uitsluitend om een summiere probleemschets; de complicaties, nuanceringen en relativeringen zullen in de volgende hoofdstukken uitgebreid aan bod komen.

Ik kies voor een zo neutraal mogelijke omschrijving van bestuursrechtspraak die ook past op het bepaalde in de eerste en de tweede tranche van de Awb, namelijk het beslechten aan de hand van rechtsmaatstaven van geschillen over bestuursoptreden op verzoek van partijen wier rechten of belangen bij dat optreden rechtstreeks betrokken zijn door middel van het geven van een bindend rechtsoordeel door een ten opzichte van partijen onafhankelijke rechterlijke instantie.

De vraag is dan waartoe die rechterlijke werkzaamheid primair dient. Bij beschouwingen daarover wordt onderscheid gemaakt tussen de controle- en de rechtsbeschermingsoptiek. De uit die optieken voortvloeiende procesvarianten worden met Franse termen aangeduid als recours (ook wel: contentieux) objectif en recours subjectif.

Ter vermijding van misverstanden over de essentie van het verschil tussen beide benaderingen, stel ik voorop dat voor beide geldt dat de rechtspraak strekt tot toepassing – en dus ook handhaving, uitleg en nadere ontwikkeling – van het objectieve recht.[1] Doel en object van de rechtspraak verschillen echter.

In het recours objectif is handhaving van het objectieve recht zonder meer ook het doel van de rechtspraak. Opgekomen kan worden tegen schending van dat recht door bepaalde vormen van bestuursoptreden, welk optreden in het geding het object is van de rechterlijke beoordeling. Dan rijst onmiddellijk de vraag wie kan opkomen: de ontvankelijkheid in die zin speelt een op de voorgrond tredende rol. In het recours subjectif gaat het om het handhaven van subjectieve rechten van de aanlegger en valt de vraag of deze daarvoor in rechte kan opkomen samen met de rechtsvraag ten principale naar het bestaan en het geschonden zijn van een hem jegens de gedaagde toekomend subjectief recht. Het rechterlijk oordeel strekt uitsluitend tot vaststelling van de rechtsverhouding tussen partijen. Het civielrechtelijke geding loopt veelal over de handhaving van subjectieve rechten, doch

1 Zie ook de Memorie van Toelichting bij de ontwerp-wet-vef, Tweede Kamer, 1991-1992, nr. 22.495, volgnr. 3, pagina 35.

ook daar komen objectieve procesvarianten voor. Te denken valt aan vorderingen tot nietigverklaring van een huwelijk of tot inrichting van een jaarrekening conform een rechterlijk bevel.

Past men de onderscheiding toe op het bestuursprocesrecht, dan stoot men direct al op een probleem. In het Nederlandse bestuursrecht speelt het begrip subjectief recht nauwelijks een rol. Het materiële recht laat vaak in het midden of een tot een bestuursorgaan gerichte regel subjectiefrechtelijke aanspraken schept voor anderen. Bovendien geschiedt de vaststelling van de rechtspositie van individuele rechtssubjecten veelal niet bij wettelijk voorschrift, doch wordt deze via toekenning van beschikkingsbevoegdheden aan bestuursorganen overgelaten. Deze structuur van het materiële bestuursrecht vormt meestal een belemmering om, indien burgers menen dat het bestuur jegens hen handelt in strijd met het objectieve recht, hun bezwaren te vertalen in subjectiefrechtelijke aanspraken, ofwel omdat niet duidelijk is of daarvan sprake is, ofwel omdat daarvan eerst sprake is indien het bestuur beschikt zou hebben in de door de betrokkene gewenste zin.

Niettemin kan het denken over bestuursrechtspraak tegen de achtergrond van objectieve en subjectieve procesvarianten verhelderend werken. Daartoe moet echter de omschrijving van de subjectieve variant enigermate worden aangepast, zonder de essentie los te laten. Van centraal belang is mijns inziens het betrokken zijn van de rechtsregel op de rechtspositie van degene die haar inroept jegens degene die haar schendt en dus het bestaan ten gevolge van die rechtsregel van een rechtsverhouding tussen hen. Het gaat dan om een procesgang waarin de aanlegger slechts kan opkomen tegen schending van objectief recht voor zover dat recht (de vaststelling van) zijn rechtspositie ten opzichte van of door gedaagde beoogt te bepalen dan wel te normeren of althans zijn in geding gebrachte belangen in relatie tot het aangevochten bestuursoptreden beoogt te beschermen. Aldus kan zo'n procesgang uitmonden in de vaststelling van de rechtsverhouding tussen partijen.[1]

Uitgaande van deze benadering worden de beide optieken en de daaruit voortvloeiende procesvarianten nog wat verder uitgewerkt.

Hoewel dit begripsmatig niet onvermijdelijk is, tendeert de beschouwing van de taak van de bestuursrechter vanuit de controle-optiek naar een toespitsen van die taak op de beoordeling van de rechtmatigheid van bestuursbesluiten strekkende tot algemene of geïndividualiseerde rechtsvorming en rechtsvaststelling, omdat deze als zodanig deel uitmaken van het positieve recht. In verband met de beslissing van de wetgever om de bevoegdheid tot het nemen van dergelijke

1 Zie over deze problematiek: B.W.N. de Waard: Beginselen van behoorlijke rechtspleging, Zwolle, 1987, p. 197 e.v.; R.J.B. Bergamin: Publieke subjectieve rechten, uit: Algemene begrippen van staatsrecht, Zwolle, 1991, p. 89 e.v.; R.M. van Male: Enkele aspecten van het begrip belanghebbende in de Algemene wet bestuursrecht, preadvies VAR, 1992, VAR-reeks, nr. 108, p. 28 e.v. en J.B.J.M. ten Berge: Bescherming tegen de overheid, Zwolle, 1993, p. 104 en 105.

besluiten aan de betrokken bestuursorganen toe te kennen, is het niet de taak van de rechter, het geschil tussen partijen naar aanleiding van zo een besluit te beslechten door zelf de rechtsverhouding tussen partijen bindend vast te stellen. Zijn taak is er als regel toe beperkt het besluit ex tunc aan het objectieve recht te toetsen en ingeval van onrechtmatigheid te vernietigen, waarna het aan het bestuur is zonodig een hernieuwde rechtsvaststelling te doen.

Deze rechterlijke beoordeling dient primair of mede het algemeen belang dat in een democratische rechtsstaat is betrokken bij de homogeniteit van het positieve recht en de gebondenheid van het bestuur aan dat recht. Om dit doel zoveel mogelijk en zo goed mogelijk te bereiken kan het rechterlijk oordeel worden ingewonnen door een ruime kring van beroepsgerechtigden, blijft de beoordeling door de rechter niet beperkt tot de aangevoerde bezwaren en draagt de rechter de verantwoordelijkheid voor de juistheid en de volledigheid van de feitelijke grondslag van zijn oordeel. Een rechterlijke vernietiging heeft voorts rechtens consequenties voor dezelfde kring van personen voor wie het bestuursbesluit rechtens consequenties had. Terwille van de rechtszekerheid kan de rechtmatigheid van bestuursbesluiten echter slechts gedurende een korte beroepstermijn aan de rechter ter beoordeling worden voorgelegd.

Bezien vanuit de rechtsbeschermingsoptiek gaat het bij de bestuursrechtspraak om de realisering van het beginsel van toegang tot de rechter.[1] De bestuursrechtspraak dient uitsluitend ter waarborging van de individuele rechtspositie van de aanlegger tegenover het bestuur door het bieden van bescherming tegen aantasting daarvan door bestuursoptreden. Daartoe wordt een vordering ingediend bij de rechter, gericht op de (nadere, gewijzigde) vaststelling van de rechtsverhouding tussen partijen voor zover die in geschil is. Partijen bepalen de omvang van het geding: ze beschikken over het proces, zoals ze ook over hun onderliggende materieelrechtelijke rechtspositie of rechtens beschermde belangen beschikken. De uitspraak geldt derhalve slechts de rechtsverhouding tussen partijen en aan korte beroepstermijnen bestaat geen behoefte. Over de wijze waarop de rechter in dit kader moet omgaan met een voorafgaande bestuurlijke rechtsvaststelling wordt uiteenlopend gedacht. De mogelijkheden variëren van een prejudiciële procedure in een recours objectif, via exceptieve toetsing tot aanvaarding van de bestuurlijke rechtsvaststelling als gegeven onderdeel van het objectieve recht.

Reeds na deze summiere aanduiding tekenen de uiteenlopende consequenties van beide optieken voor met name de afbakening van het geding, de inrichting van de procesgang en de afdoeningsbevoegdheden van de rechter zich af.

1 Zie nader: A.F.M. Brenninkmeijer: De toegang tot de rechter. Een onderzoek naar de betekenis van onafhankelijke rechtspraak in een democratische rechtsstaat, Zwolle, 1987, p. 84 e.v..

1.3 Heroriëntatie

Heroriëntatie is een tweeledige activiteit. Het begint met een plaatsbepaling in de zin van een kritische beoordeling van de stand van zaken. Vervolgens rijst de vraag hoe het verder moet, waartoe een als doelstelling geformuleerd oriëntatiepunt wordt gekozen. De mate waarin die keuze een omslagpunt ten opzichte van de voorafgaande ontwikkeling impliceert, is afhankelijk van de waardering van die ontwikkeling en van de te verwachten voortzetting daarvan in de toekomst.

Bij de totstandkoming van de Wet-vef is gekozen voor individuele rechtsbescherming als hoofddoel van bestuursrechtspraak. Een diepgaande bezinning op de consequenties daarvan voor de toegang tot en de bevoegdheden van de rechter en voor de inrichting van het proces heeft evenwel niet plaatsgevonden. In aansluiting op de structuur van de eerste tranche van de Awb is vastgehouden aan het gegroeide stramien van toetsing ex tunc van in hoofdzaak bestuursbesluiten als bedoeld in artikel 1:3 Awb,[1] op verzoek van een belanghebbende als bedoeld in artikel 1:2 Awb.[2] Wel wordt het geding echter beperkt geacht tot de door de aanlegger aangevoerde bezwaren en zijn de rechter wat mogelijkheden geboden om voor zover dat binnen het gekozen stramien past, tot een finale afdoening van het geschil te komen.

Deze pragmatische benadering is aan scherpe kritiek onderworpen. Toch lijkt ze me, gelet op de ingrijpende veranderingen die overigens worden voorzien, wel begrijpelijk en gegeven de fase van beweeglijkheid waarin de bestuursrechtspraak zich ook na de inwerkingtreding van de Wet-vef blijft bevinden niet zo problematisch.

Bovendien, zoals nog zal worden aangegeven, is ook de theorievorming rond de beide optieken op bestuursrechtspraak nog verre van afgerond. De komende jaren zouden kunnen worden aangegrepen om tot meer verdieping en concretisering te komen. De rechtspraktijk op basis van het geüniformeerde bestuursprocesrecht zou daarbij een aantal interessante aanknopingspunten kunnen gaan bieden. Bij de totstandkoming van dat procesrecht zijn namelijk voorzieningen getroffen en openingen geboden, althans aangewezen die als scharnierpunten kunnen gaan fungeren voor het inzetten van nieuwe ontwikkelingen.

1 Schriftelijke beslissingen van bestuursorganen inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling, met inbegrip van de afwijzing van verzoeken van belanghebbenden een geïndividualiseerd besluit (beschikking) te nemen.

2 Degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken.

2 De Wet-vef en het nieuwe bestuursprocesrecht

2.1 Plaatsbepaling

Hier kan slechts in zeer grove lijnen een beeld worden geschetst van de stand van (de organisatie van) de administratieve rechtspraak, zoals die is geïnventariseerd en gewaardeerd bij de voorbereiding van de herzieningsoperatie waarvan de Wet-vef deel uitmaakt, met name door de Staatscommissie herziening rechterlijke organisatie.

Weinig woorden behoeven te worden gewijd aan de voor de justitiabelen volstrekt niet te doorgronden bonte verscheidenheid aan verschillende rechterlijke colleges en uiteenlopende bevoegdheidsafbakeningen, procedures met meer of minder instanties, kringen van beroepsgerechtigden en procedurele en afdoeningsbevoegdheden. De aanvullende competentie van de Arob-rechter die doordrong op terreinen waarop een bijzondere rechter slechts beperkt bevoegd of toegankelijk was, versterkte de verbrokkeling. Datzelfde geldt voor de opvulling van de hiaten in de rechtsmacht van de Arob-rechter (besluiten van algemene strekking, feitelijke en privaatrechtelijke taakuitoefening door het bestuur) en in de procedurele bevoegdheden van de administratieve rechters door de civiele rechter. De problemen rond de afbakening van rechtsmacht tussen civiele en administratieve rechter, de materieel-rechtelijke complicaties daarbij[1] en de wederzijdse beïnvloeding tussen beide rechtsterreinen roepen regelmatig de vraag op naar de verhouding tussen deze twee takken van rechtspraak en naar de wenselijkheid van institutionele afstemmingsmechanismen.

Voorts is er de overbelasting van de met administratieve rechtspraak belaste colleges, met name de Afdelingen van de Raad van State, ten gevolge van de enorme groei van het aantal beroepszaken. Deze overbelasting bleek niet afdoende te kunnen worden bestreden met maatregelen van beperkte aard en begon steeds meer een bedreiging te vormen voor de kwaliteit en de coherentie van de rechtspraak.

Dat laatste klemde temeer naarmate vanuit de zich geleidelijk verdiepende rechtspraak op artikel 6 EVRM en artikel 14 Bupo en op het terrein van het

1 Bijvoorbeeld de tweewegenleer en het verband tussen de reikwijdte van de formele rechtskracht in de civiele procedure van bij de administratieve rechter beroepbare beschikkingen en de handhaving van het specialiteitsbeginsel.

communautaire recht steeds hogere kwaliteitseisen werden gesteld aan de nationale administratieve rechtspraak. Daarbij ging het niet alleen om de waardering van het Kroonberoep (Benthem) en van de inschakeling van deskundigen in de rechtspleging (Feldbrugge), maar ook om de implicaties van de hoorplicht voor bijvoorbeeld de verzetsprocedure,[1] de gelding van andere aan strafrechtspraak gestelde eisen voor de rechtspraak inzake administratieve sancties[2] en de doorwerking van het recht op toegang tot de rechter in het procesrecht.[3]

Als afzonderlijk punt vermeld ik de toenemende aandacht voor de rol van de administratieve en de civiele rechtspraak in de verticale en horizontale rechtsverhoudingen tussen bestuursorganen waarover in 1990 door Drupsteen en Kraan is gepreadviseerd.[4] Hier is het ingevolge het Aral-arrest[5]

niet artikel 6 EVRM, maar het Europese Handvest inzake locale autonomie[6] dat een Europese impuls aan de gedachtenvorming geeft.

2.2 De vernieuwde bestuursrechtspraak

2.2.1 Hoofdlijnen, kader

De herziening van de rechterlijke organisatie dient ter bevordering van:

a. de kwaliteit van de rechtspraak, waarbij met name gedacht wordt aan het wegnemen van fnuikende overbelasting, aan de uitbreiding van het hoger beroep en aan voorzieningen ten behoeve van de rechtseenheid binnen en tussen de rechtsgebieden;
b. de cliëntgerichtheid van de rechtspraak door het opheffen van achterstanden, het scheppen van een doorzichtiger organisatie van de rechtspraak, deformalisering met handhaving[7] en waar mogelijk verhoging[8] van het niveau van toegankelijkheid van de rechter en het zoveel mogelijk voorkomen of redresseren van fouten bij de keuze van rechterlijke instantie;[9]

1 HR 2 december 1992, Fed, nr. 35.
2 Herinnerd zij aan de problematiek rond de omkering van de bewijslast: HR 15 mei 1988, AB 531, 7 maart 1990, BNB 110 en 31 januari 1990, BNB 93. Zie voorts CRvB 11 maart 1992, AB 462.
3 Herinnerd zij aan de problematiek rond het uitblijven van een voor beroep vatbare beslissing: CRvB 29 juni 1989, AB 1990, 180 en HR 31 januari 1990, AB 365 en de bewijsvoering terzake van het verlopen van beroepstermijnen: HR 22 juni 1988, NJ 955.
4 Th.G. Drupsteen: Is er leven na de TwK? Over de beslechting van bestuursgeschillen; K.J. Kraan: De beslechting van bestuursgeschillen naar komend recht; VAR-reeks nr. 104.
5 HR 6 februari 1987, NJ 1988, 926.
6 Trb. 1987, 63.
7 Voor de administratieve rechtspraak is dit doel reeds ten gevolge van de substantiële verhoging van de griffiegelden niet gehaald.
8 Dit geldt het civiele procesrecht.
9 Zie de artikelen 3:45, 6:11, 6:15, 6:23, 8:71, 8:74, tweede lid, en 8:77, eerste lid, aanhef en onder f, Awb, artikel 96a Rv, alsmede de bij Tweede nota van wijziging bijgestelde tekst van artikel 8:75, eerste lid, Awb, waardoor een proceskostenveroordeling ook ten

c. de efficiency en 'het maatwerk' in de rechtspleging door vereenvoudiging van bevoegdheids- en ontvankelijkheidskwesties, en het voorzien in een globaal, althans enigermate gedeformaliseerd procesrecht dat ter keuze aan de rechters, soms in overleg met partijen, verschillende procedurele en afdoeningsvarianten biedt om tot een op de aard en de zwaarte van het geschil aangepaste wijze van rechtspleging te komen.

Toegespitst op de bestuursrechtspraak hebben deze doeleinden geleid tot een herziening met als kernpunten:
- de invoering van bestuursrechtspraak in eerste instantie in vrijwel de gehele Arob-sector en een deel van de TwK-sector door administratieve kamers van de rechtbanken, waaraan ook de reeds bestaande administratieve rechtspraak in eerste instantie in sociale zekerheids- en ambtenarenzaken wordt opgedragen;
- de opneming in de Awb van een hoofdstuk 8, houdende een uniforme regeling van het bestuursprocesrecht, toe te passen door de rechtbanken en – behoudens wat uitzonderingen – ook door de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad van Beroep (beide zowel in enige instantie als in hoger beroep), door het College van Beroep voor het Bedrijfsleven en door het College van Beroep Studiefinanciering;
- de invoering van bestuursrechtspraak terzake van vrijwel alle bestuursbesluiten, zij het dat voor wat betreft besluiten houdende algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels een uitstel van vijf jaar geldt; het contingent uitgezonderde besluiten is ten opzichte van artikel 5 Wet-Arob verder verkleind, onder andere door het openstellen van beroep tegen spontane vernietigings- en schorsingsbesluiten voor de betrokken bestuursorganen.

2.2.2 *De visie op het doel van bestuursrechtspraak*

In de visie van de opstellers[1] zijn doel en vormgeving van de bestuursrechtspraak tot nog toe bepaald door de eenzijdigheid die het 'klassieke bestuursrecht' kenmerkte. Zij denken daarbij met name aan de centrale positie van de beschikking: de eenzijdige vaststelling jegens de burger van diens rechtspositie door bestuursorganen op grond van specifieke wettelijke bevoegdheden. Deze eenzijdigheid, zo wordt betoogd, dicteerde een tweeledig doel van de rechtspraak: de handhaving van het objectieve publieke recht terwille van het algemeen belang en het bieden van rechtsbescherming. Met het oog op dat tweede doel wordt in

behoeve van een niet in het gelijk gestelde partij mogelijk is. Daarover: de toelichting op de Tweede nota van wijziging, p. 77 e.v. en de Nota naar aanleiding van het Eindverslag, p. 28 e.v., Tweede Kamer 1992-1993, nr. 22.495, volgnrs. 10 en 11.

1 Zie de Memorie van Toelichting, bij de ontwerp-wet-vef, Tweede Kamer 1991-1992, nr. 22.495, volgnr. 3, p. 30-38, 91-95, 116 en 117 en 140-151, de Memorie van Antwoord aan de Tweede Kamer, Tweede Kamer, 1992-1993, nr. 22.495, volgnr. 6, p. 48-50 en 62-64 en de Nota naar aanleiding van het Eindverslag, Tweede Kamer, 1992-1993, nr. 22.495, volgnr. 9, p. 27 en 28.

de procedure door de rechter ook compensatie geboden voor de aan de eenzijdigheid in de verhouding tussen partijen inherente ongelijkheid.

Het in toenemende mate discretionaire karakter van de bestuursbevoegdheden en de ter normering van de aanwending van geboden beleidsruimte ontwikkelde beginselen van behoorlijk bestuur hebben de eenzijdigheid in het bestuursrecht echter in relevante mate verminderd. Gesignaleerd wordt een tendens naar een wederkerige wijze van rechtsvaststelling door het bestuur. Al is die vaststelling 'formeel' nog steeds eenzijdig van aard, zij vindt plaats in het kader van een min of meer wederkerige rechtsbetrekking tussen bestuur en burger waarbinnen beide partijen gehouden zijn rekening te houden met elkaars positie en belangen zoals ze die zelf zien.

Deze ontwikkeling heeft er in de visie van de opstellers toe geleid dat het bieden van rechtsbescherming het structuurbepalende doel van de bestuursrechtspraak is geworden, dat het geldend maken van het objectieve recht daarnaast geen zelfstandig doel meer is en dat de betekenis van de ongelijkheidscompensatie in de rechtspleging moet worden gerelativeerd. De opstellers achten het niet ondenkbaar dat een voortgaande ontwikkeling naar wederkerige relaties in het bestuursrecht ertoe zal leiden dat de administratieve rechter evenals de civiele rechter de vaststelling van dergelijke rechtsbetrekkingen ex nunc tot taak krijgt, waarbij ook aan het bestuur een actie toekomt. Dan zal de verhouding tussen civiel(proces)recht en bestuurs(proces)recht opnieuw moeten worden doordacht. Elders[1] wordt dat laatste overigens enigszins gerelativeerd met de stelling dat wegens het bijzondere, publiekrechtelijke toetsingskader ook op de lange termijn niet een verdwijnen van de afzonderlijke positie van de rechterlijke beslechting van geschillen tussen bestuur en burger valt te voorzien.

Het is veelzeggend dat men een evolutie naar een recours subjectif ziet in het perspectief van de geschetste ontwikkeling in het materiële bestuursrecht en niet op zichzelf reeds als consequentie van de keuze voor rechtsbescherming als doel van de rechtspraak. Die keuze behoeft volgens de opstellers niet 'eo ipso' tot ruimere afdoeningsbevoegdheden en een ander toetsingskader te leiden, 'tenzij men zou menen dat alleen aldus aan het doel, het bieden van rechtsbescherming, kan worden voldaan'.[2]

Thans acht men de ontwikkeling naar wederkerigheid in de bestuursrechtelijke verhoudingen nog onvoldoende voortgeschreden om een structurele wijziging van het bestuursprocesrecht te rechtvaardigen. Derhalve wordt vastgehouden aan de rechtmatigheidstoetsing ex tunc van in hoofdzaak bestuursbesluiten op beroep van een belanghebbende, met als belangrijkste bevoegdheid de vernietiging van het besluit, 'hèt middel tot redres van onrechtmatigheid'.[3]

In dit verband is ook van betekenis de motivering van de beslissing om aan de rechter niet de bevoegdheid toe te kennen een declaratoire uitspraak te doen. Onder verwijzing naar die uitspraken van de Afdeling rechtspraak waarin bestuur-

1 Memorie van Antwoord TK, p. 44 en 45.
2 Memorie van Antwoord, TK, p. 38-40.
3 Memorie van Toelichting, p. 144.

lijke mededelingen betreffende de rechtspositie van justitiabelen wel als beschikking zijn aangemerkt, acht men zo'n bevoegdheid niet nodig. Bovendien zou zij in strijd zijn met het karakter van het bestuurs(proces)recht, waarin het geven van een rechtsoordeel over de toepasbaarheid van wettelijke voorschriften primair behoort tot de verantwoordelijkheid van het bestuur en waarin (bedoeld zal zijn: meestal) een bestuursbesluit voorwerp is van het geding voor de rechter. Situaties waarin van zo'n besluit nog geen sprake is, vallen buiten de bevoegdheid van de bestuursrechter.[1] Het is overigens merkwaardig dat hier voorbij wordt gegaan aan de bevoegdheid van de bestuursrechter om ingetrokken besluiten te vernietigen.[2]

De hier bedoelde beperking van de competentie van de bestuursrechter wordt elders ook in verband gebracht met de centrale positie van het besluit als object van normering in de Awb.[3] Mede om die reden ziet men onvoldoende aanleiding de competentie van de bestuursrechter met uitsluiting van de civiele rechter uit te breiden tot feitelijk bestuurshandelen of zelfs alle geschillen die uit rechtsbetrekkingen tussen overheid en burger voortvloeien. Men acht de afbakening van de categorie besluiten gelet op de Arob-ervaringen voldoende hanteerbaar als competentiecriterium, met dien verstande dat men de Afdeling bestuursrechtspraak vrijwel aanzegt op het punt van de ontvankelijkheid van beroepen tegen zuivere schadebeslissingen de ambtenarenrechter en – voor wat betreft diens competentie op het pbo-terrein neem ik aan – het CBB te volgen.[4]

2.2.3 Enige elementen van het nieuwe bestuursprocesrecht

Ongewijzigd blijft de toetsing ex tunc en de mogelijkheid tot mitigering van de consequenties daarvan via het in stand laten van rechtsgevolgen van het vernietigde besluit. Voorts heeft het bestuur via de toepassing van de artikelen 6:18 tot en met 6:20 Awb de mogelijkheid nieuwe feiten en omstandigheden in een aanhangig geding te doen betrekken.[5] Evenmin komt wijziging in de thans bestaande mogelijkheid voor de rechter om (ex nunc) zelf in de zaak te voorzien. Voor wat betreft de reikwijdte van die bevoegdheid is in de wetsgeschiedenis aangeknoopt bij de visie volgens welke de rechter slechts zelf kan voorzien indien zijn rechtsvaststelling geen discretionaire elementen behelst. De opstellers kunnen zich echter voorstellen dat de rechter 'onder omstandigheden' ingaat op een verzoek van partijen om een rechtsvaststelling die niet geheel aan die voorwaarde voldoet, mits geen 'ontoelaatbaar nadeel' wordt toegebracht aan de rechtspositie van derden.[6]

1 Memorie van Toelichting, p. 148/149.
2 Zie art. 6:19, derde lid, Awb.
3 Memorie van Toelichting, p. 91-92.
4 Memorie van Toelichting, p. 95-96. Zie nader: het preadvies voor de vergadering van 1989 van J.H.W. de Planque, met name hoofdstuk 2, p. 67-79.
5 Zie met name artikel 6:19, eerste lid en artikel 6:20, vierde lid: het beroep wordt geacht mede te zijn gericht tegen het gewijzigde c.q. het alsnog genomen reële besluit.
6 Memorie van Toelichting, p. 140.

Met artikel 6:22 is de rechter de mogelijkheid geboden een besluit ondanks schending van vormvoorschriften in stand te laten indien blijkt dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld. In dat geval kan de rechter het bestuur toch ingevolge artikel 8:75 Awb veroordelen in de proceskosten.[1]

Belangrijk is voorts dat de opstellers met een beroep op het primaat van de rechtsbescherming de rechterlijke beoordeling naar omvang gebonden achten aan de bezwaren van de indiener van het beroepschrift: men wenst slechts geschillenbeslechting. Deze beperking moet volgens de opstellers geacht worden besloten te liggen in artikel 8:69, eerste lid, dat de oordeelsvorming door de rechter bindt aan hetgeen in de gewisselde processtukken en ter zitting aan de orde is gesteld. Aangezien die bepaling een element van het verdedigingsbeginsel codificeert en zich over de inhoud van het verhandelde in het geheel niet uitlaat, is deze fundering op z'n minst opvallend.

Niettemin, in de visie van de opstellers dienen de actieve opstelling van de rechter in het feitenonderzoek en diens ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden zich te manifesteren binnen de grenzen van de aangevoerde bezwaren. Daarbij wordt een uitzondering gemaakt voor regels inzake bevoegdheid en ontvankelijkheid, aangezien die van openbare orde zijn en niet ter vrije beschikking van partijen staan.[2]

Een met een eis in reconventie vergelijkbare mogelijkheid voor het bestuur om de omvang van het geding te beïnvloeden wordt afgewezen onder verwijzing naar de artikelen 6:18 en 6:19 Awb.

De beperking van het geding wordt mede verdedigd met het argument dat aldus ook een 'reformatio in peius in strikte zin' wordt voorkomen, doch dit wordt later genuanceerd: het 'non reformatio in peius'-beginsel geldt slechts voor enkelvoudige relaties tussen bestuur en burger en niet voor die waarbij belangen van derden rechtstreeks betrokken zijn.[3]

Aldus komt men op de betekenis van artikel 8:26 Awb voor de afbakening van het geding. Volgens deze bepaling kan de rechter ambtshalve, op verzoek van een partij of op hun eigen verzoek, belanghebbenden in de gelegenheid stellen als partij aan het geding deel te nemen. De bepaling is een weerspiegeling van het uitgangspunt dat aan de procedure uitsluitend kan worden deelgenomen door partijen. Naar de mening van de opstellers spreekt het voor zich dat via dit artikel tot het proces niet kunnen worden toegelaten belanghebbenden die zelf geen beroep hebben ingesteld of wier beroep niet-ontvankelijk zou zijn verklaard.[4] Evenmin echter is het hun bedoeling dat alle overige belanghebbenden die kans lopen door de uitspraak van de rechtbank te worden getroffen, als regel in de procedure worden betrokken, aangezien aldus het geding in eerste instantie teveel zou worden belast. Om die reden is de bevoegdheid tot het instellen van hoger

1 Zie de Tweede nota van wijziging, toelichting, p. 81.
2 Memorie van Toelichting, p. 36-38 en 91-92.
3 Zie Memorie van Toelichting, p. 36-37 en Memorie van Antwoord aan de Tweede Kamer, p. 62-63.
4 Memorie van Toelichting, p. 118.

beroep niet tot partijen beperkt.[1] Onbeantwoord blijft de vraag wie dan wel als derde-partij aan het geding kunnen deelnemen en of deze partijen de omvang van het geding kunnen beïnvloeden dan wel slechts kunnen deelnemen aan het discours over de bezwaren van appellant.

2.3 Commentaar

2.3.1 Besluiten als object van bestuursrechtspraak

De structuur van de vernieuwde bestuursrechtspraak wordt niet in hoofdzaak bepaald door het daaraan blijkens de wetsgeschiedenis gestelde primaire doel, maar door hetgeen overwegend voorwerp is van de rechtspraak: het bestuursbesluit dat door de rechter op rechtmatigheid wordt beoordeeld.

Die taakbepaling wordt in verband gebracht met de centrale positie van besluiten als object van normering in de Awb. In de visie van de opstellers blijven de hoofdlijnen van het materiële bestuursrecht bepaald door toekenning, normering en aanwending van bevoegdheden van bestuursorganen tot (beleids)regelgeving en tot het doen van – in meer of mindere mate nadere normen stellende – rechtsvaststellingen in concreto.

Afgaande op het in de Awb gecodificeerde bestuursrecht wordt deze stelling hier als een met de inhoud van de Awb strokende constatering opgevat. In par. 4.5 wordt nog op deze wat eenzijdige ontwikkeling van het materiële bestuursrecht teruggekomen.

Binnen het door de zojuist bedoelde bestuursbevoegdheden bestreken terrein dient de primaire verantwoordelijkheid van het bestuur voor de implementatie van de bestuursrechtelijke wetgeving niet doorbroken te worden door rechterlijke uitspraken die niet strekken tot beoordeling van een besluit, maar tot een originaire rechtsvaststelling. Daarom wordt de rechter de bevoegdheid tot het doen van declaratoire uitspraken over bestuursrechtelijke rechtsposities zonder voorafgaand besluit onthouden. Daarom ook blijft vernietiging het middel tot redres in geval van onrechtmatige besluiten en wordt de rechter voor wat betreft de wijze van afdoening gebonden aan een limitatieve opsomming in de wet en niet aan de eis van de aanlegger.[2] Directe toewijzing van schadevergoeding door de bestuursrechter is (wel alleen op verzoek) slechts mogelijk in het kader van een beroepsprocedure tegen het schadeveroorzakende besluit. Voor het overige beveelt men de rechter aan de weg van beroep tegen een zuiver schadebesluit verder te openen.

Consequent in dit stramien doorredenerend, beschouwen de opstellers een

1 Zie de artikelen 37, eerste lid, Wet op de Raad van State en artikel 18, eerste lid, Beroepswet; Memorie van Toelichting, p. 171/172.

2 Er behoeft niet verzocht te worden om een bepaalde wijze van afdoening en ingeval van zo'n verzoek staat het de rechter vrij daarvan af te wijken en een andere afdoeningswijze te kiezen. Zie ook: A.F.M. Brenninkmeijer: Burgerlijk procesrecht als publiekrecht, oratie, Zwolle, 1993, p. 35.

mogelijke toekomstige wijziging van deze structuur van de bestuursrechtspraak in de zin van een ontwikkeling naar originaire vaststelling door de rechter van de rechtsverhouding tussen partijen, niet vanuit hun visie op het doel van de rechtspraak, doch vanuit hun gedachten over de toekomstige ontwikkelingen in het materiële bestuursrecht naar meer wederkerige rechtsverhoudingen en een meer wederkerige wijze van rechtsvaststelling.

Als ik tracht mij van die ontwikkeling een concreet beeld te vormen kom ik op bestuursorganen die met alle belanghebbenden overleggen over de invulling in concreto van beleidsruimte waarbij het meerzijdige bestuurscontract, -akkoord of -convenant in de plaats komt van het eenzijdige bestuursbesluit en de resterende geschillen worden voorgelegd aan de rechter, naar wie aldus het geven van een eenzijdige bindende rechtsvaststelling verschuift. Naarmate het besluit algemener van aard is of het aantal belanghebbenden toeneemt, wordt het beeld me onduidelijker. Het realiteitsgehalte van dit soort, ook in de toelichting op de eerste tranche van de Awb opgenomen perspectieven is mijns inziens voor bestrijding vatbaar.

Het bestaan van rechtsverhoudingen tussen bestuursorganen en justitiabelen staat daar los van. Gaat men ervan uit dat dergelijke rechtsverhoudingen ontstaan en bestaan doordat tussen partijen rechtsnormen van toepassing zijn, dan zijn ze inherent aan de rechtsstaat.[1] Het is mijns inziens het bestaan van dergelijke rechtsverhoudingen en niet het veronderstelde wederkerige karakter ervan dat een verdergaande ontwikkeling naar een subjectieve procesgang in het bestuursprocesrecht mogelijk maakt, doordat met de regeling van de toegang tot de rechter en de omvang van de rechterlijke beoordeling op die rechtsverhouding wordt aangesloten (hierop wordt teruggekomen). Ook in geval van 'ouderwetse' gebonden bevoegdheden zijn er – met name materiële – rechtsnormen die de uitoefening van de bevoegdheid normeren en aanspraken van de betrokken justitiabelen, namelijk op naleving ervan, met zich brengen. Materieelrechtelijk is dan hun positie zelfs sterker, al vormt de noodzaak van een bestuurlijke rechtsvaststelling een belemmering om van subjectieve rechten op hetgeen men van het bestuur wenst te spreken.

Bij discretionaire bevoegdheden gaat het meer om de aanspraak op een zorgvuldige, afgewogen besluitvorming en een gewaarborgde inbreng van belanghebbenden. Aan de eenzijdigheid van het uiteindelijke bestuursbesluit doen dergelijke aanspraken mijns inziens echter niet af, materieel noch formeel. Discretionaire bevoegdheden zijn er om het bestuur in staat te stellen de besluitvorming in concreto af te stemmen op een afweging van meerdere, tegenstrijdige algemene en bijzondere belangen, die zelden zodanig verzoend kunnen worden dat unanimiteit onder de belanghebbenden wordt bereikt. De noodzakelijke

1 J.P. de Jong: Bestuursrecht van vreemde herkomst, Zwolle, 1988, p. 72 e.v. en 81 e.v.; A.F.M. Brenninkmeijer: Het procesrecht als proces, preadvies NJV 1991, par. 2.3 en 2.14 e.v.; R.M. van Male: Onvoltooid recht, oratie, Zwolle, 1993, p. 10-17; E.M.H. Hirsch Ballin: In de zaak voorzien. Beschouwing over de taak van de administratieve rechter ingevolge artikel 70 van de Beroepswet en artikel 73 van de Wet op de Raad van State, uit: Blinde vlekken in het sociaal recht, Deventer, 1986, p. 176 e.v.

verdeling van beperkte openbare middelen kan daarbij ook een rol spelen. Het bestuur zal op basis van zijn eigen visie op het relatieve gewicht van de belangen in de meeste gevallen uiteindelijk op eenzijdige, bindende wijze de knoop moeten doorhakken. Het zal zich daarbij mede laten leiden door een eigen, consistent beleid. De inhoud van dat beleid wordt niet uitputtend door rechtsregels bepaald; de beslissing in concreto veelal ook niet. Daarom is aanvechtbaar niet hetzelfde als onrechtmatig en kan het bestuur niet slechts in rechte maar ook politiek ter verantwoording worden geroepen. Overigens roept dit tevens de vraag op hoe men zich een verschuiving van de rechtsvaststelling naar de rechter voorstelt.

Bovendien is er terecht op gewezen dat op veel terreinen van bestuursoptreden – met name waar het gaat om grote aantallen te nemen besluiten – van wederkerigheid in de zin van inbreng van de belanghebbenden zelfs nauwelijks sprake is,[1] dat reële horizontale onderhandelingen over de invulling van bestuurlijke beleidsruimte slechts gevoerd worden met instellingen of bedrijven die het bestuur iets te bieden hebben[2] en dat in die situatie het gevaar dreigt van het 'weg-horizontaliseren' van derde belangen.[3]

Ondanks de fixatie van het nieuwe bestuursprocesrecht op de beoordeling van bestuursbesluiten, geven de opstellers er af en toe blijk van wel te hebben gedacht aan een toekomstige uitbreiding van de bevoegdheid van de bestuursrechter buiten het door bestuursbesluiten bestreken terrein. Het betoog gaat echter kort door de bocht omdat van een dergelijke uitbreiding in het kader van de toch al ingrijpende herzieningen geen sprake kon zijn.

Met name wordt niet ingegaan op de, gegeven het stramien van het hele betoog voor de hand liggende vraag of zo'n uitbreiding van de competentie van de bestuursrechter de ontwikkeling van het materiële bestuursrecht op dit achtergebleven terrein moet volgen of juist moet stimuleren en wat de consequenties van zo'n uitbreiding voor het procesrecht zouden (moeten) zijn.

Wel wordt gesuggereerd dat de rechter in diverse kwesties zich terzake van het voor besluiten vereiste publiekrechtelijke rechtsgevolg creatief op dient te stellen (zuivere schadebeslissingen, declaratoire bestuursuitspraken[4]). De vraag rijst overigens hoe dergelijke suggesties zich verhouden tot het dogmatische besluit-begrip neergelegd in artikel 1:3 Awb, waarmee blijkens de wetsgeschiedenis juist wel hoge eisen zijn gesteld aan het vereiste rechtsgevolg. Wijziging

1 Zie L.J.A. Damen: Bestaat de Awb-mens?, uit: Aantrekkelijke gedachten, Deventer, 1993, p. 109 e.v..; Th.G. Drupsteen: Is er leven na de TwK?, Preadvies VAR 1990, VAR-reeks, nr. 104, p. 58 e.v. en R.M. van Male, oratie, 1993, p. 17-21.

2 Zie ook M.C. Burkens en F.A.M. Stroink: Sociale verzorgingsstaat en consensuele besluitvorming, NJB 1980, p. 743 e.v.

3 Zie over deze problematiek recentelijk: Afd GvB 1 sept. 1992, AB 1993, 400, de noot daaronder van Th.G. Drupsteen en L.J.A. Damen, 1993.

4 Dat de rechter dergelijke mededelingen ook nu al lang niet altijd aanvaardt als besluit leert: Vz AR 23 oktober 1990, M en R 1991, 26. Mogelijk mede hierdoor liep de zaak bestuursrechtelijk uit het spoor, hetgeen leidde tot de voor de betrokkene om wiens rechtspositie het ging, toch wat tragische uitspraak van de HR van 18 december 1992, GemSt 6970, 5 (varkensstal in De Peel).

moet worden gebracht in de rechten en verplichtingen van rechtssubjecten; daarom ontberen afwijzende beslissingen in de – van de Arob-jurisprudentie afwijkende – visie van de Awb-wetgever rechtsgevolg.[1] Ook buiten de in de parlementaire stukken gegeven voorbeelden kan dit strakke besluit-begrip consequenties hebben voor het verloop van de grens tussen besluiten en feitelijk handelen. Te denken valt aan de ontvankelijkheid van beroepen tegen van rechtswege nietige besluiten.[2]

Met Van Male[3] vraag ik me dan ook af of de afwijzing van de gedachte om de bestuursrechter de bevoegdheid toe te kennen om in bepaalde gevallen een declaratoire uitspraak te geven voldoende doordacht is. Dit klemt temeer nu het beeld dat in de parlementaire stukken wordt gegeven van de jurisprudentie over het beschikkingskarakter van bestuurlijke verklaringen voor recht onvolledig en daarom te optimistisch is.[4] Met name in de gevallen waarin het bestuur terzake van de bevraagde rechtspositie geen bevoegdheden heeft – en een rechterlijk declaratoir de uitoefening daarvan dus ook niet zou doorkruisen – plegen geen beschikkingen te worden aangenomen.

Bovendien zij herinnerd aan toch gewrongen constructies als die van artikel 6:19, derde lid (mogelijkheid tot vernietiging van een ingetrokken besluit; zie hierna par. 3.2.4) of de vernietiging van ten onrechte niet-gestelde vergunningsvoorwaarden.

2.3.2 Rechtsbescherming als doel van bestuursrechtspraak

Vastgehouden is dus aan de beoordeling ex tunc van bestuursbesluiten als taak van de bestuursrechter met daarbij vernietiging als het middel tot redres van onrechtmatigheid.

Niettemin doorkruist de wetgever het schematische onderscheid tussen recours objectif en recours subjectif door wel individuele rechtsbescherming te kiezen als primair doel van de bestuursrechtspraak. Die keuze moet in de visie van de wetgever ook doorwerken in de procesvoering. Naar uit de wetsgeschiedenis blijkt staat daarbij voor ogen, de afzwering van een terwille van het algemene belang bij rechtmatig bestuur zo volledig mogelijke – zonodig ambtshalve -toetsing van eenmaal aan de rechter voorgelegde besluiten aan alle toepasselijke rechtsregels. In de plaats daarvan treedt een tot de bezwaren van appellant beperkte toetsing die slechts tot vernietiging dient te leiden indien 'partijen' (artikel 6:22 Awb spreekt overigens over: belanghebbenden) daar iets

1 Zie het betoog in de Nota naar aanleiding van het Eindverslag bij w.o. nr. 22.495, p. 34-36, over de betekenis van artikel 6:2 aanhef en sub a Awb.
Anders bijv: AR 14 december 1989, AB 1990, 505 en 7 april 1990, AB 1991, 122; CBB 20 juli 1990, AB 1991, 633.

2 Zie AR 17 februari 1993, AB 286; CBB 16 december 1992, AB 1993, 109; de noot van Van Male onder CBB 20 juli 1990, AB 1991, 633 en de daar vermelde jurisprudentie.

3 Van Male: oratie, p. 43.

4 Zie noot 4 op pag. 22 van dit predadvies. Met name Vz CBB 27 augustus 1993, KG 320 is duidelijk en sluit aan op de Arob-jurisprudentie.

mee opschieten. Voor de toegang tot de procedure wordt echter uitsluitend rechtstreeks feitelijk belang bij het besluit geëist. Geen verband wordt gelegd tussen de eigen rechtspositie van appellant en diens bezwaren. Kennelijk denkt men bij rechtsbescherming aan de bescherming van het rechtstreekse feitelijke belang van appellant bij het besluit door middel van een rechtmatigheidsbeoordeling die zo ruim kan zijn als appellant wenst. De aangevoerde (rechts)gronden, althans de materieel-rechtelijke, behoeven noch de rechtspositie, noch het belang van appellant te betreffen. Dit stelsel zal gebaseerd zijn op de gedachte dat indien er rechtstreeks feitelijk belang is bij het besluit, de drager van dat belang aanspraak kan maken op een in alle opzichten rechtmatig besluit, daargelaten of en in hoeverre de ingeroepen rechtsregels zijn belang beogen te beschermen. Op de druk die aldus wordt gelegd op de handhaving van het specialiteitsbeginsel wordt nog teruggekomen.

Zojuist is, voor wat betreft het ontbreken van enige relativiteitseis een voorbehoud ('althans de materieelrechtelijke') gemaakt. Dit hangt samen met een lichte accentverschuiving naar finale afdoening van het geschil door de rechter die de wetgever heeft beoogd. Het procesrecht behelst daartoe een aantal bepalingen, waaronder artikel 6:22 Awb. Benadeling door een vormvoorschrift is slechts denkbaar bij vormvoorschriften die de formele rechtspositie van de benadeelde bepalen. Daarom ligt in deze bepaling een beperkte relativiteitseis besloten, die evenwel belangrijk wordt afgezwakt, nu mogelijke benadeling van andere belanghebbenden (ook: niet-partijen) aan toepassing van artikel 6:22 Awb in de weg staat.

Ook op andere punten zou veelvuldiger finale afdoening door de rechter de opkomst van relativiteitseisen in de bestuursrechtspraak kunnen gaan bevorderen, met name ook op het terrein van de toekenning van schadevergoedingen (artikel 8:73 Awb).[1]

2.3.3 Derden

Het vorenstaande leidt tot enige bezinning op de positie van andere belanghebbenden bij het door appellant in zo ruime mate open te breken besluit. Dit geldt zowel voor de afbakening van het geding en de uitvoering van het rechterlijk onderzoek als voor de afdoening en de toepassing van artikel 6:22 Awb.

In het nieuwe procesrecht kunnen derden slechts deelnemen als partij, dus via de sluis van artikel 8:26 Awb. Ze beschikken dan over alle procesbevoegdheden die aan partijen toekomen en kunnen dus binnen de door appellant gestelde grenzen van het geschil ten volle meedoen aan het discours. Kunnen ze echter ook de grenzen van het geschil uitbreiden, met andere woorden: hebben ze een bevoegdheid tot het aanvoeren van eigen bezwaren? In de visie van de opstellers niet, neem ik aan. Zij willen de afbakening van het geding voorbehouden aan de

1 Vergelijk: HR 14 juni 1991, AB 1992, 291 (Rigter): dat men als belanghebbende is ontvangen door de Afdeling rechtspraak impliceert niet dat een vervolgens vernietigd besluit een onrechtmatige daad jegens alle belanghebbenden oplevert.

tijdig in beroep gekomen appellant, hetgeen verband zal houden met het centraal stellen van diens rechtsbescherming. Daar even van uitgaande,[1] waarom dan die ongeclausuleerde uitsluiting van de weg via artikel 8:26 van hen die zelf geen beroep hebben ingesteld? De bereidheid van dragers van aan die van appellant tegengestelde belangen om in een ook voor hen ten dele ongunstig besluit te berusten, rechtvaardigt toch niet een uitsluiting van deelneming aan volgende stadia van de procedure indien de wederpartij het besluit wel ter discussie stelt (blijft stellen), wat (uiteindelijk) tot een nog ongunstiger situatie voor de derde kan leiden dan die waarin hij door zelf stil te zitten geacht kan worden te hebben berust? Ik teken hierbij aan dat met artikel 8:26 mede bedoeld is de mogelijkheid van derdeverzet overbodig te maken.

Nu staat voor een buiten het geding gehouden derde – anders dan in de civiele verzoekschriftenprocedure[2] – hoger beroep open, althans uiteraard als hoger beroep voorhanden is. Nog afgezien van dat laatste voorbehoud betwijfel ik of belasting aldus van de appelrechter een aantrekkelijke oplossing is. De derde lijdt verlies van instantie. Bovendien, met het wegvallen van de door de opstellers beoogde voorlopige rechtseenheidsvoorziening[3] ligt de verantwoordelijkheid op dat punt geheel bij de twee appelinstanties. Onder die omstandigheid lijkt verschuiving van werkbelasting naar de appelrechter geen wijs beleid.

Overigens is de druk op artikel 8:26 ook afhankelijk van de wijze van afdoening. Volstaat de rechter met een vernietiging, het bestuur de ruimte latend om opnieuw ten volle met alle belangen en omstandigheden rekening te houden alvorens tot een nieuw besluit te komen, dan is die druk minder groot. Wil de rechter zelf tot een finale afdoening komen dan gaat die druk wel klemmen, zeker als de rechter op verzoek van partijen (?) zelf voorziet en a fortiori als dat gebeurt met aanwending van enige mate van discretie.

In het voorafgaande is – in aansluiting op de tekst van artikel 8:26 – steeds gesproken over derde-belanghebbenden in die ruime, in artikel 1:2, eerste lid Awb bedoelde zin; in de regel degenen dus ook die via de Awb-bepalingen inzake de totstandkoming van bestuursbesluiten een formeelrechtelijk beschermd belang bij het besluit hebben. Het lijkt me echter dat bij de toepassing van artikel 8:26 bijzondere aandacht moet uitgaan naar degenen wier materiële rechtspositie, althans materieelrechtelijk beschermde belangen door de uitspraak kunnen worden geraakt op een wijze waarin ze niet geacht kunnen worden te hebben berust. Hoewel naar nog zal blijken ook deze kring ruim kan zijn, zullen zij, indien het bestreden besluit een beschikking is, mijns inziens in beginsel steeds in de gelegenheid moeten worden gesteld aan het geding deel te nemen.

Voor wat betreft de bescherming die derden kunnen ontlenen aan het op vormgebreken betrekking hebbende artikel 6:22 Awb is van belang dat de daarin gestelde voorwaarde ziet op benadeling van belanghebbenden. Voor een wetgever

1 Voor een andere benadering pleiten J.B.M. Vranken en A.F.M. Brenninkmeijer: Harmonisatie van burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht, WPNR 6074, 1992, p. 1003 e.v. Zie hoofdstuk V van dit preadvies.

2 Artikel 429n, tweede lid, Rv beperkt het appel tot verschenen belanghebbenden.

3 Zie de bij het oorspronkelijke ontwerp ingevoegde artikelen 107a e.v. Wet RO.

die de taak van de bestuursrechter ziet als het beslechten van een geschil tussen partijen is dat op z'n minst een opvallende formulering. De vraag is hoe strak de rechter aan deze voorwaarde zal vasthouden in geval van vormgebreken waardoor partijen niet zijn benadeeld, maar mogelijk wel andere belanghebbenden. Vaak zal hij immers niet kunnen vaststellen of aan de voorwaarde is voldaan.

Nu vastgehouden is aan de taak van de rechter om bestuursbesluiten te beoordelen, blijft het overigens toch nog de vraag in hoeverre de rechter op gezag van de wetsgeschiedenis in artikel 8:69, eerste lid, een hard verbod zal lezen om buiten het gevorderde te treden en derhalve geen vernietigingsgronden te hanteren die niet door (het belang van) appellant zijn ingegeven. De rechter kan aldus voor de vraag worden gesteld of hij besluiten in stand moet laten waaraan ernstige rechtmatigheidsgebreken kleven veelal mede ten nadele van derde-partijen of derde-belanghebbenden[1]; gebreken waarvan mogelijk eerst gedurende de rechterlijke procedure blijkt. Herinnerd zij aan de opmerking in de Memorie van Antwoord over het openbare-ordekarakter van bevoegdheids- en ontvankelijkheidsregels. Ook in het civiele hoger beroep, waarmee de huidige taak van de bestuursrechter zich laat vergelijken, toetst de appelrechter de uitspraak in primo ambtshalve aan rechtsregels die niet ter vrije beschikking van partijen staan en derhalve ook niet vatbaar zijn voor dading en compromis.[2] Daarbij gaat het weliswaar om een beperkte categorie rechtsregels, doch niet uitsluitend om bepalingen betreffende de bevoegdheid van de rechter. Men zie de opsomming van Ras.[3] Gelet op de strekking van het bestuursrecht lijkt het verre van ondenkbaar dat de bestuursrechter tot wat ruimere categorieën bepalingen van openbare orde komt.

In par. 4.4 wordt op deze problematiek teruggekomen.

3.3.4 Rechtskracht van de uitspraak

In de parlementaire geschiedenis is wat heengegleden langs de eveneens met de functie van de bestuursrechter verbonden vraag naar het geldingsbereik van diens rechtsbeslissing ofwel de rechtskracht van diens uitspraak.[4] Zolang de taak van de bestuursrechter is gelegen in de beoordeling van bestuursbesluiten lijken vergelijkingen met het civiele procesrecht, waar de rechter een originaire rechtsvaststelling naar aanleiding van een geschil tussen of een verzoek van partijen

1 Zie ook de oratie van Van Male, met name p. 27 en 28. Hij wijst daar op de positie van toekomstige belanghebbenden.

2 HR 17 december 1925, NJ 1926, 193.

3 H.E. Ras: De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken, Gouda Quint, Arnhem, 1992, p. 57-60.

4 Zie hierover voor wat betreft het geldende recht: J.B.J.M. ten Berge en A.Q.C. Tak: Nederlands Administratief procesrecht, hoofdstuk 12, nr. 1547 e.v.; E.P. de Jong, J.A. Borman e.a.: Het administratieve procesrecht volgens de Beroepswet, p. 123 e.v. en M. Scheltema en H.G. Lubberdink: De gevolgen van de uitspraak, Administratieve rechtsgangen, hoofdstuk 7. Voor wat betreft de situatie onder het nieuwe bestuursprocesrecht: zie de oratie van Van Male, p. 25 en noot 63.

doet, me nogal snel verwarrend. Niet dat een uitspraak van de civiele rechter altijd slechts partijen bindt: dat geldt al niet voor constitutieve vonnissen als die strekkende tot de ontbinding van een huwelijk, tot faillietverklaring of inzake voogdij en bewindvoering.

De rechtskracht van de uitspraak van de bestuursrechter is echter nauw verbonden met die van het besluit waarop deze betrekking heeft. Dat geldt met name voor vernietigingen. De kring van personen voor wie een dergelijke uitspraak rechtskracht heeft omdat hun formele of materiële rechtspositie er rechtstreeks door geraakt wordt, valt samen met de kring van personen voor wie het besluit rechtskracht had. De omvang van die kring is weer afhankelijk van de wijze waarop men het begrip rechtskracht opvat. Wordt dat begrip, in verband met de bepalingen in de Awb inzake de totstandkoming en met name de beroepbaarheid[1] van besluiten, betrokken op alle belanghebbenden in de zin van artikel 1:2, eerste lid, Awb, of slechts op degenen wier materiële rechtspositie of materieel-rechtelijk beschermde belangen door het besluit worden geraakt? Indien het begrip rechtskracht – naar ik aanneem: overeenkomstig het stelsel van de Awb – ruim wordt opgevat en trouwens ook naarmate de strekking van het vernietigde besluit algemener is, valt er ook via artikel 8:26 Awb niet aan te ontkomen dat een vernietigende uitspraak buiten de kring van partijen rechtskracht heeft. Dat, voor wat betreft de werking van een vernietigende uitspraak, voor de rechtspositie van andere dan partijen geen sprake is van rechtskracht maar van met de reikwijdte van het vernietigde besluit samenhangende gevolgen,[2] spreekt mij niet aan. Zo'n uitspraak toch behelst een op zichzelf staande, constitutieve beslissing, strekkende tot ongedaanmaking met terugwerkende kracht van alle rechtsgevolgen van het besluit. De vraag wie kunnen opkomen tegen een vervolgens door het bestuur met inachtneming van de uitspraak genomen beslissing staat daar los van. Zeker nu geen bijzondere procedure meer is voorzien voor het geval men meent dat een rechterlijke uitspraak niet wordt nageleefd, kunnen alle belanghebbenden, inclusief partijen, tegen zo'n hernieuwd besluit opkomen. Daarbij kan echter aan de rechtsvaststelling en de rechtsbeslissing in de eerste rechterlijke uitspraak niet meer worden afgedaan; het bestuursorgaan is daaraan bij zijn nadere besluitvorming jegens alle belanghebbenden gebonden. Dat is nu juist de consequentie van de omstandigheid dat niet de rechtsverhouding tussen partijen, maar het bestuursbesluit voorwerp is van het geding.

De rechtskracht van een ongegrondverklaring zou mijns inziens bepaald moeten worden door de afbakening van het geschil. Ook nu al is het de meestal gevolgde gedragslijn van de administratieve rechters om de beoordeling van het bestreden besluit te beperken tot hetgeen daarover tussen partijen in geschil is[3] en ook nu

1 Er zij op gewezen dat het in de Awb voorziene stelsel van rechtsbescherming impliceert dat wie feitelijk rechtstreeks belang heeft bij een besluit, een in rechte te handhaven aanspraak heeft op een in alle opzichten rechtmatig besluit.

2 Zie Scheltema en Lubberdink.

3 Nader: M. Schreuder-Vlasblom: Tussen dominis litis en knecht van twee meesters, NTB 1991, p. 69 e.v.

al wordt er in de rechtspraktijk van uitgegaan dat een ongegrondverklaring niet een rechtmatigheidsverklaring van het besluit inhoudt.[1] Ware het niet dat de beroepstermijn fataal verlopen pleegt te zijn, dan zouden anderen hun bezwaren tegen het bestreden besluit alsnog aan de rechter kunnen voorleggen.[2] Tenzij het van rechtswege nietig is, verkrijgt het besluit formele rechtskracht erga omnes uit hoofde van de onderliggende bestuursbevoegdheid en bij gebreke aan rechterlijke vernietiging. Een ongegrondverklaring heeft daarbij slechts bevestigende, geen constitutieve betekenis.[3] Nu in het nieuwe procesrecht althans volgens de wetsgeschiedenis de rechterlijke beoordeling wordt beschouwd als geschillenbeslechting tussen partijen, lijkt de conclusie voor de hand te liggen dat onder dat recht een ongegrondverklaring slechts rechtswerking heeft tussen partijen.

De ruime toegang tot het hoger beroep zou aan die conclusie kunnen afdoen. Het lijkt immers moeilijk voorstelbaar dat iemand in rechte kan opkomen tegen een rechterlijke uitspraak die geen rechtskracht voor hem heeft. Het uniforme begrip belanghebbende in de Awb, neergelegd in artikel 1:2, eerste lid, brengt met zich dat het zijn van belanghebbende moet worden gerelateerd aan het bestreden besluit,[4] niet aan de uitspraak in primo: de rechter is immers ingevolge artikel 1:1, tweede lid, aanhef en onder c Awb, geen bestuursorgaan. De toegang tot de appelrechter moet echter bezien worden in verband met artikel 6:13 Awb. Uit die bepaling valt te begrijpen dat in beginsel slechts die niet-partijen in hoger beroep kunnen opkomen tegen een ongegrondverklaring van het beroep door de eerste rechter, die ten onrechte niet via artikel 8:26 Awb tot de procedure in primo zijn toegelaten.[5] Het gaat dus om degenen die de rechtsstrijd als afgebakend in eerste aanleg willen voortzetten en niet om hen die alsnog eigen, geheel nieuwe bezwaren tegen het bestreden besluit wensen aan te voeren. Als derde-partij in primo zouden ze dat ook niet hebben gekund. Zo bezien blijft het hierboven gestelde over de rechtskracht van ongegrondverklaringen overeind.

Voor wat betreft uitspraken in hoger beroep geldt mijns inziens dat de vernietiging van een vonnis waarbij het bestreden besluit alsnog in ere wordt hersteld of wordt vernietigd om de bovenaangegeven reden rechtswerking heeft voor degenen voor wie het bestreden besluit rechtswerking heeft. In het systeem van de Awb zijn dat alle belanghebbenden.

Voor zover de appelrechter de uitspraak van de rechtbank bevestigt, brengt de devolutieve werking van het hoger beroep niettemin mede dat de appeluitspraak in de plaats treedt van de eerste uitspraak.

Aangezien in de visie van de opstellers ook de appelrechter zich in beginsel

1 Zie onder meer: CBB 9 mei 1990, AB 371.
2 Aldus ook: De Jong/Borman c.s., p. 169 e.v., m.n. p. 183.
3 Anders: Ten Berge/Tak, t.a.p.
4 Men vergelijke de formulering in artikel 6:3 Awb en in de definitieve tekst van artikel 8:87, tweede lid, Awb.
5 Dit zal zich met name kunnen voordoen indien ongegrond is verklaard met toepassing van artikel 6:22 en er wel een belanghebbende (niet-partij) door het gepasseerde vormvoorschrift blijkt te zijn benadeeld.

moet beperken tot de aangevoerde bezwaren, is de rechtswerking van zijn uitspraak op de bovenbeschreven wijze afhankelijk van de strekking ervan ten opzichte van het bestreden besluit.

2.3.5 De omvang van het geding in hoger beroep

Voor wat betreft het object van rechterlijke beoordeling in appel verwijst – naar Tak al signaleerde – de wetsgeschiedenis naar het bestreden besluit,[1] doch de wetstekst naar de aangevallen uitspraak.[2] Ik heb overigens de indruk dat de overgang van de ene naar de andere benaderingswijze in de huidige appelpraktijk van de CRvB nogal vloeiend is. Vooral bij vernietigingen komt men een scala van varianten tegen, lopend van een eigen beoordeling van het besluit met vrijwel negeren van de eerste uitspraak tot een uitdrukkelijke beoordeling van de eerste uitspraak met daaraan gekoppeld aanvullende en corrigerende feitelijke en rechtsoverwegingen. Bij bevestigende uitspraken bestaat misschien wat meer de neiging te kiezen tussen bevestiging zonder al te veel zout op de slakken te leggen en het op grond van een eigen beoordeling tot dezelfde slotsom komen.

Niettemin is een afweging op hoofdlijnen tussen beide benaderingen van belang voor de afbakening van het geding in hoger beroep en de gewenste duidelijkheid over de waardering door de appelrechter van de procesgang voor en de uitspraak van de eerste rechter. Dat laatste spreekt wel voor zich. Wat de omvang van het geding aangaat, wil ik, in aanvulling op de vorige paragraaf, nog de volgende punten aanstippen.

Op de eerste plaats willen ook hier de opstellers de rechter binden aan de bezwaren van appellant. De vraag rijst dan of appellant – zijnde de aanlegger in primo – met nieuwe, in eerste instantie niet aangevoerde bezwaren tegen het bestreden besluit kan komen. Daarvoor pleit dat als ratio van het hoger beroep in de regel onder andere wordt aangevoerd, dat voor partijen de mogelijkheid moet bestaan hun fouten te herstellen. In de civiele procedure kan men zelfs uitsluitend appelleren ter vermeerdering van de eis.[3] Uitgaande van de gebondenheid, als regel, van de eerste rechter aan de hem voorgelegde bezwaren kan correctie van de omvang van het geding door partijen zelf niet worden gespeeld over de band van de beoordeling van de uitspraak in primo tenzij de appelrechter van oordeel is dat de eerste rechter ambtshalve had moeten toetsen. Nauw met deze problematiek verbonden is de vraag hoe de appelrechter moet staan tegenover nieuwe stukken en gegevens en alsnog verleende medewerking van de aanlegger in primo die aan de eerste rechter onthouden werden. Ook hier geldt dat partijen hun

1 A.Q.C. Tak: De Algemene wet bestuursrecht, Zwolle, 1993, p. 130; Memorie van Toelichting p. 173: ook in hoger beroep staat centraal de vraag of het bestreden besluit al dan niet rechtmatig is.

2 Zie met name de artikelen 42 Wet op de Raad van State en 24 Beroepswet; de appelrechter bevestigt de uitspraak van de rechtbank al dan niet met verbetering van de gronden of vernietigt die uitspraak en doet – behoudens terugwijzing – wat de rechtbank had behoren te doen.

3 Ras, p. 16; HR 19 januari 1979, NJ 1980, 124.

misslagen moeten kunnen herstellen. Anderzijds is het toch aangewezen dat de appelrechter in staat is enigermate te bevorderen dat partijen in eerste instantie zorgvuldig en coöperatief procederen. Daarom zou als uitgangspunt kunnen worden gekozen dat nieuwe gronden, gegevens, argumenten en feiten door de aanlegger in primo in appel kunnen worden aangevoerd, tenzij het niet aanvoeren ervan in eerste aanleg hem redelijkerwijs als nalatigheid verweten kan worden.

In hoger beroep gekomen derde-partijen-in-primo kunnen, gelet op de afbakening van het geding in eerste aanleg mijns inziens in appel niet alsnog met eigen, nieuwe bezwaren komen, doch voor het overige kan het geformuleerde uitgangspunt ook voor hen gelden.

Dan is er de vraag of de reactie van gedaagde in hoger beroep het karakter mag hebben van een tegen de aangevallen uitspraak gericht incidenteel appel. Het lijkt me dat er wel redenen zijn aan te voeren om, voor wat betreft de afbakening van het geding, onderscheid te maken tussen de eerste instantie en het hoger beroep. In eerste instantie is het steeds de rechtsbeschermingzoekende die opkomt tegen – meestal – een besluit van de wederpartij. Er is veel voor te zeggen dan ook diens rechtsbescherming centraal te stellen en het instellen van beroep op de rechter niet te belemmeren door het toelaten van de kwade kans dat de appellant er ten gevolge van de eigen bezwaren van derde-partijen op achteruit zal gaan. In hoger beroep beschikken partijen inmiddels over de uitspraak van een afhankelijke rechter en is de partij-constellatie bovendien wisselend. Ik zie dan ook eigenlijk niet in waarom incidenteel appel uitgesloten zou moeten worden geacht, zij het dat ik meen dat, gelet op de wijze van afbakening van het geding in eerste instantie, eigen bezwaren van wederpartijen die in primo als verweerder of als derde-partij optraden, gericht moeten zijn tegen de aangevallen uitspraak (geen – ten opzichte van het geding in eerste aanleg – nieuwe bezwaren tegen het bestreden besluit). De wederpartij die zijnerzijds ook wel bezwaren had tegen de uitspraak van de eerste rechter doch bereid was daarin te berusten, dient niet belemmerd te worden in het alsnog aanvoeren van die bezwaren wanneer de andere partij het met de eerste uitspraak gegeven compromis openbreekt. Het ondergraven van de bereidheid van de wederpartij om in dat compromis te berusten lijkt me een normaal procesrisico, verbonden aan het in appel gaan, dat kan fungeren als een rem daarop die – anders dan een verlofstelsel – de verantwoordelijkheid aan partijen laat en gelijkmatiger werkt dan sterk verhoogde griffierechten of forse proceskostenveroordelingen.

2.4 Conclusie

Het nieuwe bestuursprocesrecht is gebaseerd op de combinatie van een keuze voor beoordeling van bestuursbesluiten als taak van de bestuursrechter en voor individuele rechtsbescherming als functie van die taakuitoefening. Bij de onderlinge afstemming van taak en functie is het accent op de taak gelegd. De invulling van het nogal rekbare begrip 'individuele rechtsbescherming' is sterk bepaald door het object van rechterlijke beoordeling. Wat bij de totstandkoming van de

Wet-vef voor ogen heeft gestaan is niet de handhaving van rechtsregels die strekken tot bescherming van de rechtzoekenden, maar het honoreren van een veronderstelde aanspraak op een in alle opzichten rechtmatig besluit van allen die rechtstreeks feitelijk belang hebben bij dat besluit. Dat laat – nog steeds – een verregaande beoordeling toe die noopt tot ruime instapmogelijkheden voor derden.

Nog afgezien van de vaak aanwezige onzekerheid of ze allen bereikt zijn, kunnen hun belangen de omvang van het geding in primo echter niet mede bepalen: de bezwaren van appellant zijn beslissend. Deze problematiek en de ten gevolge van de gekozen rechterlijke taak noodzakelijke taakafbakening tussen rechter en bestuur beperken de mogelijkheden voor de rechter om de zaak zelf af te doen in hoge mate: vernietiging blijft het middel tot redres. Om dan ten minste vernietigingen te voorkomen waar partijen niets mee opschieten, is gekozen voor een beperkte relativiteitstoets (artikel 6:22 Awb) die echter een wat spanningsvolle relatie onderhoudt met de gekozen invulling van de rechtsbeschermingsgedachte.

3 Rechterlijke en bestuurlijke rechtsvaststelling; problemen rond het recours subjectif

3.1 Inleiding

In hoofdstuk 1 is een grove schets gegeven van het onderscheid tussen recours objectif en recours subjectif dat bij het denken over de functie van bestuursrechtspraak wordt gemaakt. Inmiddels is gebleken dat in de Wet-vef niet gekozen is voor een van deze twee ideaaltypen, maar voor een tussenvorm. Bij de herbezinning op de bestuursrechtspraak in het kader van de verdere herziening van de rechterlijke organisatie zal de vraag aan de orde zijn hoe met die tussenvorm kan worden omgegaan en hoe deze aldus gewaardeerd moet worden. Is de gekozen variant in mogelijk nog bijgestelde vorm zinvol, eventueel in aanvulling op een recours subjectif terzake van andere vormen van bestuursoptreden, of gaat het om een innerlijk tegenstrijdige en daarom naar zijn aard tijdelijke overgangsvorm op de weg naar een recours subjectif over de hele linie van het bestuursoptreden? Deze vraagstelling stelt uiteraard ook het gemaakte onderscheid in kritische zin aan de orde.[1]

Naar mijn mening moet eerst nader worden bezien hoe aan het recours subjectif vorm wordt gegeven op het terrein waarop aan bestuursorganen bevoegdheden zijn toegekend tot het nemen van besluiten, houdende algemene en geconcretiseerde rechtsvorming en rechtsvaststelling, die deel gaan uitmaken van het objectieve recht en aldus de individuele rechtspositie mede bepalen. Op dat terrein zal tot een met de beginselen van de democratische rechtsstaat harmoniërende taakafbakening tussen rechter en bestuur moeten worden gekomen. Met het recours objectif is in elk geval afstand genomen van het in ons land aanvankelijk beleden primaat van het bestuur bij de ten uitvoerlegging van bestuursrechtelijke wetgeving. In hoeverre legt het recours subjectif het primaat bij de rechter; of doet het dat juist niet?

Bepalend daarbij is wat de rechter bij de vaststelling van een individuele rechtspositie aanmoet met een voorafgaand, die positie mede bepalend bestuursbesluit: als gegeven nemen, exceptief toetsen of de iure dan wel de facto negeren?

Om deze vragen te illustreren zal hierna voor wat betreft de rechtspraktijk

1 Zo acht Van Male het onderscheid 'te schematisch en daarom onjuist': oratie p. 25/26.

ingegaan worden op de situatie in de Duitse Bondsrepubliek en voor wat betreft de rechtstheorie op de uiteenzettingen van Tak. De bestuursrechtspraak in Duitsland is gekozen als object van vergelijking omdat zij die pleiten voor een verdergaande ontwikkeling in de richting van het recours subjectif naar die rechtspraak plegen te verwijzen als voorbeeld van wat hen voor ogen staat. Tak heeft daarmee niet volstaan, doch van het door hem voorgestane stelsel een min of meer uitgewerkte beschrijving gegeven.

3.2 De Duitse bestuursrechtspraak

3.2.1 Algemeen[1]

Ook in Duitsland kent men afzonderlijke op bestuursrechtelijk gebied gespecialiseerde rechterlijke colleges,[2] belast met het beslechten van öffentliche Streitigkeiten, met uitzondering van acties ter verkrijging van schadevergoeding wegens rechtmatige of onrechtmatige overheidsdaad, die bij de gewone rechter moeten worden ingesteld: artikel 40 VwGO.[3]

De functie van de bestuursrechtspraak wordt beheerst door artikel 19, vierde lid van de Grondwet, luidende: 'Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen'. 'Rechten' moeten daarbij worden opgevat als rechten of rechtens beschermde belangen, derhalve niet in de strikte zin van 'subjectieve rechten'.[4] Ingevolge deze bepaling staat in de bestuursrechtspraak de bescherming van de individuele rechtspositie centraal. Daaruit vloeien twee algemene kenmerken van die rechtspraak voort.

Op de eerste plaats is de toegang tot de rechter via de Schutznorm beperkt tot hen die klagen over schending van hen toekomende rechten of van hun rechtens beschermde belangen. Zoals nog zal blijken staat deze norm er niet aan in de weg dat opgekomen kan worden tegen belastende of afwijzende bestuursbesluiten. Evenmin vormt de norm een belemmering voor het instellen van beroep door derden in de zin van niet-adressanten van een besluit, mits die aan de toepasselijke regels eigen rechten of aanspraken op bescherming van hun belangen kunnen ontlenen. Wel vormt de norm een zware belemmering voor de ontvankelijkheid van organisaties die zich de behartiging van algemene of groepsbelangen ten doel hebben gesteld.

Op de tweede plaats geldt in beginsel het Dispositionsmaxime: partijen

1 Afgegaan is op: P.H. Banda: Administratief procesrecht in vergelijkend perspectief, Zwolle, 1989; A.J. Bok: Rechtsvergelijkende notities, Administratieve rechtsgangen, hoofdstuk 13; par. 2.6 van de Memorie van Toelichting bij de ontwerp-wet-vef en J.P. de Jong: Bestuursrecht van vreemde herkomst, 1988, Zwolle, p. 72 e.v.

2 Te weten de algemene Verwaltungsgerichtsbarkeit, bestaande uit Verwaltungsgerichte, Oberverwaltungsgerichte en het Bundesverwaltungsgericht, alsmede de bijzondere Social- en Finanzgerichtsbarkeit.

3 De Verwaltungsgerichtsordnung; Bondswet van 21 januari 1960.

4 A.J. Bok, par. 13.3.3.

bepalen de omvang en de loop van het geding, althans voor zover het gaat om rechten waarover zij vrijelijk kunnen beschikken. Over de vragen wanneer daarvan geen sprake is en wat dan geldt, is Banda[1] nogal kort. Hij volstaat ermee op te merken dat dergelijke rechten in het publiekrecht vaker zullen voorkomen dan in het civielrecht en te wijzen op de bevoegdheid van de Oberbundesanwalt om zich in dit soort gevallen als partij in het geding te mengen.

Ook in Duitsland ziet het begrip partijen niet uitsluitend op aanlegger en verweerder: het gerecht is verplicht derden als partij in het geding te betrekken als de rechterlijke uitspraak naar haar ondeelbare strekking ook jegens hen zal gelden.

Ter beoordeling van het subjectieve karakter van de rechtsgangen moet nader worden ingegaan op de vijf afzonderlijke procesvormen (Klage-arten) die het Duitse bestuursprocesrecht kent.

3.2.2 De Anfechtungs-, Verpflichtungs- en Leistungsklage

Bij de eerste gaat het om een vordering tot vernietiging door de rechter van een de aanlegger belastende Verwaltungsakt, een categorie bestuursbesluiten die de beschikking naar Nederlands recht alsmede de reeds met ingang van 1 januari 1994 bij ons appellabele besluiten van algemene strekking omvat. Er geldt een beroepstermijn van een maand, dit in verband met de noodzakelijk geachte zekerheid binnen afzienbare tijd over de geldigheid van het besluit. De Klage heeft schorsende werking, maar het bestuur zelf kan met een beroep op een dringend algemeen of bijzonder belang onmiddellijke uitvoering bevelen. In dat geval kan de rechter om schorsing worden verzocht.

De rechter heeft een beperkte mogelijkheid zelf te voorzien, namelijk ingeval van een geheel gebonden (in die zin: declaratoire) beschikking of een die uitsluitend ziet op betalingsverplichtingen. Zo beschouwd lijkt de Klage, afgezien van de beperkte toegang tot de rechter, nogal op de in ons land geldende procedure en bepaald niet op een recours subjectif in optima forma.

Dat laatste geldt ook voor de Verpflichtungsklage via welke na de afwijzing van een aanvraag een rechterlijk bevel tot afgifte van een bepaalde beschikking kan worden verkregen, mits daartoe binnen een maand na de afwijzing een vordering wordt ingesteld. De rechter kan de beschikking zelf niet geven en zijn bevel is slechts mogelijk indien alle noodzakelijke feitelijke vaststellingen hebben plaatsgevonden en er geen beleidsruimte aanwezig is. Globaal bezien gaat het dus om de gevallen waarin de Nederlandse bestuursrechter zelf kan voorzien. Gelet op deze sterke beperking loopt er een discussie over de vraag of tegen weigeringen ook een Anfechtungsklage kan worden ingesteld.

Via de Leistungsklage tenslotte kan een rechterlijk bevel tot feitelijk handelen, nalaten of dulden door het bestuur worden verkregen. Deze Klage ziet niet op bestuursoptreden in de vorm van Verwaltungsakte of regelgeving.

1 Hoofdstuk 3, par. 5, m.n. p. 83.

3.2.3 De normkontrollklage

Hier gaat het om een rechtstreeks beroep tegen algemeen verbindende voorschriften, lager dan de Landesgesetze. Voor toegang tot de rechter is direct of binnen afzienbare tijd te verwachten nadeel vereist. Onenigheid bestaat rond de vraag of het moet gaan om een nadeel aan een subjectief recht of een feitelijk belang. De vordering heeft geen schorsende werking en kan uitmonden in een vernietigend vonnis dat jegens ieder werkt.

Over het overwegend objectieve karakter van de Klage bestaat geen discussie.

3.2.4 De Feststellungsklage

Ook deze Klage-art behoort tot het terrein waarop het bestuur bevoegd is tot het doen van een eenzijdige rechtsvaststelling. Via deze weg kan men een niet voor tenuitvoerlegging vatbare, uitsluitend declaratoire uitspraak verkrijgen over onder meer de nietigheid van rechtswege van een Verwaltungsakt of de bevoegdheid van het bestuur een bepaalde beschikking te nemen. Voorwaarde is procesbelang bij een spoedige vaststelling, welk belang afwezig is als de weg via het afwachten van een bestuursbesluit en het indienen van een andere Klage daartegen begaanbaar is. Na intrekking van het bestreden besluit, kan een Anfechtungsklage in een Feststellungsklage betreffende de rechtmatigheid van het ingetrokken besluit worden omgezet, bijvoorbeeld in verband met een schade-actie; vergelijk de artikelen 6:19, derde lid en 6:20, zesde lid, Awb.

3.2.5 Conclusie

Geconstateerd kan worden dat, met uitzondering van de slechts in spoedeisende gevallen in te dienen en uitsluitend op een declaratoire uitspraak gerichte Feststellungsklage, op het terrein waarop aan bestuursorganen rechtscheppende bevoegdheden toekomen ook in Duitsland de bestuursrechtelijke procedures duidelijke objectieve trekken vertonen. Het belangrijkste verschil met het Nederlandse bestuursprocesrecht ligt in de Schutznorm. Tot zijn oordeel dat van een recours subjectif sprake is, komt Banda[1] door alle Klage-arten, behoudens de Normkontrollklage, als een geheel te beschouwen. Aldus verwaarloost hij de beperkte betekenis van de Feststellungsklage en het essentiële gegeven dat de Leistungsklage niet op Verwaltungsakte betrekking kan hebben.

Ik meen uit de informatie op te kunnen maken dat de belangrijkste bestuursrechtelijke procedures terzake van bestuursbesluiten ook in Duitsland het karakter hebben van een mengvorm tussen recours subjectif en recours objectif en dat het sterkere accent op het subjectieve element met name gelegen is in de Schutznorm, die het geding toespitst op de rechtsverhouding tussen partijen. Ik denk namelijk dat de stelling dat in Duitsland de uitspraak van de rechter (met uitzondering van die op een Normkontrollklage) uitsluitend tussen partijen geldt, op dezelfde

1 Par. 5.3.4.

gedachte is terug te voeren als de Schutznorm. De rechtswerking van een besluit – en daarmee ook van een vernietigende rechterlijke uitspraak – relateren wij – anders dan de Duitsers denk ik – aan de kring van hen die rechtstreeks feitelijk belang hebben bij het besluit en die ingevolge ons ruime en uniforme begrip belanghebbende soms in primo en veelal in bezwaar bij de bestuurlijke besluitvorming moeten worden betrokken.

In Duitsland denkt men, naar ik aanneem, bij rechtswerking aan de uitwerking van de rechtsvaststelling in het besluit of de uitspraak op de rechtspositie van betrokkenen. Degene op wier rechtspositie de uitspraak naar haar ondeelbare strekking mede betrekking zal hebben, moet de rechter als partij in het geding betrekken. Dus 'geldt' (in Duitse zin) de uitspraak slechts tussen partijen, tenzij het bestreden besluit regelgeving behelst.

3.3 De benadering van Tak[1]

3.3.1 Samenvatting van de benadering

De visie van Tak op wat moet worden verstaan onder een recours subjectif is veel scherper omlijnd dan die van Banda.

Voor Tak valt het onderscheid tussen integrale rechtmatigheidscontrole (zonodig ambtshalve) van een bestuursbesluit terwille van de naleving van het objectieve recht en de bescherming van de individuele rechtspositie samen met het onderscheid tussen bestuurlijke besluitvorming in al haar stadia en de rechterlijke rechtsvaststelling.

In de eerste fase gaat het om de totstandkoming van een in economisch, sociaal, financieel, bestuurskundig en politiek zo juist mogelijk besluit, waarbij het recht slechts als juridische randvoorwaarde fungeert. De verantwoordelijkheid voor de naleving van de toepasselijke rechtsregels berust bij het in eerste instantie en in bezwaar bevoegde bestuursorgaan en bij alle vertegenwoordigende lichamen en hogere bestuursorganen die via aanwending van hun bevoegdheden als toeziende en/of beroepsorganen in de besluitvorming kunnen treden. Voorts kan een rol toekomen aan ombudsmaninstellingen, media, organisaties ter behartiging van algemene en groepsbelangen etc. De fase eindigt als het openbare bestuur in totaliteit uitgesproken is. Dan krijgt het besluit formele rechtskracht en is het nog slechts met buitengewone middelen als spontane vernietiging, wijziging of intrekking, ongedaan te maken.

De rechter kan vervolgens uitsluitend worden geadieerd wegens schending, als consequentie van het besluit, van eigen, individuele èn rechtens beschermde belangen door de dragers van dergelijke belangen. Voor zover daarover door zo een aanlegger wordt geklaagd, kan de rechter ex tunc een declaratoire uitspraak

1 A.Q.C. Tak: De ongewenste discussie, uit: Nieuw bestuursprocesrecht, Deventer 1992, p. 67 e.v.
Zie ook: De Algemene wet bestuursrecht, tweede druk, Zwolle 1993, p 18-23 en p.104.

doen. Daarbij treedt hij niet in een inhoudelijke toetsing van het bestuursbesluit zelve – het besluit is voor de rechter een gegeven – doch slechts in de rechtspositie van de aanlegger jegens het openbare lichaam dat als wederpartij optreedt. De rechter kan het bestuursbesluit niet aantasten, noch ook het trouwens niet als partij in het geding optredende bestuursorgaan bevelen een bepaald besluit te nemen. Tak wijst beperkte termijnen tussen besluit en klacht dan ook af. Wel kan de rechter – en dat is het constitutieve element in zijn uitsluitend tussen partijen geldende uitspraak – het openbare lichaam bevelen een door hem geconstateerde inbreuk op de rechtspositie van de aanlegger ten gevolge van het besluit op de een of andere manier te redresseren. Dit kan in geld of in natura, mits daarbij niet uitputtend getreden wordt in de invulling van de bestuurlijke beslissingsruimte. Zo kan de rechter in geval van de weigering een rijbewijs af te geven, het permanent beschikbaar stellen van privévervoer bevelen. Ook indien in concreto geen discretie bestaat, kan de rechter niet bevelen een bepaald besluit te nemen, omdat – zo begrijp ik Tak – een dergelijk bevel niet valt te baseren op de individuele rechtspositie. Uit de bestuurlijke rechtsvaststellingsbevoegdheid vloeit voort dat de individuele rechtspositie eerst dwingt tot waartoe zo'n vaststelling strekt, nadat die vaststelling heeft plaatsgevonden. Voordien is niet sprake van een recht, hoogstens van een waarschijnlijkheid. Tak geeft zelf voorbeelden. Bij een vordering naar aanleiding van een ontslagbesluit zal de rechter ervan uit moeten gaan dat betrokkene in zijn functie niet te handhaven was, maar kan hij wel beoordelen of herplaatsing niet mogelijk was. Ingeval van een vordering in verband met de afgifte van vergunningen krachtens de Hinderwet of de Wet geluidhinder zal de rechter ervan uit moeten gaan dat de vergunde hinder geduld moet worden, maar kan hij wel beoordelen of de last gemitigeerd had moeten worden, bijvoorbeeld via geluidsisolatie.

3.3.2 Commentaar

Tussen het Duitse stelsel en de visie van Tak bestaan overeenkomsten die terug te voeren zijn op het centraal stellen van de individuele rechtspositie als object van geding en uitspraak. Daaruit vloeien voort de beperking van de rechterlijke beoordeling tot de aantasting van rechtens beschermde belangen en de uitsluitende werking van de uitspraak tussen partijen. Toch zijn er mijns inziens zulke relevante verschillen dat ik de suggestie van Tak aan de Nederlandse wetgever in de bundel Nieuw bestuursprocesrecht om te stappen op de 'Duits-Europese trein' niet zo goed begrijp.

In Duitsland immers kan de vaststelling van de individuele rechtspositie wel uitmonden in een vernietiging van het bestuursbesluit of soms zelfs in een bevel een bepaald besluit te nemen. Daar kan de rechter dus wel treden in de rechtsvaststelling waartoe het bestuursorgaan bevoegd is, althans in zoverre die rechtsvaststelling bepaald wordt door bestaande rechtsnormen en zo beschouwd een declaratoir karakter heeft.

De uitwerking die Tak geeft aan het recours subjectif is zeer consequent en roept juist daarom vragen op over de hanteerbaarheid van die vorm van rechts-

bescherming in optima forma op het terrein waarop bestuursorganen tot rechtsvorming en rechtsvaststelling bevoegd zijn.

Ik ga ervan uit dat de materiële en formele rechtsregels die de bestuurlijke besluitvorming normeren tevens tussen het bevoegde bestuursorgaan en de justitiabelen ter bescherming van wier belangen de regels mede strekken, een rechtsverhouding scheppen waarbinnen de laatste aanspraak kunnen maken op naleving door het bestuur van de normen die mede hun rechtspositie (beogen te) bepalen. Voorts meen ik dat de justitiabelen die aanspraak in rechte moeten kunnen handhaven.

De vaststelling door de rechter van de individuele rechtspositie geschiedt zo beschouwd op basis van rechtsregels die het bestuursorgaan bij het nemen van zijn besluit in acht dient te nemen. Derhalve treedt de rechter met zijn rechtsvaststelling onvermijdelijk in een beoordeling van de wijze waarop het bestuur in zijn besluit aan die rechtsregels toepassing heeft gegeven en dus van het besluit in zoverre. Als toch de rechter tot het oordeel komt dat de ontslagene aanspraak kon maken op herplaatsing en de omwonende op isolatievoorzieningen, desavoueert hij dan niet het ontslag c.q. de vaststelling dat de hinder geduld moet worden en dus de vergunningsvoorwaarden?

Tak spreekt over de toepasselijke rechtsregels als over juridische randvoorwaarden. Dat roept mijns inziens een te marginaal beeld op. Het recht bepaalt weliswaar meestal de uitkomst van de besluitvorming van het bestuur niet uitputtend, maar het doordringt wel alle elementen daarvan. Bovendien is rechtmatigheid inderdaad een voorwaarde. Onderkent de rechter dat aan die voorwaarde niet is voldaan, moet dat dan voor het voortbestaan van het besluit geen consequenties hebben? Al gaat het in de procedure voor de rechter uitsluitend om de individuele rechtspositie, die wordt toch èn door het besluit èn door de daarin geschonden rechtsregel bepaald? Ervan uitgaande dat het rechterlijk oordeel over de betekenis van de geschonden rechtsregel prevaleert, dan is met dat oordeel toch een dragend element aan het besluit ontnomen en moet de rechter toch kunnen beslissen dat dit besluit de individuele rechtspositie niet mag bepalen? Als hij dat niet kan, wordt zijn armslag om meer en ander redres te bieden dan schadevergoeding toch wel zeer beperkt.

Men denke aan het geval dat een bouwvergunning is geweigerd en de rechter constateert dat dit gebeurd is op grond van een onjuiste uitleg van een planvoorschrift en dat daarom de onmogelijkheid voor de aanlegger om rechtmatig zijn bouwplan uit te voeren, inbreuk maakt op diens rechtspositie, welke immers door het planvoorschrift mede wordt bepaald. Mogelijk kan de rechter in de visie van Tak niet tot dat oordeel komen omdat de vergunning is geweigerd, maar dan rijst de vraag wat men in zo'n geval bij de rechter kan vorderen. Aangenomen echter dat zo'n oordeel wel mogelijk is, dan zal dat toch op rechtsregels gebaseerd zijn die de verlening van de bouwvergunning in concreto normeren. Impliceert het oordeel dan niet gewoon dat de vergunning ten onrechte op deze grond is geweigerd? En wat kan de rechter dan doen: slechts schadevergoeding toekennen, het bestuursbesluit negeren en – dit in strijd met de Woningwet – toestemming

tot de bouw geven of een maatregel verzinnen die het bestuur er feitelijk/financieel toe dwingt alsnog de vergunning af te geven, zoals in het voorbeeld van het rijbewijs? In het eerste geval is mijns inziens niet sprake van effectieve rechtsbescherming,[1] in het tweede geval verliest de rechtsorde in mijns inziens onaanvaardbare mate aan coherentie en in het derde geval verliezen we ons in formalismen die wezenlijk afbreuk doen aan de inzichtelijkheid van de afbakening van verantwoordelijkheden tussen rechter en bestuur. Mij lijkt het daarom vooralsnog aantrekkelijker om in aansluiting op het Duitse stelsel de rechter de bevoegdheid te laten het bestuursbesluit te vernietigen onder de verplichting de tot die vernietiging leidende rechtsoverwegingen sluitend uiteen te zetten. Ligt op het terrein waarbinnen aan het bestuur regelings- en beschikkingsbevoegdheden toekomen, de essentie van de taakafbakening tussen bestuur en rechter niet toch primair in de strekking van de rechterlijke rechtsoverwegingen? Ik ga er daarbij van uit dat het dictum de logische uitkomst is van die overwegingen niet een soort deus ex machina, zoals het zelf voorzien in geval van resterende discretie op verzoek van partijen.

De problemen die de door Tak aangewezen weg uit een oogpunt van effectieve rechtsbescherming zou kunnen oproepen, leiden tot de vraag welke eisen van buiten het nationale rechtstelsel aan die effectiviteit worden gesteld. Hierboven (in par. 2.1) is al even ingegaan op de op basis van de artikelen 6 EVRM en 14 Bupo gestelde eisen. Hier zullen enkele hoofdlijnen worden aangegeven van hetgeen vanuit het communautaire recht van nationale rechtsbeschermingsstelsels wordt verwacht.

3.4 Het communautaire recht[2]

Artikel 5 van het EEG-Verdrag verplicht de Lid-Staten alle algemene en bijzondere maatregelen te treffen om de nakoming van communautaire verplichtingen te verzekeren. In zoverre het Europese Hof van Justitie terzake van de handhaving van het gemeenschapsrecht geen taak heeft, dient de nationale rechter rechtsbescherming te verlenen aan particulieren ter zake van schending van door hen aan het gemeenschapsrecht te ontlenen aanspraken, volgens het stelsel van het nationale procesrecht. Daartoe worden aan dat procesrecht eisen gesteld, waaronder de non-discriminatie-eis.[3] Voor de hier aan de orde zijnde problematiek zijn

1 Aldus ook Van Male in zijn oratie: p. 9.

2 Gebruik is gemaakt van: J.H. Jans: Over de grenzen van Europees milieurecht, Zwolle, 1992 en: Het belanghebbende-begrip in het licht van het Europese recht; uit: Aantrekkelijke gedachten, Deventer, 1993, p. 195 e.v.; P.J.G. Kapteyn: De organisatie van de rechtsbescherming van particulieren in de EG, NTB 1993, p. 38 e.v.; S.O. Voogt: Europees-rechtelijke invloeden op het administratief procesrecht, uit: Bestuursrecht na 1992, p. 75 e.v. en A.W.M. Bijloos en J.S. van den Oostenkamp: De verhouding van de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht tot de Awb, SEW 1990, p. 853 e.v.

3 Gedoeld wordt op de eis dat regels betreffende communautaire rechtsvorderingen niet ongunstiger mogen zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen.

evenwel primair van belang de effectiviteitseisen die uit artikel 5 door het Hof van Justitie zijn afgeleid.[1] De uitwerking die door het Hof aan die eisen is gegeven is op een aantal onderdelen relevant voor de hierboven weergegeven discussie.

Allereerst is er de vraag of een Schutznorm als ontvankelijkheidsvoorwaarde of relativiteitseis bij de beoordeling ten principale (uit een oogpunt van effectiviteit van de geboden rechtsbescherming maakt dat denk ik niet veel uit) zich verdraagt met deze jurisprudentie. Ik ga er hier van uit dat de Schutznorm zich niet verzet tegen toegang tot de rechter van derden, mits deze hun beroep kunnen baseren op een rechtens beschermd belang.

Met name Jans heeft, onder meer in zijn oratie, naar aanleiding van de uitspraken van het Hof in de zaken Aquire Newman en T.A. Luft,[2] gewezen op de ruime kring van 'Betroffenen' die ingevolge vooral die laatste uitspraak via het nationale procesrecht tegen schending van rechtstreeks werkende milieurichtlijnen moeten kunnen opkomen. Zowel die uitspraken als de uitspraak in de zaak-Verholen[3] wekken de indruk dat het Hof denkt aan twee categorieën beroepsgerechtigden namelijk zij die onder de personele werking van de richtlijn vallen (dat wil zeggen degenen op wier rechtspositie de richtlijn direct betrekking heeft)[4] en zij die rechtstreeks belang hebben bij inachtneming van de richtlijn. Doelt het Hof met dat laatste op feitelijk rechtstreeks belang of op rechtens (indirect) beschermd belang? In dit verband zou de Cook-uitspraak[5] van belang kunnen zijn. Daarin koppelt het Hof de ontvankelijkheid van een beroep tot nietigverklaring van een beschikking van de Commissie tot aanvaarding van steunmaatregelen, ingesteld door een concurrerende firma, niet direct aan rechtstreeks feitelijk belang, maar aan het recht van feitelijk belanghebbenden te worden gehoord in de procedure die ingevolge artikel 93, tweede lid van het Verdrag had moeten worden gevolgd indien de Commissie de zaak niet met toepassing van artikel 93, derde lid vereenvoudigd had afgedaan. In zo'n geval kunnen de feitelijke belanghebbenden hun procedurele rechten slechts afdwingen door beroep in te stellen, aldus het Hof.

Doelde het Hof in de zaak-Verholen echter wel op feitelijk rechtstreeks belang, dan verzet de effectiviteitseis zich tegen een Schutznorm of een relativiteitseis, tenzij die zo ruim worden uitgelegd dat het toch vaak al niet scherp aan te geven onderscheid tussen feitelijk en rechtens beschermd belang vervaagt. Overigens merk ik op dat bij uitstek in het milieurecht – ook met het oog op de daar geldende sociale grondrechten – niet alleen de eis van feitelijk belang,[6] maar ook de eis

1 Zie de uitspraken van het Hof van Justitie van 16 december 1976, 33/76 (Rewe) en 45/76 (Comet), SEW 1977, 469 e.v.

2 Uitspraken van het Hof van Justitie van resp. 7 mei 1992 C-104/90 en 30 mei 1991 C-361/88.

3 Hof van Justitie 11 juli 1991, Jur. 91, I-3757, SEW 1993, 163.

4 Zie ook: Hof van Justitie 4 december 1974, zaak 41/74, Van Duyn, Jur. 1974, p. 1337.

5 Hof van Justitie 19 mei 1993, zaak C-198/91, NJB-katern 1993, p. 441, nr. 37.

6 Zie de beantwoording van M.B. Koetser tijdens de VAR-vergadering over het begrip belanghebbende, VAR-reeks 109, p. 56.

van rechtens beschermd belang een zeer ruime kring van beroepsgerechtigden zou kunnen opleveren.

Belangrijk is ook de jurisprudentie van het Hof waaruit zou kunnen blijken dat direct beroep op en – indien het ontvankelijk is – beoordeling door de nationale rechter (terzake) van rechtsvaststellende bestuursbesluiten strekkende tot uitvoering van gemeenschapsrecht terwille van effectieve rechtsbescherming mogelijk moet zijn. In onder andere de Johnston-uitspraak[1] leidde het Hof uit de effectiviteitseis af dat het mogelijk moet zijn beroep in rechte in te stellen tegen ieder besluit van nationale instanties waarbij uitoefening van een communautair individueel recht wordt geweigerd. Het Hof verwees daartoe naar het constitutionele erfgoed van alle Lid-Staten van de gemeenschap neergelegd in de artikelen 6 en 13 EVRM.

Anderzijds staat de effectiviteitseis niet in de weg aan korte, mits redelijke, beroepstermijnen (Rewe, Comet). Voorwaarde is wel dat voor wat betreft de handhaving van het communautaire recht de beroepstermijn eerst gaat lopen op het moment waarop van een juiste omzetting van een rechtstreeks werkende richtlijn in het nationale recht sprake is. Voordien zijn de rechtzoekenden immers niet in staat hun rechten in volle omvang te kennen.[2]

Vervolgens is er mogelijk een probleem rond de afbakening van het geding. Bezien vanuit de optiek van het recours subjectif dient deze te worden bepaald door de aanlegger, althans door partijen en niet door ambtshalve optreden van de rechter. Ik vraag me echter af of uit artikel 177 EEG-Verdrag en de jurisprudentie daarop van het Hof van Justitie niet valt af te leiden dat de rechter gehouden is over bepaalde rechtsvragen een prejudicieel oordeel in te winnen, ook zonder dat partijen daarom verzocht hebben en buiten hetgeen hen verdeeld houdt. In de zaak-Verholen[3] ging het onder meer om de vraag of het gemeenschapsrecht eraan in de weg staat dat de nationale rechter ambtshalve nagaat of nationale wettelijke regelingen zich verdragen met een richtlijn waarvan de omzettingstermijn is verstreken. Het bevestigende antwoord van het Hof luidt niet alleen in termen van bevoegdheden, maar ook in termen van verplichtingen. De bevoegdheid en in voorkomende gevallen de gehoudenheid ambtshalve een vraag van gemeenschapsrecht op te werpen bestaat ook wanneer justitiabelen voor de nationale rechter een beroep op een richtlijn kunnen doen, doch dat hebben nagelaten. Dit sluit aan op de jurisprudentie inzake de gemeenschapstrouw, volgens welke de nationale rechter tot taak heeft en verplicht is het gemeenschapsrecht integraal toe te passen.[4] Zeer onlangs heeft de Hoge Raad naar aanleiding van een beroep

1 Hof van Justitie 15 mei 1986, zaak 222/84, Jur. p. 1663; zie ook: Hof van Justitie 15 oktober 1987, zaak 222/86, UNECTEF, Jur. p. 1651, A.A. 1989, p. 288 e.v.

2 Hof van Justitie 25 juli 1991, AB ie1992, 1, Theresa Emmott.

3 Zie noot 3 op pag. 40 van dit preadvies. Over dezelfde discussie voor wat betreft civiele cassatie: zie B.H. ter Kuile versus M.R. Mok e.a.; NJB 1993, p. 1136 e.v., p. 1244 e.v. en p. 1482 e.v.

4 Zie bijv.: Hof van Justitie 9 maart 1978, zaak 106/77, Simmenthal, SEW 1978, p. 647 e.v en de uitspraak in de zaak Factortame, Jur. 1990, I-2433.

op dwingendrechtelijke bepalingen van EEG-recht dat in een civiele procedure eerst in cassatie werd gedaan, aan het Hof van Justitie op grond van artikel 177 EEG-Verdrag de vraag voorgelegd of de in geding zijnde beroepspensioenvoorziening door de lagere rechter ambtshalve aan het EEG-recht had moeten worden getoetst.[1]

In aansluiting hierop verwijs ik opnieuw naar de oratie van Jans waarin wordt ingegaan op de voorkeur van het Hof voor een abstracte toetsing van nationale uitvoeringsregelingen in totaliteit aan Europese richtlijnen boven een concrete, op het bestreden besluit toegespitste beoordeling, waarbij de uitvoeringsregeling slechts getoetst wordt in zoverre zij in concreto is toegepast. Uit de uitwerking van die voorkeur blijkt dat de aanvaardbaarheid van ecartering aldus van hele vergunnings- dan wel ontheffingsstelsels niet wordt bezien in het licht van een verbod van een reformatio in peius, maar in het licht van de bedoeling van de richtlijn. Als die zich tegen zo'n ecartering verzet, zo begrijp ik, moet splitsing van de wilsverklaring van de wetgever worden beproefd. Deze constructie zal een reformatio in peius vaak wel kunnen voorkomen, maar dat is niet het primaire argument. Naar Jans aangeeft, dient de handhaving door de nationale rechter van rechtstreeks werkende richtlijnen niet alleen de individuele rechtsbescherming, maar fungeert deze ook als objectief controle-instrument ter waarborging dat de Lid-Staten zich gedragen overeenkomstig het communautaire recht.

Overigens gaan van het communautaire recht niet alleen 'objectieve' impulsen uit. Herinnerd zij aan de uitspraken van het Hof in de zaken Francovich en Bonifaci,[2] inzake het beginsel van staatsaansprakelijkheid voor schade die particulieren ten gevolge van schending van gemeenschapsrecht lijden en die aan de Lid-Staten kan worden toegerekend.

Voor wat betreft het communautaire recht laat ik het hierbij. Het was niet mijn bedoeling een uitputtend exposé te geven over de implicaties van artikel 5 EEG-Verdrag voor de keuze tussen een (meer of minder) subjectief of objectief proces. Ik wilde slechts illustreren dat hier een relevant toetsingskader voor het nationale procesrecht ligt.

3.5 Andere perspectieven

In het voorafgaande is aangegeven dat, ook waar de bescherming van de individuele rechtspositie als doel van de bestuursrechtspraak centraal wordt gesteld, het bestuursprocesrecht objectieve trekken gaat vertonen voor zover het daarbij gaat om de beoordeling – en eventueel: de vernietiging – van bestuursbesluiten. De behoefte van Tak om terwille van het subjectieve karakter van het proces die beoordeling uit te bannen, laat zich dan ook goed verklaren. De vraag is echter

1 Hoge Raad 22 oktober 1993, RvdW 209.
2 Hof van Justitie, 19 november 1991, zaken C-6/90 en C-9/90, NJB 1992, p. 250-253.

of het door hem voorgestane stelsel voldoet uit een oogpunt van effectieve rechtsbescherming (mede gelet op de communautaire eisen op dat punt) alsmede uit een oogpunt van coherentie tussen bestuurlijke en rechterlijke rechtsvaststelling en inzichtelijkheid van de taakafbakening tussen rechter en bestuur.

Daar komt bij dat aan de uitbreiding van de bevoegdheden van de bestuursrechter die (ten dele: op termijn) in de Wet-vef is voorzien, een zekere tendens naar versterking of ten minste handhaving van de objectieve trekken van het bestuursprocesrecht niet kan worden ontzegd.

Allereerst is daar de rechtstreekse beroepbaarheid van beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften.[1] Zelfs in Duitsland leidt de Normkontrollklage tot een overwegend objectief proces, binnen het kader waarvan de Schutznorm omstreden is. Vooral dat laatste zegt wel iets over de aan dit beroep ten grondslag liggende motieven.[2] In dit verband valt op dat in het voorlopig verslag van de Tweede Kamer over het wetsontwerp-vef het later bij amendement ingebrachte rechtstreekse beroep tegen alle besluiten van algemene strekking wordt bepleit 'met het oog op de rechtsstaat en uit een oogpunt van rechtsbescherming' – in die volgorde.[3]

De komende vijf jaar zal moeten worden nagedacht over bijzondere voorzieningen in het bestuursprocesrecht ten aanzien van deze beroepen. Te denken valt aan de kring van beroepsgerechtigden, de kring van partijen, de omvang van het geding, het al dan niet sauveren van vormgebreken, de bevoegdheden van de rechter (waarbij enerzijds valt te denken aan het uitsluiten van het zelf voorzien en anderzijds aan de mogelijkheid van een vernietiging op termijn.[4]), de formele rechtskracht, de beroepstermijn en de gevolgen van de vernietiging.[5] Ook in dat verband zal aandacht moeten worden besteed aan de ontwikkeling van het bestuursprocesrecht in subjectieve dan wel objectieve richting.

Op de tweede plaats is er de uitbreiding van de competentie van de bestuursrechter op het terrein van de vertikale bestuursgeschillen[6] in verband met het wegvallen van het Kroonberoep, met name het openstellen van beroep tegen spontane vernietigingen voor het bestuursorgaan dat de vernietigde beslissing heeft genomen.[7]

1 Zie daarover in kritische zin: J. Boesjes: Een gordel van smaragd, oratie, Deventer 1993.
2 Zie ook: H. Bolt: Benaderingen in het bestuursrecht, uit: Aantrekkelijke gedachten, Deventer, 1993, p. 141 e.v.
3 Tweede Kamer, 1992-1993, nr. 22.495, volgnr. 5, p. 15.
4 Zie: A.W. Heringa: Sociale grondrechten, Zwolle, 1989, hoofdstuk V: de jurisprudentie van het Bundesverfassungsgericht
5 Zie ook: R.M. van Male: Besluiten van algemene strekking, uit: Nieuw bestuurprocesrecht, p. 23 e.v., alsmede de bezwaren van Boesjes in zijn oratie.
6 Voor beslechting van de horizontale bestuursgeschillen is 'arbitrage' bij koninklijk besluit ex art. 136 GW mogelijk, tenzij de zaak behoort tot de kennisneming van de rechterlijke macht. Zie MvT bij het wetsontwerp-vef, Tweede Kamer 1991-1992, nr. 22.495, volgnr. 3, p. 51 e.v.
7 Zie de artikelen 278a van Gemeente- en Provinciewet, voorzien in de Tweede nota van wijziging bij het wetsontwerp-vef, onderdeel V-G, toelichting p. 87 en 88.

Nu kan men met het oog op de rechterlijke beslechting van met name verticale bestuursgeschillen een vergelijking maken tussen de rechtspositie van individuen ten opzichte van de overheid en de rechtspositie van lagere ten opzichte van hogere overheden. Ik betwijfel echter of aldus een reëel beeld wordt gegeven van de overwegingen op grond waarvan op dit terrein voor rechterlijke geschillenbeslechting wordt gekozen. Begrijp ik de betogen in de preadviezen van 1990[1] van Drupsteen en Kraan goed, dan gaat het primair om de handhaving van – thans in het Europese Handvest neergelegde – beginselen van decentralisatie en lokale autonomie, waarbij aan de rechtspraak een sterke rechtsvormende functie wordt toegedacht.[2] Ik herken weinig subjectieve elementen in die benadering.

Ook overigens meen ik dat het in geschillen tussen overheden niet primair om de vaststelling van hun rechtspositie jegens elkaar zal gaan maar veelal rechtstreeks om een zo volledig mogelijke beoordeling van de houdbaarheid in rechte van elkaars besluiten waar die inbreuk maken op de hun voor ogen staande wijze van behartiging van het aan hun zorg toevertrouwde algemene belang. Eenzelfde tendens ziet men waar particuliere organisaties gebruik maken van de in artikel 1:2, derde lid, Awb gecodificeerde mogelijkheid om in rechte op te treden ten bate van algemene en collectieve belangen.

Het valt ook op dat de uitbreiding van de rechterlijke competentie op dit terrein wordt verdedigd met argumenten die primair aan een min of meer algemene controle-optiek ontleend lijken, zoals de bijdrage van de rechtspraak aan het rechtsstatelijk gehalte van de bestuursorganisatie[3] en aan 'een sterkere legitimatie van schorsings- en vernietigingsbesluiten'.[4]

1 Th.G. Drupsteen: Is er leven na de TwK? Over de beslechting van bestuursgeschillen, m.n. p. 59 e.v. en K.J. Kraan: De beslechting van bestuursgeschillen naar komend recht, m.n. p. 80 e.v., VAR-reeks nr. 104.

2 Preadvies Drupsteen, p. 66.

3 Preadvies Kraan, p. 89.

4 Notitie inzake de vorming en toepassing van het instrument van spontane schorsing en vernietiging van 9 april 1992, Tweede Kamer 1991-1992, nr. 21.427, volgnr. 21, p. 7-9.

4 Functie en inrichting van bestuursrechtspraak

4.1 Inleiding

Uit het voorafgaande is gebleken dat het centraal stellen van individuele rechtsbescherming als functie van de bestuursrechtspraak niet als vanzelfsprekend heeft geleid tot een procesvorm die overwegend het karakter heeft van een recours subjectif, in Nederland nog minder dan in Duitsland. De verklaring hiervoor is gelegen in het object van de rechtspraak, dat in beide landen in hoofdzaak wordt gevormd door algemene en geconcretiseerde bestuursbesluiten. Juist dat object blijkt een sterk de structuur van de bestuursrechtspleging bepalend element te zijn. Nu kan men er terwille van een volledige omvorming van het bestuursprocesrecht naar het model van het recours subjectif voor kiezen bestuursbesluiten aan de beoordeling van de rechter te onttrekken. Uit een oogpunt van bescherming van de individuele rechtspositie en in het licht van de noodzakelijke verenigbaarheid van het nationale procesrecht met daaraan gestelde communautaire effectiviteitseisen lijkt me dat echter geen aantrekkelijke weg.

Wel is, zeker in vergelijking tot de situatie in Duitsland, een verdergaande ontwikkeling in de richting van het recours subjectif en een nauwere aansluiting bij de civiele rechtsgang mogelijk. Of zo'n ontwikkeling zich zal voordoen, hangt af van de verdere gedachtenvorming over de functie van de bestuursrechtspraak.

Daarbij zal het enerzijds gaan om de vraag in hoeverre in de wetgeving, de rechtspraktijk en de wetenschap (verder) afstand zal worden genomen van het aan de controle-optiek ontleende gedachtengoed.

De oratie van Van Male leert dat het binden van de rechter aan door appellant tegen een besluit aangevoerde bezwaren als consequentie van het vooropstellen van de rechtsbeschermingsfunctie niet onomstreden is. Ook de wijze waarop vorm zal worden gegeven aan het rechtstreeks beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels zal in dit verband veelzeggend zijn.

Anderzijds zal mijns inziens gekomen moeten worden tot een nadere concretisering van het nogal vage begrip individuele rechtsbescherming, wil dat begrip ter aanduiding van de functie van de bestuursrechtspraak kunnen fungeren als richtpunt bij de verdere vormgeving aan het bestuursprocesrecht.

De mate van verdringing uit het procesrecht van aan de objectieve controle-optiek ontleende elementen en de invulling van het begrip individuele rechtsbe-

scherming hangen overigens met elkaar samen. Er is namelijk een neiging de objectieve elementen te incorporeren in het begrip rechtsbescherming. Op die wisselwerking en op de aanvaarding van individuele rechtsbescherming als functie bij uitstek van de bestuursrechtspraak werken factoren in, waaraan tot nu toe onvoldoende aandacht is geschonken. Ik doel op de betekenis die aan de bestuursrechtspraak wordt toegekend voor de aanvaarding van het overheidsgezag en voor de homogeniteit van de rechtsorde. Waar hieronder wordt ingegaan op het begrip individuele rechtsbescherming zal tevens worden bezien welke invloed van deze factoren uitgaat op het denken over de functie van de bestuursrechtspraak en de betekenis daarbij van de rechtsbescherming.

Tenslotte is voor het bepalen van de toekomstige ontwikkeling van de bestuursrechtspraak van betekenis de visie die men heeft op de positie en de afbakening van die rechtspraak ten opzichte van de civiele rechtspraak en op de mate waarin de rechtspleging op beide rechtsterreinen op elkaar kan worden afgestemd. Daarop zal aan het slot van dit hoofdstuk worden ingegaan.

4.2 De legitimerende werking van de bestuursrechtspraak

Het gaat hier om de veronderstelling dat de bestuursrechtspraak bijdraagt aan de aanvaarding van het overheidsoptreden.

Reeds door Burkens en Stroink[1] en door Van Buuren in zijn preadvies van 1982[2] is erop gewezen dat de legitimerende werking van de bestuursrechtspraak meer op de voorgrond treedt naarmate het legitimerende vermogen van het politiek-democratische systeem afneemt. 'Waar de burger onvoldoende vertrouwen heeft in de kwaliteit van wetgeving en bestuur, hebben de organen van rechtspleging – huns ondanks – mede tot taak gekregen het vertrouwen van de burger in de democratische rechtsstaat te handhaven', aldus de Commissie-Deetman.[3] Van Buuren zag hierin een belangrijke verklaring voor het sterk toegenomen beroep op de rechter. Ook elders is gewezen op de betekenis van de bestuursrechtspraak voor de aanvaarding van het overheidsgezag,[4] recentelijk nog in de eerder aangehaalde notitie inzake het spontane vernietigingsrecht.[5]

Niet altijd is duidelijk of men denkt aan een nevendoel waartoe voor het openstellen van beroep op de rechter wordt (kan worden) gekozen en dat de omvang van de rechterlijke beoordeling mede bepaalt, dan wel aan een nevenefect

1 M.C. Burkens en F.A.M. Stroink: Sociale verzorgingsstaat en consensuele besluitvorming, NJB 1980, p. 743 e.v.

2 P.J.J. van Buuren: De omvang van de rechtsbescherming, preadvies VAR, 1982, VAR-reeks LXXXVIII, hoofdstuk 2.

3 Rapport van de Bijzondere Commissie Vraagpunten, Tweede Kamer 1990-1991, nr. 21427, volgnr. 3, p. 6; zie ook hoofdstuk IV over wetgeving.

4 J.B.J.M. ten Berge: Bescherming tegen de overheid, Zwolle, 1993, p. 38 e.v.; J.B.J.M. ten Berge en B.W.N. de Waard: De individu in het administratief proces: verschuivend perspectief, uit: Recht als norm en als aspiratie, Nijmegen, 1986, p. 238 e.v.

5 Zie noot 4 op pag. 44 van dit preadvies.

dat naast waardering ook zorg oproept, omdat het een moeilijk te controleren groei-impuls in zich bergt. Ook als de aanvullende legitimatie door bestuursrechtspraak niet bewust wordt nagestreefd, zal er echter weloverwogen mee om moeten worden gegaan. Van Maarseveen heeft daar tijdens de vergadering in 1982 mijns inziens terecht op gewezen.[1]

In dat verband lijkt het me van belang te onderscheiden naar de wijze waarop de legitimerende werking zich voordoet.

Heel wel denkbaar is dat zij ten dele meer verbonden is met de positie en het prestige van de onafhankelijke rechter dan met de aard van de rechterlijke functie. Dat de rechter op rechtmatigheid beoordeelt is minder belangrijk dan dat de onafhankelijke rechter nog eens naar de zaak kijkt. Waar het gaat om het bepalen van juist de functie van de bestuursrechter – waarbij de beperking tot een beoordeling op basis van rechtsmaatstaven de gegeven buitengrens vormt – biedt deze vorm van legitimerende werking geen inhoudelijke aanknopingspunten. Sprake is van een neveneffect, waaraan iedere beperking van de toegang tot de rechter afbreuk doet. De ruimte die eraan gelaten wordt zal onvermijdelijk toch moeten worden afgebakend aan de hand van wel op de aard van de rechterlijke beoordeling betrokken maatstaven.

Wat meer houvast aan het denken over doel en functie van de bestuursrechtspraak zou de legitimerende werking die verbonden is met het vertrouwen in de rechtmatigheid van het overheidsoptreden kunnen bieden. Op deze vorm van aanvaarding van overheidsgezag na aanwending van of reeds op grond van de mogelijkheid tot beroep op de rechter moet dan ook nader worden ingegaan.

Legitimerende werking in deze zin speelt zich af op twee niveaus.

Op de eerste plaats is er de verhoging van het vertrouwen van de rechtsgemeenschap in de daadwerkelijke gebondenheid van de bestuursorganen aan op democratische wijze tot stand gekomen regelgeving en in het algemeen rechtsbewustzijn levende rechtsbeginselen, geformuleerd en uitgewerkt in de jurisprudentie van de rechter.[2] Hoewel deze omschrijving associaties oproept met de controle-optiek van het recours objectif, is een dergelijk stelsel van rechtspraak mijns inziens niet noodzakelijk voor legitimerende werking op dit niveau. Ook een meer langs de lijnen van het recours subjectif opgezette bestuursrechtspraak kent jurisprudentievorming met de daaraan verbonden algemene werking, evenals de preventieve werking die uitgaat van de mogelijkheid tot het instellen van beroep.

Voorts speelt de legitimerende werking op het niveau van concrete besluiten en individuele burgers: in hoeverre behoeft de aanvaarding van een ongunstig besluit het rechtmatigheidskeurmerk van de rechter? In hoofdstuk 3 van zijn preadvies heeft Van Buuren erop gewezen dat bestuursorganen niet ongevoelig zijn voor de voordelen van deze extra legitimering. Aldus ontstaat het risico dat

1 De omvang van de rechtsbescherming, verslag, VAR-reeks-LXXXIX, p. 38-40.
2 De Waard, 1987, par. 2.5, p. 84 e.v.

de rechterlijke procedure tot sluitstuk wordt van de bestuurlijke besluitvorming, met name voor lastige gevallen.

De legitimerende werking van de rechtspraak op dit individuele niveau wordt benaderd vanuit twee gezichtshoeken, ingegeven door verschillen in benadering van het legaliteitsbeginsel. Daaruit vloeien uiteenlopende wensen voort ten aanzien van de gerichtheid van de rechterlijke beoordeling.

In de eerste visie ligt het accent op het verbod van détournement de pouvoir en op het specialiteitsbeginsel.[1] Centraal staat de beperking van de mogelijkheden van het bestuur om inbreuk te maken op de vrijheid van burgers, tot gebruikmaking van bevoegdheden en wel uitsluitend terwille van de belangen waartoe die bevoegdheden zijn gegeven. De bestuursrechtspraak strekt mede tot handhaving van die beperking en daarmee tot bescherming van degenen in wier vrijheid en rechtspositie wordt ingegrepen en degenen wier belangen de wetgever aldus beoogde te beschermen. Deze visie sluit aan op het stelsel van rechtsbescherming zoals dat in Duitsland is ontwikkeld.

De tweede visie verbindt aan het beginsel van rechtmatigheid van bestuur bredere consequenties voor de aanvaarding van het bestuursoptreden en de bevordering van die aanvaarding via bestuursrechtspraak. Ik volsta met het aanhalen van de duidelijke woorden van Dorhout[2]: 'In een rechtsstaat moet het bestuur gehouden kunnen worden aan zijn gebondenheid aan de wet (...). Overheidsbesluiten die hem in zijn belang treffen en die rechtens niet genomen hadden mogen worden, behoeft de burger niet te accepteren en moet hij derhalve met succes kunnen aanvechten.' Van Male heeft zich hierbij aangesloten.[3] Men ziet hier de weerspiegeling van de invulling die in de Awb is gegeven aan de rechtsbeschermingsnotie.

Hoewel beide visies op de legitimerende werking van bestuursrechtspraak op individueel niveau zijn afgeleid uit het legaliteitsbeginsel, vertonen ze onderling een duidelijke spanning. Deze spanning ziet niet alleen op de voorwaarden voor de toegang tot de rechter en op de aanvaardbaarheid van de beperking van de rechterlijke beoordeling tot rechtsnormen die strekken tot bescherming van het belang van de aanlegger. Zij werkt mogelijk ook door in het materiële recht. Het lijkt me verre van onwaarschijnlijk dat er bij het hanteren van redelijkheids- en evenredigheidsbeginselen binnen de rechtspraak een zekere druk is ontstaan om de feitelijke belangen die toegang geven tot de rechter in de bestuurlijke besluitvorming te doen meewegen, ook al is dat – al dan niet strikt genomen – niet in overeenstemming met het specialiteitsbeginsel. Deze druk zou de wat wisselende benadering van specialiteitsbeginsel in de Arob-jurisprudentie kunnen verkla-

1 Zie over dat beginsel: F.A.M. Stroink en B.W.N..de Waard: Het specialiteitsbeginsel; uit: Burger en overheid, 1984, Vuga, p. 231 e.v.; R.M. van Male: Enkele aspecten van het begrip belanghebbende in de Algemene wet bestuursrecht, preadvies VAR 1992, VAR-reeks 108, p. 77 e.v.; P. Nicolaï: kroniek NTB 1987, p. 95-96.

2 L. Dorhout: Relativiteit van de onrechtmatigheid, ook iets voor de administratieve rechter?, uit: Non ex Regula, Deventer, 1985, p. 33 e.v., m.n. p. 40.

3 Preadvies 1992, p. 81 en 82.

ren.[1] Of de verbreding van het scala af te wegen belangen – buiten harmoniserende wetgeving om – uit een oogpunt van bevordering van de legitimiteit van bestuursoptreden pure winst is, betwijfel ik. Vanuit het gezichtspunt van degene in wiens vrijheid en rechtspositie wordt ingegrepen is dat waarschijnlijk niet het geval.

Algemeen wordt aangenomen dat de bestuursrechtspraak bijdraagt aan de legitimering van het overheidsgezag. Voor zover die legitimerende werking in verband wordt gebracht met de functie van die rechtspraak, wordt over de wijze waarop daarmee bij de inrichting van de rechtspleging rekening gehouden zou moeten worden, echter even uiteenlopend gedacht als over de functie van de bestuursrechtspraak in het algemeen en over de invulling van het begrip individuele rechtsbescherming in dat verband. Bezien vanuit een andere gezichtshoek, komen dezelfde argumenten en tegenstellingen terug.

Omdat men voor wat betreft de legitimerende werking van de rechtspraak af moet gaan op moeilijk te verifiëren veronderstellingen, worden die veronderstellingen naar mijn indruk meer bepaald door de visie die men heeft op de functie van de rechtspraak dan andersom. Zij die geneigd zijn die functie (mede) te zoeken in een zo breed mogelijke – eventueel ambtshalve – controle op de rechtmatigheid van voorgelegd bestuursoptreden sluiten hun visie op de legitimerende werking, en overigens ook op de invulling van de rechtsbeschermingsnotie, aan op die handhaving in concreto door de rechter van het legaliteitsbeginsel in volle omvang. De andere, meer restrictieve visie op de legitimerende werking sluit aan bij een ten opzichte van het legaliteitsbeginsel min of meer zelfstandige invulling van het begrip rechtsbescherming als functie-omschrijving van de bestuursrechtspraak. Daarop wordt teruggekomen.

Op twee punten heeft de discussie over de legitimerende werking van de bestuursrechtspraak echter wel op zichzelf staand belang.

Op de eerste plaats impliceert de betekenis – ook in de zin van effect – van de bestuursrechtspraak voor de aanvaarding van overheidsgezag dat ook uit dit oogpunt grote risico's verbonden zijn aan maatregelen die een rigoreuze kwantitatieve beperking van de toegang tot de rechter beogen of tot gevolg zullen hebben. Ik denk daarbij met name aan de substantiële verhoging van de griffierechten die te elfder ure in de Wet-vef is voorzien.

Op de tweede plaats moet voorkomen worden dat de legitimeringsbehoefte de rechterlijke instanties overbelast. Overbelasting leidt om tal van redenen (waaronder lange wachttijden, bureaucratiseringstendensen,[2] een overmatig gebruik van efficiencyvoorzieningen en inconsistenties in de jurisprudentie) tot kwali-

1 Zie bijvoorbeeld: AR 21 augustus 1984, AB 542; Vz. AR 27 mei 1986, AB 1987, 267; AR 18 november 1987, AB 1988, 298; 25 juni 1990 AB 1991, 228; 24 juni 1991, GemSt. 6935, nr. 6; 24 juli 1991, AB 1992, 418.

2 Herinnerd zij aan de redevoering van de Voorzitter van de VAR tijdens de vergadering van de vereniging van 1993.

teitsverlies en dus – naar valt aan te nemen – tot aantasting van de legitimerende werking van de rechtspraak.

In verband met het eerste punt zal daartoe vooral bevorderd moeten worden dat het politieke systeem zoveel mogelijk de eigen legitimiteit bewerkstelligt. 'Naarmate de kwaliteit van wetgeving en bestuur beter worden, zal de noodzaak om de rechter in te schakelen afnemen. Uitgangspunt is dat overheidsoptreden op zichzelf legitiem behoort te zijn', aldus de Commissie-Deetman. Zeker dient het bestuur de rechter niet te beschouwen of zelfs aan te wijzen als het legitimerende sluitstuk van zijn besluitvorming.[1] Naast de in het nieuwe procesrecht voorziene proceskostenveroordeling en de heffing van griffierechten ten laste van het bestuur als dit vergeefs in hoger beroep komt,[2] zijn in dit verband van structureel belang de in de Awb voorziene inspraak- en bezwaarprocedures en de verplichtingen van bestuursorganen tot openheid, motivering en openbaarmaking. Met Van Male[3] ben ik van mening dat men rechterlijke toetsing aan dergelijke regels, indien daarbij het oog wordt gehouden op de ratio ervan, niet moet afdoen als onnodig, althans een finale afdoening van het geschil belemmerend, formalisme. Dat is ook niet de benadering van de communautaire rechter.[4]

4.3 Individuele rechtsbescherming als richtpunt

Ook indien ervan wordt uitgegaan dat de taak van de bestuursrechter in belangrijke mate is gelegen in de beoordeling van bestuursbesluiten, kan daarnaast de individuele rechtsbescherming als functie van de rechterlijke beoordeling de structuur van het bestuursprocesrecht wel in sterkere mate mede bepalen dan nu in ons land het geval is. Voorwaarde daarvoor is echter dat bij de invulling van dat begrip niet (vrijwel) volledig wordt aangesloten bij de handhaving van het beginsel van rechtmatigheid van bestuur in volle breedte, maar wordt gezocht naar die handhaving nader afbakende, eigensoortige elementen. Daarmee bedoel ik – uitgaande van de grammaticale betekenis van het woord rechtsbescherming – elementen die betrokken zijn op de rechtspositie van degenen aan wie toegang tot de rechter wordt verschaft en op de verhouding tussen die rechtspositie en de voor de rechter aan te voeren rechtsgronden. Zoals bleek heeft men in Duitsland die weg wel gevolgd.

1 Van Buuren verwijst in zijn preadvies (par. 3.5) op dit punt naar K. Schuyt: Een beroep op de rechter, Deventer, 1978 p. 135 en 162-163 en op de verwijzing door bestuursorganen naar de rechter als instantie voor klachten en bezwaren onder het motto: 'Ga je gelijk maar bij de rechter halen.'

2 Zie de artt. 40, derde lid, Wet op de Raad van State (nieuw) en 22, vijfde lid, Beroepswet (nieuw).

3 Van Male, oratie 1993, pag. 6 en 7.

4 Zie recentelijk: Hof van Justitie 16 juni 1993, C-325/91, NJB-Katern 1993, p. 429, nr. 36: vernietiging wegens strijd met de rechtszekerheid van een op rechtsgevolg gerichte mededeling van de Commissie omdat de rechtsgrondslag van de verbindende kracht niet was vermeld, waardoor onzekerheid bestond over het rechtskarakter van de mededeling.

Bij ons is het rechtstreeks feitelijk belang bij een bestuursbesluit blijven gelden als criterium voor de toegang tot de rechter. Is daarvan sprake, dan kan men alle ten aanzien van de inhoud en de totstandkoming van het besluit relevante rechtsgronden aanvoeren, ongeacht de betrokkenheid daarvan op eigen belang en recht. Aldus kan de geboden rechtsbescherming samenvallen met een integrale rechtmatigheidsbeoordeling van het bestreden besluit die zelfs geen verband behoeft te houden met de reden waarom toegang tot de rechter is verschaft. Men kan dan natuurlijk concluderen dat de rechtsbeschermingsnotie kennelijk neerkomt op de visie dat wie rechtstreeks feitelijk belang heeft bij een besluit, aanspraak kan maken op een in alle opzichten rechtmatig besluit (Dorhout). Op deze wijze echter verliest de notie aan hanteerbaarheid als zelfstandig richtpunt voor de vormgeving aan de bestuursrechtspraak, want wordt ze zelf in overwegende mate bepaald door het beginsel van rechtmatigheid van bestuur in volle omvang, zoals dat in het recours objectif in volle omvang centraal staat en dat het individuele belang en de individuele rechtspositie inderdaad overstijgt.

Nu wordt wel getracht nog enige eigensoortige accenten aan te brengen bij de uitwerking van het begrip individuele rechtsbescherming als functie-aanduiding. De beoordeling door de rechter wordt gebonden aan de aangevoerde bezwaren, met andere woorden aan de rechtsgronden die het feitelijk belang van appellant kunnen dienen. Voorts wordt de rechter de mogelijkheid geboden formele vernietigingen die dat belang niet dienen achterwege te laten. Echter, juist omdat men de rechtsbeschermingsnotie zo nauw verbonden heeft met het legaliteitsbeginsel, vloeien dergelijke beperkingen daaruit niet logisch voort. Het komt erop neer dat de rechterlijke beoordeling niet verband behoeft te houden met het feitelijk belang van appellant, maar dat belang wel moet dienen. Aldus krijgen de beperkingen ook binnen het gekozen denkstramien een waas over zich van niet in het stelsel passende en ook in pejoratieve zin ongepaste eenzijdigheid. Ze worden kwetsbaar voor de tegenwerping dat men toch niet aanspraak kan maken op meer dan een rechtmatig besluit en dat de rechtmatigheid en de noodzakelijke evenwichtigheid van de publiekrechtelijke besluitvorming zich niet verdragen met een eenzijdig ten gunste van appellant strekkende toetsing.[1]

Toch kan het ook niet bij die tegenwerping blijven. Op welke grond en in welke mate men de ambtshalve toetsende rechter ook waardeert, het blijft een gegeven dat het voor de rechter ondoenlijk is alle aan hem voorgelegde besluiten integraal op rechtmatigheid te toetsen. Dat geldt a fortiori waar het gaat om besluiten van algemene strekking. De achterstanden bij de rechterlijke afdoening zouden tot een onaanvaardbaar niveau oplopen; met alle gevolgen van dien voor de kwaliteit en de effectiviteit van de rechtspleging. De rechter zal zich dus als regel moeten beperken. Terwille van de doorzichtigheid van en de eenheid in de rechtsbedeling zullen daartoe maatstaven moeten worden ontwikkeld, die passen in de structuur van het procesrecht. Het ligt mijns inziens in de rede juist die maatstaven af te leiden van wat als de functie van de rechtspraak wordt beschouwd en dus van een

1 Ten Berge/Tak, I, nr. 606 e.v.; B.W.N. De Waard, 1987, pag. 205 e.v.; Van Male, oratie 1993, pag. 27 en 28.

uitwerking van het begrip individuele rechtsbescherming. Men draait echter in een cirkel rond, indien bij die uitwerking overwegend wordt teruggevallen op het legaliteitsbeginsel. Het lijkt me dat voortgebouwd moet worden op de grond waarop toegang tot de rechter wordt verschaft. Ziet men die grond reeds gelegen in rechtstreeks feitelijk belang bij een besluit, dan zal de geboden rechtsbescherming gerelateerd moeten worden aan dat belang. Zo wordt de rechter een duidelijke en systeemconsistente afbakeningsmaatstaf geboden. Aan de gebondenheid in beginsel van de rechter aan de aangevoerde bezwaren – maar dan: voor zover die op het belang van appellant betrokken zijn – doet dit uiteraard niet af.

Men kan echter ook verdergaan en bezien of in navolging van het Duitse bestuursprocesrecht – en meer in aansluiting op het civiele procesrecht – de bestuursrechtelijke rechtsbescherming beperkt zou moeten worden tot de gevallen waarin geklaagd wordt over de schending van rechtsnormen betreffende (de vaststelling van) de eigen rechtspositie of althans de aantasting van rechtens beschermde belangen. Aldus zou in plaats van de rechtmatigheid van het besluit de rechtsverhouding tussen partijen in het geding centraal worden gesteld.

Hiervoor werd al aangegeven dat voor een hernieuwde bezinning hierop wel redenen zijn aan te voeren en dat die redenen zeker aanwezig zijn indien de rechterlijke colleges ook na de invoering van de Wet-vef met een reële mate van overbelasting geconfronteerd blijven. Een dergelijke kwalitatieve beperking valt – ook met het oog op de legitimerende werking van de rechtspraak – verre te prefereren boven een nog verdere verhoging van de nu al bedenkelijke financiële drempels. Voor men zich echter over deze materie een oordeel kan vormen, zal nader onderzoek gedaan moeten worden naar de wijze van hantering van de Schutznorm in Duitsland en naar de verenigbaarheid ervan met de communautaire effectiviteitseisen.

Ik merk daarbij overigens nogmaals op dat op sommige rechtsterreinen, met name het milieurecht, de Schutznorm niet noodzakelijk tot een verregaande beperking van het aantal beroepsgerechtigden behoeft te leiden. Gelet ook op de mogelijke doorwerking van sociale grondrechten in de vaststelling wiens belangen rechtens beschermd worden en wie dus toegang dient te hebben tot de rechter, kan het om grote groepen blijven gaan. Een flexibele hantering van de Schutznorm ondervangt aldus wellicht het gevaar van strijdigheid met het communautaire recht.

Op de zojuist bedoelde rechtsterreinen zal de Schutznorm dan mijns inziens echter in aansluiting op de civiele rechtspraak,[1] niet als volstrekte belemmering moeten worden opgevat voor de ontvankelijkheid van particuliere organisaties die de individuele rechthebbenden bundelen. Ook als men afzonderlijk in beroep komt, vallen individueel en algemeen belang hier in hoge mate samen en uit praktisch oogpunt valt de bundeling toe te juichen.

De vraag in hoeverre een versterkte doorwerking van de rechtsbeschermings-

1 HR 27 juni 1987, NJ 742 en 18 december 1992, Gem. Stem, 6970, 5.

notie in het bestuursprocesrecht zich verdraagt met enige mate van ambtshalve toetsing komt in de volgende paragraaf aan de orde.

4.4 De homogeniteit van de rechtsorde

Wat ook als doel van rechtspraak voorop wordt gesteld, iedere vorm van rechtspraak dient er mede toe bij te dragen aan de ontwikkeling van het objectieve recht. De rechter levert die bijdrage door het bestaan, de betekenis en de werking in concreto van rechtsregels (nader) vast te stellen, door via de onderlinge afbakening van rechtsregels de consistentie van het rechtssysteem te verhogen en door het verband te onderhouden tussen objectief recht en maatschappelijke rechtsopvattingen.[1] In zijn beschouwingen over de drie dimensies van het bestuursrecht wijst Van der Hoeven erop dat bij uitstek in de rechtspraak het geldend recht met gezag wordt geformuleerd, niet zozeer als controle op het bestuur, maar als waarborg voor homogene rechtshantering door uiteenlopende organen en instanties.[2]

Het uitgangspunt dat de rechter deze taak als regel vervult door het beslechten van concrete geschillen in de vorm en de omvang waarin die aan hem worden voorgelegd of door het beslissen op concrete verzoeken, is voor wat betreft de civiele rechtspraak onomstreden en bij de totstandkoming van het uniforme bestuursprocesrecht ook voor de bestuursrechtspraak vooropgesteld.

Voor beide rechtsgebieden geldt echter dat de gebondenheid van de rechter aan het verzoek dan wel aan de omvang van het geschil zoals dat door partijen wordt afgebakend, haar grenzen vindt in zijn verantwoordelijkheid voor de bewaking, waar hem dat mogelijk is gemaakt, van een door strekking en belang van de betrokken rechtsnormen bepaald, noodzakelijk minimum aan homogeniteit binnen de rechtsorde.

Ook de civiele rechtspraak kent enige mate van ambtshalve controle door de rechter op de stellingen en de vorderingen van partijen, bijvoorbeeld de marginale toetsing op onrechtmatigheid en ongegrondheid van de eis in geval van verstek[3] en de ambtshalve beoordeling in hoger beroep op verenigbaarheid van de aangevallen uitspraak met bepalingen van openbare orde, waarop aan het slot van par. 2.3.3 al werd gewezen. Dezelfde maatstaf die in het civiel appel wordt gehanteerd ter vaststelling of sprake is van een bepaling van openbare orde – het niet ter vrije beschikking van partijen staan van de handhaving van rechtsregels – wordt volgens Banda in het Duitse bestuursprocesrecht gebezigd als grond voor de rechter om buiten de vordering te treden.

1 M. Scheltema: Beginselen van administratieve rechtspraak, R.M. Themis 1978, pag. 259 e.v. Zie ook M. Scheltema: Normatieve uitgangspunten bij de inrichting van het administratieve procesrecht, uit Administratieve rechtsgangen, par. 1.3.1 en 1.3.5.

2 J. van der Hoeven: De drie dimensies van het bestuursrecht, 1989, VAR-reeks 100, hoofdstuk X, p. 225 en 226.

3 Art. 76, eerste lid, WRv.

Het lijkt me van belang inzicht te krijgen in de wijze waarop de Duitse bestuursrechter dit criterium hanteert.

Ook de Nederlandse bestuursrechter zal met het oog op de zojuist omschreven rechterlijke verantwoordelijkheid in zekere mate ambtshalve blijven toetsen. Met Banda acht ik het aannemelijk dat hij hiertoe vaker zal overgaan dan de civiele appelrechter. Het bestuursrecht is in sterkere mate dan het civiel recht (mede) betrokken op de bescherming van openbare of kwetsbare belangen. Juist die bescherming kan rechtsregels opleveren aan de handhaving waarvan in de rechtsorde een zodanige betekenis toekomt dat het partijen niet vrij behoort te staan schending van dergelijke normen door aangevochten bestuursoptreden buiten het op dat optreden betrekking hebbend geding te houden.

De kennelijke bedoeling van de wetgever dat de bestuursrechter zich in beginsel beperkt tot de beoordeling van de aangevoerde bezwaren en met name de beperkte capaciteit van die rechter, dwingt echter tot stelselmatige terughoudendheid. Behoudens bevoegdheids- en ontvankelijkheidskwesties in voorafgaande stadia van de procedure, moet mijns inziens gedacht worden aan inbreuken op normen die zeer kwetsbare belangen beschermen of die als structuurelement van de rechtsorde moeten worden beschouwd, zoals grondrechten en andere uit democratisch en rechtsstatelijk oogpunt essentiële voorschriften en voor het openbare bestuur geldende integriteitsnormen.

Ter afbakening van de ambtshalve toetsing wordt wel onderscheid gemaakt tussen gedingen waarbij al dan niet andere – naar ik aanneem rechtens beschermde – belangen betrokken zijn dan die door partijen worden voorgestaan.[1] Enerzijds meen ik dat die betrokkenheid reden kan zijn de derde(n) in de gelegenheid te stellen aan het geding deel te nemen (artikel 8:26 Awb), doch op zichzelf onvoldoende gond oplevert om tot ambtshalve toetsing over te gaan. Ook in deze gevallen zal ambtshalve uitbreiding van het geding ter handhaving van door partijen niet ingeroepen rechtsregels mijns inziens beperkt moeten blijven tot de zojuist omschreven niet te passeren, substantiële onrechtmatigheden. Een rechter moet mijns inziens ook niet tot ambtshalve uitbreiding van het geding overgaan, uitsluitend om zelf in de zaak te kunnen voorzien.

Anderzijds zie ik, opnieuw onder verwijzing naar het civiele appel, nog niet in dat de ambtshalve toetsing zonder meer beperkt moet blijven tot zaken waarbij belangen van anderen dan partijen betrokken zijn. Ook in enkelvoudige relaties kan de rechter op besluiten stoten die de rechtsorde niet kan verdragen. Overigens vraag ik me af of de echte enkelvoudige relaties niet in aantal afnemen. Voor wat betreft subsidies wijs ik op de in de derde tranche Awb in afd. 4.2.2 voorziene regeling inzake subsidieplafonds, waardoor de aan A ten onrechte toegekende subsidie subsidiëring van B kan uitsluiten.

Ik herinner er met verwijzing naar par. 3.4 aan dat ook het communautaire recht in bepaalde gevallen tot ambtshalve toepassing van rechtsregels kan nopen. Dit geldt zowel het civiele recht als het bestuursrecht.

Voor wat betreft de reformatio-in-peius-problematiek: nu de bestuursrechter

1 Recentelijk: Van Male, oratie 1993, p. 26 en 27.

ook formeel niet meer beschikt over de bevoegdheid het geding voort te zetten nadat de aanlegger genoegzaam te kennen heeft gegeven dit te willen beëindigen, lijkt die problematiek verschoven naar voldoening door de rechter aan het verdedigingsbeginsel.[1] De rechter mag partijen in zijn uitspraak niet met ambtshalve overwegingen overvallen; deze zullen in de procedure aan de orde moeten komen. De aanlegger moet, met andere woorden, in staat worden gesteld de bui tijdig te signaleren en daaruit de consequenties te trekken die hij geraden acht. Neemt hij het risico en realiseert de kwade kans zich, dan beschikt de rechter nog over instrumenten (in stand laten van gevolgen, schadevergoeding) om de consequenties daarvan te verzachten, indien daarvoor, ook gelet op de rechtspositie van derden, grond bestaat.

4.5 Bestuursrechtspraak en civiele rechtspraak

Op de achtergrond van een herbezinning op functie en inrichting van de bestuursrechtspraak spelen uiteraard belangrijke vragen een rol betreffende de verhouding tussen civiele en bestuursrechtspraak: hoe moeten beide takken van rechtspraak ten opzichte van elkaar worden afgebakend? Is een verdergaande harmonisatie en op de lange termijn een processuele en zelfs een functionele integratie denkbaar?

Het is niet mijn bedoeling hier in algemene zin op deze ingewikkelde en veelomvattende problematiek in te gaan. Dit is ook niet nodig: we beschikken over de in 1991 aan de NJV uitgebrachte preadviezen van Brenninkmeijer, Van Wijmen en Blaauw,[2] over de in 1986 aan de VAR uitgebrachte preadviezen van Lubach en Van Schendel[3] en ook overigens over een overvloedige literatuur over de magische lijn en de osmose.[4] Ik zal mij beperken tot een op de ontwikkelingen rond de Wet-vef toegespitste benadering.

1 Zie: De Waard, diss. 1987, hoofdstuk 7, met name par. 7.4, p. 326 e.v.

2 A.F.M. Brenninkmeijer: Het procesrecht als proces; P.C.E. van Wijmen: Harmonisatie van procesrecht en J.H. Blaauw: De rechterlijke habitus in burgerlijke en administratieve zaken.

3 D.A. Lubach: De verhouding privaatrecht-publiekrecht in het licht van het Nieuw B.W.; W.A.M. van Schendel: De Boeken 3 en 5 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek en het bestuursrecht.

4 De termen zijn als bekend ontleend aan Van der Hoeven: De magische lijn, uit: Honderd jaar rechtsleven, Zwolle, 1979 en G.A. van Poelje: Osmose, Alphen a/d Rijn, 1959. Zie recentelijk: M. H. Kobussen: De vrijheid van de overheid, diss. 1991, Zwolle; H. Simon: Publiekrecht of privaatrecht, een geschiktheidsonderzoek aan de hand van het nutsmaximalisatiebeginsel, toegespitst op het gebruik van privaatrecht door het bestuur, diss. 1993, Zwolle; A.F.M. Brenninkmeijer: Burgerlijk procesrecht als publiekrecht, 1993, Zwolle en het bijzondere WPNR-nummer 6070 van december 1992 met bijdragen van A.R. Bloembergen, M. Scheltema, W.G. Huijgen, G.E. van Maanen, J.A.F. Peters, J. Spier, M.H. Kobussen, W. Snijders, J.B.M. Vranken en A.F.M. Brenninkmeijer.

Onder de beoefenaren van het bestuursrecht is de visie van Van der Hoeven op de verhouding tussen dat rechtsgebied en het civiel recht vrij algemeen aanvaard.[1] In die visie dient het bestuursrecht te strekken tot normering van het overheidsbestuur in totaliteit, ongeacht het rechtsgebied waarin het gehanteerde instrumentarium zijn grondslag vindt.

Aldus dringt het geschreven en ongeschreven bestuursrecht door in de toepassing van het privaatrecht op toelaatbaar geacht privaatrechtelijk bestuursoptreden en absorbeert het onrechtmatige daadsrecht dat bestuursrecht waar het om bestuursoptreden gaat.

Bepalend voor de afbakening van het begrip overheidsbestuur is het antwoord op de vraag of aard en strekking van het bestuursoptreden en de rechtsverhoudingen waarbinnen dat plaatsvindt, worden beïnvloed door de op de behartiging van het publieke belang gerichte taak van het bestuur.

Terecht wijst Van der Hoeven erop dat van een coherent materieel bestuursrecht dat het zojuist omschreven overheidsbestuur in volle omvang beheerst, nog geen sprake is.[2] Ook in Awb, zoals die op 1 januari aanstaande in werking treedt, staat het besluit als object van normering centraal en wordt voor wat betreft de feitelijke en privaatrechtelijke taakuitoefening door het bestuur vooralsnog volstaan met de bepaling dat onderdelen van de wet daarop van overeenkomstige toepassing zijn, voor zover de aard van de handelingen zich daartegen niet verzet.[3] Dat laatste voorbehoud behelst nu juist de hamvraag, zeker in de benadering van Van der Hoeven.

De ontwikkeling van aan de uitvoering van de publieke bestuurstaak aangepast overeenkomsten- en schadevergoedingsrecht – dat laatste zowel terzake van onrechtmatige als rechtmatige overheidsdaden[4] – verkeert, met uitzondering van de gemeenschappelijke regelingen, nog in een beginstadium. Artikel 3:4, tweede lid, Awb, en de regeling van de subsidieovereenkomst in de derde tranche van de Awb (art. 4.2.3.8) behelzen slechts eerste aanzetten.

De terzake bevoegde civiele rechter past een op het privaatrecht geënt doch met geschreven en ongeschreven bestuursrecht gemengd recht toe.[5] In wisselwerking tussen civiele en bestuursrechtelijke jurisprudentie worden bovendien aan beide rechtsgebieden gemeenschappelijke algemene rechtsregels getraceerd die nu nog alleen in het BW in algemene bewoordingen zijn gecodificeerd, zoals in de artikelen 6:162 (de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad) en 6:203 (het recht op terugbetaling van hetgeen onverschuldigd is betaald).[6] De schakelbepa-

1 Zie recent: J. van der Hoeven: De drie dimensies van het bestuursrecht, 1989, VAR-reeks 100, p. 214 e.v. Aldus: M. Scheltema en D.A. Lubach in: Administratieve rechtsgangen par. 1.6 resp. 2.1.1.4; D.A. Lubach, preadvies 1986, A.J.H.W.M. Versteeg: Verdeling van rechtsmacht, Deventer, 1987, hoofdstuk 2, par. 2 en B. van der Meulen: De normering van het feitelijk handelen van de overheid, NTB 1991, p. 267 e.v.

2 Van der Hoeven 1989, p. 244-246.

3 Art. 3:1, tweede lid, Awb.

4 Zie de bijdrage van J. Spier in WPNR 6074, p. 985 e.v.

5 Zie bijvoorbeeld: HR 23 juni 1989, AB 551 en HR 5 februari 1993, AB 239.

6 Zie CRvB 4 oktober 1973, AB 1974, 284; 6 januari 1982, AB 343.

lingen in het BW[1] maken een verdergaande ontwikkeling in die richting mogelijk doch erkennen tevens de mogelijke noodzaak van een specifiek op het bestuurshandelen aangepaste rechtsvorming. Zowel op het gebied van de overheidsaansprakelijkheid als voor wat betreft overeenkomsten met de overheid bestaat behoefte aan dergelijke specifieke publiekrechtelijke regelingen die althans op hoofdlijnen door de wetgever tot stand zullen moeten worden gebracht.

Alvorens vanuit het bestuursrecht het debat over harmonisatie van civiel- en bestuursprocesrecht en zelfs integratie van beide vormen van rechtspraak adequaat kan worden gevoerd, zal derhalve niet alleen de theorie over object en doel van de bestuursrechtspraak op het thans onder de competentie van de bestuursrechters vallende terrein hechtere vormen moeten krijgen. Buiten dat terrein zal de invloed van de publieke taakuitoefening op de rechtsverhoudingen waarin het bestuur partij is, meer concrete vertaling moeten hebben gevonden in een daaraan aangepast meer volledig normenstelsel. Terwille van een coherente ontwikkeling van het materiële bestuursrecht zal dit mogelijk gepaard moeten gaan met uitbreiding van de competentie van de bestuursrechter tot ook dit terrein. Hierop wordt nog teruggekomen.

Op basis van deze ontwikkelingen in rechtstheorie, rechtsvorming en rechtspraktijk, kan dan vervolgens een gefundeerd oordeel worden gevormd over de – mogelijk gedifferentieerde – eisen die moeten worden gesteld aan het procesrecht dat de gedingen over de uiteenlopende vormen van bestuursoptreden beheerst.

Het lijkt me overigens aannemelijk dat niet alleen het materiële recht, maar ook de modaliteiten van de procesgang mede bepaald zullen blijven door het eigen karakter van de publieke taakuitoefening en de daarop toepasselijke rechtsregels. Ik denk alleen al aan de betrokkenheid bij die taakuitoefening in de ruime, door Van der Hoeven bedoelde zin van vele, tegenstrijdige, ten dele rechtens beschermde belangen, waartoe mogelijk toch bijzondere voorzieningen nodig zullen blijven, zoals die terzake van de toegang tot de rechter, de partijstelling in het geding, het verloop van het onderzoek en de doorwerking van de uitspraak in de verhouding tussen alle betrokkenen. In dit verband wijs ik erop dat binnen de civiele sector het streven erop gericht is de grenslijn tussen dagvaardings- en verzoekschriftprocedure te laten samenvallen met de grens tussen de rechtsgebieden, waarop het al dan niet aan partijen is de rechtsgevolgen van hun handelen vrijelijk te bepalen. Kennelijk leeft ook daar de gedachte dat de mate waarin het materiële recht in verband met de bescherming van een zwakkere partij of de betrokkenheid van het publieke belang de vrijheid van handelen van partijen beperkt, doorwerkt in de procesgang waaronder de opstelling van de rechter ten opzichte van partijen.[2]

Wel kan ook voor wat betreft het procesrecht gedacht worden aan een gemeen-

1 Zie bijv. de artt. 3:59, 3:79 en 3:326.

2 Zie ook: Brenninkmeijer, oratie 1993, p. 27-30.

schappelijk algemeen deel zoals dat is aangeduid door Vranken en Brenninkmeijer.[1]

Anderzijds zouden ook binnen het bestuursprocesrecht differentiaties kunnen worden ontwikkeld, bijvoorbeeld tussen twee- of meerpartijengedingen en tussen gedingen over de aanwending van bestuursbevoegdheden en over de uitvoering van publiekrechtelijke overeenkomsten.

Intussen bestaat er ook aan de zijde van de beoefenaren van het civiele procesrecht behoefte aan, eerst orde op zaken in eigen huis te stellen, alvorens het integratiedebat aan te gaan. Hierboven is al gewezen op de herziening van de civiele procedure in eerste instantie die in het kader van de tweede fase van de herziening van de rechterlijke organisatie op stapel is gezet. Daarbij wordt onder meer gestreefd naar vereenvoudiging en deformalisering van het procesrecht, het behoud van de voordelen van de kantongerechtprocedure oude stijl, voor zover mogelijk ook buiten de zaken waarin partijen in persoon kunnen procederen, de uitbouw en nadere afbakening van de verzoekschriftprocedure en het wegnemen van onnodige verschillen tussen die procedure en de dagvaardingsprocedure.

Overigens wordt in de wetenschap gepleit voor een diepgaander herbezinning op de taak van de civiele rechter en de grondslag van met name de dagvaardingsprocedure. Kortheidshalve verwijs ik hier naar de oratie van Brenninkmeijer.[2] Een ingrijpende herziening van de dagvaardingsprocedure lijkt me overigens bepalend voor de mogelijkheden tot harmonisatie of zelfs integratie. De bezwaren tegen de overformele civiele dagvaardingsprocedure hebben zeker een rol gespeeld bij de besluitvorming over de instelling van afzonderlijke bestuursrechtelijke rechtsgangen.[3]

1 WPNR 6074, p. 1003 e.v., m.n. p. 1016 en 1017.

2 M.n. p. 24-31 en 46-50.

3 Ter illustratie van de noodzaak tot hervorming van de dagvaardingsprocedure zij verwezen naar de oratie van Brenninkmeijer, 1993, p. 24 e.v. en 43 e.v. en naar H. van Breda: Het kort geding als donor voor de bodemprocedure nieuwe stijl?, NJB 1993, p. 1197 e.v.

5 Slot

De Wet-vef is verre van het resultaat van een afgeronde heroriëntatie van de bestuursrechtspraak. In het kader van de gefaseerde herziening van de rechterlijke organisatie zal een voortgaande bezinning op doel, object en inrichting van die rechtspraak moeten plaatsvinden.

Ter afronding van dit preadvies wil ik een aantal uit het voorafgaande voortvloeiende vraagpunten opsommen die daarbij aan de orde kunnen komen. Ook zal worden aangegeven in hoeverre het nieuwe bestuursprocesrecht aan de rechtspraktijk de ruimte biedt om aan het vinden van antwoorden daarop een bijdrage te leveren.

1. Zal de afwijzing van waarborging van de rechtmatigheid van bestreden besluiten als (neven)doel van bestuursrechtspraak zich inderdaad overwegend doorzetten en zullen wetgeving en rechtspraktijk consequent op die afwijzing worden afgestemd?

Zowel de in de paragrafen 3.4 en 3.5 aangegeven ontwikkelingen als de recente literatuur laten ruimte voor twijfel. Het antwoord op de vraag is direct van belang voor de aanvaarding van de gebondenheid van de rechter aan de aangevoerde bezwaren en op termijn voor de vormgeving aan het rechtstreekse beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels.

Ik neem ten opzichte van deze vraag een nogal pragmatisch standpunt in. Het doel waartoe de bestuursrechtspraak wordt ingericht, moet gegeven de beperkte capaciteit van de rechterlijke organisatie en de eisen die aan de rechterlijke procedure moeten worden gesteld, een goed haalbare taakstelling impliceren. De rechtspraak moet niet worden gebaseerd op wat mijns inziens een illusie is, namelijk de gedachte dat de rechter – uitgaande van de zojuist bedoelde randvoorwaarden – in staat is alle aan hem voorgelegde bestuursbesluiten integraal op rechtmatigheid te toetsen en aldus het legaliteitsbeginsel voor wat betreft die besluiten ten volle te handhaven. Als regel zal hij zijn beoordeling moeten beperken en die beperking moet dan logisch voortvloeien uit het doel van de rechtspraak. Een te ambitieuze taakstelling als de algehele rechtmatigheidstoetsing van bestreden besluiten, die slechts wordt waargemaakt in de gevallen waarin aard en strekking van het besluit en de belasting van de rechter op dat moment dat toelaten, is bezien vanuit het gestelde doel weinig effectief en leidt tot een niet-gerechtvaardigd verschil in procespositie tussen appellanten.

Verder is er een goede – wel principiële – reden aan te voeren voor rechtsbescherming als primair doel van bestuursrechtspraak. In hoofdstuk 6 van zijn dissertatie heeft Brenninkmeijer het recht op toegang tot de rechter ter realisering van rechten en als voorwaarde voor fysieke machtsuitoefening terecht als grondrecht aangemerkt. Het ligt in de rede de inrichting van de rechtspleging op een optimale realisering van dat grondrecht af te stemmen.

2. Tevens, en daarmee kom ik op een tweede bezinningspunt, heeft Brenninkmeijer gesignaleerd dat het recht op toegang tot de rechter een open norm is, waarvan de invulling in sterke mate afhankelijk is van de (politieke) besluitvorming door de wetgever na afweging van de belangen van de gemeenschap en van het individu.

Nauw hiermee verbonden is de uitleg van het begrip individuele rechtsbescherming als doel van de bestuursrechtspraak. Een duidelijke concretisering van dit begrip kan immers als leidraad dienen ter bepaling aan wie onder welke voorwaarden toegang tot de rechter moet worden verschaft. Bij de totstandkoming van de Wet-vef, waarin individuele rechtsbescherming als primair doel van de bestuursrechtspraak is aangegeven, is zo een concretisering niettemin achterwege gebleven. Een bij een doelstelling passende gidsfunctie heeft het begrip ook niet kenbaar vervuld. De betekenis die eraan is toegekend, moet worden afgeleid uit de modaliteiten van het voorziene beroepsrecht.

Bij een kritische herbezinning op die betekenis rijst terzake van overheidsoptreden in de vorm van bestuursbesluiten allereerst de vraag of de rechterlijke vaststelling van de rechtspositie van de aanlegger kan en moet worden losgemaakt van de beoordeling door de rechter van een bestuursbesluit, mogelijk zelfs onder uitsluiting van de mogelijkheid tot zo'n beoordeling. In de paragrafen 2.3.1, 3.3.2 en 3.4 heb ik aangegeven waarom de – onderling sterk uiteenlopende – schetsen van dergelijke stelsels in de parlementaire geschiedenis van de Wet-vef en van Tak mij (nog) niet zo aanspreken. De kwestie is echter duidelijk in discussie.

Ook indien men meent dat beoordeling van bestuursbesluiten mogelijk moet blijven, is er mijns inziens aanleiding de komende tijd opnieuw te bezien of voor wat betreft die beoordeling vastgehouden moet worden aan een stelsel waarin rechtstreeks individueel feitelijk belang bij zo'n besluit voldoende voorwaarde is voor toegang tot de rechter, dan wel of niet toch een rechtens beschermd belang moet worden geëist. De uitkomst van een herbezinning op dit punt zal onder meer afhankelijk zijn van nader onderzoek naar de hanteerbaarheid en de aanvaardbaarheid uit een oogpunt van effectieve rechtsbescherming van dat laatste criterium.

Op andere vormen van bestuursoptreden dan bestuursbesluiten is nu meestal het civielrechtelijke stelsel van rechtsbescherming van toepassing. Naast acties ter handhaving van subjectieve rechten kan men opkomen ter verkrijging van vergoeding van schade aan belangen ten gevolge van schending van rechtsnormen welke die belangen beogen te beschermen of ter voorkoming van dergelijke

schadetoebrengende rechtsschendingen.[1] Naar de mate waarin de bevoegdheid van de bestuursrechter op dit terrein wordt uitgebreid, zal de vraag opkomen of aan dit stramien moet worden vastgehouden.[2]

3. Vervolgens is er de vraag of een systeemconsistente afbakening (beperking) van de rechterlijke beoordeling er niet toe noodzaakt die afbakening als regel te doen aansluiten op de maatstaf op grond waarvan toegang tot de rechter wordt verschaft. Het huidige bestuursprocesrecht legt dat verband niet: de rechter wordt slechts gebonden geacht aan de aangevoerde bezwaren, ongeacht de betrokkenheid daarvan op de belangen op grond waarvan appellant toegang heeft tot de rechter.

De vraag of die laatste beperking al dan niet in artikel 8:69, eerste lid, Awb te lezen valt, zal de komende tijd wel aan de orde komen, maar de betekenis van het antwoord voor de rechtspraktijk lijkt me niet zo groot. De noodzaak tot beperking van de rechtmatigheidsbeoordeling heeft ertoe geleid dat het zich in beginsel bepalen tot de aangevoerde bezwaren nu al de heersende gedragslijn van de administratieve rechters is.[3]

Het gebrek aan systeem op het hier aan de orde gestelde punt bood de wetgever de ruimte om naast de in artikel 8:69, eerste lid, Awb gelezen beperking een geheel andersoortig afbakeningscriterium op te nemen, namelijk de – beperkte – relativiteitseis van artikel 6:22. De wijze waarop de bestuursrechters aan deze bepaling toepassing zullen gaan geven, zal zeker van betekenis zijn voor de gedachtenvorming over de invulling van het begrip rechtsbescherming als doelstelling van de bestuursrechtspraak.

Overigens valt te verwachten dat de bestuursrechter ook in het kader van de beoordeling van verzoeken om schadevergoeding met het verband tussen geconstateerde rechtsschending en de rechtspositie van verzoeker geconfronteerd zal worden.

Voor wat betreft schendingen van materieel recht zou het relativiteitselement enige rol kunnen gaan spelen bij de aanwending van de bevoegdheid van de rechter om (de) rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand te laten (artikel 8:72, derde lid, Awb).

Ook dit soort ontwikkelingen in de rechtspraktijk kunnen van betekenis zijn voor de onder 2 bedoelde vraagstelling.

1 Verscholen binnen de tweede categorie liggen de zaken waarin de onrechtmatigheid niet is gelegen in het schadeveroorzakend overheidsoptreden, maar in het uitblijven van (afdoende) schadevergoeding wegens rechtmatig overheidsoptreden, waartoe een gehoudenheid kan bestaan op grond van het beginsel van égalité devant les charges publiques. Zie recentelijk: J. Spier: Aansprakelijkheid terzake van rechtmatige overheidsdaad, WPNR 6074, p. 985 e.v. en de daarvermelde, overvloedige literatuur.

2 Zie bijvoorbeeld artikel 18, eerste lid, aanhef en onder b van de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie, als vastgesteld in deel 3, artikel V van de Wet-vef.

3 M. Schreuder-Vlasblom: Tussen dominus litis en knecht van twee meesters, NTB 1991, p. 69 e.v.

4. Welke eisen ook gesteld worden aan de gronden die de aanlegger voor de rechter kan aanvoeren, steeds resteert de vraag of en wanneer de rechter daar ambtshalve buiten kan treden. Onder verwijzing naar – onder meer – het civiele appel heb ik gesteld dat deze mogelijkheid niet kan worden uitgesloten. Ook de in par. 3.4 beschreven ontwikkelingen in het communautaire recht wijzen in die richting. Te denken valt aan de schending van rechtsnormen die zeer kwetsbare belangen beschermen of die als structuurelementen van de rechtsorde moeten worden beschouwd. Zie par. 4.4.

5. Met de omvang van de ambtshalve beoordeling door de rechter hangt nauw samen de vraag naar de procespositie van derde-partijen. Indien zij eigen, geheel los van die van de aanlegger staande gronden kunnen aanvoeren en aldus de omvang van het geding mede kunnen bepalen, zal de ambtshalve uitbreiding van het geding verder worden teruggedrongen.

Een dergelijke procespositie voor de derde-partij is bepleit door Vranken en Brenninkmeijer.[1] Ik meen dat de aanvaardbaarheid ervan afhankelijk is van het stelsel van bestuursrechtspraak waarbinnen het geding zich afspeelt.

Een stelsel waarin bestuursbesluiten object plegen te zijn, impliceert de veronderstelling dat, uitgaande van adequate voorlichting over (de inhoud van) het besluit en de openstaande rechtsmiddelen, een belanghebbende die geen beroep instelt erin berust dat het besluit formele rechtskracht krijgt. Aan die veronderstelling wordt de grond ontnomen indien een andere belanghebbende wel beroep instelt, doch slechts in zoverre het besluit daardoor weer ter discussie staat. Zou de rechter ongeacht de beroepsgronden daadwerkelijk de rechtmatigheid van het besluit in volle omvang beoordelen, dan bestaat tegen de bevoegdheid van een derde-partij om met eigen gronden te komen geen bezwaar. Pleegt de rechter zich ook in meerpartijen-gedingen echter tot de aangevoerde bezwaren te beperken of wordt hij daartoe zelfs gehouden geacht, dan staat het besluit slechts op die onderdelen ter discussie die met de bezwaren van appellant samenhangen. Een evenwichtige verhouding tussen alle betrokken partijen eist dan mijns inziens dat deelneming van derden aan het geding gerelateerd wordt aan hetgeen door de – wel tijdig met voldoening van griffierechten in beroep gekomen – aanlegger in geding is gebracht. Dit is slechts anders voor zover sprake is van ambtshalve uitbreiding van het geding.

Als gesteld in par. 2.3.3 kunnen, uitgaande van die procespositie van derde-partijen, vraagtekens worden geplaatst bij de in de toelichting op de Wet-vef geformuleerde voorwaarden voor toegang tot het geding via artikel 8:26 Awb. De op basis van die bepaling te ontwikkelen rechtspraktijk hangt nauw samen met de afbakening van het geding en zal met name ook vanuit dat oogpunt de aandacht kunnen gaan trekken.

6. Welke ontwikkelingen zullen zich binnen het terrein van de beoordeling van bestuursbesluiten voordoen bij de aanwending van de rechterlijke afdoeningsbe-

1 Zie noot 1 op pag. 25 van dit preadvies.

voegdheden? Zal de rechtspraktijk een versterkte tendens te zien geven naar wat in de literatuur wel 'finaal-materiële rechtspraak' is genoemd?[1] Met die aanduiding wordt als ik het goed zie gedoeld op het doen van uitspraken die rechtstreeks of indirect – via een uitputtend bevel aan het bevoegde bestuursorgaan – de in geding zijnde (onderdelen van de)materieelrechtelijke rechtsverhouding tussen partijen bepalen.

De accentuering van de bevoegdheid van de bestuursrechter tot het toekennen van schadevergoeding bevordert in zoverre het doen van finale rechterlijke rechtsvaststellingen, zij het dat die bevoegdheid gekoppeld blijft aan vernietiging van het bestreden besluit. Een 'Bolsius-constructie'[2] is dus niet mogelijk, ook niet via artikel 6:22 Awb. Ingeval van schade is er trouwens benadeling en kan die bepaling dus geen toepassing vinden.

Voor wat betreft het zelf voorzien behelst de Wet-vef geen verruiming van de mogelijkheden. Ik houd het erop dat het moet gaan om een door de in concreto toepasselijke rechtsregels dwingend bepaalde rechtsvaststelling. Een ruimere rechtspraktijk die zich ook uitstrekt over gevallen waarin voor het bestuursorgaan beoordelingsruimte resteert, valt mijns inziens van de rechtbanken niet te verwachten. Ik denk dat deze de restrictieve gedragslijn van het CBB en – voorheen – de sociale zekerheidsrechter zullen volgen. De gedragslijn van de TwK-rechter met zijn vaste adviseurs en zijn Kroonberoep-traditie ligt als model veel minder voor de hand.[3] Bovendien zijn de mogelijkheden voor de rechter om de zaak zelf af te doen verminderd ten gevolge van de door de wetgever beoogde beperking van de rechterlijke beoordeling tot de aangevoerde bezwaren.

Wel zijn er meer wegen om tot een materiële oplossing van het geschil te komen, doordat de rechter met toepassing van artikel 6:22 Awb formele vernietigingen die hij niet zinvol acht, kan voorkomen. Indien men een dergelijke uitspraak wil aanduiden als 'finaal-materiële rechtspraak', moet daarbij wel bedacht worden dat een ongegrondverklaring via artikel 6:22 Awb in zoverre geen rechtmatigverklaring van het bestreden besluit inhoudt, zelfs niet partieel.

7. Aan het slot van hoofdstuk 4 is ingegaan op de verhouding tussen civiele en

1 J.B.J.M. ten Berge en R.J.G.M. Widdershoven: Materiële rechtvaardigheid in administratieve rechtspraak, uit: B. Hessel (red.): De knikkers van het spel, Utrecht 1993, p. 48 e.v.

2 Zie HR 2 februari 1990, AB 223: overheidsaansprakelijkheid wegens onzorgvuldig optreden bij de voorbereiding van de beschikking, zonder dat die beschikking in beroep is vernietigd.

3 Zie hierover: T. ter Brugge e.a.: Kroongeschillen en het nieuwe bestuursprocesrecht, p. 60 e.v., 72 e.v. en 202 e.v.; R.J.G.M. Widdershoven e.a.: Evaluatie van de TwK op het gebied van het milieurecht, zie in onderling verband: hoofdstuk 4 en 10. Overigens ben ik niet zo'n bewonderaar van de TwK-gedragslijn. Kort gezegd meen ik dat de rechter wel zeer voorzichtig moet zijn om ten gerieve van hen die als partijen optreden en op hun inhoudelijke overeenstemming afgaand de zaak kort te sluiten, ben ik het oneens met de te generaliserende benadering door de Afdeling geschillen van de betekenis van evaluatieve normen en heb ik twijfels over de zware rol van de vaste deskundigen ten behoeve van de Afdeling naar wie de afdoening van zaken soms in hoge mate verschuift.

bestuursrechtspraak. Daar is gememoreerd dat men noch aan bestuursrechtelijke, noch aan civielrechtelijke zijde gereed is voor een concludent debat over verregaande vormen van harmonisering van procesrecht of zelfs integratie van rechtspraak.

Op bestuursrechtelijk gebied zal gewerkt moeten worden aan de herbezinning op doel en inrichting van de rechtspraak, maar ook aan de uitbreiding en verdieping van het materiële bestuursrecht met betrekking tot de taakuitoefening van bestuursorganen anders dan door middel van het nemen van besluiten.

Zo een verbreding van het bestuursrecht zal de vraag doen rijzen of de competentie van de bestuursrechter dienovereenkomstig moet worden uitgebreid. Een samenhangende ontwikkeling van het materiële bestuursrecht zal niet gebaat zijn met een scheidslijn op het punt van de rechterlijke competentie. Nu wisselt de mate waarin gebruikmaking van privaatrechtelijke – althans aan dat recht ontleende – rechtsfiguren door het bestuur mede beheerst wordt door het bestuursrecht vrij sterk. Het lijkt me echter niet doenlijk de competentieafbakening tussen civiele en bestuursrechter van die maat te doen afhangen. Als voor uitbreiding van de bevoegdheid van de bestuursrechter wordt geopteerd, dan zal diens competentie het gehele bestuurshandelen moeten gaan omvatten.

Een dergelijke concentratie van rechtsmacht zal de ontwikkelingen binnen het bestuursprocesrecht mede gaan beïnvloeden. Te denken valt aan een verdergaande differentiatie van procesvarianten en aan de mogelijkheid dat de meer 'subjectieve' procesvarianten[1] op onderdelen gaan doorwerken in het procesrecht betreffende gedingen over bestuursbesluiten.

Concentratie van bestuursrechtspraak zal mogelijk al in relevante mate worden bewerkstelligd door de Wet-vef.

De vaststelling van schadevergoeding wegens onrechtmatige besluiten zal naar verwachting in toenemende mate het sluitstuk van de bestuursrechtelijke procedure worden.

Als gesteld is de bestuursrechter bij de totstandkoming van de Wet-vef bovendien aangespoord om ook buiten het terrein van het ambtenarenrecht en de taakuitoefening door de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie (derhalve met name in het overige economische bestuursrecht en de oude Arob-sector) ook dan beroep tegen zuivere schadebeslissingen te ontvangen, indien die beslissingen niet gebaseerd zijn op een wettelijk voorschrift of een gepubliceerde beleidsregel. In hoeverre – als dit inderdaad zou gebeuren – aldus de beoordeling van schadeacties in verband met rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaden zal verschuiven naar de bestuursrechter[2] hangt af van de wijze waarop deze zijn competentie op dit terrein nader zal afbakenen. Gelet op de jurisprudentie van het CBB[3] is

1 Ik doel op subjectief voor wat betreft bijvoorbeeld de voorwaarden voor toegang tot de rechter – waaronder termijnen – de regeling van de eis (gebondenheid van de rechter aan de eis, eisen in reconventie), en de gerichtheid van de rechterlijke beoordeling op de rechtsverhouding tussen partijen.

2 Zie Tak: De Algemene wet bestuursrecht, 1993, p. 108 en 109.

3 CBB 22 april 1975, AB 149.

denkbaar dat de bestuursrechter slechts schadeacties zal ontvangen, indien hij competent is terzake van het schadeveroorzakende bestuursoptreden.[1]

Uiteraard zullen de ontwikkelingen binnen beide takken van procesrecht en rechtspraak zich niet in isolement (dienen te) voltrekken. De personele en organisatorische integratie van de bestuursrechtspraak in eerste instantie met de civiele en strafrechtspraak zal er, naar ik aanneem, het hare toe bijdragen dat te voorkomen. Het valt daarbij te hopen dat de interne structuur van de civiele sectoren binnen de rechtbanken er niet toe zal leiden dat de dagvaardingsprocedure met verplichte procesvertegenwoordiging in een relatief isolement komt te verkeren en de wisselwerking tussen civiele en bestuursrechtspraak voor wat betreft de eerste tak in hoofdzaak beperkt blijft tot de verzoekschriftenprocedure en de afhandeling van zaken waarin partijen in persoon kunnen procederen.

1 Zie nader: J.M.W. de Planque: De mogelijkheden van de administratieve rechter en de Kroon om het bestuur tot schadevergoeding te veroordelen, preadvies VAR 1989, VAR-reeks nr. 102, m.n. p. 74 en 75, alsmede: R.M. van Male en B.P.M. van Ravels: Tot schade van allen; de onvolkomen schadevergoedingsregeling van de Awb, Bouwrecht sept. 1993, p. 669 e.v.

Beschikkingsprocesrecht

door mr. D. Allewijn

Inhoud

1 Inleiding 69
- 1.1 Rechter en bestuur 69
- 1.2 Ontwikkelingen 72
- 1.3 Thema van dit preadvies 73
- 1.4 De opbouw van dit preadvies 74
- 1.5 Enkele terminologische kwesties 76

2 De beschikking als instrument voor het bestuur en als centraal document in de procedure 78
- 2.1 Het besluit 78
- 2.2 Rechtskracht van beschikkingen 80
- 2.3 Rechtsbescherming 81
- 2.4 De beschikkingnemer als aanlegger van het rechtsgeding 82
- 2.5 Twee soorten procedures 84

3 De rechtsbetrekking in het bestuursrecht 88
- 3.1 Inleiding 88
- 3.2 Bevoegdheidstoedeling aan de hand van het begrip rechtsbetrekking? 90
- 3.3 De bestuursrechter 91
- 3.4 Recapitulatie 93

4 De Awb: Schuiven de panelen? 94
- 4.1 Inleiding 94
- 4.2 Uitspraak op de grondslag van het beroepschrift 96
- 4.3 Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden en feiten 103
- 4.4 Conclusie 106

5 Kenmerken van bestuursrechtspraak 108
- 5.1 Inleiding; ongelijkheidscompensatie als onderdeel van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking 108
- 5.2 Het controle-element 111
- 5.3 Beleidsoriëntatie 114
- 5.4 Nog enkele eisen waaraan bestuursrechtspraak moet voldoen 115

6 Tot slot 125

1 Inleiding

1.1 Rechter en bestuur

Iemand moest Josef K. belasterd hebben, want zonder dat hij iets kwaads had gedaan, werd hij op een ochtend gearresteerd. Rechtsbescherming tegen de overheid is hier dringend gewenst! Josef K. zou er waarschijnlijk genoegen mee hebben genomen als hij, vertegenwoordigd door een procureur, de staat voor de burgerlijke rechter in kort geding had kunnen dagvaarden met de vordering hem onmiddellijk in vrijheid te stellen. Zouden wij echter menen dat hij daarmee voldoende effectieve rechtsbescherming genoot? Neen, wij vinden dat het Openbaar Ministerie personen die het heeft vastgenomen, eigener beweging aan de rechter dient voor te leiden teneinde diens goedkeuring voor verdere gevangenhouding te verkrijgen. En een nieuwe gang naar de rechter is nodig voor het verkrijgen van een veroordeling.

Dit preadvies gaat over bestuursrechtspraak, over de rechter, over het bestuur, en over de verhouding tussen die twee. Aan de bemoeienis van de rechter met het overheidsbestuur is in ons staatsbestel op verschillende manieren vorm gegeven. Soms verricht de rechter zelf bestuurshandelingen, soms moet het bestuur de rechter benaderen eer het bestuurshandelingen mag verrichten, en soms is het initiatief voor het inschakelen van de rechter bij de burger gelegd.

Het meest intensief is die bemoeienis daar, waar aan de rechter zelf de uitoefening van bestuurstaken is opgedragen. Te noemen vallen in dit verband de extra-judiciële bevoegdheden die de rechter aan boek 1 BW ontleent. Vooral de activiteiten van de kinderrechter vertonen een sterke overeenkomst met die van een bestuursorgaan. Niet alleen spreekt hij zelf de ondertoezichtstelling van een minderjarige uit, maar ook heeft hij de leiding over het toezicht dat door de gezinsvoogd wordt uitgeoefend. Hij beschikt in verband daarmee over vergaande bevoegdheden. De rechter als bestuurder.

Een ander voorbeeld is de bevoegdheid die de Haagse Rechtbank op grond van de Rijkswet op het Nederlanderschap heeft om een uitspraak over de nationaliteit van een persoon te doen. Bij het ontwerpen van die wet is lang geaarzeld of hier een bestuursbevoegdheid met (toen nog) arob-beroep in het leven zou worden geroepen of een rechtstreekse bevoegdheid van de rechter.[1]

Ook zeer intensief is de bemoeienis van de rechter daar, waar het bestuur de bevoegdheid heeft gekregen om de vrijheid of het eigendom van de burger aan te tasten. Met name in kwesties van habeas corpus mag het bestuur vrijwel niets buiten de rechter om ondernemen. Zo behoeft het gevangen houden van verdachten, net als het uitleveren van personen aan andere mogendheden en het gedwongen opnemen van psychiatrische patiënten, op korte termijn de goedkeuring van de rechter. Het toepassen van vrijheids- en vermogensstraffen is slechts toegestaan na een veroordeling door de rechter.

Bij onteigening is de vaststelling van de volledige schadevergoeding, als partijen er niet onderling uitkomen, een taak van de rechter. Bijstandsuitkeringen kunnen door het bestuur slechts na rechterlijke tussenkomst worden verhaald. In al deze gevallen *dient het bestuur de rechter te benaderen* om diens medewerking aan voorgenomen bestuurshandelingen te verkrijgen.

In andere gevallen heeft het bestuur de bevoegdheid eigener beweging, zonder voorafgaande toestemming van de rechter, de rechtspositie van zijn burgers aan te tasten. Die bevoegdheid oefent het bestuur uit door het nemen van beschikkingen. Het opleggen van een belastingaanslag, het toepassen van bestuursdwang, het bij wege van sanctie verlagen van een uitkering of intrekken van een vergunning, het kan allemaal geschieden zonder dat de rechter eraan te pas komt. Voor de rechterlijke controle op deze bevoegdheidsuitoefeningen geldt een 'piepsysteem': als de rechtstreeks betrokkene niet binnen zes weken het aangegeven rechtsmiddel aanwendt, wordt de aantasting van de rechtspositie bij beschikking voor rechtmatig gehouden. De beschikking krijgt dan rechtskracht: zij strekt belanghebbenden tot recht.

In nog weer andere gevallen oefent de overheid haar bestuurstaak uit zonder daarbij bijzondere publiekrechtelijke bevoegdheden aan te wenden. Zij sluit convenanten en contracten, benut haar positie als eigenares van grond of gebouwen, of verricht louter feitelijke handelingen. Van burgers die in zulke gevallen de bescherming van de rechter willen inroepen, worden meer initiatieven verlangd dan het enkele gebruik maken van het 'piepsysteem' dat bij beschikkingen geldt. Zij moeten met de overheid een rechtsstrijd in de eigenlijke zin van het woord aangaan. Daarbij dragen zij de verantwoordelijkheden en risico's die in het algemeen horen bij het in rechte betrekken van een ander, zoals, als het om een bedrag van enige omvang gaat, het inhuren van een procureur, het formuleren van een trefzekere vordering, het dragen van bewijslast en bewijsrisico, en het lopen van een procesrisico: verlies gaat gepaard met een veroordeling in de proceskosten van de overheid.

Genoemd moet nog worden de bevoegdheid van de overheid om besluiten te nemen die geen beschikkingen zijn: besluiten van algemene strekking, waaronder

1 Zie hierover: Van den Blink, De procedure tot vaststelling van het Nederlanderschap, een stap op de weg naar integratie van gewone en administratieve rechtspraak?, Deventer 1989.

beleidsregels, en algemeen verbindende voorschriften. Voor zover het hier om algemene rechtsregels gaat is de rechterlijke bemoeienis mede afhankelijk van de gekozen wijze van handhaving. Ook kan de rechter worden benaderd met een vordering uit onrechtmatige regelgeving. Het mogelijk maken van beroep tegen beleidsregels en (in een verder verschiet) algemeen verbindende voorschriften staat op de agenda. In het onderstaande schema heb ik deze besluiten niet opgenomen. Ik kom daarop uiteraard nog terug.

Schematisch kan de bemoeienis van de rechter met het overheidsbestuur als volgt worden weergegeven:

A. De rechter oefent zelf bestuurlijke bevoegdheden uit.

B. Het bestuur moet de rechter steeds tevoren benaderen eer het zijn bevoegdheid kan uitoefenen.

C. Het bestuur hoeft de rechter niet tevoren te benaderen, maar moet gedogen dat belanghebbenden door het instellen van beroep alsnog de controle van de rechter kunnen inroepen.

D. Het bestuur oefent geen bijzondere publiekrechtelijke bevoegdheden uit en loopt het in het rechtsverkeer gebruikelijke risico in rechte te worden betrokken.

Bij elk van deze categorieën horen verschillende procedureregels en verschillende rechterlijke attitudes. In categorie A treffen wij verzoekschriftprocedures aan waarin de rechter belangrijke eigen bevoegdheden heeft om informatie te vergaren voor zijn (bestuurs)beslissing. Het verzoekschrift lijkt op de aanvraag van afd. 4.1.1 Awb. In categorie B vinden wij onder andere de strafvordering. Ook daar een sterke rol van de rechter, mede ter bescherming van de rechten van de verdachte en ter controle van het Openbaar Ministerie. Tot deze categorie behoort ook de Onteigeningswet, met haar ambtshalve opdracht aan deskundigen. Categorie C is het terrein van het bestuursprocesrecht. Een processueel stelsel dat veel gemeen heeft met de stelsels uit de categorieën A en B: de rechter als dominus litis, op zoek naar de materiële waarheid; beperkte invloed van partijen op het procesverloop. Eén belangrijk verschil met strafvordering is er wel: degene die de rechter inschakelt is niet de overheid, maar de burger. En die burger heeft dus ook de vrijheid de zaak weer aan de rechter te onttrekken. Bij categorie D hoort de civiele dagvaardingsprocedure: het partijenproces, waarin de rol van de rechter bijna is teruggebracht tot die van arbiter. Bijna! Dagvaardingsprocedures tegen de overheid zijn niet helemaal gelijk aan dagvaardingsprocedures tussen particulieren: Het materiële bestuursrecht is ten volle van toepassing (art. 3:1, tweede lid, Awb!) en dat mist zijn invloed niet.

De indringendheid van de rechterlijke bemoeienis is, als het goed is, evenredig

aan de ingrijpendheid van de aan de orde zijnde bestuursbevoegdheid. De rol van de rechter is zwaar aangezet in die gevallen waarin het bestuur rechtstreeks, krachtens exclusief aan hem toekomende publiekrechtelijke bevoegdheden, de rechtspositie (vooral lijf en goed) van burgers aantast. Men zou ook kunnen zeggen: daar, waar het bestuur zijn tanden laat zien, 'top/down', eenzijdig optreedt, *verticaal* bestuurt. Categorie D ziet op *horizontaal* bestuur: de overheid oefent hier niet eenzijdig bijzondere bevoegdheden uit, maar probeert haar doelen te bereiken zoals ieder ander rechtssubject dat probeert. Categorie C (de beschikking en het beroep daartegen) is het scharnier tussen verticaal en horizontaal bestuur. Sommige bestuurshandelingen uit categorie C liggen vlak tegen categorie B aan: beschikkingen met een punitief karakter, beperkingen van eigendom. Andere beschikkingen zijn ingebed in een vrijwel horizontale rechtsbetrekking tussen overheid en burger, bijvoorbeeld vergunningen die voortvloeien uit een tevoren gesloten overeenkomst tussen het gemeentebestuur en een onderneming.

1.2 Ontwikkelingen

In recente wetgeving is een tendens naar minder intensieve rechterlijke bemoeienis waar te nemen.

Een verschuiving van categorie A naar de categorieën B en C vindt plaats in het kinderrecht. Volgens wetsontwerp 23 003 blijft het uitspreken van de ondertoezichtstelling een eigen bevoegdheid van de kinderrechter (A), doch wordt het houden van toezicht in handen gesteld van de gezinsvoogdij-instelling. Voor een uit-huisplaatsing behoeft die instelling de machtiging van de kinderrechter (B); tegen aanwijzingen van de instelling staat beroep op de kinderrechter open (C).[1]

Ook op andere terreinen vindt een verschuiving plaats van de categorieën A en B naar categorie C. Voorbeelden:

- De gefinancierde rechtshulp. In het verleden verleende de rechter gratis admissie. Tegenwoordig vindt toevoeging bij beschikking plaats met eventueel beroep op de rechter.

- De Wet Mulder. In het verleden veroordeelde de rechter (eventueel bij verstek) overtreders van lichte verkeersovertredingen. Tegenwoordig wordt een sanctie bij beschikking opgelegd met eventueel beroep op de rechter.

- Vreemdelingenbewaring. In het verleden moest de zaak door het Openbaar Ministerie aan de rechter worden voorgedragen. Ingevolge art. 34A Vw wordt nu een maatregel strekkende tot vrijheidsbeperking of vrijheidsontneming voor de toepassing van artikel 8.1 Awb gelijkgesteld met een besluit (gemitigeerd door art. 35, eerste lid Vw).

1 Zie voor een en ander de beoogde artikelen 254, en 258 t/m 261 BW.

- De 'voornemen-procedure' van artikel 103 AW'29, waarin de rechter een disciplinaire straf vóóraf toetste, is, na in onbruik te zijn geraakt, per 1 januari 1994 afgeschaft.

- Bijstandsverhaal. Dit moet nu nog altijd via de rechter lopen; in de toekomst zal verhaal bij beschikking kunnen plaatsvinden, met beroep op de rechter.

Deze tendens is duidelijk, maar niet eenduidig. Het al eerder genoemde voornemen om op grond van de Awb beroep open te stellen tegen beleidsregels en (in een verdere toekomst) algemeen verbindende voorschriften kan worden geduid als een verschuiving van de actie tegen onrechtmatige regelgeving uit categorie D naar categorie C.

Een verschuiving van C naar D vindt plaats doordat bestuursorganen overschakelen op horizontaal bestuur. In plaats van appellabele beschikkingen te nemen verrichten zij privaatrechtelijke rechtshandelingen met een gelijk effect, soms zelfs juist met het oogmerk de rechterlijke bemoeienis terug te brengen van categorie C naar categorie D.

En dan is er nog de trend om de verhouding overheid/burger te omschrijven als een (wederkerige) rechtsbetrekking. In de Memorie van Toelichting bij de Awb is die ontwikkeling onder meer genoemd als motief om de procedure, behorend bij categorie C, het bestuursprocesrecht, meer op die van categorie D, het burgerlijk procesrecht, te laten lijken.

1.3 Thema van dit preadvies

In de voorafgaande paragrafen, en in de titel van dit preadvies, speelt de goede oude *beschikking* een belangrijke rol. Erg trendgevoelig toon ik mij daardoor niet. Sinds 1 januari 1994 lijkt immers het bestuursbesluit in belangrijke mate de beschikking te hebben verdrongen. Volgens artikel 8.1 Awb staat beroep open tegen besluiten, zoals gedefinieerd in artikel 1:3, eerste lid, van die wet. Het besluit is in de Awb niet alleen het centrale begrip in het systeem van rechtsbescherming, maar ook in de materiële normering van het overheidshandelen. Hoofdstuk 3 bevat algemene bepalingen over besluiten, en hoofdstuk 4, dat vooralsnog alleen over beschikkingen gaat, draagt als titel: 'bijzondere bepalingen over besluiten'. Een verhuizing van bepalingen, met name over de motivering, uit hoofdstuk 4 naar hoofdstuk 3, is op handen.

Waarom dan toch in dit preadvies die nadruk op de beschikking? Omdat de beschikking (een besluit dat niet van algemene strekking is) inderdaad bijzonder is. Anders dan besluiten van algemene strekking verkrijgt de beschikking namelijk *rechtskracht* als daartegen geen beroep wordt ingesteld. Aan dat bijzondere kenmerk van de beschikking is de bijzondere rechtsbescherming van de bestuurs-

rechter gekoppeld. De beschikking, en het beroep daartegen, geven samen vorm aan de rechterlijke bemoeienis met het overheidsbestuur volgens categorie C van het hierboven opgestelde schema.

Rond de totstandkoming van de Awb zijn verschillende ontwikkelingen waar te nemen. Eén daarvan is, dat andere besluiten dan beschikkingen, derhalve ook besluiten die geen rechtskracht verkrijgen, volgens het procesrecht van de Awb beoordeeld worden. Een andere ontwikkeling is het afscheid van de controlefunctie van de bestuursrechtspraak en de nadruk op de rechtsbeschermingsfunctie. Rechtsbescherming wordt daarbij verstaan als: de beslechting van geschillen met de overheid. Een derde, hiermee samenhangende ontwikkeling is het leggen van meer processuele verantwoordelijkheden bij de eisende partij in de bestuursrechtelijke procedure.

Achtergrond van al deze ontwikkelingen is het streven om op den duur alle geschillen tussen burgers en overheid bij 'de bestuursrechter' onder te brengen. Daarbij wordt vooral gekeken naar de categorieën C en D. Het streven om alle geschillen tussen overheid en burger bij één rechter onder te brengen roept bij mij geen weerstand op. Of die rechter blijvend 'de bestuursrechter' genoemd moet worden vraag ik mij af (zie hierna 3.3).

Het bovenstaande betekent echter niet per se, dat alle geschillen tussen de overheid en de burger volgens één procesrecht behandeld moeten worden. Het procesrecht dat hoort bij categorie C bevat essentiële kenmerken die leiden tot een hogere graad van rechtsbescherming dan in categorie D wordt geboden. Die essentiële kenmerken hangen uitsluitend samen met het feit dat in het proces de beschikking, het besluit dat niet alleen op rechtsgevolgen, maar ook op rechtskracht gericht is, centraal staat. Omdat deze kenmerken essentieel zijn, mogen zij niet prijs gegeven worden. Maar anderzijds is er geen grond die kenmerken ook te geven aan processuele stelsels waarin geen beschikkingen centraal staan, maar vorderingen van burgers gericht tegen besluiten van algemene strekking of tegen andere gedragingen van de overheid.

Anders gesteld: er is een tendens om de rechtsbescherming van categorie C te vervangen door die van categorie D. En dat in een tijd, waarin steeds meer bestuurshandelingen van de categorieën A en B naar categorie C verhuizen (zie paragraaf 1.2). De bemoeienis van de rechter met verticale bestuurshandelingen wordt daardoor minder intensief. Een ontwikkeling, die er op den duur toe leidt dat Josef K. zijn vrijlating inderdaad via de civiele rechtsvordering moet bevechten. Ik vind dat geen gelukkige ontwikkeling. Daarom pleit ik in dit preadvies voor (het behoud van) een beschikkingsprocesrecht.

1.4 De opbouw van dit preadvies

Deze inleiding behoeft uitleg. Die uitleg volgt in de volgende paragrafen. In

hoofdstuk 2 zet ik uiteen waarom de besluiten die wij beschikkingen noemen zo bijzonder zijn, dat zij een afzonderlijk procesrecht verdienen. In dat hoofdstuk past het aandacht te besteden aan de essentiële verschillen tussen het bestuursprocesrecht en de burgerlijke rechtsvordering. Een afzonderlijk hoofdstuk (3) wijd ik aan het begrip rechtsbetrekking. Dat begrip lijkt de horizontalisering van de verhouding tussen overheid en burger te symboliseren. Het gebruik van dat begrip draagt daardoor bij aan een toenemende 'civilisering' van het bestuursprocesrecht. En dat doet afbreuk aan de bijzondere kenmerken waaraan het beschikkingsprocesrecht moet voldoen. In hoofdstuk 4 onderzoek ik vervolgens aan de hand van het intrigerende artikel 8:69 Awb, of met de komst van de Awb het bestuursprocesrecht zijn karakter van beschikkingsprocesrecht al verloren heeft. Daarna wordt het eindelijk tijd de al meermalen genoemde bijzondere kenmerken van bestuursprocesrecht, in de zin van beschikkingsprocesrecht, nader te beschrijven en te analyseren (hoofdstuk 5). In hoofdstuk 6 werp ik, ter afronding van het preadvies, een bescheiden blik in de toekomst.

Is hiermee uiteengezet wat ik wel zal behandelen, thans volgt een enkele opmerking over hetgeen ik buiten bespreking laat. Het verzoek van het bestuur van de VAR was te preadviseren over het thema: 'heroriëntatie administratieve rechtspraak'. Een thema dat juist in het jaar waarin de Awb wordt ingevoerd zo veelomvattend is dat ik – in overleg met het bestuur en met mijn mede-preadviseurs – keuzen moest maken. Zo heb ik in mijn betoog niet betrokken de bezwaarschriftprocedure, door artikel 7.1 Awb nog meer dan voorheen een hoofdkenmerk van bestuursprocesrecht. Mijn beschouwingen over de toegang tot de bestuursrechter wekken daardoor wel eens de indruk dat (ik zou menen dat) tegen beschikkingen rechtstreeks beroep op de rechter openstaat. Die indruk is dan onjuist, maar de kern van mijn beschouwingen wordt daardoor niet aangetast. Ook allerlei veranderingen die door de Awb in de sociale zekerheidsrechtspraak ontstaan, de voorlopige voorziening voorop, laat ik, hoe boeiend ook, buiten bespreking. Nieuwe uitspraakbevoegdheden voor de bestuursrechter in de sfeer van proceskostenveroordeling, veroordeling tot schadevergoeding en zelf in de zaak voorzien, komen slechts zijdelings aan de orde. Nogmaals: ik moest keuzen maken. De keuze om niet uitvoerig stil te staan bij de belanghebbende als insteller van het beroep of als derde-partij was snel gemaakt, gelet op de VAR-vergadering in 1992 die geheel aan de belanghebbende gewijd was.

Tot slot van deze paragraaf: dit preadvies heb ik geschreven in de tweede helft van 1993, derhalve vlak voor de invoering van de Awb. Ik ben uitgenodigd voor het schrijven van dit preadvies op basis van mijn ervaring als bestuursrechter, eerst bij de Raad van Beroep en het Ambtenarengerecht te Den Haag, en sinds 1 juli 1992 bij de Haagse Rechtbank. Die ervaring was ten tijde van het schrijven van het preadvies beperkt tot gedeelten van het bestuursrecht, in hoofdzaak het sociaal zekerheidsrecht, het ambtenarenrecht en het vreemdelingenrecht. Ik heb mij vrij geacht mijn verhaal vooral vanuit die beperkte ervaring te vertellen, in

de wetenschap dat mijn mede-preadviseurs ruimschoots in de daardoor veroorzaakte lacunes zullen voorzien.

1.5 Enkele terminologische kwesties

In dit preadvies versta ik onder *besluit*: een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling. Sinds de invoering van artikel 1:3 Awb zou ik er ook kwalijk iets anders onder mogen verstaan. Ook ga ik uit van de definitie die de Awb geeft van de *beschikking*: een besluit dat niet van algemene strekking is (met inbegrip van de aanvraag daarvan). Waarschijnlijk zit er geen licht tussen deze definitie van de beschikking en de definitie die mijn voorkeur zou hebben: een besluit dat formele rechtskracht krijgt als er binnen de beroepstermijn geen rechtsmiddel tegen wordt ingesteld.

Bestuursrechtspraak en *bestuursrechter* zijn vage termen. Daaraan wijd ik een afzonderlijke paragraaf (3.3). De begrippen *rechtsbetrekking*, *wederkerige rechtsbetrekking* en *bestuursrechtelijke rechtsbetrekking* zijn nog veel vager. Daarom wijd ik daar een heel hoofdstuk (3) aan, zonder daarin overigens de vaagheid te kunnen verdrijven.

In de loop van mijn betoog introduceer ik overigens wel mijn eigen definitie van de rond de beschikking geconcentreerde bestuursrechtelijke rechtsbetrekking tussen de overheid en haar burgers (of, liever: tussen de burgers en hun overheid). Die rechtsbetrekking omschrijf ik dan als volgt: de overheid is gerechtigd tot het eenzijdig nemen van ingrijpende beschikkingen die na zes weken rechtskracht verkrijgen; de burger is gerechtigd die besluiten zonder veel kosten en risico's aan de rechter ter verificatie voor te leggen.

Onder *rechtsbescherming* tegen de overheid versta ik niet: rechtspraak in zaken tussen overheid en burger, maar: de bevoegdheid om bestuursbesluiten ter toetsing aan de bestuursrechter voor te leggen. Zie verder paragraaf 2.3.

De Awb bevat in hoofdstuk 6 en in hoofdstuk 8 (vanaf art. 8:7) procedureregels voor het beroep bij de rechtbank. Die procedureregels vormen te zamen het *bestuursprocesrecht*. Onder *beschikkingsprocesrecht* versta ik: het geheel van procedureregels die gelden als beroep tegen een beschikking wordt ingesteld. Het bestuursprocesrecht van de Awb is nu (nog?) grotendeels beschikkingsprocesrecht, omdat ingevolge de artikelen 8:1 tot en met 8:6 Awb niet veel andere besluiten dan beschikkingen appellabel zijn.

Tot slot enkele modellen van rechtspraak waarnaar ik hier en daar verwijs: het strijdmodel, het verificatiemodel en het arbitragemodel. Voor het strijdmodel versus het arbitragemodel verwijs ik naar Brenninkmeijers 'Het procesrecht als proces'.[1] Het strijdmodel wordt in de civiele dagvaardingsprocedure aangetroffen: twee partijen die door tussenkomst van hun advocaten binnen het streng gereguleerde rollenspel van het proces voluit 'voor de winst gaan'. Het verificatiemodel past traditioneel meer bij het bestuursprocesrecht: de rechter verifieert,

1 Preadvies NJV, Zwolle, 1991, blz. 22/23.

min of meer ongeacht de opstelling van partijen, of het aan hem voorgelegde bestuursbesluit voldoet aan de daaraan te stellen eisen van rechtmatigheid. Ik verwijs voor een verdere uitwerking naar paragraaf 2.5.

Het arbitragemodel is een gemitigeerd strijdmodel: partijen stellen zich ieder op een standpunt en definiëren juist daardoor gezamenlijk hun geschil. Dat geschil dragen zij vervolgens aan de rechter voor met het verzoek de knopen door te hakken.

2 De beschikking als instrument voor het bestuur en als centraal document in de procedure

2.1 Het besluit

Volgens artikel 8.1, eerste lid, Awb, kan een belanghebbende tegen een besluit beroep instellen bij de rechtbank. Met deze bepaling is de toon van het bestuursprocesrecht voorlopig (namelijk tot aan artikel 8:69, zie hierna hoofdstuk 4) gezet: bestuursrechtspraak is rechtmatigheidstoetsing ex tunc van een bestuursbesluit.[1] Het besluit (een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling) staat in het bestuursprocesrecht centraal, precies zoals de beschikking in de arobrechtspraak centraal stond. En net als onder de werking van de Wet Arob zal ook in het Awb-tijdperk weer veel energie opgaan aan het nader definiëren van het besluitbegrip. Het verschil tussen een besluit van algemene strekking en een besluit dat niet van algemene strekking is (beschikking) moeten we kennen voor de toepasselijkheid van titel 4.1 Awb. Binnen de besluiten van algemene strekking moeten de beleidsregels en de algemeen verbindende voorschriften afzonderlijk worden gedefinieerd in verband met het bepaalde in artikel 8:2, aanhef en sub a.

Ook het verschil tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtshandelingen blijft van belang, evenals (buiten het ambtenarenrecht en het vreemdelingenrecht) het verschil tussen besluiten en feitelijke handelingen.

En dat alleen maar, zo lijkt het, om te bepalen of onder het burgerlijk procesrecht zal worden geprocedeerd bij de civiele kamer van de rechtbank, dan wel onder bestuursprocesrecht bij de bestuursrechtelijke kamer. Of, nog curieuzer, of de president van de rechtbank een civiele dan wel een bestuursrechtelijke pet opzet bij de behandeling van het verzoek om een spoedvoorziening.

Het besluit functioneert echter niet alleen maar als toegangsbewijs tot de bestuursrechter. Het heeft namelijk een centrale rol gekregen in het systeem waarmee de Awb het optreden van het bestuur wil normeren. Afgezien van hoofdstuk 2 gaan de eerste twee tranches van de Awb uitsluitend over besluiten. Het besluit is zeker niet het enige instrument voor het bestuur om zijn overheidstaak uit te voeren, en

1 MvT, TK 91/92, 22 495, nr. 3, blz. 32.

ook bij het hanteren van andere instrumenten, zoals het maken van plannen en het sluiten van overeenkomsten en convenanten, is het bestuur aan de regels van het materiële bestuursrecht gebonden. Toch is de wettelijke normering van het bestuursoptreden vooralsnog opgehangen aan het besluit.

Waaraan dankt het bestuursbesluit die bijzondere positie? In de eerste plaats natuurlijk aan de traditie. De beoefening van het bestuursrecht heeft zich lange tijd geconcentreerd op de beschikking, hetgeen werd versterkt doordat de rechtsmacht van bestuursrechters in het algemeen aan een beschikkings- of besluitbegrip gekoppeld was.

Er is echter nog iets anders aan de hand: het bestuursbesluit is het instrument bij uitstek waarin de verticale relatie tussen overheid en burger tot uitdrukking wordt gebracht.

Sinds een aantal jaren wordt de relatie tussen overheid en burger omschreven als een rechtsbetrekking, of zelfs als een wederkerige rechtsbetrekking.[1] Bij het nemen van een belastend besluit laat het bestuursorgaan echter zijn tanden zien: het brengt eenzijdig wijziging in de rechtsbetrekking die het met de geadresseerde heeft. Nu kan worden aanvaard, dat dit ingrijpen genormeerd wordt door het materiële bestuursrecht en door de overige aspecten van de rechtsbetrekking waarin het besluit genomen wordt. Dit doet echter aan de verticaliteit van het bestuursbesluit niet af, integendeel, het accentueert haar. Ik geef een voorbeeld uit het ambtenarenrecht (vanwege zijn verwantschap met het arbeidsrecht nog het meest horizontale deelgebied van het bestuursrecht[2]): Een ambtenaar levert al gedurende vele jaren geen arbeidsprestatie van enige betekenis. In een ver verleden is hij gepasseerd voor een promotie; daartegen heeft hij beroep ingesteld, hetgeen hij jaren later in hoogste instantie op formele gronden heeft gewonnen. Met het voeren van procedures is hij intussen geheel gepreoccupeerd geraakt, voor de organisatie heeft hij geen waarde meer. Het bestuursorgaan opent nu onderhandelingen om tot een beëindiging van de arbeidsverhouding te komen. De onderhandelingen leiden echter alleen maar tot een verdergaande escalatie van de bestaande geschillen. Uiteindelijk besluit het bestuursorgaan eenzijdig ontslag[3] te verlenen. Duidelijk is, dat dit ontslagbesluit niet los gezien kan worden van de overige aspecten van de tussen partijen bestaande rechtsbetrekking: voor de rechtmatigheid van het besluit is het bijvoorbeeld van belang vast te stellen hoe lang de ambtenaar al in dienst was, hoeveel boter het orgaan op het hoofd heeft inzake het ontstaan en voortbestaan van de situatie waarin tot ontslag moest worden besloten, en hoe de stand van de onderhandelingen was op het moment waarop tot ontslag werd overgegaan. In der partijen rechtsbetrekking markeert het besluit echter het moment van gezagsuitoefening, van verticaliteit: natuurlijk kan ook de ambtenaar de patstelling in de onderhandelingen doorbreken door

1 Zie hierover: hoofdstuk 3, hierna.

2 Natuurlijk zijn partijen ook in het ambtenarenrecht ongelijk. Maar van belang is, dat de ambtenaar de macht van de overheid vrijwillig over zich heeft afgeroepen, namelijk door in te stemmen met zijn aanstelling als ambtenaar.

3 Wegens ongeschiktheid, anders dan door ziekten of gebreken.

ontslag te nemen, het is (uitzonderingen daargelaten) echter bezwaarlijk vol te houden dat hij daarmee ten opzichte van het bestuur macht of gezag uitoefent.

Het voorbeeld maakt duidelijk:
- dat overheid en burger tot elkaar in een rechtsbetrekking staan;
- dat die rechtsbetrekking een zekere horizontaliteit met zich brengt (onderhandelingen!); en:
- dat het besluit het moment markeert waarop de rechtsbetrekking in verticale richting kantelt.

Het voorbeeld maakt bovendien duidelijk, dat gezagsuitoefening binnen een rechtsbetrekking bepaald niet uniek is voor het bestuursrecht: privatiseer het betreffende overheidslichaam en de casus speelt zich plotseling in het civiele arbeidsrecht af. Ook daar beschikt de werkgever over de bevoegdheid de werknemer eenzijdig ontslag te verlenen. Ook daar staan daar bijzondere vormen van rechtsbescherming tegenover.

2.2 Rechtskracht van beschikkingen

Is de beschikking als centraal document in het bestuursrecht nu geheel verdrongen door het bestuursbesluit? Neen. Niet alleen zijn op beschikkingen (nog) bepalingen van toepassing die voor besluiten niet gelden, maar ook zijn beschikkingen de enige besluiten die een bijzondere status verkrijgen door het enkele verstrijken van de daarin vermelde bezwaar- of beroepstermijn. Bestuursorganen zijn daardoor gebaat bij het nemen van beschikkingen. Tegen beschikkingen staat slechts gedurende korte tijd bezwaar of beroep open. Verstrijkt die tijd ongebruikt, dan verkrijgt de beschikking rechtskracht. Met terugwerkende kracht kan de beschikking vrijwel niet meer worden aangetast (formele rechtskracht), voor de toekomst moet van de rechtsverhouding als in de beschikking neergelegd, worden uitgegaan (materiële rechtskracht).

Het leerstuk van de rechtskracht van beschikkingen heeft reële betekenis. In ons dynamische tijdsgewricht bestaat er grote behoefte aan zoveel mogelijk zekerheid omtrent de inhoud van rechtsverhoudingen in een zo kort mogelijke tijd. De grote toeloop naar de president in (civiel en bestuursrechtelijk) kort geding getuigt daarvan. Ook bestuursorganen en de door hun beschikkingen begunstigde justitiabelen hebben er behoefte aan op korte termijn redelijk zeker te weten of hun beschikkingen al dan niet worden aangevochten. Bijvoorbeeld: in het verleden verstrekten bedrijfsverenigingen ongevraagd en onverplicht voor beroep vatbare terugvorderingsbeslissingen aan verzekerden, juist om hun vordering vóór de incasso buiten twijfel te stellen.[1] Bouwers gaan pas bouwen als hun bouwvergunning rechtskracht heeft verkregen.

1 Verg. CRvB 14 juli 1976, RSV 1976, nr. 327 en 15 april 1976, RSV 1976, nr. 344.

Nu is zekerheid over de inhoud van een rechtsverhouding langs verschillende wegen te bereiken. Het stelsel van de rechtskracht van beschikkingen is echter wel een slim systeem om die zekerheid zonder overbodige inschakeling van de rechter in het leven te roepen.

Minder slim is het systeem van het bijstandsverhaal. Het overheidsorgaan dat bijstand wil verhalen dient steeds de burgerlijke rechter met een verzoekschrift te benaderen. Pas nadat de rechter is benaderd moet de andere partij beslissen of zij zich al dan niet tegen het verhaal zal verzetten. Verzet zij zich niet, dan laat zij verstek gaan. Het rechterlijk apparaat heeft overbodig werk verzet. Vandaar dan ook de plannen om het bijstandsverhaal met een apppellabele beschikking in te leiden (in de termen van paragraaf 1.1: van categorie B naar categorie C).

Via dit voorbeeld komen we bij de Wet Administratiefrechtelijke Handhaving Verkeersvoorschriften (Wet Mulder). Vroeger wist het O.M. pas na de veroordeling (meestal: bij verstek) door de kantonrechter dat het de opgelegde boete kon executeren. Nu kan de invordering beginnen zodra de sanctiebeschikking kracht van (administratief) gewijsde heeft verkregen.

2.3 Rechtsbescherming

Bij dit systeem past rechtsbescherming. Is er verschil tussen de begrippen rechtspraak en rechtsbescherming? Volgens Van der Hoeven niet. Hij vraagt zich af waarom in plaats van het woord rechtsbescherming niet gewoon het woord rechtspraak wordt gebruikt[1]: Heeft niet ook het bestuur belang bij toetsing van haar praktijk aan algemene en bijzondere normen? De rechter moet vaststellen wat recht en rechtens is en daardoor biedt hij bescherming tegen onrecht.

Nu verwijst het begrip rechtsbescherming niet naar bescherming tegen onrecht, maar naar bescherming tegen de overheid. De overheid die, in het belang van de rechtszekerheid van zichzelf en van burgers, de bevoegdheid heeft gekregen beschikkingen te nemen die rechtskracht kunnen krijgen en daardoor verbindend kunnen worden. Tegenover die bijzondere rechtscheppende bevoegdheid staat de bevoegdheid van de belanghebbende burger om die beschikkingen ter toetsing aan de bestuursrechter voor te leggen.

Natuurlijk, de belanghebbende burger kan zijn geschillen met de overheid altijd aan de rechter voorleggen, ook als er geen sprake is van een beschikking. Maar alleen als een burger een bestuursbesluit ter toetsing aan een rechter kan voorleggen volgens de regels van het bestuursprocesrecht, wil ik van rechtsbescherming spreken. Een wat bedaagd begrip, afkomstig uit de tijd waarin de overheidsbevoegdheden in een 'rechtsvrije sfeer' gezien werden en nog niet (zoals thans) in een volledig door het recht genormeerde rechtsbetrekking. Maar is het concept van rechtsbescherming tegen beschikkingen daarmee achterhaald? Men zou het niet zeggen: de bestuursrechtspraak, gekoppeld aan beschikkingen,

1 Van der Hoeven, De drie dimensies van het bestuursrecht, Alphen aan den Rijn 1989, blz. 226.

heeft immers de wind in de zeilen. Steeds meer overheidshandelingen worden in de vorm van beschikkingen gegoten, juist met het oog op de gevolgen daarvan (snelle rechtskracht als beroep uitblijft, eenvoudige rechtsgang als beroep wordt ingesteld). Ik verwijs naar de voorbeelden, genoemd in paragraaf 1.2.

Rechtsbescherming staat in mijn optiek dus voor de specifieke rechterlijke bemoeienis met de bestuurstaak die inherent is aan het beroep tegen beschikkingen. Zij onderscheidt zich van rechtspraak in enge zin door een aantal faciliteiten die het voor de belanghebbende burger makkelijker maken de rechter in te schakelen: die burger kan zonder een vordering te stellen de rechter ertoe bewegen de rechtmatigheid van de beschikking te verifiëren.

2.4 De beschikkingnemer als aanlegger van het rechtsgeding

De begrippen beschikking, rechtskracht en rechtsbescherming horen bij elkaar. Het beschikkingbegrip is een instrumenteel begrip. Door op een beleidsterrein het instrument van de beschikking te introduceren maakt de wetgever tevens het systeem van rechtskracht en rechtsbescherming (alsmede de normering van de hoofdstukken 3 en 4 Awb) van toepassing. Aan die rechtskracht bestaat kennelijk dringend behoefte; vanuit de overheid bezien is rechtsbescherming de prijs die daarvoor moet worden betaald.

Wat is nu zo bijzonder aan de bestuursrechtelijke rechtsbescherming? In antwoord op deze vraag volgen meestal beschouwingen over toegankelijkheid (lage kosten, geen verplichte procesvertegenwoordiging) en ongelijkheidscompensatie. Aan die faciliterende karaktertrekken van het bestuursproces kom ik later toe. Ik wil eerst het eigen karakter van de bestuursrechtspraak tegen beschikkingen illustreren door de optiek van het bestuursorgaan als aanlegger van het geding uit te werken. Laat ons eens kijken wat er gebeurt als men het bestuursorgaan als eisende partij beschouwt, de appellerende burger als gedaagde partij, en de beschikking als dagvaarding.

Beginnen wij met de beschikking. Lijkt zij niet sprekend op een dagvaarding? De dagvaarding is een uitnodiging om op een bepaalde dag en een bepaald uur bij de rechter te verschijnen. Wie niet komt, wordt in de regel bij verstek veroordeeld. Ook de beschikking bevat (ingevolge artikel 6:23 Awb) de naam en het adres van een rechterlijk college, bij wie men een beroepschrift kan indienen. Wie niet schrijft, laat de beschikking in gewijsde gaan.

De gelijkenis springt wel bijzonder in het oog waar een administratieve sanctie wordt opgelegd. De beschikking zal dan moeten aangeven op welke gedraging wordt gereageerd, op welke grond die gedraging wordt gesanctioneerd, en welke sanctie wordt opgelegd. In termen van strafvordering fungeert de beschikking als dagvaarding en requisitoir tegelijk. Als de geadresseerde niet verschijnt, dan zal de sanctie korte tijd later geëxecuteerd kunnen worden. En als hij wel verschijnt?

Dan kan het bestuursorgaan beschouwd worden als aanlegger van het geding. Zoals de Officier van Justitie moet waarmaken dat hij de verdachte terecht vervolgt, zoals de eisende partij in civilibus haar vordering met geadstrueerde stellingen moet onderbouwen, zo dient het bestuursorgaan de door hem gewenste (en met de beschikking nagestreefde) wijziging in de rechtsbetrekking met de burger, of de door hem geformuleerde reactie op een aanvraag, te verantwoorden. Met andere woorden: het dictum van de beschikking fungeert in de procedure bij de bestuursrechter als petitum!

De centrale stelling van het bestuursorgaan als eisende partij is: *het recht staat mij toe (vrije beschikking), resp. verplicht mij (gebonden beschikking) deze beschikking te nemen.* Het instellen van beroep geldt als betwisting van deze stelling.

De hier gemaakte vergelijking ligt het meest voor de hand bij niet op aanvraag genomen beschikkingen. Het is dan immers duidelijk de overheid die wijziging van de bestaande rechtstoestand beoogt. Maar ook in de vergunningstelsels is het beeld passend. Wat is de afwijzing van het verzoek om een bouwvergunning anders dan het verbod aan de burger zijn grond op de wijze te bebouwen die hem goed dunkt?

Deze wijze van zien werkt vooral verhelderend in discussies met civielrechtelijk georiënteerde vakbroeders en -zusters.[1] De wijze waarop de bestuursrechter zaken benadert is in deze optiek zelfs te vatten in termen van stelplicht en bewijslast: Het bestuursorgaan, een beschikking nemend, stelt daarmee impliciet dat het de algemene en bijzondere bepalingen van de Awb over beschikkingen in acht heeft genomen. Bijvoorbeeld, dat het de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen heeft verzameld (art. 3:2 Awb), dat het zijn bevoegdheid tot het nemen van een beschikking niet gebruikt tot een ander doel dan waarvoor zij is verleend (art. 3:3 Awb) en dat het de rechtstreeks bij de beschikking betrokken belangen heeft afgewogen en daarbij tot een evenredig resultaat is gekomen (art. 3:4 Awb). De normering van de beschikking in de hoofdstukken 3 en 4 Awb is intens; de bepalingen van afdeling 3.2 bevatten dwingend recht en zijn van openbare orde. Indien degene die in beroep komt (bij beroepschrift) gemotiveerd verweer voert tegen de stelling dat die bepalingen in acht zijn genomen, zal het bestuursorgaan zijn stellingen terzake moeten bewijzen. Beschrijft men het prototype van de bestuursrechtelijke procedure tegen een beschikking op deze wijze, dan ligt een bepaling als artikel 8:42 Awb (Het bestuursorgaan zendt de op de zaak betrekking hebbende stukken aan de rechtbank) voor de hand. De rechtspraak geschiedt hier volgens een verificatiemodel. Hetzelfde model dat in civiele verzoekschriftprocedures geldt als dwingendrech-

1 Discussies die rond 1 juli 1992 in de rechterlijke macht volop gevoerd werden. Op die datum werden in de rechtbanken de bestuursrechtelijke sectoren ingesteld, bestaande uit (delen van) de oude raden van beroep. Over die discussies schreef ik eerder in: 'Integreren met SSR', in: Stilstaan bij verandering, afscheidsbundel voor Joke van Staveren, Zutphen 1993.

telijke bepalingen van openbare orde in het spel zijn. En ook hetzelfde model als dat van art. 23 Onteigeningswet, volgens welke bepaling de onteigenende partij, tot staving van haar eis, een aantal stukken overlegt waaruit blijkt dat aan de formaliteiten is voldaan.

Met deze wijze van zien strookt, dat degene die in beroep komt ingevolge artikel 6:5, eerste lid, Awb, niet gehouden is een vordering te stellen. Hij stelt in wezen geen vordering in, maar voert verweer!

Ook de bestuursrechtelijke opvattingen over de omvang van het geding zijn goed inzichtelijk te maken door de beschikking te beschouwen als het document waarmee de procedure wordt ingeleid. Zoals gezegd, het dictum van die beschikking fungeert als vordering. Die vordering kan hangende de procedure gewijzigd worden, waardoor de omvang van het geding kan worden beperkt of uitgebreid. De artikelen 6:18 en 6:19 Awb geven daarvoor een regeling. Met behulp van die regeling kan de vordering zelfs worden aangepast aan hangende het geding opkomende nieuwe feiten of omstandigheden. De buiten het bestuursrecht zo verfoeide ex tunc-leer moet – zo bezien – sterk gerelativeerd worden. De aanlegger van het geding, het bestuursorgaan, kan door het systeem van de artikelen 6:18 en 6:19 Awb de omvang van het geding aanpassen aan sinds het oorspronkelijke ex tunc – moment opgekomen nieuwe omstandigheden.

2.5 Twee soorten procedures

Belanghebbende burgers kunnen hun zaken altijd aan de rechter voorleggen. Soms, als er een bestuursbesluit voorligt, kunnen zij bij de bestuursrechter terecht, in andere gevallen, als zo'n besluit niet kan worden aangewezen, moeten zij zich tot de burgerlijke rechter wenden.

Beide rechters passen het materiële bestuursrecht toe als daartoe aanleiding is (dat is: als het bestuur bestuurt). Echter de toepasselijke procedures vertonen verschillen. Die verschillen zijn soms voordelig voor de burger, soms voor het overheidsorgaan.

Ik zal hier een enkel woord aan die verschillen wijden.[1] Het lijkt meer in overeenstemming met de tijdgeest te zijn om de nadruk te leggen op de overeenkomsten tussen beide procedures. Een officiële verderliggende doelstelling van de integratie van bestuursrechtspraak en de civiele rechtspraak is immers dat integratie van procesrecht tot stand komt. Ik kan heel goed diegenen volgen die betogen dat er *op een zeker niveau van abstractie* geen onderscheid bestaat tussen de activiteiten van de bestuursrechter en die van de civiele rechter.[2] Reeksen van

1 Een enkel woord, omdat de NJV-vergadering over Harmonisatie van procesrecht bij integratie van rechtspraak (1991), met de preadviezen van Brenninkmeijer, Van Wijmen en Blaauw nog vers in het geheugen ligt.

2 Bijv. Brenninkmeijer, die in zijn preadvies NJV 1991, blz. 65 stelt, 'dat ondanks de

overeenkomsten tussen beide processtelsels kunnen worden genoemd. Net zoals reeksen van overeenkomsten tussen de civiele dagvaardingsprocedure en de verzoekschriftprocedure kunnen worden genoemd, en reeksen van overeenkomsten tussen straf- en burgerlijke rechtsvordering. Waar het echter om gaat is, hoeveel concrete stelsels van spelregels ter verwezenlijking van die in abstracto gelijke taak van de rechter wij nodig hebben. Binnen het raam van algemene beginselen van procesrecht en procesorde zijn die concrete stelsels in hoofdzaak functioneel van aard. Zoals (in paragraaf 1.2) bleek kunnen wij tamelijk makkelijk van het ene naar het andere stelsel schakelen. Het is in theorie mogelijk de Officier van Justitie een actie uit onrechtmatige daad te geven tegen de verdachte. Evenmin is het ondenkbaar contractbreuk strafbaar te stellen en door het Openbaar Ministerie te laten vervolgen.

Dat in abstracto de taak van de civiele rechter niet verschilt van die van de bestuursrechter betekent dus niet dat hun concrete activiteiten gelijk zijn of gelijk horen te zijn. Wel, dat ze gelijk zouden *kunnen* zijn. Er is dus sprake van een keuze.

De eerste ervaringen in de geïntegreerde rechtbank nieuwe stijl geven mij aanleiding nog eens naar de concrete verschillen tussen het proces bij de civiele rechter en dat bij de bestuursrechter te kijken. Dat de rechters die sinds de vóórintegratie van 1 juli 1992 kennis hebben gemaakt met elkaars werk en werkwijze, vaak de nadruk op de verschillen leggen, kan allerlei verklaringen hebben. Die hebben vaak te maken met traditie en bedrijfscultuur. Veelzeggender echter acht ik de ervaringen van rechterlijke ambtenaren in opleiding, die 'blanco' de rechtbank-nieuwe stijl binnen komen, en achtereenvolgens stage lopen in de strafsector, de civiele sector en de sector bestuursrecht. Veel van die raio's-nieuwe stijl verbazen zich erover hoezeer de benadering van zaken en de werkwijze in de bestuursrechtelijke en de civiele sector van elkaar verschillen. Het verklaren van de bestuursrechtelijke procedure door de overheid als aanlegger van het geding te beschouwen kan die verbazing slechts gedeeltelijk wegnemen. De waarneming van Verheij ('Steeds vaker hoor of zie ik rechters die met beide takken van rechtspraak ervaring hebben, zeggen of schrijven dat zij in de dagelijkse praktijk eigenlijk niet zoveel verschil merken'[1]) is niet de mijne. Is het verschil tussen beide procedures wellicht toch fundamenteler dan de voorstanders van harmonisatie aannemen?

Zoals gezegd, de verschillen werken soms in het voordeel van de ene partij, soms in dat van de andere. Het concept van bestuursrechtspraak tegen een beschikking heeft voor het bestuursorgaan het voordeel, dat de beroepstermijn kort is, en dat het (door de formulering van de beschikking) zelf mag bepalen waar de procedure

cultuurverschillen tussen burgerlijk recht en bestuursrecht en tussen de verschillende procesvormen, uiteindelijk de taak van de rechter (...) abstraherend niet verschillend is'.

1 Verheij, Een klantvriendelijke rechter, in: Nieuw Bestuursprocesrecht, Deventer 1992, blz. 135. Het kan natuurlijk zijn dat de gesprekken van Verheij met rechters zich overwegend op het door Brenninkmeijer aangeduide abstractieniveau afspelen.

over gaat. Het orgaan deelt de eerste klap uit, en die is een daalder waard. Nadelig voor het orgaan is, dat de kans op een procedure tegen de beschikking betrekkelijk groot is, gelet op de beroepsclausule in het besluit en de toegankelijkheid van de procedure. Een ander nadeel voor het orgaan is, dat het moet meewerken aan het 'verificatiemodel', en niet rabiaat voor de winst mag gaan (gelukkig zal niet elk bestuursorgaan dit als een nadeel beschouwen).

De civiele procedure heeft voor het bestuursorgaan vele voordelen. Weliswaar ontbreekt de snelle rechtskracht van de beschikking waarin wordt berust, daar staat tegenover dat de gang naar de rechter voor de appellant minder gemakkelijk is: hogere griffierechten, een groot procesrisico, en veelal verplichte procureurstelling, het zijn factoren die berusting in een onwelgevallige handeling van een bestuursorgaan in de hand werken. Een ander voordeel voor het bestuursorgaan is, dat het niet door spontane inzending van zijn dossier hoeft mee te werken aan een mogelijke ondergraving of relativering van zijn eigen stellingen. Weliswaar berust op partijen in het civiele proces de verplichting mee te werken aan de waarheidsvinding van de rechter, in het 'strijdmodel' van de civiele procedure past het nochtans dat een partij zich daarbij toelegt op de feiten die 'voordelig' voor haar zijn.[1] De (procureur van de) andere partij is er niet voor niets! Nadeel van de civiele procedure voor het bestuursorgaan is, dat civiele rechters gewend zijn zelf belangen af te wegen en minder respect tonen voor eerder door het bestuur gemaakte afwegingen. En acht een civiele rechter het bestuur schadeplichtig, dan volgt doorgaans een veroordeling om die volle schade te vergoeden.

De bestuursrechtelijke procedure heeft voor de insteller van het beroep bepaald voordelen. De procedure kan gemakkelijk worden ingesteld, is minder kostbaar dan de civiele procedure en levert niet het risico van een veroordeling in de kosten op. De appellant kan voorts volstaan met het gemotiveerd betwisten van het aangevallen besluit, hetgeen een gerieflijker positie is dan zijn eigen gelijk te moeten aantonen. Nadeel is wel, dat hij weinig invloed kan uitoefenen op de omvang van het geding, aangezien het bestuursbesluit daartoe bepalend is. Voor eisers zonder deskundige rechtsbijstand is dit echter juist een voordeel, want het formuleren van een vordering in rechte is één van de moeilijkste onderdelen van het juristenvak.

De nadelen van de civiele procedure voor de justitiabele zijn na het voorgaande duidelijk: kosten, procesrisico (waaronder ook het risico met reconventionele vorderingen te worden geconfronteerd), verplichte procureurstelling, de verplichting een vordering te formuleren (maar gezien als bevoegdheid om de omvang van het geding te bepalen is dit juist weer een voordeel), die vordering met

1 Vergelijk de NJV-vergadering van 14 juni 1991, waar een meerderheid ontkennend antwoordde op de vraag: 'Dient de wetgever te bepalen, dat partijen verplicht zijn de rechter juist en volledig voor te lichten?', Handelingen NJV 1991-II, blz. 82.

stellingen te onderbouwen, en die stellingen zo nodig te bewijzen. Voordeel is dat een strikte beroepstermijn ontbreekt.

3 De rechtsbetrekking in het bestuursrecht

3.1 Inleiding

De verhouding tussen overheid en burger moeten wij in het moderne bestuursrecht zien als een rechtsbetrekking. Wij spreken niet meer van overheid en onderdaan, maar van bestuur en burger. De verhouding tussen die twee is geheel door het recht genormeerd; het 'freies Ermessen', de rechtsvrije zone, waar de rechter buiten moet blijven, en waar een be- of veroordeling van het overheidshandelen hooguit toekomt aan een hoger orgaan in de bestuurskolom, bestaat niet meer.

Het concept van de wederkerige rechtsbetrekking in het bestuursrecht lijkt geïntroduceerd te zijn door de Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht (Commissie Scheltema). In de Memories van Toelichting bij de twee tot nu toe voltooide tranches van de Awb duikt de rechtsbetrekking regelmatig op. Voor zover het concept van de rechtsbetrekking het afscheid van de rechtsvrije zone symboliseert ga ik gaarne akkoord met het gebruik van het begrip.

Het woord rechtsbetrekking is echter een vage term, naar blijkt uit de vele publikaties die rond de totstandkoming van de Awb aan de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking werden gewijd. Nog vager wordt de term als daar het adjectief wederkerig aan wordt toegevoegd. Het gebruik van een vage term bergt het gevaar in zich, dat mensen iets verschillends bedoelen als zij hetzelfde zeggen. Over een heldere, eenduidige definitie van het begrip (wederkerige) rechtsbetrekking in het bestuursrecht bestaat – als ik het goed zie – geen consensus. Voorzichtigheid bij het gebruik van de term is dus geboden.

Van Male noemt als kenmerken van de wederkerige rechtsbetrekking in de eerste plaats dat de overheid niet alleen bevoegdheden, maar ook verplichtingen tegenover de burger heeft, en in de tweede plaats, dat de burger niet alleen aanspraken, maar ook verplichtingen jegens de overheid heeft.[1]

De literatuur over de wederkerige rechtsbetrekking in het bestuursrecht is overwegend kritisch.[2] De kritiek richt zich tegen de suggestie, dat burger en overheid niet alleen over en weer rechten en plichten hebben, maar ook, dat die

1 Van Male, Onvoltooid recht (oratie), Zwolle 1993, blz. 17/18.

2 Bijv. De Waard in: Algemene wet bestuursrecht (VUGA, losbl.), blz. C 2-12 e.v., en Damen, 'Bestaat de Awb-mens?', in: Aantrekkelijke gedachten, Deventer 1993, blz. 109 e.v. met uitgebreide literatuurverwijzing.

rechten en plichten elkaar in evenwicht zouden houden, dat er sprake zou zijn van een *do ut des*.[1] Bij die kritiek sluit ik mij aan. Natuurlijk bestaat het verschijnsel horizontaal bestuur, met bijbehorende instrumenten als het contract en het convenant. Maar de beschikking als instrument bij uitstek voor verticaal, eenzijdig bestuur is daarmee geenszins verdwenen.[2] Aan het weglaten van het woord 'eenzijdig' in de nieuwe definitie van het bestuursbesluit in de Awb kan niet de betekenis worden toegekend, dat het besluit voortaan een consensuele rechtsfiguur zou zijn. Recent in politieke partijprogramma's opduikende begrippen als het 'burgerschapscontract', het 'bijstandscontract' of het 'inburgeringscontract' hebben wellicht in politiek-sociologische zin enige zeggingskracht; vanwege het ontbreken van contractsvrijheid zijn zij in juridische zin zonder betekenis.

In het discours over de toekomst van de bestuursrechtspraak wordt het begrip rechtsbetrekking met verschillende oogmerken gebruikt. Bijvoorbeeld als aanduiding van de meer horizontale verhouding tussen burger en overheid, en (in het verlengde daarvan) als motief om de burger in procedures tegen de overheid meer verantwoordelijkheden te geven en meer risico's te laten lopen.

In de wetsgeschiedenis van hoofdstuk 8 van de Awb duikt het begrip rechtsbetrekking bijvoorbeeld op bij de vraag, of de burger in de proceskosten kan worden veroordeeld. Die vraag werd in verschillende fasen van het wetgevingstraject telkens verschillend beantwoord. In het aanvankelijk bij de Tweede Kamer ingediende wetsontwerp werd de rechtbank bij uitsluiting bevoegd verklaard elke in het ongelijk gestelde partij in de kosten van één of meer andere partijen te veroordelen. In de MvT lezen wij daarover onder meer het volgende:

> 'Zoals reeds eerder is gesteld staat in een bestuursrechtelijk geding de rechtmatigheid van een eenzijdig en in een situatie van een zekere ongelijkheid door een bestuursorgaan vastgesteld besluit centraal. Het gaat dan niet aan de burger die de rechtmatigheid van een dergelijk besluit bij de rechter aan de orde stelt, per definitie de mogelijkheid van een vergoeding van (een deel van) zijn proceskosten te onthouden.'

Tot zover geen nieuws, zeker niet na het arrest van de HR inzake Velsen/De Waard.[3] Maar de MvT vervolgt dan:

> 'Het feit dat de verhouding tussen bestuursorgaan en burger zich meer en meer ontwikkelt in de richting van een rechtsbetrekking tussen partijen pleit ervoor, ook de mogelijkheid van een proceskostenveroordeling van de burger niet uit te sluiten'.[4]

1 Damen, a.w. blz. 120.

2 Deze constatering betekent, dat de bestudering en de beoefening van het materiële bestuursrecht zich niet (uitsluitend) op de beschikking of het besluit moet richten. Zo ook Bolt, 'Benaderingen in het bestuursrecht', in: Aantrekkelijke gedachten, Deventer 1993, blz. 141 e.v.

3 HR 17 november 1989, NJ 1990, 746 m.n. JBMV, AB 1990, 81, m.n. GPK.

4 TK 91/92, 22 495, nr. 3, blz. 151.

Daarmee werd de grondslag die in het arrest Velsen/De Waard aan de proceskostenveroordeling in bestuursrechtelijke zaken was gegeven, verlaten: de vergoeding van proceskosten werd daar gebaseerd op de onrechtmatigheid, gelegen in het nemen van een besluit dat later de toets van de bestuursrechter niet blijkt te doorstaan. Een proceskostenveroordeling van de appellerende burger kan niet op enige vorm van onrechtmatigheid worden gebaseerd: buiten het geval van misbruik van bevoegdheid kan het adiëren van de bestuursrechter toch immers niet voor onrechtmatig worden gehouden. Opvallend is, dat in het concept van de rechtsbetrekking een grondslag wordt gezien om de burger die beroep instelt tegen een overheidsbeschikking een procesrisico te laten lopen.

Door ingrijpen van de Tweede Kamer is later de weinig principiële (en voor rechtspersonen discriminerende) bepaling in artikel 8:75, eerste lid, Awb, terechtgekomen, volgens welke een natuurlijke persoon slechts in de kosten kan worden veroordeeld in geval van kennelijk onredelijk gebruik van procesrecht. Kennelijk staan rechtspersonen tot de overheid in een meer horizontale verhouding dan natuurlijke personen! Waarschijnlijk dekt deze vaststelling een deel van de werkelijkheid,[1] al kan het verschil tussen natuurlijke persoon en rechtspersoon in juridisch-dogmatische zin het onderscheidend criterium niet zijn.

Uit dit voorbeeld leren wij, dat het gebruik van het woord rechtsbetrekking te snel het beeld van een horizontale, gelijkwaardige verhouding tussen de procespartijen oproept. Zulks ten onrechte, omdat ook rechtsbetrekkingen aspecten van verticaliteit in zich kunnen bergen. En wel in het bijzonder, als een van de partijen in die rechtsbetrekking de bijzondere bevoegdheid heeft om eenzijdig een beschikking te nemen die, indien zij niet wordt aangevochten, rechtskracht verkrijgt.

3.2 Bevoegdheidstoedeling aan de hand van het begrip rechtsbetrekking?

Een pleitbezorger voor de publiekrechtelijke rechtsbetrekking als alternatief voor het besluit om de bevoegdheid van de bestuursrechter af te bakenen van die van de burgerlijke rechter is Van Male. Vergelijk de volgende passage in zijn oratie:

> 'Op termijn verdient een ruimere, meer transparante opzet van de bevoegdheid van de administratieve rechter de voorkeur. Een heldere regeling van de rechtsmacht van de administratieve rechter brengt mee dat alle geschillen over bestuursrechtelijke rechtsbetrekkingen door dezelfde rechter worden afgedaan. Daaronder zou ik willen verstaan geschillen die rijzen binnen een rechtsbetrekking waarbij een van de partijen een bestuursorgaan is of een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld: Een formeel criterium derhalve. Maar wel een criterium dat aansluit bij

1 Ook bij Damen blijkt de Awb-mens een rechtspersoon te zijn, zij het alleen de *machtige* rechtspersoon; a.w. blz. 126.

de belevingswereld van de justitiabelen die het bestuur als een organisatievorm zien, en niet als een bepaalde vorm van handelen van de overheid'.[1]

Juristen kunnen in hun vakdiscussie natuurlijk slechts gissen naar de belevingswereld van justitiabelen. De calculerende burger die tot het bestuur in een rechtsbetrekking staat, zal dat bestuur nu eens als een kans, dan weer als een bedreiging zien. De burger die een hoekje van zijn aangiftebiljet heeft afgeknipt, zal reikhalzend uitzien naar zijn belastingaanslag, zijn buurman die minder af te trekken had, durft de enveloppe nauwelijks open te maken. Beiden kunnen echter menen dat zij door de aanslag in hun recht en/of hun belang zijn aangetast. In dit voorbeeld is volstrekt transparant op welke wijze zij hun bezwaren tegen de aanslag aan de rechter kunnen voorleggen, namelijk (na het doorlopen van de bezwaarschriftprocedure) door het instellen van beroep tegen de aanslag, die immers niets meer of minder is dan een bestuursbesluit.

Dat bestuursbesluit behelst zeker niet de hele rechtsbetrekking tussen de belastingplichtige en de inspecteur. Die rechtsbetrekking wordt immers ook bepaald door vorige aangiften en aanslagen, eventueel door de dienst verstrekte inlichtingen, en al dan niet daardoor bij de burger ontstane verwachtingen. Misschien is er een voorlopige aanslag opgelegd, heeft de betaling op de aanslag al een aanvang genomen, of is er in afwachting van de uitkomst van de beroepszaak juist uitstel van betaling verleend.

In deze rechtsbetrekking is het geschil ingebed. We kunnen als het ware inzoomen: als buitengrens zien wij de rechtsbetrekking tussen de burger en het bestuur. Daarbinnen bevindt zich het besluit, en daarbinnen bevindt zich het geschil. Nu komt het inderdaad voor, dat zich geschillen voordoen in het gebied tussen rechtsbetrekking en besluit. Ook die geschillen moet de burger aan de rechter kunnen voorleggen. Aan de bestuursrechter? Hier stuiten wij wederom op een definitiekwestie. De bestuursrechter, wat is dat eigenlijk?

3.3 De bestuursrechter

In het recente verleden was volkomen duidelijk wat een bestuursrechter was. Dat was een rechter die zijn werk verricht bij een bestuursrechtelijk college. Hoofdstuk 8 van de Awb schenkt ons echter het beroep bij de rechtbank. Sindsdien is de term bestuursrechter geen eenduidig begrip meer: wij kunnen dat begrip immers ten minste in twee betekenissen gebruiken, te weten in de organisatorische en de personele betekenis.

Allereerst de organisatorische betekenis.

De rechtbank laat zich op zichzelf niet kwalificeren als een bestuursrechtelijk college.

Geen nood, daar zijn de artikelen 55b en 55c van de Wet RO. Daarin is bepaald, dat de rechtbanken in eerste aanleg kennis nemen van de bestuursrechtelijke

1 Van Male, Onvoltooid recht, Zwolle 1993, blz. 36

zaken waarvan de kennisneming bij de wet aan hen is opgedragen, en dat voor het behandelen en beslissen van bestuursrechtelijke zaken kamers worden gevormd. Zo valt er binnen de rechtbank toch nog een bestuursrechter aan te wijzen, namelijk de enkelvoudige of meervoudige kamer als bedoeld in artikel 55c Wet RO.

Artikel 1:4, Awb, geconcipieerd in de tijd waarin we nog van administratieve rechtspraak spraken, bevestigt dit: onder administratieve rechter wordt verstaan: een onafhankelijk, bij de wet ingesteld orgaan dat met administratieve rechtspraak is belast; een tot de rechterlijke macht behorend orgaan wordt als administratieve rechter aangemerkt *voor zover* hoofdstuk 8 (...) van toepassing is.

Het systeem is dus: hoofdstuk 8 opent beroep tegen bestuursbesluiten; voor zover dat hoofdstuk van toepassing is is de rechtbank een administratieve rechter. Dit alles is, met respect, slechts taal. Binnen de rechtbank, die, als hoofdregel, altijd rechtsmacht heeft, is dit systeem vrijwel uitsluitend van belang om vast te stellen welk procesrecht moet worden toegepast. Is hoofdstuk 8 van toepassing (dat is: ligt een bestuursbesluit voor), dan moet het procesrecht van hoofdstuk 8 worden toegepast door een kamer ex artikel 55c RO. Een rechter die een beroepschrift tegen een bestuursbesluit in behandeling neemt, is op dat moment een enkelvoudige kamer, een bestuursrechter in die zin.

De bestuursrechtspraak in eerste aanleg is echter in de rechtbanken samengebracht met de andere takken van rechtspraak. In de rechtbanken wordt er veel aan gedaan om aan de integratie meer inhoud te geven dan destijds bij de onderbrenging van de belastingrechtspraak in de gerechtshoven is gebeurd. Aanvankelijk stonden de rechtbanken enigszins vreemd tegenover hun nieuwe bestuursrechtelijke sectoren. Staatsraad Blaauw (voormalig rechtbankpresident) vond in april 1993 dat de Sector Bestuursrecht nogal wat voor zijn kiezen kreeg:

- 'zich profileren binnen het groter verband van de rechtbank, naast privaatrechtelijke en strafsector;
- opboksen tegen zeker dedain van civielrechtelijke en strafrechtjuristen;
- duidelijk maken dat sprake is van een eigenstandige discipline, het gaat om volledige beheersing van het alsmaar uitdijend bestuursrecht, materieel en formeel'.[1]

De profilering heeft intussen wel plaatsgevonden, en er wordt in de rechtbanken weinig (meer) gebokst. Met het bestaan van het materiële bestuursrecht waren de civiele en strafrechters al wel bekend: de rechtbanken hadden ook vóór de vorming van hun bestuursrechtelijke sectoren al veel bemoeienis met het overheidsbestuur (zie hiervoor paragraaf 1.1). De leden van de bestuursrechtelijke sectoren zijn, kortom, volledig lid van de rechtbank, en inzetbaar op alle plaatsen

1 Lezing voor de Sectie Raadsheren en Rechters van de NVvR, Trema 1993, blz. 319 e.v.

waar hun bijzondere kennis en affiniteit tot uitdrukking komt, en waar de rechtbank behoefte aan hen heeft.

In het kader van deze personele integratie valt het begrip bestuursrechter opnieuw te definiëren, namelijk als een rechter met bijzondere kennis van het materiële bestuursrecht en met bijzondere belangstelling voor geschillen tussen burgers en de overheid. Die rechters zullen in het algemeen in de rechtbank worden ingezet voor de behandeling van zaken op grond van artikel 8:1 Awb. Maar niets staat eraan in de weg om die rechters ook – eventueel samen met civiele rechters, die onder meer bijzondere kennis hebben op het gebied van het burgerlijk procesrecht en het beoordelen van schadeclaims – te belasten met de behandeling van bestuursrechtelijke zaken die in de vorm van civiele procedures bij de rechtbank worden aangebracht. Met andere woorden: door de integratie van rechtspraak hoeven geschillen niet meer in het keurslijf van beroepen tegen bestuursbesluiten te worden geperst om ze binnen het bereik van bestuursrechters (in de personele zin van het woord) te brengen. Voor de hogere voorziening kan deze conclusie uiteraard (nog) niet worden getrokken. Wel zou deze conclusie van belang kunnen zijn voor de derde fase van de herziening van de rechterlijke organisatie.

3.4 Recapitulatie

Hoe regelen wij de rechtsingang voor geschillen die zich binnen een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking, maar buiten een bestuursbesluit om voordoen? Twee mogelijkheden lijken hier te bestaan: stel de procedure van hoofdstuk 8 Awb ook voor die geschillen open, of aanvaard, dat die geschillen via een andere rechtsingang, met name die van de civiele onrechtmatige-daadsactie (eventueel te herdopen als algemene onrechtmatige-daadsactie) bij de rechtbank aanhangig worden gemaakt.

Laat ons zien welke weg de wetgever op 1 januari 1994 met de invoering van de Awb is ingeslagen.

4 De Awb: Schuiven de panelen?

4.1 Inleiding

De Awb concentreert, geheel volgens traditionele inzichten, het materiële en het formele bestuursrecht rond de publiekrechtelijke rechtshandeling. Daarvan kent de wet vooralsnog vier soorten:
- de beschikking,
- de beleidsregel,
- het algemeen verbindend voorschrift,
- het besluit van algemene strekking niet zijnde een beleidsregel of een algemeen verbindend voorschrift.

Vooralsnog wordt alleen tegen de eerste en de laatste categorie beroep krachtens hoofdstuk 8 opengesteld. Dit noopt uiteraard tot tal van beschouwingen over de identiteit van de vierde genoemde categorie. Ik wil mij daar hier niet in begeven. Het openstellen van beroep tegen andere besluiten dan beschikkingen lijkt in de praktijk geen grote stap te zijn, al kunnen beoefenaars van de verschillende takken van bestuursrechtspraak met enige moeite wel wat voorbeelden bedenken. Principieel wordt hiermee echter een belangrijke stap gezet. In het eerste hoofdstuk beschreef ik het beroep tegen beschikkingen als complementair aan het leerstuk van de rechtskracht van beschikkingen. *In abstracto is de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking tussen overheid en burgers deze, dat de overheid gerechtigd is om buiten rechte diep ingrijpende beschikkingen te nemen; daar tegenover staat, dat de burger die beschikkingen op eenvoudige wijze achteraf aan de rechter kan en mag voorleggen.* Doet de burger dat niet, dan heeft de beschikking rechtskracht. Dit laatste element is echter uniek voor de beschikking, en geldt niet voor besluiten van algemene strekking: aan belanghebbenden die geen beroep hebben ingesteld tegen een besluit van algemene strekking, kan later niet de formele rechtskracht van zo'n besluit worden tegengeworpen.

De beroepsgang van hoofdstuk 8 staat dus ook open tegen besluiten die geen rechtskracht verkrijgen door het verlopen van de beroepstermijn. Dit roept de vraag op, waarom het bestuur dan zou 'gedogen' dat zijn besluiten op eenvoudige en goedkope wijze ter toetsing aan de rechter worden voorgelegd. De rechtskracht als beloning voor dat gedogen valt weg. Waarom zou het bestuur dan nog faciliteiten verlenen zoals het vermelden van een beroepsclausule op zijn besluiten en het fourneren van zijn volledige dossier? En waarom zou het bestuur dan

nog langer de enige procespartij moeten zijn met een procesrisico? Waarom mag van de burger die een besluit van algemene strekking aanvecht, niet worden verlangd dat hij een precieze vordering formuleert en die met stellingen onderbouwt?

Deze vragen leiden tot de volgende hypothese: de toepasselijkheid van de procedure van hoofdstuk 8 Awb op besluiten die geen rechtskracht verkrijgen, leidt tot een verschuiving van het verificatiemodel naar een strijdmodel.

Zo'n verschuiving wordt, zoals wij zagen, eveneens bevorderd door de suggestie van horizontaliteit die uitgaat van het toenemende gebruik van het begrip bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Zie hierboven paragraaf 3.1.

De eerste 68 artikelen van hoofdstuk 8 Awb ondersteunen de bovenstaande hypothese niet. Het beroep wordt ingesteld tegen een besluit, en de rechter is overduidelijk de dominus litis, die voor het uitvoeren van zijn verificatietaak over belangrijke bevoegdheden beschikt. Dat partijen ten opzichte van sommige oude procesregelingen iets meer invloed kunnen uitoefenen op de wijze waarop de rechter zijn ambtshalve onderzoek uitvoert, kan ook heel goed buiten het kader van mijn hypothese worden gezien. De tendens tot het versterken van de positie van partijen is voornamelijk een codificatie van al eerder geformuleerde beginselen van een goede procesorde: het recht op toezending van *alle* stukken die in de loop van de procedure aan het dossier worden toegevoegd, het (beperkte) recht op inspraak bij de formulering van een deskundigenopdracht, en het recht om schriftelijk commentaar te leveren op een uitgebracht deskundigenrapport. Opmerkelijk is, dat zelfs de vergaande bevoegdheid van de rechter om zich buiten partijen om schriftelijk met derden te verstaan, afkomstig uit de oude Beroepswet, in het nieuwe procesrecht is gehandhaafd (art. 8:45 Awb). Een goede procesorde vereist, dat de rechter van deze bevoegdheid geen gebruik maakt zonder partijen minstgenomen te verwittigen van zijn voornemen daartoe. De partij-invloed bij het inlichtingen vragen aan derden zou gelijk moeten zijn aan die bij het deskundigenonderzoek (art. 8:47, derde en vijfde lid Awb).

Hooguit is de bepaling over het griffierecht (art. 8:41 Awb) in het licht van mijn hypothese interessant. Het griffierecht bedraagt in sociale zekerheidszaken *f* 50,-, in andere zaken *f* 200,-, en voor rechtspersonen *f* 400,-.[1] Deze differentiatie laat zich heel goed uitsluitend verklaren op grond van de veronderstelde financiële draagkracht van de onderscheiden groepen appellanten. Maar men kan haar ook zien in het licht van de rechtsbetrekking waarin het aangevallen besluit functioneert. De rechtsbetrekking tussen een verzekerde en een uitvoeringsorgaan van de sociale verzekering heeft maar weinig horizontale aspecten. Van wederkerigheid is nauwelijks sprake: het uitvoeringsorgaan heeft niets van de verze-

1 De vraag hoe hoog het griffierecht is als een rechtspersoon een sociale-zekerheidszaak aanhangig maakt, zal bij het verschijnen van dit preadvies wel beantwoording hebben gevonden.

kerde nodig, de verzekerde alles van het orgaan. Hetzelfde geldt voor de aanvrager van bijstand. Men zou kunnen zeggen, de rechtsbetrekking is hier meer dan gemiddeld verticaal (tarief: *f* 50,-). Andere rechtsbetrekkingen tussen natuurlijke personen en het bestuur zijn gemiddeld verticaal (tarief: *f* 200,-), rechtsbetrekkingen tussen rechtspersonen en het bestuur zijn minder dan gemiddeld verticaal (tarief: *f* 400,-).

De artikelen 8:1 tot en met 8:68 gaan dus uit van een traditioneel concept van bestuursrechtspraak. Vanaf artikel 8:69, en met name *in* dat artikel, kunnen echter verschuivingen worden waargenomen.

4.2 Uitspraak op de grondslag van het beroepschrift

4.2.1 Terreinverkenning

Artikel 8:69, eerste lid, Awb, is opgenomen in de afdeling over de uitspraak (afd. 8.2.6). Volgens dat artikel doet de rechtbank uitspraak op de grondslag van het beroepschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting. Opvallende afwezige in deze opsomming is het bestuursbesluit, in artikel 8:1 nog zo prominent aanwezig. Natuurlijk bevindt dat besluit zich bij de overgelegde stukken, maar een bijzondere status heeft het in de uitspraak kennelijk niet meer.[1]

Hoe anders was dit in (uitgerekend) artikel 69 van de oude Beroepswet: de uitspraak van het college betreft de beslissingen, door het beroep aan zijn oordeel onderworpen; zij kan zich beperken tot het punt van geschil. Of het broertje van dat artikel in de Ambtenarenwet 1929 (art. 45).

Bezien vanuit de oude Beroepswet en de Ambtenarenwet 1929 volgt artikel 8:69 Awb niet alleen art. 69 (oud) Beroepswet en art. 45 AW'29 op, maar ook de artikelen 123 resp. 98 van die wetten. Ingevolge die artikelen werd *uitsluitend* beraadslaagd en beslist op hetgeen ter terechtzitting had plaatsgehad en op de stukken die ter inzage hadden gelegen. De Wet Arbo kende een soortgelijke bepaling (art. 57).

De Centrale Raad van Beroep las in deze bepalingen het *controlebeginsel*, behorende tot 'het wezen van een goede procesorde'.[2] Het controlebeginsel, zoals dat in de bovengenoemde wetsartikelen was neergelegd, ziet primair op de herkomst van de feiten waarop de rechter zijn uitspraak baseert. In zoverre is sprake van een regel van bewijsrecht.[3] Het beginsel werd ook in stelling gebracht

1 Artikel 8:72, eerste lid, maakt echter veel goed: indien de rechtbank het beroep gegrond verklaart, vernietigt zij het besluit geheel of gedeeltelijk.

2 CRvB 20 december 1978, RSV 1979, nr. 91.

3 De uitspraken van de raden van beroep en de ambtenarengerechten plachten dan ook onder

tegen het indienen van nieuwe stukken ter terechtzitting. Op het controlebeginsel wordt een inbreuk gemaakt door de bepalingen inzake geheimhouding van stukken. Het wezenlijke karakter van het beginsel leidt tot een strikte uitleg van die geheimhoudingsbepalingen.

Dit controlebeginsel kan men heel wel teruglezen in artikel 8:69, eerste lid, Awb.[1] Dat artikellid blijkt complex te zijn. Het bevat immers:
- een beginsel van procesorde,
- een regel van bewijsrecht,
- de bepaling over de omvang van het beroep.

In de komende paragrafen zoom ik in op de laatste gedachtenstreep.

4.2.2 Beperking tot het punt van geschil

Met de vooraanstaande positie van het beroepschrift in art. 8:69, eerste lid, wordt in het bijzonder uitgedrukt, dat de rechter niet buiten de vordering mag treden, met andere woorden: zich moet beperken tot het punt van geschil. Het brengen van de appellant in een slechtere positie dan waarin hij zou hebben verkeerd als hij geen beroep had ingesteld (reformatio in peius) is er dan al helemaal niet bij.

Wat is dat nu precies, dat zich beperken tot het punt van geschil? Verschillende varianten doen zich voor:

- Een besluit bevat twee naast elkaar staande beslissingen. De appellant geeft aan dat hij slechts een van die beslissingen wenst aan te vechten. De rechter heeft dan niet tot taak de onbestreden beslissing te beoordelen. Voorbeeld: in één besluit wordt aan een vreemdeling zowel de asielstatus als een vergunning tot verblijf geweigerd. De vreemdeling geeft aan dat hij wil berusten in de weigering van de asielstatus. In deze betekenis zal de beperking tot het punt van geschil bij niemand op bezwaren stuiten. Dat geldt in het bijzonder, als de twee beslissingen net zo goed in twee verschillende documenten vervat hadden kunnen zijn.

- Een besluit bestaat uit verschillende onderdelen, doch die hangen wel degelijk met elkaar samen. Hoe groter de samenhang tussen de verschillende onderdelen, hoe moeilijker het de rechter zal vallen zijn uitspraak te beperken tot het punt van geschil. Voorbeeld: in één besluit worden een telefoonkostenvergoeding en een taxikostenvergoeding geweigerd. Beide voorzieningen zijn be-

de rubriek 'bewijsmiddelen' een algemene verwijzing te bevatten naar: 'De gedingstukken en het verhandelde ter terechtzitting'.

1 De MvT doet dat ook in een passage over het ambtshalve aanvullen van de feiten. Die bevoegdheid gaat niet zover, dat de rechter feiten aan zijn uitspraak ten grondslag kan leggen waarover partijen zich in de procedure niet hebben kunnen uitlaten: 'De onderhavige bevoegdheid laat derhalve de regel van het eerste lid onverlet'.

doeld voor communicatie met de buitenwereld. Het zou kunnen zijn, dat een weigering taxikosten te vergoeden alleen redelijk is als er telefoonkosten worden vergoed (of andersom). Een veelheid aan varianten is in deze categorie denkbaar. Als een besluit is opgebouwd uit primaire en subsidiaire beslissingen is een beperking tot het punt van geschil vrijwel ondoenlijk.

- Aan een besluit ligt een impliciete aanname ten aanzien van een rechtsfeit ten grondslag die in het beroepschrift niet bestreden wordt. Voorbeeld: tussen partijen is in confesso dat appellant verzekerd is ingevolge de WAO. Of: dat sprake is van een inrichting in de zin van de Wet Milieubeheer. Dit is een problematische categorie. Partijen contracteren hier in een situatie waarin het minstgenomen twijfelachtig is of zij daartoe wel de vrijheid hebben.

- Aan een besluit ligt een (impliciete of expliciete) feitelijke aanname ten grondslag. Bijvoorbeeld: eiser bestrijdt niet dat zich ten tijde van belang 20 katten in het door hem gedreven kattenpension bevonden.

Beperking tot het punt van geschil in de twee laatstgenoemde betekenissen kan er, zoals uit de voorbeelden blijkt, toe leiden, dat de rechterlijke uitspraak zich losmaakt van de werkelijkheid. De auteurs van de Awb hebben deze consequentie uitdrukkelijk aanvaard:

> 'Het streven naar het zoeken van de materiële waarheid blijft in de nieuwe opzet overeind, maar is in zijn uitwerking belangrijk gerelativeerd. Een belangrijke relativering is, dat de rechter in beginsel is gebonden aan de omvang van het geschil...[1]'.

Hier wordt dus de 'formele waarheid' in het bestuursrecht geïntroduceerd, een begrip dat in het burgerlijk procesrecht juist op zijn retour is. Het zijn met name de belangen van derden, die zich tegen het aanvaarden van een formele waarheid verzetten. Vergelijk de praktijk van kantonrechters in ontbindingszaken onder de oude (tot 1 januari 1987 geldende) Werkloosheidswet. Die wet verzekerde het risico van 'onvrijwillige werkloosheid'. Zowel werkgever als werknemer hadden er belang bij dat de uitkering tot uitbetaling zou komen. Hetgeen ertoe leidde dat ter comparitie onder leiding van de rechter naar een formulering kon worden gezocht waarin de schuld voor de noodzaak van partijen om uiteen te gaan zorgvuldig in het midden werd gelaten. En passant werd dan ook een dusdanige titel gezocht voor een toe te kennen schadevergoeding dat deze niet op de WW-uitkering in mindering zou worden gebracht. Het is goed contracteren op kosten van een derde!

In het bestuursprocesrecht is de mogelijkheid hiertoe beperkt, aangezien een belanghebbende derde als partij aan het geding kan deelnemen. Echter, dit geldt alleen voor degene met een rechtstreeks belang, en dus niet voor een derde met een indirect belang of een toekomstig belang.

1 TK 91/92, 22 495, nr. 3, blz. 36.

Het 'ultra petita gaan[1]' was de laatste jaren voor de invoering van de Awb onmiskenbaar op zijn retour. Zo werd in 1984 de verplichting om het hele aangevallen besluit te beoordelen uit de Ambtenarenwet 1929 geschrapt, en deed de CRvB in datzelfde jaar de reformatio in peius voor andere dan uitzonderlijke gevallen in de ban.[2] Scheltema had zich in 1978 al een verklaard voorstander van de beperking tot het punt van geschil getoond.[3] Twee duo's, Van Galen en Van Maarseveen[4] en Tak en Ten Berge,[5] gaven echter aan het ultra petita gaan toch niet te willen missen. Van Galen en Van Maarseveen verwezen daarbij naar de controletaak van de rechter: het ging toch niet aan een fout in een beslissing te handhaven op de grond dat een slecht geëquipeerde klager haar niet heeft onderkend. Tak en Ten Berge baseerden hun pleidooi voor het ultra petita gaan op de positie van de derde belanghebbende.

4.2.3 Beperking tot het punt van geschil in de Awb

Berust de huidige redactie van artikel 8:69, eerste lid, Awb nu op een duidelijke stellingname van de wetgever in dit dispuut? Dat lijkt inderdaad het geval te zijn:

> 'Gelet op de primaire functie van het bestuursrechtelijke geding, namelijk het bieden van rechtsbescherming, is er geen reden voor de rechter om buiten de vordering te treden. Daarnaast zou het uit een oogpunt van de rechtszekerheid van de bij het besluit betrokkenen bepaald ongelukkig zijn, als de rechter buiten de grenzen van het aan hem gepresenteerde geschil zou kunnen treden'.

Het taalgebruik ('het aan de rechter gepresenteerde geschil') doet vermoeden dat de auteurs bij het begrip 'rechtsbescherming' in sterke mate de arbitragefunctie van de rechter voor ogen hebben. Geconcludeerd wordt, dat onderdelen van het besluit waartegen niet wordt opgekomen, door de rechter buiten beschouwing moeten worden gelaten. Aangetekend wordt, dat de rechter daarbij niet zonder meer op de in het beroepschrift geformuleerde grieven zal kunnen afgaan:

> 'Uit het ontbreken van bepaalde stellingen in het beroepschrift kan men immers niet zonder meer afleiden dat de appellant bewust bepaalde gebreken niet aan de orde heeft willen stellen en derhalve in deze gebreken zou willen berusten. Het past goed bij de actieve rol die de rechter in de procedure heeft, dat deze de appellant in de gelegenheid stelt zich hieromtrent nader uit te laten'.[6]

Op deze eerste relativering van de beperking tot het punt van geschil (het gaat kennelijk om gebreken waarin de appellant bewust wil berusten; het beroepschrift

1 Deze terminologie suggereert op zichzelf al een zekere onoirbaarheid.
2 CRvB 11 september 1984, RSV 1985, nr. 133, m.n. Vleesch Dubois.
3 Beginselen van administratieve rechtspraak, RMT 1978, blz. 267.
4 Geschriften van de VAR LXXXII, blz. 39.
5 Nederlands Administratief Procesrecht I, blz. 272.
6 Beide citaten: TK 91/92, 22 495, nr. 3, blz. 141/142.

is niet decisief) volgden er in de MvA nog enkele. In de eerste plaats lezen wij daar:

> 'dat geen sprake is van overtreding van het verbod van reformatio in peius als in een geschil waarin verschillende appellanten[1] met tegengestelde belangen zijn betrokken, een appellant ten gunste van een of meer van de andere appellanten in een slechtere positie wordt gebracht. De figuur van reformatio in peius is conceptueel ook altijd gesitueerd in een enkelvoudige relatie bestuursorgaan-burger'.[2]

Daarmee zijn Tak en Ten Berge dus gerustgesteld, mits we deze passage over het species reformatio in peius mogen doortrekken naar het genus ultra petita gaan. Met andere woorden: mits aanvaard wordt dat ook andere partijen dan appellant (bij andere geschriften dan het beroepschrift) invloed op de omvang van het geding mogen uitoefenen.[3]

In de tweede plaats is er volgens de MvA geen sprake van reformatio in peius in het geval waarin het bestuursorgaan ook buiten de procedure bevoegd en verplicht zou zijn het besluit ten nadele te wijzigen, en de rechter, zelf in de zaak voorziende, per saldo de appellant in een slechtere toestand brengt. Het verbod van reformatio in peius (en überhaupt van het ultra petita gaan?) betreft kennelijk alleen de toetsing (ex tunc) en niet het zelf voorzien (ex nunc).[4] Hier had ik nu wel eens wat voorbeelden willen zien, maar de indieners laten het bij de weergegeven (voor mij nogal duistere) passage.

Ik heb gepoogd een voorbeeld uit te werken in de sfeer van de sociale verzekering. Volgens de MvA zijn immers de 'klassieke' sociale-zekerheidsgeschillen het voorbeeld bij uitstek van de enkelvoudige relatie bestuursorgaan-burger, waarin de reformatio in peius conceptueel gesitueerd was. Zo'n klassieke casus betreft het besluit waarbij aan een verzekerde een gedeeltelijke WAO-uitkering is toegekend. De verzekerde komt in beroep onder aanvoering dat hij volledig arbeidsongeschikt is. Echter, in het vooronderzoek blijkt bij de betrokkene geen ziekte of gebrek te kunnen worden vastgesteld. Hij heeft dus in het geheel geen recht op uitkering.

Hoe nu? De rechter, uitspraak doende op de grondslag van het beroepschrift, kan

1 Terzijde: mede-*appellanten* met een tegengesteld belang zullen er wel niet zo vaak zijn; ik denk dat de passage ook toepasselijk is op derde-belanghebbenden met een tegengesteld belang die krachtens artikel 8:26 AWB als partij in het geding optreden.

2 TK 91/92, 22 495, nr. 6, blz. 54.

3 Expliciet hierover is de MvT, blz. 36, waar staat: 'dat de rechter in beginsel is gebonden aan de omvang van het geschil zoals door de indiener van het beroepschrift – *en mogelijke derden-belanghebbenden* – aan hem voorgelegd' (cursivering van mij, DA).

4 Van Male heeft dan ook gelijk waar hij in het verbod van reformatio in peius de toepassing van de rechtszekerheid ziet (oratie, blz. 30). Zo ongeveer als het oude artikel 71 Beroepswet: 'Wordt in beroep het recht op een uitkering geheel of gedeeltelijk ontzegd, dan wordt het reeds betaalde niet teruggevorderd of verrekend'.

moeilijk anders dan het beroep ongegrond verklaren.[1] Aan zelf ex nunc in de zaak voorzien komt hij (gelet op art. 8:72, vierde lid, Awb) niet toe! Zonder nieuw besluit – dat eventueel ingevolge artikel 6:19, eerste lid, Awb, in de lopende procedure betrokken wordt – kunnen de consequenties van het nieuw opgekomen medisch oordeel dus niet in de rechterlijke uitspraak worden meegenomen. Maar het beroep tegen dat nieuwe ex nunc-besluit is wederom ongegrond. Ex nunc zelf in de zaak voorzien komt dus weer niet in beeld.

Toetsing ex tunc, en zelf voorzien ex nunc, het is een curieuze combinatie: zij werkt wel als er ex tunc iets mis was dat er ex nunc niet meer toe doet, maar niet als er ex tunc niets mis was, en inmiddels wel.

De derde relativering van het gebod zich te beperken tot het punt van geschil kon natuurlijk niet uitblijven:

> 'De toepassing van de regels inzake bevoegdheid en ontvankelijkheid is van openbare orde en staat daarmee niet ter vrije beschikking van partijen. Zo zal de rechter (...) zich inderdaad niet conformeren aan bij voorbeeld een onjuiste uitleg van het besluitbegrip of een ten onrechte verschoonbaar geoordeelde termijnoverschrijding. Dat geldt ook in die (...) gevallen waarin partijen zijn overeengekomen geen beroep te doen op onbevoegdheid of niet-ontvankelijkheid'.

De toepassing van de regels inzake bevoegdheid en ontvankelijkheid is van openbare orde en staat daarmee niet ter vrije beschikking van partijen. Ik zeg het de auteurs van de MvA graag na. Maar zeggen zij daarmee niet impliciet dat de verplichting van de rechter om zich te beperken tot het punt van geschil alleen geldt als de toepassing van regels ter vrije beschikking van partijen staat? In dat geval zullen zelfs Van Galen en Van Maarseveen nog vrede kunnen hebben met artikel 8:69, eerste lid.

Resumerend: uit de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 8:69, eerste lid, kan het volgende worden afgeleid:

1. De rechter moet zich beperken tot het punt van geschil (hoofdregel).
2. Dit betekent dat hij voorbij moet gaan aan gebreken waarin de appellant bewust wil berusten.
3. Ook na het beroepschrift kan het beroep worden uitgebreid.
4. Ook door anderen dan de indiener van het beroepschrift kan het beroep worden uitgebreid.
5. Het verbod van reformatio in peius geldt niet bij verschillende belanghebbenden met tegengestelde belangen.
6. Het verbod van reformatio in peius treft niet het ten nadele van de appellant ex nunc zelf voorzien bij gewijzigde omstandigheden.
7. Het verbod van reformatio in peius verhindert niet het ambtshalve toepassen

1 Dat was ook onder de oude Beroepswet, sinds de uitspraak van de CRvB van 11 september 1984, de praktijk.

van bepalingen van openbare orde, omdat die bepalingen niet ter vrije beschikking van partijen staan.

8. Open vraag: hoe staat het met andere bepalingen die niet ter vrije beschikking van partijen staan? Zoals de bepalingen in afdeling 3.2 Awb inzake zorgvuldigheid en belangenafweging! Of het gelijkheidsbeginsel, neergelegd in artikel 1 van de Grondwet. Indien de rechter deze bepalingen ambtshalve moet toepassen zijn wij al vóór kennisneming van artikel 8:69, tweede lid (zie hierna) terug bij de ambtshalve toetsing aan de a t/m d-gronden van (onder meer) de oude Wet Arob!

De rechter moet zich, zo blijkt, beperken tot het punt van geschil indien:
- het beroep is ingesteld tegen een besluit waarbij de belangen van derden niet zijn betrokken;
- de appellant bewust in een gebrek wil berusten;
- geen sprake is van bepalingen van openbare orde, die niet ter vrije beschikking van partijen staan.

En inderdaad, als deze omstandigheden zich voordoen is er geen enkele reden de rechter een ruimere taak te geven dan die van arbitrage, van het beslechten van het tussen partijen bestaande geschil.

De verplichting zich te beperken tot het punt van geschil komt in een ander perspectief indien men het bestuursorgaan beschouwt als de aanlegger van het geding, zoals ik deed in paragraaf 2.4. Het dictum van het aangevallen besluit functioneert in die optiek als petitum, waarbuiten de bestuursrechter niet mag treden. Dit was tot 1 januari 1994 geldend recht: het geschil wordt begrensd door het aangevallen besluit. Een hinderlijke beperking in die gevallen, waarin geschilpunten zich weliswaar binnen de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking, doch buiten de grenzen van het besluit blijken te bevinden. Aan een vluchteling wordt een status geweigerd. Bij beroepschrift voert hij onder meer aan, dat hem, aangezien hij niet wordt uitgezet, een verklaring dienaangaande ten behoeve van de Gemeentelijke Sociale Dienst behoort te worden verstrekt. Mag de rechter deze grief behandelen? Artikel 69, eerste lid, Awb, suggereert van wel: uitspraak wordt immers gedaan op de grondslag van het beroepschrift. Stel nu, de rechtbank acht de grief van de vreemdeling gegrond. Haar uitspraak zal op dit punt strekken tot gegrondverklaring van het beroep (art. 8:70, sub d). Zij vernietigt dus het bestreden besluit geheel of gedeeltelijk (art. 8:72, eerste lid). Maar welk gedeelte van het besluit moet de rechtbank vernietigen als zij een vordering toewijst die buiten het besluit omgaat?

Mijn slotsom is deze: artikel 8:69, eerste lid, brengt niet op overtuigende wijze verandering in het traditionele concept van de omvang van het geding in bestuursrechtelijke zaken: het besluit vormt de buitengrens; daarbinnen kan onder omstandigheden een beperking tot het punt van geschil plaatsvinden.

4.3 Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden en feiten

4.3.1 Inleiding

De rechtbank vult ambtshalve de rechtsgronden aan en kan ambtshalve de feiten aanvullen, zo is in artikel 69, tweede en derde lid, Awb, bepaald. In veel opzichten een bijzonder samenstel van bepalingen. Men merke bijvoorbeeld op, dat hier voor het eerst in het bestuursprocesrecht een onderscheid wordt gemaakt tussen feiten en recht. Is dit bedoeld als een eerste stap om cassatie in bestuursrechtelijke zaken mogelijk te maken? De civiele rechtscultuur kent, ongetwijfeld onder invloed van het instituut van cassatie, een duidelijk onderscheid tussen feitelijke vragen en rechtsvragen. Dit leidt tot een jurisprudentie van abstracte rechtsregels, die in hun abstractheid steeds verder worden verfijnd. Het leidt er tevens toe dat tal van feitelijke afwegingen zich aan de controle van de hoogste rechter onttrekken.

De feiten zijn in civilibus het primaire domein van partijen. Zij mogen over de feiten contracteren, de rechter een formele waarheid presenteren. De cassatierechter, geconfronteerd met een feitencomplex waar hij van uit moet gaan, kan nimmer instaan voor de 'juistheid' van zijn oordeel. Immers, een juist rechtsoordeel toegepast op onjuiste feiten zal veelal tot een onjuist eindoordeel leiden.

De meeste bestuursrechtelijke hoogste rechters zijn tevens appelinstanties. Dit leidt ertoe, dat zij zich niet beperken tot het formuleren van abstracte rechtsregels, maar die rechtsregels zelf in een veelheid van concrete zaken toepassen. In de praktijk heeft dit tot gevolg, dat minder dan in de cassatierechtspraak standaardarresten worden gewezen waarin abstracte rechtsregels worden geformuleerd, doch dat een constante stroom van gemengd juridisch/feitelijke oordelen wordt afgescheiden, waaruit de buitenwereld, vaak pas achteraf, een consistente lijn kan destilleren. Die lijn, en dus de rechtseenheid, heeft in bestuursrechtelijke zaken niet alleen op het recht betrekking, doch ook op de feitelijke afwegingen, bijvoorbeeld ook op de hoogte van sancties en schadevergoedingen.

Nu de bestuursrechter van het bestuur vraagt consistentie te betrachten, niet alleen bij de toepassing van voorschriften, doch ook bij het maken van feitelijke afwegingen,[1] is het onontkoombaar, dat ook het rechtseenheidssysteem op die consistentie gericht is. Dat geldt vooral in die takken van bestuursrechtspraak waarin vrijwel steeds dezelfde bestuursorganen als procespartij optreden, zoals het sociaal zekerheidsrecht en het vreemdelingenrecht. Daarom ook is de cassatie in het belang der wet geen adequaat middel om de rechtseenheid in het vreemdelingenrecht te waarborgen.

Een te strikt onderscheid tussen feiten en recht, waartoe het stelsel van artikel 69, tweede en derde lid, Awb, een aanzet zou kunnen zijn, past, kortom, niet goed bij het bestuursrecht en de bestuursrechtspraak. Maar laat ons de genoemde artikelleden nader onderzoeken.

1 Nicolaï, Beginselen van Behoorlijk Bestuur, Deventer 1990, blz. 306.

4.3.2 Aanvulling van rechtsgronden

'Overeenkomstig artikel 48 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is in het tweede lid bepaald dat de rechter ambtshalve de rechtsgronden aanvult'. Aldus de MvT bij art. 8:69, Awb.[1] Verdere toelichting op deze toch belangrijke bepaling werd pas gegeven in de MvA:

> 'Wij wijzen erop, dat de verplichting van de rechter om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen, niet op gespannen voet staat met het verbod van reformatio in peius. Immers, deze verplichting moet worden gelezen in samenhang met de verplichting om op de grondslag van het beroepschrift uitspraak te doen. Met andere woorden: het gaat om het aanvullen van de rechtsgronden van het beroep.[2]'

Hier moeten we het mee doen. Allereerst teken ik (kijkend naar de wijze waarop in civilibus met art. 48 Rv wordt omgegaan) aan, dat *aanvulling* van de rechtsgronden niet betekent, dat het beroepschrift reeds een begin van rechtsgronden moet bevatten. Met andere woorden: ook een beroepschrift dat geen enkele rechtsgrond bevat (doch bijvoorbeeld alleen feitelijke gronden, of alleen stellingen inzake het belang) kan door de rechter van rechtsgronden worden voorzien.

Als ik artikel 8:69, tweede lid, had mogen schrijven, zou ik een andere formulering hebben gekozen, namelijk: 'De rechtbank past ambtshalve het recht toe[3]'. Aan het aanvullen van de rechtsgronden van het beroep heeft de bestuursrechter niet genoeg. Onder omstandigheden moet hij ook de rechtsgronden van het aangevallen besluit of van de uiteenzetting van een derde-partij kunnen aanvullen. Neem als voorbeeld een gebonden beschikking met een onjuiste motivering, doch een juiste uitkomst. Die beschikking strijdt zowel met artikel 4:16 Awb als met het toegepaste algemeen verbindende voorschrift, bijvoorbeeld uit de Bouwverordening. Het komt mij voor, dat de rechter – gelet ook op artikel 6:22, Awb – het beroep ongegrond moet verklaren, zeker als een derde-partij met een contrair belang daarop aandringt. Daartoe zal de rechter de rechtsgronden van het besluit (en eventueel van het geschrift van de derde-partij) moeten aanvullen.

Met andere woorden: de in de MvA aanbevolen lezing van artikel 8:69, tweede lid, zou met zich brengen dat de rechter het recht alleen ten faveure van één der partijen, de appellant, ambtshalve zou mogen toepassen. Dit kan de bedoeling niet zijn, naar ik al concludeerde in paragraaf 4.2.3 over de beperking tot het punt van geschil.

4.3.3 Aanvulling van feiten

De rechtbank kan ambtshalve de feiten aanvullen, aldus artikel 8:69, derde lid,

1 TK 91/92 22 495, nr. 3, blz. 142.
2 TK 91/92. 22 495, nr. 6, blz. 54.
3 Diezelfde formulering zou ik waarschijnlijk gebruiken als ik artikel 48 Rv zou mogen herschrijven.

Awb. De Toelichting relateert deze bepaling aan een aantal dogma's van het bestuursprocesrecht, met name de ongelijkheidscompensatie en het zoeken naar de materiële waarheid:

> 'Dit punt kan worden gezien als een specifiek kenmerk van bestuursprocesrecht. Het volgt (...) rechtstreeks uit de ongelijkheidscompensatie. Daarmee dient de rechter bij de toepassing rekening te houden: naarmate de ongelijkheid in casu minder is, is er minder reden om van deze bevoegdheid gebruik te maken' (de MvA voegt hieraan nog toe dat dit past in 'de conceptie van het bieden van een adequaat, waar nodig op maat te snijden, instrumentarium voor de rechter')

en:

> 'De betekenis (...) ligt vooral hierin, dat anders dan in het burgerlijk proces de rechter zich in beginsel niet hoeft neer te leggen bij de feiten zoals deze door partijen worden gepresenteerd. De rechter kan doorvragen'.[1]

Deze laatste passage zou bij onze civiele vakbroeders en -zusters stellig op onbegrip stuiten: ook de burgerlijke rechter kan natuurlijk doorvragen; onder omstandigheden behoort hij dat ook te doen! De MvA geeft nog wat verder inzicht in de strekking van deze bepaling: uit dit artikellid vloeit voort, dat de rechter wel bevoegd, maar niet verplicht is ambtshalve de feiten aan te vullen. Dat geldt zowel *de door het bestuur als de door de burger gestelde feiten.*

Deze laatste opmerking roept de vraag op of de feiten in het bestuursrechtelijk geding wel samenhangen met de processuele stellingen van het bestuur en de burger. Het stellen van feiten wordt in het procesrecht veelal in verband gebracht met het systeem van bewijslast en bewijsrisico, een systeem waarvoor in artikel 8:69, derde lid, niet wordt gekozen.

Waar komen in het proces over een bestuursbesluit de feiten vandaan? Het antwoord op deze vraag vloeit rechtstreeks voort uit de artikelen 3:2 en 8:42, eerste lid, Awb. Het bestuursorgaan verzamelt bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis omtrent de relevante feiten en zendt na het instellen van beroep de op de zaak betrekking hebbende stukken aan de rechtbank.

Een bijzondere regeling geldt voor beschikkingen op aanvraag: volgens art. 4:2 Awb verschaft de aanvrager de gegevens en bescheiden die voor de beslissing op de aanvraag nodig zijn en waarover hij redelijkerwijs de beschikking kan krijgen. Voldoet de aanvrager hieraan niet, dan kan het bestuursorgaan besluiten de aanvraag niet te behandelen (art. 4:5, eerste lid). In deze bepalingen zien wij de beroemde wederkerigheid van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking terug. Die wederkerigheid lijkt het sterkst te zijn bij de beschikking op aanvraag in een context zonder derde-belanghebbenden. Een begunstigende beschikking op aanvraag met negatieve effecten voor derden geldt voor die derden als een belastende

1 TK 91/92, 22 495, nr. 3, blz. 37 resp. 142.

beschikking-niet op aanvraag. Het bestuursorgaan draagt in die situatie een grotere verantwoordelijkheid voor de juistheid van de aan zijn beschikking ten grondslag gelegde feiten.

De feiten komen dus primair uit de aanvraag en uit de voorbereidende activiteiten van het bestuursorgaan; in zoverre blijken zij uit het door het orgaan ingediende dossier.

Daarnaast is van belang, dat de bezwaarschriftprocedure een goede gelegenheid is om feitelijke geschillen alsnog uit de weg te ruimen.

Indien in de procedure bij de rechtbank ondanks toepassing van de voorschriften inzake de aanvraag en de voorbereiding van een beschikking en ondanks de voorprocedure alsnog een serieus te nemen geschil over de feiten blijkt te bestaan, dan is het vrij waarschijnlijk, dat het besluit strijdt met een van de bepalingen of beginselen inzake de voorbereiding van besluiten en de behandeling van een bezwaarschrift. Doch de rechter kan er – gelet ook op artikel 6:22 Awb – voor kiezen die strijd te laten voor wat hij is, en naar een nieuwe reconstructie van het feitelijk substraat toe te werken. Artikel 69, derde lid, Awb, heeft dan die betekenis, dat de rechter hierbij niet aangewezen is op door partijen te leveren bewijs: formeel ontbreken bewijslast en bewijsrisico, bewijsopdrachten worden niet verstrekt.

De hier besproken materie markeert een van de grote verschillen tussen de bestuursrechtelijke en de civiele rechtscultuur. De civiele rechter vult van oudsher de feiten niet aan, maar wel het recht. Voor de feiten is hij dus afhankelijk van partijen, voor de juridische waardering van het voorliggende feitencomplex niet. De bestuursrechter maakt, aan de hand van het door het bestuursorgaan samengestelde dossier, zijn eigen reconstructie van de feiten en past daar het recht op toe. Aforistisch gezegd: de civiele rechter zoekt het recht bij de feiten, de bestuursrechter zoekt de feiten bij het recht.

4.4 Conclusie

Brengt artikel 8:69 Awb wijziging in het traditionele concept van bestuursrechtspraak als (ambtshalve) toetsing ex tunc van de rechtmatigheid van besluiten? Neen. De aanpassingen die artikel 8:69 suggereert, zijn vooral cosmetisch van aard. Immers:

- De hoofdregel: beperking tot het punt van geschil en verbod van reformatio in peius is voorzien van zoveel uitzonderingen en nuanceringen, dat hij zelf tot uitzondering is geworden.
- De mogelijkheid om ex nunc zelf in de zaak te voorzien kan alleen worden aangewend als er (toevallig) ex tunc aanleiding is tot vernietiging van het voorliggende besluit.
- De suggestie dat op de grondslag van het beroepschrift ook buiten het besluit liggende onderdelen van de rechtsbetrekking zouden kunnen worden beoor-

deeld, wordt teniet gedaan door het voorschrift in artikel 8:72, eerste lid, dat aan gegrondverklaring van het beroep vernietiging van het besluit koppelt.

- De aan artikel 48 Rv ontleende redactie van artikel 8:69, tweede en derde lid, Awb, benadrukt eerder het verschil dan de overeenkomst tussen beide stelsels: in rechtsvordering zijn partijen primair verantwoordelijk voor de feiten, de rechter voor het recht. In het bestuursprocesrecht zijn vóór de procedure de aanvrager en het bestuursorgaan verantwoordelijk voor de feiten, het bestuursorgaan voor het recht. Dwingend publiekrecht, waarbij veelal de rechten van derden nauw zijn betrokken, verdraagt zich niet met contractsvrijheid over de feiten.

5 Kenmerken van bestuursrechtspraak

5.1 Inleiding; ongelijkheidscompensatie als onderdeel van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking

In de rechtbank-nieuwe-stijl zal er blijvend behoefte bestaan aan een snelle, toegankelijke en eenvoudige procedure, gericht op het buiten twijfel stellen van de juistheid, zowel naar feiten als naar recht, van bestuursbesluiten, althans beschikkingen.

De bestaansreden voor die procedure is gelegen in de als volgt te omschrijven wederkerige rechtsbetrekking tussen overheid en burger: de overheid is gerechtigd tot het eenzijdig nemen van ingrijpende beschikkingen die na zes weken rechtskracht verkrijgen, de burger is gerechtigd die besluiten zonder veel kosten en risico's aan de rechter ter verificatie voor te leggen.

Dit zie ik als de ware betekenis van het begrip ongelijkheidscompensatie: de ongelijkheid in de rechtsbetrekking, veroorzaakt door de bevoegdheid besluiten te nemen, wordt gecompenseerd door het bestaan van de bestuursrechtelijke procedure.

In deze context zijn de vertrouwde dogma's van het bestuursprocesrecht nog actueel. Van de burger die in het kader van deze rechtsbetrekking een besluit ter toetsing aan de rechter voorlegt mag niet worden verlangd dat hij zich van rechtskundige bijstand voorziet (hoe verstandig het ook moge zijn zulks wel te doen), dat hij op straffe van het verwerken van rechten een trefzekere vordering formuleert, en dat hij zijn vordering onderbouwt met feitelijke stellingen waarvoor hij het bewijsrisico draagt. Aan de wederkerigheid van de rechtsbetrekking zoals hier omschreven wordt voorts afbreuk gedaan door de heffing van een aanmerkelijk griffierecht en door het blootstellen van de burger aan een procesrisico.

Ongelijkheidscompensatie vindt dus niet zozeer binnen de procedure plaats, maar veeleer door (het bestaan van) de procedure. Horizontaliteit tussen de beschikkende overheid en de belanghebbende burger wordt juist bewerkstelligd door het bestaan van een procedure waarin die fundamentele ongelijkheid tot uitgangspunt wordt genomen. Als dit alles juist is, dan geldt tevens, dat het enkele aanbrengen van meer horizontale elementen in de bestuursrechtelijke procedure (door het leggen van meer processuele verantwoordelijkheden bij de insteller van het

beroep), de facto leidt tot minder ongelijkheidscompensatie, en dus tot een grotere ongelijkheid.

Hier ligt dan ook het gevaar van het brengen van geschillen onder het bestuursprocesrecht waarvoor dat procesrecht niet bedoeld is, immers geschillen die buiten de hierboven geformuleerde rechtsbetrekking vallen. Geschillen dus waarin geen sprake is van een door de overheid top-down genomen beschikking die rechtskracht verkrijgt als de beroepstermijn ongebruikt verstrijkt. Bijvoorbeeld geschillen over de aansprakelijkheid voor schade die het (onbeoogd) gevolg is van feitelijk overheidshandelen. Of geschillen over beleidsregels of algemeen verbindende voorschriften. Het motief van degenen die die geschillen onder de werking van het bestuursprocesrecht willen brengen is niet, dat de spelregels van dat procesrecht de meest geschikte zijn voor de behandeling van die geschillen, maar dat de rechtsmacht in die geschillen bij de bestuursrechter moet liggen. Rechtsmacht en spelregels zijn in deze optiek aan elkaar gekoppeld. Om wille van de rechtsmacht worden 'horizontale' geschillen onder de ongelijkheid compenserende spelregels van de 'verticale' geschillen gebracht. Het gevolg zal zijn, dat in die gevallen een ongelijke strijd kan worden waargenomen, immers in de procedure wordt een niet bestaande, want niet door een eenzijdige beschikking veroorzaakte ongelijkheid gecompenseerd. Dit tast, volgens mijn in paragraaf 4.1 geformuleerde hypothese, het draagvlak voor de compenserende elementen van de bestuursrechtelijke procedure aan. Vragen als de volgende komen op:

- Waarom zou de burger niet een reële financiële bijdrage leveren aan de overheidsdienst rechtspraak die hij aan het werk zet?
- Waarom zou de overheid de enige partij zijn die een procesrisico loopt?
- Waarom zou van de burger niet verwacht mogen worden dat hij bewijs bijbrengt van de feiten waarop hij zich beroept?
- Waarom zou de justitiabele zijn vordering op de overheid niet mogen formuleren zoals hij dat wil?
- Waarom zou de overheid geen reconventionele vordering mogen instellen? Waarom zou de overheid (o.m. door overlegging van haar dossier) moeten meewerken aan eventueel bewijs van haar ongelijk?
- Waarom zou het overheidsorgaan desgevraagd moeten aantonen dat zijn beslissing overeenstemt met het gelijkheidsbeginsel als zijn wederpartij geen concrete gelijke gevallen waarin ongelijk zou zijn beslist weet te noemen?

Begrijpelijke vragen, vanuit een concept van horizontaliteit. Hoe meer die vragen rijzen, hoe groter de druk zal zijn op een verdergaande 'civilisering' van het bestuursprocesrecht.

Het belang van een zuivere definiëring is hier groot. Wat bedoelt men als men zegt dat alle geschillen over bestuursrechtelijke rechtsbetrekkingen aan de bestuursrechter moeten worden voorgelegd? Bedoelt men dan:

- dat al die geschillen volgens het bestuursprocesrecht moeten worden beslecht;

- dat al die geschillen moeten worden beslecht door rechters met bestuursrechtelijke kennis en affiniteit; en/of:
- dat de rechtseenheid in die geschillen moet worden bewaakt door de bestuursrechtelijke appelcolleges?

Waarschijnlijk bedoelt men vooral het laatste. Van dat streven is dan het eerste het gevolg.

Neem als voorbeeld de beleidsregels. Vast staat, dat burgers de rechtmatigheid van beleidsregels ook nu al in rechte kunnen betwisten. Zij hoeven daarvoor niet te wachten tot zij met een onwelgevallige uitvoeringsbeschikking worden geconfronteerd; zijn zij belanghebbend in de civiele zin des woords, dan kunnen zij zich met een onrechtmatige-daadsactie tot de burgerlijke rechter wenden. Nu vinden we, dat (over vijf jaar) beroep tegen beleidsregels open moet staan bij de bestuursrechter. Dat is inderdaad een effectieve methode om de beoordeling van beleidsregels bij de bestuursrechtelijke appelcolleges terecht te laten komen.[1] Voor de eerste aanleg is het echter niet nodig om hoofdstuk 8 Awb van toepassing te verklaren op geschillen inzake beleidsregels. De in de rechtbank werkzame bestuursrechters kunnen immers ook buiten het bestuursprocesrecht om worden ingezet bij de beslechting van geschillen waarin het materiële bestuursrecht aan de orde is. En ik zie niet in waarom het bestuursprocesrecht van hoofdstuk 8 Awb op geschillen inzake beleidsregels van toepassing zou moeten zijn. Voor de faciliterende functie van het procesrecht van hoofdstuk 8 Awb is in geschillen over beleidsregels geen ratio aanwezig, aangezien beleidsregels door het ongebruikt verstrijken van de beroepstermijn geen rechtskracht verkrijgen. Omdat beleidsregels naar hun aard onbepaalder zijn dan beschikkingen, zijn zij minder dan beschikkingen geschikt om de omvang van het geschil af te grenzen. Daarom mag in geschillen over beleidsregels van de indiener van het beroepschrift worden verlangd dat hij, met name door het formuleren van een vordering, zijn bedoeling met het instellen van het beroep nader preciseert. En de uiterste consequentie van het verificatiemodel, namelijk dat de indiener kan volstaan met het stellen (en adstrueren) van zijn belang, en niet gehouden is de onrechtmatigheid van de door hem bestreden overheidsgedraging te stellen en te adstrueren, hoeft wat mij betreft in het beroep tegen beleidsregels niet te worden getrokken. Tenzij men juist voor het beroep tegen beleidsregels terug wil naar het recours objectif. Opmerkelijk is, dat de rechtsbescherming tegen besluiten van algemene strekking in ons huidige stelsel een subjectief karakter heeft (actie uit onrechtmatige daad met relativiteitsvereiste), terwijl de rechtsbescherming tegen beschikkingen zich in een meer objectieve setting afspeelt (ambtshalve toetsing door de rechter aan het recht). Volgens Bolt[2] zou het precies andersom moeten zijn. Ik denk (zie ik het goed: met Bolt), dat de discussie over de inrichting van de bestuursrechtspraak niet meer benaderd moet worden vanuit de tegenstelling: 'recours objectif' en

1 Integratie van de bestuursrechtspraak en de civiele rechtspraak in hoger beroep is een andere methode.

2 Benaderingen in het bestuursrecht, in: Aantrekkelijke gedachten, Deventer 1993, blz. 158.

'recours subjectif'. Vast staat, dat tegen elke overheidsgedraging een rechtsmiddel openstaat. En hoe ook de rechtsingang is, steeds is het materiële bestuursrecht van toepassing. De vraag vanuit het procesrecht is: hoe richten we de procedure in? Er is, zo luidt mijn betoog, reden om die procedure bij beschikkingen anders in te richten dan bij besluiten van algemene strekking en bij horizontaal bestuur.

Samenvattend: bepaalde faciliterende karaktertrekken van het bestuursprocesrecht ontlenen hun betekenis aan het bijzondere karakter van het beroep tegen beschikkingen. Nu ook andere bestuurshandelingen onder de jurisdictie van de bestuursrechter worden gebracht, komen in toenemende mate die faciliterende karaktertrekken onder druk te staan.

Texaco Nederland BV heeft de faciliterende karaktertrekken van het bestuursprocesrecht niet nodig om zich in rechte te voorzien tegen de aantasting van zijn belangen door een electriciteitsplan.[1] Wie daarin reden ziet die faciliterende aspecten af te schaffen, bedenke zich, dat de bijstandsgerechtigde, de WAO-er en de asielzoeker die faciliteiten wel nodig hebben, en er ook recht op hebben.

5.2 Het controle-element

De ongelijkheidscompensatie, en de faciliteiten voor de insteller van het beroep die daarmee samenhangen, werden in de vorige paragraaf besproken. Thans neem ik een ander klassiek kenmerk van het bestuursprocesrecht onder de loep: het controle-element.

De MvT bij de Wet Voltooiing Eerste Fase Herziening RO beschrijft de bestuursrechtspraak als toetsing van de rechtmatigheid van bestuurshandelen. Twee doelstellingen worden daarvan onderkend, namelijk de handhaving van het objectieve publiekrecht en het bieden van rechtsbescherming.

De doelstelling: handhaving van het objectieve recht wordt ook wel het controle-element genoemd. De MvT beschrijft in grove trekken het 'recours objectif'-concept waaruit dit element is voortgevloeid: gelet op de conceptie van eenzijdigheid ligt het voor de hand dat de controle op het uitvoeringsorgaan aanvankelijk een belangrijk oogmerk van de bestuursrechtelijke procedure werd geacht, een controle die primair het algemeen belang diende. De MvT tekent daarbij nog aan, dat in de loop van de tijd de doelstelling handhaving van het objectieve publiekrecht ruimer is uitgelegd. Daaraan zijn noties als rechtszekerheid, duidelijkheid en slagvaardig bestuursoptreden verbonden. De tweede doelstelling, het bieden van rechtsbescherming, wordt in de MvT op klassieke wijze verbonden met het begrip ongelijkheidscompensatie en met de keuze om niet een ieder, doch alleen rechtstreeks belanghebbenden bevoegd te maken tot het instellen van beroep. Met ongelijkheidscompensatie wordt geduid 'op het feit, dat door

1 Zie Vz CBB 4 januari 1991, AB 1991, 185.

de inrichting van het bestuursprocesrecht en het optreden van de administratieve rechter daarin tegenwicht *werd* geboden tegen de voorsprong die het bestuursorgaan ten opzichte van de burger geacht *werd* te hebben, en vaak ook *had*'.[1]

Onder de kop: 'Ontwikkelingen in het bestuursprocesrecht' maken de auteurs van de MvT vervolgens een opmerkelijke tournure. Op grond van noties rond het begrip rechtsbetrekking komen zij tot de conclusie, dat 'in de afgelopen jaren het primaat van de functie van het handhaven van het objectieve publiekrecht heeft plaatsgemaakt voor het primaat van de rechtsbeschermingsfunctie' (blz. 35). Geen primaat dus meer voor het controle-element, men kan er alleszins vrede mee hebben. Op diezelfde bladzijde verdwijnt het controle-element vervolgens echter geheel uit beeld: 'Waar het om gaat is, dat als gevolg van de veranderde verhouding tussen bestuursorgaan en burger de handhaving van het objectieve publiekrecht niet langer een zelfstandige, laat staan de primaire doelstelling van het bestuursprocesrecht kan zijn'. En dat leidt er onder meer toe, 'dat die kenmerken van de bestaande regelingen van bestuursprocesrecht die uitsluitend dienstbaar kunnen zijn aan het verwezenlijken van de doelstelling van het handhaven van het objectieve publiekrecht, in de nieuwe opzet niet terugkeren'. En zo wordt in twee bladzijden het controle-element niet alleen zijn primaat ontnomen, maar geheel weggedrukt. Ten onrechte. Onmiskenbaar immers speelt de controlerende bestuursrechter een belangrijke rol bij de handhaving van de bestuurswetgeving. Die rol moge op de verschillende deelgebieden van het bestuursrecht verschillend worden ingevuld, afwezig is zij nimmer.

Grosso modo kunnen hier twee clusters van rechtsgebieden worden onderscheiden.

Aan de ene kant de rechtsstelsels waarin vaak een aantal burgers met conflicterende belangen een rol spelen. In deze rechtsgebieden zijn verschillende vormen van handhaving denkbaar, variërend van horizontaal naar verticaal. Horizontale handhaving wordt enerzijds bereikt door de overheid een civiele actie te geven tegen normoverschrijdend gedrag. Met andere woorden: de overheid krijgt dan een subjectief recht op naleving van de geformuleerde normen door de burger. Daar tegenover staat dan het subjectieve recht van burgers op naleving van normen door de overheid. Het effectueren van dit subjectieve recht door burgers en hun organisaties is onmiskenbaar een manier om te waarborgen dat het bestuur zijn taak, bijvoorbeeld op het gebied van het milieu, uitvoert. Het controle-element speelt ook in de burgerlijke rechtspraak een grotere rol dan veelal wordt aangenomen! Aan de andere kant van het spectrum staat de strafrechtelijke handhaving. Deze kan evenmin gemist worden, maar de toestand waarin het gehele bouwrecht en het gehele milieurecht door het strafrechtelijk apparaat moet worden gehandhaafd laat zich toch niet goed denken. Tussen deze beide uitersten bevindt zich de bestuurlijke handhaving, gebouwd met de typisch bestuursrechtelijke bouwstenen als het vergunningstelsel, de bestuursdwang en de bestuurlijke dwangsom. Meer en meer laat de overheid door deze instrumenten zijn tanden

1 TK 22 495, nr. 3, blz. 31. Cursiveringen van mij, DA.

zien: het bestuurlijk gedogen lijkt plaats te maken voor een plicht tot handhaving. Benadeelden kunnen in deze stelsels de overheid aan deze plicht houden. Bouwt mijn buurman een kippenhok in strijd met het bestemmingsplan, dan kan ik de gemeentelijke overheid tot ingrijpen bewegen. Oefen ik daarmee een subjectief recht uit? Men kan het zo stellen. Maar tevens draag ik bij aan de handhaving van het objectieve recht door de overheid. Inderdaad: ik treed op als onbezoldigd rijksverklikker.[1] Maar stel je voor dat alle vergunningstelsels door bezoldigde rijksverklikkers zouden worden gecontroleerd!

Aan de andere kant zijn er de rechtsgebieden waarop grote overheidsbureaucratieën grote hoeveelheden werkelijk eenzijdig genomen beschikkingen het licht doen zien, waarbij in het algemeen alleen de geadresseerde belang heeft. De Belastingdienst, de bedrijfsverenigingen, de Immigratie- en Naturalisatiedienst. Wie controleert deze bureaucratieën eigenlijk, als de bestuursrechter dat niet doet? De comptabiliteit laten we controleren door accountants en de Rekenkamer, voor de doelmatigheid huren we van tijd tot tijd Arie van der Zwan in, maar ook rechtmatigheidscontrole is (juist dan!) geboden. Het legaliteitsbesef binnen het overheidsbestuur gaat er de laatste tijd toch al niet op vooruit.

Bureaucratieën moeten er zijn. Bureaucratieën zijn goed in het nemen van grote hoeveelheden beslissingen volgens vaste regels, richtlijnen en procedures, en hun bestaan bevordert daardoor de rechtsgelijkheid.[2] De overheidsbureaucratieën hebben echter ook zo hun schaduwzijden. Het gevaar bestaat dat de bureaucraat, die wordt aangestuurd door vaste regels en procedures, die regels en procedures voor de werkelijkheid gaat aanzien, en zijn vermogen tot het vinden van creatieve oplossingen verliest. Nog belangrijker is, dat bureaucratieën de neiging hebben hun eigen macht te vergroten. In het geheel van checks and balances kan de rol van de rechter bij het in toom houden van overheidsbureaucratieën moeilijk worden onderschat. Alleen al de preventieve werking die uitgaat van het bestaan van een gemakkelijk toegankelijke beroepsprocedure is enorm. In de parlementaire enquête inzake de uitvoering van de sociale-verzekeringswetgeving is wel een belangrijke beperking van dit controle-element aan het licht getreden: de rechter controleert in twee-partij-relaties uitsluitend of burgers ten onrechte in hun belangen zijn geschaad. In de bestuursrechtspraak komen alleen de zgn. vals-negatieve beslissingen aan het licht. De controle op vals-positieve beslissingen, beslissingen dus waarbij aan een burger een prestatie wordt toegekend waarop deze geen recht had, moet langs andere wegen plaatsvinden. En terecht, want het verbod op vals-positieve beslissingen maakt geen deel uit van de rond de beschikking opgebouwde rechtsbetrekking tussen burger en overheid.

Het onderscheid tussen het controle-element en het rechtsbeschermingsaspect is voor een groot deel schijn. Het materiële bestuursrecht bestaat nu eenmaal grotendeels uit dwingendrechtelijke bepalingen, die door de rechter ambtshalve

1 Het beeld is van Verheij, Een klantvriendelijke rechter, in: Nieuw Bestuursprocesrecht, Deventer 1992, blz. 136.

2 Bij een vorige gelegenheid heb ik zelfs wel betoogd dat artikel 1 van de Grondwet een rechtsplicht tot bureaucratie schept. Verg. 'Gelijk in de WAO?', Deventer 1993, blz. 18.

moeten worden toegepast. Dat dit ook (of: juist!) onder de Awb geldt, toonde ik in hoofdstuk 4 aan. Betogen waarin de rol van de bestuursrechter wordt beperkt tot het beantwoorden van de vraag of subjectieve rechten zijn geschonden,[1] spreken mij dan ook niet aan. Scherp gesteld: in de rechtsbetrekking tussen overheid en burger heeft de burger een subjectief recht op toepassing van het objectieve recht door de beschikkende overheid.

5.3 Beleidsoriëntatie

Elke procesgemachtigde van een overheidsorgaan weet het. Bezoekt hij een zitting van de bestuursrechter, dan moet hij zich in elk geval prepareren op de volgende vragen: Bestaat er over deze bestuursbevoegdheid beleid? Zo neen, waarom niet? Zo ja, hoe luidt dat beleid, is het ergens vastgelegd en zo ja, waar? Hoe past de voorliggende beschikking in dat beleid? Is overwogen wegens bijzondere omstandigheden in dit geval van het beleid af te wijken?

Het opwerpen van deze vragen ter zitting (of in het vooronderzoek van art. 8:42 e.v. Awb) geschiedt in het kader van de ambtshalve toetsing aan het gelijkheidsbeginsel. Dat beginsel wordt dan, in navolging van Nicolaï, verstaan als de eis dat stelselmatig wordt beslist.[2]

Houd ik een meervoudige bestuursrechtelijke zitting met civilisten in de samenstelling, dan vinden zij dit maar vreemde vragen. Zij komen veeleer met de vraag: Wat hebben partijen tot nog toe gedaan om er samen uit te komen? En achter de discussie die volgt in raadkamer na zo maar een zitting van de bestuursrechtelijke kamer van de geïntegreerde rechtbank, verschuilt zich het fundamentele verschil tussen publiekrecht en privaatrecht. De civilist gaat uit van het autonome rechtssubject, dat zijn rechten ter vrije beschikking heeft, en die rechten zelfs (binnen zekere grenzen) naar willekeur mag aanwenden. De bestuursrechter beoordeelt het gedrag van een overheidsorgaan, dat geen autonomie in deze zin heeft.[3] Overigens is de beleidsoriëntatie de civilist niet geheel vreemd. Ook hij gaat van tijd tot tijd over tot ambtshalve toetsing van de consistentie van handelen. Bijvoorbeeld de kantonrechter die het ene na het andere ontslaggeval van dezelfde grote onderneming in zijn rechtsgebied voorgeschoteld krijgt.[4]

De toetsing op consistentie van handelen speelt in het bijzonder een rol in die

1 Verg. de betogen van Tak, samengevat in zijn: 'De Algemene wet bestuursrecht', tweede druk, Zwolle, 1993, blz. 18.

2 Nicolaï, Beginselen van behoorlijk bestuur, Deventer 1990, blz. 305.

3 Verg. ook de geschriften van Simon, laatstelijk: 'De publiekrechtelijke overeenkomst', in: TAR 1993, blz. 612 e.v., m.n. blz. 628.

4 Uiteindelijk verschillen de eisen van goed werkgeverschap niet sterk van de eisen die uit de beginselen van behoorlijk bestuur voor ambtelijke werkgevers voortvloeien. Zie: G.J.J. Heerma van Voss: 'Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing in het arbeidsrecht', Alphen aan den Rijn 1993. Een van de pareltjes in de reeks geschriften van die andere VAR, de Vereniging voor Arbeidsrecht.

rechtsgebieden, waarin één bestuursorgaan grote hoeveelheden sterk op elkaar gelijkende beschikkingen neemt. Veel van de vernietigingen op grond van het motiveringsbeginsel op het gebied van het vreemdelingenrecht zijn het gevolg van een ontoereikende beantwoording door de Staatssecretaris van Justitie van vragen als hierboven weergegeven. Mits indringend uitgevoerd, kan de toetsing op consistentie zelfs een rol spelen bij het voorkomen van zgn. vals-positieve beslissingen.[1] Die toetsing bevordert immers de precedentwerking van incidentele afwijkingen van wet of beleid ten gunste van een justitiabele. Bestuursorganen die met zo'n toetsing rekening houden, zullen zich dus wel twee keer bedenken eer zij in een niet al te bijzonder geval de hand over het hart strijken. Hier toont zich ook de keerzijde van de toetsing op consistentie: zij bevordert het besef van precedentwerking, en daardoor de bureaucratie!

De beleidsoriëntatie komt in de huidige tekst van de Awb niet goed tot uitdrukking. Integendeel, artikel 3:4 Awb wekt de indruk dat het bestuursorgaan bij het nemen van elk besluit een volledig nieuwe belangenafweging uitvoert. Opneming van de beoogde titel 4.4 over beleidsregels in de wet zal die (onjuiste) indruk wegnemen.

5.4 Nog enkele eisen waaraan bestuursrechtspraak moet voldoen

Bevatten de voorgaande paragrafen een (toegegeven: selectieve en daardoor niet waardevrije) beschrijving van enkele kenmerken van de bestuursrechtspraak, in het volgende komen enkele meer normatieve uitgangspunten voor die rechtspraak aan bod. Voor een groot deel zijn het eisen waaraan alle rechtspraak moet voldoen, maar in het kader van dit preadvies voor deze Vereniging koppel ik ze aan de bestuursrechtspraak. Juist de bestuursrechtspraak is het visitekaartje van de rechtsstaat. Het proces bij de bestuursrechter moet daarom zo veel mogelijk een proces voor gewone mensen zijn, en zo min mogelijk een juristenproces. Het moet zo min mogelijk bijdragen aan de toch al bestaande neiging tot juridisering van problemen. Het proces moet daarom ook kort zijn, en liefst ook begrijpelijk. Processtukken moeten in gewone taal gesteld worden; de rechter en partijen moeten dicht bij de werkelijkheid blijven. Dat betekent, dat de toepassing van de spelregels geen doel op zichzelf mogen worden. Het proces is geen spel! Stellig behoort het tot de spelregels dat ter zitting geen nieuwe stukken mogen worden overgelegd. Maar de rechter die op grond van die regel een origineel arrestatiebevel uit een griezelig land terzijde legt en de uitzetting van een asielzoeker accordeert, doet toch zijn werk niet goed. Een goed betoog is in het proces bij de bestuursrechter altijd welkom, maar voor retoriek is vrijwel geen plaats. Met name de vertegenwoordigers van bestuursorganen mogen hun standpunt nooit overdrijven: het werkt contra-produktief als zij ophouden de redelijkheid uit te stralen die de door hen vertegenwoordigde bestuursorganen krachtens tal van

1 Zie hiervóór paragraaf 5.2.

bepalingen van de Awb moeten betrachten. Polarisatie en retoriek horen thuis in het proces tussen professionals in handelszaken, niet in de bestuursrechtelijke procedure tussen gewone mensen en 'hun' overheid.

Bestuursrechtspraak moet zijn:
- toegankelijk,
- niet-bureaucratisch,
- eenvoudig,
- snel,
- pragmatisch.

5.4.1 Toegankelijk

Dit element kwam in de voorgaande hoofdstukken reeds herhaalde malen aan de orde. De bijzondere toegankelijkheid van de bestuursrechtelijke rechtsgang maakt in mijn visie deel uit van de rechtsbetrekking tussen burger en overheid. De snelle rechtskracht van beschikkingen wordt in die rechtsbetrekking gecompenseerd met de toegankelijke procedure. Een overheid die de bestuursrechtelijke rechtsgang presenteert als zo maar een overheidsdienst waar de burger best wat meer voor mag betalen,[1] breidt haar macht uit. Het wordt immers moeilijker overheidsbeschikkingen aan te tasten; overheidsbeschikkingen worden makkelijker onaantastbaar.

Hoe verticaler het aangevallen besluit, hoe toegankelijker de procedure zal moeten zijn. Bij besluiten met een punitief karakter is een griffierecht van enige omvang dan ook uiterst dubieus. Van de verdachte in het strafproces wordt toch ook geen recht geheven?

Ook de overige aspecten van toegankelijkheid (met name het ontbreken van verplichte procesvertegenwoordiging en van de verplichting om een vordering te stellen en te onderbouwen) kwamen hiervoor reeds voldoende aan bod.

5.4.2 Niet-bureaucratisch

In zijn oratie slaakt Boesjes, voorzitter van een van de ambtenarenkamers van de Centrale Raad van Beroep een verzuchting over 'binnensluipende bureaucratische tendensen die het rechtsbedrijf pogen te versnellen en te standaardiseren en daardoor knagen aan de vrijheid van het rechterlijk afwegen en beslissen'.[2] Deze verzuchting staat niet op zichzelf. De herziening van de rechterlijke organisatie heeft ook onder de bestuursrechters bij de rechtbanken de vrees voor een te grote

1 Verg. TK 92/93, 22 495, nr. 12, blz. 62: 'In de hiervoor reeds genoemde brief (...) hebben wij onder meer een substantiële verhoging van de opbrengsten uit het griffierecht aangekondigd. Daarbij hebben wij erop gewezen, dat hiermee wordt aangesloten bij het kabinetsbeleid dat erop is gericht een sterkere relatie te leggen tussen prijs en kosten van diensten'.

2 J. Boesjes, Een gordel van smaragd, Kluwer 1993, blz. 13.

invloed van het ondersteunend apparaat doen ontstaan. Die vrees is gegrond. De bestuursrechtelijke sectoren bij de rechtbanken moeten in korte tijd sterk worden uitgebreid om alle nieuwe taken het hoofd te kunnen bieden. Blikken rechters trekt men niet zomaar open, dus wat ligt meer voor de hand dan het ondersteunend juridisch apparaat te versterken? De rechter kan dan meer taken delegeren, en bereikt zo een hogere produktiviteit. Dat bij deze opvatting naar de Raad van State wordt gekeken, ligt voor de hand. De produktiviteit van staatsraden is onder de gelding van de Wet Arob tot het maximale niveau opgevoerd door de opbouw van een (kwalitatief en kwantitatief) imponerende staf.

Pikant en veelbetekenend zijn dan ook de woorden die Van der Hoeven, ex-voorzitter van de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State, in zijn 'Drie dimensies' wijdt aan 'het fundamentele verschil (..) tussen het type werkzaamheid van enerzijds besturen en anderzijds rechtspreken':

> 'Rechtspraak is, in tegenstelling tot besturen, gedetailleerde arbeid, die door de rechter op alle essentiële onderdelen persoonlijk moet worden verricht of in elk geval expliciet beoordeeld. Ook de juridische details moet hij alle als deskundige beoordelen, wegen en in hun portee doorzien. Als hij geassisteerd wordt – en dat is bij de huidige arbeidslast praktisch onvermijdelijk – mag die assistentie niet praktisch neerkomen op het overnemen door de assistentie van het geheel of een deel van de taak van beslissen, maar ook niet van die van motiveren'.[1]

Bij de rechtbanken bestaat grote bewondering voor de kwaliteit van de juridische ondersteuning bij de Raad van State, doch heerst anderzijds ook het besef: zoals daar moet het bij ons niet!

Leidt nu per definitie het toevoegen van hoogwaardige juridische ondersteuning aan de rechter tot bureaucratisering van de rechtspraak? Ik meen van niet. Bureaucratie is een organisatievorm, die past bij het verrichten van grote hoeveelheden betrekkelijk eenvormige arbeid. Bij het verrichten van hoogwaardig creatief denkwerk passen andere, 'plattere' organisatievormen, waarin (om in de terminologie van dit preadvies te blijven) eerder horizontaal dan verticaal wordt samengewerkt. Het is heel goed mogelijk om rechters en ondersteunende functionarissen met elkaar te laten samenwerken in een organisatie die meer lijkt op een werkplaats dan op een fabriek.

Het gevaar van bureaucratisering van de rechtspraak vloeit dan ook niet louter voort uit de opmars van de juridische ondersteuning. Een factor van meer gewicht is, dat de rechter op sommige rechtsgebieden grote hoeveelheden betrekkelijk eenvormige zaken te behandelen krijgt. Zaken die weliswaar allemaal individuele aandacht verdienen, maar die zeker niet elke keer weer een grote uitdaging voor het juridisch vernuft en de creativiteit van de rechter vormen. Een overbelaste

1 Van der Hoeven, De drie dimensies van het bestuursrecht, Alphen aan den Rijn 1989, blz. 171/172.

rechterlijke instantie die een aantal van dit soort zaakspakketten heeft, gaat er als vanzelf toe over om de behandeling daarvan – in het gunstigste geval na het formuleren van richtlijnen – voor een groot deel op te dragen aan ondersteunende functionarissen. Dat heeft niet alleen maar nadelen! Het formuleren van richtlijnen en het opdragen van de uitvoering daarvan aan ondersteunende functionarissen leidt tot meer eenvormigheid in de aanpak van zaken, en zelfs in de uitspraken van de rechter. Bureaucratie en eenvormigheid horen nu eenmaal bij elkaar. Een rechter die grote hoeveelheden eenvormige zaken op niet-eenvormige wijze afdoet, loopt al gauw het risico van willekeur te worden beschuldigd. Juist voor bestuursrechters, die de consistentie van overheidshandelen moeten beoordelen, een ernstig verwijt! Niet toevallig zijn het dan ook bestuursrechtjuristen die aandringen op de totstandkoming van een 'bestuursrecht voor de rechterlijke macht'.[1] Brenninkmeijer plaatst het hele debat over de normering door beginselen van het rechterlijk handelen zelfs in het perspectief van de tegenstelling tussen bestuursrechtjuristen en civilisten:

> 'De benadering van de processuele bevoegdheden van rechters vanuit algemene beginselen van behoorlijk bestuur is thans nog geen gemeengoed. (...) Het heeft er zelfs de schijn van dat nog niet bij iedere rechter het besef is doorgedrongen dat ook de macht van de rechter beperkt is door eisen van behoorlijkheid. Debet hieraan is dat de invalshoek van sommige civilisten sterk casuïstisch is en een meer beleidsmatige benadering van de taak van de rechter niet geheel aansluit bij de civilistische belevingswereld'.[2]

Volgens mij hoef je geen civilist te zijn om bedenkingen te koesteren tegen een ontwikkeling naar een meer beleidsmatige taakopvatting van de rechter. Juist immers de bestuursrechter krijgt veelvuldig beslissingen te beoordelen die afkomstig zijn uit de grote bureaucratische papierfabrieken. Beschikkingen, berustend op strakke richtlijnen en tot stand gekomen via vaste procedures. Komt de gang naar de bestuursrechter vaak niet juist voort uit het verlangen naar aandacht voor de individuele aspecten van het geval? En kan een rechter met een 'casuïstische invalshoek' die aandacht niet bij uitstek geven?

Hier bestaat geen tegenstelling tussen civilisten en bestuursrechters,[3] maar tussen professionals en bureaucraten. Rechters, ook bestuursrechters, zijn in beginsel professionals, gericht op de oplossing van de juridische casuspositie en een bevredigende oplossing van de voorliggende casus(!). Zoals gezegd, bureaucratisering dreigt in de situatie waarin de rechter grote hoeveelheden betrekkelijk gelijkvormige zaken te behandelen krijgt. In het afwenden van die situatie moet daarom veel energie worden gestoken. Zaken moeten pas bij de rechter komen als er een individueel, kan het zijn uniek rechtsgeschil is overgebleven. Zaken waarin zo'n geschil zich niet voordoet, moeten zoveel mogelijk in bestuurlijke

1 Ten Berge, Bestuursrecht voor de rechterlijke macht, rede jaarvergadering VAR 1993: 'De rechterlijke macht verschilt eigenlijk niet zoveel van het openbaar bestuur'.
2 Brenninkmeijer, Burgerlijk procesrecht als publiekrecht (oratie), Zwolle 1993, blz. 40.
3 Zie de verzuchtingen van Van der Hoeven en Boesjes.

voorprocedures worden weggezeefd. Zo doen zowel bestuursorganen (consistentie!) als rechters (individualisering!) waar zij goed in zijn, en kan de rechterlijke macht klein blijven (c.q. weer worden). De invoering van de administratieve handhaving van verkeersvoorschriften (Wet Mulder) was in dit licht een voltreffer; het drie jaar uitstellen van de medische bezwarenprocedure in de ZW en de AAW/WAO[1] een gemiste kans.

5.4.3 Eenvoudig

Bestuursprocesrecht, verstaan als: beschikkingsprocesrecht moet eenvoudig zijn. Het moet snel tot een uitspraak over de rechtmatigheid van de voorliggende beschikking leiden. Het nieuwe bestuursprocesrecht voor bodemzaken van de Awb is in dit opzicht niet optimaal. Naast het vaststellen van de rechtmatigheid van bestuursbesluiten heeft de procedure in de Awb nevendoelen gekregen, in het bijzonder de vaststelling van gevolgschade, schade dus die het gevolg is van het onrechtmatige bestuursbesluit. De Memorie van Toelichting bevat daarover o.m. de volgende passage:

> 'Zowel de belanghebbende als de administratieve kamer heeft echter de mogelijkheid het schadevergoedingsaspect (...) buiten beschouwing te laten. De belanghebbende doordat hij achterwege laat om schadevergoeding te vragen, de administratieve kamer door uit te spreken dat de partij die om schadevergoeding heeft verzocht, zich ter zake tot de civiele kamer dient te wenden'.[2]

De indieners van het wetsontwerp voegden daaraan toe dat zij een geleidelijke ontwikkeling prefereerden waarbij de bestuursrechter meer en meer het schadevergoedingsaspect afdoet. Op theoretische gronden kan met deze preferentie worden ingestemd. Misschien gaat, uit een oogpunt van afbakening van publiekrecht en privaatrecht, de nu geldende regeling nog niet eens ver genoeg.[3] In de praktijk zal echter de bestuursrechter, ook al zou op grote schaal om veroordeling tot schadevergoeding worden gevraagd, terughoudendheid betrachten. De toekenning van gevolgschade betekent immers dat ofwel aan de omvang van de schade in de procedure aandacht moet worden besteed eer de onrechtmatigheid van het besluit is vastgesteld, ofwel dat een tussenuitspraak ex artikel 8:73, tweede lid, Awb moet worden gegeven. In beide gevallen wordt de procesgang gecompliceerd, terwijl de (civiele!) praktijk leert dat, als de aansprakelijkheid eenmaal is vastgesteld, de omvang van de schadevergoeding een kwestie is waar partijen vaak samen wel uitkomen. Na de vernietiging van een bestuursbesluit behoort in de regel dan ook een procedurevrije periode te komen waarin partijen vrijelijk over schadevergoeding kunnen onderhandelen. Komen zij er niet uit, dan kunnen zij zich alsnog tot de rechtbank wenden. Wil men zeker stellen dat de zaak dan

1 Art. IV, eerste lid, Wet Voltooiing eerste fase herziening RO.
2 TK 91/92, 22 495, nr. 3, blz. 149.
3 Verg. Van Male en Van Ravels, Tot schade van allen, in: Bouwrecht 1993, blz. 669 e.v.

in de bestuursrechtelijke kolom wordt afgewikkeld, dan is dat mogelijk door op grotere schaal dan thans zuivere schadevergoedingsbesluiten appellabel te achten. Er is geen reden om te twijfelen aan het publiekrechtelijk karakter van een besluit over de schade die voortvloeit uit een eerder onrechtmatig bestuursbesluit.

In bepaalde grote zaken zal de regeling van art. 8:73 Awb nuttig kunnen zijn. In al die gewone, 'modale' bestuursrechtelijke geschillen over de vergunningen tot verblijf, uitkeringen en bouwsels, kan men erop vertrouwen dat partijen na de uitspraak over de rechtmatigheid van het bestuursbesluit wel weer met elkaar verder kunnen. Voortzetting van de procedure om de gevolgschade vast te stellen werkt dan onnodig juridiserend.

5.4.4 Snel

Het betrokken zijn bij een rechterlijke procedure is – in verschillende opzichten – een zware belasting voor burgers en bestuursorganen. Voor velen staat de tijd stil zolang de procedure loopt. Het zoeken naar werk, het veranderen van woonplaats, het uitvoeren van bouwplannen, het doorvoeren van reorganisaties, het wordt allemaal uitgesteld in afwachting van de afloop van 'de zaak'.

De financiers van de rechtspraak zijn er in het verleden zelden in geslaagd de met bestuursrechtspraak belaste instanties zo toe te rusten dat zij het ontstaan van achterstanden in bodemzaken konden vermijden.

Ook nu de bestuursrechtspraak in eerste aanleg als regel wordt opgedragen aan de goedkoopst werkende instanties[1] is de vorming van werkvoorraden niet door de tijdige toekenning van voldoende financiële middelen voorkomen.

In deze situatie is een verdere opmars van de bestuursrechtelijke voorlopige voorziening te verwachten. De Awb introduceert een algemene bestuursrechtelijke voorlopige voorziening, die dus ook van toepassing is in sociale-verzekeringszaken. Voorts verklaart de Awb de bestuursrechtelijke voorlopige voorziening in *alle* voorprocedures van toepassing (naar de toepasselijkheid tijdens de *aanvraag* lijkt het slechts een stap), en breidt zij de mogelijkheid van gelijktijdige afdoening van de hoofdzaak (kortsluiting) ten opzichte van het oude artikel 116 WRvS uit. Onmiskenbaar zijn dit belangrijke stappen in de ontwikkeling naar een zelfstandig bestuursrechtelijk kort geding.

De connexiteit, de binding van de voorlopige voorziening aan de hoofdzaak, hangt samen met de problematiek van de rechtskracht van het besluit. Bij een zelfstandig bestuursrechtelijk kort geding kan de situatie ontstaan, waarin aan de rechtsbetrekking tussen overheid en burger in een tweetal dwingende documenten verschillend vorm wordt gegeven: namelijk in de door de rechter getroffen voorlopige voorziening en in het bestuursbesluit. De connexiteit voorkomt deze situatie doordat er steeds uiteindelijk een definitieve rechterlijke uitspraak over het bestuursbesluit komt, waardoor de voorlopige voorziening vervalt.

1 Namelijk de tot Sectoren Bestuursrecht omgevormde raden van beroep; verg. Uhl, Kosten van het recht, Bestuurswetenschappen 1988, blz. 382.

De verzelfstandiging van de bestuursrechtelijke voorlopige voorziening zal dan ook gepaard moeten gaan met een andere conflictregeling tussen de voorlopige voorziening en het bestuursbesluit. Het aardige is nu, dat de Awb deze problematiek vrijwel geheel oplost. De connexiteit is reeds doorbroken door de toepasselijkheid van de voorlopige voorziening in de voorprocedures.[1] In die gevallen is er nog geen appellabel besluit; het bestuursorgaan is vanzelf genoodzaakt de situatie na de gevoerde voorlopige voorzieningsprocedure opnieuw onder ogen te zien en de gevolgen van die heroverweging vast te leggen in het (appellabele) besluit op bezwaar- of beroepschrift.

In de gevallen waarin al wel een appellabel besluit voorligt kan de rechter steeds overgaan tot kortsluiting. Te voorzien valt een praktijk waarin de kortsluiting van uitzondering tot hoofdregel wordt. Daardoor ontstaat een zelfstandig bestuursrechtelijk kort geding, waarin het niet-kortsluiten te vergelijken valt met de verwijzing naar de bodemrechter die ook bekend is in het civiele kort geding. Doordat de uitspraak ex artikel 8:86 Awb appellabel is, en ook in hoger beroep een voorlopige voorziening (met ook daar de mogelijkheid van kortsluiting!) kan worden gevraagd, ontstaat een snelle rechtsgang in twee instanties.

Bij deze ontwikkeling past:

- aanvaarding dat het verzoek om een voorlopige voorziening en het instellen van beroep in de hoofdzaak bij één geschrift plaatsvindt;
- heffing van éénmaal het griffierecht zolang de mogelijkheid van kortsluiting nog bestaat. Het griffierecht in de bodemzaak moet pas geheven worden als blijkt dat er ook een afzonderlijke bodemprocedure volgt.

Aan het slot van deze ontwikkeling past de fusie tussen het civiele kort geding en de bestuursrechtelijke voorlopige voorziening. De ontwikkeling van een geïntegreerd kort geding voor zaken tegen de overheid is nuttig en mogelijk.

Nuttig, omdat wordt voorkomen dat de president van de rechtbank regelmatig van zijn ene naar zijn andere loket moet verwijzen; een handeling die alleen in het postkantoor van Fabeltjesland tot vermaak strekte, maar daarbuiten tot toenemende irritatie zal leiden.

Mogelijk, omdat de rechterlijke activiteit van civilist en bestuursrechter in kort-gedingzaken veel meer gelijkenis vertoont dan in bodemzaken. In beide gevallen gaat het om een nog vers geschil, waarin een pragmatische benadering de voorkeur geniet, zij het dat de beantwoording van verder strekkende rechtsvragen niet uit de weg wordt gegaan. Feiten en standpunten worden op één zitting geïnventariseerd,[2] waardoor leerstellige verschillen als formele en materiële waarheid, al dan niet beperking tot het punt van geschil, aan scherpte inboeten.

1 Ter zijde: hier valt dus ook niets kort te sluiten. Aangezien hoger beroep tegen de uitspraak op het verzoek om een voorlopige voorziening alleen mogelijk is indien dat verzoek heeft geleid tot kortsluiting, komen de appelrechters er in deze grote groep van zaken vrijwel niet aan te pas. Deze situatie is op termijn niet houdbaar.

2 Het uniteitsbeginsel! Nu niet als beginsel van bestuursprocesrecht (zie Van Galen en Van Maarseveen, Geschriften van de VAR LXXXIII, blz. 48 e.v.), maar als kenmerk van kort-gedingrechtspraak.

Van lijdelijkheid heeft de civiele kort-gedingrechter meestal geen last, anderzijds is de bestuursrechter in de voorlopige voorziening meer dan anders afhankelijk van hetgeen partijen hem voorschotelen. De rechterlijke uitspraak berust in beide gevallen op een belangenafweging, waarin het juridisch gelijk en de mate van spoedeisendheid een belangrijke rol spelen.

De harmonisatie van procesrecht begint, kortom, bij het kort geding! Wel zal het nog moeite genoeg kosten eenheid te brengen inzake de rechtsingang (dagvaarding/verzoekschrift), de bevoegdheid tot het aanhangig maken van het geding (belanghebbende!), al dan niet verplichte procesvertegenwoordiging voor de aanleggende partij, de verplichting voor de verwerende partij om de rechter volledig voor te lichten (verg. art. 8:83 Awb), het griffierecht en de mogelijkheid van veroordeling in de kosten.

5.4.5 Pragmatisch

De Awb bevat een aantal aanwijzingen dat van de bestuursrechter meer dan tot nog toe een pragmatische instelling wordt verwacht. De rechter moet zich richten op een voortvarende en definitieve beslechting van het geschil. Onnodige formele vernietigingen moeten worden voorkomen (daartoe is artikel 6:22 in de wet opgenomen) en zo mogelijk moet de rechter zelf in de zaak voorzien.

Een ander aspect van pragmatisch rechterlijk handelen is het bevorderen van een minnelijke regeling tussen partijen.

Als een zaak eenmaal onder de rechter is, worden partijen vaak door een zekere passiviteit overmand; pogingen om langs andere wegen dan door een rechterlijke uitspraak tot een oplossing van hun geschil te geraken, worden – tenzij *beide* partijen een goede advocaat hebben – niet meer ondernomen.

In de bestuursrechtelijke traditie past het niet goed, dat rechters proberen partijen bij zulke pogingen nochtans behulpzaam te zijn. Bestuursrechters toetsen bestuursbesluiten, en de uitkomst daarvan leggen zij neer in uitspraken. Partijen, de bestuursorganen voorop, rekenen daar ook helemaal op, en stellen zich niet in op het doen van water bij de wijn.

Verschillende omstandigheden leiden tot de verwachting dat de rechter in de toekomst wel eens een andere houding zou kunnen gaan innemen. In de eerste plaats heeft de Awb-wetgever de comparitie in het bestuursprocesrecht opgenomen, niet alleen voor het geval de rechter nadere inlichtingen wenst, maar ook voor het geval 'de rechter de kans aanwezig acht dat partijen hun geschil in der minne zouden kunnen regelen'.[1] Ten tweede leidt ook de toenemende betekenis van de bestuursrechtelijke voorlopige voorziening ertoe, dat de rechter vaker de ruimte voor een minnelijke regeling aftast. In de voorlopige-voorzieningsfase is het geschil nog vers, en een definitief appellabel besluit op bezwaarschrift ligt vaak nog niet eens voor, waardoor ook het bestuursorgaan nog manoeuvreerruimte heeft. Maar de meeste betekenis zal in dit verband ongetwijfeld de onderbrenging van de bestuursrechtspraak in de rechtbanken hebben, dicht bij de civiele

1 Zie: Pennarts, De comparitie in het bestuursrecht, NTB 1993, blz. 305 e.v.

rechtspraak, waarin civiele rechters, gewend aan partijen die hun rechten ter vrije beschikking hebben, de natuurlijke habitus hebben om eerst eens te kijken of er niet te schikken valt. Ook de unusrechtspraak werkt het beproeven van schikkingen in de hand, omdat de enkelvoudig zittende rechter ter zitting of ter comparitie al iets van zijn oordeel kan laten blijken.

'In bestuursrechtelijke zaken valt niets te schikken' is een stelling die in de komende jaren gefalsificeerd zal worden. Advocaten die veel in bestuursrechtelijke zaken optreden weten nu al beter. Wel zal de minnelijke regeling er in het bestuursrecht anders uitzien dan in civilibus. Ik zie (voor een deel de beschouwingen van Pennarts[1] volgend) de volgende bijzonderheden.

- Bij de gedachtengang dat een besluit rechtmatig of onrechtmatig is, past de gedachte aan een tussenoplossing niet goed. Maar denk aan besluiten die in verschillende onderdelen uiteenvallen (bijvoorbeeld een weigering en een terugvordering van uitkering), of waarin bestuurscompensatie de onrechtmatigheid kan opheffen. Denk ook aan vergunningvoorwaarden die tot op zekere hoogte onderhandelbaar kunnen zijn.

- De dadingsacte, of het proces-verbaal waarin het compromis is vastgelegd, zullen niet de meest voor de hand liggende manieren zijn om de minnelijke regeling vast te leggen. Wel de uitspraak waarin de rechter, zelf voorziende, het bereikte compromis opneemt (hoe zal de appelrechter hier tegenover staan?), of de procedure-afspraak over het tot stand brengen van een nieuw besluit.

- In zaken waarbij derden als partij optreden ligt de gedachte aan een minnelijke regeling op het eerste gezicht minder voor de hand. Als echter het bestuursorgaan weinig of geen eigen belang heeft, en zijn besluit dus vrijwel neerkomt op een zuivere afweging van de belangen van twee particulieren, komt de schikkingsoptie weer pregnant naar voren. De zaak krijgt dan immers civiele trekken!

- De onder leiding van de rechter bereikte regeling zal[2] niet contra-legem mogen zijn. Daarom ligt een regeling eerder voor de hand bij vrije dan bij gebonden beschikkingen. Ook daar waar een strak beleid wordt gevoerd (vreemdelingenrecht!) zal de minnelijke regeling, in verband met de precedentwerking, niet tot bloei komen. Een mooie proeftuin voor de bestuursrechtelijke schikking is het ambtenarenrecht, dat behalve bestuursrecht ook arbeidsrecht is. Het civiele ontslagrecht is een terrein waarop de pragmatische aanpak floreert, onder het motto: je kunt partijen niet veroordelen om te blijven samenwerken,

1 A.w.
2 Behalve wellicht in het belastingrecht?

en geld vergoedt veel. Niet valt in te zien waarom dat motto in het ambtenarenrecht niet zou kunnen gelden.

- Regelingen zullen – gegeven de rechtmatigheid van een besluit – veelal op bijzaken betrekking hebben: een betalingsregeling als de vordering vaststaat, de termijn waarop het land moet worden verlaten, het bouwwerk moet worden afgebroken, de bruikleenauto zal worden ingeleverd etc.

De minnelijke regeling in het bestuursrecht zal stellig aan betekenis winnen. Bestuursorganen moeten daar rekening mee houden als zij bepalen wie zij als vertegenwoordiger naar de zitting zullen sturen en welke procuratie zij die vertegenwoordiger meegeven. Voor het bereiken van een compromis ter zitting is het trouwens niet alleen nodig dat de vertegenwoordiger van het bestuursorgaan *bevoegd* is om afstand van het eigen standpunt te nemen, maar ook dat hij daartoe mentaal in staat is. Ambtenaren van de afdeling waar het besluit is voorbereid, zijn dat niet altijd.

6 Tot slot

Waar moet het heen met het bestuursprocesrecht? Zoals wij zagen is het huidige bestuursprocesrecht in hoofdzaak te beschouwen als *beschikkingsprocesrecht*. De Awb heeft daarin eigenlijk geen verandering gebracht (zie hoofdstuk 4).

In het materiële bestuursrecht krijgt de beschikking gaandeweg relatief minder betekenis. Relatief, doordat andere (en met name: horizontale) bestuurshandelingen in betekenis toenemen. In absolute zin is de beschikking, als instrument bij uitstek voor eenzijdig, verticaal bestuur, niet kapot te krijgen (zie paragraaf 1.2).

De Awb groepeert in haar eerste tranche het materiële bestuursrecht primair rond het besluit, dat wil zeggen rond de beschikking en het besluit van algemene strekking. De voor het besluit geldende materiële en procedurele normen hebben echter via artikel 3:1, tweede lid, Awb, in samenhang met artikel 3:14 BW, uitstraling naar andere bestuurshandelingen. De wetgever beoogt in latere tranches algemene bepalingen over zulke andere bestuurshandelingen aan de Awb toe te voegen. Vooral de regeling van de bestuursovereenkomst in de Awb zal nog eens duidelijk maken, dat het materiële bestuursrecht niet alleen van toepassing is op het verticale, maar ook op het horizontale besturen (en op alle 'diagonale' mengvormen). Dat is nu (sinds het IKON-arrest[1]) natuurlijk ook al zo.

Het materiële bestuursrecht is dus op alle vormen van besturen van toepassing. Maar het formele bestuursrecht, het bestuursprocesrecht, ziet slechts op het verticaal besturen, het nemen van beschikkingen. Het is immers gericht op rechtmatigheidstoetsing van beschikkingen. En aan dat feit ontleent het zijn belangrijkste karaktertrekken (zie de hoofdstukken 2 en 5).

De gedachte ligt voor de hand om, in lijn met het regelen van de meer horizontale vormen van bestuur in de Awb, ook het bestuursprocesrecht van de Awb geschikt te maken voor de meer horizontale geschillen tussen overheid en burger. Ook ligt het voor de hand, dat in het processuele stelsel voor horizontale geschillen tussen overheid en burger niet de gewraakte overheidshandeling, maar de vordering van de eisende partij, de burger, centraal zal staan. Feitelijke handelingen,[2] onrechtmatige daden, privaatrechtelijke rechtshandelingen, beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften krijgen immers geen rechtskracht door het ongebruikt

1 27 maart 1987, NJ 1987, nr. 727, AB 1987, 273, m.n. FHvdB.

2 Voor zover zij niet bij wet tot beschikking zijn getransformeerd, zie bijv. art. 1a Vw.

verstrijken van de beroepstermijn. En die rechtskracht is de grondslag voor het centraal stellen van de beschikking in het beschikkingsprocesrecht. Een eerste poging om het bestuursbesluit (art. 8:1 Awb) en het daartegen gerichte beroepschrift (art. 8:69, eerste lid, Awb) samen, althans beide, in de bestuursrechtelijke procedure centraal te stellen, is niet gelukt (zie hiervoor hoofdstuk 4). Maar de wetgever kondigt een (verder) terugdringen van de centrale rol van het besluit reeds aan. Eén van de meest aangehaalde passages uit de Memorie van Toelichting bij de Wet Voltooiing Herziening RO is de volgende:

> 'Staat nu nog de rechtmatigheidstoetsing ex tunc van een besluit centraal, denkbaar is dat, zoals dat ook in het burgerlijk procesrecht het geval is, de rechtsbetrekking ex nunc de inzet van de procedure wordt, waarbij ook aan het betrokken bestuursorgaan een actie toekomt. Als dat inderdaad te zijner tijd wenselijk blijkt te zijn, zal de verhouding tussen administratieve rechter en civiele rechter, en a fortiori tussen bestuursprocesrecht en burgerlijk procesrecht, opnieuw moeten worden doordacht'.[1]

Het begrip rechtsbetrekking dus als grondslag voor een horizontalisering, een 'civilisering' zo men wil, van het bestuursprocesrecht (zie hoofdstuk 3). Voor de rechtbanken is dat niet nodig. Zij hebben al een procedurestelsel voor horizontale geschillen tussen burger en overheid: de civiele dagvaardingsprocedure. Die procedure is bij uitstek ontworpen voor horizontale geschillen, en doet ook thans dienst voor de beslechting van geschillen tussen burger en overheid die niet op basis van een beschikking zijn ontstaan. De 'overheidskamer' van de rechtbank[2] kan inderdaad (zoals Lubach veronderstelt) met twee processuele stelsels uit de voeten. Horizontalisering van het bestuursprocesrecht betekent, dat twee stelsels ontstaan voor horizontale geschillen, en dat er geen stelsel meer overblijft voor verticale! Dat betekent een machtsverschuiving van de rechter naar het bestuur, en daarmee een aanslag op de legaliteit van het bestuur (zie par. 5.4.1).

Het beschikkingsprocesrecht moet blijven. De faciliterende karaktertrekken daarvan (toegankelijkheid, geen vordering stellen, verificatiemodel, geen procesrisico) compenseren de eenzijdigheid van het verticale besturen, en legitimeren dat daardoor. Anderzijds moet het beschikkingsprocesrecht gereserveerd blijven voor geschillen over beschikkingen; voor andere geschillen is het niet geschikt.

De wetgever, overgaande tot het opnemen van geschreven materieel bestuursrecht in de Awb, zal de processuele consequenties daarvan inderdaad moeten doordenken. Verschillende opties staan open:

- Niets doen. De Awb houdt dan haar beschikkingsprocesrecht; overige geschillen tussen burger en overheid komen als civiele dagvaardingszaken bij de

1 TK 91/92, 22 495, nr. 3, blz. 34.

2 De term trof ik aan bij Lubach, Bestuur en privaatrecht, in: Kroniek van het bestuursrecht 1987-1992, Zwolle 1993, blz. 31.

rechtbank binnen en worden daar, met inachtneming van het materiële bestuursrecht, behandeld. In hoger beroep[1] scheiden zich dan de wegen naar verschillende kolommen: de twee bestuursrechtelijke (CRvB en RvS) en de civiele (hoven). Dat kan echter in het kader van de derde fase van de Herziening RO worden rechtgezet.

- Een horizontaal bestuursprocesrecht ontwerpen, waarin de vordering tegen de overheid centraal staat. De afgrenzingsproblematiek kan in deze variant minimaal worden gehouden door te bepalen dat (afgezien van het beroep tegen beschikkingen) *elke* vordering tegen de overheid (dus ook de actie uit onrechtmatige daad na een aanrijding met een bus van de RET) volgens deze procedure wordt behandeld. Nadelen van de civiele dagvaardingsprocedure zouden in deze bestuursrechtelijke rechtsvordering kunnen worden vermeden. De Awb zou een koppeling tussen het horizontale en het verticale procesrecht kunnen regelen in die zin, dat de toetsing van de rechtmatigheid van een beschikking niet alleen kan plaatsvinden op een afzonderlijk ingesteld beroep, maar ook bij wege van incident in de horizontale rechtsgang.

- Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering omdopen tot het Wetboek van Rechtsvordering en hoofdstuk 8 Awb daar naartoe verhuizen onder de titel: bijzondere bepalingen inzake het beroep tegen beschikkingen. Van de gelegenheid wordt gebruik gemaakt om de dagvaardingsprocedure te moderniseren en de verzoekschriftprocedures verder te harmoniseren.

In al deze varianten zal de beschikking van de overige bestuurshandelingen moeten worden afgebakend. Dat is nu eenmaal de consequentie van mijn stelling dat het beschikkingsprocesrecht moet blijven. Aan die afbakening kan echter op een heldere wijze vorm worden gegeven als de beschikking niet meer dienst hoeft te doen ter bepaling van de rechtsmacht, maar alleen ter bepaling van het procesrecht. Aan een strategisch of tactisch beschikkingsbegrip[2] bestaat dan geen behoefte meer: overheidsgedragingen hoeven niet meer in het keurslijf van de beschikking te worden geperst om de bestuursrechter bevoegd te maken. Beschikkingen kunnen in regelgeving worden gedefinieerd, zoals nu ook al geschiedt in de Woningwet, de Monumentenwet en de Vreemdelingenwet. Richtsnoer daarbij: duid als beschikking die bestuurshandelingen aan die rechtskracht verkrijgen als daartegen niet binnen de beroepstermijn een rechtsmiddel wordt ingesteld. De band tussen de rechtskracht en het beschikkingsprocesrecht blijft daardoor behouden.

1 Als daar tegen die tijd nog sprake van is. Als de Haagse Rechtbank, met vier nevenzittingsplaatsen in eerste en enige aanleg rechtsprekend in vreemdelingenzaken, de rechtseenheid weet te bewaken, dreigt dat een voorbeeld te worden voor andere rechtsgebieden.

2 Zie voor deze begrippen Michiels, De beschikking en andere bestuurshandelingen, in: Kroniek van het bestuursrecht 1987-1992, Zwolle 1993, blz. 15.

Het nieuwe bestuursprocesrecht

door prof. mr. P. Nicolaï

Inhoud

Deel I Van bruiloften

1 Schijnhuwelijk tussen droom en daad 131
2 Mislukt huwelijk tussen wens en werkelijkheid 137
3 Spannend huwelijk tussen Vrouwe Justitia en Dominus Litis 142

Deel II Van partijen

1 Partijen als zodanig 147
2 Artikel 8:26 Awb en 'beleidsvrijheid' van de rechter 149
3 Toepassing van artikel 8:26 Awb bij 'in de zaak voorzien' 157
4 De belanghebbende wiens rechtspositie in het geding is 160
  4.1 De belanghebbende over wiens rechten of plichten wordt beslist 160
  4.2 Belanghebbenden bij een geheel van samenhangende rechtsbeslissingen 166
  4.3 Belanghebbenden bij samenhangende besluiten 168
5 De derde-belanghebbende 170
  5.1 Algemeen 170
  5.2 De derde-belanghebbende die geen beroep tegen het op bezwaar genomen besluit heeft kunnen instellen 172
  5.3 De derde-belanghebbende die beroep tegen het op bezwaar genomen besluit heeft kunnen instellen 178
  5.4 De positie van de derde-belanghebbende bij een geding waaraan geen beroep of bezwaar is voorafgegaan 190

Deel I Van bruiloften

1 Schijnhuwelijk tussen droom en daad

Dossier J.A. Hoogdrempel

Jan Hoogdrempel is als ambtenaar werkzaam in de tram-remise van het gemeentelijk vervoerbedrijf. Als blijkt dat duur gereedschap is verdwenen, wordt hij door collega's die hem een hak willen zetten, als de schuldige aangewezen. Van zijn directe chef, met wie hij niet goed kan opschieten, krijgt hij (1) een dienstbevel om het gereedschap te gaan zoeken. Als de onenigheid met de collega's escaleert, ontvangt Hoogdrempel (2) bericht van zijn chef dat hij zich in de pauzes niet in de kantine mag vertonen. Omdat hij zich tegen beide maatregelen verzet, wat de woede opwekt van zijn directe chef, wordt hem (3) de toegang tot de werkplek ontzegd. Enige dagen later ontvangt hij bericht dat (4) hij in het belang van de dienst is geschorst, met (5) de opdracht om uiterlijk binnen 24 uur òf het zoekgeraakte gereedschap alsnog in te leveren òf om op eigen kosten nieuw gereedschap aan te schaffen. Twee weken later krijgt hij een brief (6) waarin hij aansprakelijk wordt gesteld voor de kosten van aanschaf van nieuw gereedschap ter waarde van f 865,40 met de mededeling dat dit bedrag op zijn komende maandsalaris zal worden ingehouden. Die inhouding (7) vindt vervolgens plaats. Wordt het tegen elk van de besluiten en handelingen gemaakte bezwaar afgewezen en stelt Hoogdrempel daartegen beroep in bij de rechtbank, dan is hij f 1400 aan griffierechten kwijt. Inschakeling van de President van de rechtbank met het oog op het verkrijgen van een voorlopige voorziening, kan leiden tot verdubbeling van de toegangsprijs voor het gerechtsgebouw.

De droom

'Het zal duidelijk zijn, dat ook het nieuwe bestuursprocesrecht beoogt *laagdrempelig* te zijn. Gehandhaafd zijn daarom de eenvoudige rechtsingang, de betrekkelijk geringe kosten voor het instellen van beroep bij de rechter in eerste aanleg (...)', aldus de regering in de memorie van toelichting (TK 1991-1992, 22 495, nr. 3, pag. 38). Terwijl in het aanvankelijke voorstel een griffierecht van *f* 50 als eenheidsprijs werd voorgesteld, is het kostenplaatje voor de burger uiteindelijk

heel wat slechter uitgevallen. Met uitzondering van de meeste geschillen over uitkeringen (waarvoor een laag tarief van *f* 50 is blijven gelden) zal de appellerende burger *f* 200 per beroep moeten betalen (wat nog verdubbeld wordt als de appellant in de gedaante van een rechtspersoon verschijnt).

Wie in een conflict met de overheid met een reeks besluiten wordt geconfronteerd, krijgt te maken met een cumulatie van griffierechten. Met drie besluiten met daarbij behorende beroepen en verzoeken om schorsing zit de burger dan al gauw boven de duizend gulden. Wie niet alleen *droomt* van een laagdrempelig bestuursprocesrecht maar ook in wetgevende *daden* op dat punt de garanties moet scheppen, zal een 'anti-cumulatiebepaling' moeten invoeren, bijvoorbeeld inhoudende dat de rechter kan bepalen dat eenmaal griffierecht is verschuldigd, indien door één indiener twee of meer beroepschriften ter zake van hetzelfde of een verwant onderwerp worden ingediend.

De regering heeft zich over de wenselijkheid van zo'n 'anti-cumulatiebepaling' gebogen, maar zij vindt 'thans geen nadere voorziening' nodig omdat 'de huidige regeling reeds enige anti-cumulerende voorzieningen' bevat (TK 1993-1994, 23 358, nr. 5, pag. 82). Dat droomt de regering maar, want de argumenten die worden aangedragen blijken, als de lezer een juridische bril opzet, géén van alle te deugen.

Artikel 8:41 Awb

Het eerste argument van de regering houdt in dat in artikel 8:41, eerste lid, Awb al een 'anti-cumulerende voorziening' is vervat. Ingevolge die bepaling kan, aldus de regering 'in één beroepschrift tegen meer dan één besluit beroep worden ingesteld'. Dat is geen droom maar (goed bedoeld) bedrog. De vraag of bij één geschrift meerdere beroepen kunnen worden ingesteld, wordt in die bepaling in het geheel niet beantwoord. Ook in andere bepalingen van de Awb is dat niet geregeld. In de praktijk gebeurt het natuurlijk wel.

Zijn er meerdere besluiten waartegen de burger in beroep wil gaan, dan is het in ieder geval niet wettelijk uitgesloten om in één brief al die besluiten te bestrijden. Die brief omvat dan – praktisch en juridisch gezien – een beroepschrift betreffende besluit A, een beroepschrift betreffende besluit B, enz. Zo'n splitsing ligt voor de hand, want het is heel goed mogelijk dat de verschillende besluiten waartegen beroep wordt ingesteld door verschillende bestuursorganen zijn genomen. Misschien kan het beroep tegen besluit A door de rechter in behandeling worden genomen, maar moet het beroepschrift betreffende besluit B op grond van artikel 6:15 Awb worden doorgezonden naar het betreffende bestuursorgaan omdat het (eerst nog) als bezwaarschrift moet worden behandeld.

De regering verstaat onder 'het beroepschrift' in artikel 8:41, eerste lid, Awb het *feitelijke* geschrift dat bij de griffie binnenkomt. Dat is een andere visie, die impliceert dat de brief waarin tegen meerdere besluiten (mogelijk van verschillende bestuursorganen) beroep wordt ingesteld als één 'beroepschrift in de zin van de Awb' zou kunnen worden beschouwd. Ik zie niet hoe zo'n visie binnen de Awb valt te passen. Het is wel een sympathieke benadering, omdat ze ertoe leidt

dat de appellerende burger soms twee of meer beroepen voor één prijs kan instellen. Maar een verdoezelende gelegenheidsargumentatie die in het systeem van de wet niet deugt, verdient objectief gezien geen juridische sympathie. Bovendien zet een twijfelachtige redenering het systeem onder druk, omdat een griffier die zich strikt aan de wet wil houden, de tegen meerdere besluiten opkomende burger meerdere keren voor het griffierecht zal aanslaan, terwijl een soepele griffiemedewerker die het eens is met de sympathieke benadering van de regering, aan de 'speciale aanbieding' van meerdere beroepen voor één prijs zal meedoen.

De vraag of bij indiening van een geschrift waarin meerdere beroepen aanhangig worden gemaakt slechts éénmaal griffierecht is verschuldigd, behoort niet tot de 'beleidssfeer' van de griffie. In de eerste volzin van artikel 8:41 Awb staat uitdrukkelijk dat door de griffier een griffierecht '*wordt*' geheven van de indiener van '*het beroepschrift*'. Blijkens artikel 6:4, derde lid, Awb geschiedt het instellen van beroep bij de administratieve rechter door het indienen van een beroepschrift. Onder het 'instellen' van beroep verstaat de wetgever het vragen van voorziening 'tegen een besluit' (aldus artikel 1:5 Awb). Een beroepschrift in de zin van de Awb is dus een geschrift voor zover daarin voorziening wordt gevraagd *tegen een besluit*. Een geschrift waarbij tegen meerdere besluiten beroep wordt ingesteld, omvat dus *meerdere* beroepschriften *in de zin van de wet*. Naar de tekst van artikel 8:41, eerste lid, Awb zal dan voor *elk* van die beroepschriften griffierecht verschuldigd zijn.

De opvatting dat onder 'beroepschrift' één geschrift kan worden verstaan dat meerdere beroepen omvat, berust op een misvatting. De betekenisbepalingen van de Awb zijn duidelijk en ook het Awb-systeem is eenduidig: waar in de Awb gesproken wordt over een 'beroepschrift' gaat het om een geschrift dat betrekking heeft op één besluit. Meerdere besluiten vereisen meerdere beroepschriften die overigens wel in één geschrift kunnen zijn vervat.

> Dat een beroepschrift in de zin van de Awb op één besluit betrekking heeft, volgt niet alleen uit de betekenisbepaling van artikel 1:5 Awb, maar ook uit talloze andere bepalingen. Zo bepaalt artikel 6:5 Awb dat '*het*' beroepschrift ten minste een omschrijving moet omvatten van '*het*' besluit waartegen het beroep is gericht. Wordt in één brief beroep ingesteld tegen meerdere besluiten dan zal ten aanzien van elk van die besluiten moeten blijken wat is besloten en door welk bestuursorgaan het besluit is genomen. Denkbaar is dat verschillende bestuursorganen verweerder zullen zijn (bijvoorbeeld bij gelijktijdig ingesteld beroep tegen een besluit dat in beroep door de gemeenteraad is genomen en tegen een besluit van B en W tot ongegrondverklaring van bezwaren tegen een ander besluit). Artikel 6:14 Awb verplicht de griffier dan om van het 'ene' beroepschrift aan het ene orgaan en van het 'andere' beroepschrift aan het andere orgaan kennis te geven. Het verweerschrift dat door het bestuursorgaan moet worden ingediend, heeft betrekking op '*het*' beroepschrift tegen *zijn* besluit (artikel 8:42 Awb) en niet op de door de griffier ontvangen brief van de appellant, waarin meerdere beroepschriften kunnen zijn vervat.

De suggestie van de regering dat bij het indienen van meerdere beroepschriften slechts éénmaal griffierecht zal zijn verschuldigd als de appellant die beroepschriften in één brief vervat, is sympathiek, maar in het licht van de wet onjuist. Dat de wet uitgaat van griffierecht voor elk beroep tegen elk onderscheiden besluit, blijkt ook uit artikel 8:41 Awb zelf. Een ambtenaar die zich verzet tegen een besluit inzake uitkering bij werkloosheid of ziekte, is op grond van die bepaling *f* 50 griffierecht verschuldigd. Voor beroepen in andere geschillen is de ambtenaar *f* 200 griffierecht kwijt. Stelt een ambtenaar in één brief zowel tegen een besluit dat betrekking heeft op zijn wachtgelduitkering als tegen een besluit dat betrekking heeft op een nabetaling van salaris, beroep in, dan zal voor het ene beroep *f* 50 en voor het andere *f* 200 griffierecht verschuldigd zijn. In de (onjuiste) redenering dat het maar om één beroepschrift zou gaan, staat de wetstoepasser voor een onoplosbare vraag welk griffierecht zou moeten worden geheven.

Overigens ontgaat mij ook, los van juridische argumenten, de logica waarom de afhandeling van twee beroepen die in één brief aanhangig worden gemaakt méér zou moeten 'kosten' dan twee beroepen die door de appellant op dezelfde dag via twee verschillende brieven worden ingesteld.

Artikel 6:19 Awb

De regering beroept zich nog op een tweede reeds bestaande 'anti-cumulerende voorziening'. Die zou gelegen zijn in artikel 6:19 Awb. Dat artikel brengt volgens de regering mee 'dat een vervolgbesluit dat samenhangt met het in beroep bestreden besluit, door middel van aanvulling van het beroepschrift in de procedure (kan) worden betrokken' (TK 1993-1994, 23 358, nr. 5, pag. 82). De juridisch niet geschoolde lezer zou denken aan de situatie dat een ambtenaar die een dienstbevel heeft gekregen om zich te verantwoorden over het verdwijnen van gereedschap en die daartegen bezwaar en beroep heeft ingesteld, de daarop 'volgende' besluiten (bijvoorbeeld: schorsing gedurende het onderzoek, schriftelijke berisping, vordering tot vergoeding van de waarde van het gereedschap) via aanvulling van het beroepschrift bij het lopende beroep zou kunnen betrekken.

Wie artikel 6:19 Awb bekijkt, moet constateren dat degene die een argumentatie voor de bewindslieden moest verzinnen, kennelijk heeft zitten dromen. Die bepaling heeft in het geheel geen betrekking op zulke 'vervolgbesluiten', laat staan op 'aanvulling van het beroepschrift'. Artikel 6:19 Awb regelt alleen dat als het besluit waartegen beroep aanhangig is door het bestuursorgaan hangende het geding wordt gewijzigd, het ingestelde beroep geacht wordt betrekking te hebben op het besluit dat voor het oorspronkelijk bestreden besluit in de plaats is gekomen.

Artikel 8:74, tweede lid, Awb

Tenslotte komt de regering nog met het verhaal dat artikel 8:74 Awb de rechter de mogelijkheid biedt om ongewenste cumulatie van griffierechten te voorkomen.

Het tweede lid van artikel 8:74 voorziet in de bevoegdheid van de rechter om, ook in het geval dat een ingesteld beroep wordt verworpen, te bepalen dat het griffierecht aan de appellant wordt vergoed. De regering suggereert dat die bepaling juist voor gevallen van cumulatie van griffierechten uitkomst zal bieden. 'Die bepaling kan toepassing vinden indien de belanghebbende gedwongen is geweest meer dan één beroepschrift in te dienen tegen besluiten die onderdeel zijn van één feitencomplex', aldus de bewindslieden, die daarop laten volgen: 'Wij verwachten dat deze voorzieningen goeddeels het intreden van eventuele ongewenste effecten die het gevolg kunnen zijn van cumulatie, kunnen voorkomen' (TK 1993-1994, 23 358, nr. 5, pag. 83). Om twee redenen klopt dat verhaal niet.

In de eerste plaats kan het gegeven van cumulatie van griffierechten geen rol spelen bij de toepassing van artikel 8:74, tweede lid, Awb. Zie ik het goed, dan zal bij toepassing van die bepaling uitsluitend acht mogen worden geslagen op de vraag of er voor de appellant begrijpelijke en gegronde redenen waren om de zaak aan de rechter voor te leggen en de vraag in hoeverre het bestuursorgaan, hoewel het bij ongegrond-verklaring van het beroep 'gelijk' krijgt, toch ook enig verwijt valt te maken en of het er zelf enig belang bij had om een rechterlijke uitspraak uit te lokken. De rechter beslist immers niet dat het onredelijk zou zijn om van de appellant griffierecht te heffen, maar dat het redelijk is dat *het bestuur* de kosten van het griffierecht *voor zijn rekening neemt*. De vraag van de hoogte van het griffierecht – het lage tarief (*f* 50), het gewone tarief (*f* 200 of *f* 400) of een gecumuleerd tarief – zal daarbij dus géén bepalende factor (mogen) vormen. Behoort de overheid de kosten van het proces voor zover deze bestaan uit de griffierechten voor haar rekening te nemen, dan zal zij ongeacht de hoogte die kosten aan de appellant moeten vergoeden. In het andere geval komen ze voor rekening van de appellant.

In de tweede plaats gaat het beroep op artikel 8:74, tweede lid Awb aan de maatschappelijke realiteit voorbij. Een burger schiet er weinig mee op als hij weet dat er een (kleine) kans bestaat dat hij de griffierechten terug krijgt, zelfs als hij de zaak niet wint. Hij zal toch immers eerst zelf de griffierechten moeten voorschieten. Voor een on- of minvermogende appellant betekent dit dat hij in een conflict met het bestuur dat leidt tot een reeks van besluiten en beroepen met een cumulatie van griffierechten, voor zodanige uitgaven zal worden gesteld, dat hij er redelijkerwijze van zal moeten afzien om beroep in te stellen.

Conclusie

In een niet onbelangrijk aantal gevallen zullen burgers te maken kunnen krijgen met een reeks van besluiten en beroepen die samenhangen met één feitencomplex waarop het eigenlijke geschil met de overheid betrekking heeft. De wet verplicht ertoe voor ieder beroep griffierecht te heffen. Zo'n cumulatie van griffierechten kan aardig in de papieren lopen. Een ambtenaar die in een arbeidsconflict verzeild raakt waarin een escalerende reeks van maatregelen door de werkgever keurig

wordt 'opgebouwd', zal al gauw op griffiekosten komen die de duizend gulden benaderen.

Foefjes, zoals het invoeren van een betekenis van de term 'beroepschrift' in artikel 8:41, eerste lid, Awb die volledig afwijkt van de term die overigens in de Awb wordt gehanteerd, spreken mij niet aan. Bovendien bieden ze geen soelaas voor gevallen waarin het feitelijk niet mogelijk is geweest om tegen meerdere besluiten in één brief beroep in te stellen. Feit is dat in zulke gevallen van een reeks van besluiten en de daarmee samenhangende cumulatie van griffierechten, het '*laagdrempelige*' karakter van het bestuursprocesrecht voor de burger *een droom* blijft.

Ernstiger is nog de situatie van de on- of minvermogende appellant die zich voor een gecumuleerde griffierechten-heffing ziet gesteld. Terwijl in artikel 73, tweede lid, van de Wet op de Raad van State was voorzien in de mogelijkheid van vrijstelling of vermindering van griffierecht voor on- of minvermogenden, is die regeling in de Awb niet overgenomen. In de memorie van toelichting (TK 1991-1992, 22 495, nr. 3, pag. 125) werd daartoe aangevoerd dat zo'n stelsel van vrijstellingen en verminderingen 'bewerkelijk en arbeidsintensief' was en dat de regering daarom liever koos voor een 'uniform laag tarief' dan opnieuw zo'n stelsel in te voeren. *Dat tarief bedroeg ten tijde van dat voorstel f 50 voor alle beroepen.* Uiteindelijk is dat voor de burger alsnog *f* 200 geworden, waarmee de gehele redenering die in de memorie van toelichting werd gegeven, op losse schroeven is komen te staan.

Bedenkt men dat een burger die wegens zijn geringe inkomen voor rechtsbijstand in aanmerking zou komen, net zoals de burgers die wèl over voldoende inkomen beschikken, zèlf het griffiegeld zal moeten betalen (omdat vrijstelling of vermindering niet meer mogelijk is), dan zal het duidelijk zijn dat voor sommige burgers, zeker bij cumulatie van beroepen en de daarmee samenhangende griffierechten, het toegangskaartje voor het gerechtsgebouw niet betaalbaar zal zijn. Die groep van in hun mogelijkheden belemmerde rechtszoekenden zou wel eens veel groter kunnen zijn dan men denkt. Een wetgever die dan nog suggereert dat de Awb de invoering betekent van een laagdrempelig systeem van voorzieningen *droomt* en *kent zijn eigen daden niet.*

2 Mislukt huwelijk tussen wens en werkelijkheid

Dossier H.A. Eigenzin

Hanna Eigenzin bladert nog eens in de 'Aanbevelingen uniform bestuursprocesrecht'. De notitie 'Spelregels Algemene wet bestuursrecht' heeft ze net weer weggelegd. De 'Aanbevelingen', die in de sector bestuursrecht waarin zij als rechter werkzaam is als 'de schone-luchtregeling' worden aangeduid, bevatten 'beleidsregels' voor de toepassing van de diverse discretionaire procesrechtelijke bevoegdheden die in de Awb aan de rechter zijn toegekend. Ze zijn opgesteld door de vice-presidenten (sector bestuursrecht) van de verschillende rechtbanken tijdens een conferentie in het scholingscentrum 'de schone lucht', waaraan Hanna overigens niet mocht deelnemen. De andere notitie is van de hand van de vice-president van haar eigen rechtbank. Samen met haar collega-rechters hebben ze daarover beraadslaagd, maar uiteindelijk heeft hij ze als Hoofd van de sector bestuursrecht vastgesteld, hoewel hij wist dat niet over alle spelregels consensus bestond.

Hanna zit met een probleem. Over zes dagen vindt de zitting plaats in een beroep tegen de exploitatievergunning voor een koffieshop dat twee maanden geleden door een omwonende is ingesteld. De advocaat van een bejaarde vrouw die boven de koffieshop woont, heeft verzocht om zijn cliënte als partij aan het geding te laten deelnemen. De (bejaarde) bewoonster die ook zelf beroep had kunnen instellen, had dat volgens haar advocaat niet gedurfd omdat ze door de exploitant herhaaldelijk was geïntimideerd. Volgens de 'schone-luchtregeling' worden belanghebbenden die verzuimd hebben van de beroepsmogelijkheid gebruik te maken niet met toepassing van artikel 8:26 Awb in de gelegenheid gesteld om als partij aan het geding deel te nemen. En volgens de 'spelregels' komt een verzoek om toepassing van artikel 8:26 Awb alléén voor honorering in aanmerking als het uiterlijk een week voor de dag van de zitting is gedaan. Toch voelt Hanna er veel voor om het verzoek te honoreren, omdat uit de brief van de advocaat blijkt dat de bewoonster nog veel zwaarder wegende belangen heeft dan de appellant die het beroep aanhangig heeft gemaakt en dat zij tot en met de beslissing op het bezwaar als 'partij' had meegedaan maar daarna plotseling had afgehaakt. Haar intuitie zegt dat ze dwars tegen de 'schone-luchtregeling' en de 'spelregels' in, het verzoek zou moeten honoreren. Maar twijfel over de juridische toelaatbaarheid van schending van die regels, verlamt haar.

De wens

Wie, zoals de Awb-wetgever, streeft naar een uniform bestuursprocesrecht maar tegelijk er voor kiest om in feite de regels voor het verloop van de procedure en voor het bewijs door de rechter zelf te laten bepalen, neemt grote risico's. De nagestreefde rechtseenheid zal ver te zoeken zijn als iedere rechter binnen de marges van de wet een grote mate van discretie heeft en daar op zijn eigen manier gebruik van maakt, terwijl talloze beroepen in één instantie zullen worden afgedaan en dan nog door verschillende rechterlijke colleges, en bovendien een rechtseenheidsvoorziening (voorshands) nog ontbreekt. In dat licht is het begrijpelijk dat de regering hamert op het belang van 'beleidsregels' voor de rechter.

Met het oog op 'de discretionaire aard van de aan de rechter toegekende processuele bevoegdheden en op het feit dat niet in alle gevallen hoger beroep openstaat' verdient het volgens de regering 'aanbeveling' dat de rechterlijke colleges 'in goed overleg – en uiteraard met behoud van ieders onafhankelijkheid – beleid ontwikkelen om een beredeneerd en voorspelbaar gebruik van deze discretionaire bevoegdheden te bevorderen' (TK 1991-1992, 22 495, nr. 3, pag. 37).

Kennelijk voorziet de regering dat de veelheid van discretionaire bevoegdheden zonder enige centrale sturing tot een wirwar van eigenzinnige rechterlijke beleidsbeslissingen kan leiden. De regering neemt dat kennelijk zeer ernstig op. Terwijl de geciteerde passage van de memorie van toelichting niet meer dan een wens en aanbeveling bevat, is de toon in de memorie van antwoord heel wat strenger. 'Zoals elke discretionaire bevoegdheid moeten ook deze processuele bevoegdheden letterlijk met beleid worden toegepast. Dat betekent dat de rechter beleid *moet* ontwikkelen voor de toepassing van die bevoegdheden. Daardoor wordt een eenvormige en voorspelbare toepassing bevorderd, zij het dat ook voor de toepassing van deze discretionaire bevoegdheden geldt dat in bijzondere gevallen van het beleid kan en soms moet worden afgeweken', aldus deze vermanende passage (TK 1992-1993, 22 495, nr. 6, pag. 38 – cursivering door mij).

Het is een publiek geheim dat de vice-presidenten van de rechtbanken (sectoren bestuursrecht) bijeen zijn geweest om te spreken over de afstemming van het 'beleid' betreffende de toepassing van talloze 'kan'-bepalingen van hoofdstuk 8 Awb, wat geleid heeft tot een dik stuk met 'vraagpunten' met daarbij behorende 'antwoorden'. In de arrondissementen zelf stuiten advocaten op 'Spelregels' die de sector bestuursrecht bekend heeft gemaakt. In de visie van de regering gaat het in die gevallen om 'beleidsregels' waaraan de rechters in die zin zouden zijn gebonden dat zij die regels in principe hebben te volgen en daarvan alleen in bijzondere gevallen zullen mogen afwijken. De wens van de regering is duidelijk; maar hoe zit het met de juridische werkelijkheid?

Beleidsregels voor de rechter?

Een orgaan waaraan een publiekrechtelijke bevoegdheid toekomt mag naar

algemene rechtsopvatting die bevoegdheid niet naar 'willekeur' uitoefenen; het staat hem rechtens niet vrij om de bevoegdheid naar believen en zonder dat aan generaliserende beslissingscriteria wordt gerelateerd, nu eens *zus* en dan weer *zo* uit te oefenen. De 'eis van beleid' vormt de keerzijde van het verbod van willekeur.[1] Dat die eis ook geldt voor de uitoefening door de rechter van discretionaire processuele bevoegdheden, behoeft geen betoog. In dat opzicht is hetgeen de regering over het 'met beleid' uitoefenen van bevoegdheden door de rechter stelt, onbetwistbaar juist.

Een tweede vraag is, welke juridische betekenis toekomt aan beleidsregels die op schrift zijn gesteld en vervolgens bekend zijn gemaakt. Blijkens de jurisprudentie die betrekking heeft op door bestuursorganen opgestelde en bekend gemaakte beleidsregels[2] geldt dan de regel dat het bestuursorgaan op wiens bevoegdheid de beleidsregel betrekking heeft op grond van beginselen van behoorlijk bestuur in het algemeen rechtens gehouden is die beleidsregel na te leven als die regel door dat bestuursorgaan zelf is vastgesteld of door een ander bestuursorgaan dat met betrekking tot de wijze van uitoefening van die bevoegdheid bindende aanwijzingen kan geven. Die binding geldt niet als de beleidsregel in strijd met het recht moet worden geoordeeld; voorts komt aan het bestuursorgaan een afwijkingsbevoegdheid toe voor het geval dat naleving van een rechtsregel of rechtsbeginsel tot een van het beleid afwijkende beslissing zou nopen.

Voor een antwoord op de vraag welke juridische betekenis toekomt aan een beleidsregel voor de uitoefening van een rechterlijke bevoegdheid moet dus worden onderscheiden tussen beleidsregels die door het bevoegde orgaan zelf zijn opgesteld, en beleidsregels die door een ander dan het bevoegde orgaan zijn opgesteld. 'Spelregels' die door de sector bestuursrecht van een rechtbank zijn vastgesteld en bekendgemaakt, verschillen van de 'Aanbevelingen' die mogelijkerwijs op een conferentie van alle vice-presidenten (sectoren bestuursrecht) tot stand komen, of in een overlegforum tussen presidenten en/of voorzitters van allerlei verschillende administratiefrechtelijke colleges.

Zou zo'n 'Aanbeveling' tot stand komen, dan zie ik niet hoe naar huidig recht daaraan een juridische betekenis zou kunnen toekomen die vergelijkbaar is met die welke in het algemeen aan beleidsregels wordt toegekend. De bedoelde conferentie of het bedoelde overlegforum heeft immers in het geheel geen bevoegdheid om aanwijzingen te geven aan de rechtbanken en de andere rechters die betrekking hebben op de uitoefening van hun discretionaire processuele bevoegdheden. Zo'n 'Aanbeveling' ligt op één lijn met aanbevelingen van de Federatie van Bedrijfsverenigingen of met de circulaires van de voormalige Vereniging van Raden van Arbeid, waarover de rechter oordeelde: 'Die circulaire heeft immers geen ander karakter dan dat van een aanbeveling van de Vereniging van Raden van Arbeid, welke aanbeveling *de eigen verantwoordelijkheid* van de

1 Zie meer uitgebreid: P. Nicolaï, Beginselen van behoorlijk bestuur (diss.), Deventer 1990, pag. 165 e.v. en pag. 303 e.v.

2 Zie verder: Nicola/Olivier, Bestuursrecht, Amsterdam 1993 (vierde herziene druk), pag. 186 e.v.

afzonderlijke Raden van Arbeid voor de juiste uitvoering van de de wet *onverlet laat.*'[1]

Het is ook in mijn ogen een goede zaak als door de verschillende rechtbanken en andere rechterlijke colleges gestreefd wordt naar eenheid van beleid. Komen in een overlegforum 'afspraken' tot stand die worden neergelegd in 'beleidsregels' dan kunnen zulke regels echter als zodanig de discretie die aan de verschillende rechters toekomt, niet van rechtswege beperken. De geciteerde passage in de memorie van antwoord lijkt dat wel te suggereren.

> Ook A.F.M. Brenninkmeijer in zijn beschouwingen over 'De grenzen van de samenwerking tussen rechters' (NJB 1989, pag. 1621-1634) lijkt aan coördinerende afspraken die betrekking hebben op rechterlijk beleid juridische betekenis toe te kennen. Hij schrijft dat de rechter 'gelet op het vereiste van eenheid van rechtstoepassing *genoodzaakt* (is) zich aan te sluiten bij coördinerende afspraken tussen rechters'. 'Ten aanzien van het procesbeleid is de rechter *in vrij sterke mate gebonden* aan dergelijke beleidsafspraken, omdat de belangen van procespartijen zich verzetten tegen uiteenlopend procesbeleid', aldus Brenninkmeijer (pag. 1634 – cursivering door mij).

De vraag naar de *bevoegdheid* tot het vaststellen van beleidsregels is in deze materie van cruciaal belang. Zo wordt in het voorgestelde artikel 4.4.1. Awb (derde tranche) in overeenstemming met de huidige rechtspraak bepaald dat een orgaan beleidsregels kan vaststellen die betrekking hebben op 'het gebruik van een hem toekomende of onder zijn verantwoordelijkheid uitgeoefende bevoegdheid'. Ik zie niet hoe een rechter, aan wie als orgaan een bepaalde eigen bevoegdheid toekomt naar huidig recht gehouden zou kunnen zijn om bij de uitoefening van die bevoegdheid rekening te houden met beleidsregels die hij *niet zelf* voor het gebruik van zijn bevoegdheid heeft vastgesteld, en die hem *ook niet* op grond van enige regeling als regels kunnen worden *voorgeschreven*. Een rechter kan dus alleen (en in beginsel) worden gehouden aan zijn eigen beleid. Wel is denkbaar dat beleid dat door een ander is geformuleerd door de rechter *als zijn eigen beleid wordt aanvaard* en dienovereenkomstig wordt gerealiseerd.

Dat brengt mij op het voorbeeld van de 'Spelregels' die door de vice-president (Hoofd van de sector bestuursrecht) zijn opgesteld. Ook voor die 'beleidsregels' geldt dat de vraag gewettigd is of individuele rechters als lid van de kamer van de rechtbank die het beroep behandelt, rechtens gehouden kunnen worden geacht tot in principe naleven van zulke beleidsregels als die niet door henzelf zijn vastgesteld en zij die niet zelf als hun eigen beleid wensen te aanvaarden. Die vraag is in zoverre interessant, omdat de bij wet toegekende discretionaire bevoegdheden niet zijn toegekend aan individuele ambtsdragers maar aan het meerhoofdige openbare ambt 'de rechtbank'. Als er nu beleid van 'de' rechtbank is, dienen individuele rechters zich dan niet rechtens aan dat beleid te houden?

Het probleem is echter (a) hoe men zich moet voorstellen dat een beslissing van 'de' rechtbank tot stand komt, en (b) dat met het oog op de onafhankelijkheid

1 CRvB 26 okt. 1976, AB 1977, 218 (cursivering door mij).

van de rechter de vraag blijft of een rechter, als hij de uitoefening van de processuele bevoegdheid overeenkomstig 'het beleid' in het gegeven geval niet juist zou achten omdat hij het met dat 'beleid' op dat punt niet eens is, niet zonder meer rechtens verplicht geacht moet worden om zijn eigen rechtsoordeel te volgen.

Conclusie

De regering wenst beleidsregels voor de rechter, en ziet daarin een instrument om de rechtseenheid bij uitoefening van de talloze discretionaire processuele bevoegdheden van de rechter te garanderen. Het is een begrijpelijke *wens*. Maar de juridische *realiteit* zal in mijn optiek inhouden dat 'beleidsregels' in de vorm van afspraken tussen vice-presidenten van de rechtbanken onderling of van aanbevelingen van enig ander overlegforum waaraan rechterlijke colleges deelnemen, niet de juridische status van beleidsregel zullen hebben. Die status komt immers alleen toe aan regels die zijn vastgesteld door het orgaan waaraan de bevoegdheid toekomt waarop de beleidsregel betrekking heeft of door een orgaan dat aanwijzigingen kan geven over de wijze van uitoefening van de bevoegdheid. Zo'n situatie doet zich niet voor.

Ook met betrekking tot 'beleidsregels' van 'de' rechtbank zie ik niet hoe daaraan een juridische betekenis zou kunnen toekomen, die de regering kennelijk voor ogen heeft. Ook als men al in staat zou zijn om een bevoegde instantie *binnen* de rechtbank aan te wijzen die *voor* de rechtbank zulke regels zou kunnen opstellen, acht ik een individuele rechter die met die beleidsregels niet heeft ingestemd op grond van zijn onafhankelijke positie niet rechtens gehouden om die regels in principe na te leven.[1]

1 In gelijke zin oordeelt mevr. M.S.E. Wulffraat-van Dijk, De onderzoeksbevoegdheden van de rechter in het nieuwe bestuursprocesrecht, in: J.B.J.M. ten Berge e.a., Nieuw bestuursprocesrecht, Deventer 1992, pag. 165.

3 Spannend huwelijk tussen Vrouwe Justitia en Dominus Litis

De actieve rechter

'Wat blijft, is de actieve rechter', aldus de regering in haar beschouwing in de memorie van toelichting over de de principiële keuzes die aan het 'moderne' Awb-bestuursprocesrecht ten grondslag liggen. Die actieve rechter beheerst het proces. 'De rechter heeft telkens de mogelijkheid te kiezen van welke processuele bevoegdheden hij op een bepaald moment in een concrete zaak gebruik wenst te maken. Nadat de zaak aanhangig is gemaakt, beslist derhalve de rechter – zoals gezegd binnen de grenzen van het hem voorgelegde geschil – hoe de verdere gang van zaken zal zijn. In die zin is hij dominus litis', aldus de bewindslieden (TK 1991-1992, 22 495, nr. 3, pag. 37). Twee aan deze juridische 'heer en meester' toekomende bevoegdheden accentueren in het bijzonder het specifieke karakter van het bestuursprocesrecht en de specifieke positie van de administratieve rechter. Hij is bevoegd om ambtshalve de feiten aan te vullen (artikel 8:69, derde lid, Awb) en hij kan zelf in de zaak voorzien, dat wil zeggen bepalen dat zijn uitspraak in de plaats treedt van het door hem vernietigde besluit of het vernietigde gedeelte daarvan (artikel 8:72, vierde lid Awb).

Een wetgever die zulke bevoegdheden uitdrukkelijk toekent en in de wet omschrijft, geeft daarmee de rechter niet uit de losse hand 'zomaar' nog een 'extra' mogelijkheid die hij 'naar believen' kan hanteren. Een publiekrechtelijke bevoegdheid wordt in het publiek belang voor een bepaald doel toegekend en steeds zal degene die met die bevoegdheid is bekleed, moeten nagaan of de omstandigheden van een gegeven geval tot het hanteren van die bevoegdheid nopen. De publieke Dominus lijkt een machtig heer en meester, maar hij gaat gebukt onder een zware last. De hem toekomende bevoegdheden mag hij nimmer negeren of vergeten. Het recht vereist dat hij ze toepast in iedere situatie waarin dat rechtens passend moet worden geacht.

Een Dominus Litis die een beroep beoordeelt zonder acht te slaan op de hem toekomende bevoegdheid om de feiten aan te vullen, krijgt ruzie met Vrouwe Justitia. Hetzelfde geldt voor het geval dat hij zonder enig onderzoek of enige belangenafweging voorbijgaat aan de mogelijkheid om in zijn uitspraak over het hem voorgelegde geschil zelf in de zaak te voorzien. Door die twee bevoegdheden uitdrukkelijk aan de administratieve rechter toe te kennen, heeft de wetgever het huwelijk tussen Vrouwe Justitia en Dominus Litis op scherp gesteld.

Ambtshalve aanvullen van de feiten

De rechtsgronden *moet* de rechter altijd ambtshalve aanvullen, de feiten *kan* hij ambtshalve aanvullen. Voor de juridisch niet geschoolde lezer is het verschil tussen het tweede en het derde lid van artikel 8:69 Awb duidelijk: de rechter is, als het gaat om eventuele aanvulling van de feiten, tot niks verplicht. Bladert die lezer echter wat terug in de wet, dan komt hij bepalingen tegen waarin behoorlijkheidseisen zijn vervat die betrekking hebben op onderzoek, besluitvorming en belangenafweging bij uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden. Weliswaar gelden de artikelen 3:2 en 3:4 Awb als zodanig alleen voor bestuursorganen in de zin van de Awb (waartoe de rechter niet wordt gerekend), maar het behoeft geen discussie dat de daarin gecodificeerde rechtsplichten berusten op rechtsbeginselen die bij elke publiekrechtelijke bevoegdheidsuitoefening in acht moeten worden genomen. Dat betekent dat de rechter rechtens in elk door hem te beslissen beroep bewust zal moeten nagaan of er aanleiding is om van zijn bevoegdheid gebruik te maken en dat hij tot dat gebruik rechtens *verplicht* is als de belangen van de appellant mede in het licht van het doel waarvoor de bevoegdheid is toegekend, daartoe aanleiding geven.

Over de bevoegdheid om ambtshalve feiten aan te vullen is in de memorie van toelichting het volgende opgemerkt: 'Met name dat laatste punt kan worden gezien als een specifiek kenmerk van het bestuursprocesrecht. Het volgt rechtstreeks uit de ongelijkheidscompensatie. Daarmee dient de rechter bij de toepassing rekening te houden: naarmate de ongelijkheid in casu minder groot is (dat zou bij voorbeeld kunnen in een geschil tussen een groot bedrijf en een kleine gemeente of tussen twee min of meer gelijkwaardige bestuursorganen), is er minder reden om van deze bevoegdheid gebruik te maken.' (TK 1991-1992, 22 495, nr. 3, pag. 37)

Zie ik het goed, dan dient de administratieve rechter niet alleen in alle gevallen na te gaan of er aanleiding is om van de in artikel 8:69, derde lid, Awb toegekende bevoegdheid gebruik te maken, maar zal hij bovendien in de meeste gevallen die bevoegdheid daadwerkelijk moeten hanteren. Op het gehele gebied van het sociale verzekeringsrecht en het ambtenarenrecht is per definitie sprake van een ongelijkheidsrelatie tussen appellant en verweerder. Op de overige terreinen van administratieve rechtspraak zullen de gevallen waarin een 'machtige' appellant tegenover een 'kleine' verweerder staat, uitzondering zijn. De wetgever gaat er blijkens de memorie van toelichting van uit dat waar de appellant en verweerder in ongelijke verhouding staan, de rechter van de hem ter compensatie van die ongelijkheid toegekende bevoegdheid gebruik zal *moeten* te maken.

Dat impliceert een actieve onderzoeksplicht voor de rechter, die zich niet tot de zitting beperkt maar het gehele proces beïnvloedt. De actieve rechter die ambtshalve alle relevante feiten boven tafel wenst te krijgen, zal een creatief en doortastend gebruik van al zijn onderzoeksbevoegdheden (moeten) maken: het vragen van inlichtingen aan partijen, overheidsorganen, werkgevers en anderen (artikel 8:45 Awb), het inschakelen van deskundigen (artikel 8:47 Awb), het

oproepen van getuigen (artikel 8:46 Awb) en het eventueeel verrichten van onderzoek ter plaatse (artikel 8:50 Awb). Dat zal een tijdrovende klus opleveren.

De rechter als vervangend bestuurder

Maakt de rechter hetzij op verzoek van één of van alle partijen hetzij ambtshalve gebruik van zijn bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien, wat betekent dat hij het besluit vaststelt dat op grond van de bestuursbevoegdheid had moeten worden genomen, dan doet zich een geval voor *dat de rechter fungeert als vervangend bestuurder*. De regering is zich dat bewust. Terwijl voor de rechterlijke toetsing het 'ex tunc' geldt, wordt daarop voor het zelf in de zaak voorzien uitdrukkelijk een uitzondering gemaakt. Daarvoor 'geldt dat in beginsel moet worden uitgegaan van de ten tijde van de nieuwe beslissing geldende feiten en omstandigheden, alsmede het op dat moment geldende recht. Bij het opnieuw voorzien in de zaak kan derhalve met nieuwe feiten en omstandigheden worden rekening gehouden', aldus de regering in de memorie van toelichting (TK 1991-1992, 22 495, nr, 3, pag. 145). De rechter moet zich dus bij wijze van spreken verplaatsen in het bestuursorgaan dat met inachtneming van zijn uitspraak een nieuwe beslissing zou moeten nemen.

Hoewel artikel 8:72, vierde lid, Awb het aan de rechter overlaat om zelf te bepalen in welke gevallen hij in de zaak zal voorzien, gaat de regering er van uit dat 'de rechter slechts dan zelf in de zaak kan voorzien, indien na de vernietiging rechtens slechts één beslissing mogelijk is' (MvT pag. 140). Opmerkelijk is echter dat de regering er uitdrukkelijk op wijst dat de rechter die bevoegdheid ook kan gebruiken wanneer er na vernietiging – afhankelijk van de kwalificatie van de feiten of de afweging van de belangen – nog meerdere besluiten ter uitoefening van de bestuursbevoegdheid rechtens toelaatbaar zijn. In dat verband merken de bewindslieden op 'dat wij ons kunnen voorstellen dat *partijen*, met het oog op het belang dat zij erbij hebben dat er een eind aan de procedure komt, *aan de rechter vragen zelf in de zaak te voorzien, ook wanneer daarbij nog een zekere discretie aanwezig is*. Wij menen dat in een dergelijk geval de rechter onder omstandigheden aan een dergelijk verzoek tegemoet zou kunnen komen, voor-opgesteld dat daardoor geen ontoelaatbaar nadeel wordt toegebracht aan de rechtspositie van derden-belanghebbenden', aldus de toelichting (MvT, l.c. – cursivering door mij).

Wordt aan de rechter in het beroepschrift of in een later stadium een verzoek gedaan om zelf in de zaak te voorzien, dan zal hij dat verzoek alleen mogen afwijzen als daartoe een rechtens aanvaardbare grond aanwezig is. Zowel in het geval dat er na vernietiging rechtens nog maar één beslissing mag worden genomen als in het geval dat er meerdere besluiten rechtens mogelijk zijn, zal de rechter, dunkt mij, het verzoek alleen kunnen negeren als naar zijn oordeel belangen van anderen dan de verzoeker zich tegen zo'n voorziening verzetten. Dat betekent dat als de appellant(en) en het verwerende bestuursorgaan gezamenlijk (al dan niet daartoe 'uitgelokt' door de rechter) aan de rechter verzoeken om zelf in de zaak te voorzien, de rechter zich in de vraag zal moeten verdiepen of

en in hoeverre belangen van derden zich tegen honorering van dat verzoek verzetten.

Het lijkt mij niet voor discussie vatbaar dat in zo'n geval de rechter alle belanghebbenden die rechtstreeks betrokken zijn bij het bestreden besluit de gelegenheid zal moeten bieden om zich daarover uit te spreken. Zie ik het goed dan wordt dus *door het enkele verzoek dat partijen gezamenlijk aan de rechter doen* om zelf in de zaak te voorzien, *een verplichting gegenereerd* tot het in het geding roepen van *alle* (andere) belanghebbenden wier belang bij het bestreden besluit en bij de door de rechter te treffen voorziening is betrokken. Op het moment van het verzoek moet de rechter zich immers nog een oordeel vormen welke belangen in het geding zijn en welk gewicht aan die belangen toekomt, en zal nog niet duidelijk zijn of en zo ja welke voorziening hij zal treffen, zodat ook niet duidelijk is welke belanghebbenden die voorziening wel dan wel juist niet in hun belang zullen achten. Kortom, ik zie niet goed hoe een rechter op zo'n verzoek van partijen om in de zaak te voorzien gemotiveerd en met inachtneming van alle betrokken belangen zou kunnen beslissen, zonder dat hij eerst alle andere belanghebbenden in de gelegenheid heeft gesteld om zich ten processe uit te laten over wat zij de gewenste voorziening achten.

> Nu zou een rechter kunnen redeneren dat als het honoreren van het verzoek van de partijen zóveel 'poespas' met zich brengt, reeds om die reden het verzoek maar moet worden afgewezen. Zo'n redenering zal, dunkt mij, een rechtmatigheidstoets niet kunnen doorstaan. Ook bestuursorganen zullen vaak opzien tegen verzoeken om toepassing van wettelijke bevoegdheden die een hoop 'poespas' meebrengen. Dat echter op een verzoek van de burger een beslissing zal *moeten* worden gegeven[1] die bovendien voldoet aan eisen van zorgvuldig onderzoek, deugdelijke besluitvorming en draagkrachtige motivering behoeft geen betoog. Dat de gevreesde 'poespas' op zichzelf voor het bestuur geen grond voor afwijzing van een verzoek kan opleveren, is evident. De rechter die zo'n afwijzing krijgt te beoordelen, zal deze zonder meer onrechtmatig achten. Maar diezelfde rechter zal, als de belanghebbende *aan hem* een verzoek doet tot toepassing van een in de wet *aan hem* toegekende bevoegdheid, aan dezelfde normen zijn onderworpen.

Goed beschouwd zal de rechter een verzoek dat partijen aan hem richten om zelf in de zaak te voorzien, pas mogen afwijzen als hij is nagegaan (a) wie belanghebbend zijn bij het bestreden besluit en bij een eventueel te treffen voorziening, (b) welke belangen van welke belanghebbenden zich (naar het oordeel van die belanghebbenden) verzetten tegen de eventueel te treffen voorziening en welke belangen van welke belanghebbenden (naar het oordeel van die belanghebbenden) gebaat zijn bij die voorziening, en (c) welk gewicht aan die belangen toekomt. Om de belangen te inventariseren en het gewicht daarvan te bepalen en

1 Zie P. Nicolaï, Beginselen van behoorlijk bestuur (diss.), Deventer 1990, pag. 345 en de daar geciteerde uitspraak waarin het 'in het algemeen rechtsbewustzijn levende beginsel van behoorlijk bestuur, dat een beslissing dient te worden gegeven omtrent datgeen wat is gevraagd' door de Afdeling als toetsingsgrond werd gehanteerd.

om te vernemen hoe de belanghebbenden aankijken tegen mogelijk door de rechter te treffen voorzieningen, zal de rechter de belanghebbenden die nog geen partij zijn, op grond van artikel 8:26 Awb in de gelegenheid moeten stellen als partij aan het geding deel te nemen.

Conclusie

De Awb-wetgever is niet vrij van pretenties. Hij belooft een laagdrempelig bestuursprocesrecht dat de belanghebbende burger in staat stelt 'om door middel van een eenvoudige rechtsingang, tegen betrekkelijk geringe kosten en met een betrekkelijk gering kostenrisico, zonder verplichte procesvertegenwoordiging of verplichte rechtsbijstand maar wel met de mogelijkheid van vertegenwoordiging of bijstand, en in een betrekkelijk informele procedure, de rechtmatigheid van een besluit van een bestuursorgaan in rechte aan te vechten.' (TK 1991-1992, 22 495, nr. 3, pag. 33) Hij bombardeert de rechter tot dominus litis, strooit met tientallen discretionaire bevoegdheden die de rechters beleidsmatig zullen moeten invullen, draagt de rechter op om waar de ongelijkheidscompensatie dat vereist ambtshalve dóór te vragen en dóór te zoeken en stelt hem en passant aan als vervangend bestuurder.

De Dominus Litis die geen ruzie wenst met Vrouwe Justitia zal dóór-vragen en dóór-zoeken waar de ongelijkheidscompensatie dat vereist. En hij zal, waar partijen hem vragen zelf in de zaak te voorzien, dat verzoek moeten beoordelen en alle belanghebbenden bijeen moeten roepen voordat hij als vervangend bestuurder in de zaak voorziet. Dat betekent een aanslag op de verwerkingscapaciteit van het systeem. Een wetgever die zijn pretenties serieus neemt maar de vereiste verwerkingscapaciteit niet kan garanderen, stelt inderdaad een goed huwelijk op scherp. Een overwerkte Dominus Litis zal zijn huwelijksverplichtingen niet (kunnen) nakomen, en een Dominus Litis die het er maar bij laat hangen zal zijn Vrouwe Justitia tot tranen brengen. In beide gevallen worden de partijen die bij het rechterlijk geding betrokken zijn de dupe. Maar wie zijn er eigenlijk partij? Op dat punt heeft die pretentieuze wetgever, goed beschouwd, niets geregeld.

Deel II Van partijen

1 Partijen als zodanig

In artikel 8:26 Awb is aan de rechtbank de bevoegdheid gegeven om belanghebbenden in de gelegenheid te stellen als partij aan het geding deel te nemen. Die bevoegdheid kan worden gehanteerd (a) op verzoek van iemand die als partij wenst te worden aangemerkt, (b) op verzoek van een partij of (c) op initiatief van de rechtbank zelf.

De bepaling veronderstelt dat er vanaf het begin van het geding in ieder geval al partijen 'bestaan' (want anders is er geen verzoek *van een partij* mogelijk). Kennelijk zijn er naast belanghebbenden die afhankelijk zijn van een rechterlijke beslissing omtrent hun deelname aan het geding, partijen die als zodanig partij zijn en geen 'toelating' behoeven. Opmerkelijk is dat in afdeling 8.1.5 Awb een bepaling ontbreekt waaruit kan worden afgeleid wie *als zodanig* partij zijn.[1] Uit de toelichting bij artikel 8:26 Awb valt wel op te maken dat de appellant en de verweerder daartoe worden gerekend (TK 1991-1992, 22 495, nr. 3, pag. 117: 'Appellant en verweerder zijn terstond partij').

Hoewel de Awb het begrip 'verweerder' niet omschrijft, zal op grond van het systeem van die wet moeten worden aangenomen dat het bestuursorgaan dat het bestreden besluit heeft genomen, verwerende *partij* is.

> Dat kan worden afgeleid uit de artikelen 8:72 en 8:75 Awb. In artikel 8:72 Awb krijgt de rechter de bevoegdheid om bij gegrondverklaring van het beroep '*het* bestuursorgaan' op te dragen (eventueel binnen een te bepalen termijn) een nieuw besluit te nemen. In artikel 8:76 Awb wordt de bevoegdheid geregeld om 'een partij te veroordelen in de kosten die een andere partij' redelijkerwijs heeft moeten maken. Het vierde lid van dat artikel ziet op het geval dat '*een bestuursorgaan* in de kosten wordt veroordeeld', waaruit valt af te leiden dat het bestuursorgaan 'partij' is.

Een onduidelijkheid doet zich voor bij beroep op het College van Beroep voor

1 Zo bepaalde artikel 41, eerste lid, Beroepswet (oud): 'In het twistgeding, ontstaan door het instellen van beroep, vormen het orgaan, door of namens hetwelk de bestreden beslissing is genomen en ieder, die het beroep heeft ingesteld, de partijen.'

het bedrijfsleven op grond van artikel 18 Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie. De wetgever heeft in die bepaling de oude terminologie van artikel 4 van de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie aangehouden en het beroep opengesteld tegen besluiten en handelingen 'van een lichaam', waaronder blijkens artikel 1 van de wet 'de Sociaal-Economische Raad, de bedrijfslichamen, bedoeld in artikel 66, vierde lid, van de Wet op de bedrijfsorganisatie, en de lichamen, ingesteld ter gemeenschappelijke behartiging van belangen, bedoeld in artikel 110 van die wet' worden verstaan. Dat wekt de indruk dat de appellant een geschil heeft met een *rechtspersoon* en niet met een *orgaan* van die rechtspersoon.

Moet nu het College van Beroep voor het bedrijfsleven onder het regime van de Awb de krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersoon (bijvoorbeeld het Landbouwschap) als partij aanmerken of het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen (bijvoorbeeld het dagelijks bestuur van het Landbouwschap)? Volgens de tekst van artikel 18 Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie zou het 'lichaam' als partij moeten worden beschouwd. Die *rechtspersoon* zou dan het *bestuursorgaan* in de zin van artikel 1:1 Awb moeten zijn. Dat leidt tot een gewrongen constructie. Uit de tekst en de toelichting van die bepaling blijkt immers dat niet de (krachtens publiekrecht ingestelde) rechtspersoon maar de organen van zo'n rechtspersoon als bestuursorgaan in de zin van die wet worden gezien.

> In het systeem van de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie werd consequent rekening gehouden met het verschil tussen 'lichaam' en 'administratief orgaan' (bestuursorgaan). Bij uitoefening van de in die wet toegekende bevoegdheid om geschillen te beslissen omtrent besluiten en handelingen van 'een lichaam' diende het College van Beroep voor het bedrijfsleven het *lichaam* als partij aan te merken. Bij beroep dat in verschillende bijzondere wetten op dat College was geopend tegen beschikkingen van bestuursorganen die niet tot de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie behoren, fungeerde daarentegen het *administratief orgaan* dat de beschikking had gegeven als partij. Zo werd bij de invoering van de bezwaarschriftenprocedure door de wetgever in artikel 36a van de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie consequent onderscheiden tussen het (door)zenden van een verzoekschrift aan 'het lichaam' en aan 'het administratief orgaan tegen wiens besluit of handeling het beroep zich richt'. Ook in artikel 36b van die wet (de regeling van de hoorplicht in de bezwarenfase) werd consequent gesproken over 'het lichaam of het administratief orgaan.'

2 Artikel 8:26 Awb en 'beleidsvrijheid' van de rechter

Artikel 8:26 Awb: 'kan'-bepaling met beoogde discretie?

Terwijl de rechtbank de appellant en het bestuursorgaan dat het bestreden besluit heeft genomen, als partij heeft te aanvaarden, lijkt artikel 8:26 Awb voor het overige aan de rechtbank discretie te verschaffen met betrekking tot het toelaten van anderen als partij. Er is immers in een 'kan'-bepaling voorzien. Uit de memorie van toelichting bij deze bepaling valt echter niet af te leiden dat de wetgever uitdrukkelijk een discretionaire bevoegdheid aan de rechter wenste toe te kennen. Omdat niet bij voorbaat was te voorzien welke belanghebbenden 'later in de procedure betrokken raken' (TK 1991-1992, 22 495, nr. 3, pag. 117) koos de regering kennelijk voor een 'kan'-bepaling. De (summiere) toelichting en de twee daarin gegeven voorbeelden wekken eerder de indruk dat de regering ervan uit gaat dat belangenhebbenden die 'in de procedure betrokken raken' in de gelegenheid *moeten* worden gesteld om als partij deel te nemen, en dat er alleen een negatieve begrenzing geldt (MvT pag. 117-118): 'Het spreekt vanzelf dat het artikel niet beoogt te voorzien in participatie door belanghebbenden die geen gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheid beroep in te stellen dan wel niet-ontvankelijk zouden zijn in hun beroep (vgl. in dit verband artikel 6.2.6a)'. (nu: artikel 6:13).

> In de MvT worden de twee volgende voorbeelden genoemd. Het eerste betreft de situatie dat aan iemand een vergunning wordt verleend die door een derde via een bezwaar wordt bestreden. Wordt dit bezwaar ongegrond verklaard en gaat de derde daartegen in beroep dan zal de 'door het oorspronkelijke besluit begunstigde' er belang bij hebben '*te participeren in het geding*' (pag. 117 – cursivering door mij). Het andere geval betreft de situatie dat het bezwaar van de derde gegrond is verklaard en de aanvankelijk begunstigde in beroep gaat. De derde-belanghebbende zal dan als partij in dat beroep moeten kunnen deelnemen.

'Partij' in de vóórfase tevens partij in het geschil bij de rechter?

Aan de tekst en toelichting bij artikel 8:26 Awb ligt kennelijk de gedachte ten grondslag dat in principe de belanghebbenden die 'partij' zijn geweest in de procedure van bezwaar of administratief beroep en die in het beroep bij de rechter

niet als appellant of verweerder optreden, de gelegenheid moeten hebben om als partij aan het geding deel te nemen.

De *rechtsbeschermingsfunctie* vereist dat de persoon van wie vast staat dat zijn belang rechtstreeks bij het bestreden besluit is betrokken en die in de bezwarenfase of in administratief beroep zijn belangen kon bepleiten, als hij dat wenst ook (in de vervolgfase) tegenover de rechter zijn visie op de zaak moet kunnen geven als tegenwicht tegen de visie van de partij(en) met een tegengesteld belang.

Gaat het bovendien om een besluit dat stoelt op een belangenafweging waarbij het belang van de belanghebbende rechtstreeks is betrokken, dan is informatie omtrent dat belang die recht doet aan de positie van die belanghebbende, een voorwaarde voor een deugdelijke *rechterlijke toetsing van (het resultaat van) de belangenafweging*. Zulke informatie zal de belanghebbende zèlf moeten (kunnen) geven.

Zo beschouwd lijkt het voor de hand te liggen om te concluderen dat de rechter *rechtens verplicht* is om in ieder geval de belanghebbenden die in de procedure van bezwaar of administratief beroep betrokken zijn geweest, in de gelegenheid te stellen om als partij aan het geding deel te nemen.

Artikel 7:16 Awb als aanknopingspunt

Het uitgangspunt dat de belanghebbenden die in de procedure betrokken raken als partij moeten kunnen participeren *in de fase van het beroep*, ligt ook aan een andere bepaling van de Awb ten grondslag. Op grond van artikel 7:16 Awb moeten, voordat in administratief beroep wordt beslist, de belanghebbenden worden gehoord. Uitdrukkelijk is aangegeven dat niet alleen de indiener van het beroepschrift en het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen, moeten worden uitgenodigd maar ook 'de belanghebbenden die bij de voorbereiding van het besluit of bij de behandeling van het bezwaarschrift hun zienswijze naar voren hebben gebracht'. Blijkens de toelichting bij die wetsbepaling (TK 1988-1989, 21 221, nr. 3, pag. 157) acht de regering het vanzelfsprekend dat de belanghebbenden 'van wie te verwachten is dat zij bezwaar zullen hebben tegen de al of niet inwilliging van het beroep' in de gelegenheid worden gesteld om hun belangen te bepleiten.

Behoudens in die gevallen waarvoor de wetgever een van artikel 1:2 Awb afwijkend begrip 'belanghebbende' heeft vastgesteld, zullen dus degenen wier belang rechtstreeks is betrokken bij het besluit waarover in beroep wordt geoordeeld (en die dus op grond van artikel 1:2, eerste lid, Awb 'belanghebbende' in de zin van die wet zijn), in het beroep in ieder geval als partij moeten worden aangemerkt als zij, hetzij als bezwaarde, hetzij als derde-belanghebbende, in de bezwarenfase hun zaak hebben bepleit. Dat uitgangspunt, dat verband houdt met het in acht te nemen verdedigingsbeginsel,[1] acht de regering kennelijk zo vanzelfsprekend, dat het geen nadere toelichting behoeft.

1 In de MvT (l.c.) verwijst de regering nog naar Arob-rechtspraak die het horen van

Trekken we die gedachte dóór naar het beroep bij de rechter, dan ligt het voor de hand om van deze te verlangen dat hij in ieder geval de belanghebbenden '*van wie te verwachten is dat zij bezwaar zullen hebben tegen de al of niet inwilliging van het beroep*' met toepassing van artikel 8:26 Awb in de gelegenheid stelt om als partij aan het geding deel te nemen. Nemen we dat uitgangspunt serieus, dan betekent dat in feite dat *alle* belanghebbenden in aanmerking zouden moeten komen om als partij aan het geding deel te nemen. Bij de aanvang van het geding staat immers nog niet vast, hoe de uitspraak van de rechter zal luiden en in het voor- of nadeel van welke belanghebbenden zal worden beslist. Zo beschouwd verschuift de vraag of een persoon door de rechter in de gelegenheid moet worden gesteld als partij aan het geding deel te nemen naar de vraag welke personen belanghebbende in de zin van de wet zijn en als zodanig in de vóórfase 'partij' zijn geweest.

Bij de parlementaire behandeling van artikel 7:16 Awb (en overigens ook bij die van artikel 7:2 Awb) werd door de Tweede Kamer de wens uitgesproken, de term 'belanghebbenden' in die bepalingen te vervangen door 'degenen'. De regering achtte dit blijkens de memorie van antwoord echter ongewenst omdat dan 'niet alleen degene die door het te nemen besluit rechtstreeks in zijn belang wordt getroffen, moet worden gehoord, maar ook alle anderen die hun zienswijze bij de voorbereiding van het besluit naar voren hebben gebracht.' De beperking tot 'belanghebbenden' was volgens de regering gerechtvaardigd omdat 'in de Awb geldt als hoofdregel dat *belanghebbenden* een bijzondere positie innemen bij de besluitvorming en ook bijzondere rechten toegekend krijgen.' (TK 1990-1991, 21 221, nr. 5, pag. 101 juncto pag. 96).
Deze passage, die de Kamer kennelijk heeft overtuigd, rechtvaardigt de volgende kanttekeningen.

1. Waar de regering verwijst naar de bijzondere positie die belanghebbenden bij de besluitvorming innemen, doelt zij kennelijk op het bepaalde in artikel 3:4 Awb. Uit die bepaling volgt immers dat als bij de belangenafweging 'particuliere' belangen moeten worden meegewogen, alléén de belangen van 'belanghebbenden' in de afweging moeten worden betrokken ('Het bestuursorgaan weegt de *rechtstreeks* bij het besluit betrokken belangen af').
2. In verband met hun kwaliteit van 'belanghebbende' komen bij de rechtsbescherming (in bezwaar of beroep) aan sommige personen bijzondere rechten en bevoegdheden toe die anderen – ook al zijn zij bij de bestuurlijke besluitvorming of in de bezwarenprocedure betrokken – niet kunnen claimen. Wie als belanghebbende van die rechten of bevoegdheden gebruik maakt, stelt zich in de visie van de regering kennelijk als 'partij'.

belanghebbenden in beroep als een eis van behoorlijk bestuur heeft aangemerkt. Dat de toepasselijke procesrechtelijke regeling (van de Modelbouwverordening) in het gegeven geval slechts verplichtte '*de* belanghebbende' (waarbij kennelijk gedoeld werd op de appellant) te horen, liet onverlet dat rechtens ook andere belanghebbenden in de gelegenheid dienden te worden gesteld in het geding te participeren (Afd. rechtspraak 15 maart 1983, AB 1983, 400).

Criteria die de rechter in acht zal moeten nemen

De kring van partijen bij het geding bij de rechter beperkt zich tot belanghebbenden. Alleen belanghebbenden kunnen *als zodanig partij* zijn: artikel 8:1, eerste lid, Awb beperkt de beroepsbevoegden tot de 'belanghebbenden'. Ook voor *deelname als partij* op grond van artikel 8:26 Awb geldt die beperking. Blijkens het eerste lid van dat artikel kunnen alleen 'belanghebbenden' in de gelegenheid worden gesteld om als partij deel te nemen.

Aan de belanghebbende in de zin van de wet komt dus een speciale positie toe. Hij onderscheidt zich van een andere persoon met enig belang, doordat hij zich kan opwerpen als iemand wiens belang *rechtstreeks* bij het bestreden besluit is betrokken. Daarmee voldoet *hij* wel, maar die ander niet, aan de voorwaarde voor deelname aan het geding bij de rechter. Bovendien verkeert hij, voor zover het in beroep bestreden besluit een resultaat is van belangeafweging, ook op een tweede punt in een bijzondere positie. Met *zijn* particuliere belangen, voor zover deze rechtstreeks bij de bevoegdheidsuitoefening door het bestuur zijn betrokken, moet het bestuursorgaan bij afweging van de belangen rekening houden, met die van de ander niet. Dat wordt uitdrukkelijk zo bepaald in artikel 3:4, eerste lid, Awb: 'Het bestuursorgaan *weegt* de *rechtstreeks* bij het besluit betrokken belangen af'.

Een verplichting van de rechter tot het 'horen' van de belanghebbende kan in verband daarmee op twee fundamenten worden teruggevoerd. Voorop staat het *verdedigingsbeginsel* dat vereist dat degene wiens belangen rechtstreeks worden geraakt in principe in de gelegenheid moet zijn om zien zienswijze naar voren te brengen tegenover het overheidsorgaan dat omtrent zijn belangen een bindende beslissing neemt. Daarnáást gelden de (ongeschreven) *eisen van behoorlijk onderzoek, deugdelijke besluitvorming en zorgvuldige (toetsing van de) belangenafweging* die meebrengen dat de rechter, wanneer hij bij zijn toetsing van het bestuursbesluit mede acht moet slaan op feiten en belangen die een belanghebbende betreffen, tot een nauwkeurige vaststelling en een deugdelijke kwalificatie van die feiten komt en tot een juiste bepaling van het gewicht van diens betrokken belangen. Juist ook in het licht van die behoorlijkheidsnormen zal het in het algemeen rechtens vereist zijn om de belanghebbende zelf in de gelegenheid te stellen om ten processe de noodzakelijke informatie omtrent zijn positie en zijn belangen te verschaffen.

Verzoek om toelating als partij

De rechter kan op verzoek en ambtshalve belanghebbenden in de gelegenheid stellen om als partij aan het geding deel te nemen. Wordt door een derde een verzoek aan hem gedaan om als partij te mogen participeren, dan zal de rechter moeten nagaan of de verzoeker belanghebbende is. Is dat zo, dan zal de verzoeker ook in de meeste gevallen in de vóórfase (bezwaar, administratief beroep) als 'partij' hebben gefungeerd. In het algemeen zal de rechter dan op grond van het verdedigingsbeginsel het verzoek om toelating als partij moeten honoreren.

Voor een afwijzing van het verzoek zou alleen een grond kunnen bestaan als de verzoeker zijn recht op verdediging zou hebben 'verspeeld'. Maar als de rechter tot die conclusie zou komen, blijft nog de eis dat zijn uitspraak gegrond moet zijn op een behoorlijk onderzoek, een deugdelijke besluitvorming en een zorgvuldige (toetsing van de) belangenafweging. Die eis kan meebrengen dat iemand die als belanghebbende verzoekt om deelname als partij, geheel afgezien van de vraag of hij zijn recht op verdediging niet heeft 'verspeeld', als partij zal moeten worden toegelaten omdat de rechter hem ook zonder een verzoek daartoe ambtshalve in de gelegenheid had moeten stellen om als partij deel te nemen.

Verzoek van een partij om deelname van een derde als partij

Wordt een verzoek om een derde als partij toe te laten gedaan door een belanghebbende die zelf al partij is, dan zal bij de beoordeling van dat verzoek, dunkt mij, het verdedigingsbeginsel niet de primaire toetsingsmaatstaf bieden. Wie immers al partij is (als appellant, of als partij die op grond van artikel 8:26 Awb is toegelaten), is reeds in de gelegenheid om zijn eigen positie en belangen ten processe te verdedigen. Waarom zou een partij aan de rechter verzoeken om iemand anders, die kennelijk geen aanleiding ziet om zelf toelating als partij te verlangen, in de gelegenheid te stellen om als partij te participeren? In een aantal gevallen zie ik daartoe aanleiding.

Het is mogelijk dat het om een geschil gaat waarbij op grond van de eisen van behoorlijk onderzoek, deugdelijke besluitvorming en zorgvuldige (toetsing van de) belangenafweging de rechter ambtshalve gehouden zal zijn om andere belanghebbenden ambtshalve in het geding te roepen. Appellant en verweerder zullen beter dan de griffie op de hoogte zijn van de kring van belanghebbenden die bij het geschil zijn betrokken. Bovendien zullen zij er belang bij hebben dat derden die met het oog op de eisen van zorgvuldige procesvoering in ieder geval als partijen in het geding zullen moeten worden betrokken, daartoe op grond van artikel 8:26 Awb de gelegenheid wordt geboden.

> Dat gaat zelfs op voor deelname van derden als dat belanghebbenden zijn met tegengestelde belangen. Een uitspraak in een proces in eerste aanleg waarbij niet alle belanghebbenden door de rechter zijn betrokken die hij rechtens daarbij had moeten betrekken, loopt immers de kans op vernietiging in hoger beroep. Met het oog daarop zijn de appellant en verweerder erbij gebaat dat er bij het in het geding roepen van derden als partij geen belanghebbenden worden 'vergeten' of ten gevolge van een onjuiste beoordeling door de rechter buiten de deur worden gehouden. De mogelijkheid om zelf in zo'n geval aan de rechter (gemotiveerd) te verzoeken om een derde de gelegenheid te bieden als partij te participeren, zal door een partij die op dat punt in zijn eigen belang de procedure 'bewaakt', zeker worden benut.

Voor de vraag of een verzoek van een partij tot deelname van een derde aan het geding moet worden toegewezen, is dan niet het belang van de verzoeker bepalend, maar de vraag of de rechter ook zonder verzoek rechtens gehouden zou

zijn om de belanghebbende op wie het verzoek betrekking heeft ambtshalve in de gelegenheid te stellen als partij aan het geding deel te nemen.

Een belang bij inwilliging van het verzoek van een partij om een derde als partij in het geding te roepen, kan gelegen zijn in de omstandigheid dat die derde een individueel belang kan 'inbrengen' dat van groot gewicht is en dat parallel is aan dat van de verzoeker.

> De eigenaar van een pand waarin in strijd met de bestemmingsplanvoorschriften een restaurant wordt geëxploiteerd en die een in bezwaar gehandhaafde bestuursdwangbeschikking tot beëindiging van dat gebruik in beroep bij de rechter bestrijdt, heeft er belang bij dat de restauranthouder als partij deelneemt omdat juist die belanghebbende de gewichtige belangen zal kunnen presenteren die wellicht tot het ongedaan maken (of uitstellen) van de bestuursdwang zullen leiden. Een ambtenaar die in beroep bij de rechter het (in bezwaar gehandhaafde) besluit bestrijdt inhoudende dat het door een vijftal medewerkers gedane verzoek om een handtastelijke chef de toegang tot de werkplek te ontzeggen is afgewezen, heeft er belang bij dat een collega die het ergste heeft geleden onder de handtastelijkheden als partij in het geding wordt betrokken.

In zulke gevallen zal een rechtsplicht tot honorering van het verzoek om die derde in de gelegenheid te stellen als partij te participeren, ook alleen kunnen worden aangenomen als die derde behoort tot de kring van belanghebbenden die de rechter ambtshalve in de gelegenheid zou moeten stellen om aan het geding deel te nemen. Een partij kan, als hij het nodig en in zijn belang oordeelt dat bepaalde gegevens die door derden kunnen worden verstrekt, ten processe op tafel komen, die derden als getuigen meebrengen of op laten roepen. Een grondslag voor het *als partij* in het geding betrekken van die derde zal, als deze daartoe niet zelf het verzoek heeft gedaan, naar mijn oordeel alleen bestaan als moet worden aangenomen dat de toetsing van het bestreden besluit, de beoordeling van de ingestelde vordering, en het vaststellen van het dictum van de uitspraak niet op een rechtens verantwoorde wijze zal kunnen plaatsvinden als de derde belanghebbende, op wie het verzoek betrekking heeft, niet in de gelegenheid is geweest om ten processe zelf een visie te geven op de hem regarderende feiten en belangen. Met andere woorden, niet het eigen belang van de verzoekende partij maar de vraag of de rechter ambtshalve die derde in het geding zou *moeten* betrekken, is bij de beoordeling van het verzoek bepalend.

Goed beschouwd zal dus de rechter die voor de vraag staat of hij de hem in artikel 8:26, eerste lid, Awb toegekende bevoegdheid zal hanteren, in alle gevallen er goed aan doen om eerst vast te stellen of er buiten de appellant en verweerder belanghebbenden zijn die hij ambtshalve de gelegenheid zal moeten bieden om als partij aan het geding deel te nemen. Als administratieve rechter is hij daar niet alleen toe bevoegd, maar zal hij, met het oog op die uitdrukkelijk in het (publieke) belang van een goede procesvoering toegekende bevoegdheid, ook steeds *moeten* nagaan of het te beslissen geschil met het oog op de eisen van goede procesvoering tot het gebruik van die bevoegdheid *noopt*. Een verzoek van een partij of van een

belanghebbende tot toepassing van artikel 8:26 Awb activeert die plicht in het bijzonder, maar de plicht om na te gaan of met het oog op de bij het bestreden besluit betrokken aanspraken, verplichtingen en belangen of met het oog op de vordering die aan de rechter is voorgelegd, derden de gelegenheid moet worden geboden om in het geding te participeren, hangt niet af van zo'n verzoek.

De 'actieve rechter'

In het tweede lid van artikel 8:26 Awb is een bepaling vervat die bij uitstek een illustratie vormt van de specifieke functie van de administratieve rechter. 'Indien de rechtbank vermoedt dat er onbekende belanghebbenden zijn, kan zij in de Staatscourant doen aankondigen dat een zaak bij haar aanhangig is. Naast aankondiging in de Staatscourant kan ook een ander middel voor de aankondiging worden gebruikt', aldus de bepaling.

In deze bepaling (in samenhang met het eerste lid van artikel 8:26 Awb) ligt besloten dat de administratieve rechter nagaat of er buiten degenen die als zodanig partij zijn en de belanghebbenden die op hun verzoek met toepassing van artikel 8:26 Awb als partij zijn toegelaten, personen zijn die als belanghebbend bij het bestreden besluit moeten worden aangemerkt. Daarbij kan de rechter 'over de hoofden heen' van de hem inmiddels bekende partijen, op eigen initiatief nog onbekende belanghebbenden van het geding op de hoogte brengen (en zo de gelegenheid bieden om zich alsnog als partij 'aan te melden').

Uit geen andere bepaling komt beter naar voren dat de administratieve rechter, ook onder het regime van de Awb, niet alleen '*dominus litis*' is (TK 1991-1992, 22 495, nr. 3, pag. 37) in die zin dat (a) de rechter en niet partijen de processuele gang van zaken vrijwel geheel bepaalt, en (b) dat hij bevoegd is ambtshalve de feiten aan te vullen (artikel 8:69, derde lid, Awb), maar dat *de rechter zelfs op eigen initiatief de kring van partijen kan bepalen.* De rechter behoeft zich bij zijn onderzoek geenszins te beperken tot de belanghebbenden die zich als partij hebben 'gemeld' door het instellen van beroep of door het verzoek om toelating als partij. Op eigen initiatief kan hij andere belanghebbenden als partij aan het geding laten deelnemen; zelfs kan hij onbekende belanghebbenden 'oproepen' die wellicht belangen hebben die tegengesteld zijn aan die van de appellant die het geschil bij hem heeft aangebracht en die het bestuursorgaan, dat het bestreden besluit heeft genomen, niet zou willen honoreren. *Kortom, door toedoen van de rechter kunnen er partijen 'verschijnen' die zowel de appellant als het bestuursorgaan liever buiten de deur zouden willen houden.*

Dat lijkt opmerkelijk. Maar een wetgever die kiest voor een systeem van bestuursrechtelijke voorzieningen waarin niet de subjectieve belangen van rechtszoekenden maar de eventuele onregelmatigheid van een bestuursbesluit het toegangskaartje vormt,[1] moet er rekening mee houden dat de rechter onder

1 Zie daarover uitvoerig: A.Q.C. Tak, De ongewenste discussie, in J.B.J.M. ten Berge e.a., Nieuw bestuursprocesrecht, Deventer 1992, pag. 67 e.v. en van dezelfde schrijver: De Algemene wet bestuursrecht – het nieuwe bestuursprocesrecht, Deventer 1992, pag. 18-23.

omstandigheden zelf de kring van de partijen zal moeten bepalen. Als bovendien de mogelijkheid is geschapen dat de rechter zelf in de zaak kan voorzien, dan ligt in het systeem besloten dat in sommige gevallen over de hoofden heen van de appellant en het bestuursorgaan die met elkaar in de clinch liggen, belanghebbenden in het geding worden betrokken die de partijen liever niet zouden willen zien. In een aantal gevallen zal de rechter immers *rechtens verplicht* zijn om andere (soms zelfs *alle*) belanghebbenden ambtshalve in het geding te betrekken.

Het duidelijkste ligt dat bij een geschil waarin aan de rechter gevraagd is (of waarin hij ambtshalve het voornemen heeft) om zelf in de zaak te voorzien. In beginsel zal de rechter dan ambtshalve *alle* belanghebbenden de gelegenheid moeten bieden om als partij de participeren. Bij andere geschillen zal een rechtsplicht tot toepassing van artikel 8:26 Awb afhangen van de eisen die uit het verdedigingsbeginsel voortvloeien en de behoorlijkheidseisen betreffende het onderzoek, de besluitvorming en de (toetsing van de) belangenafweging die de rechter in acht moet nemen. Het zal duidelijk zijn dat de belanghebbenden op wiens aanspraken of verplichtingen het bestreden besluit betrekking heeft, daarbij een bijzondere positie innemen.

In de volgende paragrafen besteed ik eerst aandacht aan de positie van de belanghebbenden bij gedingen waarin aan de rechter verzocht is om in de zaak te voorzien of waarin hij zelf daartoe het voornemen heeft. Daarna komt de positie aan de orde van belanghebbenden op wier rechten en plichten het bestreden besluit en de uitspraak van de rechter betrekking heeft en die niet als appellant reeds partij als zodanig zijn. En tenslotte komt de vraag aan de orde in hoeverre andere belanghebbenden rechtens kunnen claimen dat zij in de gelegenheid worden gesteld om als partij aan het geding deel te nemen.

3 Toepassing van artikel 8:26 Awb bij 'in de zaak voorzien'

Voorzien op verzoek van een partij

Zoals in deel I van mijn preadvies al is uiteengezet, fungeert de rechter als vervangend bestuurder als hij op verzoek van één of meer partijen dan wel ambtshalve gebruik maakt van zijn bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien. Dat betekent immers dat hij het besluit vaststelt dat op grond van de bestuursbevoegdheid had moeten worden genomen.

Wordt een verzoek aan de rechter gedaan om die bevoegdheid te hanteren, dan zal hij op dat verzoek een beslissing moeten nemen en daarbij zal de rechter, zoals ik betoogde, alle belanghebbenden die rechtstreeks betrokken zijn bij het bestreden besluit de gelegenheid moeten bieden om zich daarover uit te spreken. In dat verband concludeerde ik dat *door het enkele verzoek dat partijen gezamenlijk aan de rechter doen* om zelf in de zaak te voorzien, *een verplichting wordt gegenereerd* tot het in het geding roepen van alle (andere) belanghebbenden wier belang bij het bestreden besluit en bij de door de rechter te treffen voorziening is betrokken.

Ambtshalve voorzien in de zaak

Los van de situatie dat partijen gezamenlijk aan de rechter verzoeken om in de zaak te voorzien, zal de rechter als hij zelf van plan is ambtshalve in de zaak te voorzien aan een vergelijkbare onderzoeks- en afwegingsplicht zijn onderworpen. Zoals gezegd treedt hij dan op als plaatsvervangend bestuurder. Het is, dunkt mij, evenmin voor discussie vatbaar dat hij dan acht heeft te slaan op de in de artikelen 3:2 en 3:4 Awb vervatte eisen van onderzoek, besluitvorming en belangenafweging, die voortvloeien uit *algemene* rechtsbeginselen die betrekking hebben op het voorbereiden en verrichten van *elke* publiekrechtelijke rechtshandeling. Dat impliceert dat hij een volledig beeld moet hebben van alle bij het besluit rechtstreeks betrokken belangen en van alle rechtens relevante feiten die een grondslag vormen voor, of juist in de weg staan aan het treffen van de verlangde voorziening in de hoofdzaak.

De administratieve rechter heeft, als een eventueel zelf in de zaak voorzien aan de orde is, te beoordelen wat een bestuursorgaan die in de vóórfase een rechtens onjuiste beslissing heeft genomen, na vernietiging van die beslissing zou moeten besluiten. Dat betekent dat de rechter daarbij acht zal moeten slaan op de

positie en de belangen van elk van de belanghebbenden wier belang is gemoeid bij de uitoefening van de bestuursbevoegdheid waarop het geschil betrekking heeft. Gesteld voor die opgave zal de rechter – wil hij zich geen verwijt van onvoldoende onderzoek of van incomplete belangenafweging op de hals halen – er niet aan ontkomen om in het door hem te beslissen geschil in principe *alle* belanghebbenden die in de vóórfase 'partij' waren met toepassing van artikel 8:26 Awb ambtshalve in de gelegenheid te stellen om als partij deel te nemen (behoudens als zij – als appellant – reeds als zodanig partij zijn). Op die wijze zal hij immers de vereiste informatie omtrent de belangen van de verschillende belanghebbenden moeten vergaren, en zal hij op grond van het verdedigingsbeginsel de belanghebbenden de gelegenheid moeten bieden om ten processe hun zaak te bepleiten.

In de praktijk zal de rechter, wanneer hij overweegt om ambtshalve zelf in de zaak te voorzien en hem het besluit voor ogen staat dat het bestuursorgaan na vernietiging van het bestreden besluit rechtens zou moeten nemen, het in het geding roepen van de belanghebbenden kunnen beperken als aan de volgende twee condities zal zijn voldaan. In de eerste plaats zal hij er zeker van moeten zijn dat hij op grond van de processtukken en het verhandelde ter zitting bekend is met de belangen van alle belanghebbenden. In de tweede plaats zal hij er zeker van moeten zijn dat het besluit, dat bij wege van voorziening door hem zal worden vastgesteld, bij een aantal belanghebbenden géén bezwaar zal ontmoeten (omdat het aan hun belangen tegemoet komt). In zo'n geval zal hem rechtens geen verwijt kunnen worden gemaakt als hij die laatste groep belanghebbenden niet eerst in de gelegenheid stelt om aan het geding deel te nemen voordat hij tot een uitspraak komt waarbij hij in de zaak voorziet. Is aan die twee voorwaarden niet voldaan dan zal de rechter *alle* belanghebbenden die in de vóórfase 'partij' waren in het geding moeten betrekken.

> Dat houdt niet in dat alle personen die in de vóórfase partij zijn geweest, zouden kunnen claimen dat zij, wanneer de rechter voornemens is in de zaak te voorzien, als partij in de gelegenheid zouden moeten worden gesteld om hun belangen ten processe te bepleiten. Heeft immers de vóórfase bestaan uit een uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure in plaats van de bezwarenprocedure (zie artikel 7:1, eerste lid onder d, Awb) dan zullen daarin ook personen hebben geparticipeerd die niet voldoen aan de eis dat hun belang *rechtstreeks* bij het besluit is betrokken. De artikelen 3:24 en 3:32 Awb openen immers de mogelijkheid voor *een ieder* om bedenkingen in te brengen. Wie echter geen belanghebbende in de zin van de wet is (dus geen rechtstreeks geraakt belang kan stellen) kan niet op grond van artikel 8:26 Awb als partij worden toegelaten omdat die bepaling alleen betrekking heeft op deelname van 'belanghebbenden'.
>
> Los van dat punt kan het ook nog voorkomen dat in de bezwarenfase of in de fase van het administratief beroep door het bestuursorgaan personen in de gelegenheid zijn gesteld om in het geding te participeren, waarvan moet worden vastgesteld dat zij niet voldoen aan het criterium van 'rechtstreeks belanghebbende'.

Soms zal de rechter zelfs buiten de belanghebbenden die in de vóórfase al 'partij' waren, nog andere belanghebbenden in het geding moeten betrekken voordat hij in de zaak voorziet. Met het oog op het bepaalde in artikel 3:4, eerste lid, Awb is de rechter, wanneer het in de zaak voorzien betrekking heeft op de uitoefening van een bestuursbevoegdheid waarbij belangenafweging vereist is, rechtens verplicht om acht te slaan op *alle* rechtstreeks bij het te nemen besluit betrokken belangen. Dat kunnen méér individuele belangen zijn dan die waarop het bestuursorgaan in de vóórfase acht heeft geslagen. Ook is het mogelijk dat het bestuursorgaan verzuimd heeft om overeenkomstig artikel 7:2 Awb (bezwaar) of artikel 7:16 Awb (administratief beroep) bepaalde belanghebbenden als 'partij' bij het geschil te betrekken. Zulke 'vergeten' belanghebbenden zullen, voor zover hun belangen bij de bevoegdheidsuitoefening door het bestuur en bij de door de rechter te treffen voorziening rechtstreeks betrokken zijn, ook in de gelegenheid moeten worden gesteld om als partij aan het geding deel te nemen. Het bepaalde in het tweede lid van artikel 8:26 Awb, dat aan de rechter de bevoegdheid geeft om 'onbekende' belanghebbenden 'op te roepen', is bepaald niet zonder betekenis.

4 De belanghebbende wiens rechtspositie in het geding is

4.1 De belanghebbende over wiens rechten of plichten wordt beslist

Tegengestelde belangen

In artikel 41, tweede lid, Beroepswet (oud) was bepaald dat als beroep werd ingesteld, degene op wiens aanspraken of verplichtingen de bestreden beslissing betrekking heeft of mede betrekking heeft, 'van rechtswege' partij was in het twistgeding. Zo'n bepaling kent de Awb niet. Toch is het niet voor discussie vatbaar dat degene over wiens *rechts*positie door de rechter wordt beslist, partij zal moeten zijn in het geding als de uitspraak daarin zal leiden tot een aantasting van zijn rechtspositie. Dat betekent dat als een rechterlijke uitspraak op een door een derde ingesteld beroep ertoe zal leiden dat aan een belanghebbende een recht geheel of gedeeltelijk wordt geweigerd of ontnomen, of aan hem een rechtsplicht wordt opgelegd, van de rechter rechtens verlangd mag worden dat hij die belanghebbende op grond van artikel 8:26 Awb in de gelegenheid stelt om als partij aan het geding deel te nemen.

Dat zal dus het geval zijn in de volgende situaties, waarvoor telkens geldt dat het belang van de appellant *tegengesteld* is aan dat van de belanghebbende over wiens rechten of plichten wordt beslist.

> De geschetste gevallen gaan uit van een situatie van een beroep bij de rechter na een bezwarenprocedure. In de praktijk kan het ook voorkomen dat de 'voorgeschakelde' procedure bestaat uit een administratief beroep of uit een uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure. In dat geval gelden de hierna gegeven voorbeelden met dien verstande dat voor 'bezwaar' moet worden gelezen 'administratief beroep' respectievelijk 'het inbrengen van bedenkingen'.

1. Aan iemand is bij bestuursbesluit een recht toegekend. Een derde maakt tegen dat besluit bezwaar. Het bezwaar wordt verworpen. Daartegen gaat die derde in beroep bij de rechter.

> Voorbeelden: (a) Aan een projectontwikkelaar is een bouwverguning verleend. Omwonenden maken bezwaar maar hebben geen succes. Tegen de in bezwaar gehandhaafde vergunning wordt beroep bij de rechtbank ingesteld. (b) Aan een onderneming

is een subsidie verleend. Een concurrent maakt daartegen bezwaar. Het bezwaar wordt afgewezen, waarna de concurrent beroep instelt bij de rechter. (c) Een ambtenaar wordt in de gelegenheid gesteld om in werktijd en op kosten van de overheid deel te nemen aan een peperdure cursus waarvoor maar één plaats beschikbaar is. Hij is uitgekozen uit een groep van twaalf gegadigden. Een ambtenaar die zich ten onrechte gepasseerd acht, maakt er bezwaar tegen dat zijn collega is uitverkoren. Zijn bezwaar wordt afgewezen, waarna hij het 'hogerop' zoekt bij de rechtbank.
Voor elk van deze gevallen geldt dat als de rechter het beroep gegrond zou oordelen, daaraan het gevolg zal zijn verbonden dat het recht dat aan de projectontwikkelaar, respectievelijk de fabrikant en de ambtenaar was toegekend, teniet wordt gedaan.

2. Iemand heeft een bestuursorgaan verzocht om toekenning van een recht, maar dat is hem geweigerd. Daartegen maakt hij bezwaar en in bezwaar wordt het recht alsnog toegekend. Een derde komt daartegen in beroep bij de rechter.

Voorbeelden: (a) Een verzoek van een woonbootbewoner om een ligplaatsvergunning aan de Vecht is in eerste instantie afgewezen maar wordt in bezwaar alsnog verleend. De Stichting Natuur en Milieu komt daartegen in beroep bij de rechter. (b) Op een verzoek om subsidie voor het componeren van een opera dat door een in Nederland werkende Amerikaanse componist is ingediend, is in eerste instantie afwijzend beslist. Op grond van de door hem ingediende bezwaren wordt het subsidie toch verleend. De Nederlandse Vereniging van Componisten stelt daartegen beroep in omdat de Amerikaanse componist volgens de subsidieregeling niet voor subsidie in aanmerking kan komen.
Zou in deze gevallen de rechter het beroep gegrond oordelen, dan zou de woonwagenbewoner zijn aanspraak op de ligplaats en de componist zijn aanspraak op subsidie weer kwijtraken.

3. Aan een persoon is bij een tot hem gericht besluit een rechtsplicht opgelegd dan wel een toegekend recht geheel of gedeeltelijk ontnomen. Het door hem ingediende bezwaar leidt ertoe dat het besluit ongedaan wordt gemaakt. Een derde die belang had bij het oorspronkelijke besluit, stelt tegen het in bezwaar genomen besluit beroep in bij de rechter.

Voorbeelden: (a) Een sexclub-exploitant krijgt een bestuursdwangbeschikking tot het staken van het gebruik van het pand als sexinrichting. Op grond van de door hem ingediende bezwaren wordt de beschikking ongedaan gemaakt. Omwonenden op grond van wier klachten aanvankelijk de bestuursdwangbeschikking werd gegeven, komen in beroep bij de rechtbank tegen het in bezwaar genomen besluit. (b) Een ontheffing van het sluitingsuur voor een snackbar is ingetrokken na klachten van omwonenden over vechtpartijen. Het daartegen door de exploitant ingediende bezwaar wordt gehonoreerd. De bewoner van de boven de snackbar gelegen woning stelt beroep in tegen het in bezwaar genomen besluit waarbij de intrekking van de ontheffing ongedaan is gemaakt. (c) Naar aanleiding van klachten over ongewenste intimiteiten wordt een ambtenaar de toegang tot de werkplek ontzegd voor een periode

van vier weken waarbinnen het onderzoek naar de klachten zal zijn afgerond. Zijn bezwaar tegen dat besluit wordt gehonoreerd. Een medewerkster die stelt één van de slachtoffers van de intimiteiten te zijn geweest, stelt bij de rechtbank beroep in tegen (en verzoekt de President om schorsing van) het op bezwaar genomen besluit.
Voor elk van deze gevallen geldt dat als de rechter het beroep gegrond zal achten de geadresseerde van het oorspronkelijke besluit in zijn rechtspositie zal worden geraakt: voor de sexclub-exploitant herleeft dan de plicht tot het daadwerkelijk staken van het gebruik, de snackbar-exploitant is zijn recht kwijt om na 24.00 uur zijn zaak te exploiteren, en voor de ambtenaar herleeft het verbod om op de werkplek te verschijnen.

4. Iemand die verzocht heeft om tegen een derde maatregelen te treffen (opleggen rechtsplicht, ontnemen of beperken van een toegekend recht) ziet zijn verzoek afgewezen. Het door hem ingediende bezwaar wordt eveneens afgewezen. Daartegen stelt hij beroep in bij de rechter.

Voorbeelden: (a) De Stichting Wijkcentrum Amsterdam Oost verzoekt aan de burgemeester om een coffeeshop te sluiten waar volgens haar informatie hard drugs worden verhandeld en gestolen goederen worden verkocht. De burgemeester weigert en handhaaft zijn weigering in bezwaar. De Stichting gaat in beroep bij de rechtbank.
(b) Omwonenden verzoeken om intrekking van een vergunning die voor het exploiteren van een café-terras is verleend omdat de café-exploitant zich niet aan de voorschriften houdt. Het verzoek wordt afgewezen en de afwijzing wordt in bezwaar gehandhaafd. De omwonenden gaan daartegen in beroep bij de rechtbank.
Zou de rechtbank in het eerste geval het beroep gegrond achten dan zal dat ertoe kunnen leiden dat alsnog de coffeeshop wordt gesloten. In het tweede geval zal gegrondverklaring van het beroep kunnen leiden tot het alsnog intrekken van de vergunning.

In deze vier situaties zal de uitspraak van de rechter tot gegrondverklaring van het beroep van een ander dan de belanghebbende op wiens rechtspositie het oorspronkelijke besluit betrekking had, van nadelige invloed zijn op de aanspraken of verplichtingen van die belanghebbende. Die belanghebbende, die dus in beroep bij de rechter als derde optreedt, zal met het oog daarop zonder meer ambtshalve in de gelegenheid moeten worden gesteld om als partij aan het geding deel te nemen.

Parallelle belangen

Een andere situatie doet zich voor als de belanghebbende op wiens rechtspositie het oorspronkelijke besluit betrekking heeft maar die in het geding bij de rechter als derde moet worden beschouwd, een parallel belang heeft aan dat van de appellant.[1] Zo is het mogelijk dat een bestuursdwangbeschikking inhoudende dat

1 R.M. van Male (preadvies VAR-reeks 108, pag. 44) koppelt het onderscheid tussen

een bepaald gebruik van een eigendom moet worden gestaakt, gericht is aan de eigenaar en niet deze maar degene die het eigendom op de verboden wijze gebruikt, die beschikking in rechte bestrijdt. De eigenaar en de gebruiker zijn er beiden bij gebaat dat de rechter de bestuursdwangaanzegging in beroep onrechtmatig zal oordelen. Verliest in dit geval de gebruiker van het eigendom als appellant het beroep, dan is dat ook van nadelige invloed op de rechtspositie van de eigenaar. Wint hij het beroep dan zal daaraan het voor hem gunstige gevolg zijn verbonden dat de rechtsplicht van de eigenaar tot het doen staken van het litigieuze gebruik zal vervallen. De *rechts*positie van een andere belanghebbende dan de appellant is dus in het geding, en het ligt voor de hand om ook hier rechtens te verlangen dat de rechter die belanghebbende in de gelegenheid stelt om als partij aan het geding deel te nemen. Er is echter een belangrijk verschilpunt met de hierboven besproken vier situaties die wellicht een rechtvaardiging kan opleveren om af te zien van het in het geding roepen van de belanghebbende op wiens rechten en plichten het geding in feite betrekking heeft.

Eerste grondslag voor het in het geding roepen van zo'n belanghebbende is de uit het verdedigingsbeginsel voortvloeiende eis dat de persoon over wiens rechten en plichten de rechter beslist, in de gelegenheid moet zijn om zijn positie ten processe te verdedigen. In het hier besproken geval zou de rechter kunnen redeneren dat de belanghebbende tot wie het besluit was gericht, zelf als appellant had kunnen opkomen voor het behoud van zijn rechtspositie. Daar staat echter tegenover dat het uit een oogpunt van behoorlijke rechtspraak in het algemeen niet toelaatbaar zal mogen worden geoordeeld dat bij rechterlijke uitspraak de rechten en plichten van een persoon worden vastgesteld die niet in de gelegenheid is gesteld om in het geding te participeren.

De rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep met betrekking tot de vraag in welk geval derden als partij van rechtswege dienen te worden aangemerkt, is dan ook gestoeld op het uitgangspunt dat de persoon op wiens rechten en plichten de bestreden beslissing betrekking heeft in het geding moet worden geroepen *omdat over zijn rechtspositie uitspraak wordt gedaan* en hij dus objectief partij is, ook al had hij zelf beroep kunnen instellen en heeft hij van die mogelijkheid geen gebruik gemaakt.

Een uitspraak uit 1953 had betrekking op een op de Ongevallenwet gebaseerde belissing tot indeling in een bepaalde gevarenklasse van een onderneming die door een vennootschap onder firma werd gedreven. Drie van de vier vennoten hadden beroep ingesteld. De vierde vennoot werd door de rechter als partij van rechtswege aangemerkt omdat 'het naar 's Raads oordeel niet strookt met een goede procesorde,

'parallelle' en 'tegengestelde' belangen terecht aan de uitkomst van de procedure. J.B.J.M. ten Berge en A.Q.C. Tak (Nederlands Administratief Procesrecht, Deel 1, Zwolle 1983, pag. 159) betrekken de tegenstelling op de vraag in hoeverre de belangen van de persoon parallel lopen dan wel tegengesteld zijn aan de belangen van de geadresseerde van het besluit of, zo er geen geadresseerde is, aan de belangen die door het bestreden besluit worden gediend. Zie verder: P.J.J. van Buuren, Kringen van belanghebbenden, Zwolle 1978, pag. 91 e.v.

noch met het stelsel van de Beroepswet, om in een zaak als deze te beslissen over de rechten en verplichtingen van een derde, niet partij in zulk een twistgeding, naar aanleiding van een niet door die derde, maar door anderen tegen een bestreden beslissing, als de onderhavige, ingesteld beroep, zonder die derde in dat geding te betrekken als partij, zij het als partij van rechtswege.' Daarbij overwoog de CRvB uitdrukkelijk 'dat daaraan niet afdoet dat ook die derde tegen die beslissing beroep had kunnen instellen en dan als klager partij in dat twistgeding had kunnen zijn, doch zulks in feite niet deed en niet was.'[1]

Nog recentelijk heeft de CRvB uitdrukkelijk overwogen dat artikel 41, tweede lid, van de Beroepswet (oud) juist de mogelijkheid bood om degene als partij van rechtswege aan te merken 'die ook zelf bevoegd was tegen de in het geding zijnde beslissing beroep in te stellen'.[2]

De rechter ziet dus geen belemmering[3] voor het aanmerken als partij van rechtswege in het feit dat de betrokkene zelf niet van zijn beroepsrecht heeft gebruik heeft gemaakt.[4] Het feit dat de geadresseerde van het litigieuze besluit niet zelf beroep heeft ingesteld, ontneemt hem dus niet zijn eventuele claim om als partij te participeren in het geding dat op zijn rechtspositie betrekking heeft. Dat neemt niet weg, dat aan het feit dat hij zelf geen beroep heeft ingesteld wel een (begin van een) vermoeden kan worden ontleend dat hij het niet van belang acht om zelf in het geding te participeren. Blijkt nu dat de belanghebbende die wel beroep heeft ingesteld, objectief gezien mede voor het belang van de geadresseerde opkomt en mag voorts worden aangenomen dat die persoon daarvan op de hoogte is, dan kan uit dat samenstel van omstandigheden het vermoeden worden afgeleid dat de geadresseerde van oordeel is dat zijn procesbelang bij het bestrijden van het besluit voldoende wordt 'waargenomen' door degene die het beroep (als derde en niet als geadresseerde) heeft ingesteld. Zo'n

1 CRvB 28 maart 1953, ARB 1953, pag. 654.

2 CRvB 8 jan. 1988, RSV 1989, 199.

3 J. Schoonenberg en H.D. Vleesch Dubois (Het administratieve procesrecht volgens de Beroepswet, Amsterdam 1957, pag. 144-145) kritiseren de door mij aangehaalde uitspraak van de CRvB uit 1953. Zij zijn van oordeel dat het in zo'n geval niet aangaat om een vennoot die geen gebruik gemaakt heeft van zijn beroepsrecht toch (als partij van rechtswege) de gelegenheid te bieden om zich te verweren.

4 E.P. de Jong e.a. (Het administratieve procesrecht volgens de Beroepswet, Lelystad 1984) achten het kennelijk niet voor discussie vatbaar dat de mede-geadresseerden, *óók als zij geen beroep instellen*, van rechtswege als partij (kunnen) deelnemen: 'Sommige beslissingen betreffen aanspraken of verplichtingen van meer personen: erfgenamen, vennoten van een firma. Niet steeds zal ieder van deze personen beroep instellen. Is door een of meer van die personen beroep ingesteld, dan gelden de overigen als partijen van rechtswege, omdat de bestreden beslissing op hun aanspraken of hun verplichtingen mede betreking heeft' (pag. 70). Ook D. Allewijn, Administratieve rechtsgangen, Raad van Beroep pag. 3.3 – 3, ziet geen bezwaar tegen het van rechtswege als partij aanmerken van een beroepsbevoegde die geen gebruik van zijn beroepsrecht heeft gemaakt. Wel wijst hij er op dat de mede-geadresseerde van het besluit beter af is als hij het niet laat aankomen op het verkrijgen van de positie van 'partij van rechtswege', maar zelf beroep instelt.

redenering zal, dunkt mij, echter slechts dan een niet ambtshalve in het geding roepen van de geadresseerde kunnen rechtvaardigen als de belangen van de geadresseerde en van de appellant zo volstrekt parallel zijn, dat buiten twijfel is dat het eventuele 'verhaal' van de geadresseerde geen andere gegevens en gezichtspunten naar voren zal brengen dan het 'verhaal' van de appellant.

> De Arob-rechter heeft wel eens een vergelijkbare redenering gevolgd. Zijn uitspraak betrof niet de vraag of degene op wiens rechten en aanspraken het bestreden besluit (en dus ook het geding) betrekking had, aan het geding bij de rechter als partij moest deelnemen, maar de vraag of hij bij de Arob-bezwarenprocedure moest worden betrokken. Artikel 14 Wet Arob verplichtte namelijk om naast de bezwaarden ook de andere belanghebbenden in de gelegenheid te stellen om hun zaak te bepleiten.
> Aan een aantal eigenaren van verschillende panden in de gemeente was een aanschrijving verstuurd tot het verwijderen van aan die panden bevestigde reclameborden. Tegen die aanschrijving hadden de geadresseerden geen Arob-bezwaar gemaakt, maar wèl het reclamebureau dat de reclame op die verschillende plaatsen in de gemeente exploiteerde. De rechter overwoog[1] uitdrukkelijk dat 'de aangeschreven eigenaren, die geen bezwaarschriften hebben ingediend, moeten worden aangemerkt als andere belanghebbenden' in de zin van artikel 14, eerste lid, Wet Arob, 'die zo nodig in de gelegenheid dienen te worden gesteld om zich te doen horen.'
> Van belang is echter dat de rechter weliswaar het 'partij'-zijn van degenen wier rechtspositie in het geding was, onderstreepte maar dat hij toch de mogelijkheid open liet dat zij onder omstandigheden niet daadwerkelijk als 'partij' bij het geschil behoefden te worden betrokken. Hij overwoog namelijk 'dat de geadresseerden van de bestuursdwangaanzeggingen, die evenmin in beroep bij de Afdeling bezwaren tegen het bestreden besluit hebben kenbaar gemaakt, kennelijk geen behoefte hadden om in deze procedure los van het optreden van appellante hun eigen belangen te verdedigen.' Bovendien konden volgens de rechter burgemeester en wethouders, die verzuimd hadden de eigenaren in de bezwarenfase te betrekken 'er in het onderhavige geval redelijkerwijs van uitgaan dat de standpunten van de onderscheidene eigenaren van de betreffende panden geen feiten of omstandigheden van zodanige betekenis zouden opleveren dat kennisneming daarvan voor het verrichten van een zorgvuldige belangenafweging als noodzakelijk zou moeten worden beschouwd'.

De rechter zal dus in het algemeen rechtens verplicht zijn om een belanghebbende wiens rechtspositie in het geding is en die bij het slagen van een beroep dat door een derde is ingesteld in zijn rechten zal kunnen worden geschaad, ambtshalve op grond van artikel 8:26 Awb in de gelegenheid te stellen om als partij aan het geding deel te nemen. Een eventuele uitzondering op die rechtsplicht zal alleen aan de orde kunnen zijn als het gaat om een geding waarbij de appellant een persoon is met een volstrekt parallel belang aan dat van belanghebbende over wiens rechten en plichten in feite uitspraak wordt gedaan maar die zich niet zelf als appellant (en daarmee als partij) heeft gesteld.

1 Afd. rechtspraak RvS 15 november 1990, tB/S 1990, nr. 137.

4.2 Belanghebbenden bij een geheel van samenhangende rechtsbeslissingen

Is bij de rechter een geschil aanhangig gemaakt dat betrekking heeft op een (onderdeel van) een besluit dat een samenhangend geheel van voor verschillende geadresseerden geldende rechtsbeslissingen inhoudt, dan zal, dunkt mij, de rechter vrijwel altijd elk van de geadresseerden ambtshalve in de gelegenheid moeten stellen om als partij aan het geding deel te nemen (tenzij de betrokkene al partij is doordat hij mede beroep heeft ingesteld). Ik zal dat verduidelijken aan de hand van de volgende gevallen.

A. Drie suppoosten die als ambtenaar werkzaam zijn bij een gemeentelijk museum maken bezwaar tegen de vaststelling van een dienstrooster voor de groep van 24 suppoosten waartoe zij behoren. Het bezwaar wordt niet gehonoreerd en het vastgestelde dienstrooster wordt gehandhaafd. Twee van hen stellen beroep in bij de rechter, de ander is ten tijde van het instellen van het beroep met vakantie en verzuimt tijdig beroep in te stellen.

B. Een van de portiers van het stadhuis maakt bezwaar tegen het dienstrooster dat voor de negen in dienst zijnde portiers is vastgesteld. De overige acht zijn in de bezwarenfase gehoord. Het bezwaar wordt gehonoreerd en het dienstrooster wordt aangepast. De twee portiers die daar de dupe van worden, stellen beroep in. De overige portiers niet.

In beide gevallen heeft de rechter te oordelen over een klacht die betrekking heeft op het inroosteren van twee ambtenaren in een dienstrooster. In beide gevallen hebben niet alle ambtenaren voor wie het dienstrooster geldt zich bij de rechter als partij 'gemeld'. Het behoeft geen betoog dat als de rechter met het oog op de door de appellanten ter verdediging van hun belangen aangevoerde argumenten besluit om het bestreden besluit, voor zover dat betrekking heeft op hun inroostering, te vernietigen, daaraan gevolgen zullen zijn verbonden voor de inroostering van de andere personeelsleden. Het besluit tot vaststelling van het dienstrooster vormt immers een geheel van samenhangende rechtsbeslissingen, waarbij de inroostering van het ene personeelslid niet los kan worden gezien van de inroostering van de anderen.

Bovendien is dat geheel van rechtsbeslissingen een resultaat van afweging van belangen waarin alle individuele belangen van de personeelsleden *in samenhang* zullen zijn betrokken. Hoewel dus slechts door enkele ambtenaren beroep is ingesteld tegen enkele onderdelen van het geheel van rechtsbeslissingen, zal de rechter als hij dat beroep gegrond acht, impliciet tevens een uitspraak doen die van invloed is op de *rechts*positie van de andere ingeroosterde personeelsleden. Bij beroep tegen het dienstrooster zal de rechter dus in het algemeen acht moeten slaan op (1) het individuele belang van de appellanten, (2) het belang van de openbare dienst, en (3) de individuele belangen van de andere ingeroosterde personeelsleden.

Naar mijn mening zijn alle ingeroosterde personeelsleden in dat geschil *objectief* partij; een eventuele vernietiging van de inroostering van de appellanten werkt immers rechtens dóór in de rechtspositie van andere ingeroosterde personeelsleden. De rechter zal dan ook aan alle belanghebbenden op grond van artikel 8:26 Awb de gelegenheid moeten bieden om als partij aan het geding deel te nemen. Slechts als het voor de rechter prima facie duidelijk is dat het belang van de openbare dienst redelijkerwijze geen ruimte kan bieden om aan de wensen van de appellant tegemoet te komen,[1] zodat hij bij zijn toetsing *niet behoeft toe te komen* aan het meewegen van de *individuele* belangen van de *andere* personeelsleden, zal hij die personeelsleden buiten het geding kunnen houden. In andere gevallen zie ik niet hoe hij tot een verantwoorde beslissing kan komen zonder dat de personeelsleden, voor wie zijn uitspraak rechtens gevolgen zal hebben, de gelegenheid hebben gehad om als partij in het geding te participeren en ten processe hun positie en belangen te bepleiten.

Dat zal, dunkt mij, in geval A mede inhouden dat de suppoost die verzuimde tijdig beroep in te stellen, tòch als partij aan het geding zal (moeten kunnen) deelnemen. Dat hij zelf geen beroep instelde (zoals ook geldt voor de overige 21 suppoosten) is niet relevant; hij zal met de andere 21 suppoosten in het geding moeten participeren voor zover een eventuele gegrondbevinding van het beroep van de twee appellanten zal leiden tot verschuivingen in het rooster en dus tot wijziging van zijn rechtspositie. Artikel 8:26 Awb biedt de mogelijkheid tot die participatie en in casu zelfs een verplichting.

Ook impliceert het door de rechter ambtshalve en buiten de wil van partijen om betrekken van andere personeelsleden in het geding dat mogelijkerwijs de positie van de appellanten, zowel in geval A als in geval B, verslechtert. Denkbaar is immers dat de individuele belangen van andere ingeroosterde personeelsleden bij het handhaven van het dienstrooster van zodanig gewicht zijn, dat die van de twee appellanten daarvoor moeten wijken. Zou de rechter het geschil hebben behandeld *zonder* die andere personeelsleden ambtshalve in het geding te roepen, dan had de rechterlijke toetsing van de belangenafweging zich beperkt tot het belang van de appellanten en dat van de openbare dienst. Denkbaar is dat de individuele belangen van de appellanten bij de wijziging van het rooster zo gewichtig zouden zijn in verhouding tot het belang van de dienst bij handhaving van het rooster, dat hun beroep in dàt geval wel gegrond zou zijn bevonden.

1 Zo lijkt de CRvB in zijn uitspraak van 18 sept. 1990 (TAR 1990, 215) niet te zijn toegekomen aan een toetsing van de belangenafweging, voor zover deze ook betrekking had op de *individuele* wensen van andere personeelsleden. Hij overwoog dat niet kon worden geconstateerd dat 'afweging van de bij deze aangelegenheid betrokken belangen, waartoe mede behoort het door gedaagde geschetste dienstbelang, gedaagde er niet in redelijkheid toe heeft kunnen leiden het voor eiseres geldende rooster vast te stellen zoals het bij het bestreden besluit is geschied.'

4.3 Belanghebbenden bij samenhangende besluiten

Vergelijkbaar met de hiervoor geschetste situaties zijn gevallen waarbij een besluit van een bestuursorgaan verandering brengt in de rechtspositie van derden hoewel bij het nemen van het besluit met de *individuele* positie en belangen van die derden *als zodanig* geen rekening behoefde te worden gehouden. Dat kan worden geïllustreerd aan de hand van de volgende twee gevallen.

C. In een gemeente geldt een maximum-stelsel voor bepaalde vergunningen (bijv. voor het verkopen van vuurwerk, voor het innemen van een standplaats, voor het exploiteren van een inrichting op uren die afwijken van het reguliere sluitingsuur). Gegadigden die aan de gestelde eisen voldoen, kunnen zich op een (wacht)lijst laten plaatsen. Ontstaat de mogelijkheid tot verlening van een vergunning dat komen de gegadigden overeenkomstig de volgorde van de lijst in aanmerking. Een gegadigde die op de vierde plaats staat wordt door het bestuursorgaan van de lijst geschrapt omdat bij nader inzien zou zijn gebleken dat de betrokkene niet voldoet aan de gestelde eisen. Dat wordt in bezwaar en beroep door die gegadigde bestreden.

D. Voor subsidiëring van bepaalde activiteiten is door de gemeenteraad een subsidieplafond vastgesteld; daarbij is aangegeven aan welke voorwaarden instellingen moeten voldoen die voor subsidie in aanmerking wensen te komen. Bepaald is dat instellingen die aan de voorwaarden voldoen en die voor subsidie in aanmerking wensen te komen op een lijst worden geplaatst, met dien verstande dat instellingen die reeds eerder subsidie van de gemeente ontvingen bovenaan worden geplaatst en dat de duur van de periode waarop de eerdere subsidie betrekking had, bepalend is voor de plaats op de (rang)lijst. Een instelling is op de vierde plaats gezet. Naar het oordeel van een lager geplaatste instelling is dat ten onrechte gebeurd. Tegen het besluit tot toekenning van de vierde plaats maakt die instelling bezwaar. Dat bezwaar wordt gehonoreerd en de instelling wordt op de lijst verschoven van de vierde naar de achttiende plaats. Tegen dat besluit gaat die instelling in beroep bij de rechter.

Zowel voor geval C als voor geval D geldt, dat als de rechter het beroep gegrond zou verklaren en het bestreden besluit zou vernietigen, dat gevolgen heeft voor de aanspraken die andere op de lijst geplaatste belanghebbenden rechtens hebben. In geval C impliceert vernietiging van het besluit om de gegadigde van de lijst te schrappen, dat alle gegadigden die door dat besluit naar een gunstiger plaats waren opgeschoven, die plaats weer zullen verliezen. In geval D zou vernietiging van het bestreden besluit eenzelfde gevolg hebben voor de op de lijst geplaatste instellingen. In feite beslist de rechter dus niet alleen over de juridische aanspraken van de appellant, maar (impliciet) ook over die van de andere (na de vierde plaats) op de lijst geplaatste belanghebbenden.

In zo'n geval brengt toch het verdedigingsbeginsel mee dat al die belanghebbenden op grond van artikel 8:26 Awb in de gelegenheid worden gesteld om als

partij aan het geding deel te nemen. De verplichting voor de rechter tot toepassing van artikel 8:26 Awb heeft in zo'n geval een andere basis dan bij geschillen waarvan de gevallen A en B een voorbeeld vormen. Bij die laatste geschillen is het zo dat de rechter het door de appellanten bestreden besluit niet los van de andere daarmee samenhangende rechtsbeslissingen kàn beoordelen. De primaire grondslag voor toepassing van artikel 8:26 Awb is dáár gelegen in de bijzondere aard van het bestreden besluit: wat zich aandient als een beroep tegen een beschikking (de ambtenaar is het niet eens met het besluit voor zover daarbij voor hem persoonlijk de werktijden worden vastgesteld) ontpopt zich als een beroep tegen een geheel van samenhangende rechtsbeslissingen. Dat is bij geschillen waarvan de gevallen C en D een voorbeeld vormen niet het geval. Het bestreden besluit kan los van de andere rechtsbeslissingen worden beoordeeld.

Toch is er in die zin een verschil met de 'gewone' gevallen van derden die een rechtstreeks belang hebben bij een besluit dat tot een ander is gericht. In de gevallen C en D vloeien uit de plaats op de lijst juridische aanspraken voort. Een besluit tot tussenvoeging van een gegadigde op die lijst treft andere (lager) op die lijst geplaatste gegadigden niet alleen in hun *belang*, het verandert óók de *juridische aanspraken* van die gegadigden. Met het oog daarop zal aan die gegadigden door de rechter de gelegenheid moeten worden geboden om zich te verdedigen tegen een eventuele rechterlijke uitspraak die zo'n tussenvoeging tot gevolg zou hebben.

Overigens zal in de praktijk de rechter, wanneer het hem prima facie duidelijk is dat de appellant die een gunstiger plaats op de lijst wenst, daartoe onvoldoende gronden kan aanvoeren, het beroep afwijzen zonder dat hij de andere gegadigden ambtshalve in de gelegenheid stelt om als partij aan het geding deel te nemen. Juist waar in deze gevallen de plicht tot ambtshalve in het geding roepen van derden gegrond is op het verdedigingsbeginsel, ligt het voor de hand om – zeker in het licht van het beginsel van proceseconomie – alleen de andere belanghebbenden als partij in het geding te roepen als de uitspraak van de rechter van invloed zal zijn op de rechtspositie van die belanghebbenden.

5 De derde-belanghebbende

5.1 Algemeen

In de voorgaande paragrafen stond de positie centraal van de belanghebbende op wiens rechten of plichten het oorspronkelijke besluit betrekking had. De volgende personen rekende ik tot die categorie:

1. de persoon tot wie het oorspronkelijke besluit is gericht (de geadresseerde van een bevel, de vergunninghouder, de gesubsidieerde, enz.);
2. de persoon die in het geval dat het oorspronkelijke besluit een weigering inhoudt van een verzoek van een derde om een besluit te nemen, de geadresseerde van dat besluit zou zijn geweest als dat verzoek zou zijn gehonoreerd (de – potentiële – geadresseerde van een verplichtende beschikking of van een beschikking tot ontneming van rechten waarom door een derde is verzocht);
3. de persoon die niet als zodanig geadresseerde is van het oorspronkelijke besluit maar wiens rechtspositie samenhangt met de rechtsgevolgen van dat besluit (de geadresseerde van een besluit dat onderdeel uitmaakt van een geheel van samenhangende rechtsbeslissingen waartoe het oorspronkelijke besluit moet worden gerekend of van een besluit dat naar rechtsgevolg samenhangt met het oorspronkelijke besluit).

Hieronder zal ik ingaan op de positie van personen op wier rechten en plichten het oorspronkelijke besluit geen betrekking heeft maar wier *belang* wel bij dat besluit is betrokken. Het duidelijkste voorbeeld is dat van de omwonende die last zal ondervinden van een activiteit waartoe de vergunninghouder het recht heeft gekregen, of dat van een ondernemer die schade ondervindt van activiteiten van een concurrent waarvoor een vergunning is verleend of die mogelijk zijn gemaakt door een overheidssubsidie. Zulke derden-belanghebbenden kunnen er belang bij hebben om aan het geding bij de rechter als partij deel te nemen.

Is aan de rechter door partijen verzocht om zelf in de zaak te voorzien of heeft de rechter zelf het voornemen om op verzoek van een van de partijen of ambtshalve in de zaak te voorzien, dan zullen, zoals ik al heb uiteengezet, in het algemeen *alle* belanghebbenden in de gelegenheid moeten worden gesteld om als partij aan het geding deel te nemen. Dat geldt dan ook voor de hier bedoelde categorie van derden-belanghebbenden. Hieronder zal ik dus alleen de situatie

bespreken waarin de plicht om de derde-belanghebbende in het geding te betrekken niet reeds bestaat in verband met het door de rechter zelf in de zaak voorzien.

Bij beantwoording van de vraag of een derde bij het geding mag of moet worden betrokken, vormt zoals we hebben gezien, het *verdedigingsbeginsel* het primaire richtsnoer. Daarom is het van belang te onderscheiden tussen derden die uitsluitend via toepassing van artikel 8:26, eerste lid, Awb als partij aan het geding zouden kunnen deelnemen, en derden die (ook) als appellant hadden kunnen participeren (en dan als zodanig partij zouden zijn geweest) maar van die mogelijkheid geen gebruik hebben gemaakt. In dat laatste geval komt immers de vraag op of die derde *zijn recht niet heeft verwerkt* om als partij te participeren en in hoeverre van de rechter nog verlangd zou mogen worden dat hij *ambtshalve* zo'n derde in de gelegenheid stelt om als partij aan het geding deel te nemen. Daarom zal ik die twee categorieën van gevallen apart behandelen. Bij die behandeling laat ik bovendien nog een groep buiten beschouwing waarover ik aan het slot nog een aparte opmerking wil maken. Dat betreft de positie van de derden-belanghebbenden bij een geding waaraan géén administratief beroep of een bezwarenprocedure is voorafgegaan.

> Waar het hier gaat om de toepassing van artikel 8:26 Awb is verondersteld dat deze bepaling door de rechter in acht moet worden genomen, en dat impliceert (zie artikel 1:4, tweede lid, Awb) dat de rechter die de in artikel 8:26 Awb vervatte bevoegdheid kan hanteren, een 'administratieve rechter' in de zin van de Awb is. Dat brengt mee dat in het algemeen aan het rechterlijk geding een bezwaar of administratief beroep zal zijn voorafgegaan. Is er administratief beroep geopend tegen het oorspronkelijke besluit, dan zal die beroepsgang eerst moeten worden doorlopen (artikel 8:6, tweede lid, Awb). Is er geen administratief beroep opengesteld, dan zal in de meeste gevallen het oorspronkelijke besluit door middel van een bezwaarschrift moeten worden bestreden. Slechts in twee gevallen zal de rechter te maken kunnen krijgen met een beroep waaraan géén bezwaar of administratief beroep zal zijn voorafgegaan: het kan gaan om een besluit tot goedkeuring van een besluit of tot weigering van goedkeuring van een besluit (artikel 7:1, eerste lid onder c, Awb), en het kan gaan om een besluit dat is voorbereid met toepassing van een in afdeling 3.5 geregelde uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure (artikel 7:1, eerste lid onder d, Awb).

Degenen die in de procedure ter behandeling van bezwaar of administratief beroep hebben geparticipeerd, zijn al 'partij' (geweest) in de eerste fase van de rechtsbescherming. Omdat op dit punt het bezwaar en het beroep op één lijn zijn te stellen, zal ik hierna niet apart aandacht besteden aan de derden-belanghebbende die aan het administratief beroep als 'partij' (appellant of derde-belanghebbende) heeft deelgenomen. Waar ik hierna de positie bespreek van derden-belanghebbenden die in de bezwarenprocedure betrokken zijn geweest, geldt wat ik daar opmerk ook voor de positie van de derden-belanghebbenden die in het administratief beroep 'partij' zijn geweest.

5.2 De derde-belanghebbende die geen beroep tegen het op bezwaar genomen besluit heeft kunnen instellen

De derde-belanghebbende die door het op bezwaar genomen besluit niet in zijn belangen wordt geschaad, zal geen belang hebben bij het instellen van beroep bij de administratieve rechter. Is het bezwaar dat de derde-belanghebbende had ingediend, gehonoreerd of is het bezwaar van een ander met het oog op de belangen van die derde-belanghebbende verworpen, dan zal niet hij maar de belanghebbende met een tegengesteld belang het beroep instellen. In de fase van het beroep staat de derde-belanghebbende dan dus 'aan de zijlijn' maar wèl met een evident (proces)belang: handhaving van het besluit dat ten gunste van zijn belangen op het bezwaar was genomen. Dat zal in de twee volgende situaties aan de orde zijn.

1. Een derde-belanghebbende A dient bezwaar in tegen een besluit. Op grond van ingediende bezwaren wordt dat besluit zodanig herzien dat aan het bezwaar van A wordt tegemoet gekomen. Tegen het op bezwaar genomen besluit wordt door een andere persoon B beroep bij de rechter ingesteld.

> Voorbeelden: (a) Een omwonende maakt bezwaar tegen een verleende bouwvergunning. In bezwaar wordt het bestreden besluit herzien en de bouwvergunning alsnog geweigerd. De aanvrager gaat daartegen in beroep. (b) Een verzoek van een belanghebbende om een bestuursdwangbeschikking is in eerste instantie afgewezen. Op zijn bezwaar wordt gunstig beslist en de overtreder wordt alsnog aangeschreven. Deze komt daartegen in beroep.

2. Een persoon A is derde-belanghebbende in de bezwarenfase. Het door persoon B ingediende bezwaar wordt niet gehonoreerd. Tegen het besluit dat op het bezwaar is genomen gaat B in beroep bij de rechter.

> Voorbeelden: (a) Een aantal ambtenaren heeft verzocht om hun chef wegens handtastelijkheden te schorsen. Het verzoek is ingewilligd, maar de schorsing is in bezwaar door de chef bestreden. Het bezwaar is afgewezen, waarna de chef beroep heeft ingesteld bij de rechtbank. (b) De aanvrager van een gemeentelijke exploitatie-vergunning voor een dancing heeft bezwaar gemaakt tegen de weigering daarvan. Een twintigtal omwonenden zijn als derde-belanghebbende voor de hoorzitting uitgenodigd. Het bezwaar wordt niet gehonoreerd, en de afwijzing van de vergunning wordt gehandhaafd. De aanvrager gaat in beroep.

In beide categorieën van gevallen is de derde-belanghebbende in de vóórfase van de rechtsbescherming op twee manieren direct bij het geschil betrokken. In de eerste plaats vormden in de bezwarenfase zijn belangen en zijn positie mede een 'vertrekpunt' bij de besluitvorming die naar aanleiding van de ingediende bezwaren moest plaatsvinden. In de tweede plaats zal hij ook feitelijk in de procedure betrokken zijn geweest doordat hem de gelegenheid zal zijn geboden om zijn

bezwaren mondeling toe te lichten (artikel 7:2, tweede lid, Awb). Zowel wat betreft de procedure als wat betreft de inhoudelijke beslissing verkeert de persoon met wiens belangen in de bezwarenfase rekening moest worden gehouden dus in de *objectieve* positie van 'partij' bij het geschil.

Ik kan geen argument bedenken op grond waarvan de rechter die moet oordelen over het beroep dat tegen het in bezwaar genomen besluit is ingesteld, niet in beginsel verplicht zou zijn om die derde-belanghebbende in de gelegenheid te stellen om als partij aan het geding deel te nemen. Die belanghebbende was al 'partij' in de vóórfase en de rechterlijke toetsing in de vervolgfase omvat mede feiten en belangen die zijn positie betreffen. Een toelating van zo'n derde-belanghebbende als partij vloeit voort uit het verdedigingsbeginsel en ligt, zoals we hebben gezien, voor de hand met het oog op het in artikel 7:16 Awb vervatte uitgangspunt. Wordt door zo'n derde-belanghebbende verzocht om toelating als partij, dan zal zo'n verzoek – tenzij de rechter tot het oordeel komt dat de verzoeker niet als belanghebbende in de zin van de wet kan worden aangemerkt – moeten worden gehonoreerd.

Ambtshalve toepassing van artikel 8:26 Awb

Een andere vraag is of de rechter, als hem geen verzoek bereikt van de derde-belanghebbende zelf, *altijd* ambtshalve *alle* derden-belanghebbenden in het geding zal moeten roepen. Als de rechter tot een uitspraak zal komen waartegen een deel van de kring van de personen wier belang bij het bestreden besluit is betrokken, naar verwachting geen bedenkingen zal hebben omdat die uitspraak aan hun belang tegemoet komt, moet dan toch op grond van het verdedigingsbeginsel aan die belanghebbenden, voor zover zij nog geen partij zijn, de gelegenheid worden geboden om als partij in het geding te participeren? Wie zo redeneert legt een verbinding met de uitwerking van het verdedigingsbeginsel zoals dat in de hoorplicht-bepaling van artikel 4:8 Awb is neergelegd. De daar geformuleerde hoor-verplichting geldt immers alleen ten aanzien van de belanghebbende 'die naar verwachting bedenkingen zal hebben' tegen de beschikking die het bestuursorgaan voornemens is te geven. Om een aantal redenen gaat het, dunkt mij, niet aan om het in die bepaling vervatte uitgangspunt bij toepassing van artikel 8:26 Awb naar analogie te hanteren.

In de eerste plaats verdraagt het zich niet met de essentie van rechtspraak om – als het tot een daadwerkelijke rechterlijke behandeling van het geschil komt – uit te gaan van een situatie dat de rechter al 'een uitspraak in zijn hoofd heeft', aan de hand waarvan zou kunnen worden bepaald welke belanghebbenden wel en welke niet tegen het voorgenomen dictum bedenkingen zouden hebben. De rechter moet met een 'open mind' aan de behandeling van de rechtszaak beginnen. De inhoud van het beroepschrift kan wel een voorlopige indicatie bieden voor de afloop van de zaak, maar pas na kennisneming van de stukken waarin informatie wordt verschaft over alle feiten en belangen die bij de beoordeling van het beroep in aanmerking moeten worden genomen, en na het vernemen van de visie van de belanghebbenden over de hen regarderende feiten en belangen, zal de rechter zich

een definitief oordeel kunnen vormen over de vraag in wiens belang zijn uitspraak zal (moeten) uitvallen.

> In de praktijk zullen er natuurlijk ontvankelijke beroepen voorkomen waarvan de bevoegde rechter *prima facie* kan zeggen in welke richting zijn uitspraak zal moeten gaan. De wetgever heeft daarmee rekening gehouden en in artikel 8:54 Awb in de mogelijkheid voorzien dat de rechter buiten de zitting om op het beroep beslist als hij dat beroep *kennelijk* ongegrond of kennelijk gegrond acht. In zulke gevallen wordt het onderzoek dus al in een beginfase gesloten. Toepassing van artikel 8:26, eerste lid, Awb komt dan niet (meer) aan de orde.

Doet zich geen geval voor dat de rechter prima facie een inhoudelijk oordeel over het beroep kan vellen, dan zal het tot een behandeling van het beroep moeten komen, waarvoor geldt dat pas 'aan het einde van de rit' door de rechter kan en mag worden vastgesteld in wiens voordeel en in wiens nadeel zijn uitspraak zal uitvallen. Dat essentiële vereiste ligt besloten in de 'harde regel' van artikel 8:65, tweede lid, Awb: 'Voordat het onderzoek ter zitting wordt gesloten, hebben partijen het recht voor het laatst het woord te voeren'. En tot die partijen zullen met het oog op het verdedigingsbeginsel niet alleen appellant en verweerder moeten worden gerekend, maar ook alle andere belanghebbenden over wier positie en belangen de rechter na het sluiten van het onderzoek zal moeten oordelen.

Bijzondere positie van de rechter

De positie van de rechter als beslechter van een aan hem voorgelegd geschil is dus een geheel andere dan die van het bestuursorgaan dat voornemens is op verzoek of ambtshalve een bestuursbevoegdheid uit te oefenen. Het bestuursorgaan mag (en moet) al aanstonds positie kiezen. Is een aanvraag ingediend dan zal het bestuur 'voorlopig' moeten vaststellen hoe het met het oog op de gegevens en belangen van de aanvrager op de aanvraag zal beslissen. Gaat het om een op eigen initatiatief uit te oefenen bestuursbevoegdheid dan zal het bestuursorgaan op grond van de uit eigen onderzoek gebleken of door derden aangedragen feiten en omstandigheden een 'voorlopig' besluit nemen. Die 'voorlopige' besluiten vormen dan object van de hoor-procedure, waarin (voorshands) alleen de belanghebbenden zullen participeren wier belang pleit tegen het nemen van de voorgenomen besluiten.

De rechter die niet als bestuurder optreedt, heeft niet op voorhand een positie te kiezen en dient eerst te luisteren naar de 'verhalen' van alle belanghebbenden. Dat is de essentie van geschillenbeslechting. In het licht daarvan is het ook vanzelfsprekend dat in artikel 7:16 Awb (dat betrekking heeft op het administratief beroep) bepaald is dat het beroepsorgaan voordat het op het beroep beslist, belanghebbenden in de gelegenheid stelt te worden gehoord en dat daartoe *alle* derden-belanghebbenden worden gerekend die in de vóórfase 'partij' zijn ge-

weest, zonder dat een beperking is opgenomen tot de belanghebbenden die 'naar verwachting bedenkingen zullen hebben' tegen het in beroep te nemen besluit.

> Waar de rechter als plaatsvervangend bestuurder optreedt en 'discretie' kan uitoefenen, zouden wel uitgangspunten kunnen worden gehanteerd die voor de bestuurlijke functie gelden. In zo'n situatie zou het onder omstandigheden geen bezwaar ontmoeten als de rechter die voornemens is om een bepaalde voorziening te treffen, daartoe besluit zonder dat derden-belanghebbenden zich daarover hebben kunnen uitlaten als buiten twijfel is dat die belanghebbenden tegen die voorziening geen enkel bezwaar zullen hebben.

Zowel de eisen van behoorlijke rechtspraak als een analoge toepassing van het bepaalde in artikel 7:16 Awb leiden dus tot de conclusie dat de rechter bij het bepalen van de kring van belanghebbenden die ambtshalve in de gelegenheid zullen moeten worden gesteld om als partij aan het geding deel te nemen, niet belanghebbenden zou mogen 'overslaan' omdat zij naar verwachting tegen de uitspraak op het beroep geen bedenkingen zullen hebben. Dat betekent dat de rechter goed beschouwd, wil hij zich niet het verwijt van schending van het verdedigingsbeginsel of van onzorgvuldig onderzoek of incomplete belangenafweging op de hals halen, alle belanghebbenden die in de vóórfase ook al 'partij' waren, de gelegenheid zal moeten bieden om in het geding te participeren.

Grote aantallen belanghebbenden

Wie aanvoert dat zo'n uitgangspunt ertoe zal leiden dat de rechter soms (namelijk als door een groot aantal belanghebbenden bezwaren waren ingediend) aan tientallen (of honderden?) personen de gelegenheid zou moeten bieden om als partij aan het geding deel te nemen, wat een onaanvaardbare belasting van het systeem zou betekenen, kan de volgende tegenargumenten verwachten.

Dat grote aantallen personen als partij aan een geding bij de rechter deelnemen komt in de praktijk al voor en levert geen onoverkomelijke problemen op. Als de rechter concurrenten van een ondernemer die een vergunning of een subsidie krijgt (terecht) als rechtstreeks in hun belang getroffen personen aanmerkt, kan het gebeuren dat er zo'n zevenhonderdvijftig concurrenten van hun beroepsrecht gebruik maken en dus als zodanig partij zijn.[1] Ook is het zo dat de kring van

1 Van Kreveld vermeldt in zijn noot onder CBB 13 sept. 1985, AB 1986, 507 een geval van beroep van 750 vervoerders die in het bezit waren van een vergunning voor ongeregeld vervoer, die opkwamen tegen de verlening van een vergunning voor een beurtvaartdienst, en die allen door het CBB als 'door de bestreden beschikking rechtstreeks in hun belang getroffen' werden aangemerkt. In de uitspraak van de Afd. rechtspraak van 17 okt. 1985, AB 1986, 305, ging het om binnenvaartschippers die in rechte opkwamen tegen een subsidie in de aankoopkosten van een binnenvaartschip dat op grond van het emancipatiebeleid was verleend aan de Stichting Schipsterskollektief Vrouwen Leren Vrouwen Werken in de Binnenvaart. Uit de uitspraak valt niet af te leiden hoeveel appellanten er waren, maar dat kunnen er heel wat geweest zijn omdat *alle* binnenvaartschippers als

beroepsgerechtigden als het gaat om bestemmingsplannen of milieuvergunningen ruimer is dan die van de rechtstreeks in hun belang getroffen personen, zodat onder het regime van de Awb de Afdeling bestuursrechtspraak als rechter in voorkomende gevallen met honderden (zo niet duizenden) partijen te maken kan krijgen. De wetgever ziet daar geen onoverkomelijke praktische problemen, en ik zie ze evenmin als het gaat om grote groepen belanghebbenden die niet als appellanten maar als derden in het geding zouden moeten participeren.

Gaat het om gewichtige groepsbelangen dan zal vaak een advocaat zijn ingeschakeld. Is er geen advocaat dan zal er doorgaans een woordvoerder van de groep zijn en valt niet te verwachten dat alle groepsleden persoonlijk ter zitting het woord zullen willen voeren.

> Is er een groot aantal individuele bezwaarden geweest die (nog) niet als groep opereren, dan zal de rechter elk van de bezwaarden in principe als partij moeten aanvaarden. De belangen van die bezwaarden zullen in het geding moeten kunnen worden verdedigd. Het is aan de belanghebbenden zelf om te bepalen hoe die verdediging moet worden gevoerd: door een woordvoerder of door henzelf. Ook in een situatie dat de rechter het aannemelijk acht dat de belangen van een grote groep bezwaarden van overeenkomstige aard zijn, zal de rechter niet kunnen kiezen voor het als partij toelaten van één of meer belanghebbenden met uitsluiting van anderen; elk van de belanghebbenden heeft een procesbelang waaraan een gelijk gewicht toekomt als aan dat van de anderen. Dit alles wijst erop dat de rechter niet op eigen initiatief de kring van de partijen kan beperken. Hij zal elk van de belanghebbenden die bezwaar hebben ingediend in de gelegenheid moeten stellen om als partij deel te nemen. Daarbij zal de rechter wel 'sturend' kunnen optreden door bijvoorbeeld mee te delen dat de duur van de zitting beperkt is en dat het raadzaam is dat zo mogelijk slechts één of meer woordvoerders de zaak zullen bepleiten.

Beperkingen

Overigens zullen gedingen waaraan een Awb-bezwarenprocedure met tientallen of honderden deelnemers is voorafgegaan, zelden voorkomen. De Awb-bezwarenprocedure staat uitsluitend open voor belanghebbenden (artikel 7:1 juncto artikel 8:1 Awb).[1] Bovendien bestaat de bevoegdheid om de gelegenheid te bieden om als partij aan het geding deel te nemen op grond van artikel 8:26 Awb ook alleen als het om een 'belanghebbende' gaat. Niet iedereen die belang heeft bij het bestrijden van een besluit komt de kwaliteit van belanghebbende in de zin van de Awb toe. Alleen diegenen wier belang *rechtstreeks* betrokken is bij het besluit,

belanghebbenden door de Afdeling werden aangemerkt aangezien de subsidieverstrekking 'van invloed is op de markt binnen de betrokken bedrijfstak en de concurrentieverhoudingen tussen de binnenvaartschippers raakt.'

1 Bij de voor een ruimere kring openstaande beroepsmogelijkheid op de Afdeling bestuursrechtspraak (milieu, ruimtelijke ordening) is de bezwarenprocedure uitgesloten in verband met art. 7:1, eerste lid onder d, Awb.

zijn belanghebbenden die voor toelating als partij op grond van artikel 8:26 Awb in aanmerking zouden kunnen komen.

Dat brengt ons op de vraag wat de rechter moet doen als hij het vermoeden heeft dat niet elk van de bezwaarden, wier bezwaar door het bestuursorgaan gegrond is geoordeeld, voldoet aan het criterium van 'rechtstreeks' belanghebbend zijn. In feite vermoedt hij dan dat aan het op bezwaar genomen besluit in die zin een gebrek kleeft dat het bestuursorgaan één of meer bezwaarden ten onrechte ontvankelijk heeft verklaard in hun bezwaar. Zou hij nu bij toepassing van artikel 8:26 Awb ook de bezwaarden in de gelegenheid moeten stellen als partij aan het geding deel te nemen, die naar zijn oordeel niet als belanghebbende in de zin van de Awb kunnen worden aangemerkt? Naar mijn mening mag de rechter hier zijn eigen oordeel omtrent het belanghebbende zijn voor dat van het bestuursorgaan in de plaats stellen, en is hij gerechtigd om bezwaarden die hij niet als belanghebbende beschouwt buiten de procedure te laten. De mogelijkheid van derden om van de rechter toelating als partij te verlangen, staat blijkens artikel 8:26 Awb uitsluitend open voor de 'belanghebbende'. Wie geen belanghebbende in de zin van de Awb is, kan geen rechten ontlenen aan artikel 8:26 Awb. Het feit dat hij ten onrechte door het bestuursorgaan in de bezwarenfase als belanghebbende is aangemerkt, maakt dat niet anders.

De vraag kan zich voordoen of een bezwaarde die wèl belanghebbende in de zin van de wet is, zijn recht om als partij in het geding bij de rechter te participeren heeft verwerkt als hij niet op de hoorzitting in de bezwarenfase is verschenen. Het valt op dat in artikel 7:16, tweede lid, Awb (dat op het in het geding betrekken van partijen bij administratief beroep betrekking heeft) gesproken wordt van belanghebbenden 'die bij de behandeling van het bezwaarschrift hun zienswijze naar voren *hebben* gebracht' (cursivering door mij). Blijkens de parlementaire stukken is daarmee echter niet bedoeld dat de andere bezwaarden niet zouden moeten worden gehoord.[1] Zou men aan het niet gebruik maken van de uitnodiging om op de hoorzitting te verschijnen de conclusie verbinden dat de betrokkene zijn recht heeft verwerkt om in het geding bij de rechter te participeren, dan zou men ook in strijd komen met artikel 7:3 Awb waaruit blijkt dat uitdrukkelijk in de mogelijkheid is voorzien dat een bezwaarde afziet van het gebruik van zijn recht om mondeling te worden gehoord.

1 TK 1990-1991, 21 221, nr. 5 (memorie van antwoord), pag. 97: 'Het tweede lid is beperkt tot de daar omschreven groep belanghebbenden, omdat eenvoudig niet altijd bekend zal zijn wie belanghebbenden bij een besluit zijn. Het eerste lid bepaalt in algemene zin dat belanghebbenden in de gelegenheid worden gesteld te worden gehoord, terwijl het tweede lid de garantie beoogt te bieden, dat de daar genoemde belanghebbenden – die al eerder in de procedure betrokken zijn geweest – uitdrukkelijk op de hoogte worden gesteld.'

5.3 De derde-belanghebbende die beroep tegen het op bezwaar genomen besluit heeft kunnen instellen

5.3.1 Algemeen

De rechter kan voor de vraag komen te staan of iemand die tegen het oorspronkelijke besluit bezwaar had gemaakt dat echter niet is gehonoreerd, in beroep tegen het op het bezwaar genomen besluit als 'derde' in de gelegenheid moet worden gesteld om als partij deel te nemen. Die vraag zal zich voordoen als er meerdere bezwaarden zijn geweest en een andere bezwaarde beroep heeft ingesteld tegen het in bezwaar gehandhaafde besluit. In feite hebben we dan te maken met een derde-belanghebbende die de mogelijkheid had om zèlf beroep in te stellen, maar daarvan geen gebruik heeft gemaakt. Mag zo'n belanghebbende dan toch op grond van artikel 8:26 Awb de gelegenheid krijgen om als partij in het beroep bij de rechter te participeren? Die vraag, die betrekking heeft op de verhouding tussen het beroepsrecht en het 'recht' op deelname als derde, kan ook in andere gevallen aan de orde komen. Goed beschouwd kunnen zich de volgende twee situaties voordoen.

1 Een persoon A dient bezwaar in tegen een besluit. Aan zijn bezwaar wordt niet tegemoet gekomen. Een andere persoon B (die óók bezwaar had gemaakt) komt bij de rechter in beroep tegen het op bezwaar genomen besluit. Mag of moet A door de rechter in de gelegenheid worden gesteld als partij aan het geding deel te nemen?

> Voorbeelden: (a) De directeur van een universitair instituut deelt aan de daar werkzame wetenschappelijke ambtenaren mee dat in verband met het feit dat de kamers 's avonds weinig in gebruik zijn, de verwarming al vanaf 19.00 uur op een laag pitje zal worden gezet. Ambtenaar A maakt samen met vijf collega's tegen die beslissing bezwaar, welk bezwaar – nadat zij gehoord zijn – wordt afgewezen. Van de groep bezwaarden stellen er vijf beroep in. Ambtenaar A heeft geen beroep ingesteld omdat hij dacht dat het door de anderen ingestelde beroep ook voor hem zou gelden. (b) Bewoners worden op de hoogte gesteld van het voornemen van de gemeente om twee prachtige bomen in het plantsoen tegenover de woningen te kappen. Twaalf bewoners maken tegen de kapvergunning bezwaar maar hun bezwaar wordt niet gehonoreerd. Tegen het op bezwaar genomen besluit gaan er tien in beroep. De twee anderen waren ten tijde van het instellen van het beroep op vakantie en willen in verband met het griffierecht niet zelf ook nog eens beroep instellen en een schorsingsverzoek indienen. Maar zij willen wel 'van de partij zijn' als de zaak bij de rechter gaat spelen.

2 Een persoon A is derde-belanghebbende in de bezwarenfase. Het door persoon B ingediende bezwaar wordt gehonoreerd. Een andere persoon C gaat tegen het op bezwaar genomen besluit in beroep bij de rechter. Mag of moet A door de rechter in de gelegenheid worden gesteld als partij aan het geding deel te nemen?

Voorbeelden: (a) De aanvrager van een gemeentelijke exploitatie-vergunning voor een dancing heeft bezwaar gemaakt tegen de weigering daarvan. Een twintigtal omwonenden is als derde-belanghebbenden voor de hoorzitting uitgenodigd. Het bezwaar wordt gehonoreerd, en de vergunning wordt alsnog verleend. De meeste van de in bezwaar gehoorde omwonenden stellen beroep in. Vier van hen (waaronder omwonende A) doen dat echter niet omdat zij (ten onrechte) menen dat zij bij het verliezen van het beroep zullen worden veroordeeld tot het betalen van de kosten van het geding die naar hun verwachting enige duizenden guldens zouden bedragen. (b) Op verzoek van de bewoners van twee boven een café gelegen woningen is de ontheffing van het sluitingsuur bij wege van sanctie voor de duur van twee weken ingetrokken. De café-houder maakt daartegen bezwaar. De bewoners van de bovenwoningen krijgen tijdens de hoorzitting de gelegenheid om hun zaak te bepleiten, maar het bezwaar wordt gehonoreerd en de intrekking van de ontheffing wordt ongedaan gemaakt. De bewoner van de woning op tweehoog gaat daartegen in beroep; de bewoner van éénhoog laat na beroep in te stellen omdat hij door de café-houder is geïntimideerd. Later krijgt hij daar spijt van en wil hij alsnog als partij deelnemen.

5.3.2 De positie van de niet-ontvankelijk verklaarde bezwaarde

Staat de rechter voor de vraag of een belanghebbende die in de vóórfase als bezwaarde 'partij' was en die geen beroep heeft ingesteld tegen het op bezwaar genomen besluit, toch onder omstandigheden als derde-belanghebbende de gelegenheid moet krijgen om als partij aan het geding deel te nemen, dan zal onderscheid moeten worden gemaakt tussen de bezwaarde die in zijn bezwaar *niet-ontvankelijk* is verklaard, en de bezwaarde wiens bezwaar *ongegrond* is verklaard.

In het eerste geval is in de bezwarenfase vastgesteld dat bij de beslissing op het bezwaar geen rekening behoefde te worden gehouden met hetgeen door de betrokkene ter verdediging van zijn belangen naar voren is gebracht. Niet alleen is dus de positie van de bezwaarde niet betrokken geweest bij het onderzoek en de besluitvorming waarop het besluit is gebaseerd dat het object is van het geschil bij de rechter, in feite is door de 'formele uitschakeling' van de bezwaarde – door de niet-ontvankelijkverklaring – rechtens bepaald dat hij niet (langer) als partij kan worden beschouwd. Wie tegen die niet-ontvankelijkverklaring geen beroep instelt, legt zich neer bij die 'uitschakeling' en bij het feit dat zijn rechten en belangen buiten beschouwing zijn (en worden) gelaten. Na het verstrijken van de beroepstermijn is *dat* besluit onaantastbaar. Dan gaat het niet aan om die definitief als partij 'uitgeschakelde' belanghebbende toch via toepassing van artikel 8:26 Awb als partij in het geding te betrekken.

Wordt nog binnen de beroepstermijn door de niet-ontvankelijk verklaarde bezwaarde op grond van artikel 8:26 Awb verzocht om als partij te mogen deelnemen, dan ligt het anders. In dat geval zal dat verzoek kunnen worden opgevat als het instellen van beroep en kan de belanghebbende als appellant partij zijn in het geding.
Vraagt een andere partij aan de rechter om de niet-ontvankelijk verklaarde bezwaarde

8:26 Awb uitdrukkelijk de mogelijkheid om een persoon die (objectief) partij is, als zodanig toe te laten.

Gaat het om een geding waarbij de rechter voornemens is zelf in de zaak te voorzien, waarvoor geldt dat, zoals ik hiervoor besproken heb, de rechter ambtshalve alle belanghebbenden de gelegenheid moet bieden om als partij deel te nemen, dan geldt dat ook voor de hier bedoelde belanghebbende. Is zo'n geval niet aan de orde, dan zal een belanghebbende primair aan het verdedigingsbeginsel een claim kunnen ontlenen om als partij te participeren. In de hier besproken situatie hebben we echter te maken met een belanghebbende die de mogelijkheid had om zelf beroep in te stellen maar van die mogelijkheid geen gebruik heeft gemaakt. De volgende drie vragen komen dan op.

1 Als een belanghebbende die geen beroep heeft ingesteld na het verstrijken van de beroepstermijn met toepassing van artikel 8:26 Awb in de gelegenheid zou worden gesteld om als partij deel te nemen aan het geschil (dat door een andere belanghebbende aanhangig is gemaakt), betekent dan een eventuele toelating als partij niet een rechtens ontoelaatbare ontduiking van artikel 6:7 Awb e.v. (bepalingen over de beroepstermijn)?

2 Vloeit uit artikel 6:13 Awb niet de algemene regel voort dat een belanghebbende die in enige fase heeft afgezien van het gebruik van de voor hem openstaande voorziening, in een vervolgfase niet meer als partij in het geding zal kunnen participeren?

3 Moet niet worden aangenomen dat een beroepsgerechtigde die de termijn heeft laten verstrijken zonder meer zijn recht heeft verwerkt om als partij aan het geding deel te nemen?

Ontduiking van de wettelijke beroepstermijn?

Een belangrijke functie van de beroepstermijn is, dat als binnen die termijn geen beroep is ingesteld, het bestuursorgaan en de geadresseerde van het besluit in principe kunnen uitgaan van de (formele) rechtskracht van het besluit. Het belang van de rechtszekerheid verzet zich tegen het na het verstrijken van de beroepstermijn alsnog juridisch ter discussie stellen van een geldig overheidsbesluit. Dat belang is echter in de hier geschetste situatie niet aan de orde. Er is immers door een belanghebbende beroep ingesteld tegen het op bezwaar genomen besluit. Dat besluit heeft dus geen formele rechtskracht gekregen.

Ook kan niet worden betoogd dat het in ieder geval tegenover de beroepsbevoegden die geen gebruik hebben gemaakt van hun beroepsrecht als 'onaantastbaar' geldt. Wordt immers het ingestelde beroep gegrond geoordeeld en het in bezwaar genomen besluit vernietigd, dan geldt die vernietiging *erga omnes*. Het bestuursorgaan en de geadresseerde van het besluit zullen zich tegenover de belanghebbenden die geen beroep hadden ingesteld terwijl zij daartoe wel bevoegd waren, niet op het standpunt kunnen stellen dat tegenover hen de rechten

en plichten gelden die uit het vernietigde besluit voortvloeiden vóórdat het vernietigd werd.

Betekenis van artikel 6:13 Awb

Artikel 6:13 Awb bepaalt dat geen beroep kan worden ingesteld tegen een op bezwaar of in administratief beroep genomen besluit door een belanghebbende aan wie redelijkerwijs kan worden verweten geen bezwaar te hebben gemaakt of administratief beroep te hebben ingesteld tegen het oorspronkelijke besluit. Ingevolge artikel 6:24, eerste lid, Awb is deze bepaling van overeenkomstige toepassing indien hoger beroep kan worden ingesteld.

Uit artikel 6:13 Awb in samenhang met artikel 6:24, eerste lid, Awb kan geenszins een algemene regel worden afgeleid, inhoudende dat een belanghebbende die in enige fase van de rechtsbescherming de voor hem openstaande voorziening niet heeft benut, in enige vervolgfase niet meer als partij zal kunnen fungeren teneinde te bepleiten wat hij in die voorziening aan de orde had kunnen stellen. De regering leest in die bepaling(en) regels die er, bij het hanteren van welke wetsinterpreterende methode dan ook, niet aan te ontlenen zijn. Artikel 6:13 Awb bepaalt niet (zoals de regering kennelijk meent blijkens de toelichting bij artikel 8:26 Awb die aan het begin van deze beschouwing is geciteerd) dat het niet instellen van beroep door een beroepsbevoegde leidt tot uitsluiting van de mogelijkheid tot deelname als partij aan het geding. Ook volgt niet uit artikel 6:13 Awb in samenhang met artikel 6:24 Awb dat hoger beroep geblokkeerd is voor de belanghebbende die verzuimde bij de rechtbank beroep in te stellen.

Artikel 6:13 Awb kan het beroep in eerste instantie en het hoger beroep uitsluitend blokkeren wanneer een belanghebbende verzuimd heeft om de voor hem openstaande voorziening van bezwaar of *administratief* beroep tegen het *oorspronkelijke* besluit te benutten. Heeft een belanghebbende A, hoewel daartoe bevoegd, geen beroep bij de rechtbank ingesteld en komt de rechtbank, beslissende op een beroep van een belanghebbende B tot een voor A ongunstige uitspraak, dan blokkeert artikel 6:13 Awb juncto artikel 6:24 Awb voor A niet de mogelijkheid van hoger beroep. De overeenkomstige toepassing (ingevolge artikel 6:24 Awb) van artikel 6:13 Awb op het hoger beroep betekent niet méér dan dat de blokkade voor de belanghebbende die tegen het oorspronkelijke besluit geen bezwaar had ingediend of administratief beroep had ingesteld, niet alleen geldt voor het beroep op de rechtbank maar ook voor het hoger beroep op de Afdeling bestuursrechtspraak of de Centrale Raad van Beroep.

> Opmerkelijk is dat de regering de mening is toegedaan dat in zo'n geval het hoger beroep wèl geblokkeerd zou zijn. Die mening moet op een onjuiste lezing van artikel 6:13 Awb gebaseerd zijn, want die bepaling heeft toch – voor zover het gaat om het niet gebruikt hebben van een openstaande beroepsmogelijkheid – uitdrukkelijk alleen betrekking op het 'administratief beroep' tegen het 'oorspronkelijke' besluit. Het beroep op de rechtbank tegen het op bezwaar of in administratief beroep genomen besluit, valt daar niet onder.

De passage in de memorie van toelichting (TK 1991-1992, 22 495, nr. 3, pag. 171-172, cursivering door mij) waar uit artikel 6:13 juncto artikel 6:24 wordt afgeleid dat 'belanghebbenden aan wie redelijkerwijs kan worden verweten geen bezwaar te hebben gemaakt of administratief beroep te hebben ingesteld tegen het oorspronkelijke besluit *dan wel geen beroep bij de rechtbank te hebben ingesteld*' niet bevoegd zijn tot het instellen van hoger beroep, is aantoonbaar onjuist. Hetzelfde geldt voor het daarbij gegeven voorbeeld: 'Ook de belanghebbende C wiens bezwaar ongegrond is verklaard, is niet gerechtigd hoger beroep in te stellen tegen een uitspraak van de rechtbank waarbij het beroep van de parallelle belanghebbende D ongegrond is verklaard.'

Bovendien heeft artikel 6:13 Awb uitsluitend betrekking op de vraag of in een gegeven geval een belanghebbende in beroep of in hoger beroep *als appellant* kan worden ontvangen. Die bepaling verbiedt op zichzelf niet dat een belanghebbende die niet als appellant kan worden aangemerkt op een andere grond door de rechter als partij in het geding wordt geroepen als deze van oordeel is dat het vereiste van het bieden van een adequate rechtsbescherming dat vereist.

Nog los van dat punt leidt toepassing van artikel 6:13 Awb in de hier geschetste situatie in ieder geval niet tot een blokkade van toelating als partij op grond van artikel 8:26 Awb van een belanghebbende die geen beroep op de rechtbank heeft ingesteld. Artikel 6:13 Awb blokkeert immers uitsluitend de mogelijkheid van beroep tegen een op bezwaar of in administratief beroep genomen besluit bij de administratieve rechter voor het geval een belanghebbende *zonder gegronde reden* geen gebruik gemaakt heeft van de tegen het *oorspronkelijke* besluit voor hem openstaande mogelijkheid van bezwaar of beroep en zich in die fase dus niet als (klagende) 'partij' heeft gesteld.

In de situatie die ik hier bespreek, gaat het echter juist om een belanghebbende die of *wèl* van de mogelijkheid van bezwaar gebruik heeft gemaakt omdat het oorspronkelijke besluit zijn belangen schaadde of *terecht géén* bezwaar had ingediend omdat het oorspronkelijke besluit met zijn belangen spoorde. Artikel 6:13 Awb (waaraan de regering in de toelichting bij artikel 8:26 Awb refereert), verbiedt de rechter dus niet om zo'n belanghebbende met toepassing van artikel 8:26 Awb als partij toe te laten in het geding over het op bezwaar genomen besluit. Wel blijft de vraag of een belanghebbende die geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid van beroep op de rechter niet zijn recht heeft verwerkt om als partij in het geding te participeren.

Recht op toelating als partij verwerkt?

Ziet men de primaire functie van de administratieve rechtspraak in die van het bieden van rechtsbescherming aan de belanghebbende burger, dan lijkt het op het eerste gezicht vreemd om een persoon die niet van zijn beroepsrecht heeft gebruik gemaakt als partij in het geding toe te laten. Toch kunnen daar goede redenen voor zijn. Onderzoek van de rechtspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven en van de Arob-jurisprudentie levert ook duidelijke gevallen op

waarin aan het ongebruikt laten van de bezwaar- of beroepsmogelijkheid *niet* de consequentie werd verbonden dat de belanghebbende niet (meer) als partij bij het geschil mocht worden betrokken. Sterker nog; in de te bespreken gevallen was het de rechter die – zonder dat door de belanghebbende een verzoek om deelname als partij was gedaan – het vereist achtte dat die belanghebbende als partij bij het geding werd betrokken.

Rechtspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven

In artikel 54, eerste lid, van de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie was ook voorzien in een bevoegdheid van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna afgekort als: CBB) om 'ambtshalve of op verzoek van partijen derden, wier belang bij het aanhangige geschil rechtstreeks is betrokken, in het geding te roepen. Door oproeping wordt de derde partij in het geding.' Werd bijvoorbeeld door derden tegen een vergunning beroep ingesteld, dan kon het CBB op grond van deze bepaling de vergunninghouder, maar ook anderen die een rechtstreeks belang hadden bij (het geschil over) de vergunning als derde-belanghebbenden in het geschil roepen.[1]

Ook bij toepassing van artikel 54, eerste lid, van de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie kon de situatie zich voordoen dat er meerdere beroepsgerechtigde belanghebbenden zijn, maar dat niet allen tegen het hen rakende besluit beroep hebben ingesteld. Het gegeven dat een belanghebbende zelf niet van zijn beroeprecht gebruik heeft gemaakt, stond ook hier niet in de weg aan het als partij in het geding roepen van zo'n belanghebbende. Blijkens de memorie van toelichting bij artikel 54 van de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie is juist aan zo'n situatie gedacht. De regering merkt daar immers op dat de derden die niet 'formeel procespartij zijn' (alsnog) in het geding kunnen worden geroepen. 'Daardoor worden zij partij, zoals zij dat ook geweest zouden zijn, *indien zij zelfstandig* in beroep gekomen waren', aldus de toelichting.[2]

De gepubliceerde rechtspraak over de toepassing van deze wetsbepaling betreft maar een enkele uitspraak. Een geval[3] waarin een gemeente als derde-belanghebbende in het geding werd geroepen, is voor mijn onderwerp bijzonder illustratief.

Het ging om een ontheffing die was verleend op grond van artikel 15, eerste lid van

1 Zie bijv. CBB 13 sept. 1985, AB 1986, 507 m.nt. Van Kreveld. De N.S. en twee touroperators die nauw betrokken waren bij het vervoer van vakantiegangers per spoor waren in beroep gekomen tegen vergunningen voor het verrichten van pendelvervoer die verleend waren aan een onderneming voor busvervoer. Door het CBB werden ambtshalve de busonderneming en de reisorganisatie die de reizen waarop de vergunning betrekking had organiseerde als derde-belanghebbenden in het geding geroepen.

2 Editie Schuurman en Jordens nr. 135a (zesde druk, Zwolle 1989) pag. 119-120 (cursivering door mij).

3 CBB 7 juni 1974, AB 1974, 244 m.nt. Peters.

de Vestigingswet Bedrijven 1954 van het verbod om zonder vergunning het aannemersbedrijf uit te oefenen. De in de gemeente Beerta gevestigde aannemer kreeg de ontheffing slechts voor een beperkte duur, waarbinnen hij alsnog het vereiste officiële vakdiploma diende te behalen. Kennelijk ter ondersteuning van het beroep van de aannemer, had de burgemeester een brief aan het CBB gezonden waarin hij naar voren bracht dat de aannemer in een plaatselijke behoefte te Beerta voorzag. Het probleem was dat de appellant de enige aannemer in Beerta was, en dat moest worden aangenomen dat als de aannemer zich aan de tijdrovende vakstudie zou moeten wijden er weinig terecht zou komen van de realisering van het geplande onderhouds- en renovatieschema in verband met aanschrijvingen op grond van de Woningwet.
Het CBB oordeelde dat 'indien de bij het beroepen besluit in uitzicht gestelde tijdelijke ontheffing zou worden verleend, dit tot nadeel zou strekken van het openbaar belang der gemeente Beerta, dat nu juist voor verweerder de aanleiding is geweest aan verzoeker in beginsel ontheffing te verlenen.' Mede met het oog op het 'nadelig gevolg voor het realiseren van het renovatieschema' oordeelde het CBB het rechtens onjuist dat van de aannemer het (tijdrovende) behalen van het officiële vakdiploma werd geëist.
In feite gaf het belang dat voor de gemeente bij vernietiging van het bestreden besluit betrokken was, de doorslag.[1] Als dat belang niet in de afweging zou zijn betrokken, dan zou het CBB, naar mag worden aangenomen, niet hebben kunnen oordelen dat het bestuur 'in redelijkheid niet' aan de eis van het bepalen van het vakdiploma had 'kunnen' vasthouden.
De rechter kon deze voor appellant gunstige afloop bereiken via de volgende stappen. (1) Uit de ondersteunende brief van de burgemeester werd het de rechter duidelijk dat er een zwaarwegend belang van de gemeente rechtstreeks was betrokken bij het bestreden besluit. (2) De gemeente had zelf, hoewel als rechtstreeks belanghebbende aan te merken, geen beroep ingesteld, en kon dat ook niet meer omdat de termijn daarvoor verstreken was. (3) Meer uitgebreide informatie omtrent het belang van de gemeente had ook aan de appellant kunnen worden gevraagd, maar een *meewegen* van die belangen bij de toetsing van de belangenafweging die aan het bestreden besluit ten grondslag lag, zou niet mogelijk zijn omdat het om belangen ging die los stonden van die van de appellant. Met die belangen zou alleen rekening kunnen worden gehouden als zij door de behartigster daarvan als 'partij' zouden worden ingebracht.[2] (4) Omdat de gemeente Beerta rechtstreeks belanghebbende was, kon zij op grond van artikel 54, eerste lid, van de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie als partij worden toegelaten. (5) Dat de gemeente als rechtstreeks belanghebbende ook zelf beroep had kunnen instellen, deed niet terzake.

Aan deze uitspraak van het CBB kan, dunkt mij, de volgende uitgangspositie van de administratieve rechter worden ontleend. Blijkt dat een ander zwaarwegend belang bij het bestreden besluit is betrokken dat niet door de appellant als belang

1 Aldus ook Peters in zijn noot.

2 Peters merkte in zijn annotatie op dat het 'natuurlijk ook mogelijk (was) geweest dezelfde feiten te achterhalen zonder de gemeente als partij in het geding te halen'. Dat had echter niet kunnen leiden tot een honorering van het door de gemeente gestelde (openbaar) belang.

kan worden ge(re)presenteerd maar dat in de bestuurlijke afweging een essentiële factor had moeten vormen en bij toekenning van het rechtens juiste gewicht wellicht tot een ander, voor appellant gunstiger, besluit had moeten leiden, dan dient, als de wet de mogelijkheid opent om de drager van dat belang als partij in het geding te roepen, die belanghebbende de gelegenheid te krijgen om als partij deel te nemen, ook al heeft hij niet zèlf de voor hem openstaande bestuursrechtelijke voorziening benut.

Arob-rechtspraak

Een dergelijke uitgangspositie vinden we ook in de Arob-jurisprudentie. Op grond van de artikelen 76 en 78 van de Wet op de Raad van State (oud) moesten 'de belanghebbenden' bij de behandeling van het geschil worden betrokken (de term 'partijen' kende de wet niet). Relevante rechtspraak die betrekking heeft op de toepassing van die bepalingen, heb ik niet kunnen vinden. Voor Arob-rechtspraak die relevant is voor mijn onderwerp, zal dus de schijnwerper moeten worden gericht op de toepassing van artikel 14 Wet Arob, waar in die bepaling was voorgeschreven dat 'zonodig andere belanghebbenden' in de gelegenheid moeten worden gesteld om zich te doen horen. Voor het punt dat hier aan de orde is, is het van belang of volgens de Arob-rechter een belanghebbende met een gewichtig belang dat rechtstreeks betrokken is bij een door een andere belanghebbende in bezwaar bestreden besluit, in de gelegenheid moet worden gesteld te worden gehoord (dus als 'partij' moet worden aangemerkt) *óók in het geval die belanghebbende zèlf tegen het besluit een Arob-bezwaar had kunnen indienen maar dat niet heeft gedaan.*

Duidelijkheid op dit punt biedt de uitspraak waarbij het beroep tegen een in bezwaar gehandhaafde aanzegging tot bestuursdwang kennelijk gegrond werd geoordeeld omdat de belanghebbende 'om wie het eigenlijk ging' niet als partij in de bezwarenprocedure was betrokken.[1] De Arob-rechter zat daar op hetzelfde spoor als het CBB: het niet zelf gebruik maken van de openstaande bestuursrechtelijke voorziening impliceert niet zonder meer dat de belanghebbende de mogelijkheid heeft verwerkt om als 'partij' in die voorziening te participeren.

> Aan de gebruikster van een op een erf geplaatste sta-caravan was aangezegd die caravan te verwijderen. Bij de behandeling van de zaak bleek dat de caravan door appellante gebruikt werd 'ten behoeve van de huishoudelijke en andere werkzaamheden welke zij en haar gezinsleden verrichten' voor de bejaarde eigenares van het perceel (die daarop haar woning had). De verwijdering van de sta-caravan zou tot gevolg hebben dat de 'alleenstaande bejaarde die niet in staat is bedoelde werkzaamheden zelf te verrichten, verstoken zal blijven van huishoudelijke en sociale hulp.' Nu burgemeester en wethouders verzuimd hadden om die bejaarde dame in de gelegenheid te stellen om te worden gehoord (dus om als 'partij' in de bezwarenfase

1 Vz. Afd. rechtspraak RvS 13 mei 1983, tB/S II, nr. 136.

te participeren), werd het bestreden besluit vernietigd omdat het wegens strijd met artikel 14 Wet Arob kennelijk niet in stand kon blijven.
Het was dus klaarblijkelijk niet voor discussie vatbaar dat de bejaarde eigenares als 'partij' in de bezwarenprocedure had moeten worden betrokken. In feite ging het om háár belang; aan dat belang had bij de besluitvorming in primo en in bezwaar aandacht moeten worden besteed en het vormde bij de toepassing van de bestuursrechtelijke bevoegdheid die ter discussie stond een essentiële factor in de afweging. Omdat de dame door de bestuursdwangaanzegging (die niet tot haar was gericht) rechtstreeks in haar belang werd geraakt, had zij zelf daartegen binnen de termijn een Arob-bezwaar kunnen indienen. Dat had zij niet gedaan. Dat gegeven vormde voor de rechter echter geen belemmering om te eisen dat zij (alsnog) als 'partij' in de bezwarenprocedure had moeten worden betrokken.

Ook hier werd de belanghebbende die eigenlijk het meest gewichtige en met het oog op het slagen van het bezwaar/beroep doorslaggevende belang kon stellen, als 'partij' aangemerkt zonder dat acht werd geslagen op de vraag of die belanghebbende niet zelf van de openstaande voorziening gebruik had moeten maken.

Zowel in deze zaak als in het geval van de gemeente Beerta die door het CBB als partij in het geding was geroepen, had de als partij aangemerkte belanghebbende een eigen, van dat van de appellant geheel los staand belang. Dat neemt niet weg dat die niet samenvallende en niet overeenkomstige belangen in die zin als 'parallelle' belangen kunnen worden aangemerkt, dat de dragers van die belangen beiden gebaat waren bij eenzelfde uitkomst van de procedure. Opmerkelijk is dat in beide zaken een derde met een *parallel* belang die geen gebruik had gemaakt van de voor hem openstaande bestuursrechtelijke voorziening, als partij in het geding werd betrokken.

Door de rechter te hanteren criteria

In de praktijk zal het niet vaak voorkomen dat een derde-belanghebbende die tegen het op bezwaar genomen besluit beroep had kunnen instellen, na het verstrijken van de beroepstermijn zelf verzoekt om via toepassing van artikel 8:26 Awb als partij aan het geding te mogen deelnemen. Dat zal, zo verwacht ik, alleen gebeuren als een derde per vergissing of ten gevolge van een verkeerde (juridische) voorstelling van zaken zelf van zijn beroepsrecht geen gebruik heeft gemaakt maar zich wel als partij beschouwt. Noch de wet, noch de rechtspraak dwingt dan tot de conclusie dat toelating als partij rechtens niet toelaatbaar is (tenzij het gaat om een bezwaarde die niet-ontvankelijk was verklaard in zijn bezwaar).

Zien we het verdedigingsbeginsel als de primaire grondslag voor een eventuele verplichting van de rechter tot toepassing van artikel 8:26 Awb, dan doet zich in zo'n geval wel het probleem voor dat, goed beschouwd, de derde-belanghebbende juist heeft afgezien van een verdediging van zijn rechten en belangen, doordat hij geen gebruik heeft gemaakt van het hem toekomende beroepsrecht. Zijn positie en zijn belangen waren onmiskenbaar betrokken bij de totstandkoming van het

op bezwaar genomen besluit en de belangenafweging die daaraan ten grondslag heeft gelegen, maar hij heeft verzuimd om tijdig zijn belangen 'in te brengen' in de vervolgfase, waarin het op bezwaar genomen besluit het object is van het door de rechter te beslissen geschil. In zo'n situatie zal de rechter, dunkt mij, twee redenen kunnen vinden om de belanghebbende toch de gelegenheid te bieden om als partij aan het geding deel te nemen.

De eerste reden kan zijn dat hij van oordeel is dat de belanghebbende geen verwijt valt te maken dat hij niet zelf beroep heeft ingesteld. De in het licht daarvan te beantwoorden vragen vallen overigens niet samen met die, welke aan de orde komen bij toepassing van artikel 6:11 Awb, dat betrekking heeft op de verschoonbare termijnoverschrijding.

> Valt de derde-belanghebbende die verzoekt om toelating als partij onder de categorie van gevallen waarin moet worden geconstateerd dat bij te late indiening van het beroep redelijkerwijs niet kan worden geoordeeld dat hij in verzuim is geweest, dan zal zijn verzoek naar mijn oordeel moeten worden opgevat als een (te laat ingesteld) beroep dat met toepassing van artikel 6:11 Awb alsnog kan worden ontvangen. In dat geval is de derde-belanghebbende (alsnog) appellant en dus als zodanig partij. Buiten die gevallen zal de rechter het verzoek van een derde om toelating als partij op grond van artikel 8:26 Awb moeten beoordelen. Hij zal zich dan niet moeten oriënteren op de criteria die bij toepassing van art. 6:11 Awb in acht worden genomen.

Een eventuele terughoudende toepassing van artikel 6:11 Awb zal gegrond zijn op de bescherming van het belang van de rechtszekerheid van het bestuursorgaan dat het bestreden besluit heeft genomen en de personen voor wie door dat besluit rechtsgevolgen in het leven zijn geroepen. In de hier besproken gevallen is dat niet aan de orde, omdat immers tegen het besluit binnen de termijn (door een andere belanghebbende) beroep is ingesteld. Een terughoudende opstelling bij toepassing van artikel 8:26 Awb is met het oog op de rechtszekerheid van het bestuursorgaan en van de geadresseerde(n) van het besluit dus niet vereist. In principe zal de rechter slechts acht moeten slaan op het (openbare) belang van een adequate rechtsbescherming, het belang van de degene die om toelating op grond van artikel 8:26 Awb verzoekt en het belang van degenen die reeds partij zijn in het geding. Zou de rechter een verzoek van een derde tot toelating als partij honoreren omdat deze de rechter ervan heeft kunnen overtuigen dat het ongebruikt laten van de mogelijkheid om zelf beroep in te stellen berustte op een onjuiste (juridische) beoordeling van de gang van zaken, dan zie ik niet dat die rechterlijke beslissing van een onjuiste belangenafweging zou getuigen. Ook kunnen er andere plausibele redenen voor de derde-belanghebbende zijn geweest om af te zien van het instellen van beroep, al dan niet in de verwachting dat bij de behandeling van het door de 'medestrijders' ingediende beroep nog de mogelijkheid zou bestaan om aan het proces deel te nemen.

Een tweede reden kan zijn gelegen in het gegeven dat het belang van een derde bij de toetsing van het in beroep bestreden besluit zal moeten worden betrokken en dat een aparte (re)presentatie van dat belang vereist is omdat het naar zijn aard

en gewicht verschilt van de belangen die door de appellanten reeds zijn 'ingebracht'. Goed beschouwd is dan in feite de vraag aan de orde of het belang van de partijen of het vereiste van een adequate rechterlijke toetsing die deelname van de derde-belanghebbende vordert, ook al heeft hij daartoe niet zelf het initiatief genomen. Is het voor de bezwaarde B (die wèl beroep heeft ingesteld) van belang dat de positie en de belangen van de persoon A (die géén gebruik heeft gemaakt van zijn beroepsmogelijkheid) in de rechterlijke toetsing van de belangenafweging worden betrokken, dan zal de rechter geen adequate rechtsbescherming kunnen verlenen als hij niet besluit tot het als partij in het geding betrekken van A (zoals we zagen bij de gemeente Beerta, en de bejaarde dame die hulp door de aangeschreven caravan-bewoonster behoefde). In zo'n geval wordt de vraag of een belanghebbende subjectief *behoefte* heeft aan deelname als partij verdrongen door de vraag of daarvoor *objectief* een grond bestaat met het oog op de bescherming van belangen van een partij of op het vereiste van deugdelijke rechterlijke toetsing van het bestreden besluit en de daaraan ten grondslag liggende besluitvorming, argumentatie en belangenafweging.

5.4 De positie van de derde-belanghebbende bij een geding waaraan geen beroep of bezwaar is voorafgegaan

De uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure als vóórfase

Een aparte positie wordt ingenomen door de personen die 'partij' in een vóórfase zijn geweest die niet een administratief beroep of een bezwarenprocedure heeft omvat. Uit artikel 7:1 Awb blijkt dat zo'n situatie zich zal kunnen voordoen als het bij de rechter bestreden besluit betrekking heeft op goedkeuring of weigering van goedkeuring (artikel 7:1, eerste lid onder c) of als het besluit is voorbereid met toepassing van een uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure (artikel 7:1, eerste lid onder d). Een bespreking van het eerste geval laat ik achterwege; zulke gevallen zullen zich sporadisch voordoen. Gevallen waarin de vóórfase geen beroep of bezwaar maar een uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure heeft omvat, zullen zich wèl vaak voordoen. In geschillen over milieukwesties en op het gebied van de ruimtelijke ordening gaat het immers vrijwel altijd om besluiten die via een uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure tot stand zijn gekomen.

> De eventuele toepassing van artikel 8:26 Awb kan dan aan de orde komen, omdat die bepaling op grond van artikel 36 van de Wet op de Raad van State van toepassing is op de behandeling van het beroep dat in eerste en enige instantie bij de Afdeling bestuursrechtspraak kan worden ingesteld.

Maar ook buiten het terrein van het milieurecht en de toepassing van de Wet op de ruimtelijke ordening zullen besluiten tot stand komen met toepassing van de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure. Artikel 3:14 Awb opent immers

de mogelijkheid voor een bestuursorgaan om op *ieder* besluit waarvoor het dat aangewezen acht, die procedure van toepassing te verklaren. De eventuele toepassing van artikel 8:26 Awb zal dus in de volgende situatie aan de orde kunnen komen.

Het bestreden besluit is voorbereid met toepassing van een uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure, waarin een persoon A bedenkingen heeft ingebracht. Het besluit dat door het bestuursorgaan wordt genomen, komt aan de bedenkingen tegemoet. Een andere persoon B stelt tegen dat besluit beroep in bij de rechter. Mag of moet A door de rechter in de gelegenheid worden gesteld als partij aan het geding deel te nemen?

> Voorbeelden: (a) Het gemeentebestuur is voornemens om in een bepaalde wijk een 'tippelzone' aan te wijzen. Met betrekking tot die aanwijzing wordt de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure gevolgd. Enkele honderden bewoners beklagen zich in die procedure. Dat leidt ertoe dat schriftelijk bekend wordt gemaakt dat van het voornemen is afgezien. Tegen dat besluit wordt door een belangenvereniging van prostituées beroep ingesteld. Meer dan twee honderd bewoners wensen bij de behandeling van dat beroep hun standpunt naar voren te brengen. (b) Met betrekking tot een aanvraag voor de milieuvergunning ten behoeve van een uitbreiding van een garage en autospuiterij is de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure gevolgd. Een veertigtal omwonenden heeft bedenkingen ingebracht. De aanvraag wordt afgewezen, waartegen de aanvrager in beroep gaat.

Is het besluit dat via een uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure is tot stand gekomen in het nadeel uitgevallen van de derden die bij die procedure betrokken zijn geweest, dan zullen in het algemeen die derden tegen het besluit in beroep gaan. In zulke gevallen zijn die derden als appellant als zodanig partij. Toepassing van artikel 8:26 Awb zal alléén aan de orde komen als in het beroep bij de rechter die personen als *derden* zouden kunnen worden toegelaten, dus als een ander beroep heeft ingesteld.

Gaat het om een beroep waarin van de rechter verlangd is om zelf in de zaak te voorzien of waarin hij voornemens is om ambtshalve zelf in de zaak te voorzien, dan zal hij, zoals gezegd, alle belanghebbenden wier belang in de afweging is betrokken en wier belang bij het treffen van de voorziening zal worden geschaad, in de gelegenheid moeten stellen om als partij te participeren. Dat geldt ook in de hier besproken gevallen.

In andere gevallen zal hij moeten nagaan in hoeverre het verdedigingsbeginsel of het vereiste van adequate rechtsbescherming en van deugdelijke rechterlijke toetsing meebrengt dat personen op verzoek of ambtshalve in de gelegenheid worden gesteld om ten processe hun visie op hun positie en belangen te geven. Wat ik op die punten in het voorgaande heb geschreven, zal in principe ook opgaan voor de belanghebbenden die niet met een voorgeschakelde beroeps- of bezwarenprocedure maar met een uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure te

maken hebben gehad. Toch is er een punt dat om bijzondere aandacht vraagt en dat in de praktijk tot een andere opstelling van de rechter zal kunnen leiden.

Ruimere kring van betrokken personen

Het bijzondere van de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure is, dat deze voor een grotere kring van personen openstaat dan die van de belanghebbenden in de zin van de Awb. Artikel 3:24 Awb en artikel 3:32 Awb openen immers de mogelijkheid voor *'een ieder'* om bedenkingen in te brengen. Dat betekent dat in de vóórfase heel wat méér personen betrokken zullen zijn dan degenen die in de fase van het beroep als derde partij betrokken kunnen zijn. Artikel 8:26, eerste lid, Awb biedt immers uitsluitend de mogelijkheid om *belanghebbenden* in de gelegenheid te stellen om als partij aan het geding deel te nemen.

Een deel van de personen die bedenkingen hebben ingebracht tijdens de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure, staan dus in de vervolgfase buiten spel: wie niet behoort tot degenen wier belang rechtstreeks bij het bestreden besluit is betrokken en wie dus geen belanghebbende is in de zin van artikel 1:2, eerste lid, Awb kan niet als partij worden toegelaten op grond van artikel 8:26 Awb. De rechtbank (en in hoger beroep de Afdeling bestuursrechtspraak of de CRvB) staan dus voor de taak om personen die er een beroep op doen dat zij in de vóórfase als 'partij' hebben gefungeerd buiten het geding te houden als blijkt dat zij niet voldoen aan het criterium van 'rechtstreeks bij het besluit betrokken'.

De situatie bij beroep dat niet gegrond is op artikel 8:1 Awb en dat op grond van een bijzondere wet rechtstreeks openstaat op de Afdeling bestuursrechtspraak (zoals bij milieuvergunningen en bestemmingsplannen) is nog gecompliceerder. Zulke beroepen zijn soms opengesteld voor een ieder (of voor een ieder die in het voortraject van de voor 'een ieder' openstaande voorzieningen gebruik heeft gemaakt). Bij de rechter kan dus als appellant een veel ruimere kring personen als zodanig partij zijn, dan de kring van de belanghebbenden in de zin van de Awb.

De merkwaardige situatie doet zich dan voor dat iemand die niet behoort tot de categorie van rechtstreeks belanghebbenden maar die toch in de vóórfase bedenkingen heeft kunnen inbrengen, wèl partij zal kunnen zijn in het rechterlijk geding als zijn bedenkingen niet gehonoreerd zijn en hij dus beroep zal instellen, maar dat hij geen partij zal kunnen zijn via toelating op grond van artikel 8:26, eerste lid, Awb, als zijn bedenkingen hebben geleid tot een voor hem gunstig besluit, waartegen een ander beroep bij de rechter heeft ingesteld. Op grond van artikel 8:26 Awb kunnen immers alleen *belanghebbenden* in de zin van de wet een mogelijkheid tot deelname als partij claimen.

Strikte toepassing of 'piep-systeem'?

Een rechter die artikel 8:26 Awb strikt wil toepassen zal zich bij geschillen over besluiten die zijn voorbereid via een uitgebreide openbare voorbereidingsproce-

dure een omvangrijk onderzoek op de hals halen en bovendien genoopt zij tot voor de burger pijnlijke en onbegrijpelijke beslissingen. Hij zal moeten uitzoeken wie wel en wie niet tot de kring van de *rechtstreeks* belanghebbenden kan worden gerekend en zal de derden-belanghebbenden die daartoe niet behoren moeten meedelen dat zij in de vervolgfase niet meer als partij kunnen meedoen. In de praktijk zal aan zo'n handelwijze bij de rechter weinig behoefte bestaan.

Vast staat dat als het gaat om besluiten die met een uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure zijn tot stand gekomen, doorgaans een grote groep burgers in de procedure zal zijn betrokken. Gaat het om een groep die gelijkluidende argumenten heeft, prima facie gelijksoortige belangen stelt, en als groep opereert, dan zal de rechter, als hem duidelijk is dat één of meer van de personen van die groep belanghebbende is in de zin van de Awb, het verloren tijd vinden om uit te zoeken wat de 'kwaliteit' van de andere 'leden' van de groep is. Bovendien zal het op de burger die samen met anderen voor één zaak opkomt, uitermate vreemd overkomen dat na de fase waarin een ieder van de groep eenzelfde klachtrecht had, plotseling een aantal personen buiten spel wordt gezet (bijvoorbeeld omdat die niet op 112 maar op 156 meter afstand van de litigieuze 'tippelzone' woonachtig zijn). Het ligt dan voor de hand dat de rechter, als het gaat om een groep personen met gelijkluidende klachten en volstrekt parallelle belangen, zonder nader onderzoek die groep als partij toelaat als tot die groep één of meer belanghebbenden behoren die voor toelating in acht zouden komen.

> Zo oordeelde de Afdeling rechtspraak dat gedeputeerde staten bij de behandeling van een Arob-bezwaar dat door 396 personen was ingediend in verband met de realisering van woonwagenstandplaatsen, zich niet behoefden te begeven in de vraag wie van die bezwaarden wèl en wie niet tot de belanghebbenden in de zin van de wet Arob konden worden gerekend. De Afdeling overwoog dat de 'ingediende bezwaren als voor elk hunner gelijkelijk geldend' naar voren zijn gebracht, en dat in het bezwaarschrift niet is 'onderscheiden tussen de bij deze aangelegenheid betrokken belangen van elk of enige van deze appellanten afzonderlijk'. Nu volgens de Afdeling als vaststaand moest worden aangenomen dat 'althans enigen van de appellanten' rechtstreeks in hun belang waren getroffen was zij van oordeel dat 'verweerders terecht een beslissing ten gronde op het bezwaarschrift hebben genomen, zonder dat zij zich behoefden in te laten met de vraag naar de ontvankelijkheid van het overige gedeelte der ondertekenaars.'[1]

In de praktijk zal de rechter via een 'piep-systeem' kunnen werken. Dan bedoel ik niet een 'piep-systeem' in die zin dat personen die bij de totstandkoming bedenkingen hebben ingebracht, alléén de gelegenheid wordt geboden om als partij aan het geding deel te nemen als daartoe uitdrukkelijk een verzoek wordt gedaan. Waar het in beroep bestreden besluit tegemoet komt aan ingebrachte bedenkingen en gegrond is op een oordeel over de belangen die in de vóórfase door degenen die bedenkingen hebben ingebracht zijn verdedigd, brengt, zoals

1 Afdeling rechtspraak RvS 1 okt. 1985, AB 1986, 198.

ik hiervoor heb uiteengezet, zowel het verdedigingsbeginsel als het vereiste van deugdelijke rechterlijke toetsing met zich dat die belangen ten processe door de belanghebbenden moeten kunnen worden verdedigd. Die belanghebbenden zullen dus ambtshalve in de gelegenheid *moeten* worden gesteld om als partij te participeren, zeker als de kans bestaat (wat juist bij geschillen over bijvoorbeeld milieuvergunningen het geval kan zijn) dat de rechter zelf in de zaak zal voorzien.

Met het oog op het feit dat het in veel gevallen een ondoenlijke klus zal zijn om de grote groep personen die bedenkingen hebben ingebracht te schiften op wel en niet rechtstreeks belanghebbenden, zou de rechter er in zulke gevallen goed aan doen om iedereen die bedenkingen heeft ingebracht in de gelegenheid te stellen om aan het geding deel te nemen, met uitzondering van diegenen waarvan prima facie kan worden vastgesteld dat zij niet tot de belanghebbenden in de zin van de Awb kunnen worden gerekend. Het piep-systeem zou dan betrekking hebben op de mogelijkheid dat verweerder of appellant *bezwaar* maakt *tegen toelating* als partij van een persoon die tot de groep behoort maar die volgens die 'pieper' niet als een rechtstreeks belanghebbende kan worden beschouwd. In dat geval zal, dunkt mij, de rechter er niet aan ontkomen om te beoordelen of die persoon kan worden aangemerkt als een belanghebbende in de zin van de Awb, wat immers een voorwaarde vormt voor de toepassing van artikel 8:26 Awb.