Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht XCVII

Tien jaar wet AROB: Hoe verder?

Verslag van het symposium gehouden op 26 september 1986

Samsom H.D. Tjeenk Willink
Alphen aan den Rijn

TIEN JAAR WET AROB: HOE VERDER?

Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht XCVII

TIEN JAAR WET AROB: HOE VERDER?

VERSLAG VAN HET SYMPOSIUM GEHOUDEN
OP 26 SEPTEMBER 1986

SAMSOM H.D. TJEENK WILLINK ALPHEN AAN DEN RIJN 1987

cip
ISBN 90 6092 277 8
NUGI 693

© 1987 Vereniging voor Administratief Recht, 's-Gravenhage

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

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

Inhoud

Inleiding door mr. P.J.G. Kapteyn, voorzitter Afdeling rechtspraak van de Raad van State 7

Ontvankelijkheid 13
A. Is beroep tegen feitelijke handelingen en privaatrechtelijke rechtshandelingen wenselijk? 15
mr. J.G. Steenbeek* 15
mr. P.J.J. van Buuren 22

B. Is beroep tegen algemeen verbindende voorschriften of andere besluiten van algemene strekking wenselijk? 27
mr. P. de Haan 27
mr. F.A.M. Stroink* 33

Discussie 41

Toetsingscriteria 51
A. In hoeverre is beleidstoetsing door de Afdeling rechtspraak wenselijk? 53
mr. A. Mulder* 53
mr. W. Konijnenbelt* 62

B. Is een andere dan de huidige wijze van hanteren van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur door de Afdeling rechtspraak wenselijk? 69
mr. E.M.H. Hirsch Ballin* 69
mr. P. Nicolaï 73

Discussie 77

Procedureel-organisatorische aspecten 85
A. Welke wijzigingen zijn wenselijk in de gewone procedure voor de Afdeling rechtspraak? 87
mr. J.A.E. van der Does 87
mr. F.H.A.M. Thunnissen 91

B. Is introductie van een zelfstandig administratief kort geding wenselijk? 97
mr. J.H. Blaauw 97
mr. J.B.J.M. ten Berge* 101

Discussie 106

Summing-up door de voorzitter mr. M. Scheltema. 114

* Een aantal sprekers heeft zijn bijdrage aan het symposium bewerkt. Hun namen zijn van een asterisk voorzien. Deze bewerkingen hadden tot gevolg dat op een enkel ondergeschikt punt elders in het verslag een wijziging moest worden aangebracht.

Inleiding door mr. P.J.G. Kapteyn, voorzitter Afdeling rechtspraak van de Raad van State

Twee instanties, twee etappes

De Afdeling rechtspraak is de Vereniging voor Administratief Recht en Samsom H.D. Tjeenk Willink dankbaar voor de organisatie van dit symposium. Zij hecht waarde aan de uitwisseling en de vruchtbare wisselwerking tussen rechtspraak en rechtswetenschap. Ik wil niet verhelen dat wij aanvankelijk bevreesd waren voor een opzet die aanleiding zou kunnen geven voor een al te abstract-theoretische gedachtenwisseling. Die vrees is inmiddels door de keuze van de preadviseurs en de strekking van hun stellingen bij mij grotendeels weggenomen. Ik zie met grote belangstelling de discussie tegemoet.

Het is de bedoeling dat vandaag vooral wordt gesproken over de toekomst van de Wet Arob en van de Afdeling rechtspraak. Nu ben ik helaas gedwongen heel vaak ook in boekhoudkundige zin over de toekomst van de Afdeling na te denken. Dit zal blijken, want de vijftien minuten die mij zijn geschonken om dit symposium in te leiden wil ik, geheel overeenkomstig de titel 'Tien jaar Wet Arob: hoe verder?', besteden aan een onderwerp dat de Afdeling zeer ter harte gaat, namelijk de totstandkoming van Arob-rechtspraak in twee instanties.

Men zal niet verbaasd zijn mij te horen zeggen dat de Afdeling zeer verheugd is over het streven van het kabinet medio 1987 met voorstellen ter zake te komen. Verheugd zijn wij ook over het voornemen de invoering van een eerste instantie nog in deze kabinetsperiode, dat wil zeggen vóór 1990, te bewerkstelligen. Die doorbraak is tot stand gekomen dankzij het rapport van de werkgroep-Van Angeren, dat inmiddels ook als kamerstuk 19 555, nr 2, ter beschikking staat.

De Afdeling – maar naar haar mening ook administratiefrechtelijk Nederland – is de meeste ministers die daarbij betrokken waren, in het bijzonder minister Korthals Altes, dank verschuldigd voor de instelling van de werkgroep op een strategisch juist moment, enkele maanden vóór de verkiezingen. Zij is ook de werkgroep en haar voorzitter dank verschuldigd, voor de doortastende wijze waarop zij een gedegen studie van de verschillende mogelijkheden voor invoering van een eerste instantie en de financiële aspecten daarvan vóór de kabinetsformatie wisten te produceren. Eens en voor al staat nu vast dat

een eerste instantie niet zo vreselijk kostbaar is als men aanvankelijk aannam. Daarmee is de financiële barrière die in de afgelopen kabinetsperiode bleek te bestaan geslecht.

In het rapport worden drie modellen besproken. Nogmaals – en ik deed dat al op de eerste vergadering van de werkgroep-Van Angeren – wil ik er geen misverstand over laten bestaan: de Afdeling prefereert model C, dat wil zeggen een volledig gedecentraliseerd model in de trant van de voorstellen van de staatscommissie herziening rechterlijke organisatie en de subcommissie-De Gaay Fortman. Ik plaats daar echter direct een kanttekening bij. Het is de Afdeling bovenal te doen om een zo spoedig mogelijke realisatie van een eerste aanleg, ook al is dat in een minder kristalzuivere vorm dan het model C van de werkgroep. Zij is dan ook bereid een enigszins aangepast model, dat bepaalde elementen van de twee andere modellen zou incorporeren – ik kom daar straks op terug – aanvaardbaar te achten, als dat vertraging van de totstandbrenging van een eerste instantie kan voorkomen en overschakelings- en aanloopproblemen bij de invoering daarvan kan verzachten.

Waarom plaats ik die kanttekening? Allereerst om de volgende reden. In de begrotingen van Justitie en Binnenlandse Zaken staan over de eerste instantie heel positieve mededelingen, maar hoe zonnig het er ook uit lijkt te zien, aan de einder rommelt het alweer en betrekt de hemel voor wat betreft de kwestie van de financiële gevolgen. Het model C – het model van totale decentralisatie – zou naar verluidt toch wel eens per saldo een stuk duurder kunnen uitvallen, en dat zou zowel voor de jaarlijkse kosten als voor de eenmalige invoeringskosten gelden. Wat hier ook van zij: gevoegd bij bekende geluiden, inhoudende dat deze operaties natuurlijk budgettair neutraal moeten verlopen, vormt deze omstandigheid in ieder geval genoeg stof voor nieuwe rekenarijen en daarmee aanleiding voor veel oponthoud. Een systeem waarin voorzitter en secretarie voorlopig nog bepaalde nu ook al bij hen berustende functies van de Afdeling blijven uitoefenen, zal, als het de kosten in beiderlei opzicht zou kunnen drukken, bij de Afdeling niet op grote bezwaren stuiten.

Er zijn echter ook nog andere dan financiële redenen om niet afwijzend te staan tegenover het functioneren van een in deze richting aangepast model in een overgangsperiode. De aanloopproblemen bij het invoeren van een eerste instantie mogen niet worden onderschat. Het gaat bij mijn weten om een in termen van Nederlandse rechterlijke organisatie unieke operatie. Van de ene dag op de andere moet worden overgeschakeld van een administratief perfect toegeruste centrale instantie in Den Haag op vijf, zes of misschien wel tien instanties met op dit punt veel beperkter middelen in den lande. Die centrale instantie is er administratief op ingericht en slaagt er ook door zijn specifieke werkwijze in zo'n 14.000 beroepen en verzoeken per jaar te

verwerken en zo'n 9.200 uitspraken per jaar te doen. Die omvangrijke taak gaat op het uur U over op en wordt verdeeld over een aantal regionale gerechten. Die regionale gerechten hebben geen tijd gehad zich rustig warm te lopen alvorens de Arob-last op de schouders te nemen. Van een klakkeloos overnemen van de werkwijze van de Afdeling kan bovendien geen sprake zijn. De gerechten dienen, gegeven hun administratieve inrichting en bewerktuiging, een eigen werkwijze te ontwikkelen om de stroom beroepen en verzoeken de baas te worden.

In dit verband – ik kom nu tot het boekhoudkundig deel– is het volgende van belang. De werkzaamheden van de afdeling kennen een voor de buitenwereld vaak verscholen, doch in omvang relatief aanzienlijk administratieve en administratiefjuridische component. Het samenstel van bepalingen in de Wet Arob en de Wet op de Raad van State voorziet nu eenmaal in een hele serie administratieve en administratiefjuridische verrichtingen met betrekking tot de 14.000 binnenkomende geschriften, strekkende tot beroep of tot toepassing van artikel 80. Ruim *60%* van deze geschriften brengt het niet verder dan deze administratieve en administratiefjuridische fase van behandeling en komt niet op een zitting aan de orde. Zo wordt 20% van de 14.000 hier bedoelde geschriften op enigerlei tijdstip tijdens de administratieve en administratiefjuridische fase ingetrokken. Daarnaast blijkt de centrale overheid desgevraagd onder artikel 11 van de Wet Arob een aanzienlijk aantal beroepschriften als bezwaarschrift te willen behandelen; het gaat dan om 15% van de 14.000 binnenkomende geschriften. Van die geschriften wordt bovendien 25% door de voorzitter van de Afdeling afgedaan als kennelijk niet-ontvankelijk, kennelijk ongegrond dan wel 'kennelijk gegrond', met welke laatste term ik kort aanduid dat, naar manifest aan te nemen valt, het in het geding zijnde besluit in de bodemprocedure niet in stand zal blijven.

Ter verlichting van de overschakelingsperikelen en de aanloopmoeilijkheden zou het dan ook niet zo'n dwaas idee zijn voorlopig nog de mogelijkheid open te houden dat de voorzitter en de secretarie van de Afdeling in Den Haag een deel van hun huidige functies blijven vervullen. Die functies zouden zij dan voorlopig ten behoeve van het stelsel van Arob-gerechten in eerste aanleg gaan uitoefenen. Dat zou zonder ingewikkelde constructies mogelijk zijn, indien alle beroepen en verzoeken aan de Afdeling, respectievelijk haar voorzitter, worden gericht en bij de Afdeling, respectievelijk haar voorzitter, worden ingediend, zoals ook nu geschiedt. Bij de beroepen zou de voorzitter zijn huidige bevoegdheden met betrekking tot de toepassing van artikel 11, artikel 15 en artikel 78 met hulp van de secretarie kunnen blijven uitoefenen. Die bevoegdheden betreffen in het geval van artikel 11 het voorleggen aan organen van de centrale overheid van de vraag of zij het ingekomen beroepschrift als bezwaarschrift willen behandelen, in

het geval van artikel 15 de doorgeleiding van ten onrechte aan de Afdeling geadresseerde beroepschriften die als bezwaarschrift door de lagere overheid moeten worden afgehandeld en in het geval van artikel 78 de vereenvoudigde behandeling buiten de zitting. Blijft de toepassing van deze artikelen achterwege, dan verwijst de voorzitter de beroepen naar het bevoegde Arob-gerecht. Tegen uitspraken van de voorzitter buiten zitting – het betreft hier de eerder genoemde 25% – ex artikel 78 staat uiteraard verzet open bij de Afdeling. Verklaart de Afdeling dat verzet gegrond, dan verwijst zij op haar beurt de zaak naar het bevoegde Arob-gerecht.

De secretarie blijft in deze oplossing voorshands haar huidige taak vervullen tot het moment van de feitelijke tervisielegging bij de bevoegde Arob-gerechten. Daar, bij die gerechten, vindt vervolgens de verdere afhandeling plaats. Verzoeken om schorsing worden, na eerste instructie evenals nu door de secretarie, doorgeleid naar de bevoegde gerechtsvoorzitter, althans voor zover niet reeds aanstonds op manifeste formele gronden door de voorzitter van de Afdeling kan worden geconstateerd dat hij zonder zitting tot afwijzing of toewijzing van het verzoek om schorsing kan overgaan. De gerechtsvoorzitter die verzoeken op grond van artikel 80 te behandelen krijgt, is overigens evenals de Afdelingsvoorzitter gewoon bevoegd een verzoek alsnog buiten zitting af te doen als hij denkt dat daar redenen voor zijn; hij is bovendien ook gerechtigd ingeval tevens beroep aanhangig is al of niet na een schorsingszitting over het beroep onder toepassing van artikel 78 in vereenvoudigde behandeling te beslissen.

Voordeel van een dergelijk systeem is dat voorshands dàt deel van het Arob-werk waarin de administratieve component duidelijk overweegt in Den Haag blijft. De Arob-gerechten en hun voorzitters kunnen dan vooreerst zich ten volle wijden aan dàt deel waarin de rechterlijke component overheerst. Zij lopen niet het gevaar zich in administratieve en organisatorische vraagstukken te moeten verliezen, of, plastischer uitgedrukt, zij kunnen zich voorlopig volledig concentreren op de 5.600 zaken op de 14.000 geschriften die binnenkomen, waarin zij na behandeling ter zitting een uitspraak dienen te geven. Om die zaken is de strijd om een eerste instantie terwille van een betere rechtsbescherming toch in de eerste plaats begonnen.

Over de praktische problemen, verbonden aan een dergelijke regeling, kan ik kort zijn. Ik heb goede verwachtingen om aan te nemen dat die kunnen worden opgelost. Mijn verwachtingen baseer ik op de huidige gang van zaken binnen de Afdelingen op de bestaande plannen om op korte termijn de registratie en voortgangsadministratie van zaken bij de Afdeling volledig te automatiseren. Op dat systeem kunnen de Arob-gerechten worden aangesloten; in snelle onderlinge communicatie kan worden voorzien. Zelfs bij verzoeken om schorsing en voorlopige voorziening die op zeer korte termijn moeten worden be-

handeld behoeft ten gevolge van de centrale ontvangst en gedecentraliseerde afdoening geen vertraging te worden gevreesd. Dit wees een nadere beschouwing van de praktijk uit.

Vanuit de traditionele visie op de rechterlijke organisatie kunnen tegen een model als hier besproken uiteraard bezwaren worden ingebracht. Laat ik beginnen met een bezwaar dat ik niet ernstig kan nemen: het model zou een onthoofding van de eerste instantie betekenen, omdat de voorzitter van de Afdeling de bevoegdheid zaken buiten zitting af te doen aan zich voorbehoudt. Ik merk op dat de gerechtsvoorzitter deze bevoegdheid – anders dan in de modellen A en B van het rapport-Van Angeren – niet wordt ontnomen. Hij komt er alleen maar in een veel beperkter aantal gevallen aan toe die bevoegdheid te hanteren. Maar dit terzijde: onthoofdt men nu werkelijk een instantie, ontneemt men haar werkelijk de luister van het rechterlijk métier, als men haar werk bespaart waarin de administratieve component zo sterk overheerst en waarin het werkelijke werk toch eigenlijk tot zijn meest simpele proporties is teruggebracht? Men vergete niet dat op dit moment 60 tot 70% van alle artikel 78-zaken die buiten zitting vereenvoudigd worden afgedaan puur formele niet-ontvankelijkheden betreft, op gronden zoals het niet tijdig betalen van griffierecht, het niet tijdig motiveren van het beroep, het niet tijdig overleggen van het bestreden besluit etcetera.

Een tweede, wèl serieus te nemen bezwaar wordt door de werkgroep-Van Angeren in haar rapport vermeld. De bevoegdheid, zo luidt dit bezwaar, die de voorzitter van de Afdeling rechtspraak behoudt om beroepen op grond van artikel 78 vereenvoudigd af te doen, staat haaks op het principe dat aan rechtspraak in twee instanties ten grondslag ligt. Dat principe houdt in dat een geschil pas aan het beroepsorgaan wordt voorgelegd als het orgaan in eerste aanleg zich erover heeft uitgesproken. Het is bovendien, aldus de werkgroep, inconsequent de eenvoudigste zaken als eerste op het hoogste niveau te laten afdoen. Ik meen dat deze argumenten eerst hun volle gewicht zouden krijgen indien op enigerlei wijze zou kunnen worden voorzien dat de Afdeling of haar voorzitter beroepen of verzoeken naar het oordeel van de gerechten in eerste aanleg of hun voorzitters zou ontrekken wanneer er omtrent de ontvankelijkheid of de gegrondheid van die beroepen of verzoeken ook maar enige twijfel zou bestaan. Dat is echter in het hier besproken systeem uitgesloten. Alleen zaken waarbij geen enkele twijfel over de uitslag van de procedure kan bestaan bereiken de eerste aanleg niet: zij worden door de voorzitter met zijn staf – met steeds de mogelijkheid van verzet bij de Afdeling – afgedaan. Het is gewoon een kwestie van 'even wennen', waarbij het woord 'even' ook de betekenis van 'slechts voor een beperkte tijd' heeft. Het systeem is immers bedoeld om de problemen, verbonden aan een te plotselinge overschakeling naar een full-fledged eerste in-

stantie, te ondervangen. De Afdeling heeft er vanuit dit gezichtspunt geen moeite mee.

Op persoonlijke titel zou ik er nog iets aan willen toevoegen. Een dergelijk systeem heeft wanneer het om administratieve rechtspraak gaat bepaald zijn merites. Het lijkt mij dan ook een experiment waard. Het is niet alleen efficiënt de manifest niet-ontvankelijke, ongegronde of gegronde beroepen te laten afdoen door de instantie in het systeem die daartoe administratief-juridisch het best is – en kan worden – toegerust en derhalve met het meeste gemak kan beslissen, het is evenzeer van belang dat op deze wijze juist in dergelijke zaken spoedig een beslissing valt. De administratieve organen wier besluiten in het geding zijn en de door zulke besluiten begunstigden dienen niet langer dan strikt nodig over de uitslag van de ingestelde procedure in het onzekere te blijven. In een traditioneel systeem staat tegen zo'n uitspraak buiten zitting verzet en vervolgens hoger beroep open; in het hier besproken systeem wordt de procedure kortgesloten. En tenslotte: in zo'n systeem zou aan de voorzitter ook de bevoegdheid kunnen worden gegeven met elkaar samenhangende zaken die naar de regels van de relatieve competentie bij verschillende gerechten in behandeling zouden moeten komen, samen te voegen en naar een der gerechten te verwijzen, hetgeen mij een groot voordeel lijkt.

In het begin van mijn inleiding heb ik gewezen op het feit dat het werk van de Afdeling rechtspraak wordt gekenmerkt door een aanzienlijke administratieve en administratief-juridische component. Waarom zou niet eens kunnen worden geprobeerd die component voorlopig nog zo veel als redelijk mogelijk blijkt centraal af te doen en eerst alle ruimte te scheppen voor het echte recht doen in twee instanties? Minister Korthals Altes heeft kort geleden op de jaarvergadering van de Orde van Advocaten iets gezegd – het is hem niet overal in dank afgenomen – dat in de pers, puntig maar niet geheel gaaf, is samengevat onder het motto: recht is geen maatwerk meer, maar confectie. Ik zou tot slot van deze inleiding willen stellen dat Arob-rechtspraak deels confectie is en blijft, deels maatwerk is en moet blijven. Mijn voorstel is dan ook voorlopig hetgeen confectie kan zijn in eerste en hoogste instantie te laten afhandelen in de ateliers waar nu ook al deze confectie en masse wordt geproduceerd, namelijk bij de voorzitter en de secretarie van de Afdeling. Zo kan dan alle aandacht worden gegeven aan het betere maatwerk, door invoering van rechtspraak in twee instanties. Een spoedige verwezenlijking daarvan is een belangrijke stap op weg naar een kwaliteitsverbetering van de rechtsbescherming. Die stap dient onverwijld te worden gezet en kan ook wel in twee etappes worden uitgevoerd zonder grote problemen op te roepen. Daarvan heb ik u, hoop ik, overtuigd.

Ontvankelijkheid

A. Is beroep tegen feitelijke handelingen en privaatrechtelijke rechtshandelingen wenselijk?

mr. J. G. Steenbeek

Stelling 1:
Voor het doel der vraagstelling werkt het begrip 'feitelijke handelingen' verwarrend.

Stelling 2:
In ons stelsel van administratieve rechtsbescherming past openstelling van beroep op een administratieve rechter voor die besluiten waarin het kenmerkende van de overheidstaak naar voren komt. Dit wijst op de noodzaak van een publiekrechtelijke grondslag.

Stelling 3:
Voor besluiten van de categorie A (besluiten in het algemeen, andere dan beschikkingen en besluiten van algemene strekking) leidt een en ander tot de conclusie, dat beroep daartegen moet worden opengesteld.

Stelling 4:
Voor besluiten van de categorie B (besluiten die zijn te kwalificeren als privaatrechtelijke rechtshandelingen) leidt een en ander tot de conclusie dat besluiten tot het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen overeenkomstig de bestaande Arob-jurisprudentie moeten worden gezien als deel uitmakende van dat rechtshandelen (connexiteitsleer).

Mijn 'stellinggenoot' wijst, door te veronderstellen dat een Arob-rechtspraak in twee instanties zal worden ingevoerd, op een aspect van algemene aard dat in het verband van de discussies op deze Arob-dag niet aan de orde is kunnen komen, al heeft Staatsraad Kapteyn als voorzitter van de Afdeling rechtspraak hieraan in zijn inleiding wel aandacht geschonken. Niettemin moet men zich er niet alleen van bewust zijn dat de wenselijkheid van uitbreiding van de Arob-rechts-

bescherming uiteraard tegen de achtergrond van eventueel gebleken tekortkomingen in het Arob-rechtsbeschermingsstelsel dient te worden beoordeeld, maar ook dat een serie randvoorwaarden van andere aard dient te worden inachtgenomen. Ik wijs bijvoorbeeld op de mogelijkheid dat een verruiming van de ontvankelijkheidsmogelijkheden een aanzuigende werking zou kunnen hebben op de behoefte om geschillen naar voren te brengen. Zoiets zal dan eisen stellen aan de verwerkingscapaciteit van de rechterlijke organisatie van de Arob. Ik denk ook aan de mogelijkheid dat de administratieve organen door een uitbreiding van de Arob-rechtsbescherming zwaarder belast geraken; dat zou dan optreden in een tijd waarin de verwerkingscacapaciteit van de overheidsadministratie toch al aan grote druk bloot staat. Dit alles zij nu verder daargelaten.

Als ik nu inga op de vraag of Arob-beroep tegen feitelijke handelingen en privaatrechtelijke rechtshandelingen wenselijk is doe ik dat dus met de Arob-rechtsbescherming zoals zij thans werkt als uitgangspunt.

Wat mij in het juridische jargon telkens weer verbaast is het gebruik van het begrip 'feitelijke handelingen', wanneer een tegenstelling wordt beoogd met besluiten die op rechtsgevolg zijn gericht. Dat het begrip 'handeling', in het kader van administratieve rechtsbescherming een lange voorgeschiedenis heeft zal bekend zijn. In de Ambtenarenwet 1929 wordt het begrip onder andere in artikel 58 gebezigd en de jongere Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie doet hetzelfde in onder meer de artikelen 4 en 5. Het zal verder bekend zijn dat vernietiging van een handeling door de ambtenarenrechter een zeldzaamheid is [1] en dat ook het College van Beroep voor het bedrijfsleven als het ware door de handeling heen het daaraan ten grondslag liggende besluit toetst[2].

Is 'handeling' in dit kader dus al wat moeilijk te plaatsen, met 'feitelijke' handeling wordt het nog moeilijker. De toevoeging van 'feitelijk' wekt de suggestie dat er ook andere dan feitelijke handelingen moeten bestaan, en dat zullen dan in deze samenhang, neem ik aan, juridische handelingen moeten zijn, die op zichzelf natuurlijk ook iets feitelijks hebben. Als men dan juridische handelingen identificeert als rechtshandelingen, dus handelingen op rechtsgevolg gericht en daarmee besluiten op rechtsgevolg gericht bedoelt, is men aangekomen bij de terminologie zoals die in het Arob-kader naar voren komt. Ik laat nu daar dat het wellicht de voorkeur verdient de hier bedoelde rechtshandelingen te typeren als rechtsbeslissingen of rechtsbesluiten, al bedien ik mij hierna vooral van dit laatste begrip.

Waar het bij deze materie in wezen om gaat is dat er besluiten zijn die gericht zijn op rechtsgevolgen en besluiten die dat niet zijn, maar die (slechts) gericht zijn op feitelijk handelen. De eerste kunnen als

beschikkingen 'arobabel' zijn, de laatste niet. Maar we zijn er nog niet. Feitelijk handelen kan al dan niet op een besluit berusten. Daarbij moeten wij, om te voorkomen dat wij ons in abstracties verliezen, ons voor ogen houden dat in het nu gestelde kader slechts aan de orde zijn besluiten van administratieve organen in de zin van de Wet Arob. Die organen moeten dan ingevolge artikel 1 Wet Arob met enig openbaar gezag bekleed zijn. Met andere woorden: besluiten die niet afkomstig zijn van dergelijke administratieve organen kunnen wij, wat zij ook mogen inhouden, hier buiten beschouwing laten. Als een bode van een gemeentehuis in een kwade bui besluit een steen door de ruiten van des burgemeesters huis te gooien is dat niet een besluit van zulk een orgaan. Het gooien is een feitelijk handelen, met allerlei juridische gevolgen, ook voor de bode, maar hier is dat niet relevant. Als echter de burgemeester dan als hulpofficier van justitie (artikel 154 Sv.), kwaad of niet kwaad maar slechts streng, besluit tot feitelijk handelen, in casu bestaande uit het binnentreden van het huis van die bode (artikel 151 Sv.) doet hij dat als administratief orgaan, zij het dat dit besluit reeds op grond van artikel 5, aanhef en onder g, van de Wet Arob niet Arob-appellabel is. Met dit voorbeeld meen ik duidelijk te maken dat zulk een feitelijk handelen berust op een besluit dat binnen het kader van een bevoegdheid als bedoeld in artikel 1 Wet Arob is genomen.

Een opmerking terzijde: een besluit tot binnentreden als zoëven bedoeld kan wellicht ook als beschikking worden aangemerkt in zo verre dat besluit voor anderen de rechtsplicht meebrengt dat binnentreden als legitiem te aanvaarden. Aldus kan men constateren dat de grenzen van dergelijke begrippen niet altijd scherp zijn. Voor mijn betoog behoef ik hier echter niet verder op in te gaan.

Als een administratief orgaan een besluit neemt tot een feitelijk handelen dat niet tot de kring van de bevoegdheid van dat orgaan behoort, zou men – maar dat is niet gebruikelijk – dat gebeuren kunnen aanmerken als een gebrekkig besluit, evenals men beschikkingen die niet op een bevoegdheid berusten, kan aanmerken als gebrekkige beschikkingen. Tegen gebrekkige beschikkingen staat dan veelal de Arob-rechtsgang open; tegen evenbedoelde andere gebrekkige besluiten (dus die tot feitelijk handelen) niet. Wil men tegen deze laatste besluiten procederen dan zal dat in het algemeen via de invalshoek van de onrechtmatige daad moeten zijn.

De overheid in haar vele verschijningsvormen neemt talloze besluiten op talloze terreinen omdat zij met talloze zorgplichten belast is. Dat vele van die besluiten de vorm aannemen van besluiten die gericht zijn op rechtsgevolgen, algemeen van aard of niet, is in zeker opzicht een kwestie van instrumentele aard. De overheid vervult haar taak dan door dergelijke besluiten te nemen. De overheid vervult evenwel ook vele taken zonder dat zij daarvoor rechtsbesluiten in de

hierbedoelde zin neemt, met andere woorden zonder dat zij de rechtspositie van degenen die zij met haar taakvervulling raakt, rechtstreeks beïnvloedt of anderszins positief-rechtscheppend bezig is.

De Arob-(rechts)bescherming concentreert zich tot nog toe op rechtsbesluiten in de vorm van beschikkingen. Die rechtsbescherming is erop gericht na te gaan of de overheid (het administratief orgaan) haar (zijn) bevoegdheid tot vaststellen van positief recht correct heeft gehanteerd, formeel zowel als materieel.
Andere besluitactiviteit van de overheid wordt niet door de Arob-regeling bestreken. Veel onvrede over ons stelsel van administratieve rechtsbescherming is op deze situatie terug te brengen, vooral nu wij leven in een tijd waarin de overheid zich op zovele andere manieren dan door het nemen van rechtsbesluiten medeverantwoordelijk stelt voor allerlei maatschappelijk gebeuren.

Op de interpretatie in het kader van de Wet Arob van het complex 'administratief orgaan en beschikking' heeft deze ontwikkeling reeds een belangrijke invloed gehad. Ik herinner in dit verband aan de jurisprudentie inzake subsidiebeschikkingen, die het vereiste van een publiekrechtelijke bevoegdheidstitel spoediger vervuld acht dan voorheen[3]. Voor subsidies in de rijkssfeer heeft naast de begrotingswet het beroemde Gratificatiebesluit als – toereikende – bevoegdheidskapstok gediend[4]. Het feit dat subsidiebeschikkingen – zo leert de parlementaire geschiedenis van de Wet Arob – uitdrukkelijk door de Arob-regeling moesten worden bestreken, heeft tot deze ontwikkeling uiteraard bijgedragen.

Ik herinner voorts aan de jurisprudentie, die aan beheerstaken die in artikel 209, onder h, gemeentewet aan B en W zijn gegeven, tevens een kwaliteit van publiekrechtelijke bevoegdheidsbasis is gaan toekennen[5].

Ik herinner ook aan het feit dat eens de constructie is toegepast dat een beschikkingsbevoegdheid wordt ontleend aan een in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel van behoorlijk bestuur; het lijkt althans dat die constructie voor ogen heeft gestaan toen beslist werd dat niet mag worden beschikt in strijd met het beginsel dat een beschikking dient uit te gaan van een daartoe bevoegd orgaan.[6]

In de nu veel gevoerde discussie over de bestuurscompensatie is door K. van Rijckevorsel een hierop gelijkende constructie bepleit[7].

Recentelijk heeft de Afdeling rechtspraak[8] aan de omstandigheid, dat de gemeenteraad van Rotterdam uitdrukkelijk had ingestemd met een nota van B en W inzake tegemoetkoming bij inkomensderving tengevolge van de metrobouw, de conclusie verbonden dat de afwijzing van een gevraagde zodanige tegemoetkoming berustte op een publiekrechtelijke grondslag; ergo was er een beschikking in het spel.

De publiekrechtelijke grondslag is mijns inziens in dit geval de sleutel tot de oplossing en de Afdeling rechtspraak vindt deze sleutel

in het feit dat de gemeenteraad door middel van die nota van B en W een beleid heeft ontwikkeld. Zou men voorheen geneigd zijn die publiekrechtelijke grondslag pas duidelijk aanwezig te achten indien dit beleid in een of andere publiekrechtelijke regeling zou zijn neergelegd, bijvoorbeeld in een gemeentelijke schadevergoedingsverordening, thans is die laatste stap volgens de Afdeling rechtspraak niet nodig.

Ik vind dit een stoutmoedige uitspraak waarvoor ik voorshands veel waardering heb. De publiekrechtelijke grondslag levert zo de nodige bevoegdheid op en op deze wijze komt men tot een beschikking die aan de Afdeling rechtspraak kan worden voorgelegd.

De grenzen verschuiven weliswaar, maar er blijven grenzen. Als bijvoorbeeld een gemeenteraad aan de hand van een B en W-nota over verhuur van gemeentewoningen besluit dat het beleid erop gericht moet zijn bij de verhuur van die woningen voorrang te geven aan buitenlanders die de woningen voor eigen gebruik behoeven, ontstaat dan daardoor een publiekrechtelijke titel tot beschikkingen inzake verhuur van woningen? Naar mijn mening niet; enerzijds omdat het hier toch gaat om civielrechtelijke contracten en anderzijds – maar dat is niet een principieel argument – omdat dergelijke beslissingen leiden tot al dan niet toewijzen of vergunnen van woonruimte en dat zijn dan wèl – al dan niet geïmpliceerde – beschikkingen.

Het verschil tussen de zoëven geciteerde uitspraak van 14 mei 1986 en het nu veronderstelde geval ligt in de omstandigheid dat een privaatrechtelijke overeenkomst in geding komt. De Afdeling rechtspraak huldigt consequent het standpunt dat besluiten inzake dergelijke overeenkomsten, ook al worden die in de publiekrechtelijke sfeer van raadsbesluiten enz. genomen, wegens hun connexiteit de juridische kwalificatie van die overeenkomsten delen en niet daarvan mogen worden losgemaakt. Dit standpunt zou men kunnen bestrijden met het argument dat een besluit tot het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten geheel en al tot stand komt volgens de publiekrechtelijke regeling inzake besluitvorming door de – in dit geval gemeentelijke – overheid. Het is evenwel begrijpelijk dat de Afdeling rechtspraak die kant niet op wil omdat de toetsing van zulk een raadsbesluit niet wel mogelijk is zonder de concept-overeenkomst zelf mede te beoordelen. Zulk een toetsing zou immers moeilijkheden opleveren als naderhand de gewone rechter over de ins en outs van die overeenkomst zou moeten oordelen. Deze situatie illustreert meteen dat het bepalen van de grenzen van het beschikkingsbegrip mede afhangt van de wijze waarop de rechterlijke competenties in ons land zijn georganiseerd. Als grote lijn geldt wat dat aangaat dat privaatrechtelijke geschillen bij de gewone rechter thuis horen, ongeacht welke de kwaliteit is van de partijen die in het geschil betrokken zijn. Van dat systeem afstappen zou een grote inbreuk betekenen op de eenheid

van het privaatrecht. Tot een pleidooi voor een ontwikkeling in die richting ben ik voorshands niet bereid. Uiteraard dient zich hier de vraag aan waar de grens ligt tussen publiekrecht en privaatrecht. Als een bepaald optreden van de overheid niet als toepassing van privaatrecht moet gelden kan de ruimte zijn geschapen voor een beslissing door de administratieve rechter zoals de Afdeling rechtspraak.

Voor onze Nederlandse verhoudingen lijkt mij de grens daar te liggen waar de overheid zich bij haar optreden kan beroepen op een publiekrechtelijke titel. En zo zijn wij terug bij de vraag hoever dat beroep kan gaan.

De hantering van – wijlen – de BKR[9] heeft een show gebracht van verwarring, zij het niet bij de Afdeling rechtspraak[10]. Ik meen, in de sfeer van het evolutionaire denken dat nu aan de orde is, dat de situatie als volgt zou kunnen worden benaderd.

Als niet deze regeling de uitkeringen e.d. had gekoppeld aan de aankoop van kunstwerken, zou zij als een 'gewone' subsidieregeling bij wijze van pseudo-wetgeving zijn aangemerkt en zouden dus beslissingen omtrent die uitkeringen als beschikkingen zijn behandeld. Nu koppelde echter deze regeling het privaatrechtelijke koopcontract en de uitkeringsbeslissing c.a. aan elkaar en dat leidde dan tot de conclusie dat ook die uitkeringsbeslissing c.a. een rechtshandeling naar burgerlijk recht inhoudt.

Maar waarom zou men haar niet mogen ontkoppelen? Het lijkt mij mogelijk het sluiten van een koopcontract slechts als voorwaarde te zien voor het beslissen over de uitkering. Met zulk een benadering zou men ook meer recht hebben gedaan aan deze regeling als regeling van sociaal-culturele aard, die past bij de huidige opvatting van de overheidstaak. Men moet er ook niet aan voorbijzien dat allerlei subsidieregelingen in zekere zin contraprestaties veronderstellen, zij het dat die dan niet verpakt zijn in privaatrechtelijke contractsvorm.

Zou ik bij kwesties als de BKR nauwer willen aansluiten bij de reeds gangbare jurisprudentie inzake subsidies, anderzijds huiver ik ervoor deze parallel te overspannen zolang met het beschikkingsbegrip moet worden gewerkt. In een zeer recente beslissing heeft de Afdeling rechtspraak uitgemaakt dat de Koninklijke Notariële Broederschap geen recht kon doen gelden op een bijdrage in de kosten van de uitvoering van de Tijdelijke Wet normering inkomens vrije-beroepsbeoefenaars[11]. De afwijzende beslissing van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid kon volgens de Afdeling rechtspraak niet worden beschouwd als een beschikking omdat, nu generlei publiekrechtelijke titel voor die beschikking viel aan te wijzen, een inwilliging van het verzoek om een bijdrage niet geacht kon worden 'zo nauw aan te sluiten bij de taken en bevoegdheden, door de wetgever aan de minister toebedeeld', dat van de minister zou kunnen worden gevorderd' deze titel als het ware toch te scheppen door hetzij het Gratificatiebe-

sluit toe te passen, hetzij een wijziging van de begroting haar beslag te doen krijgen.
Het gaat mijns inziens inderdaad niet aan dat een gegadigde voor een bijdrage uit de openbare kas zich een beschikking kan 'verschaffen' enkel door om een bijdrage te vragen en dan nul op het rekest te krijgen. Wordt het beschikkingsbegrip verlaten en het Arob-beroep gekoppeld aan besluiten, dan komt zulk een kwestie natuurlijk anders te liggen. Het 'neen' van de minister is uiteraard dan een (bevoegd genomen) besluit. Of appellanten dan wel succes met hun beroep zouden hebben, zal dan alleen afhangen van het antwoord op de vraag of zij door dat besluit rechtstreeks in hun belang zijn getroffen. Daarin ligt natuurlijk ook een – mogelijk zware – hindernis. Ik herinner er nog aan dat de Raad van State indertijd heeft geopperd[12] het Arob-beroep open te stellen tegen besluiten tout court, dus in de zin van hetgeen mij voor ogen staat; toen vond men dit toch te ver gaan.

Kan enerzijds door de Arob-rechter binnen de bestaande wettelijke definitie meer ruimte worden gevonden om het beschikkingsbegrip op te rekken, anderzijds kan de wetgever dus ruimere ontvankelijkheidsmogelijkheden scheppen door ook besluiten tot feitelijke handelingen als hiervoor bedoeld Arob-appellabel te maken. Zoals ik eerder reeds heb aangeduid zal dit naar mijn mening het geval kunnen zijn voor die besluiten waarvoor een publiekrechtelijke grondslag kan worden aangewezen. Er moet dus een bevoegdheid van een administratief orgaan tot juist zulk een besluit in het spel zijn. Zo kunnen besluiten tot handelingen van inspectie, die onder andere in de milieusfeer zeer actueel zijn, onder het bereik van de Wet Arob worden gebracht. Zulke besluiten brengen dan mee dat de daarop berustende handelingen door de burgers moeten worden gedoogd; in zo verre zou men een scheppen van positief recht aanwezig kunnen achten, dus een beschikking. De vraag of dat zo is verliest actualiteit als het beschikkingsbegrip wordt vervangen door het besluit-begrip. In het voetspoor van de hiervoor bepleite ruim opgevatte publiekrechtelijke grondslag kunnen dan tevens besluiten tot bijvoorbeeld wegafsluiting in verband met reperatiewerkzaamheden appellabel worden.

Of de eis van schriftelijkheid bij een besluit-begrip zou moeten worden gehandhaafd is een secundaire vraag die vooral door de praktijkbehoefte dient te worden beantwoord. Men vergete niet dat een niet-schriftelijk vastleggen van een besluit kan worden gezien als een weigering te besluiten, wanneer althans aan het besluiten de eis van schriftelijkheid wordt gesteld.

Opent zich bij invoering van het besluit-begrip een wijd verschiet voor de Arob-rechtspraak, men moet zich bij een dergelijke verruiming wel realiseren dat dit grote eisen zal stellen aan de overheidsadministratie waarvan wij verwachten dat zij in staat blijft tot efficiënt en tijdig besturen. De zorg die ik op dit punt heb valt echter, zoals ik in het

begin van deze beschouwing heb opgemerkt, buiten het nu actueel gestelde onderwerp.

Noten

1. CRvB 6-1-1959, *AB*, blz. 516 (advertentie); CRvB 12-10-1979, *AB* 1980, 546 (advertentie) m.n. E.H.N.
2. Zie *Administratieve rechtsgangen* 2.1.1.2.
3. Zie hierover o.a. Van Wijk-Konijnenbelt (5e druk), blz. 35 e.v.
4. KB 27-7-1950, *Stbl.* K 320.
5. ARRS 28-2-1980, *AB* 526 m.n. V.d.V.; *Gem. st.* 6625 m.n. J.M.K.; *tB/S* V, 166 m.n. Crasborn (uitweg Laren); zie ook ARRS 18-9-1980, *tB/S* V, 195 m.n. Crasborn (parkeerterrein Rotterdam).
6. ARRS 17-5-1978, *AB* 429 m.n. In 't V., *tB/S* III, blz. 396.
7. Bestuursrechtelijke schadevergoedingen, in: *Non ex regula*, Liber amicorum Mr. J. van der Hoeven, blz. 163 e.v.
8. 14-5-1986, *Bouwrecht* 1986, blz. 852 m.n. K. van Rijckevorsel.
9. Beeldende-Kunstenaarsregeling.
10. Zie bijv. ARRS 8-5-1980, *tB/S* V, 180 m.n. Crasborn, *Gem.st.* 6695 m.n. J.M.K. *AB* 1982, 147 m.n. J.A.B.
11. 7-8-1986, R02.85.0528, in begin december 1986 bij mijn weten nog niet gepubliceerd.
12. Zie J.H. van Kreveld en M. Scheltema, *Parlementaire geschiedenis van de Wet AROB* (1976), blz. 138 e.v.

mr. P.J.J. van Buuren

Feitelijke handelingen

Stelling 1:
Het is gewenst de competentie van de Afdeling rechtspraak uit te breiden met de bevoegdheid te oordelen over door administratieve organen genomen besluiten tot het verrichten van feitelijke handelingen op grond van een publiekrechtelijke bevoegdheid.

Stelling 2:
Het is niet nodig en per saldo onwenselijk de Afdeling rechtspraak ook bevoegd te maken ten aanzien van de feitelijke uitvoering van handelingen bedoeld in stelling 1.

Privaatrechtelijke rechtshandelingen

Stelling 3:
Het is niet gewenst noch noodzakelijk de Afdeling rechtspraak te doen oordelen over rechtshandelingen naar burgerlijk recht.

Stelling 4:
Handhaving van de uitsluiting van privaatrechtelijke rechtshandelingen betekent niet dat de kwalificatie die de Afdeling rechtspraak aan sommige rechthandelingen geeft, niet voor kritiek vatbaar is. Sommige door de Afdeling als privaatrechtelijk beschouwde rechtshandelingen kunnen beter als publiekrechtelijk worden beschouwd.

Steenbeek en ik zijn het onmiskenbaar in hoofdlijnen eens. Beroep tegen feitelijke handelingen als zodanig zien wij beiden als een te ver gaande stap; wèl zou naar onze mening kunnen worden overgegaan tot de mogelijkheid van beroep op de administratieve rechter tegen *besluiten tot* het verrichten van feitelijke handelingen, mits die feitelijke handelingen berusten op een publiekrechtelijke bevoegdheid, of, in de woorden van Steenbeek, 'een publiekrechtelijke grondslag hebben'. Nu wil ik niet verbloemen dat wat mij betreft hier een groot probleem ligt. Wanneer kunnen we zeggen dat een feitelijke handeling, of een besluit tot een feitelijke handeling, berust op een publiekrechtelijke grondslag dan wel een publiekrechtelijke bevoegdheid? De publiekrechtelijke bevoegdheid blijkt bij rechtshandelingen al veel problemen te hebben opgeleverd. Ik denk dat deze bij besluiten tot het verrichten van feitelijke handelingen nog groter zullen zijn.

Een aanzet tot een oplossing van die problemen heeft Steenbeek in zijn schriftelijke toelichting bij zijn tweede stelling gegeven. Het criterium zou moeten zijn 'dat, waar de overheid uit haar specifieke verantwoordelijkheid besluiten neemt, de publiekrechtelijke grondslag aanwezig wordt geacht'. Ik weet natuurlijk niet precies hoe Steenbeek dit criterium van de 'specifieke verantwoordelijkheid van de overheid' zou willen uitwerken, maar het komt mij vooralsnog voor dat het criterium niet bevredigend is omdat het nog veel te vaag is. Tot die uitspraak kom ik, omdat ik meen dat competentiegrenzen tussen verschillende soorten van rechters zo helder mogelijk en met behulp van zo eenvoudig mogelijk toe te passen begrippen getrokken moeten worden. In dat verband is mij niet voldoende duidelijk wat een 'specifieke verantwoordelijkheid' is.

Ik noem enkele voorbeelden, die mij op dit punt doen aarzelen. Een gemeentebestuur besluit tot het plaatsen van een standbeeld voor een of andere graaf op een mooi plein. Is dat een besluit dat de overheid vanuit een specifieke verantwoordelijkheid neemt? Is een besluit van dat zelfde gemeentebestuur tot het feitelijk kappen van bomen – ik spreek niet over een kapvergunning, die misschien helemaal niet nodig is – een besluit dat de overheid vanuit een specifieke verantwoordelijkheid neemt? Dezelfde vraag kun je stellen als het gaat om besluiten in het kader van onderhoud van wegen, sloten en vaarwegen. Komen die besluiten voort uit een specifieke overheidsverantwoordelijkheid? Ik weet het niet. Mijn aarzeling komt eruit voort dat ik mij bij

de drie genoemde voorbeelden kan voorstellen dat particulieren soortgelijke besluiten nemen. Een particulier kan vóór zijn landhuis een standbeeld ter nagedachtenis van de graaf plaatsen. Een particulier, eigenaar van dat zelfde landhuis, kan bomen gaan kappen en moet misschien ook wel zijn sloten onderhouden. Ik weet dan ook niet zeker of we hier wel met de specifieke verantwoordelijkheid van de overheid – en dus met een publiekrechtelijke bevoegdheid – te maken hebben.

Een en ander leidt ertoe dat ik bij nader inzien zelfs aarzeling heb over mijn eigen voorbeeld van de reconstructie van wegen. Dit neemt echter niet weg – en daarom sta ik ook achter mijn eigen stelling! – dat er zeer zeker besluiten tot het verrichten van feitelijke handelingen zijn die op een publiekrechtelijke bevoegdheid berusten. Ik noem als voorbeeld het besluit om al dan niet daadwerkelijk, feitelijk politiedwang toe te passen. Het gaat dan niet om de aanschrijving zelf, maar om de effectuering daarvan, waarbij het meestal een weigering is die problemen oplevert. De Afdeling neemt hier wel met een knap gevonden kunstmatige draai een rechtshandeling aan, maar het gaat natuurlijk onmiskenbaar eigenlijk om de feitelijke uitvoering. Hetzelfde geldt voor de daadwerkelijke overhandiging van een bouwvergunning. Ook te dien aanzien hebben zich problemen voorgedaan. We kunnen daarnaast denken aan besluiten tot het nemen van monsters van bepaalde waren, of aan een besluit tot het plaatsen van bloembakken op de openbare weg, zodanig dat een doorgang feitelijk is afgesloten. Van dergelijke besluiten zouden we mijns inziens moeten aannemen dat ze omdat een publiekrechtelijke grondslag te construeren valt, onder de competentie van de administratieve rechter kunnen vallen. Toch blijkt het moeilijk om, zeker ook bij het bloembakkenvoorbeeld, precies de grens aan te wijzen.

Men kan betogen dat we niet al te strak moeten redeneren en dat we maar iets moeten durven. In zekere zin spreekt mij dat wel aan, maar ik blijf mij afvragen tot hoe ver we moeten gaan en in welke gevallen besluiten tot feitelijke handelingen *niet* meer bij de administratieve rechter terecht zouden moeten komen. Ik ben bang dat we daar niet uit komen, wat mij ervoor doet pleiten de gemeenschappelijke stellingen van Steenbeek en mijzelf weliswaar te aanvaarden, maar daarbij de woorden 'publiekrechtelijke grondslag' vrij strikt uit te leggen. De verruiming die dan aan de competentie van de administratieve rechter wordt gegeven is slechts betrekkelijk, iets wat we zullen moeten accepteren. Ik zeg dit niet, omdat ik van mening zou zijn dat bijvoorbeeld voor de overheid die overgaat tot het kappen van bomen andere normen zouden moeten gelden dan voor de overheid die zichzelf een kapvergunning geeft. Mij gaat het uitsluitend om de vraag, welke rechter over bepaalde besluiten moet oordelen. Daarbij is van belang dat competenties van de verschillende rechters onderling eenvoudig en duidelijk worden afgebakend.

Vervolgens nog iets over het tweede hoofdpunt. Steenbeek en ik vinden het beiden ongewenst dat de administratieve rechter zich zou moeten gaan bemoeien met het oordelen over rechtshandelingen naar privaatrecht, ook indien – en daar gaat het natuurlijk om – die privaatrechtelijke rechtshandelingen worden verricht ter uitvoering van een bestuurstaak. Steenbeek trekt in zijn stelling 4 de conclusie dat hetzelfde dient te gelden voor besluiten tot het *verrichten* van rechtshandelingen naar privaatrecht. Ik ben het daar geheel mee eens, zij het dat ik mij zou kunnen voorstellen dat de soms vereiste goedkeuring door gedeputeerde staten van bijvoorbeeld gemeenteraadsbesluiten tot verkoop van onroerend goed, als een publiekrechtelijk besluit zou worden beschouwd. Aan de publiekrechtelijke normen die voor een dergelijk goedkeuringsbesluit gelden zou dan door een administratieve rechter kunnen worden getoetst. De vraag is overigens wel of dat praktisch van veel betekenis zou zijn.

Voor het overige geldt dat we de scheiding tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtshandelingen moeten bewaken. Het gaat dan niet alleen om de noodzaak en het belang van heldere en eenvoudige competentiegrenzen, maar ook om het gevaar van inhoudelijk tegenstrijdige jurisprudentie. Ik schets een voorbeeld dat zich zou kunnen voordoen. Een gemeentebestuur sluit met een exploitant van een bloemenstalletje een pachtovereenkomst waarin wordt opgenomen dat geen branchevreemde produkten zullen mogen worden verkocht. Laten we aannemen dat dit punt, in tegenstelling tot wat wij beogen, aan de Arob-rechter zou worden voorgelegd en dat deze rechter deze voorwaarde in een dergelijke overeenkomst toelaatbaar zou achten. Het is voorspelbaar dat een bepaalde uitleg de Arob-rechter tot dat standpunt zou brengen. Leeft nu de exploitant deze voorwaarde niet na, dan moet de gemeente op de een of andere manier nakoming kunnen vragen. Als zij daarvoor naar de burgerlijke rechter moet, dient deze rechter over de uitleg van dezelfde voorwaarde te oordelen. Het zou dan heel ongelukkig zijn als de burgerlijke rechter zich niet zou kunnen vinden in de uitleg die indertijd kennelijk de Arob-rechter voor ogen heeft gestaan. Die omstandigheid kan een bron van problemen vormen.

Wanneer men dit alles wil voorkomen, moet de gehele overeenkomst naar de Arob-rechter overgehaald worden, hetgeen neerkomt op een ingrijpende wijziging van het procesrecht: de gemeente moet dan ook als eisende partij naar de administratieve rechter kunnen gaan. Ik meen dat we daar niet aan moeten beginnen, zeker niet voor het jaar 2000, en dat we afbakening moeten laten zoals zij is.

Een van de interessantste stellingen in de symposiumbundel vond ik de stelling van De Haan dat het Kroonberoep inzake bestemmingsplannen een strijd in Straatsburg waard is. Ik kan mij voorstellen dat

de *regering* dat beleidsstandpunt inneemt. Pleitbaar is de opvatting dat men de kleine kans op handhaving van dit Kroonberoep moet benutten en dat op dit punt niet al te zeer op eventuele ontwikkelingen vooruit moet worden gelopen. Het Kroonberoep inzake bestemmingsplannen heeft voordelen en nadelen, maar deze houden elkaar wellicht in evenwicht, zodat het voorstelbaar is dat men een strijd in Straatsburg zou willen aangaan. In dit verband wil ik De Haan de volgende vraag voorleggen. Hij heeft allerlei argumenten bijeen geschraapt, ook in de vakpers, op grond waarvan hij handhaving van dit Kroonberoep bepleit. Wat mij daarbij opvalt is dat hij het eens is met de visie dat een gedetailleerde bestemming in een postzegelplan tot de vaststelling van een 'burgerlijk recht' in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens leidt, maar dat naar zijn mening een zelfde gedetailleerde bestemming als onderdeel van een groter plan *niet* tot een dergelijk 'burgerlijk recht' zou leiden. In het laatste geval zou er geen strijd met artikel 6 zijn. We moeten beseffen dat op het ogenblik vaak gedetailleerde bestemmingen in grotere bestemmingsplannen voorkomen en dat dit in de toekomst waarschijnlijk zo zal blijven. Hoe globaal en flexibel bestemmingsplannen ook zullen worden, men heeft er altijd behoefte aan voor bepaalde percelen een zeer gedetailleerde bestemming te leggen. Naar mijn mening loopt men dan onmiskenbaar tegen artikel 6 aan.

Ik zal graag vernemen hoe De Haan hierover denkt.

B. Is beroep tegen algemeen verbindende voorschriften of andere besluiten van algemene strekking wenselijk?

mr. P. de Haan

Stelling 1:
Anders dan collega Stroink in zijn vierde stelling betoogt, zou ik voorop willen stellen dat de gewone rechter – blijkens de recente uitspraak van HR 16 mei 1986, RvdW 1986, 110 inzake de landbouwluchtvaart – *niet* evenveel rechtsbescherming kan bieden inzake algemeen verbindende voorschriften als de Arob-rechter.

Toelichting:
In de genoemde uitspraak beperkt de Hoge Raad de toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen uitdrukkelijk tot het verbod van evidente willekeur. Voor het overige komen algemene beginselen van behoorlijk bestuur of behoorlijke regelgeving bij die toetsing niet, althans niet rechtstreeks aan de orde. Wanneer een direct beroep op de Afdeling rechtspraak via een herziening van de Wet Arob zou worden geopend, is er voor deze beperking geen enkele reden meer en kan eindelijk het ongeschreven recht in volle omvang op het beleidsinstrumentarium van de overheid worden losgelaten.

Stelling 2:
Opheffing van de uitzondering van artikel 2 tweede lid, onder a van de Wet Arob (besluiten van algemene strekking) valt dan ook zeker te overwegen. Wel kan het begrip 'beschikking' in deze wet dan beter vervangen worden door 'besluit', als was het alleen maar om te voorkomen, dat degenen die menen dat de beschikking centraal staat in het administratieve recht achteraf toch nog gelijk zouden krijgen. Uiteraard moet het beroep conform artikel 9 eerste lid worden ingesteld binnen dertig dagen nadat het besluit is gegeven, zodat de door Stroink genoemde problemen van al dan niet terugwerkende kracht van een eventuele vernietiging zich niet voordoen. Ook zou de wetgever kunnen bepalen dat het beroep een latere toetsing van het besluit door de administratieve of gewone rechter niet in de weg staat.

Toelichting:
Anders dan Stroink meen ik, dat wat een mogelijk Arob-beroep betreft geen onderscheid gemaakt behoeft te worden naar de verschillende categorieën van besluiten van algemene strekking. Algemeen verbindende voorschriften, concrete normen, beleidsregels, plannen en gebiedsaanwijzingen, voorzover niet zijnde beschikkingen, kunnen gelijkelijk aan dit beroep worden onderworpen.
Met Van der Hoeven in de bundel *Recht op scherp,* blz. 307, zou ik ook het vereiste van 'gericht op enig rechtsgevolg' willen doen vervallen, zodat zelfs indicatieve (beleidsvoornemens) en operationele (voorzieningen) plannen er onder kunnen vallen.

De Wet Arob zou na de voorgestelde wijziging beter Wet administratieve rechtspraak overheids*besluiten* kunnen heten. Uiteraard moeten besluiten van algemene strekking niet eerder in werking treden dan nadat de beroepsmogelijkheid is verstreken of op het beroep is beslist. Daarna behoort zowel de administratieve als de gewone rechter alsnog bij de beoordeling van rechts- of feitelijke handelingen, welke uit het besluit voortvloeien of daarmee strijdig zijn, dit besluit op de gebruikelijke wijze te kunnen toetsen.

Stelling 3:
Hoewel een volledige rechtmatigheidstoetsing door de Afdeling rechtspraak van de Raad van State als minimale rechtswaarborg overweging verdient, zal daarmee bij belangrijke regelingen en plannen als grondslagen van beleid toch niet kunnen worden volstaan. Eerder dan aan een beroep op de Afdeling voor de geschillen van bestuur in de zin van de Tijdelijke Wet Kroongeschillen dient hierbij te worden gedacht aan het aloude Kroonberoep, met dien verstande echter dat ook een dergelijk beroep een toetsing door administratieve of gewone rechter niet hoeft uit te sluiten.

Toelichting:
Wat de Afdeling rechtspraak niet kan bieden is een beleidstoetsing in de eigenlijke zin van het woord. Toch bestaat juist daaraan bij besluiten van algemene strekking als grondslagen van beleid primair behoefte. Weliswaar zou men straks bij aanvaarding van de Tijdelijke Wet Kroongeschillen kunnen denken aan een beroep op de Afdeling voor de geschillen van bestuur, omdat die met name via haar voorgestelde adviesbevoegdheid meer met de beleidsaspecten van de besluiten rekening kan houden, maar toch is dat juist voor besluiten van algemene strekking in hoge mate ongewenst. Veel meer dan beschikkingen die per slot van rekening enkel op individuele gevallen betrekking hebben, vormen zulke besluiten de basis voor het beleid in algemene zin. Het zou volstrekt ondemocratisch zijn de Raad van State als

hoogste beleidsinstantie zelfs maar in adviserende zin te laten optreden. Daarvoor is een *onafhankelijke politieke* en dus ook politiek verantwoordelijke instantie nodig en toevallig is dat in ons land de Kroon.
Een beroep op de Kroon ter zake van *algemene* beleidsbeslissingen laat echter naar mijn mening geheel onverlet de gebruikelijke toetsing door de administratieve of gewone rechter van besluiten van algemene strekking in welk verband dan ook. Immers bij die toetsing gaat het om de beoordeling van *individuele* rechts- of feitelijke handelingen en waarom zou daarbij het eerdere Kroonberoep exclusief moeten zijn? Zelfs afgezien van Straatsburg kan men zich dit afvragen.

Stelling 4:
In ieder geval is handhaving van het Kroonberoep tegen het bestemmingsplan een strijd in Straatsburg waard.

Toelichting:
In de commentaren op het Benthem-arrest en het ontwerp van een Tijdelijke Wet Kroongeschillen is tot nu toe veel te weinig aandacht gegeven aan de enorme verworvenheid die het Kroonberoep tegen het bestemmingsplan, juist uit een oogpunt van rechtsbescherming van burgers en maatschappelijke organisaties, in wezen is. Niet voor niets is in de gewijzigde Wet op de Ruimtelijke Ordening dit beroep gehandhaafd nadat eerst van regeringswege was voorgesteld het met het oog op de versnelling van de bestemmingsplanprocedure te doen vervallen. In zijn Tweede Bestemmingsplanadvies is de RARO dan ook mede onder invloed van de zware kritiek van maatschappelijke organisaties als die van landbouw en milieu teruggekomen van zijn aanvankelijke voorstel het Kroonberoep op termijn te vervangen door een Arob-beroep. Naar mijn mening zou een dergelijk beroep veel minder betekenis hebben voor de rechtsbescherming dan het Kroonberoep. Het is bijna een wonder op zichzelf, dat een *ieder* volgens artikel 29 WRO het bestemmingsplan als voornaamste planologisch beleidsinstrument voor een heel gebied aan een volledige heroverweging door het hoogste politieke gezag – de Kroon in verantwoordelijkheid tegenover de Staten-Generaal – kan doen onderwerpen.

Politieke onafhankelijkheid – in casu tegenover de gemeente – is echter niet hetzelfde als rechterlijke onafhankelijkheid, zoals terecht door het Europese Hof geëist. Daargelaten dat het bestemmingsplan volgens mij als regel geen vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen inhoudt, doch enkel *in algemene zin eigendoms- en gebruiksbeperkingen* oplegt, zoals zovele wettelijke voorschriften en verordeningen dat doen, kan het in ieder geval te allen tijde zowel door de gewone als door administratieve rechter worden getoetst, zodra het op welke wijze ook rechtskracht heeft verkregen. Dit Kroonberoep is

dus allerminst exclusief, integendeel, het is een *extra* waarborg voor de burger. De regering behoort deze uitzondering op de Tijdelijke Wet dan ook tot het uiterste te verdedigen, zowel in Den Haag als in Straatsburg.

Ik was helemaal niet van plan op het Kroonberoep in te gaan en nu mij is gebleken dat ik er geen extra tijd voor krijg ga ik er ook niets over zeggen. Aan het verzoek ter bevordering van de levendigheid van de discussie zo snel mogelijk in debat te treden, niet alleen met de 'koppelgenoot' – in mijn geval Stroink –, maar ook met de andere sprekers in het blok, wil ik graag voldoen door de nogal ongenuanceerde stelling te poneren dat het nu maar eens uit moet zijn met al die niet-ontvankelijkverklaringen. Iets mooier gezegd: alle overheidsbesluiten dienen direct na de vaststelling aan een volledig rechtmatigheidsberoep te worden onderworpen, ongeacht in welke vorm zij zich voordoen, ongeacht of ze van algemene strekking zijn, ongeacht of ze rechtshandelingen of feitelijke handelingen betreffen en, in geval van rechtshandelingen, ongeacht of ze privaatrechtelijk of publiekrechtelijk zijn. Ik betreur dat de beide voorgaande sprekers privaatrechtelijke overheidshandelingen van het Arob-beroep willen blijven uitsluiten. Ik betreur dat niet zo zeer omdat de burgerlijke rechter niet aan geschreven of ongeschreven bestuursrecht zou kunnen of willen toetsen, maar omdat die toetsing niet anders dan marginaal *kan* zijn.

Dat heeft tenminste drie redenen. In de eerste plaats mist de burgerlijke rechter een speciale vernietigingsbevoegdheid bij strijd met het geschreven of ongeschreven bestuursrecht. Hij krijgt straks in het NBW wèl een dergelijke bevoegdheid voor onredelijk bezwarende bedingen, maar dat is niet hetzelfde. Aangezien de burgerlijke rechter de hier bedoelde vernietigingsbevoegdheid mist, is hij aangewezen op het van rechtswege nietig verklaren, maar een van-rechtswege-nietigverklaring is, zoals steeds is gebleken, alleen hanteerbaar bij evidente strijd met de wet of evidente willekeur. Degene die nu betoogt dat er geen verschil is zou ik willen vragen waarom we dan een Arob-rechter hebben. Vóór 1976 kon men zich toch tot de burgerlijke rechter wenden om terzake van een beschikking van-rechtswege-nietigheid te horen uitspreken? Dat probeerde men ook inderdaad wel eens, maar het lukte zelden, en wel in verband met de reden die ik zojuist als eerste noemde: de strijd met de wet of de willekeur moet buitengewoon evident zijn.

Een tweede reden hangt daar direct mee samen. De civielrechtelijke gevolgen – ik ben hierin overigens niet origineel – van een van-rechtswege-nietig-verklaring zijn zeer ingrijpend, met name in verband met de in het kader van artikel 1401 BW aan een dergelijke nietigverklaring verbonden verplichting tot schadevergoeding. De civielrechtelijke onrechtmatigheid is zo definitief en heeft zulke zware

gevolgen, dat de burgerlijke rechter met de van-rechtswege-nietigverklaring wel uiterst voorzichtig moet zijn.

Ook de derde reden is niet zonder belang: de procesgang die tot een nietigverklaring van rechtswege moet leiden is in vergelijking met de administratiefrechtelijke procesgang nog altijd buitengewoon zwaar.

Het verschil ligt niet zo zeer in de toetsingsbevoegdheid of in de omvang daarvan als wel in de beslissingsbevoegdheid en in de rechtsgevolgen en de procedure daaraan verbonden. Het daarin tot uiting komende verschil is zo groot, dat men het naar mijn mening de burgers in het geval van privaatrechtelijke beleidsovereenkomsten niet langer kan aandoen hen alleen naar de burgerlijke rechter te verwijzen. Ik spreek nu niet over overeenkomsten van het type waarover Van Buuren heeft gesproken, maar over privaatrechtelijke beleidsovereenkomsten zoals gronduitgifte-overeenkomsten en beheersovereenkomsten in het kader van Relatienota-gebieden. Overigens ziet de wet- en regelgever ten aanzien van dergelijke overeenkomsten hoe langer hoe meer van een verwijzing naar de burgerlijke rechter af. In het voorontwerp voor een Wet beheer landbouwgronden – het ontwerp ligt nu bij de Raad van State – is een aparte geschillencommissie in het leven geroepen voor de toetsing van beleidsgeschillen, voortvloeiend uit de toepassing van beheersovereenkomsten als instrument.

Een ander voorbeeld laat zich als volgt omschrijven. Wij zijn bij het Instituut voor Bouwrecht op het ogenblik bezig met het voorbereiden van een model-gronduitgifteverordening voor gemeenten, waarin we genoodzaakt zijn een aparte privaatrechtelijke Arob-rechter, geheten Geschillencommissie grondbeleid, in het leven te roepen, die in de desbetreffende voorwaarden expliciet de verplichting krijgt om te toetsen aan de gronden van artikel 8 Wet Arob.

In de praktijk is er dus een ongelooflijk groot verschil en daar gaat het om.

Ik kom nu bij mijn eigen stellingen. Het Landbouwluchtvaartarrest van de Hoge Raad vormt een bevestiging van wat ik heb betoogd. Ik ben het met dat arrest eens: ik vind dat de Hoge Raad bij de toetsing van besluiten van algemene strekking in het kader van artikel 1401 BW niet verder kan gaan dan marginaal te toetsen of sprake is van strijd met de wet dan wel van evidente willekeur. Als een besluit van algemene strekking in een later stadium dan onmiddellijk na de vaststelling – wanneer het besluit al toepassing kan hebben gevonden – nog onverbindend of van rechtswege nietig wordt verklaard, of op andere wijze wordt aangetast, kan dat onafzienbare financiële en andere gevolgen hebben. De rechter is dus genoodzaakt marginaal te toetsen. Ik pleit mèt Van der Hoeven voor het schrappen van de uitzondering van besluiten van algemene strekking in de Wet Arob, alsmede voor het laten vervallen van de woorden 'gericht op enig rechts-

gevolg', waarmee in principe alle besluiten van algemene strekking onder de bevoegdheid van de Afdeling rechtspraak kunnen vallen: algemeen verbindende voorschriften, concrete normen, beleidsregels, plannen en gebiedsaanwijzingen, de laatste twee ook wanneer ze een indicatief karakter dragen. Ik zie dus, anders dan Stroink, geen aanleiding tot het maken van onderscheid tussen de verschillende categorieën, al was het alleen maar om nieuwe afbakeningsproblemen te voorkomen. Ook beleidsregels en beleidsvoornemens zijn van groot gewicht voor de burger en een speciale beroepsmogelijkheid, direct na de vaststelling, is dan ook van groot belang.

Bij wijze van voorbeeld het volgende. Mij is ter ore gekomen dat de provincie Gelderland op het ogenblik een buitenwettelijk ontgrondingenplan, een zandwinningsplan, aan het maken is, met de bedoeling een exclusief winningsrecht in de provincie Gelderland toe te kennen aan één bepaalde Industriezand B.V. Tegen een dergelijk plan bestaat geen beroepsmogelijkheid, terwijl de burgerlijke rechter er niet veel tegen kan doen, en men wordt dus pas bij de weigering van een vergunning met het plan geconfronteerd.

Een toetsing vooraf, direct na de vaststelling van het besluit, hoeft niet te betekenen dat later de administratieve of de gewone rechter niet alsnog een beperkte toetsing aan het geschreven en ongeschreven recht zou kunnen uitvoeren. Natuurlijk zal die rechter zich gereserveerder opstellen naarmate een speciale beroepsmogelijkheid is voorafgegaan. Dat opnieuw over dezelfde zaak moet worden geoordeeld, is iets dat ook nu al voorkomt, niet alleen bij feitelijke handelingen – op dat punt is zojuist een probleem gesignaleerd –, maar ook bij beschikkingen. De Hoge Raad pleegt in zo'n geval, zoals we in het Sint-Oedenrode-arrest hebben kunnen zien, de opvatting van de Afdeling rechtspraak met betrekking tot de administratiefrechtelijke onrechtmatigheid te volgen, maar of er sprake is van civielrechtelijke onrechtmatigheid, is een andere vraag.

Ten aanzien van mijn laatste stelling, die als 'uitsmijter' bedoeld is, volsta ik met een verwijzing naar het Nederlands Juristenblad, waar naar ik meen de argumentatie voldoende is gegeven. Men zou kunnen zeggen dat een verwijzing naar het NJB geen sluitend bewijs oplevert, maar het aardige van de rechtswetenschap is dat je soms helemaal geen sluitend bewijs hoeft te leveren om toch iets aannemelijk te maken. De voorzitter van de VAR is zelf al jaren bezig met pogingen om in annotaties onder arresten van de Hoge Raad het sluitende bewijs te leveren dat de Hoge Raad nu eindelijk rechtstreeks aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur gaat toetsen. Ik vind dat hij in dat bewijs nog steeds niet is geslaagd, ook niet in zijn noot onder het Ontvangersarrest van 1985.

mr. F.A.M. Stroink

Stelling 1:
De vraag of artikel 2, tweede lid onder a Wet Arob geschrapt kan worden, valt uiteen in de volgende deelvragen:
a. Is Arob-beroep gewenst tegen algemeen verbindende voorschriften?
b. Is Arob-beroep gewenst tegen andere besluiten van algemene strekking zoals concrete normen en plannen?
c. Is rechtstreeks Arob-beroep gewenst tegen pseudowetgeving?
De deelvragen *a, b* en *c* behoeven niet per se alle drie tegelijk positief of alle drie tegelijk negatief beoordeeld te worden.

Stelling 2:
Bij de beantwoording van de vraag of Arob-beroep mogelijk dient te zijn tegen algemeen verbindende voorschriften, dient geen onderscheid gemaakt te worden tussen algemeen verbindende voorschriften afkomstig van vertegenwoordigende organen en algemeen verbindende voorschriften afkomstig van bestuursorganen.
Evenmin dient onderscheid gemaakt te worden tussen algemeen verbindende voorschriften die een complete normstelling bevatten en algemeen verbindende voorschriften die nadere normstelling in de vorm van administratieve beschikkingen behoeven.

Stelling 3:
Het openstellen van Arob-beroep tegen algemeen verbindende voorschriften leidt niet tot een rationelere bevoegdheidsafbakening tussen gewone rechter en Arob-rechter dan thans het geval is. Het leidt wel tot een aantal juridisch-technische problemen die het stelsel van rechtsbescherming sterk compliceren.

Stelling 4:
De gewone rechter kan evenveel rechtsbescherming bieden inzake algemeen verbindende voorschriften als de Arob-rechter.

1. Inleiding

In deze inleiding beperk ik mij tot een onderzoek naar de wenselijkheid van een AROB-beroep inzake algemeen verbindende voorschriften (avv). De overige besluiten van algemene strekking (bas) laat ik buiten beschouwing. Het begrip bas is zulk een ruim verzamelbegrip dat alle onder dit begrip vallende rechtsfiguren voor de beantwoording van de vraag of een rechtstreeks beroepsrecht wenselijk is, niet op één lijn gesteld behoeven te worden.

Concrete normen, plannen en pseudowetgeving bijvoorbeeld heb-

ben ieder zo hun eigenaardigheden. Inzake concrete normen en plannen staat overigens al vaak beroep open. De wijze van toetsing van avv heeft een abstracter karakter dan die van plannen en concrete normen, omdat avv betrekking hebben op een reeks van onbepaalde gevallen.

Op het eerste gezicht lijkt invoering van een beroepsrecht inzake avv aantrekkelijk en in de lijn van een voortgaande rechtsbescherming van de burger.[1]

Een heel oud argument tegen de invoering van een rechtstreeks beroepsrecht inzake avv is dat avv afkomstig zijn van vertegenwoordigende organen. Dit argument is niet sterk. Tengevolge van vele delegatiebepalingen worden avv veelal tot stand gebracht door bestuursorganen. Overigens dienen avv afkomstig van vertegenwoordigende organen ook de toets der rechtmatigheidstoetsing te kunnen doorstaan.

Wanneer men uitgaat van een materiële omschrijving van het begrip bestuur, zoals Donner dat doet in het *Algemeen Deel*[2], nl. doelverwezenlijking en taakvervulling, dan zijn vele avv, afkomstig van bestuursorganen inhoudelijk als bestuur te kwalificeren.

Een ander punt is dat het vaak een kwestie van wetstechniek is of normstelling in één keer mogelijk is of dat nadere normstelling via administratieve beschikkingen nodig is. Het lijkt willekeurig de mogelijkheid van een beroepsrecht af te laten hangen van de uitkomst van een wetstechnische oplossing.[3]

Alvorens echter op grond van het soort bovengenoemde argumenten definitief te pleiten voor invoering van een AROB-beroepsrecht inzake avv, is het zinvol eerst een tweetal zaken aan een nader onderzoek te onderwerpen. In de eerste plaats dient doordacht te worden wat de mogelijke juridisch-technische gevolgen zijn van de invoering van een dergelijk beroepsrecht. Wordt het administratieve rechtsbeschermingssysteem dan niet zo ingewikkeld dat de eventuele voordelen van een beroepsrecht inzake avv geneutraliseerd worden?

In de tweede plaats moet gekeken worden naar wat de gewone, met name de burgerlijke, rechter kan bieden op dit punt. Als de conclusie is dat de burgerlijke rechter reeds een bevredigende rechtsbescherming kan bieden, waarom dan nog de invoering van een Arob-beroepsrecht?

2. Juridisch-technische complicaties

Welke juridisch-technische vragen rijzen bij de invoering van een beroepsrecht inzake avv?

Een prealabele vraag is welke rechter daarmee belast dient te worden. In de literatuur wordt zonder nadere explicitering de Arob-rechter genoemd. Wellicht is dit te verklaren uit het feit dat voorstellen

voor de invoering van een beroepsrecht inzake avv van beoefenaren van het staats- en bestuursrecht afkomstig zijn. Dit automatisme is echter niet vanzelfsprekend. Avv bestaan immers niet alleen uit administratiefrecht[4], maar ook uit strafrecht, constitutioneel recht en burgerlijk recht.

Bovendien is de toetsing van beschikkingen voorzover het om strijd met het ongeschreven recht gaat van andere aard dan toetsing van avv. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn toegesneden op het concrete geval; beginselen van behoorlijke wetgeving, voorzover vatbaar voor toetsing, op een reeks van gevallen (abstracte toetsing).[5]

Het is dus niet vol te houden dat de Arob-rechter het meest in aanmerking komt om te oordelen over een rechtstreeks beroep inzake avv noch dat deze toetsing het meest aansluit bij de huidige activiteiten van deze rechter.

Een principieel punt is wat de gevolgen zijn van de invoering van een beroepsmogelijkheid inzake avv voor de bevoegdheid van andere rechters en ook voor de Arob-rechter zelf indien later tegen een uitvoeringsbeschikking beroep wordt ingesteld.

Iedere Nederlandse rechter acht het tot zijn 'natuurlijke' bevoegdheid te behoren om in een hem voorliggend geschil een lager avv aan een hoger avv te toetsen. De enige uitzondering is het toetsingsverbod van de formele wet aan de Grondwet. Betekent een wettelijk toegekend beroepsrecht inzake avv bij de Arob-rechter dat andere rechters niet meer over deze bevoegdheid beschikken? Moet een parallel worden getrokken met de beschikking die de gewone rechter niet als onrechtmatig kan beoordelen indien er een met voldoende waarborgen omklede administratieve rechtsgang bestaat, zelfs indien er geen beroep is ingesteld tegen de beschikking?[6]

Het lijkt mij hoogst ongewenst indien de gewone rechter niet meer over deze essentiële bevoegdheid zou beschikken. Dit geldt wel heel sterk in de situatie dat de beroepstermijn ongebruikt is verstreken. Dit zal waarschijnlijk vaker voorkomen dan bij beschikkingen het geval is, gelet op het abstracte karakter van het avv. Velen zullen niet alert genoeg zijn tijdig beroep in te stellen, omdat zij zich (nog) niet rechtstreeks in hun belangen getroffen voelen door het avv.

Een tussenoplossing zou kunnen zijn dat de gewone rechter bevoegd blijft indien geen beroep is ingesteld bij de Arob-rechter, maar niet indien deze rechter op een ingesteld beroep uitspraak heeft gedaan. Het zou in het laatste geval curieus zijn indien de gewone rechter de Arob-rechter zou kunnen overrulen.

Het maakt het rechtsbeschermingssysteem echter wel erg ingewikkeld indien de gewone rechter de ene keer wel en de andere keer niet bevoegd is in een hem voorliggend geval een avv aan een hoger avv (en rechtsbeginselen) te toetsen.

Een ander probleem is de positie van reeds geslagen beschikkingen op grond van het avv dat vernietigd wordt. Dit probleem speelt niet indien het avv pas in werking treedt indien de beroepsmogelijkheid is verstreken of op het beroep is beschikt.[7] Het lijkt mij echter voor de verschillende wetgevers onacceptabel indien door het instellen van beroep de inwerkingtreding van het avv met pakweg twee jaar wordt uitgesteld.[8]

Uiteraard kan de problematiek van de reeds genomen beschikkingen beperkt worden door het beroepsrecht aan een termijn te binden.[9] Het is echter reëel een wat langere termijn te nemen dan bij beschikkingen (in de regel 30 dagen of een maand). Men kan denken aan twee maanden. Door het abstracte karakter van het avv kost het meer tijd een beroepschrift op te stellen. Bovendien heeft een burger meer tijd nodig om zich bijvoorbeeld te realiseren dat hij later wel eens last zou kunnen krijgen van een uitvoeringsbeschikking.

Bij administratiefrechtelijke vernietiging ligt vernietiging ex tunc voor de hand. Het lijkt echter niet erg acceptabel indien reeds geslagen begunstigende beschikkingen van rechtswege vervallen. Onderscheid maken tussen begunstigende beschikkingen die niet van rechtswege vervallen en belastende beschikkingen die dat wel doen maakt het systeem erg ingewikkeld, nog afgezien van het feit dat vele beschikkingen zowel een belastend als een begunstigend element bevatten. Dit geldt ook voor het bieden van een mogelijkheid om na de vernietiging van een avv de op basis daarvan genomen belastende beschikkingen opnieuw te kunnen aanvechten.

Indien de beroepstermijn ongebruikt verstrijkt is er geen probleem. Er zullen nog nauwelijks beschikkingen geslagen zijn en voorzover dat wel het geval is, is de rechtskracht van het avv onaantastbaar. Men zal er toch van uit moeten gaan dat wanneer de beschikking bij de Arob-rechter aangevochten wordt, ook voor de Arob-rechter het avv dan een gegeven is.

Indien echter beroep wordt ingesteld dat na bijvoorbeeld twee jaar tot vernietiging leidt, doet zich het probleem van de rechtskracht van reeds geslagen beschikkingen in volle omvang voor. Er zullen dan immers in de regel al vele beschikkingen tot stand gekomen zijn.

Indien men zou willen overgaan tot de invoering van een beroepsrecht inzake avv dan lijkt het mij toe dat geen onderscheid gemaakt dient te worden tussen avv afkomstig van vertegenwoordigende organen en avv afkomstig van bestuursorganen.[10] Weliswaar kan van avv, afkomstig van vertegenwoordigende organen meer legitimerende kracht uitgaan en beschikken deze organen vaak over een ruime beleidsvrijheid, dit neemt echter niet weg, zoals al is opgemerkt, dat ook deze avv de toets der rechtmatigheidskritiek moeten kunnen doorstaan.

Men zou zich een onderscheid kunnen voorstellen tussen avv die

een complete normstelling bevatten en avv die nadere normstelling behoeven in de vorm van administratieve beschikkingen. In dat laatste geval kan immers de beschikking worden aangevochten en kan in dat kader het avv aan een hoger avv getoetst worden. Ook hier geldt echter weer dat men het rechtsbeschermingssysteem erg gecompliceerd maakt indien tegen het ene soort avv wel rechtstreeks Arob-beroep openstaat en tegen het andere soort niet. Bovendien is het in bepaalde gevallen mogelijk dat schade geleden wordt voordat de beschikking genomen wordt.[11]

3. De burgerlijke rechter

In dit onderdeel beperk ik mij tot de burgerlijke rechter. Ook de strafrechter biedt rechtsbescherming door lagere avv aan hogere te toetsen, maar men moet wel eerst een strafbaar feit hebben begaan. Dit maakt de rechtsbescherming die de strafrechter kan bieden per definitie van mindere waarde dan de rechtsbescherming die ontstaat door het openstellen van een beroepsmogelijkheid inzake avv bij de administratieve rechter. Men kan moeilijk van een burger verwachten dat hij eerst een strafbaar feit pleegt alvoren hij zijn (eventuele) recht kan halen.

Het is echter wel reëel de jurisprudentie van de burgerlijke rechter te analyseren en een vergelijking te trekken tussen de rechtsbescherming die de burgerlijke rechter biedt en die de Arob-rechter bij een rechtstreekse beroepsmogelijkheid zou kunnen bieden.

Standaardarrest is Pocketbooks II.[12] De HR overwoog:
'dat de Staat onrechtmatig handelt indien een Staatssecretaris, orgaan van de Staat, door een beschikking (lees: regeling, *S*) als de onderhavige een verbod stelt op en daardoor sancties bedreigt tegen een handeling die ingevolge een bepaling van de Grondwet niet mag worden verboden;
dat geen rechtsregel de toepasselijkheid van artikel 1401 BW op de uitvaardiging van een dergelijke beschikking uitsluit, beperkt of aan nadere vereisten onderwerpt en ook de aard van de wetgevende functie van de overheid niet meebrengt dat artikel 1401 BW bij onrechtmatig gebruik daarvan niet of slechts beperkt van toepassing zou kunnen zijn.'

In casu werd strijd aanwezig geacht met (het huidige) artikel 7, lid 1 Grw.

Zeer onlangs heeft de HR uitgemaakt dat, indien een overheidsorgaan onrechtmatig handelt door een onverbindend voorschrift uit te vaardigen en op grond van dat voorschrift te handelen, in beginsel de schuld van het betrokken overheidslichaam aan dat onrechtmatig handelen is gegeven.[13]

In de jurisprudentie van de burgerlijke rechter is een duidelijke

ontwikkeling te bespeuren, die overigens nog bepaald niet uitgekristalliseerd is.

De burgerlijke rechter is nu bereid tot toetsing aan ongeschreven rechtsbeginselen (algemene beginselen van behoorlijke wetgeving).[14] In 1967 sprak de HR (de strafkamer) nog uit:
'dat voorts het in de middelen gedane beroep op algemene beginselen van behoorlijk bestuur reeds daarom faalt, omdat zodanige beginselen het bestuur raken en als zodanig geen maatstaven inhouden voor de rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften.'[15]

Nu is het inderdaad zo – hierboven is daar al op gewezen – dat een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur is toegespitst op de toetsing van (met name) beschikkingen, maar men had het middel ook kunnen lezen als strijd met een algemeen rechtsbeginsel of beginsel van behoorlijke wetgeving. Kennelijk wilde de HR daar in 1967 nog niet aan.

De Haan schrijft dat de HR de toetsing van avv aan algemene rechtsbeginselen uitdrukkelijk beperkt tot het verbod van evidente willekeur.[16] Hij merkt dit op naar aanleiding van HR 16 mei 1986, *RvdW* 1986, 110, betrekking hebbend op een verbod van toepassing van bestrijdingsmiddelen met behulp van een luchtvaartuig. Het bijvoegelijke naamwoord evident ben ik in het arrest niet tegengekomen.

Het verbod van willekeur impliceert overigens bepaald niet een mogelijkheid tot uitsluitend uiterst marginale toetsing. Zoals bekend pleegt de HR (in de gevallen dat hij nog bevoegd is tot toetsing van beschikkingen) binnen het redelijkheidscriterium de algemene beginselen van behoorlijk bestuur mee te wegen. De HR gaat echter bij die toetsing niet in alle gevallen even ver als de Arob-rechter. De vraag is evenwel of dat bij toetsing van avv zo'n groot nadeel is. Toetsing van avv is inzoverre marginaler of abstracter dat de toetsing niet beperkt is tot een concreet geval, maar tot een regeling die in zeer gevarieerde situaties toepassing kan vinden. Met andere woorden, de toetsing van een avv kan per definitie niet zo ver gaan als van een beschikking.

Hoewel dit niet in het arrest te lezen valt, kan ik mij voorstellen dat de rechter in kort geding slechts in duidelijke gevallen onrechtmatige wetgeving aanwezig acht, en dat in de bodemprocedure een verdergaande toetsing mogelijk is.

In het bekende arrest van 1 juli 1983, *NJ* 1984, 360, eveneens in kort geding, komt de term onmiskenbaar onverbindend voor. Deze term wordt gerelateerd aan het gevraagde dictum: buiten werking stellen. Dit buiten werking stellen komt neer op een in algemene termen vervat verbod. Een zodanige voorziening kan slechts in aanmerking komen bij onmiskenbare onverbindendheid. De burgerlijke rechter in kort geding behoeft zich dus niet altijd te beperken in zijn toetsing tot onmiskenbare strijd met hogere avv of rechtsbeginselen.

In toetsing aan ongeschreven rechtsbeginselen heeft de burgerlijke rechter een voorsprong op de Arob-rechter. Mij zijn geen gevallen

bekend waarin de Arob-rechter in een hem voorliggend geschil avv toetst aan ongeschreven rechtsbeginselen.[17] Indien de wet de Arob-rechter de bevoegdheid toekent rechtstreeks te oordelen over avv en daarbij als toetsingsgrond strijd met ongeschreven rechtsbeginselen (en/of algemene beginselen van behoorlijke wetgeving) openstelt, moet de Arob-rechter van begin af aan jurisprudentie op dit punt ontwikkelen.

Tot slot van dit onderdeel nog een enkele opmerking over het verschil tussen administratiefrechtelijke vernietiging en onverbindendverklaring. Men zou kunnen tegenwerpen dat de in onderdeel 2 genoemde juridisch-technische complicaties zich ook bij onverbindendverklaring voordoen. Weliswaar heeft onverbindendverklaring formeel slechts betrekking op het concrete geval, maar materieel heeft de rechterlijke uitspraak verdergaande betekenis omdat ook – naar alle waarschijnlijkheid – in toekomstige gevallen onverbindend verklaard zal worden. Dit neemt echter niet weg dat het verschil tussen onverbindend verklaren en administratiefrechtelijke vernietiging principieel is en ook praktische gevolgen heeft.

Administratiefrechtelijke vernietiging is in principe ex tunc. Reeds genomen beschikkingen komen in de lucht te hangen. Aangezien na vernietiging het avv rechtens niet meer bestaat, kunnen ook geen nieuwe beschikkingen meer op basis van dat avv genomen worden. Rechterlijke onverbindendverklaring heeft in principe geen terugwerkende kracht, terwijl voor toekomstige gevallen steeds opnieuw geprocedeerd moet worden.

4. Conclusies

Ook al zijn er deugdelijke argumenten aan te voeren voor het instellen van een beroep tegen avv bij de Arob-rechter, twee overwegingen brengen mij ertoe, althans op dit moment, het invoeren van zo'n beroep af te wijzen.

De voorstanders van een dergelijk beroepsrecht gaan geheel voorbij aan de juridisch-technische complicaties die de invoering van dit recht met zich brengt. Het administratieve rechtsbeschermingssysteem wordt daardoor nog complexer en ondoorzichtiger dan het al is. Bovendien vindt er een principiële aantasting plaats van de bevoegdheid van andere rechters, indien deze avv niet meer onverbindend mogen verklaren.

Bovendien kan de burgerlijke rechter in voldoende mate, zowel wat de intensiteit van de toetsing betreft als de mogelijke dicta (verbod van uitvoering, schadevergoeding, verklaring voor recht) rechtsbescherming bieden. De ontwikkelingen in de civiele rechtspraak zijn zodanig dat ik niet verwacht dat de Arob-rechter zoveel meer zou kunnen bieden.

Noten

1. In zijn artikel 'Bestuur en rechter' in de Dukbundel *Recht op scherp*, Zwolle, 1984, p. 307, bepleit Van der Hoeven het schrappen van het vereiste van 'gericht op enig rechtsgevolg' in art. 2, lid 1, Wet Arob en het schrappen van art. 2, lid 2 onder a Wet Arob (besluiten van algemene strekking).
   Kan heeft in de Van der Hoevenbundel *Non ex regula*, Deventer, 1985, p. 71 gepleit voor het openstellen van een Arob-beroepsmogelijkheid tegen avv.
2. Alphen aan den Rijn, vierde druk, 1974, p. 1.
3. Zie voor deze argumenten Stroink/Steenbeek, *Inleiding in het staats- en administratiefrecht*, tweede druk, 1985, Alphen aan den Rijn, p. 93.
4. Volgens de klassieke, nog door velen aangehangen leer behoort wetgeving in materiële zin helemaal niet tot het administratief-recht.
5. Zie voor die beginselen Van der Vlies, *Het wetsbegrip en beginselen van behoorlijke regelgeving*. Den Haag, 1984.
6. Zie voor jurisprudentie op dit punt noot 3 van Van der Burg bij *AB*, 1986, 429.
7. Dit wordt voorgesteld door De Haan in zijn toelichting bij zijn stelling 2 ten behoeve van het Arob-symposium van 26 september 1986.
8. Ook bij beschikkingen is er in de regel geen automatische schorsende werking bij het instellen van beroep. In bepaalde gevallen is een dergelijke automatische schorsing van beschikkingen minder bezwaarlijk dan van avv, omdat het een concrete situatie betreft. In geval van een avv wordt de overheid volledig lamgelegd terwijl het om dringend noodzakelijke wetgeving kan gaan.
9. De vraag wie een beroepsrecht moeten krijgen, laat ik rusten.
10. Dit onderscheid wordt wel gemaakt door Kortmann in het bijzonder nummer van Bestuurswetenschappen *Wetgevingsleer*, 1980, p. 202.
11. Vgl. noot Scheltema bij *NJ* 1984, 360 (Prijzenbeschikking medische hulp aan particuliere patiënten 1980).
12. HR 24-12-1969, *NJ* 1969, 316 m.n. Drion, *AB* 1969, p. 194 m.n. Stellinga; *AAe* 1969, p. 266 met noten Troostwijk en Van der Grinten.
13. *AB*, 1986, 429 met noot Van der Burg.
14. Zie o.a. president Rb Den Haag, *NJ* 1978, 170 m.n. Scheltema (aanvangssalarissen leraren-academici); HR 16-5-1986, *RvdW* 1986, 110. Zie voor de toetsing aan rechtsbeginselen de conclusie van de A.G. Van Soest bij het Bullenbaaiarrest, *AB* 1984, 101. Kennelijk wordt art. 11 Wet AB – terecht – niet (meer) als een beletsel gezien om tot toetsing aan ongeschreven rechtsbeginselen over te gaan.
15. *NJ* 1967, 442.
16. Toelichting bij stelling I behorend bij het symposium, genoemd in noot 7.
17. CRvB en CBB doen dat wel.

Discussie

mr. P.H. Banda

Mijn 'hobby horse', waar ik ooit als juridisch kleutertje door Van Buuren op ben gezet, is rechtsvergelijking. Vanuit die belangstelling rijst bij mij een zekere verbazing, waarvan ik overigens niet zeker weet of zij een gevolg is van een fixatie mijnerzijds. We spreken vandaag over het onderwerp 'Tien jaar Wet Arob; hoe verder?', waarbij allerlei rechtspolitieke opties aan de orde komen. Toch heb ik weinigen van de discussianten een vergelijking horen maken met wat in het buitenland gebeurt. Wél heeft *Stroink* betoogd dat we in verband met allerlei te verwachten problemen nog maar even moeten afwachten. Naar mijn mening zijn we op het punt van de ontwikkeling van de jurisprudentie en van de administratieve rechtspraak in Nederland al zo'n honderd jaar bezig af te wachten. Misschien wordt het tijd de verdere ontwikkeling van de administratieve rechtspraak in Nederland iets voortvarender ter hand te nemen.

In mijn bijdrage beperk in mij tot het maken van enige opmerkingen over de stellingen die Steenbeek en Van Buuren met betrekking tot de ontvankelijkheid hebben geponeerd. De verduidelijking die *Steenbeek* door middel van zijn eerste stelling en vooral de toelichting daarop heeft geprobeerd aan te brengen, heeft het mij enigszins moeilijk gemaakt. Ik dacht dat ik begreep waar het om ging, maar toen ik de tekst van Steenbeek had gelezen begreep ik dat eigenlijk niet meer zo goed! Steenbeek betoogt dat feitelijke handelingen eigenlijk altijd opgaan in besluiten, althans moeten worden gezien als besluiten tot feitelijk handelen. Nu kan ik mij uit een grijs verleden een arrest van de Hoge Raad herinneren dat over een kuil in een weg ging; als ik mij niet vergis was het het arrest Ferwerderadeel. Bij allerlei feitelijke handelingen van de overheid kan ook sprake zijn van onrechtmatig feitelijk *nalaten*. We hoeven dan nog niet eens per se te maken te hebben met een handeling die burgerrechtelijk onrechtmatig is; het kan ook gaan om een verwaarlozing van de publieke taak. Men kan dan ook niet zeggen dat feitelijk handelen zonder meer opgaat in besluiten tot feite-

lijk handelen. De verheldering van Steenbeek wordt daarmee voor mij alleen maar verwarrender.

De tweede stelling van Steenbeek kan naar mijn smaak alleen maar worden onderschreven, mits – dat volgt uit mijn eerdere opmerking – het woordje 'besluiten' wordt vervangen door 'geschillen die voortvloeien uit rechtsbetrekkingen waarin . . . (etc.)'. Het lijkt mij niet goed de competentie van een rechter op te hangen aan het rechtskarakter van het bestreden handelen. Het zou bijvoorbeeld ook nogal vreemd zijn te trachten de bevoegdheid van de burgerlijke rechter af te grenzen aan de hand van de begrippen 'eenzijdige rechtshandeling', 'meerzijdige rechtshandeling' en eventueel 'onrechtmatige daad' conform artikel 1401 BW. Een poging in die richting zouden we tamelijk mesjokke vinden, maar waarom gaan we dan voor de administratieve rechter wél op die manier te werk?

mr. J.G. Steenbeek

Het spijt mij natuurlijk dat mijn stellingverduideling tot het omgekeerde heeft geleid; dat was niet mijn bedoeling. Dit daargelaten: we kunnen mijns inziens veronderstellen dat de overheid altijd in besluitvorm actie neemt. *Banda* betoogt dat het nalaten van een bepaald handelen niet als een besluit kan worden gezien. Je zou in dit verband natuurlijk naar een besluit toe kunnen werken door het weigeren van een bepaalde handeling tot een besluit om te dopen, maar je bent dan bezig met een procedurele aanpak. Als je eerst het positieve – namelijk het besluit – tot een procesuitgangspunt hebt gemaakt, is de volgende stap, waarbij het weigeren van een besluit daaronder wordt gebracht, niet zo moeilijk meer. Wat het arrest Ferwerderadeel betreft: daarin ging het gewoon om een onrechtmatige daad. Ik heb niet gezegd dat er in de casus Ferwerderadeel sprake zou zijn van een besluit en ik zie daarin dan ook slechts een onrechtmatig nalaten. Een dergelijk nalaten breng ik niet onder het begrip 'besluit' zoals ik dat bedoel. Zolang een onrechtmatige daad niet tot een besluit terug te brengen valt, dient zij niet onder de competentie van de administratieve rechter te vallen.

Banda heeft ervoor gepleit de blik op het buitenland te richten. Ik vind het heel plezierig dat te doen, maar we moeten bij een dergelijke rechtsvergelijking niet vergeten dat de buitenlandse systemen voor zover wij kunnen overzien vaak anders in elkaar zitten dan ons eigen systeem. Wij hebben nu eenmaal onze complexe rechtsbescherming ontwikkeld en we moeten in dat kader proberen verder te komen. Een vergelijking met het buitenland is dan naar mijn gevoel vrij abstract. Ik doe er zelf ook aan mee en ik vind zo'n rechtsvergelijking heel boeiend, maar de onmiddellijke relevantie voor de vraagstelling van vandaag zie ik niet duidelijk.

Naar de mening van Banda zou het rechtskarakter van de bestreden handeling niet het uitgangspunt moeten zijn. Ik heb mij gebaseerd op het standpunt dat dat rechtskarakter nu juist wél het uitgangspunt is. In de Wet Arob is duidelijk een bepaald begrip centraal gesteld, evenals dat in West-Duitsland met de *Verwaltungsakt* is gebeurd. Er wordt met een bepaald formeel begrip gewerkt; mijn pleidooi is erop gericht dat formele begrip open te breken en te verruimen.

mr. J.H. van Kreveld

Ik heb iets met wetgeving te maken en nu heb ik geleerd dat je bij het nadenken over uitbreiding of wijziging van wetten of over nieuwe wetten de 'dereguleringstoetsing' moet toepassen. Dit houdt in dat je ook op de belasting voor de rechterlijke macht let. *De Haan* is met een aantal heel provocerende en dus verfrissende stellingen gekomen. Ik meen echter dat ook de wetenschapper verantwoord zou handelen als hij in zijn voorstellen de dereguleringstoetsing al betrekt en niet alleen maar let op abstracte rechtsstaatsbeginselen.

In de tweede plaats iets over het idee dat beroep tegen besluiten van algemene strekking automatisch opschortende werking zou moeten hebben. Uitvoering van dit idee zou, denk ik, uiterst belemmerend zijn voor wat wij tevens van de overheid verwachten: snel en doeltreffend handelen.

mr P. de Haan

Ik heb er nooit blijk van gegeven geweldig onder de indruk te zijn van wat onder de naam 'deregulering' schuil gaat. Zéker ben ik daarvan niet onder de indruk als het om de rechtsbescherming van de burger gaat. Ik vindt het dereguleringsargument het laatste argument dat men mag aanvoeren tegen reële pleidooien voor versterking en verbreding van de rechtsbescherming van de burger tegenover het instrumentele gebruik van het bestuursrecht door de overheid. Tegenover dat instrumentele gebruik doet het niets ter zake in welke verschijningsvorm de overheid handelt. Of het nu gaat om een beschikking, een overeenkomst, een besluit van algemene strekking of een besluit tot het verrichten van feitelijke handelingen, steeds doet zich het probleem van de rechtsbescherming voor.

Degenen die de deregulering in het verband van deze discussie belangrijk vinden, wijs ik erop dat we hier met een kwestie van taakverdeling tussen verschillende rechters te maken hebben. Als er een grote rechtsbeschermingsbehoefte zou zijn die nu niet wordt vervuld, moet die toch op de een of andere manier òf aan de ene òf aan de

andere rechter worden toegedeeld. Wanneer om dereguleringsredenen niet voor de administratieve rechter mag worden gekozen, zie ik niet waarom men dan van de burgerlijke rechter – die toch ook overbelast is – wèl uitbreiding van zijn activiteiten zou kunnen vergen. De kritiek berust mijns inziens op een verschuiving van problemen.

Wat de schorsende werking ten aanzien van besluiten van algemene strekking betreft: zoals men weet heeft het Kroonberoep tegen een bestemmingsplan schorsende werking, maar is in de gewijzigde Wet op de ruimtelijke ordening gekozen voor een constructie waarbij aan de voorzitter van de Afdeling voor de geschillen van bestuur van de Raad van State om opheffing van de schorsing kan worden gevraagd. Er is nog geen ervaring met deze constructie, maar dit lijkt mij een heel goede manier om de door *Stroink* gevreesde problemen te voorkomen. Stroink vreest dat in veel gevallen op grond van een reeds van kracht geworden besluit rechtshandelingen zullen zijn verricht en dat door het alsnog nietig verklaren dan allerlei verwarring zal ontstaan. Overigens staat de burgerlijke rechter nu voor het zelfde probleem, zo dikwijls als hij te maken heeft met – iets dat we toch allen serieus nemen – de toetsing van lagere aan hogere regelingen. Bij geconstateerde strijdigheid moet de burgerlijke rechter overgaan tot algehele onverbindendverklaring c.q. partiële onverbindendverklaring, of moet hij volstaan met 'buiten-toepassingverklaring', een noodgreep die de Hoge Raad heeft uitgevonden om in concrete gevallen toch iets te kunnen doen. Bij iedere toetsing doen zich de door Stroink gesignaleerde problemen voor en het is dan alleen maar goed als de toetsing zo veel mogelijk aan het begin plaatsvindt, direct na de vaststelling, als nog geen ongelukken zijn gebeurd.

mr. E.M. Gerdes

Niet voor niets heeft de Minister van Justitie in zijn herdenkingsrede ter gelegenheid van het tienjarig bestaan van de Wet Arob nog eens kort het licht geworpen op de omvangrijke ontstaansgeschiedenis van onze administratieve rechtspleging. Je zou kunnen zeggen dat een heel belangrijk gedeelte van ons administratief recht wordt uitgemaakt door het vinden van rechtsingang. Ik ben er heilig van overtuigd dat we er nog steeds niet uit zijn.

In de huidige periode – een periode die al geruime tijd aan de gang is en die sinds 1976 een 100% versterking heeft gekregen – zoeken we het vooral in de besluiten. Dit roept meteen in de herinnering dat we sedert de jaren '20, '30 als het ware het avontuur van de beschikking beleven. We hebben heel veel over het begrip 'beschikking' nagedacht, we hebben er allerlei definities voor gevonden en uiteindelijk zijn we dan toch op een bepaald punt aangeland. Nu de aandacht

vooral op het begrip 'besluit' wordt gericht – waarbij dan in sommige wetten als een al dan niet dankbaar geaccepteerd aanhangsel ook het begrip 'feitelijke handeling' aanwezig is –, zijn we naar mijn mening ten aanzien van het zoeklicht op de overheid in een zekere verstarring terecht gekomen.

Het komt verschrikkelijk vaak voor dat je een justitiable tegenkomt die in een bepaald complex van feiten en handelingen tegenover een overheidsorgaan staat. De overheid is dan tot dat complex van feiten en handelingen gekomen omdat zij een publiekrechtelijke taak heeft. De administratieve rechter kan vaststellen dat dat zo is. Ik zou er in dit verband voor willen pleiten dat het zoeken naar rechtsingang – ik herhaal dat we er echt nog niet uit zijn – meer wordt bepaald door het feit dat de overheid in een bepaald geval doende is ten aanzien van één of meer justitiabelen die daarbij het meest direct in hun belang getroffen zijn. Het criterium 'direct in zijn belang getroffen', dat we uit de Wet Arob al kennen, kan wat bij betreft nog wat sterker naar voren komen. We maken heel vaak mee dat je je uiteindelijk moet beperken, omdat je moet zoeken naar een besluit dat er misschien helemaal niet is. Dat heeft als complement dat de rechter zich soms tot het vernietigen van een besluit moet beperken, terwijl er eigenlijk iets heel anders zou moeten gebeuren. Een administratieve rechter moet nooit bestuur gaan bedrijven, maar hij moet, wanneer een betrokkene in een bepaalde situatie verkeert, wél richting kunnen geven. Dat dit zo is, valt te bewijzen met het instituut van de voorlopige voorziening, waarvan gelukkig een enkele keer een heel dankbaar en effectvol gebruik kan worden gemaakt. Dat moet de administratieve rechter als geheel kunnen doen.

mr. A.Q.C. Tak

Ik heb de stellingen met veel genoegen gelezen, zij het dat we naar mijn mening op de verkeerde manier bezig zijn als we de rechtsbescherming verbreden door de besluiten open te breken. Het lijkt mij beter dat we, zoals ik van enkelen heb beluisterd, de blik richten op de *gevolgen* die door bepaalde besluiten en handelingen teweeg worden gebracht, ons daarbij afvragend welk belang van burgers door die gevolgen wordt getroffen. *Steenbeek* en *Van Buuren* willen beiden het begrip 'besluit' verruimen, maar zij gaan daarbij in hun stellingen niet in op het element 'schriftelijk', dat op het ogenblik in artikel 2 van de Wet Arob is verwoord. Uit hun toelichting heb ik weliswaar kunnen afleiden dat deze beide inleiders van het element 'schriftelijk' enige afstand nemen, maar ik zou dat graag wat nader uitgewerkt zien.

mr. P.J.J. van Buuren

Het element 'schriftelijk' is in mijn visie van secundair belang. Ik acht het een kwestie van uitwerking of je de eis van schriftelijkheid erin houdt of eruit werkt. Niet te ontkennen valt overigens dat dit element ook van enig praktisch belang is. Zonder een schriftelijk besluit is het zelfs bij feitelijke handelingen moeilijk het eens te worden over de vraag, waarover het geschil precies gaat. Je kunt echter altijd op een systeem overschakelen waarbij je achteraf vraagt een besluit dat kennelijk is genomen alsnog op schrift te stellen: als dat niet gebeurt heb je te maken met een weigering om een schriftelijk besluit te geven. Ik vind het element 'schriftelijk' al met al een secundair punt.

mr. Th.G. Drupsteen

Volgens *Steenbeek* moeten we toch veronderstellen dat aan feitelijke handelingen een besluit ten grondslag ligt. Ik denk dat we dat inderdaad moeten veronderstellen, maar ik zit met het praktische probleem, hoe ik zo'n besluit moet opsporen. Laten we bijvoorbeeld aan de reconstructie van een straat denken: wat is precies het onderliggende besluit, op welk moment wordt dat genomen en op welk moment gaat de beroepstermijn in?

Steenbeek heeft geprobeerd een zekere afgrenzing tussen de publiekrechtelijke rechtshandelingen en de privaatrechtelijke rechtshandelingen aan te brengen. In dat verband spreekt hij over de specifieke verantwoordelijkheid van de overheid, waarmee hij in iets andere bewoordingen een criterium als 'de overheid als zodanig' hanteert. *Van Buuren* is het door Steenbeek gemaakte onderscheid niet scherp genoeg. Ik ben dat met hem eens en ook ik zou wel een paar voorbeelden kunnen bedenken waaruit blijkt dat dit onderscheid niet erg scherp is, maar zou Van Buuren nu een ander criterium kunnen aanreiken dat wél houvast biedt?

mr. J.G. Steenbeek

Nu de bespreking van het blok „ontvankelijkheid" zijn einde nadert, zal ik graag op nog enkele van de hier gestelde vragen ingaan.

Drupsteen heeft zich afgevraagd, hoe – als we eenmaal van een besluit uitgaan – dat besluit moet worden opgespoord. We hebben hier in ieder geval al te maken met een bewijsprobleem. Als je de eis van schriftelijkheid stelt, heb je in ieder geval iets concreets. Mèt Van Buuren meen ik dat de schriftelijkheidseis meer een uitwerkingsdetail dan een principe is. Ik heb als principe genomen dat het uitgangspunt bij

besluiten ligt. Voor de opsporing van besluiten moet misschien een speciale voorzitter of een speciale handelwijze worden gecreëerd. Is eenmaal uitgemaakt dat ook andere besluiten dan beschikkingen 'arobabel' zouden moeten worden, dan zal wellicht iets dergelijks moeten gebeuren. In ieder geval ligt hier een probleem.

Evenals *Gerdes* moet ik tot de conclusie komen dat ik er ten aanzien van allerlei punten nog niet uit ben. Zo blijf ik ondanks alle hier gemaakte opmerkingen over overheidshandelen voortdurend met de vraag zitten, wat in dit verband nu eigenlijk de overheid is en waarin zij zich manifesteert. *De Haan* noemde in dit verband naar ik meen privaatrechtelijke beleidsovereenkomsten en sprak daarnaast niet over andere overeenkomsten.

Centraal bij dit alles staat de vraag, waaraan we de overheid moeten herkennen. Hebben we te maken met de overheid als de raad van een gemeente, in vergadering bijeen, een besluit neemt? Moeten we bij het begrip 'gemeentelijke overheid' denken aan de organisatie die in de gemeentewet wordt bedoeld, of moeten we de overheid herkennen aan de hand van – ik gebruik nu even de terminologie van De Haan – het hanteren van bepaalde instrumenten? Ik heb getracht aansluiting te vinden bij het beeld van een overheid die over ons gesteld is. Dit klinkt klassiek: ik bedoel ermee dat er iets publiekrechtelijks aan de hand moet zijn, dat de overheid de baas over ons is en dat zij ons iets uit een publiekrechtelijke situatie kan aandoen. Ik meen dat De Haan met de door hem genoemde privaatrechtelijke beleidsovereenkomsten op een soortgelijk spoor zit. Het geven van een definitie blijft moeilijk. Ik heb erop gewezen dat in de Wet Arob het begrip 'administratief orgaan' is gedefinieerd. We komen daar een heel eind mee en misschien moeten we die definitie nog verder bekijken.

Stroink heeft erop gewezen dat aan het nemen van monsters en het houden van inspecties wettelijke gedoogplichten verbonden zijn. Voor mij is het de vraag – we bevinden ons dan in een grensgebied – of we hier kunnen spreken van een beschikking in de zin van een op rechtsgevolg gericht besluit. Het genomen besluit is niet gericht op het rechtsgevolg dat wordt gedoogd, maar op het *gevolg* dat iets wordt bekeken. Hier liggen typische grensproblemen, die ook ik als moeilijk ervaar.

Van Buuren heeft allerlei standbeelden ten tonele gevoerd en heeft over het kappen van bomen gesproken; het door mij gebruikte begrip 'specifieke overheidsverantwoordelijkheid' acht hij niet duidelijk. Ik herhaal dat ik hier probeer aan te sluiten bij een nader te definiëren – ook ik kan niet direct een definitie geven – begrip op het gebied van het hanteren van publiekrechtelijke bevoegdheden. Publiekrechtelijke bevoegdheden kunnen wat mij betreft alleen worden gehanteerd door de overheid als zodanig.

mr. P.J.J. van Buuren

De vraag die *Drupsteen* mij heeft gesteld is heel moeilijk. Gehoord de opmerkingen van Steenbeek en Drupsteen meen ik overigens dat de standpunten elkaar niet zo veel ontlopen. Mij gaat het evenals Steenbeek uiteindelijk om de vraag, of een publiekrechtelijke titel, een publiekrechtelijke bevoegdheid, voorhanden is, maar in dat verband moet natuurlijk worden uitgemaakt wanneer een bevoegdheid publiekrechtelijk is en wanneer niet. Voor mijzelf heb ik daarvoor een richtlijn in de jurisprudentie aangetroffen die ik, gezien haar simpelheid, nog nooit heb durven opschrijven, maar waarover ik dan toch hier een proefballonnetje wil oplaten. Ik geloof dat de situatie in wezen heel simpel is: privaatrechtelijk zijn die besluiten of handelingen die niet uitsluitend van de overheid kunnen uitgaan, maar die ook burgers kunnen nemen c.q. verrichten. Als het gaat om een rechtshandeling die een burger evengoed kan verrichten als de overheid, moet worden geconcludeerd dat die rechtshandeling niet publiekrechtelijk, maar privaatrechtelijk is. Publiekrechtelijk is dan al hetgeen typisch alleen de overheid kan en mag doen. Ik meen dat men hiermee – afgezien van subsidiëring, een figuur die problemen oplevert – als men de jurisprudentie wil begrijpen een heel eind komt en ik zou dan ook voorlopig min of meer aan deze benadering willen vasthouden.

De Haan heeft fundamenteel gepleit voor het openbreken van het systeem; hij wil ook rechtshandelingen naar privaatrecht naar de competentie van de administratieve rechter overbrengen, waarbij hij met het begrip 'privaatrechtelijke beleidsovereenkomst' schermt. Natuurlijk ken ik dit begrip, maar ook hier hebben we te maken met een begrip dat, hoewel het waarde heeft, niet scherp kan worden afgegrensd. Het is niet precies duidelijk waar de grens ligt met privaatrechtelijke overeenkomsten die *geen* beleidsovereenkomsten zijn. Je kunt voor een dusdanige vertaling en wijze van brengen kiezen, dat in feite elke overeenkomst die een administratief orgaan sluit een beleidsaspect heeft. Ik heb moeite met een dergelijke wijze van zien en ik ben ook helemaal niet onder de indruk van De Haans stelling dat de burgerlijke rechter zo veel minder rechtsbescherming zou kunnen bieden dan de Arob-rechter. De Haan heeft wel een beetje gelijk, in die zin dat zijn bewering op praktische gronden waar kan zijn. Procederen voor de burgerlijke rechter is veel duurder, mede omdat het moeilijker is en omdat men vast zit aan allerlei procedurele regelingen die ingewikkelder zijn dan we in de administratieve rechtspraak gewend zijn. Heel principiële verschillen zie ik echter niet. Nu er toch al over rechtsvergelijking is gesproken: in Angelsaksische landen maakt men niet zo'n strak onderscheid tussen administratieve en burgerlijke rechtspraak, een systeem dat ik mij goed kan voorstellen. Ik zou best willen nadenken over een systeem waarbij je nog maar één rechter

hebt, waar alle geschillen uiteindelijk naartoe gaan. Misschien bestaat zo'n rechterlijk college dan nog wel uit kamers, maar dat is een ander probleem.

mr. P. de Haan

Naar aanleiding van opmerkingen van *Van Buuren* en *Steenbeek* wil ik ingaan op het afbakeningsprobleem ten opzichte van overeenkomsten die niet zo zeer als beleidsinstrument worden gebruikt. Een dergelijk afbakeningsprobleem doet zich op vele punten voor. Ten aanzien van besluiten tot het verrichten van feitelijke handelingen en de feitelijke handelingen zelf geldt dat in de gedachtengang van Steenbeek in het ene geval de administratieve en in het andere geval de burgerlijke rechter bevoegd moet zijn. Wat de beschikking betreft: over de rechtmatigheid van de beschikking oordeelt de Arob-rechter, maar het schadevergoedingsaspect, het civiele onrechtmatigheidsaspect, komt toch weer bij de burgerlijke rechter aan de orde. Het minst doen zich naar ik meen afbakeningsproblemen gevoelen bij de categorie van de besluiten van algemene strekking, die mij voor dit symposium is toegewezen. Besluiten van algemene strekking – algemeen verbindende voorschriften, concrete normen, beleidsregels, plannen en gebiedsaanwijzingen – zullen namelijk door iedereen in de meeste gevallen als specifieke overheidshandelingen worden erkend. Zoiets geldt natuurlijk niet als het gaat om overeenkomsten. Ik heb dan ook met opzet het begrip 'privaatrechtelijke beleidsovereenkomst' gebruikt.

Daaraan voeg ik nu het volgende toe. Het zou mijns inziens niet goed zijn zonder meer alle overeenkomsten voor zover door de overheid gesloten voor wat het overheidsgedeelte betreft aan de rechtsmacht van de administratieve rechter op te dragen. Ik stel ook niet voor dat te doen. We hebben hier te maken met het probleem waarmee indertijd ook het Ministerie van Landbouw, optredend voor de Stichting Beheer Landbouwgronden, werd geconfronteerd. Het ging toen om de toepassing van het Kaderbesluit Grondbank bij de gronduitgifte voor de financiering van Landbouwbedrijven, een pure beleidskwestie. Van de zijde van het ministerie zelf werd er bij de Afdeling rechtspraak op aangedrongen het genomen besluit aan te merken als een beschikking: dit werd met het oog op de rechtsbescherming van de burgers met wie de Grondbank te maken heeft nodig geacht. Tegen deze achtergrond vraag ik mij af waarom nu niet in de Wet agrarisch grondverkeer, die de basis voor de Grondbank vormt, zou kunnen worden bepaald dat beslissingen die het Bureau Beheer Landbouwgronden – nu ook een publiekrechtelijk orgaan – als Grondbank ter zake van de gronduitgifte neemt, worden aangemerkt als besluiten

die, voor mijn part onder de aanduiding 'beschikkingen', vatbaar zijn voor Arob-beroep. Hetzelfde zou men kunnen doen in de Wet beheer landbouwgronden: alle besluiten die het Bureau Beheer Landbouwgronden ter zake van het sluiten van en de uitvoering van beheersovereenkomsten neemt, zouden kunnen worden aangemerkt als vatbaar voor Arob-beroep, al dan niet onder de aanduiding 'beschikking', maar dat is maar een woord. Hetzelfde zou kunnen gelden voor de gronduitgifte. In de Wet op de ruimtelijke ordening zou aan het hoofdstuk dat nu 'Exploitatieverordening' heet de Gronduitgifteverordening kunnen worden toegevoegd. In de wet zou dan kunnen komen te staan dat beslissingen van de gemeente ter zake van de gronduitgifte worden aangemerkt als vatbaar voor Arob-beroep. Dergelijke beslissingen zijn puur een kwestie van beleid: de gronduitgifte behoort politiek gezien tot het allerzwaarste en het diepst ingrijpende beleid dat de gemeente voert.

Daar gaat het mij om. Het begrip 'privaatrechtelijke beleidsovereenkomsten' moet niet in het vage blijven, maar per wet moet worden bepaald dat op de daarin genoemde besluiten een volledig Arob-beroep van toepassing is.

Toetsingscriteria

A. In hoeverre is beleidstoetsing door de Afdeling rechtspraak wenselijk?

mr. A. Mulder

1. Beleid nader beschouwd

De vraag luidt, terecht, niet: is beleidstoetsing wenselijk? Dat zou geen zinvolle vraag (meer) kunnen zijn, na de principiële discussies over de ontwerpen van de Wet Arbo en de Wet BAB. Nadat die wetten waren ingevoerd bleef slechts de vraag open: hoever dient de rechter te gaan bij het toetsen van beleid.

Vóórdat wij ons daarover uitspreken dienen wij eerst vast te stellen wat wij onder 'beleid' verstaan. Het gaat hierbij om een van de meest vage begrippen in ons rechtsstelsel. De vaagheid dekt daarbij zelfs niet een zekere mate van eenduidigheid. Voor ons doel kunnen we ermee volstaan twee betekenissen van beleid nader te beschouwen. Vooreerst 'beleid' in de betekenis van een 'min of meer consistent geheel van overheidsactiviteiten[1]. Voorts 'beleid' in de zin, die het krijgt in de samenhang van beleidsvrijheid: de mogelijkheid (voor het bestuur) tot keuze uit gedragsalternatieven, gegeven een aantal (uit de wet of de algemene rechtsbeginselen voortvloeiende) beperkingen.[2]

2. Een min of meer consistent geheel van overheidsactiviteiten

Administratieve wetten, te zamen met de uit kracht daarvan gegeven algemeen verbindende voorschriften en verordeningen van openbare lichamen strekkende tot regeling van de huishouding van het hun toevertrouwde gebied of tot uitvoering van de wetten, belasten bestuursorganen met het nemen van beschikkingen ter verwezenlijking van het met de wet of de verordening beoogde doel. Men zou mogen verwachten dat de consistentie van de te nemen beschikkingen uit de wet en de daarop stoelende algemeen verbindende voorschriften voortvloeit.

De belastingwetgeving is een voorbeeld van wetgeving waarbij het streven erop gericht is aan deze verwachting te voldoen. Zelfs bij de uitvoering van deze wetgeving bleek het evenwel nodig om bij de han-

tering van begrippen, die op verschillende wijze konden worden uitgelegd, 'beleidsaanwijzingen' te geven. Niet alleen de rechtsgelijkheid bleek in het geding te zijn, maar ook de tijd deed zijn invloed gelden. Deze heelt niet alleen alle wonden, hij werkt, bij de wetstoepassing ook 'destabiliserend'[3]. Welke kosten als 'aftrekbaar' mogen worden beschouwd, is een vraag die na verloop van tijd een nieuwe betekenis krijgt. Naast de algemeen verbindende voorschriften hebben de ministeriële 'resoluties' zich bij de uitvoering van de belastingwetten doen gelden[4].

Wat bij de belastingwetgeving uitzondering is, is bij vele administratieve wetten regel. Het bij wet gegeven 'programma' heeft niet zelden een hoog abstractieniveau. Het 'beleid' om dat programma inhoud te geven zal men moeten zoeken in de ter uitvoering vastgestelde voorschriften. Doch ook deze bevinden zich niet zelden op een abstractieniveau. Dan zijn 'beleidsregels'[5] onmisbaar om het bestaan van 'een geheel' aannemelijk te maken. We weten verder dat de overheid activiteiten van particulieren of van op privaatrechtelijke leest geschoeide organisaties met publieke taken beïnvloedt door subsidiestelsels, waarvoor vaak geen andere wettelijke grondslag dan een begrotingspost valt aan te wijzen. Alles moet dan in beleidsregels worden geopenbaard: zowel 'het programma' als het 'beleid'.
De Nederlandse rechter en derhalve ook de Afdeling, is gehouden de inhoud van wetten in formele zin te eerbiedigen. Toetsing van wetten aan de Grondwet is hem niet toegestaan. Wel dient hij te beoordelen of wettelijke voorschriften geen toepassing behoren te vinden, omdat deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties (artikel 94 Gw.).

De rechter dient andere dan bij wet in formele zin gegeven algemeen verbindende voorschriften wel te toetsen. Hij toetst deze – behalve aan verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties – aan de wet (Grondwet) en algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Bij de laatstbedoelde toetsing is evenwel *terughoudendheid* geboden[6].

De administratieve rechter zal degene die bij hem beroep instelt tegen een 'besluit van algemene strekking' niet-ontvankelijk moeten verklaren. Zo luidt de wet en zo moet zij volgens de Ministers van Binnenlandse Zaken en van Justitie blijven luiden[7]. Wij zullen hierop niet nader ingaan, omdat het onderwerp op een ander moment tijdens het symposium aan de orde is. Wij volstaan met de vaststelling dat de Afd. niet geroepen is tot toetsing van beleid, voorzover daarvan blijkt in besluiten van algemene strekking. De Afdeling toetst wel het beleid dat in 'beleidsregels' is vervat. Zij beschouwt deze niet als besluiten van algemene strekking. Het beroep kan evenwel niet tegen de beleidsregel als zodanig zijn gericht. Deze is niet meer dan een beleidsvoornemen en heeft (nog) geen rechtsgevolg.

Had, voor de belanghebbende, het voornemen gevolg dan voert de Afdeling tweeërlei toetsing uit. Vooreerst onderzoekt zij of de beleidsregel 'op zich zelf niet onredelijk' is dan wel 'niet onaanvaardbaar'[8]. De woordkeuze wijst er op, dat de Afd. reeds lang de terughoudendheid in acht neemt, die de HR in zijn arrest van 16 mei 1986 (noot 6) nadrukkelijk aan de (presidenten van) rechtbanken en aan de gerechtshoven voorhield. Die terughoudendheid is ook n.m.m. geboden. De rechter is bij machte beleid te toetsen, hij is niet in staat het te maken. Heeft de Afdeling bevonden dat de beleidsregel 'op zich zelf niet onredelijk is', dan toetst zij of het aangevallen besluit bij het 'consistente geheel' past. De Afdeling heeft daarbij bij herhaling uitgesproken, dat een geheel niet consistent is, indien daaraan een hardheidsclausule zou ontbreken. Zij pleegt deze zelfs te impliceren[9]. In het algemeen echter dient de beleidsregel te worden beschouwd 'als een vaste regel waarvan niet behoort te worden afgeweken tenzij bijzondere omstandigheden daartoe aanleiding geven'[10].

Conclusie. De Afd. is, ingevolge artikel 2, lid 2, sub *a*, Wet Arob, gehouden af te zien van de toetsing van beleid, vervat in besluiten van algemene strekking. De vraag of de wet gewijzigd dient te worden is in dit deel van het symposium niet aan de orde.

Beleid vervat in bekend gemaakte 'beleidsvoornemens' – beleidsregels – toetst de Afd. als volgt:

a. zij onderzoekt of dit beleid 'niet onredelijk' of 'onaanvaardbaar' is;
b. zij onderzoekt of het aangevallen besluit daarmee in overeenstemming is en, zo ja,
c. of, gelet op de belangen van de betrokkene, geen uitzondering had moeten worden gemaakt.

3. *De gestelde vraag nader beschouwd*

Na het vorenstaande kan de thans aan de orde gestelde vraag worden gespecificeerd. Aan de vraag ligt, naar ik aanneem, de veronderstelling ten grondslag dat het bestuur ter verwezenlijking van een bij de wet of bij het vaststellen van een begrotingspost vastgesteld programma en in overeenstemming met de eventueel daartoe vastgestelde voorschriften de vrijheid heeft uit gedragsalternatieven te kiezen.

Ook binnen de aldus gestelde beperkingen is er geen absolute vrijheid om te kiezen. Het bestuur heeft 'keuze-regels' (beleidsregels) opgesteld en bekend gemaakt. Het bestuur zal moeten waar maken dat zijn beslissing met die door hem zelf bepaalde regels te verenigen is en voorts, dat het, gelet op alle in aanmerking te nemen belangen, die beslissing heeft genomen, die als redelijk kan worden aangemerkt.

Toetsen houdt in dat de rechter onderzoekt of het bestuur inderdaad kan wáármaken. De rechter put daarbij uit twee bronnen:

a. de motivering van het besluit; deze moet ten minste een aankno-

pingspunt voor het proces van waarmaken bieden;
b. de toelichting daarop in het verweerschrift[11].

Het onderzoek naar de vraag of het bestuur, gelet op alle in aanmerking te nemen belangen, een besluit heeft genomen dat als redelijk kan worden aangemerkt, vormt het sluitstuk van het toetsingsproces.

In stelling 1 heb ik hierop gewezen:

Stelling 1:
Beleidstoetsing omvat meer dan onderzoek inzake de c-grond (art. 8, sub c Wet Arob). Beleidstoetsing omvat in algemene zin onderzoek naar de vraag of

- de bij de wet gestelde beperkingen niet in acht zijn genomen (veelal a-grond);
- de keuze op willekeur berust (c-grond);
- de keuze niet gemotiveerd is of 'onbegrijpelijk' is gemotiveerd (in beide gevallen is er op zijn minst een schijn van willekeur; niettemin d-grond);
- de voor de beslissing relevante feiten niet in acht zijn genomen (zorgvuldigheid; het orgaan behoeft niet altijd te onderzoeken of de vrager van een beschikking wel volledig was in zijn opgave, mits het maar de gelegenheid biedt in een bezwaarschriftprocedure de tekortkomingen aan te vullen).

4. *Beleidstoetsing kwantitatief beschouwd*

Bij de vraag, die thans aan de orde is, is er weinig ruimte voor vrije bespiegelingen, ook juristen vaak zo dierbaar. Daarbij behoeven wij ons immers niet geremd te voelen door wat Elsschot eens dichtte: 'tussen droom en daad staan wetten in de weg en praktische bezwaren'.

De vraag hoever de beleidstoetsing door de Afdeling moet gaan, heeft, om de 'praktische bezwaren' te onderscheiden, ook kwantitatieve aspecten. Ik beschik, helaas, slechts over lapidaire gegevens. Een gedetailleerd onderzoek naar de 'output' van de Afdeling zal wel moeten wachten op de in het verschiet waar te nemen opslag van alle uitspraken in het geheugen van een computer. We moeten het nu doen met de gegevens in de jaarverslagen van de Raad van State, enkele aanvullende gegevens in een rapport van de vakgroep bestuursrecht en bestuurskunde te Groningen[12] en met de eigen natte vinger gemaakte schattingen. Ik kom dan tot het volgende beeld.

Als we de schorsingsuitspraken buiten beschouwing laten (daarvan zijn alleen de aantallen bekend) dan blijkt dat in de jaren '78 en '79 in 18 à 20% van de beroepen het aangevochten besluit is vernietigd. Dat percentage daalde in 1980 tot 14%, steeg in 1981 naar 16% en

daalde nadien weer tot 13%. Ik waag de schatting dat de verhoudingen bij de schorsingsverzoeken in dezelfde orde van grootte liggen. Anders gezegd: in één op de 7 zaken oordeelt de Afdeling dat het aangevochten besluit tekort schoot.

Dat behoeft niet altijd tot heroverwegen te leiden. Volgens het steekproefonderzoek van de Groninger vakgroep werd in 25% een vernietiging uitgesproken, omdat het bestuur het bezwaarschrift ten onrechte ontvankelijk had geoordeeld. Heroverweging heeft dan weinig zin. Het onderzoek betrof de aanloopjaren '77 en '78. Ik heb de indruk dat het percentage nadien is gedaald en schat het nu op 10% (van de 13% vernietigingen). In '77-'78 werd 32% van de besluiten vernietigd wegens strijd met een algemeen verbindend voorschrift. Ik schat dit percentage thans hoger. Een schatting van 40% lijkt mij verantwoord. In rond 50% van de vernietigingen zal voorts sprake zijn van strijd met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur of van niet-redelijke afweging van belangen. Daarbij lijkt het verantwoord te schatten dat de verhouding tussen deze gronden 4 : 1 is. Na delen en vermenigvuldigen kan men met enige grond aannemen dat de Afdeling in rond 1% van de beroepen als haar oordeel uitspreekt dat het aangevallen besluit wordt vernietigd, omdat het bestuur, na afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot de beschikking heeft kunnen komen.

Gaat dat te ver? Verontrustend lijkt mij de uitkomst niet. Wij dienen echter niet uit het oog te verliezen dat de door het bestuur gemaakte afweging in meer gevallen wordt gewraakt op de ietwat bedekkende grond dat het zorgvuldigheids- of het motiveringsbeginsel is geschonden. In die gevallen zal de heroverweging tot dezelfde uitkomst leiden: uit de voorhanden alternatieven zal een andere keuze worden gemaakt. Ik blijf aan de veilige kant, wanneer ik schat dat in één op 20 à 25 beroepen de beleidstoetsing tot een negatieve uitkomst voor het bestuur leidt. Die uitkomst geeft toch nog wel te denken. 'Waar gewerkt wordt, vallen spaanders'. Met te veel spaanders loopt men het gevaar dat brand ontstaat.

5. Beleidstoetsing getoetst

Bij beleidstoetsing in enge zin gaat het om het onderzoek naar de uitkomst van de afweging van belangen. Centraal staat het verbod van willekeur. Dat verbod heeft, anders dan beginselen, een absolute gelding. Het staat niet naast of tussen de andere beginselen van behoorlijk bestuur; het ligt er aan ten grondslag. Beginselen van behoorlijk bestuur komen pas in het geding nadat is vastgesteld dat het ter toetsing staande besluit niet aan pure willekeur is toe te schrijven[13].

Het komt zelden voor dat de Afdeling een besluit vernietigt op de grond, dat 'grillig, zonder criteria'[14] is beslist. Toch komen vrij veel

vernietigingen voor op de grond, dat het bestuur bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het besluit heeft kunnen komen.

Kennelijke onredelijkheid behoeft nog geen willekeur te zijn. Kennelijk onredelijk noem ik dat besluit, waarvan men moet vaststellen dat de uitkomst van de belangenafweging voor de doorsnee burger – en dàt is de rechter – *onbegrijpelijk* is. Bij het onderzoek ter zitting heeft het bestuur niet kunnen waarmaken, dat het, met de betrokken belangen voor ogen, tot het in de beschikking omschreven besluit heeft kunnen komen. Het bestuur stuit dan op het oordeel van de rechter: met mijn logica kan ik niet begrijpen dat U deze gevolgtrekking hebt gemaakt.

De Groninger vakgroep vond in haar steekproefonderzoek dat 9% van de vernietigingen op de c-grond was gebaseerd. Die uitkomst kan, naar ik meen, nog steeds als leidraad worden gehanteerd (bij het aangeven van de eerder vermelde verhouding van 4 (d-grond) en 1 (c-grond) heb ik mij door dit gegeven ook laten leiden). Het komt, verhoudingsgewijs, betrekkelijk weinig voor, dat de rechter uitspreekt: *deze* uitkomst is onbegrijpelijk. In meer gevallen staakt hij zijn onderzoek in een eerdere fase. Hij constateert dan dat het bestuur niet heeft kunnen waarmaken, dat de feitelijke omstandigheden waren zoals het bestuur heeft verondersteld toen het zijn besluit nam of wel dat alle relevante belangen in het afwegingsproces zijn betrokken.

Heeft de Afdeling echter bij haar onderzoek vastgesteld dat het bestuur niet tekort is geschoten bij de vaststelling van de feitelijke omstandigheden en van de belangen, die in acht genomen moeten worden, dan rijst ten volle de vraag: hoe oordeelt zij over de keuze, die het bestuur heeft gemaakt.

Ik meen dat de Afdeling, wanneer zij uiteindelijk voor deze vraag is gesteld, terughoudend behoort te zijn. Zij is dat, volgens mijn ervaring, ook. Zij zou trouwens geen overtuigend antwoord hebben op de vraag: neemt gij de gevolgen voor Uw rekening, indien de uitkomst, die gij kennelijk prefereert, verkeerd blijkt uit te vallen?

Zo goed als het bestuur moet waarmaken dat het de terzake dienende omstandigheden correct heeft beoordeeld en dat het geen van de betrokken belangen over het hoofd heeft gezien, zo goed zal de rechter moeten waarmaken dat het bestuur, niettegenstaande correcte vaststelling van feiten en betrokken belangen, de daarop gegronde uitkomst niet tot de zijne mocht maken.

Indien ik de toelichting, die Hirsch Ballin op zijn stelling 3 heeft gegeven, goed heb begrepen zou deze de Afdeling niet alleen willen laten beoordelen of de uitkomst begrijpelijk is – dat wil zeggen met de rechterlijke logica verenigbaar – maar ook of de uitkomst heeft geleid tot 'evenredigheid tussen het met de beschikking te dienen doel en de nadelige gevolgen voor de belanghebbenden'. Hirsch Ballin merkt

op: 'De formulering van de c-grond geeft geen aanleiding om de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel te marginaliseren'.

Met de laatste opmerking ben ik het eens. Ik zou het anderzijds niet wenselijk achten, indien de Afdeling daaruit de conclusie zou trekken dat zij, ook indien zij zou oordelen dat de uitkomst van de belangenafweging niet-onbegrijpelijk is – van enige evenredigheid kan dan geen sprake zijn – de gemaakte keuze zou wraken, omdat een andere uitkomst meer evenredig zou zijn. Met 'evenredigheid' duiden wij de uitkomst van een proces van weging aan. Het zal zelden voorkomen dat de balans in evenwicht is. Voldoende is dat de naald niet te ver doorslaat. De grens van de aanvaardbaarheid ligt daar, waar de beoordelaar – de rechter – wel moet uitroepen: hoe hebt gij dat nog voor evenredig kunnen houden?

Bij deze uiteenzetting sluit mijn tweede stelling aan.

Stelling 2:
De Afdeling dient niet te treden in de vraag of het bestuursorgaan uit de gedragsalternatieven die oplossing gekozen heeft, die naar haar oordeel het meest voor de hand ligt. Indien een andere keuze te verantwoorden is, zal zij deze dienen te respecteren. Zij zal in het veronderstelde geval ook de verleiding moeten weerstaan niet-evidente gebreken in de motivering aan haar uitspraak ten grondslag te leggen.

6. Toetsing van besluiten tot het toepassen van alternatieve sancties

Het Oztürk-arrest van het Hof van de rechten van de mens[14] en het nadien gevolgde belastingverhogingsarrest HR 19 juni 1985[15] hebben gevolgen voor de toetsing van voor Arob-beroep vatbare besluiten waarbij administratieve sancties worden opgelegd.

In zijn arrest van 19 juni 1985 overweegt de HR: 'Uit voormeld arrest (het arrest inzake Oztürk) blijkt dat (niet beslissend is dat het vergrijp naar het Nederlandse rechtsstelsel niet tot het strafrecht behoort, maar) dat groter gewicht dient te worden toegekend aan de aard van het vergrijp, mede bezien in verband met het karakter van die verhoging[16]. Verhogingen (. . .) zijn sancties gesteld op het overtreden van een norm met een algemeen verbindend karakter – nl. een verwijtbaar handelen of nalaten waardoor de overheid wordt belemmerd in de heffing van de wettelijk verschuldigde belasting – en de bedoeling van deze verhogingen is dat zij zowel preventief als bestraffend werken.'

De HR leidt uit het Oztürk-arrest twee criteria af voor de beoordeling van de vraag of een besluit tot het toepassen van administratieve sancties moet worden aangemerkt als een 'criminal charge' in de zin van artikel 6, lid 2 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheid:

a. het moet gaan om verwijtbaar handelen of nalaten, waarbij een norm met een algemeen verbindend karakter wordt overtreden;
b. de bedoeling van de sanctie is dat zij zowel preventief als bestraffend werkt.

De nationale wetgever behoeft bij 'criminal charges' niet altijd de strafrechter in te zetten. In het Oztürk-arrest overwoog het Hof van de rechten van de mens: 'Het toevertrouwen van vervolging en bestraffing van lichte overtredingen aan bestuurlijke autoriteiten is niet onverenigbaar met het verdrag, mits de betrokkene in staat wordt gesteld tegen een op die wijze tegen hem genomen beschikking te verweren bij een gerecht dat aan de garanties van artikel 6 voldoet'.

Wat 'lichte' overtredingen zijn, zal de toekomst moeten leren. Ik neem voorshands aan dat de administratieve sancties waar de Afdeling mee te maken krijgt, daaronder kunnen worden gerangschikt. Verder staat vast dat de procedure voor de Afdeling voldoet aan de garanties van artikel 6. De twee arresten heben intussen wèl gevolgen voor de inhoud en strekking van de beleidstoetsing. Indien het gaat om sancties die worden opgelegd met de bedoeling dat zij zowel preventief als repressief werken, zal de Afdeling er niet mee mogen volstaan vast te stellen of de uitkomst van de belangenafweging 'niet onbegrijpelijk' is. Zij dient, zo nodig, haar eigen oordeel over de evenredigheid te doen prevaleren[17]. Ik citeer met instemming mevrouw H. Troostwijk: 'Toetsing aan het evenredigheidsbeginsel betekent niet dat de rechter oordeelt of het bestuur na afweging van alle belangen in redelijkheid tot de strafmaat heeft kunnen komen, maar dat hij die belangenafweging volledig kan toetsen en zijn oordeel over het gewicht dat aan de geschade belangen van het bestuur resp. de overtreder moet worden toegekend in de plaats kan stellen van de opvatting van het bestuur daarover'[18].

Sancties als het intrekken van een taxivergunning voor bepaalde tijd, wegens overtreding van de taxiverordening, het sluiten van een horeca-onderneming voor bepaalde tijd wegens overtreding van vergunningsvoorwaarden, intrekken van een muziekvergunning wegens overtreding van de overlastvoorschriften worden opgelegd om zowel preventief als bestraffend te werken. Over het karakter van de politiedwang kan men aarzelen. Uit de wet (artikel 152 gemeentewet) volgt een bestraffende doelstelling niet. De praktijk is veelal anders: wie niet wil horen, moet het maar voelen.

Ik sluit af met de derde stelling.

Stelling 3:
Bij de toepassing van sancties (intrekken taxivergunning, sluiting horeca-onderneming voor bepaalde tijd, intrekken muziekvergunning, verbod slachthuis te betreden) plicht de Afdeling de redelijkheid van de zwaarte van de sanctie (duur van de intrekking) te toetsen.

De Afdeling is hierbij, terecht, buiten de gebruikelijke grenzen van de c-grond getreden. Haar gedragslijn is inmiddels geboden door de recente interpretatie van artikel 6 van het Verdrag van Rome (HR 18 juni 1986, NJ 1986, 104, AAe 1986, p. 235). Ten aanzien van de besluiten tot toepassing van politiedwang vindt (nog) niet een verscherpte toetsing plaats.

Noten

1. E.M.H. Hirsch Ballin, *Publiekrecht en beleid,* Alphen aan den Rijn, 1979, p. 9.
2. T. Goemans en F.K.M. van Nispen, Een taalgids in beleidsland, in: *Bestuurswetenschappen* 1983, p. 452.
3. Zie het boeiende themanummer *Recht en tijd,* R.M. Themis 1986, nrs. 5 en 6.
4. Het heeft lang geduurd voor zij zich ook rechtens doen gelden. Zie J. Peters, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur,* voordracht gehouden op de Belastingconsulentendag 1971, T.E.D., Deventer. De doorbraak kwam bij HR 12-4-1978, *AB* 1979, 262 m.n. F.H. v.d. Burg.
5. J.H. van Kreveld, *Beleidsregels in het recht,* diss. Groningen, Deventer, 1983.
6. Aldus, uitvoerig en met klem, HR 16-5-1986, inzake Staat der Nederlanden tegen Ver. van Ned. Landbouwluchtvaartbedrijven, *Regelmaat,* okt. 1986, m.n. I.C. van der Vlies.
7. Nota naar aanleiding van het verslag over het ontwerp Tijdelijke Wet Kroongeschillen, Kamerstuk 19479, nr. 5. De ministers nemen afstand van het pleidooi van de oud-voorzitter van de Afdeling, J. van der Hoeven voor schrapping van artikel 2, lid 2, sub a van de Wet Arob. Zie zijn bijdrage tot *Ervaringen met tien jaar Arob,* Zwolle 1986, p. 27-33. Mijn opvatting sluit meer aan bij het ministerieel standpunt: noot bij HR 1-7-1983, *SEW* 1983, p. 723-733.
8. Deze begrippen zijn onderling verwisselbaar. De Afd. gaat soms uitvoerig op de vraag naar de niet-onredelijkheid in. Zie AR 31-1-1985, *AB* 1986, 302 m.n. I.C. van der Vlies. Beide genoemde begrippen komt men in deze uitspraak tegen.
9. Zie reeds AR 14-9-1977, *AB* 1978, 26 en AR 8-4-1978, *AB* 1979, 222.
10. AR 9-5-1978, *AB* 1979, 223.
11. Het verweerschrift zal moeten aansluiten bij de motivering in het aangevallen besluit: AR 3-11-1980, *AB* 1981, 188.
12. P.J.J. van Buuren, H. Bolt en M. Scheltema, *Kroonberoep en Arob-beroep,* Deventer 1981. In het rapport zijn de resultaten van een steekproefonderzoek opgenomen van uitspraken in de periode april '77 tot nov. '78.
13. W. Duk, Maatstaven voor de beoordeling van sancties, AAe 1981, p. 233.
14. Duk, t.z.p.
14. Arrest van 21-2-1984, *AAe* 1985, 145-154.
15. HR 19-6-1985, *NJ* 1986, 104 en *AAe* 1986, p. 235.
16. In het geding was een verhoging van de motorrijtuigenbelasting – een wegens het niet voldoen aan de belastingplicht opgelegde administratieve boete van 100%, die kan worden kwijtgescholden in gevallen waarin elke schuld ontbreekt of waar zeer geringe verwijtbaarheid aan de orde is en die in andere gevallen kan worden gematigd.
17. Hoewel de woordkeus wat krampachtig op de c-grond is toegesneden, is in de uitspraak van de Afd. inzake de hoogte van de boete aan zendgemachtigden, die het reclameverbod overtraden, een toepassing van het evenredigheidsbeginsel te lezen. AR 1-7-1985, AAe 1986, 783 e.v. m.n. Hirsch Ballin.
18. H. Troostwijk, De toetsing door de ambtenarenrechter van disciplinaire straffen, in: *Recht op scherp,* bundel aangeboden aan prof. mr. W. Duk, Zwolle 1984, p. 457.

mr. W. Konijnenbelt

Stelling 1:
De marginale beleidstoetsing van artikel 8, eerste lid, onder c, van de Wet Arob omvat niet alleen de beleidsvrijheid in enge zin maar ook de subjectieve beoordelingsruimte voor de administratie die berust op vage termen (bijv. 'indien naar het oordeel van/ten genoege van . . .').

Stelling 2:
Terecht is de Afdeling rechtspraak ertoe overgegaan, de toetsing aan de c-grond te construeren als een twee-fasentoetsing. Eerst wordt onderzocht of de aan de bestreden beschikking ten grondslag liggende beleidslijn de toetsing op kennelijke onredelijkheid kan doorstaan; daarbij is onverschillig of die beleidslijn blijkt uit gepubliceerde beleidsregels (pseudowetgeving), uit een reeks van gevallen of uit de motivering van de beschikking. Pas daarna komt eventueel aan de orde de vraag hoe de beschikking zich verhoudt tot de beleidslijn, bijvoorbeeld of er redenen waren op grond waarvan het administratieve orgaan niet in redelijkheid kon besluiten de beleidslijn i.c. niet toe te passen.

Stelling 3:
Is meer dan één beleidsoptie mogelijk, dan is het niet aan de Afdeling rechtspraak de keus voor één daarvan dwingend op te leggen. Wel kan de Afdeling soms factoren aangeven welke bij die keus een rol moeten of juist niet mogen spelen.

Stelling 4:
De jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak in taxizaken – laatstelijk AR 27 augustus 1985, *Gst.* 6816 m.n. Kan, taxi Van Gendt –, namelijk dat gedeputeerde staten in administratief beroep hun beleidsopvattingen niet zonder meer in de plaats mogen stellen van die van b. en w., verdient een ruimere toepassing.

De Afdeling dient er in het algemeen op toe te zien dat een beroepsinstantie, in geval van beroep op een orgaan van een 'hoger' lichaam, de beleidsoptie van het in eerste instantie beschikkende orgaan in beginsel respecteert.

Tijdens het eerste deel van dit symposium bleek het vooral te gaan om de verhouding tussen de bevoegdheid van de Afdeling rechtspraak als administratieve rechter en die van de burgerlijke rechter. Het onderdeel dat nu aan de orde is, dat van de rechterlijke toetsingscriteria, betreft de verhouding tussen de onafhankelijke rechter – in ons geval een administratieve rechter – en het bestuur.

Blijkens zijn interventie zou P.H. Banda waarschijnlijk graag zien dat dit onderwerp in rechtsvergelijkend perspectief wordt behandeld. Dat valt echter niet mee. In Nederland gebruiken we de term *beleid;* voor het door een bestuursorgaan gevoerde beleid zou de rechter dan al of niet een zeker respect aan de dag behoren te leggen, tegenover dat beleid zou hij zich minder of meer terughoudend dienen op te stellen.

Het woord beleid is echter bijna niet te vertalen in bijvoorbeeld het Frans of het Duits. Het Franse 'politique' komt redelijk in de buurt, maar het Duitse 'Amtsführung' dekt toch een echt heel andere lading. (In het Nederlands is de lading trouwens aan het schuiven: zie A.M. Donner, *Algemeen deel* (5), blz. 127.) In de praktijk komt de houding van de administratieve rechters tegenover het bestuursbeleid in beide landen redelijk overeen met wat wij in Nederland gebruikelijk vinden. In Frankrijk heeft de jurisprudentie van de Conseil d'Etat zonder veel getheoretiseer de grens tussen toetsing van *légalité* en van *opportunité* van bestuurshandelingen op een plek gelegd die ons tamelijk vertrouwd voorkomt; in Duitsland hebben dikke boeken over de *Lehre der Ermessensfehler* tot een sterk vergelijkbare uitkomst geleid.

De Afdeling rechtspraak van de Raad van State houdt zich bezig met het toetsen van beschikkingen, in de toekomst wellicht met nog enkele andere categorieën bestuursbesluiten. De vraag die in mijn *stelling 1* aan de orde is, kan als volgt worden geformuleerd: 'Hoe ver mag de Afdeling gaan bij de toetsing van bestuursbesluiten voor zover die besluiten niet wettelijk gebonden zijn?'.

Het is gebruikelijk bij het behandelen van de toetsingsmogelijkheden voor een administratieve rechter een schematisch onderscheid te maken tussen twee soorten 'niet-gebonden' bestuursbevoegdheid. Een bekende tegenstelling is die tussen *discretionaire bevoegdheden* enerzijds en *vage wettelijke normen* anderzijds; zie bijv. Van der Burg/Cartigny/Overkleeft, *Rechtsbescherming tegen de overheid* (5), blz. 158 e.v. Het onderscheid gaat terug op het verschil dat de Duitse theorie maakt(e) tussen *Ermessen* en *unbestimmte Gesetzesbegriffe* (vgl. H.P. Bull, *Allgemeines Verwaltungsrecht,* hfdst. II, par. 7, Richtige Rechtsanwendung und Ermessensausübung). Niet alleen in Duitsland staat het koppel ter discussie, ook in Nederland is de tegenstelling geen rustig bezit. Ik wijs op de verschillen in benadering tussen W. Duk in zijn afscheidscollege van 1984 (vgl. ook zijn artikel 'CBB' en 'bbb', *SEW* 1986, blz. 649), die onderscheidt tussen beleidsvrijheid en beoordelingsvrijheid; J.H. van Kreveld, die in zijn proefschrift over *Beleidsregels in het recht* (1983) spreekt van subjectieve vs. objectieve beoordelingsvrijheid; R.J. Jue, die in een recent artikel over Vrijheid van besturen de begrippen aanvullingsbevoegdheid en interpretatiebevoegdheid hanteert (*R&R* 1986, blz. 141).

Ik zou de zaken wat verder willen verfijnen. Er is sprake van een *discretionaire bevoegdheid in enge zin* indien een wettelijke regeling bepaalt dat een bestuursorgaan een bepaalde maatregel 'kan' nemen: dat het daartoe wel bevoegd maar niet verplicht is.

Zie bijvoorbeeld artikel 25, vijfde lid, ontwerp van Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (EK 11270.71):

'5. De door de burgemeester aangewezen personen kunnen aan de betrokkene voorwerpen ontnemen, die een gevaar voor de veiligheid van de betrokkene of van anderen kunnen opleveren. Zij zijn bevoegd hem daartoe aan de kleding of aan het lichaam te onderzoeken.'

De betrokkene: dat wil zeggen iemand die voor opneming in een psychiatrische inrichting in aanmerking is gebracht.

Hier vinden we in één bepaling twee termen die dezelfde strekking hebben: personen *kunnen* voorwerpen ontnemen; zij *zijn bevoegd* een onderzoek aan kleding of aan lichaam in te stellen.

De bepaling formuleert ook enkele condities waaraan voldaan moet zijn, willen de bedoelde personen gerechtigd zijn van hun bevoegdheid gebruik te maken: het moet om gevaarlijke voorwerpen gaan, en de visitatie mag alleen om na te gaan of de betrokkene zulke voorwerpen bij zich heeft. Deze normconditie-omschrijvingen beperken de omvang van de discretie weliswaar, aan het principe van het discretionaire karakter van de door de norm gecreëerde bevoegdheid doen ze echter niet af; vgl. D.W.P. Ruiter, *Bestuursrechtelijke wetgevingsleer*, blz. 45 e.v.

Discretionaire bevoegdheden in oneigenlijke zin kunnen we aannemen waar de wet de beantwoording van de vraag of is voldaan aan de condities die moeten zijn vervuld voordat een bestuursmaatregel mag worden genomen, aan het bestuursorgaan overlaat. Dat kan uitdrukkelijk gebeuren, zoals met de formule 'indien naar zijn oordeel . . . het geval is'; maar het kan ook impliciet gebeuren, het kan de onuitgesproken bedoeling van de wetgever zijn.

Een *uitdrukkelijke* bepaling van genoemd type vinden we in artikel 40, derde lid, van genoemd ontwerp Wet bopz:
'3. Beperkingen in het recht op bewegingsvrijheid in en rond het ziekenhuis kunnen . . . worden opgelegd:
a. indien naar het oordeel van de voor de behandeling verantwoordelijke persoon van de uitoefening van het recht op de bewegingsvrijheid ernstige nadelige gevolgen moeten worden gevreesd voor de gezondheidstoestand van de patiënt . . .'

Een *impliciete* discretionaire bevoegdheid is er in het geval dat de wet alleen bepaalt dat een bepaald handelen verboden is behoudens verguning, zonder dat de wet aangeeft aan de hand van welke criteria moet worden beschikt; artikel 14 Monumentenwet biedt daarvan een voorbeeld. (Jue, t.a.p., spreekt dan van het ontbreken van toepasselijkheidscondities; hij noemt het voorbeeld van subsidiëring enkel op basis van een begrotingspost.)

Maar ook kan de wettelijke regeling *schijnbaar objectieve* toepasselijkheidscondities formuleren waarvan het toch de bedoeling is dat het bevoegde bestuursorgaan, de situatie beoordelend en belangen afwegend, bepaalt of die condities al dan niet vervuld zijn. Ook dan is er sprake van een impliciete wettelijke bevoegdheid. Een voorbeeld van deze soort lijkt me artikel 35, eerste lid, Wet chemische afvalstoffen:
'1. Onze Minister kan ontheffing verlenen van het in artikel 3, 17 of 31 gestelde verbod . . ., indien zulks in het belang van een doelmatige verwijdering van chemische afvalstoffen, onderscheidenlijk afgewerkte olie noodzakelijk is, en . . . indien het belang van de bescherming van het milieu zich daartegen niet verzet.'

Een tweede voorbeeld vinden we in artikel 8, derde lid, van de Wet gevaarlijke afvalstoffen. Dat luidt:
'3. Aan ontheffingen worden de in het belang van de openbare veiligheid nodige voorschriften verbonden.'

Ook menige gemeentelijke verordening bevat bepalingen van dit slag. (Ik heb bepalingen uit milieuwetten genomen omdat ik die het snelst vond. De beschikkingen krach-

tens die wetten vallen nu nog onder de controle van de Kroon, zodat het vraagstuk van terughoudende toetsing – behoudens de portée van stelling 4 – zich daarbij niet voordoet. Wanneer straks de Tijdelijke wet Kroongeschillen in werking zal zijn getreden, doet het probleem zich daarbij echter wel voor, nl. ten opzichte van de Afdeling geschillen.)

Daarnaast zijn er – wat de (ogenschijnlijk) niet geheel gebonden bestuursbevoegdheden betreft – door *vage,* maar *objectieve wettelijke normen* geconditioneerde bevoegdheden.

Een voorbeeld biedt artikel 25, eerste lid, Woningwet:
'1. Indien een woning
a. wegens strijd met de bouwverordening of met de krachtens die verordening gestelde regelen of eisen of uit anderen hoofde ongeschikt ter bewoning is, doch door het treffen van voorzieningen alsnog in bewoonbare staat kan worden gebracht,
b. ofschoon niet ter bewoning ongeschikt, wegens strijd met de bouwverordening of met de krachtens die verordening gestelde regelen of eisen of uit anderen hoofde noodzakelijk verbetering behoeft,
schrijven burgemeester en wethouders degene, die als eigenaar of uit anderen hoofde tot het treffen van de voorzieningen bevoegd is, aan binnen een door hen te bepalen termijn de door hen aan te geven voorzieningen te treffen.'

Ook in de sfeer van de sociale verzekeringen komen we dit type vage, maar objectief bedoelde condities tegen. Zie bijv. artikel 18, eerste lid, van de (nieuwe) Werkloosheidswet:
'1. Artikel 17 is niet van toepassing op de werknemer die werkloos is uitsluitend als gevolg van vorst, sneeuwval, hoog water of andere buitengewone natuurlijke omstandigheden.'

In deze gevallen was het oogmerk van de wetgever niet, uitvoerende administratieve organen een zekere beleids- of beoordelingsvrijheid te geven, maar om in beginsel precies de toepasselijkheidscondities te bepalen. Alleen, de wetgever zag geen kans zijn bedoeling nauwkeuriger te omlijnen; Van Wijk noemt dat een 'beschrijvingsmoeilijkheid' voor de wetgever. In feite zijn hier dus wel geheel gebonden bestuursbevoegdheden beoogd.

Voor de verhouding administratieve rechter/bestuur leveren de eerste categorie, de discretionaire bevoegdheden in eigenlijke zin (evenals de eerste twee voorbeelden van discretionaire bevoegdheden in oneigenlijke zin), alsmede de vage maar objectief bedoelde wettelijke normen, betrekkelijk weinig problemen. We komen een eind met de vuistregel die marginale rechterlijke toetsing in het eerst en volle rechterlijke toetsing in het tweede geval voorschrijft.

Omdat het hier alleen om de Afdeling rechtspraak gaat, een 'algemene' administratieve rechter, kunnen de bijzonderheden welke kunnen spelen bij 'concurrerende deskundigheid' van een gespecialiseerde rechter, hier buiten beschouwing blijven. Ik volsta met te verwijzen naar mijn VAR-rede 1982, *Het oordeel van de Ombudsman* (geschrift LXXXIX, blz. 7) en naar F.H. van der Burg, Rechtsbescherming en concurrerende deskundigheid, in: Van der Burg c.s., *Rechtsbescherming* (5), blz. 164.

Er zijn echter drie complicaties.

De eerste is deze, dat de tegenstelling discretionaire vs. gebonden bevoegdheden een polaire, geen dichotome is; in de praktijk zal het veelal gaan om *een bepaalde mate* van vrijheid resp. gebondenheid, of ook om vrijheid resp. gebondenheid *in bepaalde opzichten*. Vgl. boven, blz. . . ..

De tweede complicatie vloeit voort uit de omstandigheid dat de rechter pas in tweede instantie optreedt: hij is de controleur van de eerste instantie, van het bestuur. In eerste instantie wordt een besluit genomen door een bestuursorgaan; anders gezegd: de rechtsvorming-in-eerste-aanleg is àltijd aan een bestuursorgaan toevertrouwd. Ook ten aanzien van de meest gebonden bestuursbevoegdheden is het rechterlijk oordeel geen rechtsvorming uit het niets, maar rechtsvorming in reactie op, tegen de achtergrond van het (aanvankelijke) bestuursoordeel, óók waar het gaat om de concretisering van objectief bedoelde wettelijke condities.

De derde complicatie wordt gevormd door het bestaan van de laatste categorie van wat ik hiervoor discretionaire bevoegdheden in oneigenlijke zin noemde: daar waar sprake is van *schijnbaar* objectieve wettelijke condities; denk aan de genoemde voorbeelden uit de Wet chemische afvalstoffen en de Wet gevaarlijke stoffen. Daar is het de bedoeling van de wet, zo was mijn stelling, dat het in feite gaat om (meer of minder) discretionaire bestuursbevoegdheden; bij een onafhankelijke rechter is er in zoverre dan ook slechts plaats voor een marginale toetsing van het oordeel van het met de toepassing van de bepaling belaste bestuursorgaan.

Kortom: het hangt van de strekking van de wettelijke regeling af, of en zo ja, in hoeverre het aan een bestuursorgaan overgelaten is te beoordelen òf optreden en eventueel wèlk optreden geboden is. De onderscheiding 'discretionaire bevoegdheden versus vage wettelijke normen' kan hooguit een begin van een redenering vormen, maar kan nooit worden gebruikt als een harde norm op grond waarvan je kunt concluderen dat de rechter x of y kan oordelen.

Ik kom bij de *tweede stelling*. Evenals W. Duk (De zachte kern van het bestuursrecht, *RMTh* 1978, blz. 564) en Jue (t.a.p.) meen ik dat het geven door een bestuursorgaan van een concreet beleidsoordeel analytisch gesproken altijd te vertalen is in de toepassing van 'beleidsregels' op een concrete situatie. De Afdeling rechtspraak maakt onderscheid tussen de algemene beleidsregels enerzijds – ook al zijn die regels volstrekt impliciet gebleven – en de toepassing daarvan anderzijds. Dit onderscheid lijkt mij voor de rechter een heel nuttig hulpmiddel om tot een juiste houding te komen. De rechter gaat in dit verband over tot een *marginale* toetsing van de *redelijkheid* van de beleidsregels en kan, door toepassing van de beleidsregels op het concrete geval, *ten volle* toetsen aan de beleidsregels zelf.

In mijn *derde stelling* zeg ik iets waarbij naar ik aanneem niemand de wenkbrauwen zal willen fronsen. De stelling komt erop neer dat een administratieve rechter in het kader van een op zichzelf aan het bestuursorgaan overgelaten beleidskeus indicaties mag geven met betrekking tot de geldigheid van soorten argumenten. Een dergelijke indicatie heeft de Afdeling rechtspraak bijvoorbeeld gegeven in de onlangs in de AB gepubliceerde tweede uitspraak betreffende de Haagse fietsroute, waarbij het om een schadevergoedingskwestie ging (AR 15 november 1985, *AB* 1986, 380 m.n. Van Wijmen). Met betrekking tot schade, door de instelling van een fietsroute toegebracht aan een ondernemer, moet naar de mening van de Afdeling rechtspraak ook worden gelet op enerzijds de moeite die de ondernemer zich heeft getroost om zijn schade te beperken, anderzijds de voor beperking van de schade noodzakelijke investeringen. Nu zal men in dit verband wellicht wijzen op het schadegeval van Paul-Krugerbrug II (AR 22 november 1983, *AB* 1984, 154 m.n. De Planque), waarbij de Afdeling rechtspraak in feite rechtstreeks heeft aangegeven welke berekening moest worden gehanteerd. Ik meen dat de Afdeling dat terecht heeft gedaan. Naar mijn mening kan ten aanzien van gevallen waarin beleidsvrijheid voor het bestuur mag worden verondersteld, onderscheid worden gemaakt tussen financiële kwesties en andere kwesties waarbij belangen van diverse partijen in het geding kunnen zijn. Ik zie hier een parallel met de toepassing van beginselen van behoorlijk bestuur 'contra legem'. Wanneer het om schadevergoedingskwesties gaat kan de rechter, ook waar de wet zegt dat er een ruime beleidsvrijheid voor het bestuur is, per saldo tot een volle toetsing komen, terwijl hij zich in de overige gevallen meer afstandelijk moet opstellen.

De strekking van mijn *vierde stelling* is de volgende. Wanneer een wet administratief beroep door verschillende bestuurslagen heen openstelt – bijvoorbeeld beroep tegen de beslissing van een gemeentelijk orgaan op een provinciaal orgaan, of beroep tegen de beslissing van een lager orgaan op de minister of op de Kroon –, moet het beroepsorgaan in principe de beleidsopties van de lagere overheid respecteren. Krijgt de Afdeling rechtspraak te maken met de in beroep gedane uitspraak, dan dient zij erop toe te zien dat het beroepsorgaan de beleidsvrijheid van de lagere overheid respecteert.

(Vgl. mijn VAR-rede 1985, *Administratief beroep tussen staatsrecht en administratief recht,* geschrift XCIII, blz. 101, verder uitgewerkt in mijn – nog te publiceren – Tilburgse afscheidsrede.) Mij is wel eens de vraag gesteld of dit standpunt inhoudt dat in de hier bedoelde gevallen van administratief beroep bijvoorbeeld gedeputeerde staten zich ten opzichte van de gemeente even afstandelijk moeten opstellen als naar algemene opvatting een administratieve rechter zich ten opzich-

te van een bestuursorgaan in het algemeen dient te gedragen. Ik denk dat we hier te maken hebben met een 'mix' van enerzijds de houding die een administratieve rechter, althans de Afdeling rechtspraak,in het algemeen ten opzichte van het bestuursbeleid aanneemt en anderzijds de houding van een orgaan, belast met een klassiek 'vol beroep'. In principe geldt dat de Afdeling in de eerste plaats het beleid van een bestuursorgaan slechts marginaal mag toetsen, en in de tweede plaats niet haar eigen oordeel voor dat van het bestuur in de plaats mag stellen. Daartegenover mag in het klassieke 'volle beroep' niet alleen een volledig beleidsoordeel worden gegeven, maar mag bovendien het beroepsorgaan zijn eigen oordeel in de plaats stellen van dat van het aangevallen orgaan. In de gevallen waarop mijn vierde stelling betrekking heeft zou slechts een beperkte toetsing van het beleid mogelijk zijn, maar waar het bestreden besluit die toetsing niet kan doorstaan zou het beroepsorgaan alsnog zijn oordeel in de plaats van het vernietigde oordeel mogen stellen; in zoverre blijft het algemene kenmerk van administratief beroep dat – zo nodig – het vernietigde besluit vervangen kan worden door een nieuw besluit, geheel intact.

B. Is een andere dan de huidige wijze van hanteren van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur door de Afdeling rechtspraak wenselijk?

mr. E.M.H. Hirsch Ballin

Stelling 1:
De huidige wijze van hanteren van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur behoeft geen fundamentele wijziging totdat – eventueel via 'anticiperende interpretatie' – de rol van deze beginselen in belangrijke mate kan worden overgenomen door bepalingen van de wet ter uitvoering van artikel 107, tweede lid, van de Grondwet (Algemene wet bestuursrecht).

Stelling 2:
In de toetsingspraktijk van de Afdeling rechtspraak is een ongeschreven rechtsnorm geïmpliceerd, die inhoudt dat in beginsel overeenkomstig de terzake van de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid gestelde beleidsregels moet worden beslist.

Stelling 3:
De toetsing van de uitoefening van discretionaire bevoegdheden door de Afdeling rechtspraak kan aan duidelijkheid winnen, als het evenredigheidsbeginsel uitdrukkelijk als toetsingsgrond wordt gehanteerd; artikel 8 van de Wet Arob staat daaraan niet in de weg.

1. Algemene opmerkingen

De vraag of een andere wijze van hanteren van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur wenselijk is, beantwoord ik in principe ontkennend. We kunnen over de wijze van hanteren van deze beginselen door de Afdeling rechtspraak tevreden zijn, maar er valt misschien wel iets meer te expliciteren en te preciseren dan tot nu toe is gedaan. Bij de beantwoording van deze vraag moeten we overigens op basis van hetgeen tot stand is gebracht ook nagaan hoe het verder moet.

In de tien jaar waarin de Wet Arob van kracht is, heeft de Afdeling een enorme hoeveelheid jurisprudentie gevormd waarin de algemene

beginselen van behoorlijk bestuur zijn gehanteerd. Ongeschreven normen van rechtstatelijk bestuursrecht vullen de leemte aan die onder meer daaruit voortkomt dat op veel terreinen geen uitdrukkelijke wettelijke voorschriften bestaan over de totstandkoming, de vaststelling en de mededeling van overheidsbesluiten. Een voorbeeld is het tot nu toe ontbreken van een voorschrift over de wijze van mededelen van de beroepsmogelijkheid. Ik zou met Nicolai willen aannemen dat het een eis van behoorlijk bestuur is dat zo'n mededeling wordt gedaan, maar ik betwijfel of het onder de huidige omstandigheden, waarin die norm nog niet is ingebed in een wettelijk geregelde algemene procedure-ordening, tegenover derden-belanghebbenden verdedigbaar is om deze reden de beroepstermijn open te breken.

Mijn stellingen betreffen met name de belangenafwegingen die van een bestuursorgaan worden geëist zo dikwijls discretionaire bevoegdheden zijn toegekend. Ik zou willen beweren dat de eisen die aan de belangenafweging worden gesteld nog te weinig in hun samenhang zijn doordacht. De belangenafweging speelt op twee niveaus: op een abstract niveau en op een concreet niveau. Op het abstracte niveau gaat het om de redelijkheid van beleidsregels, op het concrete niveau om de toepassing die daaraan wordt gegeven; op het concrete niveau hebben we onder meer te maken met uitzonderlijke gevallen, terwijl er ook nog gevallen zijn waarin de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid niet door beleidsregels is geordend[1].

2. Beleidsregels

Er is heel wat jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak over deze belangenafweging ontwikkeld. We komen daarin enige toetsingsgronden tegen, die deels een uitgesproken ruim toepassingsbereik hebben. Dat geldt bijvoorbeeld voor de 'c-grond', door sommigen aangeduid als het willekeurverbod. Er zijn ook situaties waarin de verschillende toetsingsmaatstaven elkaar blijken te overlappen. Als we kijken naar de manier waarop de belangenafweging door de Afdeling rechtspraak wordt beoordeeld, dan valt allereerst te wijzen op de gebondenheid in beginsel aan beleidsregels, die ik in mijn tweede stelling aan de orde heb gesteld. Door de Afdeling rechtspraak wordt aangenomen dat deze gebondenheid bestaat, maar dit leidt altijd tot een uitwijken naar een of andere toetsingsgrond die ook voor andere doeleinden wordt gebruikt, zoals het beginsel van de eerbiediging van gewekte verwachtingen en het zorgvuldigheidsbeginsel. Naar mijn mening zouden we veel explicieter kunnen zeggen dat, indien er beleidsregels zijn vastgesteld, in beginsel – behoudens uitzonderingen – conform die beleidsregels moet worden beslist. Dat beginsel kan dan als een beginsel van behoorlijk bestuur worden beschouwd[2].

3. Evenredigheid

Ik wil wat uitgebreider ingaan op de kwestie van het evenredigheidsbeginsel, die in mijn derde stelling aan de orde wordt gesteld. *Mulder* bestrijdt mijn opvatting dat we de toepassing van het evenredigheidsbeginsel niet moeten 'marginaliseren'. Voor alle duidelijkheid: ik heb niet bedoeld te stellen dat er op het punt van de beoordeling van de belangenafweging iets anders moet worden gedaan dan de Afdeling al doet. Ik heb alleen beweerd dat dit uitdrukkelijker en preciezer kan worden geanalyseerd en verwoord. De Afdeling moet ook naar mijn inzicht niet zelf belangen gaan afwegen, maar zij moet wèl beoordelen of een rechtmatige belangenafweging heeft plaatsgehad. Dat is iets dat de Afdeling in feite ook doet, en wel onder de noemer van diverse toetsingsgronden. Als we die verder analyseren en als we nagaan wat er in de jurisprudentie van de Afdeling nu eigenlijk gebeurt, zien we dat daarin een oordeel wordt gegeven over de gronden waarop een waardering van belangen berust. Men mag geen verboden, discriminerende waardering hanteren en men moet rekening houden met de gevestigde rechten van betrokkenen[3]; dat speelt ook een rol in de jurisprudentie over de intrekbaarheid van beschikkingen. Daarnaast geldt de eis dat de gronden voldoende inzicht moeten geven.

Wanneer de gronden waarop de waardering berust deze toetsing hebben kunnen doorstaan, komt de Afdeling tot de eigenlijke beoordeling van de verhouding tussen het gekozen middel en het doel waartoe de bestuursbevoegdheid mag worden uitgeoefend. Het gaat dan om vragen als 'is het middel nodig?', 'is het middel geschikt?' en 'staan de gevolgen in een redelijke verhouding tot het te dienen doel?'.

Mijns inziens kunnen we aan de hand van de jurisprudentie vaststellen dat de Afdeling herhaaldelijk is overgegaan tot een beoordeling van de redelijkheid van de verhouding tussen middel en doel[4]. De Afdeling heeft daarbij aandacht besteed aan de gevolgen voor bepaalde betrokkenen bij een besluit en de gevolgen voor het door het besluit te dienen belang. Dit betekent niet dat de Afdeling de belangenafweging overdoet en zelf belangen gaat afwegen. Het betekent alleen dat – althans impliciet – in de jurisprudentie bepaalde criteria zijn neergelegd waaraan de belangenafweging moet voldoen.

4. Slot

Moet dit nu leiden tot een verandering in de jurisprudentie? Er zou op zichzelf naar mijn mening veel voor te zeggen zijn dat de Afdeling het beginsel van de gebondenheid – behoudens uitzonderingen – aan beleidsregels zou gaan hanteren en dat zij ook het evenredigheidsbeginsel als criterium zou noemen. Er zijn overigens uitspraken waarmee de Afdeling heel dicht bij een dergelijke opstelling in de buurt is geko-

men[5]. Deze uitspraken onderscheiden zich qua formulering nauwelijks van de jurisprudentie van die rechters – de Ambtenarengerechten en de Centrale Raad van Beroep – die wettelijk de mogelijkheid hebben om, zij het voor een beperkt terrein, het evenredigheidsbeginsel uitdrukkelijk te hanteren. Gebruikmaking van die mogelijkheid door de ambtenarenrechter betekent overigens evenmin dat deze zelf disciplinaire straffen gaat opleggen: hij komt slechts tot een beoordeling van door anderen opgelegde straffen.

Ik zou er aan de andere kant begrip voor hebben als de Afdeling het nu liever bij de bestaande patronen zou willen houden. We moeten immers niet alleen terugkijken, maar ook vooruitzien en inmiddels tekent zich af dat de hantering van de toetsingsgronden in de huidige vorm haar langste tijd heeft gehad. Ik hoop en verwacht dat een Algemene wet bestuursrecht tot stand zal komen die een belangrijk gedeelte van wat – in de vorm van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur – nu nog ongeschreven recht is, zal absorberen. Bij de komst van een dergelijke wet wordt het bekende kwartet beroepsgronden van artikel 8 Wet Arob gedeeltelijk obsoleet en is het de vraag of we niet in de wetgeving over de administratieve rechtspraak kortweg zouden moeten spreken van een beoordeling van de rechtmatigheid van besluiten, waarbij dan wèl naar het voorbeeld van artikel 8, tweede lid, van de Wet Arob de rechter zou moeten worden verplicht aan te geven welke norm van ongeschreven recht hij eventueel buiten de Algemene wet bestuursrecht om geschonden oordeelt. Tegen deze achtergrond kan wat mij betreft op termijn het eerste lid van artikel 8 uit de Wet Arob (evenals, uiteraard, de concordante bepalingen uit andere wetten betreffende administratieve rechtspraak) verdwijnen[6].

Noten

1. Zie bijvoorbeeld ARRS 11-12-1981, *AB* 1982, 216.
2. Zie bijvoorbeeld ARRS 9-5-1978, *AB* 1979, 223 en ARRS 6-2-1980, *AB* 1981, 55; vergelijk ook CRvB 22-12-1978, *AB* 1980, 44.
3. Zie bijvoorbeeld ARRS 7-11-1980, *AB* 1981, 346.
4. Zie over de vraag of een bepaald middel *nodig* is bijvoorbeeld ARRS 19-9-1979, *AB* 1980, 129, en ARRS 8-3-1982, *AB* 1982, 287; of het geschikt is ARRS 31-1-1985, *AB* 1985, 309; en of het in een redelijke verhouding tot het te dienen doel staat ARRS 24-2-1984, *AB* 1984, 284; ARRS 11-1-1983, *AB* 1983, 291, en ARRS 1-12-1983, *AB* 1984, 270.
5. Vergelijk E.M.H. Hirsch Ballin/A.J.C. de Moor van Vugt, Doel en middel in het bestuursrecht, in: *Ars Aequi* 35 (1986), pp. 783 e.v.
6. Vergelijk mijn bijdrage 'In de zaak voorzien, Beschouwing over de taak van de administratieve rechter ingevolge artikel 70 van de Beroepswet en artikel 73 van de Wet op de Raad van State', p. 194, in: *Blinde vlekken in het sociaal recht* (Frenkel-bundel), Deventer 1985, pp. 195-197.

mr. P. Nicolaï

Stelling 1:
Het zou van een juiste rechtsopvatting getuigen als de Afdeling rechtspraak haar weigerende houding ten aanzien van toepassing van beginselen van behoorlijk bestuur contra legem verlaat.

Stelling 2:
De strenge houding van de Afdeling rechtspraak met betrekking tot toepassing van art. 9 vierde lid van de Wet Arob, te weten dat het niet vermelden door het administratief orgaan van de beroepsmogelijkheid nimmer voldoende reden kan vormen om een termijnoverschrijding verschoonbaar te achten, is in strijd met haar eigen opvattingen over toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur.

Stelling 3:
Toepassing van de eis van behoorlijk bestuur dat de belangenafweging door het bestuursorgaan dient te getuigen van evenredigheid, levert voor de Afdeling rechtspraak problemen op omdat de wetgever haar in beroepsgrond c. een integrale toetsing aan het evenredigheidsbeginsel verbiedt.

Precies een week geleden sprak de Minister van Justitie de Orde van Advocaten toe, waarbij – Kapteyn refereerde eraan – hij betoogde dat het recht een massaprodukt, een confectie-artikel, is geworden, daaraan toevoegend dat het misschien niet goed is de normen voor een maatartikel te blijven aanleggen. Nu meen ik dat in iedere rechtsbedeling een spanning tussen confectie- en maatwerk bestaat. Als we terugkijken op tien jaar Arob-jurisprudentie op het terrein van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zien we dat daarin altijd het maatwerk voorop heeft gestaan. Ik denk aan de eis van materiële zorgvuldigheid, inhoudende dat de administratie in het bijzondere geval naar de minst bezwarende weg voor het betrokken individu moet zoeken. Ik denk aan de eis van belangenafweging in concreto, anders geformuleerd: de verplichting die volgens de rechter de administratie heeft om telkens na te gaan of niet in een bijzonder geval van de algemene beleidsnormen moet worden afgeweken. Verder denk ik aan de eis van zorgvuldige voorbereiding, waaruit de Afdeling afleidt dat telkens een grondig onderzoek van de omstandigheden van het bijzondere geval dient plaats te vinden.

Dat maatwerk is naar mijn mening niets anders dan een eis van recht. Je zou zelfs kunnen zeggen dat het wezen van de beginselen van behoorlijk bestuur hierin gelegen is. De toepassing daarvan moet het individu aan zijn recht helpen, moet hem tot zijn recht laten komen. Vandaag spreken we over de vraag 'hoe verder?'. Ik denk dat ik de

gevoelens van de meeste aanwezigen vertolk als ik zeg dat dat maatwerk in ieder geval in de toekomst zal moeten blijven bestaan.

Mijn drie stellingen hebben eigenlijk alle op die eis van maatwerk betrekking. In mijn eerste stelling ga ik ervan uit dat het maatwerk in wezen vereist dat onder omstandigheden op grond van uit de beginselen van behoorlijk bestuur voortvloeiende eisen van een wettelijke verplichting zou moeten kunnen worden afgeweken. Zoals we hebben kunnen constateren is het ook volgens de Afdeling zelf een eis van recht dat de administratie telkens in het bijzondere geval – maatwerk! – onderzoekt of van een beleidsnorm moet worden afgeweken. Als in strijd met de beleidsnorm een toezegging is gedaan, zal op grond van het vertrouwensbeginsel die toezegging moeten worden gehonoreerd. Het wil er bij mij niet in dat een uitdrukkelijke toezegging *nimmer* rechtens voor honorering in aanmerking zou komen, uitsluitend omdat de zich daartegen verzettende normen geen pseudo- maar echte wetgeving zouden zijn. Waaraan ontleent de norm van echte wetgeving immers zijn extra verbindende kracht? Tenslotte toch ook alleen maar aan een ongeschreven beginsel van recht. Het is een *beginsel* dat de wet moet worden toegepast. Men kan nu aanvoeren dat de plicht tot toepassing van de wet in de Grondwet te vinden is, maar ik stel dan de wedervraag: wáár wordt bepaald dat de Grondwet moet worden toegepast? Uiteindelijk is de eis van naleving van een wettelijk voorschrift gefundeerd in het ongeschreven recht, in een rechtsbeginsel. In dit verband wijs ik nog eens op de jurisprudentie van de belastingrechter en de Centrale Raad van Beroep. De belastingrechter heeft uitdrukkelijk geformuleerd dat het er telkens om gaat het bijzondere geval te onderzoeken – maatwerk te leveren dus! – en daarbij het 'beginsel dat de wet moet worden toegepast' af te wegen tegen het beginsel van behoorlijk bestuur waaruit in dat geval een bijzondere rechtsplicht voortvloeit. Dit maatwerk mis ik tot nu bij de Afdeling en ik zou er graag vandaag over debatteren.

Mijn tweede stelling heb ik in de symposiumbundel al vrij omvangrijk toegelicht. Naar mijn mening is het denkbaar dat de Afdeling bij overschrijding van de beroepstermijn de betrokkene toch ontvankelijk verklaart als blijkt dat hem geen mededeling van de beroepsmogelijkheid is gedaan. Het zal duidelijk zijn – ik sluit nu aan bij een opmerking van *Hirsch Ballin* – dat ook ik niet vind dat altijd en zonder meer tot zo'n ontvankelijkverklaring moet worden overgegaan, zeker niet als belangen van derden in het geding zijn. Ik heb nu juist betoogd dat in gevallen waarin géén belangen van derden in het geding kunnen zijn – dit kan bijvoorbeeld gelden voor subsidie-aanvragen en onder omstandigheden ook voor de intrekking van een vergunning bij wijze van sanctie – de Afdeling gebruik zou kunnen maken van haar bevoegdheid om artikel 9 lid 4 te hanteren als de overheid heeft nagelaten mededeling van de beroepstermijn te doen. Waarom die nalatig-

heid 'nimmer voldoende reden' kan vormen om een termijnoverschrijding verschoonbaar te achten, is mij niet duidelijk.

De derde stelling heeft betrekking op grond c in artikel 8 van de Wet Arob. Je zou kunnen zeggen dat het echte *materiële* maatwerk de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel is. Mijn stelling is dat de rechter, wanneer hij zich aan dat maatwerk zou overgeven, enigszins klem zou komen te zitten in verhouding tot grond c. Aanvaarden we het evenredigheidsbeginsel als een beginsel van behoorlijk bestuur als bedoeld in grond d, dan komt de rechter bij toetsing in de problemen. Enerzijds dient hij in verband met grond d de belangenafweging op evenredigheid te toetsen, anderzijds wordt hem zo'n toetsing in zekere zin 'verboden' in grond c. Daarin is immers bepaald dat de rechter als het om de afweging van de belangen gaat alleen mag ingrijpen wanneer de overheid in redelijkheid niet tot haar beslissing heeft kunnen komen: de eis van marginale terughouding.

Ik geloof niet dat de in grond c neergelegde beperking – *Mulder* heeft daarover iets gezegd – voortvloeit uit de visie van de wetgever dat die beperking noodzakelijk is omdat bij een verdergaande toetsing de rechter niet meer op zijn logica zou kunnen terugvallen. Immers, ook bij de toetsing van de belangenafweging in het kader van grond c, kan de rechter niet op 'logica' terugvallen en toch acht de wetgever zo'n toetsing toelaatbaar. Naar mijn mening is grond c in de wet terecht gekomen doordat hij indertijd eenvoudigweg is overgenomen uit de jurisprudentie van de civiele rechter. Men heeft de formule van het Doetinchem-arrest 'gecodificeerd' en men heeft er niet bij nagedacht of die norm überhaupt een beginsel van behoorlijk bestuur inhoudt. Het antwoord op deze laatste vraag moet in mijn ogen ontkennend luiden. Wat de civiele rechter tot uitdrukking bracht was de algemene rechtsnorm van misbruik van bevoegdheid. Die is per ongeluk in de Wet Arob en in andere wetten komen te staan: het gaat dan slechts om een overblijfsel uit de geschiedenis dat we eigenlijk niet meer nodig hebben. Ik kan mij op dit punt geheel aansluiten bij *Hirsch Ballin*, die voor het schrappen van de c-grond heeft gepleit.
Op dit moment levert de c-grond een beperking voor de rechterlijke toetsing op. Het heeft mij verbaasd dat bij de laatste wijziging van de Ambtenarenwet zonder slag of stoot de c-grond ook in die wet is opgenomen. Je zou kunnen betogen dat vóór bedoelde wijziging de ambtenarenrechter meer ruimte tot toetsing had dan nu. Toen was het hem immers niet wettelijk verboden om ook buiten het terrein van sancties de belangenafweging op evenredigheid te toetsen.

Men zal hebben gezien dat vooral mijn eerste twee stellingen tevens vragen zijn aan degenen die de Wet Arob toepassen. Ik verkeer wat dit betreft in de gelukkige positie dat ik wellicht direct – ik zie dat hier veel toepassers van de Wet Arob aanwezig zijn – van repliek zal worden

gediend. Voor het geval dat die repliek uitblijft zou ik de voorzitter willen vragen bij het sluiten van de zitting te constateren dat geen tegenbewijs is geleverd, zodat de stellingen als juist moeten worden geaccepteerd.

Discussie

mr. J.A.E. van der Does

Hirsch Ballin en *Nicolaï* zijn beiden van mening dat de opsomming van algemene beginselen onder omstandigheden een hinderpaal bij de toetsing is. Ik ben dit in zóverre met hen eens, dat de opsomming inderdaad een technische hinderpaal kan vormen. Men moet dan naar een algemeen beginsel toe redeneren, wat de gedachten enigszins kan belemmeren. Mag ik nu ook de conclusie trekken – men zal begrijpen dat ik deze vraag stel om de sprekers van het eerste blok te hinderen – dat in zoverre de burgerlijke rechter beter geschikt is om overheidsbeslissingen te toetsen?

De voorzitter van de VAR heeft verleden jaar in RM Themis geschreven dat bij de verdediging van het contra legem debaters zichzelf wel eens in de weg gaan zitten – ik geef de strekking van het betoog enigszins vrij weer –, omdat een rechter natuurlijk nooit tegen de wet in gaat, doch recht spreekt over gevallen waaraan de wetgever niet heeft gedacht. Onder die omstandigheden is het moeilijk het tegen de wet ingaan van de rechter echt goed te verdedigen; ik vind dat *Nicolaï* dat heel goed heeft gedaan. Het zou nu duidelijk zijn als hij zou kunnen antwoorden op de volgende vraag. De Woningwet wil dat men, als het bestemmingsplan bouwen mogelijk maakt, màg bouwen en dat men, als het bestemmingsplan het verbiedt, níet mag bouwen. Nu heeft de overheid in het laatste geval een bouwvergunning toegezegd. Vindt Nicolaï dat de rechter dan mag bepalen dat de bouwvergunning tegen de wet in moet worden verleend? Zo ja, dan is er inderdaad een reëel probleem. Zo nee, dan zouden we naar mijn mening niet over 'beslissingen contra legem' moeten spreken.

mr. E.M.H. Hirsch Ballin

Volgens de veronderstelling van *Van der Does* zou ik ervan uitgaan dat de c-grond een hinderpaal is. Dat is maar zeer betrekkelijk waar:

een overbodige paal is misschien wel een hinderpaal, maar in dit geval toch niet in díe zin, dat ik kan inzien dat door de c-grond, en meer in het algemeen door het bekende kwartet toetsingsgronden in artikel 8 van de Wet Arob en in concordante bepalingen in verscheidene andere wetten, werkelijk beperkingen aan de uitoefening van de rechterlijke functie zouden worden gesteld. Daarom kan ik er ook geen verslechtering van de positie van de ambtenarenrechter in zien dat in 1984 artikel 58 van de Ambtenarenwet 1929 met het bekende kwartet beroepsgronden, zij het met een iets andere uitwerking, is aangevuld.

Welk standpunt neem ik ten opzichte van de c-grond dan wèl in? Naar mijn mening roept de c-grond soms misverstanden op. Mensen denken dat de c-grond een opdracht inhoudt aan de rechter om niet al datgene te doen wat hij als rechter kàn doen, namelijk het toetsen van de uitoefening van bevoegdheden door bestuursorganen aan het geschreven en het ongeschreven recht. Overigens is in dit opzicht het leven van de rechtspraak – van alle takken van de administratieve rechtspraak – in ieder geval beter dan de leer van degenen die in de c-grond een inperking zien van wat eigenlijk de taak van de rechter zou kunnen of moeten zijn. Dit valt aan de hand van jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak en van andere administratieve rechters duidelijk te illustreren. Onder de vlag van het willekeurverbod, of preciezer gezegd de c-grond en van de andere algemene beginselen van behoorlijk bestuur wordt een toetsing uitgevoerd aan criteria voor rechtmatige belangenafweging door bestuursorganen.

Wat we tegen het kwartet beroepsgronden en met name tegen de c-grond kunnen inbrengen is dat de formulering van de c-grond op zichzelf niet erg verheldert wat de rechter nu eigenlijk doet. Om die verheldering tot stand te brengen moeten we meer en detail kijken naar wat administratieve rechters, onder de vlag van willekeurverbod, materieel rechtszekerheidsbeginsel en materieel motiveringsbeginsel, bij het beoordelen van de belangenafweging precies aan het doen zijn. Bij een dergelijke benadering tekenen zich wel degelijk lijnen af, waaronder die van de beoordeling of geen onevenredigheid bestaat tussen de gevolgen van een overheidsmaatregel voor bepaalde belanghebbenden en de met dat besluit te dienen belangen.

Ligt dit nu anders bij de burgerlijke rechter? De vraag van Van der Does lijkt te impliceren dat de burgerlijke rechter op dit punt eveneens alle mogelijkheden heeft. Ik kan het hierover, als dit de implicatie van de vraag is, met Van der Does eens zijn. Mij lijkt dat, ook al zijn de verwoording en de constructie anders, de jurisprudentie van de Hoge Raad – dat geldt ook voor het Landbouwvliegtuigenarrest, dat vanochtend al is genoemd – in feite neerkomt op dezelfde beoordeling van de rechtmatigheid van de belangenafweging die ook administratieve rechters verrichten.

Er is mij een concrete 'maatwerk-vraag' gesteld. Bij de beantwoording daarvan wil ik voorop stellen dat de strekking van mijn stelling anders is dan in de vraag wordt verondersteld. Mijn stelling heeft betrekking op het algemene uitgangspunt dat nog steeds uit de jurisprudentie van de Afdeling kan worden afgeleid, inhoudende dat het nimmer zo zal kunnen zijn dat een wettelijke rechtsplicht opzij wordt gezet door een rechtsplicht die voortvloeit uit een beginsel van behoorlijk bestuur. Dat uitgangspunt, dat ik in de jurisprudentie proef, bestrijd ik voor zover het zou voortkomen uit een bepaalde rechtsopvatting waarin kennelijk voor het ongeschreven recht een niet volledig doordachte plaats is weggelegd. Ik pleit voor een benadering die is omschreven in de formulering van de belastingrechter: aan de ene kant moet worden nagegaan hoe zwaarwegend het belang bij honorering van de eis uit het beginsel van behoorlijk bestuur is; aan de andere kant moet in het concrete geval worden onderzocht hoe zwaar het belang dient te wegen dat moet worden toegekend aan het blijven vasthouden aan de uit de wet voortvloeiende plicht. De uitkomst van de beoordeling zal telkens van de omstandigheden van het geval afhangen. In een concreet geval moet worden bepaald hoe zwaarwegend de algemene belangen zijn die in de wellicht buiten toepassing te laten wet bescherming hebben gevonden. De conclusie is onder andere afhankelijk van de mate waarin belangen van derden zouden kunnen worden geschaad wanneer in strijd met de wet aan een beginsel van behoorlijk bestuur voorrang zou worden gegeven.

In mijn ogen is het niet merkwaardig – ik ga ervan uit dat ik daarbij *Hirsch Ballin* aan mijn zijde vind – dat juist wanneer in de jurisprudentie een beginsel van behoorlijk bestuur contra legem wordt toegepast in principe altijd financiële aanspraken in het geding zijn, waarbij niet zo snel belangen van derden aan de orde zullen komen. Waar in de jurisprudentie van de Afdeling eerste stapjes worden gezet, betreffen deze naar mijn mening vergelijkbare facetten. Dat neemt niet weg dat je, als je maar ziet dat je het principe kunt toepassen, tot het inzicht kunt komen dat wellicht ook in de door *Van der Does* geschetste situatie zich een vergelijkbare omstandigheid zou kunnen voordoen. Laten we ons een geval voorstellen waarin het om een minutieuze wijziging gaat terwijl daarvoor toch een bouwvergunning nodig is. Als nu in zo'n geval een uitdrukkelijke toezegging is gedaan, als de betrokkene groot belang bij de verlening van de vergunning heeft en als verder geen belangen van derden in het spel zijn, hebben we aan de ene kant te maken met de ontegenzeggelijke ook volgens de eigen jurisprudentie van de Afdeling uit het vertrouwensbeginsel voortvloeiende plicht voor de overheid om de vergunning te verstrekken, aan de andere kant met de weigeringsplicht die in de Woningwet te vinden is. In het con-

crete geval zal dan, gelet op het belang van handhaving van de Woningwet enerzijds en honorering van de rechtsplicht uit het beginsel van behoorlijk bestuur anderzijds, het belang van honorering van laatstgenoemde rechtsplicht wel eens de doorslag kunnen geven.

mr. K. de Vries

Ik zou iets willen zeggen ten faveure van de c-grond, die hier nogal in discussie is geweest. *Nicolaï* blijkt met verbazing te hebben geconstateerd dat de c-grond zonder enige discussie bij de recente wijziging van de Ambtenarenwet is overgenomen. Ik meen dat de c-grond een heel essentiële functie heeft: hij bakent het terrein van de rechter ten opzichte van het bestuur af en hij is juist voor de rechter het signaal dat deze ruimte moet laten voor een zekere freies Ermessen van de overheid en niet op de stoel van het bestuur moet gaan zitten. In dit verband ben ik van mening dat we de evenredigheidstoetsing, die inderdaad op een beperkt terrein – de disciplinaire straffen – in de Ambtenarenwet is ingevoerd, niet moeten uitbreiden tot een volle evenredigheidstoetsing over het gehele terrein van het beleid. De evenredigheidstoetsing moet beperkt blijven tot het disciplinaire recht, dat in wezen een stukje pseudo-strafrecht is. Op het ruimere terrein van de beleidstoetsing hoort de evenredigheidstoetsing niet thuis.

mr. P. Nicolaï

Ik ben het er helemaal mee eens dat de rechter niet op de stoel van het bestuur moet gaan zitten, maar de vraag is of de wetgever in het algemeen de redelijkheids- en billijkheidstoetsing tot een zeer marginale zou moeten beperken. Het is denkbaar – *Hirsch Ballin* en ik zijn het daar naar ik meen over eens – dat onder omstandigheden een verdergaande toetsing rechtens van de rechter mag worden geëist. Van de rechter in Nederland mag je wel degelijk verwachten dat hij zelf weet wanneer hij een terughoudende opstelling moet kiezen. Ik wijs op de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep in sociale-verzekeringszaken. De Raad vindt in dat verband in de wet geen enkele beperking tot marginale toetsing als bedoeld in grond c: hij is op eigen houtje aan de beginselen van behoorlijk bestuur gaan toetsen. Toch zie je dat hier de rechter op een gegeven ogenblik de c-grond als een uitgangspunt voor zichzelf heeft aanvaard. Ik denk dus dat de rechter zelf wel weet op welke momenten hij zich terughoudend moet opstellen.

Tot welk oordeel de rechter komt zal in hoge mate afhangen van de aard van de concrete rechtsverhouding, het algemeen belang dat

daarin meespeelt en de omstandigheden van het geval. In dit verband nog een opmerking over de Ambtenarenwet van vóór de laatste wijziging. Een particuliere werknemer – misschien zelfs bij een overheidsbedrijf – die met zijn werkgever in de clinch ligt kan de gewone rechter aan eisen van redelijkheid en billijkheid laten toetsen. Het is denkbaar dat in situaties waarin zulks mogelijk is de ambtenarenrechter de ambtenaar een gelijkwaardige rechtsbescherming biedt en ook in principe aan redelijkheid en billijkheid toetst. Zodra zwaarwegende algemene belangen aan de orde komen, zal de rechter daarin een reden vinden om terug te treden. Wat nu is gebeurd, is dat in de Ambtenarenwet een formule is opgenomen die wettelijk gezien de rechter verplicht zich uitermate marginaal met een belangenafweging bezig te houden. Daarover heb ik zojuist gesproken.

mr. P.J.J. van Buuren

Konijnenbelt heeft een naar ik aanneem voor ons allen op zichzelf duidelijk onderscheid gemaakt tussen vage rechtsbegrippen enerzijds en discretionaire bevoegdheden anderzijds. Ik heb begrepen dat naar zijn mening de rechter in het geval van vage rechtsbegrippen volledig moet toetsen en in het geval van discretionaire vrijheid niet verder mag gaan dan een marginale toetsing en een toetsing met behulp van de beginselen van behoorlijk bestuur. Hij heeft zelf het begrip 'onbewoonbaar' genoemd als een begrip dat objectief bedoeld is en door de rechter volledig moet worden getoetst. Nu kan ik mij voorstellen dat de Afdeling – ik weet niet of het ten aanzien van dit begrip is gebeurd, maar ten aanzien van soortgelijke begrippen gebeurt het in ieder geval wèl – uitspreekt dat het bestuur 'in redelijkheid tot het oordeel heeft kunnen komen dat hier van een onbewoonbaar pand sprake was'. Vindt Konijnenbelt het nu juist dat de rechter bij een dergelijk begrip volstaat met de constatering dat het bestuur in redelijkheid tot een bepaald oordeel heeft kunnen komen, of is hij mèt mij van mening dat de rechter op deze manier iets geks doet en eigenlijk gewoon moet zeggen dat een juiste interpretatie van het begrip 'onbewoonbaar' is gegeven?

mr. W. Konijnenbelt

Op zichzelf ben ik niet te beroerd om van een rechter te zeggen dat hij iets geks doet wanneer ik vind dat hij iets geks doet, maar hier zou het kunnen meevallen! Ik ben waarschijnlijk onduidelijk geweest. *Van Buuren* heeft geprobeerd de simpele formule rechtstreeks toe te passen, terwijl ik zojuist duidelijk heb willen maken dat een dergelijke

toepassing niet geoorloofd is. Je mag niet zonder meer zeggen dat de rechterlijke toetsing in het geval van een discretionaire bevoegdheid *marginaal* en in het geval van een vaag begrip *vol* dient te zijn. De aard van de toetsing hangt af van de interpretatie van de wet. Het gaat erom of je mag aannemen dat de wetgever aan het bestuur in beginsel heeft willen overlaten vast te stellen wat hier rechtens zal zijn en aan het bestuur de mogelijkheid heeft willen geven om ook de daarvoor relevante normen te bepalen, dan wel dat de wetgever aan het bestuur alleen maar de plicht heeft opgelegd om dat in eerste instantie te proberen maar eigenlijk aan het bestuur het volle beoordelingscriterium in handen heeft willen geven.

Misschien is de terminologie die Van Wijk placht te gebruiken hier verhelderend. Volgens die terminologie is er als het om vage termen in de wet gaat soms sprake van een *beschrijvingsmoeilijkheid*, soms van een *bepalingsmoeilijkheid*. In het geval van een beschrijvingsmoeilijkheid is het nu eenmaal niet mogelijk een duidelijker term in de wet neer te leggen, maar beoogt de wetgever in principe met de gebruikte term het objectieve recht vast te leggen. In zo'n geval zou volle toetsing door de rechter mogelijk zijn. In andere gevallen hebben we te maken met een bepalingsmoeilijkheid. Dat wil zeggen dat het door Nicolaï ten tonele gevoerde 'maatwerk' nodig is, en wel maatwerk, verricht door de administratie. Is aan de administratie opgedragen dit maatwerk te verrichten, dan moeten de keuzen die daarbij zijn gedaan door de rechter meer afstandelijk worden beoordeeld. De aard van de toetsing is dus naar naar mijn smaak een kwestie van wetsinterpretatie. Je kunt niet zeggen dat je aan de hand van de formule 'vage norm' of van de formule 'kan' of 'is bevoegd' kunt uitmaken hoe het met de toetsing zit.

mr. P.J.G. Kapteyn

Zonder tegenspraak uit de zaal hebben inleiders achter de tafel gepleit voor verruiming van artikel 8 en voor minder marginalisering. Anders dan mijn voorganger frequenteer ik geen burgemeestersbijeenkomsten, maar ik weet wèl dat hij altijd geslagen terugkwam, omdat de burgemeesters hem hadden verweten dat wij in Den Haag voortdurend op hun stoelen gingen zitten. Terwijl in deze zaal iedereen roept dat de Afdeling nog wat méér moet doen, is er kennelijk in Nederland ook een andere werkelijkheid. Ik hoop dat er iemand in de zaal is die die werkelijkheid vertegenwoordigt en er iets over wil zeggen.

mr. K. Groen

Sinds bijna vijf jaar ben ik gepensioneerd als lid van de Centrale Raad van Beroep na het bereiken van de leeftijdsgrens. Vóór die tijd had ik achttien jaar in zulke rechterlijke functies gediend. Dat maakt dat ik mij nu uitgedaagd voel door hetgeen *Kapteyn* zojuist naar voren heeft gebracht. Als ik in die achttien jaar van één ding doordrongen ben geraakt, dan is het wel dat de rechter veel kan, maar dat hij er vooral voor moet oppassen dat we hier in Nederland niet in plaats van een parlementaire constitutionele democratie een *dikastocratie* krijgen. Ik ben bang dat uitlatingen als die van *Nicolaï* ons in die richting zullen drijven. De rechter is per slot van rekening in Nederland geen gekozen maar een benoemde figuur, iets wat al vaak genoeg, ten onrechte, tot reacties heeft geleid. Tegen die achtergrond moeten we ervoor oppassen dat de rechter in dit land niet op de hoogste stoel komt te zitten. De rechter blijft toepasser en interpretator van de wet. Ik wil niet bepleiten dat hij zich daarbij onthoudt van de toepassing van algemene beginselen van behoorlijk bestuur en ik keer mij zelfs niet tegen contra legem gaan. Niet voor niets heb ik gepleit voor het instellen door het Centrum voor Sociaal-zekerheidsrecht van de commissie die zich over contra-legem-uitspraken heeft uitgelaten. Aan het rapport van de commissie heb ik meegewerkt zonder een minderheidsnota in te dienen. Integendeel: ik heb volkomen met het rapport ingestemd, maar ik meen dan ook dat daarin de grenzen voor de rechter met voorzichtigheid worden getrokken. Die grenzen zullen we vooral in het oog moeten blijven houden.

mr. A. Mulder

In mijn inleiding heb ik *Hirsch Ballin* en *Nicolaï* aangevallen op het punt van de evenredigheid. Mede naar aanleiding van hetgeen hier zojuist is gezegd zou ik mijn standpunt in dezen nader willen toelichten. *Kapteyn* heeft vermoedelijk onder meer gedacht aan de motie die een gemeentebestuur eens heeft aangenomen, inhoudende dat de Afdeling in gevallen van vernietiging op grond van beleidstoetsing beter duidelijk zou moeten maken wat er aan de hand was, omdat ze het daar – het was ergens in het mij zeer bevriende Noorden – niet begrepen.

Hierop had ik het oog toen ik over 'rechterlijke logica' sprak, een onderwerp waarover Enschedé eens een artikel heeft geschreven. De rechter moet wat hij zegt proberen duidelijk te maken, en dat is al moeilijk genoeg. Laten we nu eens aannemen – ik weet hoeveel twijfels daarover bestaan – dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, die iets van een normatieve werking hebben, normen zijn. Je

zou dan als norm kunnen stellen dat het genomen besluit zodanig moet zijn, dat het doel dat ermee wordt gediend evenredig is aan de schade die het toebrengt. Dat is natuurlijk een formulering van niks, want het doel van een besluit is nooit het toebrengen van schade. Bij de evenredigheid gaat het meestal om de vraag of we bij het voordeel dat door het nemen van een besluit in een bepaalde richting wordt behaald het nadeel dat iemand overkomt op de koop toe moeten nemen. Een uitzondering moeten we maken voor subsidies, waarbij de situatie heel duidelijk is: je krijgt niks, je krijgt alles, of je krijgt een deel. Waarin zit hem nu die evenredigheid? Ik heb met het evenredigheidsbeginsel altijd moeite gehad, behalve wanneer het – ik verwijs naar mijn niet weersproken stelling 3 – om sanctietoepassing gaat, een punt waarop we eigenlijk geen afwijkend standpunt meer kunnen innemen nu de Hoge Raad heeft bevolen dat het evenredigheidsbeginsel te dien aanzien moet worden toegepast. In alle andere gevallen levert het evenredigheidsbeginsel veel problemen op, omdat je eigenlijk niet weet wat je tegen elkaar moet afwegen, met als gevolg dat het bijzonder moeilijk is tot een goede formulering te komen.

Het grote voordeel van artikel 8 eerste lid sub c Wet Arob is nu dat daarin een soort norm aan de rechter wordt gegeven. Als de rechter de door het bestuur gedane keuze toetst, moet hij allereerst nagaan of werkelijk alle belangen zijn afgewogen. Zo niet, dan sneeft het besluit op grond van schending van het zorgvuldigheidsbeginsel.
Zijn alle belangen afgewogen, dan kan volgens artikel 8 eerste lid sub c de rechter een beschikking alleen vernietigen als de uitkomst waartoe het bestuur is gekomen volstrekt onbegrijpelijk is.

Ik krijg overigens de indruk dat Hirsch Ballin en ik het eigenlijk wel eens zijn.

mr. E.M.H. Hirsch Ballin

Op de vraag of *Mulder* en ik het op het punt van het evenredigheidsbeginsel eigenlijk wel eens zijn, moet ik met 'ja en nee' antwoorden. Veel van de formuleringen van Mulder kan ik overnemen, maar nu juist niet de formulering die hij aan het eind van zijn betoog gebruikte en die erop neerkomt dat een besluit alleen maar op de c-grond mag sneuvelen als de uitkomst waartoe het bestuur is gekomen volstrekt onbegrijpelijk is. Zo erg is het toch ook met de door *Kapteyn* aangehaalde burgemeesters niet gesteld. Als het goed is – en ik denk dat het in het algemeen goed is – sneuvelt een beslissing wanneer op juridische gronden de belangenafweging valt aan te tasten. Natuurlijk moet de rechter niet zelf gaan besturen: de rechter moet op juridische gronden toetsen, maar dat doet hij, ook in andere gevallen dan bij sancties, door te kijken naar de beoogde en de nadelige gevolgen.

Procedureel-organisatorische aspecten

A. Welke wijzigingen zijn wenselijk in de gewone procedure voor de Afdeling rechtspraak?

mr. J.A.E. van der Does

De stilzittende overheid

Stelling 1:
Het administratieve proces kenmerkt zich door de doelmatige wijze waarop inzicht kan worden verkregen in de feiten en omstandigheden die voor de beslissing van belang zijn. Dit voordeel wordt verkregen dank zij de ruimhartige medewerking van de verwerende overheid.

Griffierechten

Stelling 1:
De regeling van de griffierechten is – afgezien van de omvang van het bedrag – bevredigend. Een laatste termijn van dertig dagen (art. 68 vierde lid Wet Raad van State) – waarop men uitdrukkelijk gewezen is – mag fataal zijn. Aan de zgn. verzendtheorie bestaat in dit verband geen behoefte.

Stelling 2:
De schaarse middelen die de gemeenschap beschikbaar stelt voor de rechtspleging kunnen beter worden besteed dan aan incasso-activiteiten. Wel kunnen de mogelijkheden van geautomatiseerd giraal verkeer beter worden gebruikt.

Mijn medereferent *Thunnissen* en ik hebben begrepen dat wij de aanwezigen aangenaam moeten bezighouden. Het leek ons daarom goed eerst snel iets over de kosten en de griffierechten te zeggen en daarna over te gaan naar een bloedserieus onderwerp.

Inzake de griffierechten en de manier waarop in het algemeen de appellant wordt bejegend moeten de grote klachten natuurlijk van Thunnissen komen. In het kader van de voorbereiding daarop maak ik een paar opmerkingen. Ik kan mij voorstellen dat de gang van zaken

bij de Afdeling soms klant-onvriendelijk lijkt. Het is mij opgevallen dat ik, als ik mij op een tijdschrift wil abonneren, ècht niet zou moeten proberen daarvoor contant te betalen. Men heeft ook veel liever niet dat ik ineens een giro stuur, want dan moet men dat allemaal gaan uitzoeken. De normale gang van zaken is dat men mijn opgave bevestigt en een acceptgiro stuurt, waarmee ik dan moet betalen. Ter zake van het griffierecht in Arob-zaken bepaalt de wet thans dat de appellant ter secretarie moet betalen, iets wat heel aardig zou zijn voor een kantongerecht ergens in het land. De misstanden die daaruit voortkomen kunnen, denk ik, beter worden bestreden door efficiencybureaus dan door juristen. Ik voel er weinig voor de problematiek op te lossen door de rechter van geval tot geval te laten beslissen of iemand die te laat heeft betaald nu werkelijk niet-onvankelijk is. Een dergelijke gang van zaken lijkt mij buitengewoon onpraktisch en ook vervelend voor allerlei medebelanghebbenden.

Ik denk dat men langs deze weg ook beter kan voorzien in de noden van de advocatuur. Zoals men weet willen de advocaten graag griffierekeningen hebben, waarop de griffierechten kunnen worden afgeboekt. Ik zou tot mijn vroegere confrères en collega's willen zeggen: laten we nu eerlijk zeggen wat de bezwaren zijn, want die houden geen verband met het kantoor van Thunnissen, dat een dergelijke regeling ongetwijfeld keurig zal uitvoeren, maar met de betalingsachterstand die te zijner tijd de heren mrs. Traag en Van Rampspoed ergens in de provincie zouden oplopen. Deze beide heren, die in de Orde toch al een beetje een buitenbeentje zijn, zouden vermoedelijk een groot aantal beroepschriften indienen terwijl ze te weinig op de rekening zouden hebben staan. Men kan tegenwoordig beter voor onderbrenging bij een bank kiezen als men bepaald wil dat een ander instaat voor de betaling van de rechten die men verschuldigd is.

Alvorens hiervan af te stappen maak ik nog een enkele opmerking die misschien wat dieper graaft. We moeten natuurlijk bedenken dat betalen een burgerrechtelijke handeling is: het voldoen aan een verbintenis. De betalingen waarover we hier spreken vormen slechts een fractie van het totale betalingsverkeer. Slaan we nu de parlementaire geschiedenis van het NBW op – na de vorige jaarvergadering van de VAR voor alle beoefenaren van het bestuursrecht een open boek – bij artikel 6.1.9A.3 tweede lid, dan zien we dat bij girale betaling het tijdstip waarop de crediteur wordt gecrediteerd beslissend is. In de rechtspraak komt volgens de toelichting een soortgelijke regel naar voren, hetgeen ook wenselijk is omdat het girale verkeer sterk toeneemt, terwijl vroeger in de rechtspraak een ander standpunt werd ingenomen op grond van de overweging dat tegemoet moest worden gekomen aan de simpele debiteur die ervan uitging dat hij op de laatste dag van de termijn met zijn biljet naar het loket van het postkantoor kon komen. Dit laatste is nu precies het argument dat voor administra-

tiefrechtelijke rechtscolleges altijd wordt gehoord. Ik vind dat wij niet altijd iets speciaals moeten willen, maar ook eens naar ontwikkelingen buiten ons rechtsgebied zouden kunnen kijken.

Nu een veel ernstiger zaak: de stilzittende overheid. In de toelichting op de stelling die ik over dit onderwerp heb geponeerd zijn enige woorden weggevallen. De eerste twee zinnen van de toelichting dienen te luiden:

> 'In enkele – gelukkig zeldzame – gevallen wordt de medewerking niet gegeven. Het bestuur – vaak ook het vertegenwoordigend orgaan dat het bestuur controleert – wantrouwt dan de rechter of staat op zijn minst onverschillig tegenover zijn taak.'

Dat de weggevallen woorden, betrekking hebbend op het vertegenwoordigend orgaan dat het bestuur controleert, belangrijk zijn, zal men straks merken, maar eerst wat casuïstiek. Er is op het ogenblik een middelgrote gemeente in het Westen des lands, waarvan ik overigens een van de belangrijke procesvertegenwoordigers zojuist met gehaaste stap de zaal zag verlaten – hij heeft het druk –, die met de woonruimtezaken absoluut is vastgelopen: daar doet men gewoon niets meer aan. In één bepaalde zaak is in april 1985 om het dossier met een verweerschrift gevraagd, is na een op zichzelf al te laat rappel, begin september, nog steeds niets ontvangen en kwam begin 1986 ineens een verzoek om uitstel binnen. De voorzitter dacht: dat is leuk, dan hoor ik tenminste eens iets! Men kreeg enig uitstel, maar dat hielp weer niets en tenslotte heeft de Afdeling in het voorjaar bepaald dat de zaak zonder verdere instructie ter zitting zou gaan. Dat is natuurlijk heel vervelend. Zo'n gang van zaken kan ertoe leiden dat je bij wijze van 'overval' op de zitting ineens hoort waar het om gaat, of dat het besluit wordt vernietigd omdat je niet kunt nagaan of het goed in elkaar zit. Er is dan eigenlijk voor de appellant nog niets gebeurd.

Een andere – zeer interessante – sector van het recht is het vreemdelingenrecht. Het interessante zit hem erin dat de staatssecretaris af en toe in de Vaste Commissie voor Justitie haar procesbeleid uitlegt, zodat je dat gewoon kunt nalezen. Er is een geweldige achterstand ontstaan, die men overigens – maar dit terzijde – nu hoopt in te lopen. Het is boeiend, te zien hoe die achterstand te verklaren valt: de oorzaak is in feite dat de samenleving ambivalent tegenover de vluchtelingenstromen staat. Verbale aandrang op de staatssecretaris tot uitbreiding van het apparaat is er genoeg, maar het inleveren van andere begrotingsposten daarvoor vindt toch zelden plaats.

Deze nuancering is noodzakelijk omdat we moeten begrijpen dat een rechter niet het onmogelijke kan vragen. Wat politiek onmogelijk is zal een rechter rustig vragen en eisen, maar wat fysiek onmogelijk is – de verdubbeling van een overheidsapparaat tussen vandaag en mor-

gen – niet. We zullen dus tot een oplossing met enig beleid moeten komen. Je kunt bijvoorbeeld zoeken in de richting van peremptoirstellingen. Ik sla verdere beschouwingen over mogelijke oplossingen nu omwille van de tijd over, maar ik heb er in ieder geval één gevonden waarover men naar ik hoop met mij zal willen nadenken. In het gval van de zojuist genoemde middelgrote gemeente zou het tot een vernietiging kunnen komen in een procedure die volstrekt nutteloos is. Aan zo'n uitspraak zou een gefixeerde kostenveroordeling van laat ons zeggen twee keer het griffierecht moeten kunnen worden verbonden, waarvoor de appellant dan gewoon een bevelschrift krijgt. Dit is een werkzaam middel. Voor de ambtenaar die dergelijke postjes veroorzaakt zwaait er wat en wanneer dit een techniek van de overheid wordt dreigt het volgend jaar een vervelende begrotingswijziging aan de orde te komen.

Men zou voor een dergelijke oplossing kunnen kiezen, maar voordat men daartoe besluit moeten we het gehele probleem wat verder analyseren. Mijn vertrekpunt daarbij is de noot van Scheltema onder een recentelijk gepubliceerd arrest over de termijnoverschrijding van de gemeente Amsterdam bij de uitvoering van de WSW. Het gaat mij niet om het arrest, maar om de noot, waarin de annotator betoogt dat de rechtspraak enigszins anders te werk zou kunnen gaan dan zij nu doet: men zou kunnen overwegen in de wet genoemde termijnen keihard toe te passen. De wetgever heeft een termijn gesteld, hij heeft afgewogen welke belangen bij spoed en bij traagheid betrokken zijn en als de overheden niet aan zo'n termijn gehouden zijn verdwijnt de prikkel die van de termijnstelling behoort uit te gaan.

Dat is volstrekt juist. Ik stel hier een oude conclusie van Langemeijer tegenover. Voor de kenners: het betreft hier *NJ* 1963, nr. 480, het geval van de voorloper van het huidige cellentekort. Er waren te weinig psychopatenasiels en dus moesten psychopaten die tot dwangverpleging werden veroordeeld daarop wachten in het Huis van Bewaring. Het Hof was tot de conclusie gekomen dat zoiets niet kòn en had de overheid veroordeeld de betrokkene in een asiel op te nemen. Langemeijer redeneerde als volgt. Wat wil het Hof? Het Hof wil dat er genoeg psychopatenasiels komen. Wat bereikt het Hof? Dat de wetgeving 'tijdelijk' zal worden aangepast. Langemeijer was voor een dergelijke aanpassing bevreesd. Ik kan mij dat voorstellen. De Hoge Raad heeft een geheel andere beslissing gegeven, maar als hij dat niet had gedaan zou er een tijdelijk noodwetje zijn gekomen om de betrokkenen zo lang in het Huis van Bewaring te kunnen houden. Weliswaar zou die situatie tijdelijk zijn, maar leer mij de mensen kennen! Als zoiets eenmaal mag . . .

Ik heb geprobeerd een enigszins gematigde remedie te vinden. Men moet er maar eens over nadenken.

mr. F.H.A.M. Thunnissen

Stelling 1: De stilzittende overheid
Burger en overheid worden in de procedure bij de Afdeling rechtspraak bij stilzitten in veel gevallen uiterst ongelijk behandeld.

Stelling 2: Versnelde behandeling
Spoedeisendheid kan ook in de loop van de procedure opkomen. Het voorschrift dat alleen bij het beroepschrift om de versnelde procedure kan worden verzocht is een onnodige belemmering.

Stelling 3: Griffierecht
De dwingende niet-ontvankelijkheid bij niet-tijdige betaling van het griffierecht dient te verdwijnen.

Toelichting:
Artikel 68 vierde lid Wet op de Raad van State werkt in de praktijk als een guillotine. De burger gaat bij zijn beroep vaak af op hetgeen daaromtrent aan de voet van het bestreden besluit is vermeld; daarbij wordt veelal niet gewezen op de verplichting tot betaling van griffierecht. Voor appellanten buiten 's-Gravenhage is het bovendien moeilijk 'ter secretarie van de Raad van State ten behoeve van de Staat een recht van' ƒ 95,— te storten.

De lettre de cachet bestaat uit een aankruisbrief die er voor de burger onschuldig uitziet. Dertig dagen later valt het mes. Er zijn andere en betere systemen en sancties denkbaar.
In elk geval zou de Afdeling dienen mee te werken aan een rekeningcourantsysteem voor advocaten en andere professionele rechtshelpers.

Allereerst iets over een probleem dat dogmatisch niet erg interessant is en in hoge mate een 'down-to-earth' karakter heeft: de griffierechten. Zoals men weet wordt een beroep door de Afdeling niet in behandeling genomen, 'voordat de indiener ter secretarie van de Raad van State ten behoeve van de Staat een recht van ƒ 75,— . . .' (thans ƒ 95,—) '. . . heeft gestort.' Het begon allemaal met ƒ 25,—. Dat is via ƒ 75,— opgekropen naar ƒ 95,— en er ligt nu een wetsontwerp klaar waarin het bedrag op ƒ 150,— wordt gesteld, niet alleen voor beroepen bij de Afdeling rechtspraak maar ook voor Kroonberoepen en schorsingsverzoeken. Een verzesvoudiging in tien jaar Arob. Ik zou zeggen: het gaat fijn zo! Als we over tien jaar weer bij elkaar zitten en de ontwikkeling is in hetzelfde tempo doorgegaan, dan bedraagt het griffierecht ƒ 900,—. Dertig jaar na de invoering van de Wet Arob zult u op deze manier voor het instellen van een beroep tegen de dakkapel van uw buurman een bedrag van ƒ 5.400,— moeten storten! Het is

duidelijk waar het naartoe gaat. Vroeger hadden wij een maatpak voor ƒ 25,—, maar de minister gooit het roer om en men moet nu voor een confectiepak de prijs van een maatpak gaan betalen.

Het is echter niet de *hoogte* van de griffierechten waarover ik wil spreken. Het gaat mij om de sanctie op niet-tijdige betaling van het griffierecht. Als men niet spontaan het griffierecht stort, krijgt men één keer een betalingsverzoek. *Van der Does* heeft er terecht al op gewezen dat men het bedrag niet zo gauw spontaan zal storten. Men weet niet waar men moet zijn en men wacht op een betalingsverzoek. Een dergelijk verzoek krijgt men één keer en als men vervolgens niet binnen dertig dagen betaalt wordt men – dat is dwingend – niet-ontvankelijk verklaard. Dit staat in de wet en het wordt heel strikt toegepast. Een mogelijkheid tot reparatie is er niet: het is definitief voorbij. Het onrecht heeft gezegevierd. De sluiting van uw bedrijf wordt definitief, u wordt het land uit gezet, uw zomerhuis wordt afgebroken, en dat is misschien allemaal wel onrechtmatig, maar de zekerheid dat het bedrag van ƒ 95,— binnen is was belangrijker.

Het gekke is dat omtrent andere primaire levensbehoeften – ik zou de rechtsbescherming zeker tot de primaire levensbehoeften willen rekenen – een zeer genuanceerde jurisprudentie bestaat. Ook bij niet-betalen kan bijvoorbeeld een nutsbedrijf niet zo maar het licht of het water afsluiten. Men moet in overleg treden met de belanghebbende en nagaan of hij misschien toch een betalingsregeling kan krijgen en op afbetaling alsnog iets kan doen. Anders ligt het bij de rechtsbescherming van de Afdeling rechtspraak: daar gaat – zo staat het in de wet – na dertig dagen het licht definitief uit en heraansluiting is niet mogelijk. Overigens zal ook buiten de primaire levensbehoeften in het maatschappelijk leven vrijwel geen bedrijf of instantie zijn diensten definitief staken wanneer na een eerste betalingsverzoek niet wordt betaald. Eén keer vergeten de NJ te betalen, nooit meer een NJ in huis. Zo gaat het niet.

De regeling van artikel 68 Wet op de Raad van State reflecteert naar mijn idee een diepgeworteld wantrouwen jegens de rechtzoekenden. Ze zullen wel niet betalen, dus wij helpen pas na betaling en als op eerste verzoek niet wordt betaald helpen we helemaal niet meer.
Ik maak mij sterk dat in meer dan de helft van de gevallen die op die manier in het water vallen sprake is van een abuis: een brief die per ongeluk is weggelegd en dertig dagen is vergeten. Dat levert dan een verlichtinkje van de werklast van de rechter op, maar tegelijk een enorm gat in de rechtsbescherming. De sanctie van het definitief verstoken zijn van een rechtsmiddel is naar mijn idee volstrekt onevenredig.

Bij de burgerlijke rechter bestaat iets dergelijks niet. Ook daar worden griffierechten geheven, die nog hoger zijn, maar als men niet betaalt krijgt men uiteindelijk een dwangbevel thuis, net als bij andere

diensten en leveringen die men niet betaalt. Ook zou men er bij geen arbitrage-instituut over denken te zeggen: gij wordt niet-ontvankelijk verklaard omdat gij de waarborgsom niet hebt betaald. Het is misschien wel waar dat de betrokkene voorlopig geen vonnis krijgt en dus even moet wachten – het arbitrage-instituut houdt het vonnis op totdat de waarborgsom is betaald –, maar er is geen sprake van dat de rechtzoekende het rechtsmiddel uit handen wordt geslagen. Ik denk dat er andere en betere mogelijkheden zijn. Als het nu zo verschrikkelijk nodig is om zekerheid te hebben dat die f 95,— of f 150,— binnenkomen, kan men dat op andere manieren zeker stellen. Men kan dezelfde methode volgen als bij de burgerlijke rechter: wie niet betaalt krijgt dan gewoon een dwangbevel thuis. Ook kan men kiezen voor een oplossing waarbij de procedure bij niet-betaling – en dan niet na één keer maar na twee keer aanmanen – wordt opgeschort. Zolang de appellant niet betaalt, wordt de zaak dan niet behandeld. Ook artikel 24 van de Wet tarieven burgerlijke zaken kent deze mogelijkheid. Men kan enige extra aanmaningen inlassen en men kan ook de hele niet-ontvankelijkheid bij niet-betaling afschaffen. Dat lijkt mij beter dan het systeem dat thans geldt.

Overigens: als iemand doet wat er in de wet staat – ter griffie een recht ten behoeve van de staat betalen – wist tot voor kort de griffie niet wat haar overkwam. Ik heb daar toen eens een brief over geschreven, waaruit ik de volgende passage wil voorlezen – het ging om een zaak waarin ik al had betaald, maar toch weer een aankruis-brief kreeg –: 'In zijn algemeenheid merk ik op dat ons kantoor juist met het oog op de zeer strenge ontvankelijkheidseis die de Raad van State stelt in verband met betaling van het griffierecht, ertoe is overgegaan om steeds direct bij het indienen van een beroepschrift het griffierecht te voldoen. Het komt regelmatig voor dat de betreffende advocaat niettemin later een brief ontvangt als zou het griffierecht niet zijn betaald. Indien u een suggestie heeft om ons betalingssysteem beter te doen verlopen, zou ik u daarvoor erkentelijk zijn.'

Een keurige brief, zou ik denken. Er gebeurde vervolgens een hele tijd niets, totdat er op een dag dat ik niet op kantoor was werd opgebeld door de Raad van State. Ik vond het volgende telefoonbericht: 'Opgebeld door Hanneke van de Raad van State. Suggestie voor betaling griffierecht bij indiening. In uw brief vermelden dat griffierecht betaald is bij de indiening. Als dat niet werkt, moeten we verder overleggen.' Voorlopig heeft het gewerkt, dus ik heb mijn klachten verder maar in de doofpot gestopt.

Van het griffierecht naar het wat ernstiger – of even ernstige – onderwerp van de stilzittende overheid is maar een kleine stap. De appellant wordt in de procedure bij de Raad van State voortdurend opgejaagd. Hij moet zijn beroep binnen dertig dagen indienen; anders is hij niet-ontvankelijk. Hij moet zijn griffierecht tijdig betalen; anders is

hij niet-ontvankelijk. Hij moet zijn motivering, als die niet direct bij het beroepschrift is gegeven, tijdig indienen; anders dreigt hij opnieuw niet-ontvankelijk te worden verklaard. Voor de overheid is de situatie heel anders: voor haar is de procedure bij de Afdeling rechtspraak een zeer ontspannen aangelegenheid. De overheid hoeft zich niet druk te maken. Voor haar gelden in het geheel geen termijnen en niet-ontvankelijkheid is er helemaal niet bij.

Het begint al voordat de appellant in beroep gaat. Als voor de overheid een termijn geldt waarbinnen zij een bepaalde beslissing moet nemen maar zij doet dat domweg niet, dan is het niet de overheid die risico's loopt. Het is dan de belanghebbende die heel secuur moet uitrekenen wanneer de overheid haar beslissing had moeten nemen, die daar zijn eigen dertig dagen beroepstermijn bij moet optellen en die dan moet zorgen dat hij binnen die dertig dagen iets doet. Een bekend voorbeeld is de gemeente of de provincie die niet beslist op een Arob-bezwaarschrift. Die beslissing moet binnen dertig dagen worden genomen, tenzij er een commissie is, in welk geval de termijn tot zestig dagen wordt verlengd, en tenzij er een verdagingsbesluit is, in welk geval een termijn van negentig dagen geldt. Als de appellant nu – zoals bij veel gemeenten en provincies standaardpraktijk is – na de indiening van zijn bezwaarschrift niets meer hoort, begint zijn fictieve beroepstermijn dan na dertig dagen te lopen, of moet hij eerst opbellen om te weten te komen of er een commissie is, zodat hij in plaats van dertig dagen zestig dagen in acht moet nemen, of moet hij misschien rekening houden met een verdagingsbesluit en als na zestig dagen een verdagingsbesluit is genomen, is dat dan geldig? Dit zijn allemaal vreselijk moeilijke vragen waarmee de appellant wordt opgescheept, terwijl de overheid niet voldoet aan haar verplichting om tijdig te beslissen. Dit is onaanvaardbaar en ik stel dan ook voor – ik denk dat eigenlijk iedereen het daarmee wel eens moet zijn – dat een bepaling wordt ingevoerd zoals te vinden is in artikel 33 lid 2 van de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie. Ik heb die wet altijd bij mij om aan iedereen te laten zien hoe het wél zou moeten: 'Het instellen van beroep tegen het niet nemen van een besluit of het niet verrichten van een handeling is niet aan een termijn gebonden. Het kan worden ingesteld zodra een lichaam binnen de daarvoor bepaalde tijd of, waar een tijdsbepaling ontbreekt, binnen redelijke tijd een besluit niet genomen of een handeling niet verricht heeft. Het College verklaart de verzoeker niet-ontvankelijk, indien het beroep onredelijk laat is ingesteld.' Dit is een termijnloos beroep, tenzij je het er zelf heel erg bij laat zitten. In dat geval ben je niet-ontvankelijk, omdat je het beroep onredelijk laat hebt ingesteld.

Als de appellant hijgend bij de Afdeling binnen staat heeft hij alles gedaan wat nodig is, maar dan treedt een weldadige rust in. Dat is het stadium van artikel 70: de Afdeling wint dan ambtsberichten in. Men

hoort in het geheel niets meer. Het inwinnen van ambtsberichten is verplicht. Misschien kan het in de spoedprocedure achterwege blijven, maar in de gewone procedure niet. In deze fase gelden geen termijnen, gelden geen niet-ontvankelijkheden voor de overheid en bestaan geen sancties. Als de overheid niets doet gebeurt er helemaal niets. *Van der Does* heeft al voorbeelden gegeven waaruit blijkt dat de Afdeling in feite vrij machteloos is; als de Afdeling al machteloos is, is de appellant dat zeker. Ik denk dat de Afdeling in dit opzicht veel kan leren van het burgerlijk proces. De Afdeling beroemt zich er altijd op – ik ben het daar in zekere zin mee eens – dat zij zo'n actieve rechter is, tegenover de lijdelijke burgerlijke rechter. Dit gaat op voor de behandeling van de zaak ten gronde, maar niet voor de procesvoering. Bij de procesvoering is juist de burgerlijke rechter zeer actief. In het civiele recht hebben we te maken met een heel doorzichtige procesvoering en met een procesleider, de rolrechter. Elk van de partijen weet precies in welke fase de rechtsstrijd zich bevindt en kan ook de loop van die rechtsstrijd en het tempo ervan beïnvloeden. Dat kan bij de Afdeling niet; de appellant heeft absoluut geen invloed op de snelheid waarmee de overheid moet reageren.

Ook bij de Afdeling zullen we mijns inziens te maken moeten krijgen met een duidelijke procesleiding en een procesgang die doorzichtig is voor alle partijen, zodat zij steeds weten in welk stadium het proces verkeert. Bovendien moeten alle partijen op de procesvoering en het tempo daarvan invloed kunnen uitoefenen. Als men de appellant wil opjagen is dat best, maar dan moeten ook korte termijnen voor de overheid gelden, waaraan zij kan worden gehouden.

Een vraag van uitvoering is dan, met welke sancties de overheid zou moeten worden bedreigd om ervoor te zorgen dat men iets doet. Ik meen dat een financiële prikkel zoals *Van der Does* voorstelde bij de overheid altijd helpt, zelfs als het om kleine bedragen gaat. Je zou ook kunnen kiezen voor de mogelijkheid – zeker wanneer er geen duidelijke derden-belanghebbenden zijn – dat verstek wordt verleend: dat wordt uitgegaan van de zaak zoals zij in het beroepschrift is gepresenteerd en dat op die basis recht wordt gedaan. Wanneer er wèl derden-belanghebbenden zijn, zou het proces kunnen worden voortgezet zonder de overheid; met degenen die wèl zijn verschenen zou het proces dan kunnen worden afgewikkeld. Het kan natuurlijk niet altijd helemaal zo, want je hebt de stukken nodig die aan de zaak ten grondslag liggen. Welke problemen dat oproept, is nog eens gebleken in een zaak die gisteren speelde. Het ging om een artikel 80-procedure, maar eigenlijk maakt dat voor het beginsel niet veel uit. Twee verzoekers om voorlopige voorziening wilden op grond van de Wet openbaarheid van bestuur kunnen beschikken over stukken die ook de heer Kok zo graag had gezien: de stukken die ten grondslag lagen aan de kabinetsformatie. Een ieder verscheen ter zitting, behalve de overheid. De

voorzitter had de stukken niet, wist niet om welke stukken het ging en kon niet beoordelen of er heel gevoelige dingen in stonden die hij op grond van de Wet openbaarheid van bestuur beter niet kon weggeven. De hele procesgang was geblokkeerd, domweg doordat het Ministerie van Algemene Zaken niet was verschenen en de stukken waar het om ging niet voor de voorzitter kenbaar ter tafel lagen. Op die manier kan een overheid een proces blokkeren; ik meen dat dat onaanvaardbaar is.

B. Is introductie van een zelfstandig administratief kort geding wenselijk?

mr. J.H. Blaauw

Stelling 1:
Het kort geding is naar zijn aard niet een zelfstandige procedure, maar inherent en accessoir aan een bodemgeschil. Het al dan niet aanhangig zijn van een bodemgeschil is op zich genomen irrelevant.

Stelling 2:
Om aan de maatschappelijke behoefte aan 'snelrecht' te voldoen zal men – ongeacht de mogelijkheden die het kort geding en de daaraan toegevoegde wil van partijen ongetwijfeld bieden; zie stelling 1 – andere procedurevormen tot ontwikkeling moeten brengen, welke het bodemgeschil op directe wijze beslissen.

Stelling 3:
In het voorstel van wet tot wijziging van de Wet op de Raad van State, de Wet Arob en de Vreemdelingenwet – no. 18 803 – vormt artikel 80a een goed midden tussen de mogelijkheden zoals weergegeven in de stellingen 1 en 2, zodat het spoedig tot wet dient te worden verheven.

Stelling 4:
Er zijn wetten welke bepalen dat door de instelling van beroep op de Afdeling rechtspraak de beschikking van rechtswege is geschorst, totdat op het beroep uitspraak is gedaan; zie bijv. art. 8 aanhef en sub b Woonruimtewet 1947.

Het belang van de verwerende overheid kan dan meebrengen dat haar de bevoegdheid behoort toe te komen opheffing van deze schorsing ex lege en/of een voorlopige voorziening te vragen. De artikelen 60a en 80 Wet op de Raad van State lijken daarvoor niet geschreven, zodat de wet in deze zal moeten voorzien. Intussen lijkt het verdedigbaar dat deze bepalingen, althans artikel 60a, analogisch worden toegepast.

Stelling 5:
Ook in vreemdelingenzaken behoren de artikelen 80 en 80a Wet op de Raad van State gelding te hebben.

Toen ik verleden week op een avond weer eens tegen mijn vrouw zat aan te praten over Arob en zij, zoals haar gewoonte is, heel geduldig luisterde, zei zij op een gegeven ogenblik tegen mij, na enig nadenken en peinzen: 'Het lijkt wel of bij jullie een nieuwe profeet is opgestaan, de profeet Arob.' Ik dacht dat ze daar wel gelijk in had en doordenkend vroeg ik mij af of we hier misschien met het land van Babel te maken hebben, gezien het feit dat er zo veel over Arob wordt gesproken. Ik heb echter na tien jaar Arob en zeker na dit congres de indruk dat diverse spraakverwarringsbeelden nu geleidelijk aan wel vervagen, zodat enige helderheid naar voren kan komen.

Ik ga over naar het onderwerp 'kort geding'. *Ten Berge* en ik hebben de moeite genomen in dezen nogal uitvoerige toelichtingen te geven. Ik zou dan ook heel kort kunnen zijn, maar ik wil toch nog een enkel punt naar voren brengen.

De vraagstelling 'is introductie van een zelfstandig kort geding wenselijk?' houdt eigenlijk een tegenspraak in. Het lijkt mij enigszins tegenstrijdig deze vraag op deze manier te stellen. Een kort geding en een zelfstandig geding zijn twee geheel verschillende dingen.
Eigenlijk kun je niet zeggen dat een kort geding tevens een zelfstandig geding zou kunnen zijn, want een kort geding behoort nu eenmaal noodzakelijkerwijze bij een zelfstandig geding. Ik verwijs hier naar mijn stelling 1.

Ik neem overigens aan dat de vraagstelling wel anders bedoeld zal zijn. Het gaat waarschijnlijk om de vraag of een kort geding ook formeel en processueel zelfstandig kan worden gedacht, los van een bodemgeschil. Daarop wil ik een kort antwoord geven. Na enige vraagstellingen in het NJB, zes à zeven jaar geleden, is nu wel gemeengoed geworden dat het administratief kort geding inderdaad een kort geding is. Daarvan mogen we geleidelijk aan wel uitgaan. We hebben te maken met het kader van een bodemgeschil: men wordt bij de voorzitter niet-ontvankelijk verklaard als niet werkelijk een bodemgeschil aanhangig is. In ieder geval moet er een bodemgeschil zijn, wil men in een schorsingszaak of in een ander administratief kort geding een niet-ontvankelijkverklaring ontlopen. Er moet zich voorts een spoedeisende situatie voordoen en er moet een voorlopige voorziening worden gevraagd – schorsing is óók een voorlopige voorziening –, na afweging van de belangen. Hieruit blijkt duidelijk dat ook het administratief kort geding een kort geding is.

Nu geldt dit natuurlijk ook voor artikel 60a van de Wet op de Raad van State. We mogen niet vergeten dat ook dit artikel inmiddels tien jaar bestaat. Misschien moeten we daaraan bijvoorbeeld het volgend

jaar, bij het elfjarig bestaan, een congres wijden. Intussen is artikel 60a niet onproblematisch. Heeft de voorzitter van de Afdeling geschillen van bestuur inderdaad te maken met voldoende rechtsbescherming, zodat het Plassenschap-Loosdrechtarrest ook voor deze 'rechter' geldt?
Deze vraag lijkt mij interessant, zeker nu na het Benthem-arrest sommige presidenten en Hoven hebben uitgesproken dat artikel 60a geen met voldoende waarborgen omklede rechtsgang meer biedt, zodat de president in kort geding bevoegd is.

Het gaat om de neiging de bodemprocedure te vervangen door een kort geding. Dat noemen we dan 'verzelfstandiging'. *Ten Berge* spreekt in een van zijn stellingen van een 'pseudo-bodemprocedure' en ik geloof dat hij daarin gelijk heeft.

Waarom wil men nu de vervanging van de bodemprocedure door een kort geding? Aangevoerd wordt dat een kort geding snel en goedkoop is, terwijl men toch meteen over het voorlopig oordeel van een rechter beschikt. Mijn oud-collega Asscher zal deze stelling heel graag beamen. Zijn opstelling was 'kom maar binnen; ik zal in mijn poliklniek deze zaak wel behandelen', waarmee de kous dan af zou zijn. Zo eenvoudig is het echter niet, want de binding, materieel en ik zou bijna zeggen natuurnoodzakelijk, aan een bodemprocedure kun je natuurlijk nooit wegpoetsen.

Nu geloof ik dat bij die neiging naar 'verzelfstandiging' en de wens die daarachter zit het ontworpen artikel 80a Wet op de Raad van State een goed voorbeeld is. Wanneer de voorzitter tijdens de behandeling van een schorsingszaak tot de conclusie komt dat eigenlijk ook de bodemzaak voldoende doorzichtig is geworden, zodat als het ware een beslissing zou kunnen worden gegeven, mag hij, zij het alleen met instemming van partijen, tot het geven van die beslissing overgaan. Dat is naar mijn mening zowel dogmatisch als anderszins volledig juist. Vaak wil men eigenlijk de bodemprocedure vervangen door een kort geding, maar in het kort geding kan niet meer dan een voorlopig oordeel en een voorlopige voorziening worden gegeven. Meent de voorzitter nu dat de zaak zelf wel tot helderheid is gebracht, dan zou die zelfde voorzitter met instemming van partijen als unus iudex ten principale meteen de zaak moeten kunnen beslissen. De vraag wat er met het schorsingsgebeuren moet gebeuren lost zich, dunkt mij, dan vanzelf wel op.

Naar mijn mening moet aan de neiging tot 'verzelfstandiging' van het kort geding niet in die zin worden toegeven, dat men tot een formele loskoppeling overgaat. In de huidige stand van zaken zijn bezwaarschriften en beroepschriften terwille van de rechtszekerheid noodzakelijkerwijs aan een termijn van dertig dagen gebonden. Deze situatie moet worden bestendigd. Na indiening van een beroep- of bezwaarschrift kan men dat geschrift eventueel nog intrekken wanneer men

meent dat in een schorsingszaak voldoende overtuiging ten aanzien van de rechtsvraag zelf is gegeven. Daarbij zie ik dan even af van toepassing van een te zijner tijd eventueel wet geworden artikel 80a. Van een formele loskoppeling zou ik, behoudens toepassing van artikel 80a, geen voorstander zijn. Om te voorkomen dat een administratief of ander kort geding een echt zelfstandig leven gaat leiden, moet afgezien van artikel 80a loskoppeling van een hoofdzaak niet mogelijk zijn. Overigens geef ik mijn mening eventueel graag voor een betere.

N.B.:
1. Inmiddels heeft de Hoge Raad bij arrest van 12 december 1986, *RvdW* 1987, 6, *BR* 1987, blz. 230 e.v. (m.n. N.S.J. Koeman), 'Barneveld', uitgesproken, in het voetspoor van het arrest 'Plassenschap-Loosdrecht', dat er naast de procedure voor de Voorzitter van de Afdeling geschillen van de Raad van State geen taak overblijft voor de President van de Rechtbank. Het gaat dan uiteraard om zaken, welke ten principale tot de bevoegdheid van de Kroon behoren. Na een eventuele vernietiging door de Kroon blijft naar mijn inzicht onder omstandigheden die bevoegdheid bestaan, met name wanneer als gevolg daarvan opnieuw in de zaak moet worden voorzien. In zodanige situatie blijft dan ook de Voorzitter van de Afdeling geschillen bevoegd zo nodig een voorlopige voorziening te treffen. Tot wat voor complicaties een andere opvatting kan leiden moge blijken uit President Haarlem 21 november 1986, *KG* 1986, 549, *BR* 1987, blz. 227 e.v., en de op dezelfde situatie betrekking hebbende beschikking van voornoemde Voorzitter d.d. 19 mei 1987 (niet gepubliceerd).

2. Op 1 januari 1987 is in werking getreden de Wet van 18 december 1986, *Stb.* 668, tot wijziging van de Wet op de Raad van State. Het hiervoren genoemde artikel 80a is thans genummerd artikel 116. Deze bepaling maakt mogelijk dat, indien een schorsingsverzoek is gedaan (thans artikel 107) hangende het onderzoek in een door de Afdeling te beslissen geschil en de voorzitter van oordeel is dat de feiten en omstandigheden geen nader onderzoek vergen, de voorzitter onmiddellijk uitspraak in dit (principale) geschil kan doen, onder meer op grond dat het beroep kennelijk niet-ontvankelijk, kennelijk ongegrond of kennelijk gegrond is.

mr. J.B.J.M. ten Berge

Stelling 1:
De actuele discussie over de vormgeving van de artikel 80 Wet RvS-procedure wordt ten onrechte slechts gevoerd tegen de achtergrond van een noodzakelijke vermindering van de werklast van de Arob-rechter en niet vanuit een evenwichtige visie op de rol van het kort geding en op de rol van de gewone procedure in het kader van administratief-rechtelijke voorzieningen in het algemeen. Artikel 80a impliceert branchevervaging met het gevaar van kwaliteitsverlies.

Stelling 2:
Het administratief kort geding is gebaat bij een loskoppeling van de bodemprocedure, in combinatie met een recht op een bodemprocedure voor alle partijen.

Stelling 3:
In de huidige artikel 80 Wet RvS-procedure wordt ten onrechte uitsluitend het initiatief gelaten bij de appellant. Ook het verwerende orgaan en een belanghebbende derde moeten de mogelijkheid hebben een voorlopig oordeel over de rechtmatigheid uit te lokken, wanneer door het instellen van beroep of bezwaar onzekerheid omtrent de rechtmatigheid van een beschikking is ontstaan.

Stelling 4:
Er is geen enkel argument waarom niet één uniform geregeld administratief kort geding kan worden ingevoerd dat van toepassing is op alle administratief-rechtelijke voorzieningen. Voor grotere uniformiteit bestaan goede redenen. Bij de vormgeving van artikel 80 Wet op de Raad van State moet de wetgever verder kijken dan de Arob-rechtspraak.

1. Artikel 80a als branchevervaging

Als hekkesluiter hoop ik de aanwezigen nog te kunnen boeien met een opvatting die enigszins van die van Blaauw afwijkt op het punt van de aanvaardbaarheid van artikel 80a (thans 116) Wet RvS.

Wie in deze zaal zou niet voor een snelle afwikkeling van zaken willen pleiten? Een snelle afdoening van beroepen sluit aan bij de behoeften van de samenleving. Bovendien kan een ieder in het pleiten voor een snellere behandeling van zaken iets van zijn frustratie kwijt over de lange duur van Arob-beroepen. Misschien zit het psychologisch nog wel dieper en is de grote aandacht voor beperking van de input van procedures bij administratieve rechters en voor opvoering van de verwerkingscapaciteit van instanties van administratieve

rechtspraak wel mede te verklaren uit een soort schuldgevoel van beoefenaren van administratief recht, die vanaf de jaren vijftig niets anders hebben gedaan dan het leerstuk van de administratieve rechtsbescherming op het schild te heffen en nu min of meer geconfronteerd worden met een uit de hand gelopen vraag. Frustratie en schuldgevoel? Daarnaast kan uiteraard niet worden ontkend, dat in de omvang van de vraag naar rechtsbescherming een groot maatschappelijk probleem schuilt en kan uiteraard ook de wetgever niet het recht ontzegd worden om te trachten daar iets aan te doen. Om in de termen van Soetenhorst/de Savornin Lohman (Preadvies NJV, *Hand. NJV* 1984, deel I, tweede stuk, blz. 9 e.v.) te spreken: het cliëntenperspectief van de jaren vijftig wordt in de jaren tachtig vervangen door het bestuurlijk perspectief. Wie thans het due-process-perspectief benadrukt, wordt al snel in de hoek gedrukt van de onrealistische, spilzieke rechtsbeschermings-fanatici. Alleen door af en toe met de witte vlag van artikel 6 EVRM te zwaaien is het mogelijk nog enige aandacht van de wetgever te vragen voor due-process-aspecten, zo lijkt het. Zonder artikel 6 EVRM begin je heel weinig.

Toch wil ik thans vanuit het due-process-perspectief een pleidooi houden voor het in haar waarde laten van de gewone procedure in het administratief proces. Die gewone procedure is het watermerk van het administratief proces. De legitimiteit van de administratieve rechtspraak is de legitimiteit van de gewone procedure. De gewone procedure staat voor zorgvuldig onderzoek naar de feiten, voor een zorgvuldige afweging van alle aanwezige belangen en voor een gedegen interpretatie van voorschriften, resulterend in een zorgvuldig gemotiveerde uitspraak. Er is een tendens de centrale betekenis van de gewone procedure te onderschatten en iets van haar glans weg te nemen. Die verschraling komt tot uiting in het veelvuldig gebruik van de vereenvoudigde behandeling (artikel 78, thans 105 Wet RvS), het met toestemming van partijen achterwege laten van de mondelinge behandeling, beperkt ambtshalve onderzoek naar de feiten, het veelvuldig werken met enkelvoudige kamers en de onmiddellijke uitspraak in de hoofdzaak welke mogelijk wordt gemaakt door artikel 80a Wet RvS. Voor een nadere toelichting wil ik gemakshalve verwijzen naar de bijdrage van B.W.N. de Waard en ondergetekende onder de titel: De individu in het administratief proces: verschuivend perspectief (in: *Recht als norm en als aspiratie*, Ars Aequi Libri, Nijmegen 1986, blz. 238-257). Al met al is er een verwatering van de gewone procedure en daarmee van de betekenis van de gewone procedure waarneembaar: een verwatering die het aanzien van de administratieve rechtspraak kan schaden.

Het vorenstaande was noodzakelijk om mijn bezwaren tegen artikel 80a Wet RvS te funderen. Artikel 80a maakt het voor de voorzitter mogelijk met toestemming van partijen onmiddellijk uitspraak te

doen in de hoofdzaak na een onderzoek in het kader van een schorsings- of voorlopige voorzieningsprocedure. Met name is dit mogelijk in procedures waarin niet sprake is van 'kennelijkheid' van de uitslag (zie de criteria van artikel 78 Wet RvS).

Artikel 80a kan enig vernuft niet worden ontzegd. Het haakt in op het diskrediet, dat de lange duur van de gewone procedure inmiddels heeft opgeleverd. Op inventieve wijze wordt een kortsluiting aangebracht tussen artikel 80 en de gewone procedure.

Tegen die kortsluiting richten zich mijn bezwaren. Allereerst een principieel bezwaar. Morrelt men niet aan het instituut van de gewone procedure, wanneer met toestemming van die partijen een uitspraak wordt verkregen die tot stand komt met voorbijgaan van die procedure? Is toepassing van de gewone procedure niet een kwestie van openbare orde, welke onafhankelijk is van wat partijen ervan vinden? Moet in de gewone procedure niet ook acht worden geslagen op aspecten die de betrokken partijen minder belangrijk vinden, zoals de rechtsorde in het algemeen, of belangen van derden? Ik ben geneigd die vragen bevestigend te beantwoorden. Ik sta niet te juichen als de wetgever het mogelijk maakt, dat een administratieve rechter na een onzorgvuldig onderzoek komt tot een verder onaantastbare uitspraak, ook al zijn de betrokken partijen het er mee eens. Natuurlijk is er wel de waarborg, gelegen in de inbreng van de voorzitter. Het zich verlaten op de diverse voorzitters vind ik evenwel, ondanks mijn grote vertrouwen in die voorzitters, gevaarlijk. Ook voorzitters zijn onderdeel van een grote bureaucratische organisatie die vooral gericht is op produktie.

Er zijn nog andere meer praktische bezwaren. Ik volsta met enkele retorische vragen. Zijn partijen wel in staat volledig de draagwijdte van hun toestemming in te schatten? Hoeveel partijen zullen hun toestemming weigeren, als de voorzitter hen daarom expliciet vraagt? Zien partijen het weigeren van die toestemming niet als het impliciet uitspreken van een motie van wantrouwen tegen de voorzitter? Wat moet er gebeuren, als later blijkt dat de feiten gecompliceerder lagen dan aanvankelijk werd vermoed, of als blijkt, dat er bepaalde derden zijn waarvan de belangen mee hadden moeten worden gewogen? Is in het toegepast zijn van artikel 80a Wet RvS een reden gelegen om ten aanzien van artikel 84 (thans 120) Wet RvS andere criteria te hanteren?

Naar mijn mening moet een kort geding een kort geding blijven, en geen pseudo-gewone procedure worden. Zeker niet in een tijd, waarin door de lange duur van de gewone procedure velen dit alternatieve circuit zullen gaan volgen en daarmee het gezicht van de administratieve rechtspraak ingrijpend kunnen wijzigen.

Ik ben ervoor dat, nu artikel 80a Wet RvS wet is geworden, de voorzitter dit artikel met terughoudendheid toepast. Slechts in gevallen

waarin het ten enen male ondenkbaar is dat de gewone procedure nog iets aan het geschil zal kunnen toevoegen, en met ondervanging van de bezwaren zoals die hiervoor ten aanzien van de toestemming van partijen zijn geuit, acht ik toepassing van artikel 80a Wet RvS aanvaardbaar.

Hopelijk is artikel 80a Wet RvS slechts een tussenstap op weg naar een meer definitieve oplossing waarvan ik een voorstander ben en die verwoord is in mijn stelling 2.

2. Afscheid van de connexiteit

Door J.A. Borman (*De procedure bij de Afdeling rechtspraak van de Raad van State*, Zwolle 1982, blz. 60 e.v.) is al eens een pleidooi gehouden voor een loskoppeling van bodemprocedure en kort geding in Arob-zaken. H. Bolt heeft in zijn dissertatie een aantal complicaties en consequenties daarvan besproken (*De voorlopige voorzieningsprocedure*, Deventer 1986, blz. 157 e.v.). De koudwatervrees bij de minister (Memorie van Antwoord 18.803, nr. 6, blz. 9) op dit punt heb ik niet. Ik pleit ervoor de procedurele band tussen bodemprocedure en kort geding-procedure te verbreken.

Uiteraard leent een beslissing in een kort geding-procedure zich er niet toe om voor onbepaalde tijdsduur van kracht te blijven, als een van beide partijen zich daartegen verzet. Partijen kunnen echter besluiten om zich bij het oordeel van de voorzitter neer te leggen. Doen ze dat niet, of slechts een van beide, dan moet er een mogelijkheid zijn om binnen een bepaalde termijn een uitspraak in de bodemprocedure te verkrijgen. Die mogelijkheid moet bestaan voor de oorspronkelijke appellant, een derde of het verwerend orgaan. De bodemuitspraak doet de uitspraak in kort geding vervallen. Wordt er geen bodemprocedure aanhangig gemaakt, dan krijgt de uitspraak in kort geding formele rechtskracht.

3. Ook orgaan en derde als verzoeker in kort geding

Een kort geding dient te worden gestart door degene die belang heeft bij 'snelrecht'. Vaak is dat degene die op korte termijn belang heeft bij een voorlopig oordeel over de rechtmatigheid van een bepaald besluit. Gelet op het feit dat een ingesteld beroep of bezwaar in het algemeen geen schorsende werking heeft, is men geneigd te denken dat alleen een appellant belang heeft bij snelrecht in de vorm van een schorsing of voorlopige voorziening. Heeft het beroep wel schorsende werking, dan is men geneigd het openbaar bestuur of een derde geen enkel belang bij snelrecht toe te kennen.

Is dat wel terecht? Ook al is er geen schorsende werking aan een ingesteld beroep of bezwaar verbonden, dan nog moet men erkennen,

dat door het instellen ervan rechtsonzekerheid is geschapen, als gevolg waarvan het bestuursorgaan ertoe kan besluiten toch maar niet de beschikking uit te voeren of een derde kan besluiten toch maar niet van de begunstigende beschikking gebruik te maken. Ook al verzuimt de belanghebbende schorsing of voorlopige voorziening te vragen, het is lang niet zeker dat daarmee alle risico voor orgaan of derde is verdwenen. Beide kunnen echter niet anders doen dan afwachten. Een rechtsstelsel dient te allen tijde een snelle voorlopige beslissing in concrete rechtsvragen te kunnen genereren voor degene die daarbij belang heeft. In de uitspraak moet de kort-gedingrechter niet schromen in beginsel alle partijen met een rechtstreeks rechterlijk bevel te confronteren.

4. Harmonisatie administratieve kort-gedingprocedure

Er bestaan in het administratief proces thans vier, ten dele verschillend geregelde voorlopige-maatregelprocedures (artikelen 60a en 80 Wet op de Raad van State, 102 Ambtenarenwet 1929 en 65 Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie). De artikel 80 Wet RvS-procedure strekt zich ook uit over Arob-bezwaarschriften, niet over beroep dat uiteindelijk bij de Afdeling rechtspraak kan komen. Artikel 65 Wet administratieve rechspraak bedrijfsorganisatie zal beide vormen van beroep, voorafgaand aan het beroep op het College voor Beroep voor het bedrijfsleven, gaan bestrijken. Waarom deze, en nog andere procesrechtelijke verschillen? Gelet op het bestaan van diverse hoogste administratiefrechtelijke colleges is het onvermijdelijk, dat door de diverse administratieve rechters ook afzonderlijke kort-gedingvoorzieningen worden geboden. Die kort-gedingvoorzieningen kunnen en moeten echter uniform geregeld worden. Voorts dienen kort-gedingvoorzieningen alle administratiefrechtelijke voorzieningen te bestrijken.

Discussie

mr. P.J.G. Kapteyn

Het kwalitatieve probleem dat *Thunnissen* aan de orde heeft gesteld zou ik kwantitatief enigszins willen reduceren. Ik kreeg bijna de indruk dat de afgelopen economische crisis in Nederland te wijten was aan het feit dat de Afdeling niet tijdig allerlei industriëlen heeft geholpen die net één dag te laat hun griffierecht hadden betaald! In werkelijkheid is het probleem kleiner. Bij de ongeveer 2.000 zaken per jaar waar het hier om gaat betaalt misschien één op de tien appellanten te laat; negen op de tien appellanten laten nooit meer iets van zich horen. Het idee van een dwangbevel lijkt mij het overwegen waard, maar ik denk dat we voornamelijk te maken hebben met mensen die denken 'laat maar lopen', of mensen die gezien de uitspraak die in een artikel-80-geding is gedaan verwachten dat ze in de hoofdzaak zullen verliezen.

Thunnissen heeft ook gesproken over een brief die hij aan de Raad van State had gestuurd en over de reactie die daarop van onze kant kwam. Tot nu toe hebben we met advocaten die zulke brieven schrijven altijd een truc kunnen uithalen door Hanneke in het veld te sturen. Dat heeft in andere gevallen altijd geholpen, maar in dit geval is het, denk ik, misgelopen doordat Thunnissen haar zelf niet aan de telefoon heeft gehad! Ik zal zo spoedig mogelijk een ander opzoeken; vermoedelijk zal het nu een Willeke worden.

mr. Van Driel

Aangezien ik wel eens aan vreemdelingenzaken doe, heb ik uit de mond van *Van der Does* bekende geluiden gehoord toen hij over het 'stuwmeer' bij het Ministerie van Justitie sprak. Van der Does acht het wenselijk dat de Raad van State zou kunnen beschikken over een instrument zoals de civiele rolrechter dat vanuit de geschiedenis aangereikt heeft gekregen. Ik meen dat dat instrument niet meer hoeft te

worden gecreëerd, maar dat het er al is. Mocht ik tot een verkeerde conclusie zijn gekomen, dan hoor ik dat graag, maar naar mijn mening bevat artikel 70 eerste lid juncto artikel 32c vierde lid Wet Raad van State een peremptoirstellingsmogelijkheid. De voorzitter kan immers volgens deze regeling de verweerder voor het indienen van het verweerschrift en de ambtsberichten een termijn stellen. Naar mijn mening kent de wet ook een sanctiemogelijkheid. De sanctie zou, zoals Van der Does ook zelf heeft aangegeven, kunnen zijn dat de verwerende instantie, in civielrechtelijke termen, niet in staat wordt gesteld te concluderen. Wanneer de overheid geen verweerschrift heeft ingediend, zou bijvoorbeeld een fictieve weigering kunnen worden vernietigd omdat geen motivering bekend is. In andere gevallen zal het zeker mogelijk zijn een beginsel van behoorlijk bestuur of misschien zelfs wel de c-grond toe te passen. 'Niet binnen een redelijke termijn hebben kunnen beslissen' is toch 'niet in redelijkheid rekening houden met de belangen van betrokkene'.

Zou het zo ver zijn gekomen, dan is het instrument van een dwangbevel dat appellant meteen ten uitvoer kan laten leggen, niet nodig. Ik maak uit artikel 73 eerste lid Wet Raad van State op dat direct een termijn kan worden gesteld. De verweerder zal, rekening houdend met de uitspraak, opnieuw in de zaak moeten voorzien. Doet hij dat niet, dan is er voor appellant de weg van artikel 77 Wet Raad van State, waarbij verweerder opnieuw de kans krijgt binnen een redelijke termijn in de zaak te voorzien. Wordt daaraan niet voldaan, dan kan de Afdeling zelf met toepassing van artikel 77 verweerder onder oplegging van een dwangsom bevelen aan de uitspraak van de Afdeling gevolg te geven.

Naar mijn mening beschikt de Afdeling nu reeds over de wettelijke mogelijkheden om het door Van der Does omschreven doel te bereiken. Ik hoop dat mijn opvatting juist blijkt te zijn.

mr. J.A.E. van der Does

Het probleem ligt niet zo zeer in het vinden van een oplossing, als wel in het vinden van een oplossing die niet het effect teweeg brengt waarvoor Langemeijer waarschuwde, namelijk dat de wetgever zich uit de knellende houdgreep bevrijdt door de procedure zo te veranderen, dat je toch weer terug bij 'af' bent. De door *Van Driel* voorgestelde oplossing heb ook ik overwogen. Die oplossing is zeker uitvoerbaar en kan met de wet in de hand worden toegepast, maar er zijn ook nadelen aan verbonden. In de eerste plaats moet met een 'meertrapsraket' van rechterlijke beslissingen worden gewerkt, wat natuurlijk tot allerlei complicaties leidt. Over dat nadeel moet men niet gering denken.

Voordat ik verder ga verwelkom ik Van Driel hier zeer speciaal. Naar mijn mening vergeten veel beoefenaren van het administratieve recht dat het vreemdelingenrecht erbij hoort: zij kunnen daaraan niet genoeg worden herinnerd! Inmiddels wordt het vreemdelingenrecht door zeer eigensoortige casusposities gekenmerkt, waarbij een van de bijzonderheden is dat er tijdens procedures voortdurend iets verandert. Het vervelende van zo'n reeks van procedures is dus dat de 'oerbeschikking' waartegen men is begonnen te procederen intussen achterhaald dreigt te raken. Ik meen daarom dat de door Van Driel bepleite werkwijze uiteindelijk niet meer oplevert dan een verplichting van de overheid om nu eindelijk een besluit te nemen over een situatie die inmiddels is verdwenen. Als dat besluit dan tenslotte komt zijn we nog niet veel verder.

Het tweede punt waarop ik wil wijzen geldt niet speciaal voor het vreemdelingenrecht. De artikelen van de huidige wet waarop Van Driel doelt zijn tamelijk gecompliceerd, wat overigens niet aan de wetgever ligt omdat ook de materie gecompliceerd is. In ieder geval gaan deze artikelen ervan uit dat er uiteindelijk een nieuwe beslissing komt die wèl goed en deugdelijk is. Je kunt daar dus heel weinig mee doen wanneer de overheid niet verder komt dan het nemen van besluiten die door onvoldoende motivering en onvoldoende toelichting eenvoudig niet hanteerbaar zijn als aanrakingspunt voor de toetsing.

Sprekend over het vreemdelingenrecht wil ik naar aanleiding van geluiden die op het ogenblik uit de gemeentelijke hoek te horen zijn, nog op een bepaald punt mijn bezorgdheid uitspreken. Je kunt stellig vrezen dat het verschijnsel van de stilzittende overheid in ernst zal toenemen. Het administratieve proces is eigenlijk gegrond op de gedachte dat de overheid eraan meewerkt.

mr. H. Bolt

Op de bijdrage van *Blaauw* zou ik graag willen reageren, iets wat voor hem naar ik aanneem niet als een verrassing zal komen. In zijn toelichting op stelling 1 merkt hij op niet te begrijpen waarom sommigen – ik ben een van hen – voor verzelfstandiging van het administratieve kort geding pleiten; Blaauw heeft overigens goed begrepen om welke vorm van verzelfstandiging het dan gaat. Na lezing van de stellingen van *Ten Berge* is het de aanwezigen wellicht duidelijk geworden op grond van welke argumenten voor zo'n verzelfstandiging kan worden gepleit. Persoonlijk begrijp ik niet goed waarom Blaauw zich zo tegen die verzelfstandiging verzet.

We zijn het er naar ik meen over eens dat in theorie de uitspraak van een voorzitter voorlopig moet worden genoemd. Dat ligt in de aard van de procedure besloten. Hetzelfde geldt voor de uitspraken van de

president van de rechtbank. Waarom accepteert Blaauw nu de in civilibus bestaande situatie – geen procedureel verband tussen de twee procedures –, maar acht hij een pleidooi om dezelfde situatie ten aanzien van het administratieve kort geding in te voeren onbegrijpelijk? Hij noemt beide vormen toch species van één genus-procedure?

Blaauw hecht naar mijn mening te veel waarde aan de aard van de procedure. In ieder geval verheft hij deze mijns inziens tot een soort dogma, dat niet zou kunnen worden aangetast. Hij moet dan ook tot de conclusie komen dat een bepaalde uitspraak misschien op zich definitief lijkt, maar het niet is. Er ontstaan op dit punt wat de verdedigbaarheid betreft problemen. Zo is bijvoorbeeld moeilijk duidelijk te maken dat het straatverbod, waarbij de president iemand verbiedt in een bepaalde straat te komen, alleen maar een voorlopige uitspraak is.

Met dit soort uitspraken in gedachten zou ik het volgende willen opperen. Misschien is ten aanzien van het burgerlijke kort geding een andere benadering mogelijk. Je zou ervan kunnen uitgaan dat de uitspraken in kort geding definitief zijn, waarbij je dan aan een actie van een van de partijen overlaat of een uitspraak alsnog een voorlopig karakter krijgt. Doe je op deze manier niet méér recht aan het gebruik van de kort-gedingprocedure in de praktijk? In zijn stelling 2 signaleert Blaauw zelf een groeiende behoefte aan snel recht.

Tot slot iets naar aanleiding van Blaauws derde stelling, waarmee ik tevens aansluit bij een opmerking van Ten Berge. Een systeem van rechtsbescherming moet – daarover zijn we het naar ik meen eens – aan bepaalde minimale waarborgen voldoen. Kijken we nu naar de bodemprocedure bij de Afdeling rechtspraak, dan zien we dat enige procedurele mogelijkheden zijn gecreëerd of wellicht nog zullen worden gecreëerd die aan die minimale waarborgen tekort zouden kunnen doen. Ik noem in dit verband het niet meer houden van een openbare zitting, de alleenrechtsprekende rechter en de mondelinge uitspraak. Alleen de zorgvuldige en gedegen schriftelijke voorbereiding was tot nu toe betrekkelijk ongeschonden uit de strijd gekomen. Het door Blaauw genoemde wetsvoorstel maakt het echter mogelijk dat een alleenrechtsprekende rechter zonder die gedegen voorbereiding en eventueel zonder zitting bij mondelinge uitspraak recht doet. Daarbij dient te worden bedacht dat hier ook de situatie bestaat – hopelijk niet meer voor al te lang – dat de eerste rechter die bij de zaak wordt betrokken ook meteen de laatste is. Ik verwijs naar de situatie bij het burgerlijk kort geding, waar op de uitspraak van de president nog appel en cassatie kunnen volgen. Dreigt men met het bedoelde wetsvoorstel nu niet een procedure te creëren die – ik durf het artikel bijna niet meer te noemen: misschien word ik wel afgevlagd! – in strijd komt met artikel 6 van de Europese Conventie tot bescherming van de Rechten van de Mens? Ten aanzien van deze laatste vraag zal ik graag de mening van Blaauw vernemen.

Bolt voert heel wat aan: je zou er lang en breed over kunnen spreken. Ik zal trachten in een logische volgorde te reageren en daarbij duidelijk te maken dat in mijn standpunt, zoals neergelegd in de gepresenteerde stellingen, wel degelijk logica – we zouden kunnen zeggen: rechterslogica – te vinden is.

Het is natuurlijk duidelijk dat het burgerlijk kort geding zich in feite tot een zelfstandig geding heeft ontwikkeld. Dat vindt mede zijn oorzaak in de omstandigheid dat een bodemprocedure in burgerlijke zaken niet per se behoeft te worden aangesneden. Er is ook geen binding aan termijnen: in dertig jaar tijd kan men als het ware nog een bodemprocedure beginnen. Duidelijk is overigens dat volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad – ik herinner aan het arrest Elsloo uit 1971 – een kort geding in burgerlijke zaken zonder meer niet mogelijk is als materialiter niet een bodemprocedure bestaat. Of die bodemprocedure al dan niet aanhangig is, is voor het kort geding in burgerlijke zaken irrelevant, maar zij moet wel bestaan. De basis is in dit verband artikel 2 Wet RO, of eventueel een bijzondere wet, wanneer de burgerlijke rechter bevoegd is verklaard. De bodemprocedure is dus, al of niet verscholen, in een burgerlijke zaak altijd aanwezig.

Nu dreigt het gevaar dat men bij het doorvoeren van de verzelfstandiging van het kort geding in burgerlijke zaken de bodemprocedure vergeet en niet meer aanwezig ziet. Mijn oud-collega Asscher gebruikte enige tijd geleden het beeld van de manier waarop de maan zich kan manifesteren: in sommige situaties zie je op de achtergrond niet meer het bodemgeschil. Dan dreigt het gevaar dat het kort geding in burgerlijke zaken zó zeer zelfstandig is, dat als het ware daarmee de rechtspositie van partijen zou worden vastgelegd. Daarvoor heb ik gewaarschuwd en waarschuw ik nog steeds. Een beslissing in kort geding, ook al gaat het over een straatverbod, is niet een beslissing ten principale, maar blijft een voorlopig oordeel.

Door de wil van partijen kan dat voorlopige oordeel echter een definitief oordeel worden. Als partijen besluiten, eventueel na hoger beroep of beroep in cassatie, zich nolens volens bij de beslissing in kort geding neer te leggen, eventueel strijdensmoe of omdat procederen nogal wat geld kost, dan is door de wil van partijen de rechtspositie van partijen definitief bepaald, aan de hand van een uitspraak in kort geding, zeker, maar *door de wil van partijen.*

Wat gebeurt er nu bij het administratief kort geding? In wezen precies hetzelfde. Zoals ik in mijn toelichting zojuist al zei, zal een voorzitter verzoeker niet-ontvankelijk verklaren als er geen bodemprocedure is, een bodemprocedure die dan bovendien ook nog aanhangig moet zijn, maar dat is een formeel criterium. Als men wat dat betreft tot een loskoppeling wil komen kan dat mij niet zo veel schelen, maar

er moet in ieder geval een bodemprocedure bestaan, nu nog gebaseerd op het begrip 'beschikking' in de zin van artikel 2 Wet Arob, eventueel op een weigering ex artikel 3.

Nu komt het in de praktijk vaak voor – wij hebben daar als voorzitters bijna dagelijks mee te maken – dat door de behandeling van een schorsingszaak in werkelijkheid de bodemprocedure helemaal naar voren komt. Je vraagt dan wel eens of de zaak nog andere aspecten heeft en of men nog andere overwegingen heeft. Als dat op een gegeven ogenblik niet het geval blijkt te zijn kun je tot de conclusie komen dat bij de behandeling van het schorsingsgebeuren de bodemprocedure open voorligt. Is het dan in het kader van de maatschappelijke wenselijkheid niet voldoende dat aan de hand van artikel 80a meteen ook over de zaak zelf een beslissing wordt gegeven, mits – net als in burgerlijke zaken – partijen het daarmee eens zijn? Op deze manier ontstaat een volledige parallel, praktisch en ook dogmatisch, tussen het kort geding in burgerlijke zaken en het kort geding in administratieve zaken: als partijen er zich bij neerleggen kan de bodemprocedure meteen worden geregeld, eventueel in een zelfde vonnis van de voorzitter.

Bij Bolt en anderen bestaat naar ik meen een zekere vrees voor de alleensprekende rechter, die dan bovendien nog een oordeel in hoogste instantie geeft. Ik moet natuurlijk ontkennen dat die vrees gegrond is, maar ook uit de ervaring van zo veel jaren rechter te zijn, burgerrechtelijk en administratiefrechtelijk, is het volkomen duidelijk dat je op een gegeven moment niet anders kunt dan een zaak op een bepaalde manier beslissen. Wat wil men dan nog met een verwijzing naar een meervoudige kamer van drie rechters, met een hoger beroep of met een beroep in cassatie? Bij het merendeel van de procedures kan het voorkomen dat zich een situatie voordoet waarin de zaak ten principale duidelijk is. In zo'n situatie biedt juist, vanuit de praktijk én de dogmatiek, artikel 80a een voortreffelijke oplossing.

Bolt meent een tegenstelling te kunnen construeren in verband met het feit dat ik voor burgerlijke zaken niet een bodemprocedure aanhangig gemaakt wil zien en voor administratieve (schorsings)zaken wèl. Ik geloof dat het noodzakelijk is je zo op te stellen. Op een gegeven moment moeten burger en overheid weten waar ze aan toe zijn. De rechtszekerheid eist dat bepaalde termijnen gelden. De beste en minst ingewikkelde oplossing is dat men pas een schorsingzaak kan beginnen als ook een hoofdprocedure aanhangig is, hetzij na indiening van een bezwaarschrift hetzij na indiening van een appelschrift. Op die manier ontstaat binnen een beperkte tijd een bepaalde rechtszekerheid, waarvan ik altijd nog voorstander ben.

Hiermee hoop ik Bolt voorshands voldoende te hebben geïnformeerd. Als hij ermee instemt, zijn we het samen ook over de bodemzaak eens!

mr. P.J.J. van Buuren

Op één punt is mijns inziens het interessante betoog van *Blaauw* onvolledig. Als ik het goed begrijp vertoont de voorgestelde procedure waarvan hij zich een fervent voorstander betuigt, één groot verschil met de situatie in het burgerlijk procesrecht. In het burgerlijk procesrecht kan men in drie instanties eerst in kort geding procederen en kan men vervolgens beslissen of men zich al dan niet bij de uitspraak wil neerleggen. Naar ik heb begrepen gaat het voorgestelde artikel 80a uit van de situatie dat men tevoren moet zeggen of men zich al dan niet bij de uitspraak van de voorzitter zal neerleggen. Ik zie daar een essentieel verschil in, waaraan Blaauw naar mijn mening voorbij gaat.

mr. J.H. Blaauw

Ik ben blij dat *Van Buuren* in ieder geval over een *interessant* betoog spreekt: dat stemt tot voldoening. Overigens weet ik niet of hij wel gelijk heeft. Natuurlijk kun je in burgerlijke zaken na drie keer in kort geding te hebben geprocedeerd – bij de president, in hoger beroep en in cassatie – ook nog eens drie keer ten principale procederen. Dat zal in een enkel geval ook wel gebeuren, maar dan is het belang er ook naar. Moet je nu voor die paar gevallen waarin zoiets gebeurt ook in administratieve zaken een zelfde modus scheppen? Ik vraag mij af of dat wenselijk is. Men moet niet vergeten dat wanneer een zaak bij de Afdeling komt meestal al een bezwaarschrift is behandeld. In verscheidene zaken is in ieder geval dàt toch al gebeurd.

Naar mijn mening hoeft de toestemming van belanghebbenden niet meteen te blijken. Stel dat een voorzitter een zaak heeft behandeld en na over en weer delibereren met partijen de indruk heeft dat de zaak vatbaar is voor directe afdoening ten principale. Als een partij het daarmee niet eens is, zou zij de voorzitter te verstaan kunnen geven dat zij tegen afdoening ten principale bezwaar heeft. Ik kan mij ook voorstellen – maar we hebben nog geen enkele praktijk – dat de voorzitter voorstelt dat men na een bedenktijd van een week of veertien dagen opnieuw bijeen komt. In uitzonderlijke gevallen – je kunt zoiets niet in elke zaak doen, want dan doe je alles dubbel-op – wanneer grote belangen op het spel staan en wanneer een partij eventueel nog met burgemeester en wethouders of gedeputeerde staten overleg moet plegen, zou een werkwijze kunnen worden gevolgd waarbij men na een week of veertien dagen terugkomt, of – bij voorkeur schriftelijk – nader laat weten of men met het meteen afdoen van de hoofdzaak al dan niet akkoord gaat. In het laatste gevallen hoeven partijen niet opnieuw bij elkaar te komen. De zaak is dan uitgebreid bepleit en de voorzitter wacht een telefoontje of een schriftelijk bericht af, waarna hij ervoor zorgt dat zijn 'maakjuristen' de uitspraak gereed maken.

Ik denk al met al dat het in de praktijk wel zal meevallen. Ik onderken dat er theoretisch enige moeilijkheden zijn, maar die zijn naar mijn mening toch niet van dien aard, dat met een dergelijke oplossing de rechtszekerheid niet gediend zou kunnen zijn.

mr. R.G. Mazel

Ik heb mij vanochtend en vanmiddag wat beklemd gevoeld, vooral ook door de laatste opmerking van *Van der Does*.Daarom zou ik mijn vraag willen richten tot de voorzitter, als een boven de partijen staand deskundige.

Vanmorgen is gepleit voor verruiming van de beroepsmogelijkheden tegen beschikkingen van de overheid. Men mag aannemen dat daardoor het aantal beroepen zal toenemen. Vanmiddag is gewezen op de noodzaak van ruimhartige medewerking van de overheid in het administratieve proces; er is geconstateerd dat dat wel eens niet helemaal lukt en er is vervolgens gepleit voor het verder aandraaien van de duimschroeven bij de overheid. In de derde plaats heeft het kabinet besloten dat de overheid in de komende vier jaar met 10% moet worden gekort. Ik neem aan dat keuzen onvermijdelijk worden. Mijn vraag aan de voorzitter is welk van de drie alternatieven hij als eerste zou willen laten afvallen.

Summing-up door de voorzitter mr. M. Scheltema

Aan mij de taak om naar aanleiding van de rijk geschakeerde denkbeelden die hier naar voren zijn gekomen enige lijnen te trekken. Dat is misschien toch iets eenvoudiger dan het op het eerste gezicht lijkt, want als we één ding kunnen constateren dan is het wel dat de Wet Arob volgens velen goed functioneert. Het is eigenlijk wonderbaarlijk hoe zeer de Wet Arob in de tien jaar dat zij nu bestaat een plaats in ons rechtsleven heeft ingenomen. Die plaats is in feite onomstreden en over het functioneren van de wet bestaat in grote mate tevredenheid; hier zijn althans geen geluiden in een andere richting gehoord. Ik herinner mij – en misschien herinneren zich enkelen uwer dat mèt mij – dat tien jaar geleden in deze zelfde zaal een bijeenkomst is gehouden, zo mogelijk nòg beter bezocht dan deze, waarin voorlichting over Arob werd gegeven. Als we zien wat de afgelopen tijd is gebeurd kunnen we zeggen dat die voorlichting kennelijk buitengewoon efficiënt is geweest: van Arob-procedures is veel gebruik gemaakt.

De voorzitter van de Afdeling rechtspraak heeft aan het begin van deze dag gesproken over de vraag hoe het grote aantal zaken op doelmatige wijze kan worden verwerkt. Misschien moeten we wel concluderen dat dit een van de grootste problemen is. Het is buitengewoon plezierig dat aan een oplossing van dit probleem wordt gewerkt en het is ook aardig dat *Kapteyn* juist deze gelegenheid heeft aangegrepen om de mening van de Afdeling rechtspraak voor het voetlicht te brengen.

Het lijkt mij niet goed nu uitgebreid op het door Kapteyn aangesneden probleem in te gaan. Ik volsta met de opmerking dat steeds wanneer het om decentralisatie gaat de organisatie die zou moeten decentraliseren vindingrijk blijkt te zijn in het aangeven van taken die toch eigenlijk *niet* zouden moeten worden gedecentraliseerd. De Afdeling rechtspraak blijkt wat dit betreft geen uitzondering te vormen. Misschien is dat ook wel goed. Het is in ieder geval wenselijk voor ogen te houden dat het erom gaat een eerste instantie vóór de Afdeling te schakelen; de vormgeving is daarbij uiteindelijk niet de meest belangrijke kwestie.

De Arob-jurisprudentie heeft zich een duidelijke plaats in de rechtspraak verworven. Dat blijkt niet alleen uit de Arob-zaken zelf, maar ook meer in het algemeen uit de plaats die de Wet Arob en de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak in ons rechtssysteem hebben ingenomen. *De Haan* heeft betoogd dat de burgerlijke rechter veel minder doet dan de Arob-rechter kan doen: voordat de Wet Arob er was gingen de mensen niet naar de burgerlijke rechter en kregen ze daar lang niet gedaan wat ze nu bij de Arob-rechter gedaan krijgen. Ik denk dat die vergelijking niet helemaal opgaat. De rechtspraak van de burgerlijke rechter heeft wel degelijk gevolgen ondervonden van het feit dat er Arob-jurisprudentie is. De huidige jurisprudentie van de burgerlijke rechter is anders dan zijn jurisprudentie uit vroegere tijd. Ik meen dat er tweezijdig van een onderlinge beïnvloeding sprake is, waaraan ook de Arob-rechtspraak een duidelijke bijdrage heeft geleverd.

Het eerste blok vragen had betrekking op de *ontvankelijkheid*. Algemeen hebben de inleiders naar voren gebracht dat deze op bepaalde punten nog wel wat kan worden uitgebreid, hetgeen er in ieder geval op duidt dat men van de Afdeling rechtspraak veel verwacht. Niemand heeft bepleit dat de Afdeling ook over feitelijke handelingen gaat oordelen. Betoogd is, door onder anderen *Steenbeek*, dat de manier waarop de rechtspraak is georganiseerd, zich toespitst op besluiten. Dit betoog is kennelijk overtuigend geweest. Rechtspraak over feitelijke handelingen moet kennelijk bij de gewone rechter blijven. Of men voor het overige op de hier besproken punten de rechtsmacht van de Afdeling rechtspraak zou willen uitbreiden, hangt, denk ik, in belangrijke mate af van de wijze waarop men de situatie waardeert die bestaat wanneer de Afdeling rechtspraak *geen* rechtsmacht heeft. Men komt dan zoals bekend bij de burgerlijke rechter terecht. De resultaten die bij de twee soorten rechters kunnen worden bereikt zijn verschillend. De inschatting van dit verschil is mede bepalend voor het standpunt dat iemand ten opzichte van uitbreiding van de rechtsmacht van de Afdeling rechtspraak inneemt. Als *De Haan* zegt dat de burgerlijke rechter ver achterblijft bij hetgeen de Afdeling rechtspraak doet, uit hij een waardering die mijns inziens in verband kan worden gebracht met het feit dat hij de sterkste voorstander van uitbreiding van de rechtsmacht van de Afdeling rechtspraak is. Wanneer je de indruk hebt dat de jurisprudenties van de beide rechters niet zo ver uiteenlopen, neem je, denk ik, een standpunt in waarbij een belangrijker plaats is ingeruimd voor de vraag hoe het meest doelmatig een afbakening tussen gewone en administratieve rechter tot stand kan worden gebracht.

Vanuit deze gezichtshoek is de benadering van *Steenbeek* en *Van Buuren* te verklaren. Zij hebben vooral gesproken over besluiten tot het verrichten van feitelijke handelingen en besluiten tot het aangaan

van privaatrechtelijke rechtshandelingen. Beiden waren het erover eens dat het toch eigenlijk goed zou zijn wanneer besluiten tot het verrichten van feitelijke handelingen onder de rechtsmacht van de Afdeling rechtspraak zouden komen te vallen. Weliswaar gooide Van Buuren ten aanzien van die gedachtengang wat roet in het eten door met casusposities enige problemen te illustreren die aangeven dat er ook bij het inslaan van deze richting afgrenzingsmoeilijkheden zullen ontstaan, maar anderzijds is van verschillende kanten met recht betoogd dat we in de huidige situatie wel met zéér grote afgrenzingsmoeilijkheden te maken hebben. Thans brengt het begrip 'beschikking', geïnterpreteerd als rechtshandeling gericht op enig rechtsgevolg, zó veel complicaties en ook soms zó grillige jurisprudentie met zich mee, dat de door Van Buuren en Steenbeek voorgestelde oplossing misschien minder afgrenzingsproblemen oplevert dan er op het ogenblik zijn en dus uit dien hoofde aantrekkelijk is.

Met betrekking tot de besluiten tot het aangaan van privaatrechtelijke rechtshandelingen heb ik de indruk gekregen dat *Steenbeek* en *Van Buuren* slechts een nuance verder zouden willen gaan dan de huidige situatie, terwijl *De Haan* een aanzienlijk andere situatie bepleit. Uit overwegingen van duidelijkheid is De Haan daarbij voorstander van een systeem waarbij in bepaalde wetgeving heel uitdrukkelijk de berechting van bepaalde soorten overeenkomsten aan de administratieve rechter wordt opgedragen. Ik denk dat tegen een dergelijke opdracht in ieder geval minder bezwaren bestaan, omdat daardoor ook duidelijk wordt wat precies aan de Afdeling rechtspraak wordt opgedragen. Wanneer je de lijn die de Afdeling nu heeft getrokken vanuit algemene jurisprudentie verder zou moeten nuanceren – daarvoor zijn wel enige argumenten aangedragen –, blijft het probleem altijd waar precies de grens moet worden gelegd.

Het meeste verschil van mening bestaat over de vraag in hoeverre de competentie moet worden uitgebreid met betrekking tot besluiten van algemene strekking. Met name voor zover het gaat om algemeen verbindende voorschriften heeft *Stroink* zich een duidelijk tegenstander van een dergelijke uitbreiding betoond. Iedereen was het er wel over eens dat je binnen de categorie 'algemeen verbindende voorschriften' eigenlijk geen onderscheid meer zou moeten maken. Stroink heeft een aantal bezwaren tegen toelating van beroep tegen algemeen verbindende voorschriften de revue laten passeren. Zo zouden er problemen ontstaan wanneer na lange tijd een dergelijk besluit onverbindend zou worden verklaard. Wie voor een korte beroepstermijn kiest, komt voor de vraag te staan hoe het moet wanneer binnen die korte beroepstermijn geen beroep is ingesteld. Ook rijst de vraag naar de verhouding tussen een oordeel in een dergelijke procedure en de positie van andere rechters.

Aan de andere kant – *De Haan* heeft zich daarvan de meest duidelij-

ke voorstander betoond – is te zeggen dat ook nu uiteindelijk tegen het hier bedoelde type besluiten kan worden opgetreden, zij het dan bij een andere rechter. Het is sterk de vraag of de gesignaleerde problemen zich niet in belangrijke mate evenzeer voordoen wanneer de burgerlijke rechter een oordeel over dergelijke besluiten geeft. Het zou tegen die achtergrond aantrekkelijk kunnen zijn ook voor algemeen verbindende voorschriften de richting van een competentie-uitbreiding voor de Afdeling rechtspraak uit te gaan.

Naar mijn mening is de discussie inzake algemeen verbindende voorschriften 'open' geëindigd, terwijl ten aanzien van de overige besluiten van algemene strekking de bezwaren tegen uitbreiding van de rechtsmacht minder groot werden gevonden.

Het tweede onderdeel had betrekking op de *toetsingsgronden.* Ik heb mij bij de discussie over dat onderwerp afgevraagd wat nu precies de verschillen tussen de diverse naar voren gebrachte standpunten waren. Na kennisname van de aantrekkelijke stellingen op dit punt, waarin zeker ook enige tegenspraak te bespeuren viel, valt met enige spijt te constateren dat bijvoorbeeld *Hirsch Ballin* verklaart het volledig eens te zijn met het standpunt van *Mulder* – ik had te dien aanzien juist enige verschillen gemeend te kunnen ontdekken – en dat hij dat zelfs illustreert met aanhaling van uitspraken die mede door Mulder zijn gewezen. Op die manier blijft van de tegenstellingen niet zo veel over. Misschien is wel waar wat *Konijnenbelt* heeft gezegd: dat men verschillende redeneringen kan gebruiken, maar dat iedereen ongeveer op hetzelfde punt uitkomt. Hij heeft gewezen op de ontwikkelingen in Frankrijk en in Duitsland: in Duitsland wordt met behulp van goede dogmatische redeneringen een resultaat bereikt dat naar ik heb begrepen in Frankrijk zonder enige redenering eveneens uit de bus is gekomen. Zouden wij dan in Nederland uiteindelijk niet op hetzelfde punt belanden?

Er zijn met betrekking tot de toetsingsgronden geen duidelijke voorbeelden uit de jurisprudentie naar voren gehaald om te illustreren dat de Afdeling een volkomen verkeerde richting zou zijn ingeslagen. Er is veeleer heen en weer gepraat over de manier van redeneren van de Afdeling dan dat is gezegd dat het in bepaalde concrete gevallen helemaal mis zou zijn gegaan. Tegelijkertijd waren alle sprekers van mening dat een verschil bestaat tussen datgene wat het bestuur bij de beoordeling moet betrekken en de manier waarop de rechter naar een besluit kijkt. In dat verband worden verschillende omschrijvingen gebruikt. Je kunt spreken over 'subjectieve' en 'objectieve' beoordelingsruimte, je kunt er andere termen voor gebruiken, maar eensgezind was men over de gedachte dat de rechter afstandelijker moet oordelen dan het bestuur.

De vraag die dan rijst is tweeërlei. *1.* Hoe kan de rechter zijn uitspraken zó inrichten, dat ze als redenering overtuigend zijn, zowel voor het

bestuur als voor de appellant? *2.* Hoe kan de rechter zijn uitspraken zó inrichten, dat er een duidelijke lijn in te ontdekken is, zodanig dat de uitspraken een vaste jurisprudentie vormen en dat er een zekere voorspellende waarde voor volgende zaken van uitspraken uitgaat. Men moet toch kunnen zien waar de grenzen liggen die de Afdeling trekt? Dit laatste is wat mijns inziens Hirsch Ballin en Mulder bezighoudt als zij een schema van redeneren voor de Afdeling aangeven. Hirsch Ballin heeft betoogd dat beter op de beleidsregels moet worden gelet en dat de Afdeling duidelijker zou moeten motiveren hoe zij tegen de bindende kracht van beleidsregels aan kijkt. Uitspraken die in feite op de bindende kracht van beleidsregels gebaseerd zijn, moet de Afdeling naar de mening van Hirsch Ballin niet onder allerlei enigszins diffuse beginselen schuiven. Vanuit die gedachtengang is ook zijn pleidooi voor de toetsing aan onevenredigheid te begrijpen. Mulder heeft een wat ander redeneerschema naar voren gebracht, zij het naar mijn inschatting met dezelfde bedoeling, namelijk om duidelijk te maken dat de uitspraak een consistente en overtuigende redenering moet bevatten: de rechter mag niet volstaan met de constatering dat hij zijn beslissing gewoon beter vindt dan wat het bestuur heeft gedaan. Als de rechter, aldus Mulder, tot zoiets als de c-grond zijn toevlucht zou willen nemen, moet hij de overtuiging hebben dat geen zinnig bestuur een besluit als in casu had kunnen bedenken. Wil de rechter daarvoor een overtuigende motivering geven, dan moet hij zijn beslissing met een andere redenering onderbouwen en dus onder de d-grond brengen.

Sommige stellingen, met name stellingen die door *Nicolaï* zijn geponeerd, hebben bij de behandeling van de toetsingsgronden nog wel enige bestrijding ondervonden. Nicolaï acht het buitengewoon ongelukkig dat we de c-grond, althans in zijn huidige formulering, in de Wet Arob aantreffen en dat die grond bovendien nog eens recentelijk in de Ambtenarenwet is opgenomen. Naar mijn mening hebben enige sprekers er met recht op gewezen dat de rechter zich van de precieze formulering waarschijnlijk niet buitengewoon veel aantrekt. Ik verwacht niet dat de ambtenarenrechter zijn jurisprudentie wat dit betreft anders zal gaan inkleden dan hij tot nu toe gewend is geweest. De wetgever heeft ook stellig die bedoeling niet gehad.

Nicolaï heeft ervoor gepleit de 'contra-legem-toetsing' meer aandacht te geven. Met dit pleidooi heeft hij weinig tegenstand uitgelokt. Het was naar ik heb begrepen ook zijn bedoeling op die manier te procederen, opdat ik nu zou kunnen constateren dat kennelijk iedereen het hiermee eens was. Of dat helemaal klopt, durf ik toch nog niet te zeggen.

Vanmiddag hebben wij gesproken over de *procedures,* in de eerste plaats de Arob-procedure als hoofdprocedure en in de tweede plaats het Arob-kort geding. Allereerst is de incassoproblematiek ten aan-

zien van het griffierecht aan de orde geweest. Ik neem aan dat de persoonsaanduiding 'Hanneke van de Raad van State' vandaag wel enigszins historisch is geworden. Misschien kunnen we ook constateren dat de hier gevoerde discussie duidelijk de oplosbaarheid van het probleem heeft aangetoond. We moeten hopen dat deze kwestie niet te lang de gemoederen van juristen hoeft bezig te houden.

Moeilijker is de vraag wat er moet gebeuren wanneer de overheid onvoldoende meewerkt aan de procedure die voor de Afdeling wordt gevoerd. Ik heb enerzijds begrepen dat dat niet vaak voorkomt, maar ik moet anderzijds constateren dat zoiets als het dan wèl voorkomt buitengewoon hinderlijk is. De benaderingen van de diverse sprekers zijn op dit punt ook nogal divers. *Van der Does* preekt in dit verband de voorzichtigheid, omdat hij bang is dat wanneer de Afdeling rechtspraak te snel de overheid in moeilijkheden brengt de wetgever zal ingrijpen. *Thunnissen* wil ernaar streven dat de overheid in de procedure voor de Arob-rechter in een minder ontspannen situatie komt te verkeren. In algemene zin kan worden gezegd dat hier een probleem ligt. Men onderkent dat op het punt van de stilzittende overheid de procedure eigenlijk iets te weinig handen en voeten heeft gekregen. Naar mijn mening is Van der Does misschien wat al te bevreesd voor een optreden van de wetgever. Ik kan mij herinneren dat bijvoorbeeld de voorzitter van de Afdeling wel eens krasse en nogal kribbige uitspraken heeft gedaan in situaties waarin het bestuur onvoldoende wilde meewerken, zonder nochtans direct de wetgever in het geweer te brengen. We hoeven mijns inziens voor een ingreep van de wetgever niet al te bang te zijn. Aan de andere kant is het waar dat men moet proberen een zo doelmatig mogelijke oplossing te vinden zonder te hard van stapel te lopen. Uit dit oogpunt valt wel iets te zeggen voor de methode die Van der Does kennelijk voor ogen heeft: een methode waarbij de Afdeling langzaam wat tekenen van afkeuring geeft en af en toe in ergerlijke gevallen ingrijpt teneinde de overheden aan deze gang van zaken te wennen.

Met betrekking tot het kort geding zijn de meningen wel enigszins uiteenlopend gebleven. *Ten Berge* heeft betoogd dat men de hoofdprocedure en de kort-gedingprocedure, met haar grotere spoed maar daardoor geringere waarborgen, niet te veel in elkaar moet schuiven. Hij acht het daarom verstandig van een kort-gedingprocedure een echte zelfstandige procedure te maken. *Blaauw* heeft daar moeite mee en is duidelijk van mening dat de kort-gedingprocedure annex moet zijn met de hoofdprocedure. Ik denk dat er op een aantal punten eigenlijk minder verschil van opvatting bestaat dan op het eerste gezicht het geval lijkt te zijn. Grondslag moet zijn – daarover zal geen verschil van mening bestaan – dat alleen maar een kort-gedingprocedure voor de voorzitter kan worden gevoerd wanneer in beginsel de mogelijkheid van een Arob-procedure ook echt aanwezig is. De problema-

tiek van de korte beroepstermijn die in Arob-zaken geldt valt natuurlijk niet te ontkennen. Er moet geen situatie ontstaan – ik denk dat niemand zo'n situatie wil – waarin door de loslating van de koppeling van kort geding en hoofdprocedure in feite nog veel langer een hoofdprocedure zou kunnen worden gevoerd. Men zou in dit verband heel goed voor de oplossing van de ambtenarenrechter kunnen kiezen. Ten Berge heeft op uniformering van het kort-gedingrecht aangedrongen. Welnu, in dit geval zou aansluiting bij de ambtenarenprocedure erop neerkomen dat de hoofdprocedure nog niet direct aanhangig hoeft te zijn, maar eventueel wel snel aanhangig moet worden gemaakt.

Over de vraag of het voorgestelde artikel 80a Wet Raad van State een geschikte oplossing biedt wordt kennelijk verschillend gedacht. *Blaauw* toonde zich een warm voorstander van dit artikel. Als men begint met een procedure die een voorlopige-voorzieningachtig karakter heeft en na verloop van tijd komen partijen en de voorzitter tot de conclusie dat de zaak zich uitstekend voor definitieve afdoening leent, dan verzet naar Blaauws opvatting niets zich ertegen dat die definitieve afdoening dan ook een feit wordt. Op die manier benadert men, aldus Blaauw, de procedure bij de gewone rechter, waar het kort geding, mits partijen dat willen, een bindende oplossing biedt; partijen brengen hun wil te dien aanzien tot uiting door geen rechtsmiddelen aan te wenden of geen bodemprocedure te voeren.

Tegen deze zienswijze is – naar ik meen met recht – aangevoerd dat het verschil maakt of partijen van tevoren moeten zeggen dat zij akkoord gaan met een oplossing die de voorzitter vervolgens zal geven maar waarvan zij de inhoud niet kennen, of dat zij, een uitspraak gekregen hebbende, nagaan of ze daar al dan niet een verdere procedure aan zullen wagen.

Over de vraag hoe het verder met het kort geding moet gaan, bleven de meningen kennelijk uiteenlopen. Ik heb mij laten vertellen dat dit twee dagen geleden, toen Blaauw eveneens in debat was, maar dan met iemand anders, ook het geval bleef. Wij konden wat dat betreft dus niet hopen dat we hier wèl een oplossing zouden vinden.

Ik ben uitgedaagd door *Mazel* om aan het eind ook iets over de *kosten* van dit alles te zeggen. Het is jammer dat, zoals de voorzitter van de Afdeling rechtspraak al heeft geconstateerd, de bestuurlijke invalshoek hier minder vertegenwoordigd is dan wenselijk moet worden geacht. De opmerkingen die hier zijn gemaakt kwamen meer van de kant van de 'rechtsbeschermers'. Er is wat dit betreft een zeker verschil tussen de bijeenkomst die vóór de zomervakantie is gehouden waarin de afgelopen tien jaar aan de discussie was onderworpen en de bijeenkomst van vandaag, waarin we meer vooruit zien. Ik heb wel eens gehoord dat besturen vooruitzien is. Het zou wat dat betreft meer voor de hand hebben gelegen dat de bestuurders juist de bijeen-

komst van vandaag hadden bezocht, maar dat laat ik maar terzijde! In ieder geval hebben wij ons in deze discussie niet al te druk gemaakt over de bestuurlijke invalshoek en over de vraag wat het allemaal gaat kosten. Een dergelijke benadering heeft natuurlijk ook nadelen. Het kostenaspect mogen we niet uit het oog verliezen. De tijd is voorbij dat we kunnen zeggen dat rechtsbescherming, wat het ook kost, in ieder geval goed georganiseerd moet zijn.

Toch meen ik dat ten aanzien van de invoering van vandaag bepleite vernieuwingen de kosten geen groot probleem zullen vormen. Wanneer de rechtsmacht van de Afdeling rechtspraak wordt uitgebreid, houdt dat niet in dat ineens allerlei procedures worden gevoerd die anders achterwege zouden zijn gebleven. Voor zover de Afdeling rechtspraak geen rechtsmacht heeft, kan men voor de gewone rechter worden gedaagd en misschien is men dan nog wel veel verder van huis: als men tot de Hoge Raad moet doorgaan met procederen kan dat voor het bestuur even onaangenaam zijn. Het maakt wat dat betreft misschien niet zo veel verschil of men door de kat of door de hond wordt gebeten.

Het is natuurlijk voor het bestuur een belasting wanneer in veel zaken moet worden geprocedeerd. We zullen de procedure zó moeten inrichten, dat we met dat aspect ernstig rekening houden. Aan de andere kant kunnen we ons natuurlijk ook niet veroorloven de rechtsbescherming een beetje uit het oog te verliezen omdat het bestuur het zo druk heeft met het nemen van allerlei besluiten. Als wij vinden dat het bestuur veel taken op zich moet nemen en dat daar veel werkkracht in moet gaan zitten, moeten we er tegelijkertijd voor zorgen dat die bestuurswerkzaamheid goed in orde is. Als dat niet het geval is, is het misschien beter de bestuurstaken te beperken en te zorgen dat ze goed worden uitgevoerd dan te zeggen dat er voor de rechtsbeschermingskant geen tijd is.

Overigens begrijp ik dat ik hiermee de vraag van Mazel niet beantwoord. Hij heeft ook niet de indruk gewekt dat we op die manier – die ik nu enigszins persifleerde – zouden moeten procederen.

Hiermee heb ik een opsomming gegeven van een zekere geschakeerdheid aan meningen die ik in de discussie heb gemeend te kunnen bespeuren.

Overzicht van preadviezen uitgebracht voor de VAR

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

II	mr. A. Koelma mr. R. Kranenburg	De verhouding van staatsrecht en administratief recht	(1940)
IV	mr. J. Kruseman mr. J.H. Scholten	De verhouding van administratief recht en burgerlijk recht	(1941)
VI	mr. A. Kleyn mr. J.V. Rijperda Wierdsma	De rechtsgevolgen van formeel onjuiste of onbevoegd genomen (verrichte) handelingen of besluiten	(1942)
VIII	mr. L.J.M. Beel mr. G.J. Wiarda	Publiekrechtelijke overeenkomsten	(1943)
X	mr. E. Bloembergen mr. H.E.R.E.A. Frank	Administratieve rechtspraak op economisch terrein	(1946)
XIII	mr. J.M. Kan mr. W.G. Vegting	De grenzen van de verordende 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.J. 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	mr. 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 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)
LXXXVI	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)