EEK
IR

Het nieuwe bestuursprocesrecht

VERSLAG VAN

DE ALGEMENE VERGADERING

OP 29 APRIL 1994 TER BEHANDELING VAN

DE PREADVIEZEN VAN

MR. D. ALLEWIJN

PROF. MR. P. NICOLAÏ

MR. M. SCHREUDER-VLASBLOM

D TJEENK WILLINK
3

113

VAR REEKS

HET NIEUWE BESTUURSPROCESRECHT

VAR-reeks
113

HET NIEUWE BESTUURSPROCESRECHT

VERSLAG VAN DE ALGEMENE VERGADERING
VAN DE VERENIGING VOOR
ADMINISTRATIEF RECHT

GEHOUDEN OP 29 APRIL 1994
TER BEHANDELING VAN DE PREADVIEZEN VAN

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

SAMSOM H.D. TJEENK WILLINK ALPHEN AAN DEN RIJN 1995

Aanbevolen citeerwijze: VAR 113

Colofon:
Letter: Times
Omslagontwerp: Wim Bottenheft, Marijenkampen
Zetwerk: Sander Pinkse Boekproduktie
Druk en afwerking: Alfa Base, Alphen aan den Rijn

CIP-gegevens

ISBN 90 6092 805 9
NUGI 693

© 1995 Vereniging voor administratief recht
Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvuldigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1921 j^{o} 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 wettelijke verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient u zich te richten tot: Samsom H.D. Tjeenk Willink bv, Postbus 316, 2400 AH Alphen aan den Rijn.

Inhoud

Rede van de voorzitter, mr. J.B.J.M. ten Berge 7

Interventies (ochtendgedeelte)
Mw.mr. E.M. Wesseling-van Gent 13
Mr. J. Boesjes 16
Mr. A.Q.C. Tak 20
Mr. G.R.J. de Groot 26
Mr. Th.G. Drupsteen 29

Beantwoording door de preadviseurs (ochtendgedeelte)
Mw.mr. M. Schreuder-Vlasblom 32
Mr. D. Allewijn 34
Mr. P. Nicolaï 36

Interventies (middagdeelte)
Mr.drs. B.M.J. van der Meulen 40
Mr. E. Helder 42
Mr. A.J. Kuipers 43
Mr. M.B. Koetser 45
Mr. R.J.G.M. Widdershoven 48
Mr. B.J. Schueler 50
Mr. J.J. Bade 51
Mr. J.H. Blauw 52
Mr. A.H.J. Lennaerts 53
Mr. N. Verheij 53

Beantwoording door de preadviseurs (middaggedeelte)
Mw.mr. M. Schreuder-Vlasblom 55
Mr. D. Allewijn 62
Mr. P. Nicolaï 69

Overzicht van de preadviezen uitgebracht voor de VAR 73

Rede van de voorzitter, mr. J.B.J.M. ten Berge

Bestuursrecht is niet uitsluitend Awb-recht

Op 1 januari 1994 is voor het bestuursrecht als het ware een nieuwe jaartelling begonnen. Feestelijk is de inwerkingtreding van de Algemene wet bestuursrecht [Awb] gevierd met een toogdag op 27 januari 1994, waar een groot aantal leden van onze vereniging aanwezig was. We leven nu als Awb-mensen[1] in een Awb-tijdperk. Het openbaar bestuur is Awb-bestuur, de regels zijn nu 'Awb-proof' en de administratieve rechter is in eerste instantie een Awb-rechter geworden. Natuurlijk zijn we allemaal nog niet volmaakt Awb-geprogrammeerd: we zijn allen, naar analogie van de aio's, oio's en raio's, *Awb-io*, Awb in opleiding. Maar, zo vraag ik mij af, is bestuursrecht ook uitsluitend Awb-recht? Is bestuursrechtswetenschap slechts Awb-wetenschap?

De Awb is enorm belangrijk voor de praktijk en de wetenschap van het bestuursrecht en zal ook de komende jaren veel aandacht van ons allen vragen. Allerlei wettelijke voorschriften, beleidsregels en bestuurspraktijken moesten worden aangepast. Bestuurders, ambtenaren, rechters en burgers hebben hun verkeer moeten inrichten en laten plaatsvinden volgens de spelregels van de Awb. Voor de komende jaren is met name van belang hoe de verdere rechtsontwikkeling op basis van de lang niet altijd scherpe regels van de Awb zal plaatsvinden.

Onmiskenbaar is dat het Awb-project in samenhang met het project 'herziening van de rechterlijke organisatie' de stoot heeft gegeven tot een enorme stroom publikaties, variërend van lovende beschrijvingen tot kritische commentaren. Op dit moment zien we dat vele bestuursrechtelijke publikaties – dissertaties, monografieën, tijdschriftartikelen en annotaties – als het maar even kan een link leggen met het gedachtengoed, de artikelen of de parlementaire geschiedenis van de Awb. Er is als het ware een gemeenschappelijk kennisgoed gegroeid, dat men stukje bij beetje kan uitbreiden en waartegen men zich kan afzetten. Anders gezegd: de wetenschappelijk-communicatieve waarde van de Awb is erg groot. Ook ik betrap me er vaak op dat ik, bij het plaatsen van nieuwe ontwikkelingen, mijzelf de vraag stel: hoe verhoudt zich dat met de Awb?

Maar zijn er ook schaduwzijden aan deze dominantie van de Awb in ons wetenschappelijk discours? Wordt de Awb niet te veel een harnas dat een bredere

1 L.J.A. Damen, 'Bestaat de Awb-mens?', in J.L. Boxum e.a., *Aantrekkelijke gedachten*, Kluwer Deventer 1993, blz. 109 e.v.

ontwikkeling van het algemeen bestuursrecht belemmert? Enkele bezwaren laten zich gemakkelijk noemen.

a. De aantrekkelijkheid van de Awb kan ook te groot zijn. Het zou onverstandig zijn als elke bestuursrechtbeoefenaar zich vanuit een gevoelen erbij te willen horen zou beperken tot de studie van de Awb. Bestuursrecht wordt aldus een monocultuur.

b. Ook het tweede gevaar zien we al opdoemen. De versterking van de interne structuur van het bestuursrecht door de Awb richt ons bestuursjuristen weer meer op onszelf. Er is minder aanleiding en minder tijd om te kijken naar andere rechtsgebieden. Illustratief is dat ook in de preadviezen voor de vergadering van vandaag de harmonisatie met het civiele procesrecht relatief onderbelicht is gebleven. Allewijn blijkt zich van dit harnas bewust te zijn als hij de optie ter sprake brengt van een 'Wetboek van rechtsvordering', een optie die door de Awb een stuk verder weg is komen te liggen.

c. Een derde gevaar: veel bestuursrechtelijk onderzoek is door de fixatie op de Awb positiefrechtelijk onderzoek. Drupsteen heeft erop gewezen dat de studenten door fixatie op de Awb een eenzijdig beeld van het bestuursrecht krijgen: eenzijdige normstelling, sterk juridisch, procedureel, bestuurlijk-inhoudelijk in bepaalde opzichten misschien minder relevant, en ook minder politiek en maatschappelijk betrokken. Voor hem ligt de essentie van het bestuursrecht niet in de noodzaak procedures of bestuursverhoudingen te regelen, maar in de langzaam gegroeide overtuiging dat alleen via de overheid bepaalde zaken in ons land enigszins bevredigend kunnen worden behartigd. Juist de bijzondere bestuursrechten bieden een tegenwicht: daarin komen de problemen van onder meer de armenzorg, het onderwijs en het milieu aan de orde.[2]

Ik wil niet volstaan met te wijzen op gevaren. Dat heeft iets negatiefs, iets don-quichotterigs. In het vervolg van deze rede vraag ik aandacht voor drie terreinen, grotendeels naast of buiten de Awb, die buitengewoon belangrijk zijn voor de toekomstige ontwikkeling van het bestuursrecht. Het gaat om terreinen waarop de bestuursrechtbeoefening verder kan expanderen.

1. Privatisering en niet-statelijke collectieve sector

Vroeger waren we gewend de 'buitengrenzen' van het bestuursrecht te laten bepalen door het begrip 'beschikking'. Ook heden ten dage is, zoals het preadvies

2 Th.G. Drupsteen, 'Wat betekent de Awb voor de normstelling voor het bestuur in de praktijk?', in *Aantrekkelijke gedachten, de Algemene wet bestuursrecht, verslag van een congres op 19 maart 1993 te Groningen*, Rijksuniversiteit Groningen 1993, blz. 55 en 56.

van Allewijn laat zien, de beschikking nog steeds buitengewoon belangrijk. Allengs hebben we echter de buitengrenzen van het bestuursrecht opgerekt, en we zijn nu geneigd ze bij het begrip 'bestuursorgaan' te leggen. Bestuursrecht is in die visie – ook mevrouw Schreuder wijst er in haar preadvies op – objectgebonden recht, namelijk het recht dat betrekking heeft op verhoudingen waarbij de overheid in de vorm van bestuursorganen betrokken is. Ook het privaatrechtelijke en feitelijke handelen van de overheid wordt mede beheerst door normen van publiekrechtelijke aard. Het orgaanbegrip van artikel 1:1 Awb is mede in dat licht ruimer geformuleerd.

Maar wordt daarmee alles wat bestuursrechtelijk relevant is ook gecovered? Die vraag komt op wanneer men de huidige praktijk van de privatisering waarneemt. Allerlei diensten die binnen de overheid werkzaam zijn, worden verzelfstandigd of geprivatiseerd. Publiekrechtelijke verzelfstandiging is geen probleem, omdat deze binnen de grenzen van het orgaanbegrip van de Awb blijft, maar met overheidsstichtingen en -vennootschappen ligt het al iets moeilijker: daar is het de vraag of gezag wordt uitgeoefend en of de overheid overwegende invloed heeft. Privatisering naar *niet* onder overwegende overheidsinvloed staande stichtingen en vennootschappen impliceert een wegkruipen onder de deken van de Awb. Mijn indruk is dat bij privatisering in concrete gevallen niet wordt gelet op de vraag of de betrokken verzelfstandigde club nu wel of niet onder de Awb moet vallen. Het antwoord op die vraag komt tot stand door min of meer toevallige factoren, namelijk overwegingen die betrekking hebben op het concrete privatiseringsproject.

Nu zouden we ons kunnen afvragen of er wel sprake zou moeten zijn van een relevante grens. De verstatelijkte private sector, anders gezegd de niet-statelijke collectieve sector, is voor onze sociale rechtsstaat van vitaal belang en bestaat slechts bij de gratie van de overheid. De sociale grondrechten krijgen vaak in de dienstverlening door privaatrechtelijk gestructureerde instituties gestalte. Zij behoren niet echt tot het particuliere domein, maar, zoals gezegd, tot het niet-statelijke collectieve domein. Voor dat collectieve domein dienen toch bestuursrechtelijk soortgelijke regels te gelden als te vinden zijn in de hoofdstukken 2, 3 en 4 van de Awb? In tal van bijzondere wetten zien we al dat deze collectieve sector bestuursrechtelijk is ingekaderd.

Juist de bijzondere bestuursrechten, op het gebied waarvan de bedoelde instituties figureren, – ik denk aan het welzijnsrecht, het gezondheidsrecht, het onderwijsrecht en het huisvestingsrecht – zijn dogmatisch voor het algemeen bestuursrecht heel leerzaam. Ik wijs erop dat in de Awb een bipolaire relatie, namelijk de rechtsbetrekking tussen bestuursorganen aan de ene kant en belanghebbenden aan de andere kant, een belangrijke plaats inneemt. In veel bestuursrechtelijke wetten komt echter een driehoeksverhouding tot uiting, een verhouding tussen bestuursorganen, niet-statelijke collectieve instituties en cliënten. In toenemende mate ligt in de bijzondere bestuursrechten niet het zwaartepunt op de verhouding tussen overheid en particuliere instituties, maar op de relatie tussen niet-statelijke collectieve instituties en cliënten. Een deel van het bestuurs-

recht is erop gericht de rechtsverhouding tussen de twee laatstgenoemde partners in het veld te reguleren.

Mensen die hebben gestudeerd op zelfregulering, weten dat dit een buitengewoon belangrijk terrein is. Het is in ieder geval een terrein dat voor het bestuursrecht de komende jaren in toenemende mate van belang zal zijn en dat dan ook aandacht zal moeten krijgen.

Tot zo ver enige opmerkingen over het terrein van de privatisering, van het maatschappelijke middenveld, waar bij wijze van spreken bestuursrechtelijk groeipotentieel ligt.

2. Het meerzijdige rechtshandelen

De Awb staat toch vooral in het teken van het 'besluit'-begrip. De bepalingen van hoofdstuk 2, de schakelbepaling van artikel 3:1 tweede lid en het ruimere begrip 'besluit' dan we in de sfeer van de Wet Arob gewend waren, leiden ertoe dat voorbereidingsbesluiten inzake privaatrechtelijke rechtshandelingen ten dele ook onder de Awb vallen. Daarmee lijkt het echter afgelopen te zijn, terwijl er toch enorm veel wordt geschreven over convenanten. De Awb-makers zijn op dit moment niet geneigd daaraan veel aandacht te besteden. In de derde en naar het zich laat aanzien ook in de vierde tranche kunnen we geen regeling van de publiekrechtelijke overeenkomst verwachten. Ook de commissie-Kortmann is tot de conclusie gekomen dat de rechtsontwikkeling op dit moment geen aanleiding vormt om over te gaan tot een wettelijke regeling van convenanten. In de literatuur wordt weliswaar betoogd dat zo'n wettelijke regeling, zij het van summiere aard, er eens moet komen, maar men laat in het midden waaruit die regeling zou moeten bestaan.[3] Ook de preadviseurs Schreuder en Allewijn raken op diverse plaatsen in hun preadviezen aan de convenanten.

Ik ben van mening dat het verschijnsel convenant zo vergaand op zich heen grijpt, dat op den duur, even afgezien van de wetgeving, bestuursrechtelijke inkadering onvermijdelijk is. Naarmate convenanten in concrete juridische procedures steeds meer mede een punt van geschil vormen, zal de jurisprudentie ter zake een leerstuk gaan vormen. Wie iets van de geschiedenis van het bestuursrecht weet, beseft waarop dit op den duur waarschijnlijk zal uitdraaien. Het aangaan door het bestuursorgaan van een convenant met betrekking tot de hantering van publiekrechtelijke of privaatrechtelijke bevoegdheden zal analoog aan de beleidsregel worden gekenschetst als een 'besluit'. Vervolgens zullen de regels van hoofdstuk 2, van hoofdstuk 3 en ten dele van titel 4.1 van toepassing zijn. Bovendien zullen door de jurisprudentie bepalingen worden ontwikkeld naar analogie van de in de derde tranche opgenomen titel 4.4 over beleidsregels.

Een en ander roept de vraag op waarom men in de Awb slechts een regeling inzake beleidsregels zou opnemen terwijl het concrete beleidsconvenant in de praktijk minstens zo veel voorkomt en het overheidsorgaan in zijn latere hantering

3 O.a. W. Konijnenbelt, 'De laatste loodjes', in *Aantrekkelijke gedachten*, a.w., blz. 84-85.

van bevoegdheden evenzeer bindt, zodat het in het maatschappelijk verkeer een even grote impact heeft.

Hoe het ook zij – ik daal nu af naar het concrete –, ook met een gedeeltelijke codificatie van het convenant in de Awb moeten we constateren dat een groot deel van het privaatrechtelijke bestuursrecht buiten de Awb zal blijven vallen, terwijl zich op dat terrein interessante ontwikkelingen afspelen. Het Burgerlijk Wetboek en de jurisprudentie van de civiele rechter blijven voor vele bestuursjuristen minstens zo belangrijk als de Awb en de jurisprudentie van de bestuursrechter.

3. Het Europese recht

De Moor-van Vugt heeft erop gewezen dat bij de opstelling van de Awb betrekkelijk weinig aandacht is geschonken aan de consequenties van het Europese recht voor het nationale bestuursrecht. Zij waarschuwt voor het ontstaan van twee bestuursrechtelijke circuits: het nationale en het door Europees recht beïnvloede circuit.[4]

De laatste jaren begint langzamerhand de stroom literatuur over het Europese bestuursrecht, en met name de doorwerking daarvan in ons nationale recht, op gang te komen. Er zijn al enige publikaties verschenen en de komende jaren vallen belangrijke monografieën te verwachten. Ik wijs op drie belangrijke ontwikkelingen.

a. Het thans gepositiveerde Awb-recht en de veronderstellingen die daaraan ten grondslag liggen, zijn op enkele punten in het licht van het gemeenschapsrecht niet houdbaar. Er zijn EG-verordeningen die afwijken van de Awb en toch als hoger recht domineren. Het Hof van Justitie van de EG eist dat de nationale rechter zich niet alleen opstelt als rechtsbeschermer, maar ook als handhaver van gemeenschapsrecht. Deze eis impliceert op diverse plaatsen dat een andere interpretatie van wettelijke begrippen en bepalingen noodzakelijk is. Fricties doen zich onder meer voor op het gebied van het evenredigheidsbeginsel, het belanghebbendebegrip, de beroepstermijnen en de schorsing, casu quo de voorlopige voorziening. Terzijde zij overigens opgemerkt dat het goed zou zijn als de Awb in de sfeer van procedures in Brussel meer bekendheid zou krijgen en daar meer maat voor de ontwikkeling van het Europese recht zou worden.

b. Het tweede onderwerp in dit verband is de implementatie van EG-richtlijnen. Ondanks de summiere regeling in de Awb hebben we hier te maken met een leerstuk dat zich nog grotendeels zal moeten ontwikkelen.

c. De uitvoering en handhaving van gemeenschapsrecht geeft een nieuwe

4 A.J.C. de Moor-van Vugt, 'Kijkt u maar, er staat niet wat er staat', in *Aantrekkelijke gedachten*, congresverslag 1993, a.w., blz. 75-91.

dimensie aan het nationale bestuursrecht. Wij moeten hetgeen vanuit het gemeenschapsrecht over ons wordt uitgestort nationaal handhaven, waardoor zich internationale invloeden op het handhavingsrecht zullen gaan voordoen. Er zal meer aandacht voor toezicht en controle moeten zijn, het arsenaal aan sancties zal moeten worden uitgebreid en meer in het algemeen zal harder en consequenter moeten worden opgetreden. Slechts ten dele zal dit kunnen worden vertaald in de Awb. Ook op dit gebied hebben we te maken met een belangrijk, mede buiten de Awb gelegen bestuursrechtelijk groeipotentieel.

Ik kom tot een afronding. In het eerste jaar van de Awb heb ik de waarde van de Awb voor de ontwikkeling van het bestuursrecht iets relatiever willen benaderen. Ik heb dat kunnen doen in de wetenschap dat de waarde van de Awb voor het bestuursrecht niettemin ontzagwekkend groot blijft. Dit blijkt ook al hieruit dat ik zelf bij het vermelden van drie ontwikkelingen buiten de Awb al weer op enkele punten een link met de Awb heb gelegd. We moeten ons er echter van bewust zijn dat een dynamische ontwikkeling van het bestuursrecht niet gebaat is bij een uitsluitende fixatie op de Awb.

Interventies [ochtendgedeelte]

Mevrouw mr. E.M. Wesseling-van Gent

Als rechter in de rechtbank te Utrecht ben ik werkzaam in de civiele sector. Op wetenschappelijk gebied houd ik mij in het bijzonder bezig met het burgerlijk procesrecht; de voorzitter van de vereniging heeft mij gevraagd hier vanuit dat perspectief te opponeren. Men weet dus nu uit welke hoek de wind gaat waaien!

Mijn eerste vraag behelst een verzoek aan Allewijn om een reactie, en heeft betrekking op hetgeen hij in zijn preadvies over de griffierechten heeft geschreven. Op bladzijde 95 van het preadvies geeft hij een hypothetisch verband aan tussen de hoogte van het griffierecht en de aard van de rechtsbetrekking tussen burger en bestuur. De hypothese luidt dat naarmate er in de verhouding burger/bestuur meer verticale aspecten zijn het griffierecht lager is. Het volgende voorbeeld geeft een nogal drastische afwijking van deze hypothese. Misschien is het wel de bekende uitzondering die de regel bevestigt, maar misschien doet het ook de vraag rijzen of de wetgever het wel goed heeft gedaan.

Tot 1 januari van dit jaar gold de Wet rechtsbijstand aan on- en minvermogenden [WROM]. Op basis van deze wet verstrekten de bureaus voor rechtshulp toevoegingen aan justitiabelen wier inkomen binnen de grenzen van de wet viel. Tegen beslissingen van de bureaus stond krachtens artikel 22 van de wet tussenkomst open bij de president van de rechtbank, die deze bevoegdheid mocht delegeren. De tussenkomstprocedure bij de president was verder niet geregeld. Men kon eenvoudig bij brief de tussenkomst van de president inroepen. Artikel 25b van de wet bepaalde dat voor verzoeken, ingediend ingevolge het bij of krachtens de wet bepaalde, geen recht verschuldigd was. Een gratis procedure dus. In de thans geldende Wet op de rechtsbijstand is de gehele problematiek van toevoegingen in de sfeer van het bestuursrecht getrokken. Voor de bestuurswetgever was dit kennelijk zo vanzelfsprekend, dat er geen enkele toelichtende passage aan werd gewijd, terwijl het kosteloos procederen [de gratis admissie] toch van oudsher een civiele aangelegenheid is geweest. Dientengevolge is de rechtsbescherming die van de Awb. Tegen beslissingen van de raden voor rechtsbijstand, zoals de eerdergenoemde bureaus tegenwoordig heten, kan dus eerst bezwaar worden gemaakt, namelijk bij de zogeheten herzieningscommissies van de raden, en vervolgens beroep worden ingesteld bij de bestuursrechter.

Dit lijkt een uitbreiding van de rechtsbescherming, maar er zit een adder onder het gras. Voor het instellen van beroep bij de rechter is thans een griffierecht van

f 200,- verschuldigd. De financiële criteria van de Wet op de rechtsbijstand zijn aangescherpt en de hoogte van de eigen bijdrage is in belangrijke mate gestegen ten opzichte van de situatie onder de WROM. Voor de minder draagkrachtigen is daardoor alleen al de toegang tot de rechter bemoeilijkt.

Ik ben twee en een half jaar tussenkomstrechter in Utrecht geweest en het is mijn ervaring dat de justitiabelen de tussenkomst van de president niet alleen hebben ingeroepen om een afwijzende beslissing van het bureau voor rechtshulp op een verzoek om toevoeging aan te vechten, maar ook om de hoogte van de eigen bijdrage te laten toetsen. Vaak werd ook geschreven dat gezien het netto maandinkomen de eigen bijdrage gewoon niet kon worden opgebracht.

De verhouding tussen burger en raad voor rechtsbijstand is in de terminologie van Allewijn zo verticaal als het maar kan. Als er al griffierecht zou moeten worden geheven, dan zou dit volgens de hypothese van Allewijn niet meer dan *f* 50,- mogen bedragen. Ik ben dan ook benieuwd wat hij van het griffierecht in het kader van de Wet op de rechtsbijstand vindt.

Een volgend punt wordt gevormd door de beleidsregels voor de rechterlijke macht, waarop Allewijn op bladzijde 118 en Nicolaï op bladzijde 140 ingaat. Allewijn haalt een passage uit de oratie van Brenninkmeijer aan waarin deze, sprekende over de civiele rechter, opmerkt dat het de schijn heeft dat nog niet bij iedere rechter het besef is doorgedrongen dat de macht van het recht is beperkt door eisen van behoorlijkheid. Ik ben het eens met de kritiek van Allewijn. Brenninkmeijer geeft geen enkele motivering voor deze krasse stelling. Hij wekt de indruk dat de civiele rechter er maar een beetje op los vonnist, maar die indruk mist elke feitelijke grondslag.

Natuurlijk is de rechter gebonden aan eisen van behoorlijkheid, namelijk de eisen van een behoorlijke rechtspleging. De ter zake geldende beginselen zijn bekend: onpartijdigheid, hoor en wederhoor, openbaarheid en motivering. Daarnaast vindt een concrete invulling van deze beginselen plaats in arresten en beschikkingen van de Hoge Raad; de lagere rechter heeft zich aan die aanwijzingen te houden. Controle op toepassing van de eisen van behoorlijke rechtspleging vindt plaats door de hogere rechter. Het is de taak van de rechter om in een aan hem voorgelegd geval een beslissing te geven. Juist omdat de rechter individuele gevallen ter beslissing voorgelegd krijgt, kan en moet hij van geval tot geval beslissen, soms van geval tot geval anders. Degene die vindt dat de rechter onbehoorlijk recht heeft gesproken, kan een rechtsmiddel aanwenden. In de toetsing door de hogere rechter is begrepen een toetsing van het gebruik door de rechter in het specifieke geval van de door de wetgever aan de rechter gegeven discretionaire bevoegdheden.

De bestuurswetgever geeft wel een antwoord op de vraag wat eigenlijk met beleidsregels voor de rechterlijke macht wordt bedoeld, maar laat een antwoord op de vragen wie de regels vaststelt en wie de controle op naleving uitoefent achterwege. Volgens de bestuurswetgever moet de rechter beleid ontwikkelen voor hem toegekende discretionaire bevoegdheden op het terrein van het procesrecht. Ik verwijs naar het citaat uit de Memorie van Antwoord dat Nicolaï op blz. 138 geeft. Kennelijk wordt hier gedoeld op álle aan de rechter toegekende

discretionaire bevoegdheden. Ik heb de indruk dat de bestuurswetgever hier een nogal tweeslachtige houding aanneemt: wèl discretionaire bevoegdheden toekennen, op het gehele terrein van het procesrecht, maar daaraan toevoegen dat de geboden ruimte eenvormig moet worden ingevuld.

Terecht zegt Nicolaï dat voor zover er tussen rechters onderling of door de rechtbank afspraken zijn gemaakt, een individuele rechter daarvan moet kunnen afwijken. Dat moet de rechter kunnen en mogen indien het individuele geval het vereist. Tot die hoogte zijn afspraken om sjablonen toe te passen mogelijk. In het civiele recht geldt dit niet alleen voor discretionaire bevoegdheden op het terrein van het procesrecht; ook op het terrein van het materiële recht worden bij ons afspraken gemaakt. Zo wordt bijvoorbeeld in de familiekamer gewerkt met de alimentatienormen van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en maken in de handelskamer de verstekrechters afspraken om in verstekzaken zo veel mogelijk dezelfde lijn te volgen bij bijvoorbeeld de toekenning van buitengerechtelijke kosten of beslagkosten. Nicolaï legt inzake de beleidsregels voor de bestuursrechter de vinger op de zere plek door te wijzen op het ontbreken van een rechtseenheidsvoorziening.

Mijn vraag aan Allewijn en Nicolaï is of en, zo ja, hoe zij een controle op naleving door de rechter van beleidsregels zien.

Mijn derde vraag stel ik aan mevrouw Schreuder. Op bladzijde 65 spreekt zij de hoop uit '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.' Ik zal graag van mevrouw Schreuder horen wat de interne structuur van de civiele sectoren met een en ander te maken heeft.

Tenslotte een vraag aan alle preadviseurs. Het moge zo zijn dat het trend is de verschillen tussen burgerlijk en bestuursprocesrecht zo veel mogelijk weg te schrijven, er zijn tussen beide soorten procesrecht wel degelijk verschillen, en op sommige punten grote verschillen. Ik doe een willekeurige greep.

Het karakter van het bestuursrecht brengt mee dat men in vergelijking met het burgerlijk procesrecht hele stukken regelgeving kan missen. Regels met betrekking tot verstek en verzet behoeft men niet toe te passen, want de verweerder is altijd wel te vinden. Ook regels met betrekking tot in het buitenland verblijvende verweerders, en in het algemeen verdragen op het gebied van rechtsvordering, kan men terzijde laten, omdat het bestuursprocesrecht in beginsel nationaal georiënteerd is. Regels met betrekking tot stelplicht kent het bestuursprocesrecht niet. Voorts mag de bestuursrechter feiten aanvullen, hetgeen de civiele rechter ten strengste verboden is. Het belangrijkste verschil is wel dat bestuursrecht en burgerlijk procesrecht een verschillend doel dienen.

In wiens belang – dit is mijn vraag aan alle preadviseurs – is nu het streven naar het wegwerken van de verschillen tussen beide soorten procesrecht? Ik doel nu niet op het door harmonisatie vermijden van overbodige verschillen, iets wat

zeer nuttig is, maar op integratie van beide soorten procesrecht. Is het streven naar die integratie nuttig en nodig ter wille van het systeem, ter wille van de wetenschapsbeoefenaar, of ter wille van de individuele justitiabele?

Mr. J. Boesjes

Laat ik allereerst een woord van waardering voor de werkstukken van de drie preadviseurs laten horen. Ze hebben zich begeven op het terrein van het nieuwe bestuursprocesrecht, dat zó veel omvattend is, dat een beperking tot enkele capita selecta niet kan worden vermeden. Ook ik zal mij beperken, en wel tot drie onderwerpen die mij in het preadvies van mijn collega Allewijn hebben getroffen en waarover ik gaarne enige opheldering zou willen hebben. Voor zover ik daarbij voorbeelden mijnerzijds geef, put ik die uit het ambtenarenrecht:

a. omdat ik daarmee het beste vertrouwd ben;

b. omdat ik vind dat het ambtenarenrecht, als Awb één van de terreinen waarop die wet moet worden toegepast, bij alle activiteiten in verband met de voorbereiding, de invoering en de introductie van de te weinig aandacht heeft gehad.

Eén van de onderwerpen waarnaar we bijzonder benieuwd mogen zijn, is de wijze waarop de afbakening tussen de bevoegdheid van de burgerlijke rechter en die van de bestuursrechter zich zal gaan ontwikkelen. Allewijn snijdt dat aan in een paragraaf, getiteld 'Bevoegdheidstoedeling aan de hand van het begrip rechtsbetrekking?'. Hij haalt Van Male aan, maakt enkele opmerkingen over de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking en schrijft dan: '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?'. Wanneer Allewijn aldus de belangstelling van de geïnteresseerde lezer tot een hoogspanningsniveau heeft opgevoerd, schrijft hij: 'De bestuursrechter, wat is dat eigenlijk?'. Hij geeft te kennen dat hier naar zijn mening een interpretatiekwestie in het geding is, en hiermee lijkt op de boeiende vraag naar deze competentieafbakening en a fortiori op het antwoord daarop te zijn 'uitgezoomd'.

Nu is deze laatste indruk niet helemaal juist. Allewijn komt er later op terug, namelijk in par. 5.4.3, in een passage over schade die het gevolg is van een onrechtmatig bevonden bestuursbesluit. Daarbij heeft hij het oog vooral gericht op artikel 8:73 Awb. Hij betoogt dat op theoretische gronden kan worden ingestemd met een geleidelijke ontwikkeling waarbij de bestuursrechter in toenemende mate het schadevergoedingsaspect afdoet.

Het is mij niet geheel duidelijk hoe Allewijn nu ten aanzien van de schade-acties de competentie-afbakening tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter ziet. Wanneer een schadevordering via artikel 8:73 verloopt, is natuurlijk de bestuurs-

rechter bevoegd, maar wat te doen wanneer de gevolgschade als zelfstandige vordering op basis van artikel 8:1 binnenkomt, of wanneer het om schade gaat die niet direct het gevolg is van een onrechtmatig bevonden bestuursbesluit? Ik maak hierover mijnerzijds enkele opmerkingen.

Ik heb wat minder vertrouwen in de mogelijkheid van een geleidelijke ontwikkeling van de burgerlijke rechter naar de bestuursrechter. Het gaat hier niet om een definitie van het begrip 'bestuursrechter', het gaat om een onderlinge afbakening van competenties. Daarbij geven niet primair theoretische beschouwingen de doorslag, maar spelen machtsverhoudingen een rol, ook binnen de hooggeroemde rechterlijke organisatie, met het gevolg dat eenmaal uitgeoefende bevoegdheden niet zo gemakkelijk worden afgestaan.

Is het overigens wel zo wenselijk met betrekking tot schadezaken, afgezien van artikel 8:73, het startpunt steeds bij de burgerlijke rechter te leggen? De praktijk leert dat, zeker bij gevolgschade, zowel de aansprakelijkheid als de hoogte van de schadevergoeding in de meeste gevallen niet kan worden vastgesteld zonder tevens een oordeel, al was het maar impliciet, te geven over feiten die bij de beoordeling van het bestreden besluit van belang waren en dat zéker het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding niet gegeven is door het enkele feit dat het betrokken besluit onrechtmatig is geoordeeld. De stelling dat als de aansprakelijkheid eenmaal is vastgesteld de omvang van de schadevergoeding een kwestie is waar partijen vaak samen wel uit komen, lijkt mij te optimistisch, en op grond van mijn ervaring in schadevergoedingszaken voeg ik daaraan toe: dat lukt ze even vaak *niet*. De samenhang met het bestuursrecht is er trouwens onafhankelijk van de omstandigheid of de weg van artikel 8:73 dan wel de weg van een zuiver schadebesluit is bewandeld.

De praktijk leert ook dat tal van zuivere schadebesluiten, die op zich geen gevolgschade betreffen, handelen over schade die in het kader van een bijzondere rechtsbetrekking is veroorzaakt en waarvan de aansprakelijkheid en de hoogte niet kunnen worden vastgesteld zonder tevens een oordeel te vormen over feiten en bejegeningen die liggen op het bestuursrechtelijke terrein waarop overigens de bestuursrechter bevoegd is. Twee rechters die over hetzelfde feitensubstraat oordelen: ik neem aan dat een ieder dat een onwenselijke situatie vindt.

Men kan op dit punt met curieuze situaties te maken krijgen. Stel, een ambtenaar is door het ABP afgekeurd en op die grond ontslagen. Hij vraagt vergoeding van immateriële schade, geleden door hetgeen hem voorafgaande aan de keuring is aangedaan. De afwijzing is een zuiver schadebesluit. Betekent dit dat de burgerlijke rechter bevoegd is? Nu vraagt die zelfde ambtenaar een suppletie op het invaliditeitspensioen, wederom op grond van hetgeen hem voorafgaand aan de keuring is aangedaan. De afwijzing vindt plaats met toepassing van het desbetreffende Ambtenarenreglement. Is dan de bestuursrechter bevoegd?

Ook op het terrein van de sociale verzekering kan men dergelijke voorbeelden bedenken. Ik herinner ook aan de letselschade, waarover de Centrale Raad van Beroep enkele uitspraken heeft gedaan.

Graag zal ik de mening van Allewijn horen over de volgende stelling: *een*

geschil over de vergoeding van schade die is veroorzaakt in het kader van en samenhangend met de bijzondere rechtsbetrekking tussen belanghebbende en bestuursorgaan, behoort tot de competentie van dié bestuursrechter die ook over andere geschillen uit die rechtsbetrekking oordeelt.

Een tweede punt waarover ik graag wat meer helderheid zou willen verwerven, betreft wederom de bevoegdheid, maar dan op het gebied van de omvang van het geding. Allewijn bespreekt de kwestie van de omvang van het geding aan de hand van artikel 8:69 Awb. Dit artikel zou de rechter verplichten zich tot het punt van geschil te beperken en hem verbieden ultra petita te gaan. Allewijn brengt hiertegen verschillende argumenten in stelling. Hij vindt het een ongelukkig voorschrift, maar, zo meen ik hem te begrijpen, artikel 8:69 heeft die verandering in het traditionele concept van de omvang van het geding nu eenmaal aangebracht, zij het op niet overtuigende wijze.

Ik ben het met de kritiek van Allewijn en anderen eens, maar ik vraag mij af of die wat fatalistische uitleg van artikel 8:69 werkelijk onvermijdelijk is. In aanvulling op de kritiek van Allewijn wijs ik nog op het volgende. Het systeem waarin het beroepschrift de grenzen van het geding bepaalt, verschaft aan de appellerende partij de mogelijkheid om uit een besluit, of, in hoger beroep, uit de in eerste aanleg gewezen uitspraak, dié onderdelen te kiezen die hem de beste procespositie verschaffen. Dat kan de rechter meeslepen op een opportunistisch pad, dat met recht doen en met redelijkheid niets meer te maken heeft. Ik heb dit in de praktijk enkele malen meegemaakt en ik heb mij toen gelukkig geprezen een redelijke oplossing te kunnen vinden door, binnen de grenzen van het bestreden besluit, ultra petita te gaan.

Maar er is meer. Vooral op het terrein van de sociale verzekeringen en het ambtenarenrecht hebben we dikwijls te maken met belanghebbenden voor wie het procederen onbekend terrein is. Voor hen wordt het opstellen van een beroepschrift een bijzonder hachelijke zaak wanneer de uitkomst van het proces daarvan gaat afhangen. Hen de dupe van een minder professioneel opgesteld beroepschrift te laten worden schept een situatie die naar mijn gevoel in strijd is met het beginsel van de 'equality of arms', een situatie waartegen de rechter de lichter bewapende partij juist zou moeten beschermen. Dat de rechter dit zou doen, zoals ik wel heb horen verluiden, door de betrokkene ter zitting wat te souffleren, is een niet-koninklijke weg en is ook niet toereikend.

Nu heeft Allewijn zelf al wat materiaal voor een goede uitleg van artikel 8:69 aangedragen. Hij wijst erop dat tot de in artikel 8:69 genoemde 'overgelegde stukken' ook het bestreden besluit behoort. Wat, zo vraag ik mij af, belet dan de rechter daaraan nu eens wèl wat meer status toe te kennen en wat belet de rechter in het genoemde artikel wat meer een beginsel van procesorde en een regel van bewijsrecht te lezen, en wat minder een strakke begrenzing van de omvang van het geding? De Memorie van Toelichting, zal men antwoorden, met haar strakke stellingname, maar zou men in een geval als dit, in verband met de ongewenste gevolgen en tot behoud tot het ook internationaal erkende grote goed van de 'equality of arms', ondanks die ongelukkige Memorie van Toelichting niet mogen vasthouden aan het uitgangspunt dat het bestreden besluit de uiterste grenzen van

het geding bepaalt, dat de rechter de bevoegdheid heeft zich tot het punt van geschil te beperken en dat hij slechts in zeer uitzonderlijke gevallen tot een reformatio in peius mag overgaan? Ik zou willen weten of Allewijn bereid is deze stap – en dan bedoel ik: deze interpretatiestap – te zetten.

Mijn derde en laatste punt betreft de rechtskracht van besluiten. Op bladzijde 73 lees ik: 'Anders dan besluiten van algemene strekking verkrijgt de beschikking [-] *rechtskracht* als daartegen geen beroep wordt ingesteld.' Op bladzijde 94 merkt Allewijn op dat de burger de beschikking aan de burger kan voorleggen en hij vervolgt dan: '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.'

Het lijkt erop dat formele en materiele rechtskracht hier enigszins dooreen lopen, maar het kan zijn dat ik Allewijn niet goed begrijp. Ik mag aannemen dat ook in de visie van Allewijn artikel 6:7 Awb, welk artikel een beroepstermijn van zes weken voorschrijft, ten aanzien van alle besluiten geldt, beschikkingen zowel als besluiten van algemene strekking. Dit betekent dat wanneer men onder formele rechtskracht verstaat 'het eindigen van de mogelijkheid van een rechtstreeks beroep na het verstrijken van een bepaalde termijn', beschikkingen en besluiten van algemene strekking gelijke formele rechtskracht hebben. Dat bij besluiten van algemene strekking problemen kunnen rijzen met betrekking tot het tijdstip van de aanvang van de beroepstermijn, is in dit opzicht niet wezenlijk.

Verschil is er ten aanzien van de materiële rechtskracht wanneer ik onder materiële rechtskracht mag verstaan 'de werking, de binding van een besluit voor het toekomende', wie precies worden gebonden thans dáárgelaten. Die binding is sterke mate aanwezig bij de beschikking, maar bij het besluit van algemene strekking ontbreekt ze niet geheel en al. Dit laatste komt hiérin tot uitdrukking dat wie tegen een besluit van algemene strekking geen beroep heeft ingesteld zijn beroepsrecht tegen de uitvoeringsbeschikking van zo'n besluit van algemene strekking weliswaar niet verliest, maar dat het bestuursorgaan zich ter motivering van die uitvoeringsbeschikking wel op het onderliggende besluit van algemene strekking kan beroepen en dat in dat geval, zo stel ik mij voor, het besluit van algemene strekking slechts marginaal zal worden getoetst. In zoverre heeft een besluit van algemene strekking toch een beperkte materiële rechtskracht. Mogelijk is dit grondschema ook hetgeen Allewijn bedoelt. Zo niet, dan zal ik graag enige onderbouwing vernemen.

Dit waren mijn drie vragen aan Allewijn. Ceterum censeo dat de introductie van een rechtstreeks beroep tegen besluiten van algemene strekking een bijzonder ondoordacht initiatief is. Dat dit in de praktijk geen grote stap zou zijn en dat de beoefenaren van de verschillende takken van bestuursrechtspraak slechts met enige moeite wat voorbeelden zouden kunnen bedenken, zoals Allewijn op bladzijde 94 opmerkt, lijkt mij een miskenning van de draagwijdte van deze nieuwigheid. Op het terrein van het ambtenarenrecht zijn er twee gebieden die

zich, ook als we de algemeen verbindende voorschriften en de beleidsregels even terzijde laten, uitstekend lenen voor beroepen tegen besluiten van algemene strekking, namelijk het terrein van de reorganisatie en dat van de functiewaardering. Naar mijn schatting – ik heb niet geteld – maken de beroepen tegen besluiten op die terreinen zo'n 15 tot 20% van het aantal ambtenarenzaken bij de Centrale Raad van Beroep uit. Voorbeelden zijn dus zonder enige moeite te vinden.

Ondoordacht noem ik dit initiatief omdat de wetgever zich geen rekenschap heeft gegeven van de grenzen van het rechterlijk vermogen tot toetsen, ondoordacht ook gezien de tegenstrijdigheid tussen enerzijds een rechtstreeks beroep tegen de besluiten van algemene strekking en anderzijds de handhaving van het rechtstreeks betrokken belang als voorwaarde voor een ontvankelijk beroep. Wellicht zit in dit laatste vereiste de mogelijkheid voor de bestuursrechter het beroep tegen besluiten van algemene strekking binnen beheersbare banen te houden. Schuivende panelen? Akkoord, maar dan wèl in de goede richting.

Mr. A.Q.C. Tak

De vereniging kan zich vandaag uitspreken over drie preadviezen, gewijd aan een voor theorie en praktijk van het bestuursrecht uiterst belangrijk onderwerp, om niet te zeggen: het belangrijkste onderwerp. De preadviezen zijn bovendien van behoorlijk gehalte, en dus lijkt een gelukwens alleszins op zijn plaats. Helaas acht ik dit echter niet het geval. De beschouwingen van vandaag blijven immers hoe dan ook goeddeels mosterd na de maaltijd. Deze preadviezen komen eigenlijk ettelijke jaren te laat en de discussie was, toen zij nog tijdig kon worden gevoerd, niet gewenst. Nu ligt de zaak immers muurvast in een kersverse codificatie, en een beetje codificatie hoort in haar grondslagen en uitgangspunten toch minstens voor zo'n halve eeuw te staan.

Daarmee zijn we in feite op voorhand zo'n beetje uitgepraat. Toen het nog tijd was, werd de discussie ontlopen, en nu de knopen zijn doorgehakt, kunnen we eigenlijk alleen nog maar proberen het resultaat achteraf van een theoretische onderbouwing te voorzien die het van zichzelf niet heeft. Dat was ook de reden waarom ik mij van meet af aan tegen de voorstellen heb uitgesproken. Mijn houding heeft niets van doen met uitsluitend een theoretisch-wetenschappelijke belangstelling. De praktische consequenties klonken al door in de eerste interventies; zij zullen vandaag, moet ik vrezen, nog veel verder doorklinken.

Nu moet ik zeggen dat de preadviseurs overigens heel bewonderenswaardige pogingen hebben ondernomen om alsnog zo'n theoretische onderbouwing te geven. Ik noem daarbij in het bijzonder mevrouw Schreuder, al wil ik niet zo ver gaan lezing van de beide andere preadviezen te verbieden! Mevrouw Schreuder heeft de vereniging op de van haar bekende diep doorwrochte wijze inzicht gegeven in object en doel, functie en inrichting van de huidige bestuursrechtspraak. Ik vind het alleen jammer dat het niet het object en het doel, de functie en de inrichting van de wetgever zijn geweest die zij ons ontvouwt. Wat mevrouw

Schreuder ons voorlegt, is nu juist wat de wetgever ons heeft onthouden: althans een poging tot wetenschappelijke verantwoording van de hele operatie.

Met het voorgaande wil overigens niet gezegd zijn dat ik de bespiegelingen van mevrouw Schreuder altijd geheel deel. Met name acht ik haar aanpak daarvoor – met permissie – toch ietwat te 'raadvanstaterig'. Heel erg bepalend voor haar keuzen zijn namelijk pragmatische kwesties als werkbelasting en beheersbaarheid. In dat verband worden vergaande concessies gedaan aan eigen normatieve uitgangspunten. Zo moet volgens een passage op bladzijde 52 een flexibele hantering van de Schutznorm het gevaar ondervangen van strijdigheid met het communautaire recht. Ook ziet mevrouw Schreuder weliswaar aanleiding [bladzijde 60] om opnieuw te bezien of moet worden vastgehouden aan een stelsel waarin *rechtstreeks individueel feitelijk belang* bij het beoordelen van een besluit voldoende voorwaarde is voor toegang tot de rechter, dan wel of niet toch een *rechtens beschermd belang* moet worden geëist, maar stelt zij de uitkomst van zo'n fundamentele herbezinning afhankelijk van 'de hanteerbaarheid en de aanvaardbaarheid uit een oogpunt van effectieve rechtsbescherming'. Ook de vrees voor overbelasting van de rechter voert bij haar de boventoon. De door mij verdedigde aanpak van bestuursrechtelijke rechtsbescherming wordt door haar op bladzijde 37 weliswaar 'zeer consequent' genoemd, maar roept bij haar juist daarom vragen op over de hanteerbaarheid.

Het zal duidelijk zijn dat een dergelijke typering om weerlegging vraagt, hoewel mij van het hart moet dat ik deze wat mager geadstrueerd vind en eigenlijk in de benadering meer stelling dan onderbouwing aantref. Ik zal niettemin een poging ondernemen om in het daarvoor eigenlijk wat onredelijk korte bestek dat nu ter beschikking staat in enkele grove lijnen aan te geven hoeveel meer hanteerbaar ik het systeem acht dat mij voor ogen staat dan het in de Arob-saus gedrenkte Awb-produkt. Het is noodzakelijk dat ik daartoe eerst even stil sta bij het Arob-systeem, dat dus in wezen ook het Awb-systeem moet worden geacht. Zowel de Arob-wetgever als de Raad van State heeft in de benadering van de rechtsbescherming altijd heel sterk de nadruk gelegd op de formele kanten van het geschil. Ik doel hiermee nog niet eens zo zeer op de formele wijze van afhandelen, van toetsen en van terugwijzen, waarop reeds Donner en de Groningse onderzoekers van de situatie na de vernietiging hebben gewezen, als wel op de formele wijze van het al dan niet in behandeling nemen van de beroepen. Bij mijn opmerkingen ga ik dan nog maar voorbij aan de benadering door de Raad van State van verkeerd of te laat ingediende beroepen, of de wijze van behandelen van griffierechten, waarvoor in deze vereniging enkele jaren geleden al aandacht werd gevraagd; ik doel nu op de preadviezen over de omvang van de rechtsbescherming. Ik bepaal mij hier tot hetgeen mij ook reeds stoorde in mijn Maastrichtse oratie: de formalistische en gekunstelde bevoegdheidsjurisprudentie van de Raad van State, die overigens, als gezegd, in belangrijke mate reeds was ingegeven door zijn wettelijke taakstelling.

Ik heb mij nooit aan de indruk kunnen onttrekken dat de veelbeklaagde overbelasting van de Afdeling rechtspraak voor een niet gering gedeelte direct of indirect te wijten is geweest aan de eigen formalistische benadering. Hoeveel

uitspraken immers van de Afdeling rechtspraak zijn niet direct of indirect gewijd geweest aan het eigen beschikkingsbegrip, aan de vraag naar de bevoegdheidsgrondslag van het bestuursorgaan, aan het al dan niet op rechtsgevolg gericht zijn, aan de vraag of er sprake was van een feitelijk gevolg dan wel een rechtsgevolg en, zo dit laatste al het geval werd bevonden, of dan sprake was van een concreet besluit, een beschikking, of een abstract besluit, een besluit van algemene strekking? Hoeveel uitspraken betroffen niet de vraag of er soms sprake was van een rechtshandeling naar burgerlijk recht dan wel van een handeling die zich in een besluit van algemene strekking of in een rechtshandeling naar burgerlijk recht oploste, of, in een andere terminologie, daaraan geketend was?

Is dit alles, zo vraag ik mij in 1994 af, nu door de Afdeling rechtspraak echt zo veel helderder gemaakt dan het was op 1 juli 1976? Heeft een periode van achttien jaar ontvankelijkheidsjurisprudentie nu werkelijk zo veel opgeleverd? Ik ga er dan nog aan voorbij dat andere hoogste administratieve rechters, die voor de wijze van toepassen van de Awb bepaald niet minder belangrijk mogen zijn – Boesjes heeft daarvoor terecht aandacht gevraagd –, een minder formalistische toegang van de wetgever hadden gekregen en deze zelf ook minder formalistisch bewaakten. Als voorbeeld noem ik de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Van belang hier en nu vind ik vooral dat de burgerlijke rechter, de rechter in de kamer naast de bestuursrechtsector in één en hetzelfde huis, vanouds duidelijk heeft gekozen voor een controle bij de uitgang in plaats van bij de ingang. Sinds het arrest Guldemond-Noordwijkerhout immers staat bij de burgerlijke rechter de deur nagenoeg wagenwijd open voor een ieder die daartoe maar enig belang pretendeert te hebben in de zin van enig civiel vorderingsrecht, kortweg: enig belang dat door enig BW-artikel wordt bewaakt. Dat is wel zeer ruim; we weten allen hoe ruim de toegang bij de civiele rechter via artikel 1401, thans artikel 6:162, met name via het kort geding is opengegooid.

Daarbij deed en doet het er dus eigenlijk niet toe op welke wijze dat belang wordt geraakt, althans niet wat de rechts*ingang* betreft. Irrelevant in dat opzicht is of de aanleiding bestaat uit de niet-nakoming van een afspraak, of uit enige andere rechtschendende handeling in de vorm van hetzij enige feitelijke handeling, hetzij een beschikking, hetzij een besluit van algemene strekking, of zelfs een algemeen verbindend voorschrift. Pas bij de uitgang, bij de oordeelsvorming over het al dan niet gegrond zijn van de gestelde eis, werd en wordt in de burgerlijke zusterkamer aan dit alles gewicht toegekend. Is het dan eigenlijk niet raar dat twee kamers van één en hetzelfde gerecht voor de onderlinge afbakening van de ontvankelijkheid zouden moeten uitgaan van twee volkomen verschillende systemen, zoals tot nu toe de Raad van State met de benadering van het fundamentum petendi tegenover de civiele rechter met de insteek van het obiectum litis? Nu kan wellicht worden opgemerkt dat de gekunstelde ontvankelijkheidsjurisprudentie van de Raad van State onvermijdelijk is geweest wegens de bevoegdheidsafbakening met de burgerlijke rechter. De dan voor de hand liggende voorvraag waaròm dan eigenlijk die bevoegdheidsafbakening tot probleem moest worden gemaakt, kwam toen niet op, simpelweg als gevolg van het feit dat de bestuursrechtspraak nu eenmaal niet aan de gewone rechterlijke macht, maar

aan de Raad van State was opgedragen. Nu echter ligt dit volkomen anders. Ook de rechtspraak in bestuursrechtelijke aangelegenheden is nu aan de gewone rechterlijke macht opgedragen en voor zover dit nog niet helemaal is doorgevoerd, is het naar mijn mening slechts een kwestie van tijd. Het heeft dan ook iets weg van het over het graf heen regeren van een demissionaire instantie als de Raad van State nu nog vanuit de eigen oude Arob- en TwK-jurisprudentie bepalend te werk zou willen gaan bij de ontvankelijkheidsvragen van de Awb, bijvoorbeeld gebruik makend van de eigen positie als eerste en enige instantie in een nog steeds naar mijn idee onbehoorlijk aantal aangelegenheden. Het zijn uiteindelijk in de eerste plaats en vooral toch de rechtbanken die met de Awb zullen moeten werken. Het lijkt mij dan ook redelijk de ontvankelijkheidsjurisprudentie primair door hen zelf te laten bepalen. En dan zal toch moeten worden betwijfeld of de rechtbanken wel behoefte hebben aan een loketbehandeling als waaraan Asterix in Rome ten slachtoffer viel. Wat zou de zin daarvan ook zijn? Als al loket A tot de conclusie komt dat er geen sprake is van een besluit in de zin van de Awb, dan zal de cliënt zich normaliter vervolgens gewoon vervoegen bij loket B, de civielrechtelijke kamer. Ik vraag mij af hij daarmee zo gelukkig zal zijn. Welk belang zou met dit soort loketverwijzingen eigenlijk worden gediend? De eenheid van het burgerlijk recht misschien? Zou dan anderzijds een systeem waarbij *niet* zou worden verwezen niet een minstens even belangrijk te achten ander soort eenheid in behandeling kunnen opleveren, een eenheid van behandeling namelijk van alle aangelegenheden waarbij de overheid betrokken is, of zij nu meende haar taken te moeten uitvoeren in de vorm van een wettelijk voorschrift, een plan, een beschikking, een afspraak of een beheersdaad?

Ik wil hier niet de oude discussie over het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht doen herleven – ik verwijs daarvoor naar mijn invullende rechtsleer in *Recht en kritiek* van mei 1993 –, maar ik moge vaststellen dat reeds sinds het rapport *Complementaire bestuur verkend* zelfs de huidige regeringscommissaris voor de Awb, Scheltema, gepleit heeft en, blijkens de laatste Special van het *WPNR*, nòg steeds pleit voor in feite een behandeling van alle overheidsaangelegenheden door de administratieve rechter, de overheidskamer dus. Ik sluit mij daarbij volledig aan en ik kan mij voorstellen dat alleen al uit een oogpunt van een efficiënte werkverdeling alle rechtbanken graag deze lijn zullen willen volgen. Bij alle handelingen en besluiten van de overheid is altijd de maatgevende drijfveer het algemeen belang en niet het privé belang van het privaatrecht. Dat is in mijn ogen een alleszins verantwoorde, maar vooral ook een alleszins duidelijke maatstaf voor de taakverdeling tussen bestuursrechtelijke en civielrechtelijke kamer: is de overheid partij of niet?

Mijns inziens plooit deze benadering ook beter met het doel en de functie van het administratieve proces, zoals we dat onder de Awb moeten zien. Volgens de regering is immers dat doel casu quo die functie het bieden van rechtsbescherming. Geen zelfstandige hoofddoelstelling is meer de controle op het bestuur. Naar mijn mening moeten we dan ook consequent blijven en de rechtsstrijd beperkt houden tot de partijen in het geding, tot de procespartijen. Dit aspect nu vindt men in het preadvies van mevrouw Schreuder volledig onderbelicht. Zo'n

partijproces dient immers geen consequentie te hebben voor buitenstaanders buiten het proces. Een onvermijdelijk gevolg van deze benadering van het proces als partijproces moet dan zijn dat geen plaats meer is voor de, overigens ook door de regering afgezworen, rechterlijke objectieve controle van een besluit in absolute zin. Derhalve geen volledige en geen rechtstreekse toetsing meer van het een of andere besluit of de een of andere handeling van de overheid, maar hooguit een partiële en een indirecte, namelijk slechts indien en voor zover nodig ter bescherming van het als geschonden door de partij voorgestelde belang. Als dan zodanige schending wordt geconstateerd, dient de rechter zich ook in zijn dictum als het ware te beperken tot dat belang door middel van een buiten toepassing laten van het besluit ten aanzien van de appellant casu quo een onrechtmatig verklaren van de handeling of het besluit ten aanzien van alleen de appellant.

We kunnen opmerken dat dit in wezen ook de benadering is van de Hoge Raad bij de toetsing van beweerde onrechtmatige of rechtmatige overheidsdaden. Een relatieve, geen absolute toetsing en beoordeling derhalve. Men hoeft hier slechts te denken aan het Varkensmestersarrest of het Leffersarrest en aan de verhandelingen dienaangaande die precies de vinger op de juiste plaats leggen, reeds van Van Maarseveen in 1954 in het *Nederlands Juristenblad*, door Teunissen recentelijk in hetzelfde blad aangehaald.

Op de bladzijden 38 en 39 daagt mevrouw Schreuder mij uit met het voorbeeld van de geweigerde bouwvergunning, waaraan zij de vraag verbindt hoe de rechter moet reageren. Mijn antwoord luidt dat zij over de gevolgen van de besluiten van de overheid niet relatief genoeg denkt. Ook een bouwvergunning is het eindresultaat van een afweging van de belangen van de gemeenschap, van méér personen in de samenleving, en het aanvechten van een bouwvergunning of de weigering daarvan en de rechterlijke uitspraak daarop dienen dan ook beperkt te blijven tot het (de) lid (leden) van de gemeenschap dat (die) tegen de beslissing op de aanvraag opkwam(en). Slechts vrijelijk aan appellant(en) zelf ter beschikking staande rechtsbelangen mogen dan onderwerp zijn van de rechterlijke beoordeling en beslissing.

Dit betekent dat de uitspraak in haar gevolgen beperkt hoort te blijven tot appellant en diens eigen rechtsbelangen. Bij gegrondbevinding zal het besluit zijn rechtskracht dienen te verliezen, doch slechts ten aanzien van appellant en ten aanzien van zijn rechtsbelangen. Aan de jegens de aanvrager onrechtmatig uitgesproken weigering dient de rechtskracht te worden ontnomen en als gevolg daarvan moet opnieuw worden beslist, zij het in beginsel niet verder dan ten aanzien van de aanvrager en diens rechtsbelang.

Nu zie ook ik wel in dat in zo'n geval het bestuur niet veel anders zal resten dan om met herroeping van een onrechtmatige weigering van de bouwvergunning alsnog tot afgifte van de vergunning over te gaan, maar gezien de onderlinge verhouding tussen rechter en bestuur, alsmede de betrokkenheid van derden èn – een element dat te weinig een rol heeft gespeeld – het constitutionele verbod van de Wet algemene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk aan de rechter om uitspraak te doen 'bij wege van algemene verordening, dispositie of reglement',

behoort de rechter zich van een absolute beslissing, die ver buiten de rechtsstrijd van partijen treedt, te onthouden. Anders gezegd – hoewel ik dat ook wat onzuiver gestructureerd vind –: de rechter zou zo'n onrechtmatige weigering van een bouwvergunning in mijn systeem hoogstens relatief mogen vernietigen, of liever buiten toepassing of onverbindend moeten verklaren jegens de aanvrager, zodat het bestuur alsnog gewoon op de aanvraag dient te beslissen. De dwangsombevoegdheid die de wet kent, dient ervoor garant te staan dat zoiets dan ook tijdig en adequaat gebeurt. Daarvoor hoeven geen derden-belanghebbenden buiten spel te worden gezet, of van beroepsmogelijkheden verstoken te blijven.

Nu stuiten we evenwel op een wetstechnisch probleem. De relatieve benadering kan volgens de wettekst – zo lijkt het althans – door de bestuursrechtsector, in tegenstelling tot door de civiele sector, niet worden gevolgd. Als een beroep gegrond wordt bevonden, *moet* de bestuursrechter, zo zegt de wet streng, overgaan tot vernietiging [art. 8:72 lid Awb]. Het komt mij voor dat dit artikel op zich al een zeer ondoordachte regeling behelst. Er zijn immers vele gevallen denkbaar waarin een klager wel gelijk heeft, maar vernietiging van het besluit toch te ver voert. Anderzijds komt het ook voor dat moet worden vernietigd ook al heeft het beroep van klager daarvoor allerminst de gronden aangevoerd, bijvoorbeeld wanneer beroep wordt ingesteld tegen een gedeeltelijk ongelijk dat is uitgesproken op een bezwaarschrift dat eigenlijk nooit in ontvangst had mogen worden genomen. Ik ga er dan nog maar aan voorbij wat de moeilijkheden zullen zijn als in 1999 de rechtbank in Arnhem een AMvB vernietigt, terwijl de rechtbank in Maastricht een tegen die zelfde AMvB gericht beroep ongegrond verklaart.

Een mogelijke escape uit dit wetstechnische probleem lijkt artikel 8:72 zelf te bieden. Ingevolge lid 3 zou de rechter kunnen bepalen dat de gevolgen van het vernietigde besluit geheel in stand blijven, behalve ten aanzien van appellant. Afgezien evenwel van de overweging dat het instrument van het voor gedekt verklaren van de nietigheid op die manier wel heel anders zou worden gehanteerd dan van ouds her, toen het bij mijn weten altijd werd gebruikt uitsluitend ten behoeve van het algemeen belang, lijkt dit instrument ook geen oplossing in te houden voor gevallen waarin eigenlijk relatieve nietigheid aangewezen is, in die zin dat het besluit alleen maar onverbindend moet worden geacht voor de klager, maar nog wèl als verbindend dient te gelden voor alle andere betrokkenen die niet als partij tegen het besluit zijn opgekomen.

Zo'n absolutistische constructie als de Afdeling rechtspraak heeft gebruikt in Paul Krugerbrug II, waarin het hele besluit eraan moest omdat ten aanzien van in feite maar één belanghebbende de belangenafweging onjuist was, namelijk geen compensatie was gegeven, is toch eigenlijk, met permissie, het schieten met een kanon op een mug en derhalve veel minder bruikbaar dan de relativerende, beter gezegd nuancerende Leffers-benadering van de civiele rechter.

Hoe kan het dan wèl? Ik kom nu tot mijn slot en tot mijn concrete vraag aan de preadviseurs, met name aan mevrouw Schreuder. Zou het nu geen aanbeveling verdienen dat de bestuursrechtsector in zijn ontvankelijkheidsjurisprudentie aansluit bij de obiectum-litisbenadering van de civiele collega en dus niet de ontvankelijkheid selecteert aan de hand van de vraag of er al dan niet sprake is

van een *besluit* in de zin van de Awb, maar aan de hand van de vraag of er al dan niet sprake is van een *belanghebbende* in de zin van de Awb? Aan àlles kan men per slot van rekening wel een besluit ten grondslag leggen. Zou het voorts, voor zover die belanghebbendheid nog niet helemaal duidelijk is, niet verstandig zijn daarmee aan te sluiten op de Europese ontwikkeling? Er is terecht aandacht voor gevraagd dat we in het verband van de Awb te weinig op het Europese recht letten. Ik denk hier met name aan artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens. Zou de maatstaf voor de belanghebbendheid, zo vraag ik mij af, niet kunnen zijn of er al dan niet sprake is van de 'determination' door de overheid van enig eigen rechtens te beschermen belang van klager, in de zin van enig 'civil right or obligation'? Met betrekking tot de invulling daarvan heeft 'Straatsburg' terecht gezegd dat men het oog moet richten naar de eigen nationale opvattingen. Zouden logischerwijs ook de rechterlijke uitspraken eigenlijk niet dáártoe beperkt moeten blijven?

Zou het voorts, zolang wij wettelijk nog gebonden zijn aan het vernietigen van besluiten en handelingen als de enig mogelijke dicta van de rechter op grond van artikel 8:72, geen aanbeveling verdienen bij schending van een belang als hiervóór omschreven maar een gedeeltelijke vernietiging uit te spreken, namelijk slechts voor zover het besluit de klager raakt? Ik doel nu op uitspraken met het effect van een genuanceerde, of beter gezegd relatieve vernietiging. Zou met een dergelijke interpretatie van artikel 8:72, lid 1, niet in één klap het door mij gesignaleerde probleem kunnen worden opgelost?

Dit is mijn vraag aan mevrouw Schreuder.

Mr. G.R.J. de Groot

Aan mijn opmerkingen zal merkbaar zijn dat ik het beroep van advocaat uitoefen.

De drie preadviezen hebben, om het eens wat royaler te zeggen, heel wat verdiensten. De belangrijkste is naar mijn mening dat de preadviseurs verder kijken dan de dagelijkse beslommeringen die de invoering van een nieuw bestuursprocesrecht voor practici met zich brengt.

Mevrouw Schreuder schrijft op bladzijde 64: 'De vaststelling van schadevergoeding wegens onrechtmatige besluiten zal naar verwachting in toenemende mate het sluitstuk van de bestuursrechtelijke procedure worden.' Waar ze die verwachting ook op mag hebben gebaseerd, in elk geval niet op het preadvies van Allewijn, want die doet daarover buitengewoon gereserveerd. Hij begint goed. Hij schrijft op bladzijde 116 terecht dat bestuursrechtspraak toegankelijk, niet-bureaucratisch, eenvoudig, snel en pragmatisch moet zijn. Overigens behoort dat niet als iets bijzonders voor de bestuursrechtspraak te worden beschouwd, maar is het iets wat voor iedere vorm van rechtspraak dient te gelden. Des te merkwaardiger is het dat Allewijn deze eisen niet consequent toepast als het gaat om de in artikel 8:73 Awb neergelegde bevoegdheid om het bestuursorgaan tot schadevergoeding te veroordelen.

Waarom kiest Allewijn deze benadering? Is het misschien koudwatervrees?

Is, om met de voorzitter te spreken, de aantrekkelijkheid van artikel 8:73 te groot? Van koudwatervrees verdenk ik Allewijn niet, maar hoe zit het nu met zijn argumenten?

In de praktijk zal de bestuursrechter, zegt Allewijn, met schadevergoeding terughoudendheid betrachten. Hij noemt daarvoor twee redenen. De eerste is dat toekenning van gevolgschadevergoeding betekent dat aan de omvang van de schade\ aandacht moet worden besteed voordat de onrechtmatigheid van het besluit is vastgesteld. Dit vind ik een heel merkwaardig argument. In negen van de tien civiele schadevergoedingsprocedures wordt primair de aansprakelijkheid betwist en subsidiair, bij voorkeur uitgesplitst in een aantal stellingen onder 'subsidiair', 'meer subsidiair', 'nog meer subsidiair' en 'uiterst subsidiair', de omvang van de schadevergoeding. Er is geen civiele rechter die daarvan staat te kijken, en dit terwijl schadeclaims in het bestuursrecht vaak wat ingewikkeldheid betreft, vergeleken met veel civiele schadeclaims, eigenlijk kinderspel zijn.

In het bestuursrecht gaat het bij schadeclaims in geval van vernietiging van de beschikking vooral om posten als gederfde rente en misschien wat kosten van rechtsbijstand in de bezwaarschriftprocedure, ook al heeft de minister van justitie zich daarover in de parlementaire geschiedenis uitgelaten op een wijze die tegenstrijdig is met die van regeringscommissaris Scheltema. Dit wil niet zeggen dat er niet soms ingewikkelde schadeclaims zijn. Als een exportvergunning voor levering van wapentuig aan een Derde-Wereldland ten onrechte wordt geweigerd met als gevolg dat de order wordt gemist, kan de schade flink oplopen, maar dat zijn uitzonderingen. Evenmin wil ik bestrijden dat soms moeilijke juridische vragen aan de orde kunnen zijn, zoals vragen die verband houden met de relativiteitseis die door de minister van justitie bij de mondelinge behandeling van de tweede tranche bijna met zo veel woorden is geïntroduceerd, of de causaliteitsvraag. Op dergelijke punten meen ik overigens dat de administratieve rechter zich moet richten naar en rekening moet houden met de eisen die uit het veel verder ontwikkelde civiele aansprakelijkheidsrecht voortvloeien. Hij dient dit in mijn ogen te doen om te voorkomen dat bij de burger de gedachte post vat dat je bij de ene rechter beter af bent dan bij de andere. Die gedachte verdient ontmoediging. Juridische vragen als de hiervóór aangeduide zullen zeker rijzen, maar daarvoor hebben we nu juist een rechter.

Het tweede argument is dat als schade tijdens de initiële procedure – de procedure over het besluit zelf –niet voldoende wordt behandeld een tussenuitspraak op grond van artikel 8:73 lid 2 Awb moet worden gegeven. Ik zeg dan: nou, èn? Dat artikel is er toch juist voor bedoeld de rechter de gelegenheid te geven in alle rust nader naar de schadevergoeding te kijken? Het is denkbaar dat de rechter, als hij niet zo veel trek in al die vervolgprocedures heeft, om die reden slechts een beslissing over de schadevergoeding neemt als de eiser zijn schadeclaim al in de initiële procedure voldoende heeft onderbouwd. Ik heb vanmorgen gehoord dat de rechter ook beleid voert. Als de rechter een beleid als hier aangegeven formuleert en dat beleid, conform diens eigen aansporingen aan anderen, consequent toepast, zal het naar mijn verwachting heel snel afgelopen

zijn met slecht onderbouwde schadeclaims, zodat de rechter zich over tijdrovende vervolgprocedures weinig zorgen zal hebben te maken.

Allewijn voegt eraan toe dat de praktijk zou hebben geleerd dat partijen wel uit de kwestie van de schadevergoeding komen als eenmaal de aansprakelijkheid is vastgesteld. Boesjes heeft hierover al een opmerking gemaakt waarvan ik, meestal aan de andere kant van de rechtszaal staande, de juistheid kan beamen. Ik kan zelfs zeggen dat ik een deel van mijn tijd kan vullen met de gevallen waarin die overeenstemming níet wordt bereikt. Afgezien daarvan acht ik de toevoeging van Allewijn niet ter zake. Als immers de rechter een tussenuitspraak op grond van artikel 8:73 lid 2 heeft gegeven, staat dit natuurlijk aan een regeling in der minne absoluut niet in de weg. Voor het geval dat het overleg mislukt, lijkt het mij veel praktischer dat degene die schadevergoeding wil hebben zonder complicaties de nog lopende procedure kan voortzetten dan dat hij ergens, bij welke rechter dan ook – de burgerlijke of de administratieve –, helemaal opnieuw moet beginnen.

Inzake de mogelijkheid van een nieuwe procedure bij de administratieve rechter vind ik Allewijn wel erg optimistisch. Hij gaat er zonder meer van uit dat men in de situatie van een vernietigd besluit bij gebreke van overeenstemming over de schade aan het bestuursorgaan kan vragen een besluit over schadevergoeding te nemen waartegen men vervolgens in rechte kan opkomen. Er is zelfs geen twijfel, aldus Allewijn, over het publiekrechtelijk karakter van een besluit over de schade die voortvloeit uit een vernietigd besluit. Ik ben zo vrij die twijfel wèl te hebben, en wel omdat de parlementaire geschiedenis van de Awb eigenlijk nauwelijks enige steun aan de opvatting van Allewijn biedt. De Afdeling rechtspraak heeft als er geen sprake was van een publiekrechtelijke regeling die tot schadevergoeding verplichtte steevast een weigering van schadevergoeding als rechtshandeling naar burgerlijk recht bestempeld, en juist wat die – ik zou haast zeggen: vermaledijde – rechtshandeling naar burgerlijk recht betreft heeft de Awb-wetgever expliciet aansluiting gezocht bij het beschikkingsbegrip uit de Wet Arob. Er zit natuurlijk wel enige ruimte in, maar ik moet nog zien wat de Awb-rechter met dergelijke niet op een publiekrechtelijke regeling gebaseerde zuivere schadebesluiten zal doen.

Boesjes heeft zojuist in een hem kenmerkende zorgvuldige en tegelijk uiterst voorzichtige formulering een oplossing voor dit probleem aangegeven. Misschien heeft hij daarmee wel een heel goede suggestie gedaan, maar zelfs als die suggestie door de rechtspraak wordt gevolgd, blijft in de situatie die hier aan de orde is het probleem bestaan dat de burger tegen een dergelijk schadebesluit een bezwaarschrift moet indienen voordat hij bij de rechter terecht kan, terwijl artikel 8:73 hem in beginsel de mogelijkheid geeft de schadekwestie aan de orde te stellen bij de rechter bij wie ook de rechtmatigheid van het bestuursbesluit aan de orde is.

Waartoe leidt dit alles? Men hoort mij niet zeggen dat het schadevergoedingsrecht van de Awb perfect is, maar ik geloof wel dat het beter en efficiënter is dan wat we hadden. Dit recht is in de parlementaire geschiedenis overigens helaas niet erg goed uitgewerkt en heeft bij de parlementaire behandeling, in vergelijking

met de naar mijn mening volstrekt disproportionele aandacht voor de toch eigenlijk vrij ondergeschikte kwestie van de proceskostenvergoeding, vrij weinig aandacht gekregen. Op het gebied van de schadevergoeding is in ieder geval in de Awb een behoorlijke regeling gegeven waarmee de rechter, als hij er tenminste iets mee doét, nogal wat kan bereiken. De opvatting van Allewijn leidt ertoe dat burger en overheid in een aantal gevallen, om het maar eens in het daarvoor gangbare bureaucratische jargon te zeggen, zonder noodzaak van het ene loket naar het andere loket [dat van de burgerlijke rechter] worden verwezen. Dat is zonde en onnodig. De opvatting van Allewijn op dit punt dient niet het belang dat burger en overheid hebben bij een snelle oplossing van het gehele geschil dat tussen hen bestaat. Ik hoop dan ook van harte dat de verwachting van Allewijn niet wordt bewaarheid en die van mevrouw Schreuder wèl.

Mr. Th.G. Drupsteen

Op uw uitnodiging, mijnheer de Voorzitter, maak ik een paar korte opmerkingen over de preadviezen die wij vandaag bespreken. Het zijn alle drie boeiende beschouwingen die elkaar fraai aanvullen. Het preadvies van mevr. Schreuder-Vlasblom is meer beschouwend, het tracht de wortels van het nieuwe bestuursprocesrecht bloot te leggen, dat van Allewijn is meer op de procespraktijk georiënteerd, duidelijk stellingnemend, terwijl Nicolaï onder wat verhullende titels een paar onderwerpen van het nieuwe bestuursprocesrecht uiteenrafelt. Alle drie de preadviezen zijn tamelijk kritisch over het nieuwe bestuursprocesrecht. Ik vind ze daarom zo boeiend, omdat ze een beeld geven van de moeilijkheden waarin we ons bevinden. Het accent in het bestuursprocesrecht verschuift van het recours objectif naar het recours subjectif of van het handhavingsperspectief naar het rechtsbeschermingsperspectief. Dit proces is al langer aan de gang, maar de Awb zet er een paar nieuwe stappen in, terwijl er tegelijkertijd op andere plaatsen en in de parlementaire stukken ook weer stevig op de rem wordt getrapt. In dit opzicht is het op z'n Oud-Hollands gezegd 'blazen en het meel in de mond houden'. De parlementaire stukken rond de tweede tranche zijn op sommige plaatsen monumenten van in- en uitpraten, waar je weinig houvast aan hebt. Dit is overigens, dat mogen we wel bedenken, aan de snelle totstandkoming van het nieuwe bestuursprocesrecht wel ten goede gekomen. Met alle kritiek en vraagpunten bij de wet die nu voorligt, moeten we ook bedenken dat er binnen een paar jaar een regeling voor een geïntegreerd bestuursprocesrecht is gerealiseerd en dat is op zich al winst uit oogpunt van uniformiteit en overzichtelijkheid.

Eén artikel, waar de verschuiving van recours objectif naar recours subjectif aan kan worden geïllustreerd is art. 8.69, tweede en derde lid: de rechter vult ambtshalve de rechtsgronden aan; hij kan de feitelijke gronden aanvullen. Alle preadviseurs gaan op deze twee bepalingen in: mevr. Schreuder op p. 19 e.v., Allewijn op p. 103 e.v. en Nicolaï op p. 143. Op het eerste gezicht is art. 8.69, tweede en derde lid een vanzelfsprekende bepaling. Het artikel geeft de stand van zaken in het bestuursprocesrecht weer: de rechter is in ieder geval actief wat de

rechtsgronden betreft; hij kan actief zijn wat de feitelijke gronden betreft. Een niet in alle opzichten actieve rechter zoals die past bij het recours objectif; niet voor niets zegt art. 8.69 eerste lid dat de rechtbank uitspraak doet op grondslag van het beroepsschrift. Maar ook niet een passieve rechter die het geheel aan de partijen overlaat om de relevante feiten te stellen en zo nodig te bewijzen. In dit opzicht kan er ook wel een spanning bestaan tussen het rechtsbeschermingsperspectief en het recours subjectif, omdat juist dit rechtsbeschermingsperspectief kan nopen tot een actief handelen van de rechter.

Bij nader doordenken over art. 8.69 tweede en derde lid ontstaan er toch wel vragen. Eerst het tweede lid. De rechtbank vult ambtshalve de rechtsgronden aan, wat betekent dat? Een vraag die kan rijzen is of de rechtbank ambtshalve Europees recht moet toepassen, ook als partijen er geen beroep op doen. Ik denk, dat de rechtbank verplicht is dit te doen. Deze verplichting wordt niet door art. 8.69, tweede lid in het leven geroepen. Ze vloeit voort uit de aanname van het Hof van Justitie in o.m. het Van Gend en Loos-arrest dat de lidstaten bij het sluiten van het Verdrag van Rome een eigen, autonome rechtsorde in het leven hebben geroepen die van rechtswege doorwerkt in en deel uitmaakt van de nationale rechtsstelsels. Men zou kunnen zeggen dat art. 8.69, tweede lid de positiefrechtelijke ingang biedt die deze doorwerkingen in het bestuursprocesrecht mogelijk maakt. Maar zonder art. 8.69, tweede lid zou deze doorwerking ook moeten plaatsvinden.

Hierbij gaat het niet alleen om het vragen van prejudiciële beslissingen op grond van art. 177 EEG-verdrag, maar ook om het ambtshalve toepassen van rechtstreeks werkende, maar niet tijdig of niet correct geïmplementeerde richtlijnen. Ik heb de indruk dat het College van Beroep voor het bedrijfsleven en de Centrale Raad van Beroep al wel op een zekere ervaring op dit punt kunnen bogen, maar dat deze oriëntatie op het Europees recht bij de Afdelingen geschillen van bestuur en rechtspraak van de Raad van State nog minder ontwikkeld is. Daar zie je althans dat men op nogal uiteénlopende wijze met Europees recht omgaat. Ter illustratie: Vz. Afd. r. 14 okt. 1992, AB 1994, 128 vragen om een prejudiciële beslissing; Afd. r. 10 sept. 1992, AB 1994, 79, richtlijnconforme uitleg van art. 53 Jachtwet; Vz. Afd. r. 10 juni 1993, AB 1994, 88, schorsing toepassing art. 53 Jachtwet zonder dat enige Europeesrechtelijke bepaling ter sprake komt en de reeks van uitspraken van de Afd. gesch. van bestuur over grensoverschrijdend vervoer van gevaarlijk afval, waarbij art. 16b Wet chemische afvalstoffen met een beroep op art. 94 Grondwet wegens strijd met een richtlijn buiten toepassing werd gelaten, van Afd. gesch. 6 sept. 1990, AB 1990, 12 via Afd. gesch. 17 febr. 1993, AB 1993, 424 tot V.z Afd. gesch. 14 juli 1993, AB 1994, 185. Zowel de nieuwe Afdeling bestuursrechtspraak als de rechtbanken zullen een zekere mate van terughoudendheid, die ze op grond van art. 3.69 eerste lid in acht kunnen nemen, moeten combineren met activisme op het punt van de rechtsgronden. Ik denk dat dit in de praktijk nogal wat zal vergen van de rechters en de staatsraden.

Nu het derde lid, de mogelijkheid van ambtshalve aanvulling van de feitelijke gronden, wat betekent dat eigenlijk? In het klassieke recours objectif kennen we een actieve rechter, die op grond van een soms summier beroepsschrift achter de

materiële waarheid probeert te komen. Maar wat moeten partijen onder het nieuwe bestuursprocesrecht zelf aannemelijk maken en wat vult de rechter ambtshalve aan? Naar mijn idee zijn de verschillen in procespraktijk op dit punt zeer groot. Bij de beroepen in de sfeer van het milieurecht en ruimtelijk ordeningsrecht kan een appellant volstaan met een summier beroepsschrift, waarna de afdeling Beroepen milieubeheer of de Adviseur ten behoeve van de Raad van State zorgt voor de instructie van de zaak met een advies voor de Afdeling. Contra-expertises tegen deze ambtsberichten komen vrijwel niet voor. In sociale verzekeringszaken zorgt naar mijn indruk de verweerder doorgaans voor het dossier op basis waarvan wordt beslist. Van Male heeft in enkele publicaties de aandacht gevestigd op de interessante uitspraak van de Vz. Afd. r. 29 okt. 1992, AB 1993, 183, NS tegen GS Friesland. Daarin ging het om de vraag wie gehouden is tot het betalen van bestuurscompensatie, de vergunninghouder of het vergunningverlenende overheidsorgaan. Maar daaraan ging vooraf een andere vraag, namelijk of degene die stelt schade te lijden, deze schade aannemelijk moet maken of dat de vergunningaanvrager een onafhankelijk onderzoek moet organiseren naar de omvang van de schade. De Voorzitter was van mening dat degene die stelt schade te lijden dit aannemelijk moet maken. Nu speelt deze vraag op het niveau van het primaire bestuursbesluit, maar in beroep speelt dezelfde vraag. Met andere woorden, wanneer kan de rechtbank zeggen, 'appellant, ik wijs Uw beroep af, want U hebt de feitelijke gronden waarop Uw beroepsschrift berust in het geheel niet aannemelijk weten te maken' en wanneer mag of moet de rechtbank zeggen, 'appellant, de feitelijke gronden waarop Uw beroepsschrift berust zijn buitengewoon dun, maar ik vul ze wel ambtshalve aan'. Daarbij is er ook nog een tussenweg denkbaar, namelijk toepassing van art. 8.68, heropening van het onderzoek dat naar het oordeel van de rechtbank niet volledig is geweest.

Ik realiseer me dat mijn vraag erg algemeen is, maar ik zou toch graag de opvatting van de preadviseurs horen over de naar hun oordeel juiste toepassing van art. 8.69, derde lid tegen de achtergrond van de verschuiving van recours objectif naar recours subjectif.

Beantwoording door de preadviseurs [ochtendgedeelte]

Mevrouw mr. M. Schreuder-Vlasblom

Mevrouw Wesseling heeft mij gevraagd wat ik heb bedoeld met mijn verwijzing naar de interne structuur van de civiele sectoren van de rechtbanken. Natuurlijk is mijn opmerking er één van een buitenstaander. De gedachte is dat van de verschillende rechtbanken – je hoort zo links en rechts wel iets – verschillende geluiden komen over de wijze waarop intern tussen de bestuurssectoren en de civiele sectoren de contacten verlopen en personele uitwisselingen plaatsvinden. Soms zijn daarbij wat betreft de civiele sectoren ook betrokken de kamers die belast zijn met de dagvaardingsprocedures, maar soms spelen de contacten zich voornamelijk af in de sfeer van de verzoekschriftprocedures die naar hun aard dichter bij het bestuursprocesrecht liggen.

De bedoeling van mijn opmerking is geweest de hoop uit te spreken dat de doorstroming tussen de civiele sectoren en de bestuursrechtsectoren van dien aard zal zijn, dat ook een ervaringsuitwisseling plaatsvindt tussen procedures die verder van elkaar af liggen: de bestuursrechtelijke procedure en de dagvaardingsprocedure. Als we namelijk, in de wat verdere toekomst, gaan nadenken over vormen van harmonisatie en zelfs integratie van civiel procesrecht en bestuursprocesrecht, zal mijns inziens met name in de civiele dagvaardingsprocedure de bottleneck liggen. Het karakter van die procedure is zodanig, dat het mij erg moeilijk lijkt zelfs maar tot een harmonisatie te komen.

Ik hoef waarschijnlijk niet in herinnering te roepen dat één van de redenen waarom zich een afzonderlijk bestuursproces en afzonderlijke bestuursrechtelijke rechtscolleges hebben ontwikkeld, gelegen was in de afkeer van de overformalistische dagvaardingsprocedure bij de civiele rechter. Men heeft het nodig geacht de procedure voor de beoordeling van bestuursoptreden wat minder formeel en, met een moderne term, wat meer cliëntgericht in te richten.

Binnen het civiele procesrecht vindt in het kader van de tweede fase van de herziening van de rechterlijke organisatie een herijking van de procedures in eerste aanleg plaats, waarbij onder meer ook een streven naar een zekere determalisering voorzit.

Ook tegen deze achtergrond valt te hopen dat bij de uitwisseling van ervaring en het 'op elkaars stoel gaan zitten' binnen de rechtbanken ook de kamers, belast

met de civiele dagvaardingsprocedures zullen worden betrokken, opdat deze in die zin niet in een relatief isolement komen te verkeren.

Mevrouw Wesseling heeft daarnaast een vraag gesteld die ik opvat als: is harmonisatie en zelfs integratie van procesrecht en procedures doel op zichzelf, moet naar die harmonisatie/integratie coûte que coûte worden gestreefd? Mijn antwoord daarop, dat naar ik meen hier en daar in mijn preadvies wel doorklinkt, luidt ontkennend. Aan de verschillende soorten procedures worden met name vanuit het materiële recht tot handhaving waarvan ze strekken zeer uiteenlopende eisen gesteld. Ik heb als mijn opvatting gegeven dat we eerst moeten nadenken over wat we nu eigenlijk zelf qua doel, object en inrichting met het bestuursprocesrecht willen en dat we eerst verder moeten werken aan de uitbreiding van het materiële bestuursrecht, bijvoorbeeld op het gebied van de overeenkomsten en de vergoeding van schade, in het bijzonder bij rechtmatig overheidsoptreden. Pas daarna zullen we een meer volledig beeld voor ogen hebben van de procestypen die binnen het bestuursprocesrecht zullen moeten worden ontwikkeld. Ik verwacht dat zich belangrijke differentiaties zullen gaan aftekenen, afhankelijk van het type overheidsoptreden waar het om gaat. Het karakter en de inrichting van de procedures zullen bij de beoordeling van besluiten van algemene strekking vermoedelijk anders zijn dan bij die van beschikkingen of die van publiekrechtelijke overeenkomsten. Ik kan mij ook goed voorstellen dat wordt gekozen voor een algemeen deel van het procesrecht waaraan gedifferentieerde varianten worden opgehangen. De mate van harmonisatie kan dan per type gaan verschillen.

In ieder geval is harmonisatie geen doel op zich. Doel van het procesrecht is een adequate beslechting van geschillen over de toepassing van het achterliggende materiële recht. Van daaruit moet je vaststellen wat nodig is en aldus een beeld krijgen van de eisen die aan de inrichting van de procedures moeten worden gesteld. Vervolgens kun je tot vergelijkende beschouwingen komen en kun je nagaan hoe ver je samen kunt komen.

Boesjes heeft onder andere de kwestie van de zuivere schadebeslissing aan de orde gesteld, waarbij hij ter bespreking heeft gegeven het uitgangspunt dat geschillen over schadevergoeding, ontstaan binnen een bijzondere rechtsbetrekking tussen justitiabele en overheid, behoren tot de competentie van de rechter die over die rechtsverhouding oordeelt. Ik kan deze stelling van harte onderschrijven, maar ik denk dat we hiermee bij de toepassing van de Awb, en met name bij de interpretatie van artikel 8:1 Awb, wèl op een probleem stuiten. Anders dan de ambtenarenrechter, is immers in ieder geval de algemene bestuursrechter niet bevoegd inzake feitelijk handelen, terwijl ook feitelijk handelen in het kader van typisch bestuursrechtelijke rechtsverhoudingen schade kan veroorzaken.

Het is natuurlijk denkbaar dat deze rechter, in aansluiting op hetgeen in de toelichting op de Awb wordt aanbevolen, op basis van het ongeschreven publiekrecht toch publiekrechtelijk rechtsgevolg aan beslissingen op losse schadevergoedingsverzoeken gaat onderkennen. Daarmee worden dan alle beslissingen op losse schadevergoedingsverzoeken, ook waar die feitelijk bestuurshandelen betreffen, aangemerkt als 'besluit', zodat ze zonder uitzondering onder de competentie van de algemene bestuursrechter vallen. Dit kan, zoals ook Tak heeft

gesignaleerd, ingrijpende gevolgen voor de taakafbakening met de civiele rechter hebben. Indien de hoogste civiele rechter uit een dergelijke ontwikkeling in de jurisprudentie van de bestuursrechter zal concluderen dat de weg via het opkomen bij de bestuursrechter tegen een zuiver schadebesluit een aan de privaatrechtelijke actie uit onrechtmatige overheidsdaad gelijkwaardige en ten opzichte van die actie exclusieve rechtsweg is geworden, zou de competentie ter zake van schadevergoeding in verband met onrechtmatig overheidsoptreden naar de bestuursrechter verschuiven.

In de benadering van Boesjes zou men daarentegen moeten uitgaan van het antwoord op de vraag welke rechter ten aanzien van het schadeveroorzakende optreden bevoegd is. Daarvoor is veel te zeggen, nu uit de geschiedenis van artikel 8:73 Awb blijkt dat het helemaal de bedoeling van de wetgever niet is geweest de civiele onrechtmatige-overheidsdaadactie te ecarteren. De wetgever heeft juist de keuze voor ook dié weg open willen laten. Bovendien, voor zover het gaat om schadeveroorzaking door feitelijk of privaatrechtelijk overheidshandelen waartegen de werkgever geen bestuursrechtelijke rechtsgang heeft opengesteld ter vaststelling van de (on)rechtmatigheid daarvan, zal bij de beoordeling van het zuivere schadebesluit toch zo'n vaststelling moeten plaatsvinden, hetgeen de werkelijke competentie-afbakening doorkruist. Tenslotte is de benadering van Boesjes ook noodzakelijk om te komen tot een afbakening van bevoegdheden tussen algemene en bijzondere bestuursrechters op het gebied van de zuivere schadebesluiten. De vraag is of men op dit soort overwegingen kan funderen dat – ondanks art. 8:1, eerste lid, Awb – bepaalde besluiten ten aanzien van schade toch niet onder de competentie van de algemene bestuursrechter vallen, maar onder de competentie van de rechter die ten aanzien van het schadeveroorzakende optreden bevoegd is: inzake feitelijk handelen vaak de civiele rechter. Men zal op basis van het stelsel van de wet of de bedoeling van de wetgever moeten concluderen dat de hier bedoelde besluiten kennelijk niet onder de competentie van de bestuursrechter zouden moeten vallen. Mij dunkt dat hierover nog verder moet worden nagedacht.

Mr. D. Allewijn

De in dit stadium van de beantwoording noodzakelijke beperking tot slechts enkele opmerkingen, is, gegeven de schoten hagel die op mij zijn afgevuurd, niet zo eenvoudig! Ik heb zitten twijfelen of het aanbeveling verdiende bij mevrouw Wesseling te beginnen en vervolgens maar te kijken hoe ver ik met het dienen van repliek zou komen. Zeker echter nu ik mevrouw Schreuder allerlei opmerkingen over 'de bestuursrechter' heb horen maken, lijkt het mij het beste een algemene notie uit mijn preadvies te lichten. In de gedachtenwisseling hoor ik steeds weer de term 'de bestuursrechter' vallen, maar als er in de operatie waarmee we op 1 januari 1994, of eigenlijk al op 1 juli 1992 zijn begonnen, één ding uitspringt, dan is het juist de relativering van de term 'bestuursrechter'. In alle vragen over het beschikkingsbegrip, het besluitbegrip of de rechter die schade-

claims moet beoordelen, wordt uitgegaan van het bestaan van 'de bestuursrechter'.

Tegen deze achtergrond zou ik enige algemene beschouwingen willen houden, waarmee wellicht ook de discussie van vanmiddag kan worden gevoed. Vanuit de rechtbank benaderd – een benadering die ik in mijn preadvies heb geprobeerd te geven – is 'de bestuursrechter' slechts de kamer die zaken op grond van artikel 8:1 Awb behandelt en gaan we ervan uit dat er altijd rechtsmacht is. Men kan altijd bij ons, de rechtbank, terecht. Er zijn goede redenen om dit perspectief te kiezen, ook bij de derde fase van de herziening van de rechterlijke organisatie, waarbij men het denken aan de hand van de begrippen 'de bestuursrechter' en 'de burgerlijke rechter' zou moeten laten varen en er simpelweg voor zou moeten zorgen dat er in appel een rechter is.

In het hier bedoelde perspectief zijn vragen als 'is er sprake van een beschikking?' en 'is er sprake van een zuiver schadebesluit?' uitsluitend nog van belang om te bepalen welk procesrecht van toepassing is. Men kan dan de redenering ook omdraaien en de vraag of iets een beschikking moet worden genoemd beantwoorden aan de hand van het criterium of het van belang is er het bestuursprocesrecht op van toepassing te verklaren.

Deze lijn kan vermoedelijk worden doorgetrokken naar de schadebesluiten. Hier ben ik nog niet helemaal uit; vanmiddag, als ik wat langer de tijd heb gehad, zal ik er, speciaal naar aanleiding van het betoog van De Groot, nader op ingaan. In ieder geval is voor mij het grote twijfelpunt welk procesrecht het meest geschikt is voor het behandelen van een schadeclaim tegen de overheid. Dat de rechtbank zo'n claim moet behandelen, lijkt duidelijk. Ook duidelijk is mijns inziens dat er deskundige rechters op een schadeclaim tegen de overheid moeten zitten, zowel wat de voor het overheidshandelen geldende normen als wat het schaderekenen betreft. Er zal evenmin twijfel over bestaan dat die rechters deel zullen uitmaken van de sector bestuursrecht of van de sector civielrecht, en we zijn al ver genoeg om rechters uit beide sectoren bij elkaar te zetten in een combi-kamer.

Interessant wordt het pas als de vraag wordt gesteld hoe de situatie bewijsrechtelijk ligt. Dit brengt mij bij de bijdrage van Drupsteen. Wat moeten eisers in een schadeprocedure tegen de overheid aanvoeren, stellen en bewijzen en is het nuttig, als partijen al veroordeeld zijn geweest, dat zij van tevoren daarover met elkaar in contact zijn? Dit laatste lijkt mij, zoals ik heb aangegeven, inderdaad nuttig. Dat Boesjes de gevallen niet ziet waarin partijen elkaar vinden, kan ik mij voorstellen: hij is rechter van zijn beroep en hij ziet dus altijd gevallen waarin partijen er samen niet uit komen. Dat De Groot zulke gevallen niet ziet, vind ik opmerkelijker. Hij is immers advocaat en één van zijn taken is ervoor te zorgen dat partijen er samen wèl uit komen. Ik denk ook dat hij, als hij in het civiele recht opereert, toch altijd eerst probeert partijen tot overeenstemming te laten komen. Heel vaak lukt dat, soms met een steuntje in de rug van de rechter.

De meest wezenlijke vraag voor mij is of een schadegeschil met de overheid verticaal of horizontaal van aard is. Kan men zeggen dat de overheid een bijzondere verplichting/bevoegdheid tot het redresseren van schade heeft, of moet men tot de conclusie komen dat er twee partijen met subjectieve rechten tegenover

elkaar staan die het samen over een schadeclaim niet eens kunnen worden? Die twee mogelijkheden moet men tegen elkaar afzetten. Als de overheid eigenlijk een bijzondere eigen verantwoordelijkheid en dus bevoegdheid en dus verplichting heeft om bij de presentatie van een schadeclaim eigener beweging over de schade na te denken, is zij bij het nadenken over de schade bezig een beschikking voor te bereiden. Er zijn organen die men als 'grote beschikkingsfabrieken' zou kunnen kwalificeren – genoemd kunnen worden de bedrijfsverenigingen, de fiscus en misschien ook de immigratie- en naturalisatiedienst – die een eigen beleid formuleren voor de gevallen waarin ze met schadeclaims worden bestookt. Zo is er bij het GAK een beleid inzake de vraag welke gevolgschadevergoeding en welke rente zal worden betaald bij schadeclaims in het geval van vernietigde besluiten. Organen nemen hun eigen verantwoordelijkheid en nemen besluiten in het kader van een beleid. Op die manier is men bezig een schadebesluit tot een echte bestuursrechtelijke beschikking te maken. Als het zo ver is moet de rechtsingang maar overslaan naar het beroep tegen het zuivere schadebesluit.

Mr. P. Nicolaï

Zonder Tak nog kwader te willen maken dan hij zich al heeft getoond, zal ik eerst enige relativering aanbrengen bij de door velen aangenomen verschuiving van een recours objectif naar een recours subjectif. *Drupsteen* heeft gezegd dat alle drie de preadviezen zo'n verschuiving in beeld brengen. Ik vraag mij ten eerste af of dat juist is. Naar mijn mening kan zelfs de vraag worden gesteld – wellicht is het aardig daarop vanmiddag nader in te gaan – of in hoofdstuk 8 Awb geen elementen zijn opgenomen die juist bijzonder passen in een recours objectif. Ik heb in mijn preadvies gewezen op de uitdrukkelijke bepaling dat de rechter de feiten *kan* aanvullen en op de uitdrukkelijke bepaling dat de rechter zelf in de zaak kan voorzien, waarbij uit de Memorie van Toelichting blijkt dat dit zelfs mogelijk is wanneer er nog enige mate van discretie voor het bestuur is.

De genoemde bepalingen geven de rechter een bevoegdheid. Nu wijs ik erop dat de rechter zelf altijd bestuursorganen voorhoudt: wie een bevoegdheid krijgt, moet die naar behoren uitoefenen en kan niet de houding aannemen van iemand die zegt: 'Ach ja, ik heb daar een bevoegdheidje liggen; ik zal eens kijken of ik er gebruik van maak, ja of nee.' Als een beroep op de bevoegdheid wordt gedaan, moet daaraan een belangenafweging ten grondslag liggen. De rechter zal dienovereenkomstig moeten handelen.

De andere twee preadviseurs blijken in hun preadviezen elementen die in de Memorie van Toelichting als uitingen van een terugdringen van het recours objectif zijn genoemd sterk te relativeren. Wat de reformatio in peius betreft: in het later stadium van de behandeling van het wetsvoorstel is men er zelf al op gekomen dat die onder omstandigheden toelaatbaar moet worden geacht. Ook het element 'punt van geschil' is nogal gerelativeerd.

Al met al vraag ik mij af of er eigenlijk wel sprake is van een verschuiving

naar een recours subjectif. Zijn er juist geen elementen ingebouwd die het recours-objectif-karakter versterken?

Ter afronding van mijn eerste beantwoording besteed ik aandacht aan een onderwerp dat bij het vorige wel enigszins aansluit: beleidsregels voor de rechter. De rechter krijgt in de Awb door middel van 'kan'-bepalingen vergaande bevoegdheden en tegelijkertijd is men op wetgevingsniveau niet in staat een rechtseenheidsvoorziening te treffen en op alle fronten hoger beroep open te stellen. Interessant in dit verband is ook de opmerking van Tak dat primair de rechtbanken de ontvankelijkheidskwesties moeten oplossen, en niet de Raad van State, waar die rare lucht aan hangt. Als die weg wordt gevolgd, zullen de rechtbanken, conform de Memorie van Toelichting, goede afspraken moeten maken, om te voorkomen dat de ontvankelijkheid in het ene arrondissement heel anders ligt dan in het andere!

Mevrouw *Wesseling* heeft gevraagd hoe de naleving van beleidsregels voor de rechter moet worden afgedwongen. Dat die beleidsregels er zijn, is een publiek geheim, en in dit gezelschap waarschijnlijk helemáál geen geheim. Men kan zich voorstellen dat, juist gezien het ontbreken van een rechtseenheidsvoorziening, met betrekking tot hoogste rechter op een aantal punten knopen moeten worden doorgehakt.

In dit verband een voorbeeld uit een stuk dat hier van belang is en dat ik heb meegenomen. Als advocaat en ook in mijn onderwijs voor studenten heb ik vaak geconstateerd dat de Afdeling rechtspraak inzake overschrijding van de beroepstermijn vreselijk streng is – als je met vakantie bent, moet je er maar voor zorgen dat de buurvrouw de post open maakt, begrijpt wat erin staat en zo nodig maatregelen neemt –, terwijl de Centrale Raad van Beroep een soepele houding aanneemt. Toen ik in het geheime stuk ging kijken, was ik dan ook heel benieuwd te zien wat degenen die in de Bel-Air-conferentie bijeen hebben gezeten over overschrijding van de beroepstermijn hadden afgesproken. Ik las dat naar algemeen gevoelen de langere beroepstermijn van de Awb streng moet worden gehanteerd. De huidige soepele vakantiejurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep zou niet meer kunnen worden toegepast; de Afdeling rechtspraak, aldus het stuk, is altijd al strenger geweest, mede in verband met de derde-belanghebbende.

Men kan zich voorstellen dat een dergelijke afspraak is gemaakt, die ook naar de rechtbanken doorsijpelt, inhoudende dat termijnoverschrijding wegens vakantie niet meer wordt geaccepteerd. Ik heb gelezen dat zo'n beleidsregel zo veel mogelijk zou moeten worden gepubliceerd.

Allewijn: Ga niet voorbij aan de uitzondering!

Nicolaï: Er geldt inderdaad een uitzondering voor buitenlandse werknemers, maar ik wilde de zaak niet compliceren. De vergadering merkt in ieder geval dat ik niet zit te liegen en dat het er echt staat!

Stel nu dat een bouwvergunning is aangevraagd en dat de aanvrager, na keurig de termijn van zes weken te hebben afgewacht zonder dat bezwaar wordt gemaakt,

aan de slag gaat, maar dat vervolgens iemand na terugkeer van vakantie alsnog een bezwaarschrift indient, niet-ontvankelijk wordt verklaard en zich tot de rechtbank wendt, waarbij de rechter uit de rechtbank het niet zo eens blijkt te zijn met de richtlijn dat vakantie geen verschoonbare termijnoverschrijding kan opleveren, zodat hij, ondanks de gepubliceerde richtlijn, de klager ontvankelijk verklaart. Stel dat vervolgens het euvel wil dat de klager aan de hand van hard materiaal meteen kan aantonen dat de bouwvergunning in strijd met de wet is verleend. De rechter heeft dan geen enkele armslag en moet de bouwvergunning vernietigen. Inmiddels heeft degene die de bouwvergunning had gekregen, allerlei kosten gemaakt, aannemers ingeschakèld enzovoort enzovoort.

Hier heeft wel beschouwd een rechter een beleidsregel geschonden. Als een bestuursorgaan een beleidsregel schendt, geeft de rechter dat orgaan daarom vreselijk op z'n kop, maar wie zou nu zo'n rechter op z'n kop kunnen geven? Hoe zou, met andere woorden, de beleidsregel kunnen worden gehandhaafd? Ik zie nu af van de vraag of hier überhaupt wel sprake kan zijn van een beleidsregel waaraan een rechter rechtens gebonden zou kunnen zijn; hiervoor verwijs ik naar mijn preadvies, en ik wacht af of vanmiddag op dit punt een schot hagel op mij zal worden afgevuurd!

Opvallend in verband met handhaving van beleidsregels voor de rechter is dat in sommige zaken geen hoger beroep open staat. We hebben indertijd in de Eerste Kamer kunnen horen dat de afschaffing van hoger beroep in vreemdelingenzaken in hoge mate in strijd met de rechtsstaatgedachte zou zijn, maar gezien de rechtsbeschermingsmogelijkheden in milieu-aangelegenheden kan er een kernenergiecentrale bij mij om de hoek komen zonder dat ik tegen de door mij uitgelokte rechterlijke uitspraak in hoger beroep kan gaan. Kortom: zoals bekend, zijn er talloze situaties waarin geen hoger beroep mogelijk is.

Ik wijs, met het oog op dergelijke situaties, op het hypothetische geval dat in een milieu-aangelegenheid een rechter van de Afdeling bestuursrechtspraak een soortgelijke uitspraak doet als de zojuist ten tonele gevoerde rechter van de rechtbank. Het geval is overigens alleen al hypothetisch, omdat bij de Raad van State niet de rechters, maar de mensen van het stafbureau beslissen; Allewijn zal nu vermoedelijk willen zeggen dat het bij de rechtbank anders zal gaan! Laten we er in ieder geval even van uitgaan dat een rechter van de Afdeling bestuursrechtspraak, recht doende in eerste en enige aanleg, de gepubliceerde richtlijn terzijde schuift, een appellant in strijd met de richtlijn ontvangt, het beroep tegen een milieuvergunning gegrond verklaart en de milieuvergunning vernietigt. Als de betrokkene daardoor schade lijdt, kan hij, bij gebreke van hoger beroep, niet ter discussie stellen of in strijd met de beleidsregel is gehandeld.

Na een soortgelijke uitspraak van de rechtbank bestaat de mogelijkheid in hoger beroep aan te voeren dat gepubliceerd beleid niet is toegepast. Er doet zich hier overigens iets merkwaardigs voor. Degene die in hoger beroep gaat, voert niet aan dat de rechtbank de wet verkeerd heeft uitgelegd, namelijk door bij de ontvankelijkverklaring de termijnbepaling van de Awb te schenden, maar dat de rechtbank haar gepubliceerde beleid in het onderhavige geval niet heeft toegepast en daarmee een inbreuk op het gelijkheidsbeginsel heeft gemaakt.

Als dit de ingang is, doet zich een heel interessante vraag voor. De betrokken vergunninghouder heeft schade geleden als gevolg van de beslissing van de rechter om, in strijd met het gelijkheidsbeginsel en in strijd met het beleid, de klager te ontvangen, als gevolg waarvan bij het ontbreken van speelruimte de vergunning moest worden vernietigd. Naarmate men de bestuursrechter meer een bijzondere positie geeft, met eigen bevoegdheden en discretionaire bevoegdheden, komt deze rechter steeds meer in een positie te verkeren die vergelijkbaar is met die van een bestuursorgaan. Regels waarmee een bestuursorgaan te maken heeft, zouden ook in de situatie waarin de bestuursrechter van discretionaire bevoegdheden gebruik maakt van toepassing moeten zijn. Hier komt mijn advocatenbloed naar boven, zodat ik mij afvraag of we niet de redenering moeten volgen dat in dit geval schade is toegebracht door een rechter die in strijd met het gelijkheidsbeginsel een beleidsregel niet heeft toegepast en dat deze schade in aanmerking moet komen voor vergoeding door de staat.

Overigens meen ik dat we niet te veel op de praktijk vooruit moeten lopen, en ik wil het dan ook hierbij laten.

Interventies [middaggedeelte]

Mr.drs. B.M.J. van der Meulen

Ik hoorde Tak vóór de lunchpauze zeggen dat wij met deze discussie te laat zijn, omdat de zaak potdicht zit. Dit vond ik jammer, want ik had de preadviseurs de vraag willen voorleggen of er in het kader van de derde en vierde tranche niet nog enige mogelijkheden zijn tot het aanbrengen van praktische aanpassingen in het bij de tweede tranche gekozen stelsel van bestuursrechtspraak, aanpassingen waarmee in de preadviezen gesignaleerde 'scherpe kantjes' zouden kunnen worden afgeslepen.

Inmiddels heb ik besloten mijn gedachten op dit punt toch maar in het midden te brengen. Ik richt mij daarbij in het bijzonder tot Allewijn, die zich een voorvechter van rechtsbescherming tegen beschikkingen heeft getoond, en tot mevrouw Schreuder, die juist de complicaties over het voetlicht heeft gebracht.

Mijn opmerkingen betreffen in het bijzonder de handhaving. Handhaving vindt in belangrijke mate plaats door feitelijk handelen en past daarom minder goed in een stelsel van bestuursrechtspraak dat weliswaar op rechtsbescherming van de burger gericht is, maar dat tevens besluiten van de overheid tot object heeft. De beperking van rechten en vrijheden van burgers door feitelijk overheidsoptreden lijkt mij méér dan een marginale kwestie. Allewijn maakt terloops melding van handelen dat als onbeoogd gevolg schade oplevert[5], maar nog belangrijker lijkt mij handelen dat bewust op de beperking van keuzevrijheden gericht is, zoals handelen op grond van de handhavingsbevoegdheden van de derde tranche.

Handhaving veronderstelt naar mijn mening:

1. het bestaan van een norm;
2. het bestaan van de kwade kans dat er burgers zijn die deze norm niet willen naleven.

Handhavingshandelingen zijn er dan op gericht deze burgers tegen hun wil in – dus door dwang – tot normconform gedrag te brengen. Daarmee is op zich niets mis, maar het is wèl heel ingrijpend en heel verticaal, en het vraagt dan ook om rechtsbescherming.

Bij bestuursdwang en dergelijke handhavingsbevoegdheden kan die bescher-

5 Blz. 109.

ming worden geboden door beroep open te stellen tegen de aanzegging. Dit is echter anders bij de toezichtbevoegdheden. De toezichthouders mogen, volgens de in de derde tranche voorgestelde bepalingen, verpakkingen openen, monsters nemen en plaatsen betreden zonder dat een administratieve rechter er een vinger achter zou kunnen krijgen. Ook in een andere, aangepaste, bijzondere vorm van rechtsbescherming is niet voorzien.

In de nieuwe Politiewet, die op 1 april jongstleden in werking is getreden, is daarop iets bedacht, tenminste tot op zekere hoogte. In die wet speelt de feitelijke handhaving van de rechtsorde een centrale rol. De wetgever heeft daaraan een klachtenstelsel verbonden. Degene die zich door politieoptreden in zijn belangen geschaad voelt, kan een klacht indienen bij de korpsbeheerder.

Er is echter een belangrijk verschil tussen het stelsel van klachtrecht in de Politiewet en de rechtsbescherming in de Awb. Rechtsbescherming is, kort gezegd, gericht op herstel van de geschonden rechtspositie van de burger. In het politieklachtrecht wordt niet de rechtspositie van de burger tegen het licht gehouden, maar die van de ambtenaar over wie wordt geklaagd. De vraag komt aan de orde of die ambtenaar misschien moet worden geschorst, of dat andere straf- of tuchtrechtelijke maatregelen jegens hem moeten worden getroffen. Een beslissing op een klacht heeft in relatie tot de klager zelden rechtsgevolgen. De beslissing blijft in dat opzicht beperkt tot de vraag of de klacht gegrond dan wel ongegrond is. Soms worden nog excuses aangeboden, en dat is het dan.

Bij de parlementaire behandeling van de nieuwe Politiewet is wel even de vraag aan de orde gekomen of niet ook hier behoefte bestaat aan rechtsbescherming, maar die vraag is door de regering ontkennend beantwoord. De regering vindt dat het feitelijk handelen door de politie ter handhaving van de rechtsorde iets zó wezenlijk anders is dan het nemen van besluiten, dat bescherming daartegen maar moet worden gezocht bij de burgerlijke rechter, of zelfs bij de strafrechter.

Volgens mij hoeft dit verschil helemaal niet zo groot te zijn, zeker niet als de beslissing op een klacht op rechtsgevolgen – bijvoorbeeld op rechtsherstel van de geschade positie van de burger – gericht zou zijn. Sommige Kamerleden, met name van Groen Links, hadden graag gezien dat in de Politiewet een bepaling zou zijn opgenomen die de korpsbeheerder laat beoordelen of de klagende burger wellicht aanspraak heeft op schadevergoeding. Die suggestie is door de regering van de hand gewezen.

Toch lijkt de gedachte mij nog niet zo gek. Het bestuursorgaan dat over de klacht oordeelt, stelt de feiten vast waarop de klacht betrekking heeft en beoordeelt die feiten. Op die manier wordt het feitelijk optreden waarover wordt geklaagd, vertaald in een besluit over aanspraken, namelijk een besluit met de inhoud 'de klacht is wel of niet gegrond en daaruit vloeit wel of niet een aanspraak op rechtsherstel voort'. Mevrouw Schreuder heeft in haar reactie op de interventie van Boesjes een soortgelijke opmerking gemaakt.

Een klachtrecht waaraan op deze manier vorm wordt gegeven, is in mijn ogen de 'missing link' tussen feitelijke machtsuitoefening door de overheid aan de ene kant en het aan besluiten gebonden stelsel van rechtsbescherming aan de andere

kant. Voor zover ik heb begrepen, is het de bedoeling in de vierde tranche een regeling van het klachtrecht op te nemen. Dit zou een goede gelegenheid zijn om de ingrijpende bevoegdheden die de derde tranche in het handhavingshoofdstuk bevat te voorzien van een daaraan aangepast stelsel van rechtsbescherming. Misschien zit de zaak op dit punt toch niet zo muurvast als Tak ons heeft voorgehouden. Overigens blijkt ook hij binnen het nu bestaande stelsel nog allerlei mogelijkheden te zien om tot oplossingen te komen.

Dit brengt mij tot mijn vraag aan de preadviseurs. Voelen zij iets voor het klachtenstelsel als mogelijke derde vorm van voorprocedure, naast de bezwaarschriftprocedure en het administratief beroep, om een brug te slaan tussen de aantasting van vrijheden en rechten van burgers door feitelijk handelen enerzijds en rechtsbescherming anderzijds?

Mr. E. Helder

Het thema van deze VAR-vergadering luidt, afgaande op de titel van de gezamenlijk preadviezen, *het nieuwe bestuursprocesrecht*. Kennelijk heeft de titel van het preadvies van Nicolaï als pars pro toto inspirerend gewerkt. Ik maak deze wellicht wat triviaal klinkende opmerking over de aanduiding van het thema van vandaag om de volgende reden. Het valt op dat de preadviseurs zich sterk hebben geconcentreerd op de toepassing van het nieuwe bestuursprocesrecht door de administratieve rechter. Daarbij wordt het verband besproken met de in de Awb dominante visie dat de rechtsbeschermingsfunctie en niet de controlefunctie de doorslag geeft.

Het nieuwe bestuursprocesrecht betreft evenwel in niet onbelangrijke mate tevens de bestuurlijke voorprocedures, te weten vooral bezwaar en ook administratief beroep. Het is niet geheel zonder betekenis dat in de Awb gekozen is voor een hoofdstuk, te weten hoofdstuk 6, met gemeenschappelijke bepalingen voor bezwaar en beroep. Men zou tenminste de vraag kunnen stellen of ook in bestuurlijke voorprocedures de rechtsbeschermingsfunctie voorop zou moeten staan, of dat op z'n minst eveneens sprake moet zijn van voortgezette besluitvorming. De vraag is dan vervolgens of de Awb terecht heeft gekozen voor het althans ten dele op gelijke voet behandelen van aan de ene kant bezwaar en administratief beroep en aan de andere kant het beroep op de administratieve rechter.

Mevrouw Schreuder-Vlasblom bespreekt vanaf bladzijde 36 de benadering van Tak, die een scherpe cesuur aanbrengt tussen de bestuurlijke besluitvorming in alle stadia –derhalve tot en met de voorprocedures – en de rechtsbescherming door de rechter aan de andere kant. Zij heeft deze opvatting voorzien van principieel commentaar, maar richt zich daarbij toch vooral op de verhouding rechter/bestuur. Mijn vraag aan mevrouw Schreuder is hoe haar visie luidt op de vormgeving van de bestuurlijke voorprocedures, in het bijzonder bezwaar, in de Awb. Is de consequentie van haar kritiek op Tak dat ze afstand neemt van de nogal radicale opvatting van deze auteur dat de bezwaarschriftprocedure uitsluitend fungeert als verlenging van de bestuurlijke besluitvorming?

Een vraag van mijn kant aan Allewijn luidt als volgt. Hij verschaft vanaf bladzijde 96 een interessante bespreking van artikel 8:69 lid 1 Awb: 'De rechtbank doet uitspraak op de grondslag van het beroepschrift [...]'. Zijn uiteindelijke conclusie luidt dat deze bepaling geen overtuigende verandering teweeg brengt in de wijze waarop de omvang van het geschil wordt bepaald [bladzijde 102]. Ik parafraseer met opzet, maar ik meen dat deze parafrase niet geheel onverantwoord is, gelet op het grote aantal relativeringen dat Allewijn heeft aangebracht bij de werkelijke betekenis van artikel 8:69 lid 1 Awb. Mijn vraag is nu of Allewijn bereid is deze conclusie te extrapoleren naar de betekenis van artikel 7:11 lid 1 Awb: 'Indien het bezwaar ontvankelijk is, vindt op grondslag daarvan een heroverweging van het bestreden besluit plaats.'

Indien hij mijn vraag bevestigend wil beantwoorden, is er nog hoop op het behoud van de volledige heroverweging als fundamentele karakteristiek van de bezwaarschriftprocedure.

Mr. A.J. Kuipers

Graag wil ik enkele korte opmerkingen maken over het gebruik van de begrippen 'recours objectif' en 'recours subjectif'. Naar mijn mening wordt bij het gebruik van deze begrippen te zeer een verband gelegd tussen twee dingen, hetgeen enigszins tot een vertroebeling in het denken leidt. Ik richt mijn betoog met name tot mevrouw Schreuder-Vlasblom.

De twee dingen waarop ik doel, zijn enerzijds de functie die men aan het bestuursprocesrecht toekent en anderzijds het model volgens hetwelk het bestuursprocesrecht wordt ingericht. Aan het bestuursprocesrecht kan men enerzijds de functie van objectieve rechtmatigheidscontrole, anderzijds de functie van subjectieve rechtsbescherming toekennen. De twee modellen die worden onderscheiden, zijn het toetsingsmodel en het model 'vaststelling van de rechtsbetrekking'. Onder het toetsingsmodel versta ik het model waarin de rechter een oordeel geeft over de rechtmatigheid van besluiten of handelingen. Het object in dat model is een besluit of een handeling. In het rechtsbetrekkingsmodel staat de claim van een bepaalde partij centraal. In de rechtspraak die volgens dit model plaatsvindt, doet de rechter een uitspraak over de wederzijdse aanspraken van de partijen.

Wat ik nu als problematisch ervaar, is dat vaak een te rechtlijnig verband wordt gelegd tussen enerzijds de functie en anderzijds de inrichting van het bestuursprocesrecht. Vaak wordt gezegd: als we aan het procesrecht de functie toekennen van objectieve rechtmatigheidscontrole, hebben we rechtspraak nodig volgens het toetsingsmodel; kennen we aan de rechtspraak de functie rechtsbescherming toe, dan hebben we rechtspraak nodig volgens het model 'vaststelling van de rechtsbetrekking'. 'Recours objectif' zou dan betekenen: een procedure die de functie controle heeft en die is ingericht volgens het toetsingsmodel. Onder 'recours subjectif' zou worden verstaan: een procedure met de functie rechtsbescherming en ingericht volgens het model 'vaststelling van de rechtsbetrekking'.

Naar mijn idee is het verband wat minder direct en wat minder rechtlijnig. Van

welke functie men ook uitgaat, rechtspraak moet steeds volgens het toetsingsmodel verlopen. Toetsing moet naar mijn mening steeds plaatsvinden. Het voorop stellen van de rechtsbeschermingsfunctie betekent mijns inziens dan ook niet dat geen toetsing meer zou moeten plaatsvinden. Voordat de rechter bijvoorbeeld een veroordeling tot schadevergoeding kan uitspreken, moet hij toch eerst de rechtmatigheid van een besluit of een handeling beoordelen. Voor zover mevrouw Schreuder die mening toegedaan is – ik meen dat zij dit standpunt inderdaad huldigt –, ben ik het met haar eens.

In mijn visie heeft het voorop stellen van de rechtbeschermingsfunctie wèl twee andere gevolgen. In de eerste plaats verloopt deze rechtspraak op een andere manier. Er zal bijvoorbeeld sprake zijn van een beperktere kring van belanghebbenden en van een verplichte voorprocedure, eventueel kan de toetsing worden beperkt tot een toetsing aan Schutznormen en bovendien kan, conform de gedachten die Tak vanmorgen heeft ontwikkeld, aan de toetsing en de vernietiging een slechts relatief karakter worden gegeven. Dit zijn als het ware modificaties binnen het toetsingsmodel die voortvloeien uit de toekenning aan dat model van de rechtsbeschermingsfunctie.

Een tweede gevolg van het voorop stellen van de rechtsbeschermingsfunctie zou volgens mij zijn dat naast de rechtspraak volgens het toetsingsmodel ook rechtspraak volgens het model 'vaststelling van de rechtsbetrekking' plaatsvindt. Dit houdt in dat de rechter extra uitspraakbevoegdheden krijgt, bijvoorbeeld de bevoegdheid om schadevergoeding toe te kennen, de bevoegdheid om een gebod of een verbod uit te spreken en de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien. Ik zie deze bevoegdheden dus als een uiting van de rechtsbeschermingsfunctie en niet zo zeer als een uiting van de controlefunctie, zoals naar ik meen Nicolaï ze vanmorgen heeft gekenschetst. Ik kom nu toe de kern van het betoog. Betekent de omstandigheid dat de rechter toetst dat er geen zuiver recours subjectif zou zijn? Rechtspraak vindt plaats volgens twee modellen: toetsing èn vaststelling van de rechtsbetrekking. Mevrouw Schreuder schijnt op grond daarvan van mening te zijn dat het recours subjectif niet zuiver aanwezig is en dat de procedure bepaalde objectieve trekken krijgt. Naar mijn idee is dat niet het geval. Er vindt weliswaar rechtspraak volgens twee modellen plaats, maar aan die beide modellen wordt de rechtsbeschermingsfunctie toegekend. Voor de beantwoording van de vraag of een procedure een recours subjectif dan wel een recours objectif moet worden genoemd, is de functie die men aan die procedure toekent beslissend. Aan beide onderdelen van de procedure, zowel aan de toetsing als aan de rechtspraak volgens het rechtsbetrekkingsmodel wordt hier de rechtsbeschermingsfunctie toegekend. Mijns inziens is hier dan ook sprake van een zuiver recours subjectif, en niet slechts van een mengvorm.

Onder een recours subjectif zou moeten worden verstaan: rechtspraak met als doel rechtsbescherming, die kan bestaan uit enerzijds toetsing waaraan de rechtsbeschermingsfunctie wordt toegekend en anderzijds extra bevoegdheden die kunnen worden samengevat onder de term 'vaststelling van de rechtsbetrekking'. Een recours objectif zou men moeten omschrijven als: rechtspraak met als doel controle, bestaande uit toetsing waaraan men de controlefunctie toekent.

Graag zal ik van mevrouw Schreuder vernemen of zij het met dit betoog eens is.

Mr. M.B. Koetser

Enigszins in aansluiting op de bijdrage van Helder, maar in ander verband, zal ik ingaan op artikel 8:69 Awb, en in het bijzonder op het begrip 'reformatio in peius'. Daaraan voorafgaande besteed ik aandacht aan de nogal eens uitgesproken verwachting dat de nieuwe rechters, anders dan de voormalige Afdeling geschillen en naar ik heb begrepen in ieder geval anders dan de voormalige Afdeling rechtspraak, méér zouden doen om geschillen te beslechten. Wellicht wordt ook gedoeld op méér zelf in de zaak voorzien; ik weet nooit precies wat men zich bij het uitspreken van de bedoelde verwachting eigenlijk voorstelt. Ik heb altijd met enige verbazing van de uitlatingen in de aangegeven richting kennisgenomen, met name omdat ik het gevoel heb dat ze geregeld afkomstig zijn van degenen die vroeger onder de vigeur van het Kroonberoep zeer ernstige bezwaren hadden tegen de wijze waarop de Kroon destijds datgene deed dat men kennelijk nu wenst, namelijk geschillen beslechten. Het Kroonberoep hebben we met ons allen, terecht of ten onrechte, om zeep weten te helpen, maar blijkbaar keert het nu weer terug: men bepleit onder de vigeur van de bestuursrechter dezelfde variant.

Hierbij miskent men naar mijn mening de aard van de werkzaamheid van de rechter, alsmede het probleem van materiële en formele toetsingsnormen. De ervaring in mijn vorige werkkring heeft mij geleerd dat het voor een rechter die vaststelt dat een besluit een bepaald gebrek heeft vaak niet mogelijk is uit te maken wat er allemaal wèl zou moeten gebeuren. In een heel enkel geval bestaat die mogelijkheid tòch, en er wordt dan ook dienovereenkomstig gehandeld. De Afdeling rechtspraak heeft vermoedelijk betreurd dat zij niet werkelijk de bevoegdheid had zelf in de zaak te voorzien, maar in bepaalde zaken is dat wel degelijk gebeurd; ik kom daarop later in mijn betoog nog terug. In heel veel zaken echter moet de rechter zich beperken tot het vaststellen van een formeel motiveringsgebrek, inhoudende dat hetgeen is overwogen niet klopt, waarna het bestuur maar moet uitzoeken wat er wèl moet gebeuren.

Op één onderdeel van de rechtspraak van de Afdeling rechtspraak heeft het zelf in de zaak voorzien op een oneigenlijke wijze van meet af wèl plaatsgevonden. Ik doel nu op de jurisprudentie inzake de fameuze Wetten eenmalige uitkering, die ons land, en zeker de Afdeling, in de jaren '80 teisterden. Die wetten kenden een groot aantal zeer formele toetsingselementen, waaraan uiteindelijk gelukkig niemand meer kon voldoen, zodat alle verzoeken door de gemeenten konden worden afgewezen. Bij de Afdeling rechtspraak kwam, mirabile dictu, echter toch nog een redelijk groot aantal beroepen aan de orde. Meestal was de casus dat een aanvraag was afgewezen en vaak had men buitengewoon ingewikkelde theorieën gehanteerd over één van de formele eisen die voor de aanvrager golden, met als slotsom dat aan die eis niet zou zijn voldaan. Binnen drie minuten

was dan te zien dat dit niet klopte en kon tot vernietiging worden geconcludeerd, maar daarvóór was vaak al gebleken dat de betrokkene so wie so niet voor de uitkering in aanmerking kwam, omdat hij aan een veel principiëler vereiste in het geheel niet voldeed. Hij had bijvoorbeeld in het vorige jaar de uitkering niet ontvangen, wat cumulatief steeds een vereiste was, waarbij bovendien moest worden bewezen dat de uitkering elk jaar terecht was verstrekt.

In een dergelijk geval sprak de Afdeling rechtspraak, al dan niet nog iets overwegend over de onbegrijpelijkheid van de motivering, wellicht in strijd met de wet, van het besluit de gemeente, een verwerping van het beroep uit, omdat in ieder geval op andere gronden kon worden vastgesteld dat de betrokkene tòch geen recht op een uitkering had.

Dit brengt mij op het begrip 'reformatio in peius'. Mijn vraag op dat punt is gericht tot mevrouw Schreuder-Vlasblom en in het bijzonder tot Allewijn, die er in zijn preadvies vrij uitvoerig op ingaat. Ik maak allereerst een opmerking over noot 1 op bladzijde 100 van het preadvies van Allewijn. De noot heeft betrekking op een citaat uit de wetsgeschiedenis van de Awb over reformatio in peius in een geschil waarin verschillende appellanten betrokken zijn, waarbij de lijn wordt doorgetrokken naar punt 5 op bladzijde 101. De noot luidt: '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 als partij in het geding optreden.'

Naar mijn mening is het zeker niet de bedoeling dat de door Allewijn geciteerde passage op dergelijke derden-belanghebbenden van toepassing is. Dit zou namelijk betekenen dat in elke zaak reformatio in peius kan vóórkomen. De wetgever heeft hier kennelijk de situatie op het oog, die, met name in milieuzaken, veelvuldig voorkomt, waarin de vergunninghouder opkomt tegen zijn vergunning omdat hij de voorschriften te zwaar vindt, terwijl derden-belanghebbenden de vergunning vernietigd willen hebben. Het is eigenlijk min of meer vanzelfsprekend dat men naar de mening van de wetgever in een dergelijk geval als de vergunningsvoorschriften uiteindelijk op het beroep van de vergunninghouder worden verzacht *niet* kan spreken van reformatio in peius. Het is immers niet het beroep van de derde-appellant dat tot een wijziging ten nadele van hem heeft geleid, maar het beroep van de vergunninghouder zelf. Uiteraard kan het begrip 'reformatio in peius' niet aan de orde zijn in de gewone situatie waarin de vergunninghouder als partij in het geschil wordt betrokken en de vergunning alsnog wordt geweigerd, of de voorschriften worden aangescherpt.

Onder 'reformatio in peius' moet mijns inziens worden verstaan de situatie waarin *appellanten* ten gevolge van het instellen van beroep in een slechtere positie komen dan waarin zij daarvóór verkeerden. Dat anderen in een slechtere positie komen te verkeren is geen kenmerk van de reformatio in peius. Dat een verslechtering van de positie van anderen dan appellanten het gevolg van het instellen van beroep kan zijn, is een consequentie, en misschien zelfs wel het doel, van ons rechtsbeschermingssysteem.

Ik kom terug op het meer algemene probleem. Ik heb zojuist gedefinieerd wat wij formeel onder reformatio in peius verstaan, maar daarmee is niet materieel

duidelijk wanneer er sprake van reformatio in peius is: naar mijn mening een veel belangwekkender vraag. Pas wanneer deze vraag is beantwoord, kunnen we ons zinnig afvragen of het stelsel een oplossing moet bieden. Ik zal enige voorbeelden geven.

Een vergunninghouder gaat tegen de aan hem verleende milieuvergunning in beroep. In de vergunning zijn voorschriften opgenomen die erop neerkomen dat overdag aan een geluidgrenswaarde van 50 dB(A) moet worden voldaan. De vergunninghouder is van mening dat voldoen aan deze eis onmogelijk is, en verzoekt de Afdeling rechtspraak een grenswaarde van 55 dB(A) vast te stellen. De adviseur voor de beroepen op het gebied van de milieuhygiëne komt tot de conclusie dat:

a. een maximum van 50 dB(A) met welke voorziening dan ook nooit ofte nimmer kan worden gehaald;

b. een grenswaarde van 55 dB(A) in de omstandigheden van het geval volstrekt onaanvaardbaar is.

Wat moet een rechter nu doen? Het is duidelijk dat de vergunning indertijd had moeten worden geweigerd. Technisch gesproken dient het beroep te worden verworpen. Een grenswaarde van 55 dB(A) mag de betrokkene, gelet op de omstandigheden, niet krijgen, maar hij zou die waarde wel moeten hebben om überhaupt te kunnen werken. Gaat hij zijn bedrijf met een grenswaarde van 50 dB(A) oprichten, dan zal hij per definitie de voorschriften overtreden.

In de tweede plaats noem ik als voorbeeld een situatie waarin buren weer over de hoogte en wellicht rampzaligerwijs ook nog over de kleur van een schutting zitten te procederen. De schutting is 1,50 m hoog en de ander wil dat de hoogte 1 m wordt. Nadat de gemeente in een bouwvergunning een hoogte van 1,50 m heeft toegestaan, stelt de rechter allereerst vast dat in het geheel geen bouwvergunning voor de schutting nodig was, omdat een artikel van de Woningwet bepaalt dat terreinafscheidingen, lager dan 2 m, vrij zijn. Wat moet de rechter nu doen? Moet hij in de uitspraak vaststellen dat een schutting tot 2 m had mogen worden gebouwd, met als resultaat dat er de volgende dag een schutting van 2 m in plaats van 1,50 m staat? Moet hij de zaak gaan behandelen? Ik weet het niet.

Dit brengt mij terug bij de jurisprudentie over de Wetten eenmalige uitkering. Is in dergelijke gevallen nu al dan niet sprake van reformatio in peius? Als de rechter zelf vaststelt dat er andere rechtsgronden zijn die tot weigering van de vergunning hadden moeten leiden, is zijn uitspraak dan een vorm van reformatio in peius? Kennelijk heeft de gemeente dit aspect gemist. Als de rechter de beschikking zonder meer vernietigt omdat deze in strijd is met het recht, wordt waarschijnlijk de volgende dag de uitkering verleend. Weliswaar gebeurt dat dan in strijd met het recht, maar geluk kan men hebben. Er worden helaas door gemeentebesturen en andere overheidsorganen vele uitspraken gedaan die in strijd zijn met het recht. Dat geluk mag de burger hebben, maar als de rechter de beoordeling overneemt, wordt hem het recht om geluk te hebben ontnomen.

Is dit nu reformatio in peius of niet? Ik zal hierover graag het standpunt van mevrouw Schreuder en Allewijn vernemen.

Mr. R.J.G.M. Widdershoven

Het is gebruik na de lunchpauze de preadviezen niet meer te prijzen, maar ik wil met deze traditie breken, want ik heb ze met veel bewondering gelezen en ik heb veel geleerd. Daarvan wil ik bij dezen kond doen.

Ik spits mijn interventie toe op het preadvies van mevrouw Schreuder, en daarin vooral de passage op de bladzijden 39 tot en met 42, over de betekenis van het communautaire recht voor het nationaal procesrecht, maar ik zal uiteindelijk ook terecht komen bij het preadvies van Allewijn.

Mevrouw Schreuder onderzoekt op de zojuist genoemde bladzijden welke impulsen van het communautaire recht op het nationaal procesrecht uitgaan. Haar conclusie luidt dat er impulsen van zowel objectieve als subjectieve aard zijn, waarbij misschien de objectieve impulsen overheersen. Dit lijkt mij een juiste conclusie, die ook wel enigszins voor de hand ligt, gezien de reden waarom het Europees recht zich met ons nationaal procesrecht bemoeit. Die reden is immers dat het nationaal procesrecht een voertuig is voor de uitvoering van het EG-recht.

De oogmerken waarmee het EG-recht het nationaal procesrecht beïnvloedt, zijn tweeërlei. In de eerste plaats moet de effectuering door particulieren van door het EG-recht verleende aanspraken bij de rechter kunnen worden gegarandeerd. Hierin zien we de rechtsbescherming direct terug. Het tweede element is dat de effectuering van aanspraken mogelijk moet zijn omdat het EG-recht – een belang van de EG zelf – moet worden gehandhaafd. Hier zien we de subjectieve kant en de objectieve kant [handhaving van het objectieve recht] bijeen komen. In de beschreven jurisprudentie ligt de nadruk nu eens op het subjectieve, dan weer op het objectieve.

Ik sluit mij aan bij de vraag van Drupsteen of het noodzakelijk is EG-recht ambtshalve toe te passen. Voor het geval dat deze vraag bevestigend wordt beantwoord, stel ik de nadere vraag of deze noodzaak ook bestaat als toepassing van EG-recht tot 'reformatio in peius' leidt. Zojuist is gebleken dat we niet precies weten wat dit begrip inhoudt, maar ervan uitgaande dat men toch wel een zeker beeld heeft, geef ik het volgende voorbeeld.

Een bedrijf is tegen een milieuvergunning in beroep gegaan omdat het het oneens is met een aantal voorschriften. De rechter ontdekt dat de vergunning is verleend terwijl in strijd met EG-recht geen milieu-effectrapportage is opgesteld. Moet de rechter nu de vergunning vernietigen, met als resultaat dat het bedrijf nog veel verder van huis is? Dwingt het EG-recht de rechter in dezen tot reformatio in peius?

Als dit het geval is, hoort het EG-recht thuis bij de door mevrouw Schreuder gegeven opsomming van normen waaraan in ieder geval ambtshalve moet worden getoetst, te weten de grondrechten en voor de rechtsstaat essentiele voorschriften. Men is wellicht geneigd te zeggen dat EG-recht altijd essentieel is, maar dat valt volgens mij wel mee. Hoewel dit recht van hogere orde is, gaat het onder meer over vis en landbouw, waarbij geen grote belangen, of, beter gezegd, geen hooggestemde idealen in het geding zijn.

De conclusie luidt, zoals gezegd, dat vanuit het EG-recht zowel objectieve als

subjectieve impulsen worden gegeven. Dit wekt onder meer geen verwondering omdat het EG-recht met twaalf en straks nog wel méér rechtsstelsels te maken heeft, waarvan sommige subjectieve, andere objectieve en nòg weer andere gemengde kenmerken vertonen. Het is wel logisch dat men daarin een beetje schippert.

Ik meen overigens dat van het EG-recht nog méér te leren valt, niet in de zin van door dat recht gestelde eisen, maar met het oog op een EG-invalshoek die wellicht interessant is. Een centraal staand element in de jurisprudentie van het Hof is de effectiviteit van de 'remedies', de rechtsvorderingen of rechtsmiddelen, die het nationaal recht moet garanderen. Recht wordt benaderd als 'remedy'-recht. In het EG-recht staat niet centraal of men nationaal als voorwerp van geschil een handeling dan wel een beschikking neemt. Dat maakt niet zo veel uit: het gaat om de uitkomst van het geschil. Niet zo zeer de ingang als wel de uitgang staat centraal, waarmee ik bij de interventie van Tak kom. Ook de vraag of een subjectieve dan wel een objectieve invulling wordt gegeven, is van minder belang: als de 'remedies' die eruit komen maar effectief zijn.

De rechtsvorderingeninvalshoek, die in het EG-recht niet als eis figureert maar die daarin wèl naar voren komt, zien we ook in het Duitse stelsel, waaraan in het preadvies van mevrouw Schreuder aandacht wordt besteed. In het Duitse stelsel staan, afhankelijk van wat men wil – bijvoorbeeld vernietiging, of iets anders –, diverse klachtsoorten ter beschikking. De rechts*uitgang* staat centraal en bij die rechtsuitgang worden vervolgens processuele regels gezocht. Misschien zou een procesrecht dat meer bij de rechtsmiddelen in de zin van 'remedies' aansluit het procesrecht zijn dat Tak bedoelt wanneer hij spreekt – mevrouw Schreuder haalt dat aan – over de communautair-Duitse trein waar we op zouden moeten springen. Een zinvolle benadering, waarover overigens nog verder moet worden nagedacht, zou kunnen zijn dat men zich afvraagt welke 'remedies' men nodig heeft en welke procesvarianten daarbij horen.

Vaak zullen burgers genoeg hebben aan bijvoorbeeld een nietigheidsactie. Ze willen eigenlijk niet veel méér dan vernietiging. Daarvoor hebben we een procesrecht, dat tamelijk objectief is gericht, met een ruime belanghebbende-categorie. Andere burgers willen echter juist schadevergoeding. Ook daarvoor moeten we dan misschien een 'remedy' hebben, aangevuld met elementen als Schutznorm, meerpartijenproces en minder objectiviteit. Wellicht moet er ook een 'remedy' zijn voor declaratoire uitspraken, en zo kunnen we doorgaan. Vooropgesteld wordt steeds wat eruit moet komen en daarbij wordt de passende procesvariant gezocht.

Van een dergelijke benadering noem ik twee voordelen.

1. Alle preadviezen geven blijk van een innerlijke spanning tussen objectieve en subjectieve elementen. Het objectieve en het subjectieve grijpen in elkaar en de toepassingen zijn niet geheel consequent. Die innerlijke spanning proberen we steeds op te lossen door òf de ene òf de andere variant te kiezen. Een andere oplossing kan zijn voor de ene actie of 'remedy' de subjectieve en voor de andere de objectieve weg te nemen.
2. De rechtsbescherming voor de burger wordt in dié zin vergroot, dat de burger

nu zelf kan kiezen wat hij wil. Als hij een aansprakelijkheidsactie wil, moet hij meer beslagen ten ijs komen. Hij moet meer stellen, omdat de rechter minder actief is, en hij moet belanghebbende zijn in de zin van de Schutznorm.

Werken met een aantal 'remedies' heeft ook nadelen. Een probleem kan de onderlinge afstemming zijn, en een belangrijke vraag is wat er gebeurt wanneer iemand de foute ingang kiest. In dit verband moet over goede oplossingen worden nagedacht, die zeker te vinden zullen zijn, gezien het feit men ze ook in andere landen, zoals Duitsland, heeft gevonden.

Ik denk niet dat ik hiermee de Steen der Wijzen heb aangedragen, maar wellicht heb ik een aantrekkelijke gedachte geopperd. Graag zal ik hierop reacties horen.

Mr. B.J. Schueler

In de preadviezen wordt herhaaldelijk geconstateerd dat het nieuwe procesrecht vasthoudt aan de structuur waarin een besluit ex tunc wordt beoordeeld, met vernietiging als hèt middel voor redres van onrechtmatigheid. De rechter kan weliswaar zelf in de zaak voorzien, maar men acht deze bevoegdheid beperkt tot gevallen waarin dwingend recht voorschrijft welk besluit voor de toekomst zal moeten gelden. Ook de preadviezen gaan ervan uit dat de rechter in andere gevallen moet volstaan met vernietiging en terugverwijzing naar het bestuursorgaan.

Hiermee blijft een belangrijk en omvangrijk deel van de bestuursrechtelijke geschillen onderworpen aan uiteindelijk, aan het einde van de procedure, een recours objectif, vaker dan men op het eerste gezicht zou denken. Is bijvoorbeeld, om een alledaags geval te noemen, een beschikking over een bouwvergunning vernietigd wegens strijd met een materiële bepaling uit de bestemmingsplanvoorschriften, dan lijkt dat wellicht te leiden tot een gedwongen herroeping van de vergunning, maar de ruimte om de vergunning in stand te laten blijkt voor het bestuursorgaan groot te zijn, bijvoorbeeld omdat vrijstelling van het bestemmingsplan of binnen het bestemmingsplan mogelijk is. Ook artikel 19, om even bij dit voorbeeld te blijven, van de Wet op de ruimtelijke ordening biedt na een vernietiging steeds een mogelijke oplossing, mits gedeputeerde staten willen meewerken, om een bouwvergunning die aanvankelijk gesneuveld leek te zijn toch nog te redden. Dit betekent ook dat de rechter in een dergelijk geschil niet zelf in de zaak kan voorzien zonder te treden buiten de grenzen van een ex-tunctoetsing van het bestreden besluit.

Dit is slechts één alledaags voorbeeld van de onmacht van een rechter die genomen besluiten toetst. De bestuursrechter is een terugblikkende rechter. Het bestuursorgaan wordt er in veel gevallen toe verleid na de rechterlijke uitspraak alles in het werk te stellen om appellant alsnog zijn gelijk te onthouden. Daarmee voorkomt het bestuur zijn eigen aansprakelijkheid. Indien het primair genomen besluit inhoudelijk op de een of andere wijze in stand wordt gelaten, kan de schade

veelal niet meer worden toegerekend aan een onrechtmatige daad, want een rechtmatig besluit heeft dezelfde schade tot gevolg. De appellant die bij de rechter won, eindigt zonder zijn gelijk en zonder de schadevergoeding.

Mijn vraag aan de preadviseurs, en in het bijzonder aan mevrouw Schreuder, luidt of zij van mening zijn dat zou moeten worden gezocht naar mogelijkheden om het vervangende besluit na de vernietiging tot object van geschil bij de rechter te maken. Ik stel mij voor dat in zeer veel gevallen de rechter de zaak aanhangig kan houden terwijl het bestuur een vervangend besluit neemt. Daarna kan de rechter een werkelijk finaal oordeel geven.

Voor het bestuursorgaan is aan deze afronding van het geschil niet het nadeel verbonden dat de rechter de bestuurlijke discretie doorkruist. Voor de appellant heeft deze afronding van het geschil het belangrijke voordeel dat hij niet na de vernietiging volledig wordt teruggeworpen in de handen van het bestuur. Dat was onder de Wet Arob het geval en het leidde ertoe dat het geschil werd beslecht door het bestuursorgaan dat, letterlijk genomen, altijd partijdig was.

Mr. J.J. Bade

Mijn vraag zal ik niet richten tot mevrouw Schreuder, die al overbeladen is. Ik adresseer de vraag, die wellicht een wat speels karakter heeft, aan Nicolaï, die vandaag enigszins onderbedeeld lijkt.

Ik ben een enigszins jeugdige rechter/auditeur, die van de Raad van State komt. Ik heb mij, naar ik heb begrepen, zes jaar lang beziggehouden met ontvankelijkheidsperikelen en ik kwam dus nogal onbevangen aan bij de rechtbank. Men zal begrijpen dat ik één van die 'supermarktrechters' ben waarover Chavannes een jaar geleden in NRC/Handelsblad heeft geschreven. Ik weet nog niet zo veel, en ik heb daardoor ook soms nogal wilde oplossingen voor problemen die zich voordoen.

Wèl kom ik al een aantal jaren bij de VAR. Wat mij opvalt is dat de wetgever altijd aanwezig is en hartelijk welkom wordt geheten, maar dat de hier bedoelde vertegenwoordigers van twee ministers gedurende de vergadering volstaan met luisteren en kijken, omdat zij begrijpelijkerwijs niet goed in staat zijn te reageren. Iets dergelijks bespeur ik ook af en toe in het bestuursrechtelijk proces.

We hebben natuurlijk allemaal wel eens verwijten over onduidelijkheid en dergelijke aan het adres van de wetgever. Twee weken geleden werd de eerste grote 'malus'-zitting bij de rechtbank in Amsterdam gehouden. Na een aantal zaken rees bij de bedrijfsverenigingen, die zich enigszins in het beklaagdenbankje gezet zagen, het gevoel dat daar eigenlijk de wetgever had moeten zitten. Iedereen was het daarover nogal eens.

Bij binnenkomst in Amsterdam kreeg ik een boekje met een gebruiksaanwijzing voor de rechter. Gezien alle problemen van uitleg van niet uit te leggen regelingen, vroeg ik mij toen af of het niet mogelijk zou zijn de wetgever op enigerlei wijze in het geschil te betrekken. Al bladerend in hoofdstuk 8 van de Awb viel mijn oog op artikel 8:26. Ik vroeg mij af of het niet goed zou zijn als de

wetgever zich af en toe als een belanghebbende in het geding zou kunnen voegen. Omdat ik heb begrepen dat zich hierbij onder meer in verband met artikel 6:13 Awb problemen kunnen voordoen, werp ik hier de misschien wat minder boude vraag op of artikel 8:45 in dit opzicht een oplossing kan bieden. Het eerste lid van dit artikel luidt: 'De rechtbank kan partijen en anderen [dat is een heel ruim begrip, JJB] verzoeken binnen een door haar te bepalen termijn schriftelijk inlichtingen te geven en onder hen berustende stukken in te zenden.' Als alleen al die inlichtingen zouden worden gegeven, zouden we misschien een heel stuk verder zijn!

In alle onnozelheid: er is hier over het Europese recht gesproken; ik weet niet of er mogelijkheden zijn om de wetgever een tweede kans te geven zich voor te bereiden op de aanvallen die door toetsing aan bijvoorbeeld de artikelen 6 en 8 EVRM worden meegebracht.

Mr. J.H. Blaauw

Het is de hooggeleerde Tak die mij heeft uitgedaagd. Hij heeft gesproken over de Raad van State op een manier die een antwoord vergt. Natuurlijk zal ik mij straks ook tot de preadviseurs richten. Tak heeft gedacht dat de Raad van State nog spreekt over het graf, maar dat graf is natuurlijk nog niet gegraven: het is nog onzeker hoe dat allemaal zal gaan. Eind mei, in Tilburg, kan men hierover méér horen.

Zakelijk gaat het over het door Tak gemaakte onderscheid tussen fundamentum petendi en obiectum litis. Duidelijk is dat de Hoge Raad in het Guldemondarrest van 1915 is begonnen met het verlaten van de leer van het fundamentum petendi terwille van de rechtsbescherming, omdat een bestuursrechtelijke rechtsbescherming nog steeds ontbrak. De Hoge Raad reageerde op dat ontbreken met over te stappen naar de leer van het obiectum litis, niet uit principiële overwegingen, maar om er met het oog op de praktijk voor te zorgen dat er rechtsbescherming was. De lijn is doorgetrokken in het Ostermannarrest; de ontwikkeling is bekend.

Geleidelijk aan is de rechtsbescherming in bestuursrechtelijke zin toegenomen, en we mogen aannemen dat nu met de Awb – die naar ik hoop niet voor vijftig jaar of langer ongewijzigd zal bestaan, maar in de tussentijd uit praktische overwegingen zal worden aangepast – de rechtsbescherming een zó ver stadium heeft bereikt, dat we ons kunnen afvragen of het onderscheid tussen fundamentum petendi en obiectum litis nog wel zinvol is. Anders gezegd: nu ook de Awb ervan uitgaat dat er sprake is van een rechtsbetrekking tussen partijen waarbij rechtsbescherming, zoals alle drie de preadviseurs hebben aangegeven, op de voorgrond staat, verdient het wellicht aanbeveling dat ook de Hoge Raad als burgerlijke rechter zijn bevoegdheid terugbrengt tot het fundamentum petendi. De bestuursrechter doet immers hetzelfde. Op deze wijze kan worden gekomen tot een gelijkschakeling van beide rechters, die als gelijkluidend uitgangspunt de leer van het fundamentum petendi hebben.

Het blijft natuurlijk de vraag of men niet in elkaars vaarwater komt, maar dat is dan punt twee; in onderlinge afspraak valt dat te regelen. We zien ook dat geleidelijk aan hoe langer hoe meer bevoegdheid naar de bestuurlijke rechter wordt overgebracht. Als ik alleen het schadevergoedingsrecht neem, kan ik constateren dat het volgens de Memorie van Toelichting duidelijk de bedoeling is dat onderdeel geheel naar de bestuurlijke rechter over te hevelen. Zo zijn er méér punten.

Mijn vraag is dan ook, met name aan Nicolaï, die zoals hier al is opgemerkt enigszins is onderbedeeld maar die dit krachtens zijn functie als hoogleraar ook het beste kan weten, of het niet juist is te zeggen dat de leer van het fundamentum petendi geleidelijk aan voor beide rechters de basis van de bevoegdheid zal moeten worden.

Mr. A.H.J. Lennaerts

Ook ik ben één van die rechters die onlangs een 'malus'-zitting heeft gedaan, en ik kan mij de gevoelens van Bade uit Amsterdam levendig voorstellen. Nu doen wij nog wel méér zittingen. Een zaak die onlangs is behandeld –ik zeg dit in het bijzonder aan het adres van Nicolaï –betreft een affaire waarbij een gemeente wil meewerken in een anticipatieprocedure, maar gedeputeerde staten dwarsliggen door te weigeren een verklaring van geen bezwaar af te geven. Daartegen wordt beroep ingesteld. Om de zaak goed te kunnen beoordelen dienen we te beschikken over stukken die bij de gemeente berusten. De gemeente heeft dan ook een uitnodiging gekregen om als partij aan het geding deel te nemen, maar het antwoord luidde ontkennend. Vindt Nicolaï nu dat zo'n gemeente als partij het geding in kan worden getrokken en, als hij vindt dat dit niet kan, hoe moet het dan verder? Hoe kan rechtsbescherming worden geboden als essentiële stukken worden gemist?

Nicolaï fulmineert in de passage in zijn preadvies over de griffierechten nogal tegen de nieuwe regeling. Ik kan mij dat voorstellen: ik heb een zaak mogen behandelen van een armlastige milieuvereniging met een griffierecht van *f* 400,-. Ik mis overigens in de bedoelde passage een link naar het EVRM. Misschien kan Nicolaï hierop nader ingaan. Als deze link er is, zou hier de eerste bres in de Awb kunnen worden geschoten.

Mevrouw Schreuder-Vlasblom schrijft op bladzijde 55: 'De rechter [dat ben ik dus, AHJL] mag partijen in zijn uitspraak niet met ambtshalve overwegingen overvallen; deze zullen in de procedure aan de orde moeten komen.' Stelt mevrouw Schreuder hier voor de Awb zodanig aan te passen, dat de raadkamer vóór de zitting wordt gehouden?

Mr. N. Verheij

In een korte bijdrage wil ik enigszins voortbouwen op de interventie van Wid-

dershoven. Op de interventie van Bade zal ik niet ingaan, behalve dan dat ik hem de vraag voorleg wie hij nu eigenlijk precies zou willen oproepen als hij de wetgever in het geding wil betrekken. Bij het antwoord op die vraag heb ik vanuit mijn functie enig belang!

Widdershoven heeft voor een benadering aan de hand van 'remedies' gepleit. Zijn inspiratie voor dat betoog put hij uit het Europese recht, maar hij had de blik ook kunnen richten op het Engelse recht, waar zo'n systeem sinds jaar en dag bestaat, maar waar men er ook wel een beetje van terug is gekomen: in het burgerlijk recht al zo'n honderd jaar geleden, in het bestuursrecht – voor zover we daarvan in Engeland kunnen spreken, maar dat laat ik maar even terzijde – in de jaren '70.

Toch denk ik dat de door Widdershoven voorgestelde benadering veel nut kan hebben. Wat was namelijk in Engeland het probleem? Men had niet alleen een systeem waarbij de procedures waren toegesneden op de 'remedies', maar men maakte er vervolgens ook allerlei formele ontvankelijkheidskwesties van. Als de rechtzoekende tevoren niet precies de juiste 'remedy' had gekozen, of niet goed had bedacht wat hij wilde, was hij al gauw niet ontvankelijk en was het te laat om nog iets anders te doen. Dit is in Engeland nu opgelost.

Deze benadering – wel verschillende 'remedies' met daarop toegesneden procedures, maar één rechtsingang, waardoor het probleem dat mensen er om formele redenen naast tasten is opgelost – zouden we kunnen toepassen in de discussie over integratie van burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht. Met Allewijn ben ik het volkomen eens dat het beschikkingsprocesrecht moet blijven. Misschien zal dit hem, gezien een uitspraak van mij die hij citeert, verbazen, maar het lijkt mij vrij evident dat men voor verschillende soorten zaken verschillende soorten procesrecht nodig heeft. Met een veralgemening van het betoog van Widdershoven zou ik willen zeggen dat het criterium deels gelegen is in de 'remedy', de soort voorziening die men vraagt, deels echter in andere factoren. Zo kan de aard van partijen een rol spelen, evenals het al dan niet aanwezig zijn van derden-belanghebbenden. Kortom, we moeten de procedure zo veel mogelijk toesnijden op de vereisten van het type zaak.

Bij een keuze voor deze benadering komen we overigens waarschijnlijk niet op de huidige verdeling tussen burgerlijke en administratieve rechter uit. Het is daarom dat ik in het verleden wel eens voor integratie van burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht heb gepleit. In een groot aantal gevallen moet de verdeling naar de aard van de zaak niet in termen van de verhouding tussen burgerlijke en administratieve rechter worden gezien, omdat die verdeling met het verschil tussen publiek- en privaatrecht niet veel te maken heeft. Het beschikkingsprocesrecht – ik zeg dat mèt Allewijn – moet zeker blijven, maar misschien niet alleen voor beschikkingen. Misschien zijn er ook wel civiele zaken waarvoor het heel goed zou kunnen worden gebruikt.

Hierop zal ik graag een reactie horen.

Beantwoording door de preadviseurs [middaggedeelte]

Mevrouw mr. M. Schreuder-Vlasblom

Vanmorgen ben ik nog niet ingegaan op de interventie van *Tak*. Ik heb geprobeerd uit zijn betoog een aantal vragen te destilleren waarover we nader van gedachten zouden kunnen wisselen. Naar aanleiding van die vragen heb ik er behoefte aan het door mij in mijn preadvies ingenomen standpunt te verduidelijken.

De eerste vraag luidt aan de hand van welk criterium de bevoegdheid van de bestuursrechter zou moeten worden bepaald. Terecht heeft mijn medepreadviseur Allewijn erop gewezen dat het ter beantwoording van deze vraag vereist is aan te geven wat men onder 'bestuursrechter' verstaat. Ik versta daaronder natuurlijk niet de Raad van State. Ik laat zelfs de vraag wie als bestuursrechter fungeert geheel in het midden; dat spreekt mij meer aan. Onder 'bestuursrechter' versta ik een rechter die oordeelt op basis van het bestuursprocesrecht en rechtstreeks – dus niet via de sluizen van het materiële civiele recht – op basis van het materiële bestuursrecht. Hoewel ik mij bewust ben van de sterke mate van absorptie van het bestuursrecht in het civiele recht, zie ik in toepassing van het materiële bestuursrecht via genoemde 'sluizen' nog de nodige beperkingen. Ik wijs op de positie van de derde die geen partij bij een overheidsconvenant is, maar die toch aanspraak op enige materiële bescherming kan maken. Van Duyvendijk heeft in november 1993 in *Bouwrecht* een artikel gepubliceerd over de huisvestingsconvenanten, waaruit blijkt hoe problematisch de positie van zo'n derde wordt als deze geheel afhankelijk is van het civiele materiële en procesrecht. Een ander, bekender voorbeeld is de schadevergoeding voor rechtmatig overheidsoptreden, die via het civiele recht nu eenmaal nog steeds in de *on*rechtmatige overheidsdaad moet worden geperst. Al met al lijkt mij het rechtstreeks op basis van het bestuursrecht kunnen oordelen, naast het volgen van het bestuursprocesrecht, een belangrijk kenmerk van de bestuursrechter.

Op basis van welk criterium moet nu de competentie van de bestuursrechter worden bepaald? In paragraaf 4.5 en opnieuw in punt 7 van hoofdstuk 5 van mijn preadvies heb ik aangegeven waarom ik mij heel goed kan voorstellen dat de activiteiten van de bestuursrechter niet meer beperkt blijven tot besluiten, maar zich ook gaan uitstrekken over het bestuursoptreden zoals dat is omschreven door Van der Hoeven. Zodra het bestuursoptreden wordt beïnvloed door de op de openbare belangenbehartiging gerichte taak van het bestuur, is sprake van open-

baar bestuur, en dat gehele terrein zou kunnen worden ondergebracht bij de bestuursrechter.

Ik ga maar voorbij aan de vraag welke rol voor de belasting van de Afdeling rechtspraak de ontvankelijkheidsperikelen hebben gespeeld. Ik geef Tak graag toe dat die jurisprudentie formalistisch was, maar het is de vraag wie we dat moeten verwijten. De wetgever heeft thans besloten de competentie van de bestuursrechter te koppelen aan een besluitbegrip dat tot een al even formalistische jurisprudentie zou kunnen gaan leiden.

Niettemin: als zich inderdaad een ontwikkeling in de richting van verbreding van de taak van de bestuursrechter zou inzetten, zal het besluitbegrip natuurlijk een aanzienlijk minder pregnante rol gaan spelen, in ieder geval in het kader van de ontvankelijkheid en dus voor de toegang tot de rechter. Elders, bij de toepassing van het materiële recht – ik denk met name aan hoofdstuk 4 van de Awb – kan het natuurlijk van groot belang blijven.

Vervolgens is er dan de vraag op grond van welk criterium men toegang tot de rechter kan krijgen. In dit verband ben ik ingegaan op de Schutznorm in Duitsland en op de vraag of ook in ons bestuursprocesrecht de toegang tot de rechter zou moeten worden beperkt tot de handhaving van rechtsregels die de rechtspositie van de justitiabele ten opzichte van het bestuur beschermen. Daarmee zou het criterium niet meer direct in het besluitbegrip liggen, maar in de rechtsverhouding tussen bestuur en justitiabele. Ik kan mij heel goed voorstellen dat we op de langere termijn met het bestuursprocesrecht die kant op gaan, maar ik heb, anders dan Tak, nog wel een aantal voorbehouden. Tak noemt dat 'niet principieel', maar daarover kan men van mening verschillen.

Het eerste voorbehoud betreft het communautaire recht, dat vandaag al enige malen aan de orde is gekomen. Ik heb, naar ik meen evenals Widdershoven, de indruk dat van het communautaire recht op ons nationale procesrecht duidelijke objectieve impulsen uitgaan. Voordat ik als wetgever – ik probeer mij nu even in die rol in te leven! – zou kiezen voor een Schutznorm als criterium, zou ik zeker willen weten welke implicaties dat zal hebben voor de handhaving van aanspraken die justitiabelen aan het communautaire recht kunnen ontlenen. Ik vind dat een, ook uit een oogpunt van gemeenschapstrouw, principieel goed te verdedigen voorbehoud. Op de betekenis van het communautaire recht kom ik overigens straks nog nader terug.

Ik heb daarnaast aandacht besteed aan de *hanteerbaarheid* van de Schutznorm. Naar mijn mening – misschien is dat een pragmatisch standpunt – moeten we geen ontvankelijkheidscriterium kiezen als er grote twijfels zijn over de hanteerbaarheid daarvan. Ik zeg dat, met het oog op de ervaring die is opgedaan met de hantering van het specialiteitsbeginsel, dat gebaseerd is op een vergelijkbare relativiteitsgedachte: een bestuursbevoegdheid moet alleen worden aangewend voor de belangen die de wetgever bij het toekennen van die bevoegdheid voor ogen hebben gestaan. Nu meen ik dat er in het Nederlandse bestuursrecht weinig kwesties zijn waarover méér verwarring bestaat dan over de betekenis van het specialiteitsbeginsel. Ik moet bekennen dat ik zelf – terwille van de heerschappij van de wet over de omvang en de intensiteit van het overheidsingrijpen in

maatschappelijke verhoudingen – een nogal strikte handhaving van het specialiteitsbeginsel wenselijk acht, maar dat is bepaald geen communis opinio. Integendeel: de heersende leer is, als ik het goed zie, dat in ieder geval particuliere belangen vrij ongelimiteerd in de besluitvorming moeten worden betrokken. Als een dergelijke benadering zich ook bij de toepassing van de Schutznorm zou doorzetten, zou evenzeer grote verwarring over de betekenis van die norm ontstaan.

Om deze reden heb ik in mijn preadvies voorgesteld nòg nauwkeuriger dan Banda al heeft gedaan te kijken naar de wijze waarop de Duitse rechter, die al jaren met dit bijltje heeft gehakt, met de Schutznorm omgaat. Mij lijkt dit een goed idee, maar men zal mij er wel voor willen verontschuldigen dat ik er bij de voorbereiding van mijn preadvies geen tijd voor heb gevonden.

De vraag die Tak aan het slot van zijn betoog heeft gesteld, zou ik al met al in beginsel bevestigend willen beantwoorden. Mijn standpunt in dezen heb ik, naar ik meen, op diverse plaatsen in mijn preadvies laten doorklinken.

Tak heeft voorts betoogd dat aan het begrip 'rechtsbescherming' een zodanige inhoud moet worden gegeven, dat het moet gaan om de vaststelling van de rechtsverhouding tussen – uitsluitend – *procespartijen*. Dit zou zijns inziens moeten betekenen dat de uitspraak van de rechter jegens anderen dan de procespartijen geen rechtswerking kan hebben. Zou aan dit uitgangspunt onverkort worden vastgehouden, dan zou het in de weg staan aan vernietiging door de rechter van bestuursbesluiten.

Ik vraag me echter af of we de rechtswerking van een rechterlijke uitspraak in een recours subjectif zo stellig en zo volstrekt tot partijen beperkt moeten zien, met voorbijgaan aan de nuances die toch ook het civiele procesrecht kent. Het rechtsoordeel van de rechter richt zich in een stelsel dat in ieder geval Tak en eventueel ook mij voor ogen staat, op de rechtsverhouding tussen partijen.

Dat geldt ook voor het civielrechtelijke vonnis. De volledige bindende kracht van zo'n vonnis (het uitgesloten zijn van een herhaalde beoordeling van dezelfde vordering jegens dezelfde partijen; de binding van partijen aan het aandeel van de rechter over de omstreden rechtsverhouding in een ander geding) geldt alleen de procespartijen. In zoverre heeft Tak gelijk. Het civiele procesrecht onderkent echter ook dat het dictum van een vonnis derdewerking kan hebben. Is daarbij sprake van aantasting van rechten van derden, dan staat verzet of appel open. Maar ook met minder ingrijpende vormen van derdewerking houdt dit procesrecht rekening. Zo is in art. 305a B.W. inzake vorderingen ter bescherming van de materiële rechten van collectiviteit voorzien in de mogelijkheid voor betrokken rechthebbenden om de werking van de uitspraak jegens hen uit te sluiten, hetgeen aanvaarding van zo'n werking impliceert. Ik kan mij goed voorstellen dat een bestuursrechter op basis van zijn oordeel over de rechtsverhouding tussen partijen, voor zover daarin ook een besluit meespeelt, als dictum vernietiging van dat besluit uitspreekt en dat dit dictum dan ook rechtswerking kan hebben voor anderen. In geval van vermeende aantasting van hun rechten dienen zij over een rechtsmiddel te kunnen beschikken.

De benadering van de Hoge Raad in het door Tak genoemde Leffersarrest kan

ik mij heel goed voorstellen, omdat het daarin ging om een algemeen verbindend voorschrift, maar ik heb er veel meer moeite mee mij voor te stellen dat een bouwvergunning relatief ongeldig wordt verklaard voor degene die ertegen is opgekomen. Hoe is dan de rechtspositie van degene die de bouwvergunning heeft gekregen? Heeft die een bouwvergunning, of niet, en als hij een bouwvergunning heeft en kan gaan bouwen, wat is dan de betekenis van het ongeldig verklaren van de bouwvergunning alleen voor de derde-belanghebbende die ertegen is opgekomen en op wiens rechtspositie het rechtsoordeel van de rechter betrekking heeft?

Tak: Dat een onrechtmatige daad wordt begaan.

Schreuder-Vlasblom: Maar dan komt de effectiviteit van de rechtsbescherming in de knel. Wat heeft derde-belanghebbende aan de kwalificatie 'onrechtmatige daad' zonder meer? Effectieve rechtsbescherming houdt in dat bouwvergunningen die inbreuk maken op de rechtspositie van een derde door de rechter kunnen worden aangetast. Het moet dan overigens, in het stelsel waar we nu over praten, gaan om de *rechts*positie van die derde: een inbreuk op slechts diens feitelijke belangen is daarin onvoldoende.

Ik kan mij al met al bij relativiteit in het geval van besluiten van algemene strekking méér voorstellen dan in het geval van beschikkingen als bouwvergunningen. Overigens wijs ik erop dat ook andere constructies denkbaar zijn. Zo heeft het Hof van de Justitie van de Europese Gemeenschappen de bevoegdheid een verordening nietig te verklaren, in beginsel *erga omnes*, maar daarbij te bepalen dat de verordening geheel of gedeeltelijk in stand blijft totdat een vervangende verordening tot stand is gebracht. Als ik het goed heb begrepen, heeft het Hof dat onlangs ook bij een richtlijn gedaan.

Gezien het voorafgaande durf ik de algemene stelling dat het dictum op de rechtspositie van anderen dan procespartijen nooit enige uitwerking kan hebben ook voor een recours subjectif, niet te poneren.

Ik ga over naar een ander onderwerp. Aan het nieuwe bestuursprocesrecht ligt de gedachte ten grondslag dat het oordeel van de rechter in beginsel beperkt moet blijven tot de aangevoerde bezwaren. In mijn preadvies heb ik daarbij nogal wat kanttekeningen geplaatst. Naar aanleiding van de opmerkingen die *Boesjes* hierover heeft gemaakt, wil ik er hier anderzijds voor pleiten de implicaties van 'non ultra petita' niet te overdrijven. Beperken tot de bezwaren betekent natuurlijk niet dat appellant zich gesteld ziet voor de noodzaak een concludente rechtsvordering in te dienen. Een appellant kan gewoon aangeven wat zijn bezwaren tegen een bestreden besluit zijn, en het is dan aan de rechter die bezwaren in rechtsgronden te vertalen. Daarbij zal het communautaire recht betrokken moeten worden. *Drupsteen* heeft de vraag gesteld of de vertaling van bezwaren naar communautaire rechtsgronden altijd even consequent gebeurt. Ik kan mij die vraag wel voorstellen: waar de bijl nieuw is, zullen misschien meer spaanders vallen. Mogelijk ligt hier dus een tijdelijk probleem. Op de rechter rust hoe dan ook de taak aangevoerde feitelijke bezwaren ambtshalve in rechtsgronden te

vertalen en daarbij zullen ook communautaire rechtsgronden ten volle aan de orde moeten komen.

Verder geldt dat in gevallen waarin iemand tegen een onderdeel van een bestreden besluit bezwaren maakt, de rechter in zijn oordeel in ieder geval andere onderdelen van dat besluit zal moeten betrekken die onlosmakelijk met het aangevochten onderdeel verbonden zijn. Ook in die zin moet men de beperking tot de bezwaren van appellant niet overdrijven.

Boesjes: De rechter moet dan wèl ultra petita gaan.

Schreuder-Vlasblom: Ik noem dat geen ultra petita. Als iemand een bezwaar tegen een onderdeel van een besluit indient, kan het zijn dat het niet mogelijk is dat bezwaar te beoordelen zonder andere onderdelen van het besluit erbij te betrekken. Stel dat een vergunningsvoorschrift a vrij scherp is aangezet omdat een vergunningsvoorschrift b gemitigeerd geformuleerd is. De vergunninghouder komt dan natuurlijk op tegen vergunningsvoorschrift a, maar bij zijn beoordeling of dat voorschrift minder ver dient te gaan, zal de rechter ook vergunningsvoorschrift b moeten betrekken, dat immers kennelijk met het aangevochtene rechtstreeks verband houdt. Ik vind dat de rechter dan nog steeds bezig is met het beoordelen van de bezwaren. In die zin zijn de problemen wellicht iets minder groot dan Boesjes ze vanmorgen heeft geschetst.

Mijn beantwoording voortzettend, wijs ik er ter verklaring op dat ik met mijn medepreadviseurs enige werkafspraken heb gemaakt die erop gericht zijn dat we alle drie ongeveer even lang aan het woord zullen zijn. Die werkafspraken leiden ertoe dat ik nu zal reageren op de bijdrage van *Helder*.

In artikel 7:11 Awb, door Helder aan de orde gesteld, wordt op z'n minst de indruk gewekt dat de beoordeling in de bezwaarprocedure beperkt zou moeten blijven tot de aangevoerde bezwaren. Nu is het merkwaardige – dat is bij de wetsgeschiedenis wel vaker het geval – dat in het algemeen gedeelte van de toelichting op de eerste tranche een betoog over het karakter van de bezwaarprocedure is gehouden dat vrij naadloos aansluit op de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak op dit punt. Er is sprake van een ambigue rechtsfiguur, die trekken vertoont zowel van een volledige heroverweging door het bestuur als, zeker in de procesregeling, van rechtsbescherming. In de artikelsgewijze toelichting evenwel wordt vrij hard het standpunt ingenomen dat het bestuur zich bij de heroverweging tot de aangevoerde bezwaren zal moeten beperken. Ik zou willen voorstellen het artikelsgewijze gedeelte van de toelichting maar te verwaarlozen en ervan uit te gaan dat de bezwaarprocedure nog steeds, in ieder geval mede, het karakter heeft van een volledige bestuurlijke heroverweging. Dit betekent dat aan artikel 7:11 de interpretatie zou kunnen worden gegeven dat het bestuur in ieder geval aandacht zal moeten besteden aan de aangevoerde bezwaren. Naar mijn mening moeten we in het kader van de bezwaarprocedure geen typisch procesrechtelijke begrippen als 'non reformatio in peius' en 'non ultra petita' invoeren. Het lijkt mij goed vast te houden aan een volledige heroverweging, in overeenstemming met de eisen die in hoofdstuk 3 van de Awb worden gesteld aan de bestuurlijke

besluitvorming. Die besluitvorming moet evenwichtig zijn en daarin moeten, ook in bezwaar, alle relevante omstandigheden en belangen worden betrokken. Alleen al die normen verzetten zich in mijn ogen tegen een uitsluitend toespitsen van de heroverweging op de bezwaren van appellant.

Kuipers is ingegaan op het onderscheid tussen recours objectif en recours subjectif. Hij heeft terecht betoogd dat dit onderscheid twee 'poten' heeft, namelijk de functie van het bestuursprocesrecht en de inrichting van de bestuursrechtspraak. Bij de eerste 'poot' is de vraag: gaat het om het handhaven van de objectieve rechtmatigheid in het algemeen belang, of om de *subjectieve* rechtsbescherming. Ik leg de nadruk op het adjectief 'subjectieve', omdat het begrip 'rechtsbescherming' op zich nog steeds niet een duidelijke betekenis heeft. Ik heb dat in mijn preadvies aangegeven. Op het gebied van de inrichting van de bestuursrechtspraak – de tweede 'poot' – ligt de vraag of deze rechtspraak gericht moet zijn op toetsing van bestuursoptreden, direct en in volle dan wel in beperkte omvang, of op vaststelling van de rechtspositie van partijen.

In mijn preadvies heb ik als mijn mening te kennen gegeven dat we in ieder geval met betrekking tot bestuursoptreden in de vorm van besluiten niet helemaal aan toetsingselementen in de beoordeling door de rechter zullen kunnen ontkomen. Ik vrees namelijk dat anders, zoals ik zojuist al naar aanleiding van de interventie van Tak heb gezegd, aan de effectiviteit van de geboden rechtsbescherming tekort zal worden gedaan. Een toetsingselement blijf ik dus, voor zover het om besluiten gaat, wel zien.

De vraag van Kuipers in dit verband luidt welke kwalificatie, recours objectif dan wel recours subjectif, dan in aanmerking komt. Dit brengt mij op de functie die naar mijn mening het onderscheid tussen beide begrippen heeft. Voor mij is dit onderscheid een analytische hulpmiddel, waarmee doelen en inrichtingselementen van rechtsgangen herkend, op samenhang bezien en met die van andere rechtsgangen vergeleken kunnen worden. Ik zie het dus als een middel, niet een uiteindelijk doel, waarbij het procesrecht òfwel in de ene, òfwel in de andere richting zal moeten worden ingericht. Het kan mij niet zo veel schelen wanneer een procedure een mengvorm van een recours objectif en een recours subjectif is, als zij maar gebaseerd is op en doordrongen van consistente uitgangspunten. De consistentie van de uitgangspunten die aan de procesregeling in de Awb ten grondslag liggen, heb ik in mijn preadvies bestreden. Ik denk dat de relatieve elementen die in die procesregeling (bijvoorbeeld in de artt. 6:22, 8:69 en 8:73 Awb) en in de wetsgeschiedenis herkenbaar zijn, niet zo goed sporen met de invulling van de vage notie 'individuele rechtsbescherming' die, als men een beetje tussen de regels door leest, aan de procesregeling ten grondslag blijkt te zijn gelegd. Er is immers vastgehouden aan rechtstreeks feitelijk belang bij een besluit als voorwaarde voor toegang tot de rechter, terwijl geen enkele voorwaarde wordt gesteld aan de bezwaren die vervolgens tegen het aangevochten besluit kunnen worden ingediend. Dit brengt mij tot de conclusie dat nog steeds opgeld doet de oude gedachte van Dorhout dat wie rechtstreeks feitelijk belang bij een besluit heeft aanspraak kan maken op een in alle opzichten rechtmatig besluit.

Dit is een invulling van de notie 'individuele rechtsbescherming' die naar mijn

mening zó nauw aansluit bij de controle-optiek, dat de keuze van de wetgever voor individuele rechtsbescherming als duiding van de functie van de bestuursrechtspraak geen van de controle-optiek afstand nemend oriëntatiepunt bij de inrichting van het bestuursprocesrecht heeft opgeleverd. Ik herhaal dat het mij er niet om te doen is te streven naar de kwalificatie 'recours subjectif' tout court. Het gaat mij erom dat we duidelijkheid hebben over de grondslagen waarop ons procesrecht gebaseerd is en dat die grondslagen op consistente wijze doorwerken in de inrichting van de procedure.

Vervolgens kom ik bij *Widdershoven*, die eveneens heeft gesproken over de objectieve tendensen die uitgaan van het communautaire recht. In dit verband heeft hij de vraag opgeworpen of het, uitgaande van de (effectiviteits)eisen die vanuit Luxemburg op ons af komen, geen goede gedachte is ons bestuursrecht in te richten volgens het Duitse model, waarbij men moet kiezen tussen verschillende 'Klagen', die op nogal strakke wijze van elkaar zijn gescheiden. Ik twijfel hierover. Een opsplitsing van het bestuursprocesrecht in allemaal afzonderlijke rechtsgangen die in bepaalde gevallen *moeten*, maar in andere gevallen *niet kunnen* worden aangewend, met elk hun eigensoortige voor- en nadelen, zal naar mijn mening voor de burger de overzichtelijkheid niet verhogen. Bovendien zal er ook weer veel formalistisch 'gedoe' nodig zijn om uit te maken wat de voorwaarden voor iedere weg zijn en welke consequenties het heeft als iemand de verkeerde weg heeft gekozen. Ik heb hierover nog niet zo lang kunnen nadenken, maar op het eerste gehoor spreekt de gedachte van Widdershoven mij niet aan.

Bij Banda heb ik gelezen dat men in Duitsland tegen een afwijzende beschikking een Verpflichtungsklage kan indienen en tegen een belastende beschikking een Anfechtungsklage. De Verpflichtungsklage blijkt met allerlei beperkingen omgeven te zijn, en de rechter kan, globaal gesproken, in het kader van dit type beroep eigenlijk alleen maar iets doen in gevallen waarin een rechter bij ons zelf in de zaak kan voorzien. Dit biedt voor iemand die met een afwijzende beschikking wordt geconfronteerd niet zo veel perspectief. Daarom is een diepgaande discussie op gang gekomen over de vraag of men misschien tegen een afwijzende beslissing ook een Anfechtungsklage kan indienen. Op dergelijke discussies zitten we toch niet te wachten. Ik pleit ervoor de toegang tot de rechter voor de burger zo eenvoudig mogelijk te houden en te streven naar zo veel mogelijk algemene ingangen. Als we aan differentiaties in het bestuursprocesrecht behoefte hebben, laten we dan de rechter zelf in de gelegenheid stellen door sturing tot differentiatie te komen. De burger moeten we niet al te zeer lastig vallen met de noodzaak tevoren een keuze te doen uit allerlei procedures die door nogal waterdichte schotten van elkaar zijn gescheiden.

Verheij heeft in dit verband nog aandacht gevraagd voor het Engelse recht. Ik wist voordien alleen dat zich in Engeland problemen hebben voorgedaan, maar niet dat die allemaal al sluitend zouden zijn opgelost.

Verheij: Zó ver gaat het nu ook weer niet!

Schreuder-Vlasblom: Het zou interessant zijn dit verder na te gaan, maar hier en nu kan ik tot mijn spijt over het Engelse recht niet veel zeggen. In eerste instantie heb ik het als een bevestiging van mijn standpunt ervaren dat zich in Engeland problemen hebben voorgedaan die vergelijkbaar zijn met die in Duitsland.

Door Schueler is het probleem opgeworpen dat het bestuur, nadat een uitspraak is gedaan, onwillig is om loyaal aan die uitspraak gevolg te geven. Hij heeft zich afgevraagd hoe dit probleem in procedureel opzicht zou kunnen worden opgelost. Ik wijs erop dat de Awb-wetgever zich hierom niet zo heeft bekreund. Het oude procesrecht kende bijzondere procedures, juist voor de gevallen waarin aan de uitspraak van de rechter geen gevolg werd gegeven. Zelf heb ik in dit opzicht ervaring opgedaan met de artikelen 103 en 104 van de Wet op de Raad van State. Dit soort procedures zijn echter geschrapt. Het consigne is nu dat men gewoon maar weer tegen het hernieuwde besluit moet opkomen. Overigens zal – waar art. 7:1 Awb van toepassing is – dat direct een besluit op het bezwaar zijn, zodat men niet opnieuw een bezwaarprocedure hoeft te volgen. Een oplossing zou volgens Schueler kunnen zijn dat de rechter na de uitspraak de zaak aanhoudt en het bestuur de gelegenheid geeft een besluit te nemen dat hij direct daarna kan beoordelen. Dit klinkt mij op het eerste gehoor nogal ingewikkeld in de oren. Ten opzichte van de huidige situatie zou het voordeel zijn dat het hernieuwde besluit automatisch bij de rechter ter beoordeling voorligt. Hebben partijen elkaar inmiddels gevonden, dan zou dat uit een oogpunt van geschillenbeslechting ongerijmd zijn. Bovendien kan het bij in elkaar grijpende procedures grote vertragingen gaan opleveren. Ik vraag mij af of het nu beschikbare procesrecht geen oplossingen biedt die aanvullende voorzieningen overbodig maken. Daarbij denk ik in eerste plaats aan de mogelijkheid dat de rechter actief aan de slag gaat met zijn bevoegdheid om een comparitie te beleggen. In het kader van die comparitie of nog naar aanleiding van het verhandelde ter zitting kan het bestuursorgaan tot de slotsom komen dat een gewijzigd besluit moet worden genomen. De rechter kan de oorspronkelijke procedure dan aanhouden in afwachting van het wijzigingsbesluit en eventuele nog resterende geschilpunten kunnen via de artikelen 6:18 en 6:19 van de Awb in de procedure worden betrokken.

Wanneer dit niet is gebeurd en het bestuur blijkt onwillig om gevolg aan een gedane uitspraak te geven, kan men natuurlijk altijd onmiddellijk opkomen tegen een fictieve weigering. Vermoedelijk zal men daarbij bij de rechter een gewillig oor vinden voor het verzoek over te gaan tot een versnelde behandeling. Dergelijke oplossingen werken selectiever dan die van Schueler en laten meer initiatief aan partijen, wat mij wel aanspreekt. Wat betreft de kosten van het ten tweede male adiëren van de rechter,verwijs ik naar de vergoedingsregeling in de artt. 8:74 en 8:75 Awb.

Mr. D. Allewijn

De taakverdeling tussen de preadviseurs brengt mee dat ik ook namens de anderen spreek als ik alle interveniënten hartelijk dank voor de bijdragen die ze hebben

geleverd en de moeite die ze zich hebben getroost om met ons het spel van het debat aan te gaan. Dat debat is in een groot aantal gevallen met mij aangegaan, met als gevolg dat ik mij in mijn reacties moet beperken en zal proberen zo veel mogelijk 'staccato' door de stof heen te gaan.

Helaas heeft *mevrouw Wesseling*, die nog een antwoord van mij te goed had, moeten vertrekken. 'For the record' maak ik naar aanleiding van haar interventie nog de volgende opmerkingen. Zij heeft erop gewezen dat bij verzoeken om rechtsbijstand voor on- en minvermogenden vroeger een gratis tussenkomstprocedure bij de president van de rechtbank mogelijk was, terwijl als gevolg van de nieuwe Wet op de rechtsbijstand nu *f* 200,- griffierecht moet worden betaald. In dat verband heeft zij speciale aandacht voor het zeer verticale karakter van de hier aan de orde zijnde rechtsbetrekking gevraagd en mij uitgenodigd mijn visie hierop te geven. Ik merk op dat de Wet op de rechtsbijstand wèl de bezwaarschriftprocedure van de Awb heeft geërfd, een procedure die nog steeds kosteloos is. De gang naar de rechter zal in een minder groot aantal gevallen moeten worden gemaakt. De procedure krachtens de Wet op de rechtsbijstand staat overigens ook open voor advocaten en is daar misschien wat minder verticaal, hoewel ik juist ook voor de advocaten die op de Wet op de rechtsbijstand zijn aangewezen een griffierecht van *f* 200,- tamelijk hoog vind. Ik kan al met al voor het standpunt van mevrouw Wesseling wel sympathie hebben.

Een interessante vraag, die ik, was mevrouw Wesseling nog aanwezig geweest, graag met haar had willen bespreken, is of de advocaat in het beroep van de betrokkene, casu quo de aanvrager van rechtsbijstand in het beroep van de advocaat derde-partij moet zijn.

Het onderwerp 'beleidsregels voor de rechterlijke macht' is door diverse interveniënten aangeroerd, het eerst door mevrouw Wesseling. Zij was het met mij eens dat dit fenomeen met enige reserve moet worden bekeken. Dit geldt ook voor de rol van de partijen in de procedure. Als een rechterlijk college zich in sterke mate heeft vastgelegd op richtlijnen over de wijze waarop het de procedure wil inrichten, zal een individuele partij die de rechter tot het toepassen van een bepaalde bevoegdheid wil bewegen, een 'gestuurde rechter' tegenover zich krijgen, die zich in eerste instantie aan zijn richtlijnen zal willen houden. Stel dat een partij er belang bij heeft dat een rechter een descente gaat verrichten, terwijl er – ik verzin maar wat – een richtlijn ligt, inhoudende dat de rechter alleen descentes zal verrichten als de te bezoeken plaats binnen het arrondissement gesitueerd is. In dat geval zal de rechter moeilijk kunnen worden bewogen buiten het arrondissement op descente te gaan, hoewel dat juist misschien wel een heel nuttige stap zou kunnen zijn.

In de begintijd van een wet als de Awb, waarin er nog geen jurisprudentie is, valt het te begrijpen als men houvast wil hebben, maar ik zou de procespartijen willen toeroepen dat het aanbeveling verdient te genieten van de omstandigheid dat er zo'n vrije wet met allerlei mogelijkheden ligt. Ik adviseer partijen per individueel geval te procederen en af te wachten hoe de rechter reageert. Later komt er over al die vrije bevoegdheden wel jurisprudentie en worden deze vanzelf ingekaderd.

Dan nog iets over het afdwingen van de naleving van beleidsregels voor de rechter. Ik zou hier overigens, gelet op recent promotie-onderzoek over het onderscheid tussen beleidsregels en richtlijnen, liever van 'richtlijnen' willen spreken. Mij lijkt dat de naleving van de richtlijnen niet hoeft te worden afgedwongen. Wèl is het van belang dat rechterlijke colleges gezamenlijk over in te nemen posities nadenken. Dat is ongeveer ook de bedoeling van de hier al vaker genoemde 'Bel-Air-conferentie' geweest. Rechters uit de negentien rechtbanken hebben daar overlegd over de mogelijkheden die de wet biedt en over de minimumwaarborgen die daarbij zouden moeten gelden, opdat het inzicht wat sneller voortschrijdt dan wanneer elke rechter voor zich zijn standpunten in zijn studeerkamer bepaalt.

Collega *Boesjes* dank ik hartelijk voor zijn vriendelijke woorden, gewijd aan mij en mijn preadvies. Met betrekking tot gevolgschade in de zin van artikel 8:73 Awb heeft hij de stelling geponeerd dat een geschil over vergoeding van schade die in de bijzondere rechtsbetrekking is veroorzaakt thuis hoort bij de bestuursrechter die over die rechtsbetrekking gaat. Ik wil die stelling graag onderschrijven, mits we hier voor 'de rechter in primo' mogen lezen 'de rechtbank' en niet 'de sector bestuursrecht van de rechtbank' of 'de bestuursrechtelijke kamer van de rechtbank'. Bij rechtbanken wordt het namelijk niet zo beleefd dat in de hier bedoelde zaken een heel bijzondere rechter bezig is.

Boesjes: Het wordt nu wel erg geneutraliseerd!

Allewijn: Tot de derde fase doet zich inderdaad een probleem voor. Vanuit de rechtbank bezien, lijkt het wat minder produktief direct al veel aandacht te besteden aan de vraag of men een zaak als bestuursrechter dan wel als civiele rechter aan het behandelen is. Die vraag wordt eigenlijk pas aan het eind beantwoord, namelijk als de rechter uitmaakt of hij een appèlclausule onder zijn uitspraak moet zetten en, zo ja, welke. We zitten nog wel even met die vraag, maar misschien niet zo lang meer en op den duur....

Boesjes: Ik kan u niet dwingen een antwoord te geven!

Allewijn: Ik probeer het maar!

Ik houd nog even vol, en zal proberen op de door Boesjes gegeven voorbeelden in te gaan. Is de vordering van immateriële schadevergoeding door de afgekeurde ambtenaar nu een civiele zaak? Boesjes en ik zijn het natuurlijk in hoge mate eens, want ik heb in mijn preadvies het standpunt ingenomen dat het zuivere schadebesluit in ruimere mate als appellabel besluit moet worden erkend. In de wetsgeschiedenis van de Awb komt tot uiting dat naar de mening van de wetgever de ambtenaar bij zijn eigen rechter niet aan rechtsbescherming mag inboeten en de rechter een eenvormige toepassing aan het nieuwe bestuursprocesrecht moet geven. Hierin lees ik mèt vele anderen – ik kom nu ook op het terrein van de interventie van De Groot – de oproep om ook buiten het ambtenarenrecht in ruimere mate het zuivere schadebesluit als appellabel besluit te erkennen. Ik meen

dan ook dat Boesjes er gelijk in heeft dat de vordering van immateriële schadevergoeding door de afgekeurde ambtenaar geen civiele zaak hoeft te zijn. De betrokkene kan, naar mijn oordeel ook buiten het ambtenarenrecht, een zuiver schadebesluit aanvragen, waarmee de zaak heel netjes niet alleen bij de combikamer van de rechtbank, maar zo nodig ook bij de Centrale Raad van Beroep en buiten het ambtenarenrecht en het sociale-verzekeringsrecht bij de Afdeling bestuursrechtspraak terecht komt.

Over artikel 8:69 Awb zijn Boesjes en ik het eens. Mijn opmerking, inhoudende dat we moeten aannemen dat hier de beperking tot het punt van geschil tot hoofdregel is gemaakt, noemt hij enigszins fatalistisch. Ik heb geprobeerd aan te geven dat, gezien alle reserves in de wetsgeschiedenis, de hoofdregel eigenlijk tot uitzondering is gemaakt. Die uitzondering komt neer op een verplichting voor de rechter om zich te beperken tot het punt van geschil waar sprake is van een arbitrage-achtige situatie, een situatie waarin rechten aan de orde zijn tussen twee partijen die hun rechten ter vrije beschikking hebben. In dergelijke gevallen is er, conform de gedragslijn die naar mijn mening al wordt gevolgd, voor de rechter geen enkele reden om zich buiten het geschil om met de zaken van partijen te bemoeien.

Het derde onderdeel van de interventie van Boesjes betrof de rechtskracht van besluiten van algemene strekking. Hier ligt een ingewikkeld probleem. In mijn preadvies heb ik het woord 'rechtskracht' gebruikt in de zin van 'aan een persoon tegen te werpen definitiefheid'. Rechtskracht in die zin zie ik in ieder geval niet bij algemeen verbindende voorschriften, en ook niet bij beleidsregels, maar wèl bij beschikkingen.

Boesjes heeft, hetgeen vanuit het ambtenarenrecht heel begrijpelijk is, aandacht gevraagd voor de tussencategorie van besluiten van algemene strekking, niet zijnde algemeen verbindende voorschriften of beleidsregels. Dit is een moeilijke categorie, waarvan we nog maar moeten afwachten in hoeverre deze onder de vigeur van de nieuwe wet appellabel zal worden geacht. Voor zover de hier bedoelde besluiten van algemene strekking appellabel worden geacht, behoren ze naar mijn mening, hoewel ze geen beschikkingen zijn, een tegen te werpen rechtskracht toegekend te krijgen. Als de Centrale Raad van Beroep er te zijner tijd toe zou overgaan een reorganisatiebesluit rechtstreeks appellabel te achten, dan zou in een procedure tegen een uitvoeringsbesluit, met name het ontslagbesluit, aan de ambtenaar kunnen worden tegengeworpen dat het reorganisatiebesluit, waartegen de ambtenaar geen beroep heeft ingesteld, voor juist moet worden gehouden. Hier zien we weer welk nadeel verbonden is aan het open stellen van beroep tegen deze categorie van besluiten. Op het moment dat het reorganisatiebesluit wordt genomen, weet de ambtenaar-in-kwestie misschien nog helemaal niet of hij er zo veel bezwaar tegen moet hebben. Hij kan ervan uitgaan dat het allemaal nog wel goed kan aflopen.

Boesjes: Op deze manier verliest de ambtenaar een mogelijkheid tot marginale toetsing die er nu wèl is.

Allewijn: Hij verliest niet zo veel. Als de Centrale Raad van Beroep zou zeggen dat het reorganisatiebesluit niet als zodanig appellabel is, kan degene die belanghebbend in de civiele zin des woords is toch altijd via de civiele onrechtmatigedaadsactie de civiele rechtbank adiëren. Hij kan dan aanspraak maken niet op marginale toetsing, maar op volledige toetsing van het reorganisatiebesluit, zij het volgens de civiele manier van toetsen en aan de hand van het civiele bewijsrecht.

Over de functiewaardering zou ik een soortgelijk betoog kunnen houden. Ik ben benieuwd welke ontwikkelingen zich op dit punt zullen voordoen. Een functiewaarderingsbesluit werd, voor zover het op de stoel van de ambtenaar betrekking had, door de Centrale Raad van Beroep altijd 'met een algemeen verbindend voorschrift gelijk gesteld'. We gaan nu waarschijnlijk eindelijk vernemen wat die clausule al die tijd heeft betekend. Het is denkbaar dat het functiewaarderingsbesluit nu als algemeen verbindend voorschrift zal worden beschouwd, zodat het niet appellabel is, maar het is ook denkbaar dat ons duidelijk zal worden dat het hier nu juist om een besluit gaat dat in de tussencategorie ligt van besluiten van algemene strekking, niet zijnde beleidsregels of algemeen verbindende voorschriften. In het laatste geval gaat een soortgelijke redenering op als ik ten aanzien van het reorganisatiebesluit heb gevolgd.

Zonder zich tot mij persoonlijk te richten, heeft *Tak* gezegd dat hij lezing van mijn preadvies niet verbiedt. Te meer daar hij de lezing van het preadvies ook niet heeft ontraden, dank ik hem voor deze opmerking hartelijk! Ongetwijfeld heeft hij in mijn preadvies kennisgenomen van de in zijn richting enigszins prikkelende stelling dat in een rechtsstaat als de onze de onderdanen een subjectief recht op handhaving van het objectieve recht door hun overheid hebben. Met andere woorden: het onderscheid tussen subjectief en objectief recht zegt mij niet zo veel. Nu Tak mijn stelling niet heeft bestreden, zou ik kunnen zeggen dat zij daarmee voor waar staat, maar op die manier ga ik misschien al te zeer in de richting van een civilisering van de bestuursrechtelijke discussie.

Tak: Misschien heeft de rechter geen monopolie op de vaststelling van het recht in deze staat.

Allewijn: Hier komt mijn uiteenzetting over het controlebeginsel in beeld. Als de rechter de rechtmatigheid van het overheidshandelen niet controleert, wie doet dat dan eigenlijk wèl? Deze vraag uit mijn preadvies is inderdaad enigszins retorisch bedoeld.

De Groot heb ik in zekere zin al van repliek gediend in mijn beantwoording vóór de lunchpauze en in mijn gedachtenwisseling van zojuist met Boesjes. Koudwatervrees heb ik inderdaad niet, maar ik heb wèl een zekere vrees voor over mijn schoenen lopend water, als eventueel gevolg van een in al te ruime mate toelaten van vervolgprocedures over schade. Ik doel nu niet op schade in de 'grote projecten', waarbij de rechter waarschijnlijk van tevoren kan nagaan dat hij een taak zou kunnen hebben. Wèl stel ik mij ontwikkelingen voor waarbij bijvoorbeeld de sociale advocatuur standaard in alle beroepschriften tegen WAO-beslis-

singen of weigeringen van vergunningen tot verblijf een vordering van gevolgschadevergoeding opneemt. In dat geval moet de rechter uitmaken of hij rechtstreeks in de aanhangige procedure over die gevolgschade zal gaan oordelen. Dergelijke ontwikkelingen zouden onnodig juridificerend kunnen werken: de rechter moet telkens na de vernietiging van een besluit de zaak aanhouden terwijl het geschil eigenlijk beslecht is.

Zelf heeft De Groot zelf al aangegeven dat er vaak niet zo veel verschil van mening over de gevolgschade zal zijn. Meestal, vooral in de sfeer van de financiële aanspraken, beperkt de vordering zich tot een beetje rente. Naar mijn mening hoeft de zaak daarvoor niet te worden aangehouden. Ongetwijfeld zal het bestuursorgaan, bijvoorbeeld de bedrijfsvereniging, na de vernietiging een brief aan appellant sturen waarin wordt aangegeven wat hij nog te goed heeft, met de mededeling dat zo nodig een bezwaarschrift kan worden ingediend. Op deze wijze wordt naar mijn mening de juiste procedure gevolgd, zonder dat er zaken bij de rechter liggen die daar niet thuis horen. Voor zover er toch nog een probleem zou rijzen, beveel ik zoals gezegd de weg van het zuivere schadebesluit aan.

Moeten we twijfelen aan het publiekrechtelijk karakter van een zuiver schadebesluit dat wordt genomen naar aanleiding van vernietiging door de bestuursrechter van een besluit? De twijfel van De Groot deel ik niet, juist vanwege artikel 8:73 Awb, waarin sprake is van schade waarover de bestuursrechter, als hij op de vordering van de aanleggende partij ingaat, zelf rechtstreeks mag oordelen. De wetgever heeft hiermee naar mijn mening aangegeven dat de vergoeding van de hier bedoelde gevolgschade een publiekrechtelijke aangelegenheid is. Als dan een afzonderlijk besluit op die schade betrekking heeft, is het een besluit dat aan de publiekrechtelijke kant van 'de magische lijn' ligt.

Door *Drupsteen* is de vraag opgeworpen wat de appellant moet waarmaken en in welke gevallen hij kan volstaan met de kreet 'er is onrecht gedaan; rechter geef mij gelijk!'. In dit verband kan de door mij toegepaste 'omkeringstruc' produktief zijn. Als we het besluit als de vordering van de overheid beschouwen, is het beroepschrift de betwisting daarvan. De vraag is dan hoe geadstrueerd de betrokkene de ingreep in zijn rechtspositie van overheidswege moet betwisten. Dit hangt samen met allerlei aspecten, die het beste geanalyseerd kunnen worden als we met het algemene bestuursrecht iets verder zijn. Ik stuit hier op één van de elementen die het zo leuk maken in de sector bestuursrecht van de rechtbank-nieuwe-stijl te werken, waar alle verschillende onderdelen van het bestuursrecht aan de orde komen, zodat tot interne rechtsvergelijking binnen het bestuursrecht kan worden gekomen.

Van de kant van *Van der Meulen* is aandacht gevraagd voor het klachtrecht, dat ik, met een algemene term die door de voorzitter in zijn laatste standaardwerk over het bestuursrecht is geïntroduceerd, als een onderdeel van de 'bescherming tegen de overheid' zou willen kenschetsen dat zich wellicht buiten de *rechts*bescherming ophoudt. Als, aldus Van der Meulen, allerlei bepalingen over handhaving in de Awb worden opgenomen, zou men wellicht ook een afzonderlijke rechtsgang tegen gebruikmaking van handhavingsbevoegdheden moeten instellen. Zijn suggestie, die zeker nadere overweging verdient, is aan de klacht een

schadevergoedingsmogelijkheid te hangen en het besluit over de schadevergoeding appellabel te maken. Een soortgelijke praktijk is overigens in het ambtenarenrecht van toepassing. Als aan een ambtenaar door diens ambtelijke werkgever of door een functionaris van die werkgever schade is berokkend, kan hij, ook al betreft het immateriële schade, de werkgever aanschrijven met een verzoek om vergoeding: het besluit op dat verzoek is een appellabel zuiver schadebesluit. Aan de hand van dit model kan Van der Meulen zijn gedachte wellicht nader uitwerken.

Over de door *Helder* ten tonele gevoerde bezwaarschriftprocedure heb ik in mijn preadvies niet veel opgemerkt. Dit heb ik ook verantwoord: ik moest keuzen doen en daar viel dit onderwerp in al zijn grootsheid buiten. De vraag of de beschouwingen over artikel 8:69 Awb mogen worden geëxtrapoleerd naar artikel 7:11 Awb, beantwoord ik bevestigend. Alle relativeringen die ik bij artikel 8:69 heb opgesomd gelden mutatis mutandis ook voor de bezwaarschriftprocedure, waarop overigens ook nog extra relativeringen van toepassing zijn. Als bijvoorbeeld ex nunc mag worden beslist, moeten nieuwe feiten in de beschouwing worden betrokken, waarbij het nog maar een heel kleine stap is naar het meewegen van nieuwe of door derden aangevoerde argumenten. Ik denk onder meer aan nieuwe argumenten die wellicht ter zitting van de president van de rechtbank in een voorlopige-voorzieningszaak zijn opgekomen.

Aan het adres van *Kuipers* wil ik er nog op wijzen dat rechters altijd toetsen, maar dat het vooral de vraag is wàt ze toetsen. Ik kan mij niet veel voorstellen bij rechters die rechtsbetrekkingen aan het vaststellen zijn zonder dat ze iets toetsen. Er ligt natuurlijk altijd een petitum dat te toetsen valt. In het civiele recht kan de vordering bijvoorbeeld strekken tot vaststelling van een bepaalde rechtsbetrekking, of tot het doen van een declaratoire uitspraak. Ook in dit verband beveel ik mijn 'omkeringstruc' aan. Het dictum van het bestreden besluit zou heel goed kunnen worden gezien als een petitum. Verschuiven we op deze manier de panelen, dan zien we –ik herinner ook aan de interventie van Verheij – dat de activiteiten van de verschillende soorten rechters misschien niet eens zo veel verschillen.

De bijdrage van *Koetser* heeft duidelijk gemaakt dat het begrip 'reformatio in peius' niet goed gedefinieerd is. Omdat het begrip gelukkig niet in de wet voorkomt, bestaat aan een sluitende definitie minder behoefte. We kunnen volstaan met af te wachten in welk geval we iets geoorloofd vinden en in welk geval niet. Naar aanleiding van de door Koetser ten tonele gevoerde voorbeelden maak ik nog eens de vergelijking met arbitrage. Een arbitrage-achtig geval noem ik een geval waarin niet zulke zware normen van toepassing zijn en waarin rechten aan de orde zijn tussen twee partijen die hun rechten ter vrije beschikking hebben. Als een zaak meer op een dergelijk geval lijkt, is er voor de rechter geen enkele reden om zich niet te beperken tot het punt van geschil en is er voor hem zéker geen reden om reformatio in peius toe te passen. Gaat het om besluiten met een veel bredere uitstraling naar derde partijen, dan wel naar toekomstige of nog denkbeeldige derden, besluiten die tevens van een zware publiekrechtelijke normering voorzien zijn, dan zal de rechter in mijn ogen veel meer geneigd zijn ook ambtshalve het recht toe te passen als dat in het nadeel van appellant is.

In het geval van de 50 of 55 dB(A) is mijns inziens inderdaad sprake van een zeer zware normering. Het milieurecht is er niet zo maar om subjectieve rechten van personen te waarborgen, maar is bij uitstek publiekrecht. Bij het voorbeeld van de schutting valt het echter al weer reuze mee. Als partijen die door de schutting worden gescheiden het allemaal wel best vinden, wat zal de rechter dan nog? Koetser heeft ook nog gewezen op de gebonden beschikking van de Wetten eenmalige uitkering. In het sociale-zekerheidsrecht is het strijk en zet geweest, en zal het dat waarschijnlijk ook wel blijven, dat de rechter de ene weigeringsgrond door de andere vervangt.

Heeft men, zo heeft Koetser gevraagd, recht op geluk? Misschien hebben we inderdaad recht op geluk, maar het kan zijn dat dit nu juist het recht is dat niet door de rechter kan worden verwezenlijkt!

Lennaerts heeft zich afgevraagd of de raadkamer soms vóór de zitting moet worden gehouden. Nu ben ik verleden week in Berlijn geweest, waar ik diverse rechterlijke colleges heb zien functioneren en waar ik dit in al z'n absurditeit inderdaad heb zien gebeuren. Er zaten gerechten in vijfkoppige of driekoppige samenstelling die een voorberaad hadden gehouden en ter zitting uitleg over de resultaten van dat voorberaad gaven, met vervolgens de vraag of partijen daarover nog iets hadden op te merken. Dit bekortte de zittingsduur aanzienlijk, terwijl op deze manier bovendien tamelijk snel mondeling uitspraak bleek te kunnen worden gedaan. Zo blijkt het absurde toch nog denkbaar, en niet eens zo gek ver hier vandaan!

Mr. P. Nicolaï

Zoals velen lees ik wel eens de krant op weg naar een vergadering als deze. Ik zag vanmorgen op een buitenlandpagina staan: 'Awb voert laatste achterhoedegevecht.' Men zal begrijpen dat het hier om de Afrikaner weerstandsbeweging gaat, maar toen ik dit las, dacht ik even: zou Hirsch Ballin in een laatste poging om nog minister in een nieuw kabinet te worden alsnog Tak tegemoet gekomen zijn?

Om bij een opmerking van Tak aan te sluiten: is onze vereniging niet een beetje laat met het opmaken van de balans over de Awb en is inderdaad geen sprake van een achterhoedegevecht? In de preadviezen is voldoende grond te vinden om tot de conclusie te komen dat zowel de fundamenten als de uitwerking van de Awb elementen bevatten waarbij men grote vraagtekens kan zetten. Van de kant van de interveniënten zijn er vandaag nog weer vraagtekens bij gekomen.

In mijn aandeel in de beantwoording hoef ik nog slechts op enkele interventies te reageren.

Van der Meulen is ingegaan op de beslissing op een klacht in het kader van de Politiewet. Als die beslissing mede inhoudt dat een financiële vergoeding aan de klager moet worden verstrekt, kan zij naar mijn mening inderdaad als een zuiver schadebesluit worden gezien. De wetgever heeft echter in artikel 1:6 Awb alles waarvoor men in dit verband nu juist extra bescherming zou verwachten, van de

gemeentebestuur weigert de verplichting na te komen, wordt de situatie steeds moeilijker. De niet-nakoming van de verplichting is niet strafrechtelijk gesanctioneerd. Ik heb met Allewijn, die dit soort zaken vaker aan de hand heeft, in de pauze over de mogelijkheden overlegd, waarbij we tot de conclusie zijn gekomen dat de president de burgemeester of het gemeentebestuur als getuige zou kunnen oproepen: als men dan niet verschijnt, kan men met de sterke arm voor de president worden gebracht. Het verdient wellicht aanbeveling dan ook de regeringscommissaris mee te brengen om deze te vragen of men hier niet weer iets heeft vergeten te regelen!

Dezelfde Lennaerts ben ik toevallig vanmorgen in het *Nederlands Juristenblad* tegengekomen. Daarin stond de door hem gegeven uitspraak over de kwestie van het griffierecht, een kwestie die mij, zoals men in mijn preadvies heeft kunnen lezen, zeer na aan het hart ligt. Niet door een vergissing, maar door een beslissing waarvoor de minister verantwoordelijk was, is een wet tot stand gekomen waarin voor een min- of onvermogende die het griffierecht niet kan betalen geen vrijstellingsmogelijkheid meer aanwezig is. Het kan vóórkomen dat mensen in een financiële situatie verkeren waarin *f* 400,- voor een bodemprocedure plus een kort geding gewoon niet op te brengen is. Ik vind het dapper als een rechter, zoals Lennaerts heeft gedaan, uitspreekt dat de regeling van het griffierecht in zo'n situatie in strijd met artikel 6 EVRM is.

De wetgever is hier in zekere zin wèl (van de) partij geweest. In het eerste gedeelte van mijn preadvies heb ik uitvoerig aangetoond dat de regeling van het griffierecht van geen kant deugt. Aangezien daarop in deze vergadering niet is gereageerd, neem ik aan dat ik gelijk heb en dat de fout zo snel mogelijk zal worden hersteld.

Overzicht van de preadviezen uitgebracht voor de VAR

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

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

XXVI	dr. J.W. Noteboom mr. L.R.J. Ridder van Rappard	Samenwerking van overheid en particulieren	(1953)
XXIX	dr. W.F. Prins mr . H . D . van Wijk	Politiedwang	(1954)
XXXI	mr. D. Simons dr. F.E. de Visschere mr. S.F.L. Baron van Wijnbergen	Bestuursrecht en bestuurskunde	(1955)
XXXIV	dr. B. de Goede dr. M. Troostwijk	Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen	(1956)
XXXVI	mr. A. D . Belinfante mr. A. Mulder	De verhouding van administratieve sancties en straffen	(1957)
XXXVIII	mr. J. Korf mr. L.G. van Reijen	De overgang van rechten en verplichtingen uit administratieve rechtsbetrekkingen	(1958)
XL	mr. B. Bolkestein dr. D. van der Wel	Het goedkeuringsrecht	(1958)
XLII	mr. A.M. Donner mr. I. Samkalden	Zijn de traditionele vormen en begrippen van het bestuursrecht toereikend bij de uitbreiding van de overheidstaak met name op sociaal en economisch gebied?	(1960)
XLIV	mr. R.A.V. Baron van Haersolte dr. H.A. Brasz mr. J.G. Steenbeek	De overheidssubsidie	(1961)
XLVI	mr. W. F. Leemans mr. W.M.J.C. Phaf	Figuren als overdracht, machtiging en opdracht met betrekking tot bestuursbevoegdheden	(1962)
XLIX	mr. E.H. s'Jacob mr. J.C. Somer	De onderlinge verhouding van wettelijke voorschriften van verschillende wetgevers afkomstig	(1963)
LIV	mr. W. Duk mr. H.J.M. Jeukens	Terugwerkende kracht	(1965)
LVII	mr. J.M. Kan mr. N.H. Muller mr. R. Streng	Doeltreffendheid van het administratief beroep	(1966)

LIX	mr. D. van Duyne mr. J. Bulthuis	Het plan in het openbaar bestuur	(1967)
LX	mr. L.J. Brinkhorst mr. T. Koopmans mr. A.D. Peiffer mr. W.M.J.C. Phaf prof. mr. S.O. van Poelje	Tenuitvoerlegging van Gemeenschapsrecht door de Nederlandse overheid	(1968)
LXII	mr. O.A.C. Verpalen mr. F.J. Beunke	Schadevergoeding terzake van rechtmatige overheidsdaad	(1969)
LXIV	mr. F.H. van der Burg	Overheid en onderdaan in een representatieve democratie	(1970)
LXVI	mr. J.A.M. van Angeren mr. Th. J.C. Verduin	De sanctionering van het administratief recht	(1971)
LXIX	mr. A.M. Donner mr. P.J Boukema mr. H.J.M. Jeukens	Naar aanleiding van enkele belangrijke aspecten van het rapport van de Staatscommissie Cals/Donner	(1972)
LXX	mr. L.J.M. de Leede mr. J.P. Scheltens	Het sociale verzekeringsrecht en het belastingrecht in het administratieve recht	(1973)
LXXIV	mr. M. Scheltema mr. W. Konijnenbelt	De rechtsverwerking in het administratieve recht	(1975)
LXXVI	mr. B. Plomp drs. E.L. Berg	Milieuheffingen	(1975)
LXXVIII	mr. W. Brussaard J. Rothuizen	Nieuwe juridisch-bestuurlijke ontwikkelingen in de ruimtelijke ordening	(1976)
LXXX	mr. S.V. Hoogendijk-Deutsch mr. R. Samkalden	Advisering in het bestuursrecht	(1978)
LXXXII	mr. A.G. van Galen mr. H.Th.J.F. van Maarseveen	Beginselen van administratief procesrecht	(1978)
LXXXIV	mr. R. Bergamin mr C.J.G. Olde Kalter	Overheidspersoneel en grondrechten	(1979)
LXXVI	mr. F.W. ter Spill mr. A.Q.C. Tak	Onwetmatig bestuur	(1981)
LXXXVIII	mr. P.J.J. van Buuren mr. M. de Groot-Sjenitzer	De omvang van de rechtsbescherming	(1982)

XC	mr. F.J.P.M. Hoefnagel mr. drs. Alex Reinders	Kunst, kunstbeleid en administratief recht	(1983)
XCII	mr. Chr. Kooij dr. F.P.C.L. Tonnaer	Vergunningverlening in stroomversnelling	(1984)
XCIII	mr. D.W.P. Ruiter drs. C.J.N. Versteden	Het gelijkheidsbeginsel in het administratieve recht	(1985)
XCIV	mr. D.A. Lubach mr. W.A.M. van Schendel	Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht	(1986)
XCVI	mr. H.Ph.J.A.M. Hennekens mr. J.W. Ilsink mr. R.E. de Winter	De praktijk van toetsing van gemeentelijke regelgeving	(1987)
XCIX	mr. E.M.H. Hirsch Ballin mr. J.H. van Kreveld	Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen	(1988)
	mr. drs. J.P. Balkenende mr. drs. B.M.J. van der Meulen mr. J.S. van den Oosterkamp mr. G. Sebus mr. W.A.C. Verouden mr. drs. S.O. Voogt	Bestuursrecht na 1992	(1989)
102	mr. N.S.J. Koeman mr. J.H.W. de Planque	Overheidsaansprakelijkheid administratieve en burgerlijke rechter	(1989)
104	mr. Th.G. Drupsteen mr. K.J. Kraan	De beslechting van bestuursgeschillen	(1990)
106	mr. J.B.J.M. ten Berge mr. E.J. Daalder dr. J. Naeyé	De Nationale ombudsman*	(1991)
108	mr. M.B. Koetser mr. Ch.J. Langereis mr. R.M. van Male	De belanghebbende*	(1992)
110	mr. H. Franken mr. dr. I.Th.M. Snellen mr. J. Smit mr. A.W. Venstra	Beschikken en automatiseren*	(1992)
112	mr. D. Allewijn prof. mr. P. Nicolaï mr. M. Schreuder-Vlasblom	Het nieuwe bestuursprocesrecht*	(1994)