

VOORWOORD

Bij de zevende druk

Twee jaar na het verschijnen van band 1 van de zevende druk van Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat is nu ook band 2 voltooid. Hiermee is het werk weer bij de tijd. De oorspronkelijke auteurs hebben - tot groot genoegen - versterking gekregen van prof. mr. R.J.B. (Roel) Schutgens. Hij nam de revisie van het overheidsaansprakelijkheidsrecht voor zijn rekening. De verantwoordelijkheid voor band 2 ligt vanaf nu in handen van drie auteurs.

De revisie heeft zich vooral gericht op het verwerken van nieuwe rechtspraak en literatuur. Zoals gebruikelijk waren de ontwikkelingen in het bestuursprocesrecht en in het aansprakelijkheidsrecht aanzienlijk. Tevens zijn opmerkingen van gebruikers zoveel mogelijk verwerkt. Een belangrijke aanpassing betreft de integratie van hoofdstuk 6 (band 1) in hoofdstuk 23. Voor de gebruikers van band 1 blijft hoofdstuk 6 dat handelt over bestuursrechtelijke rechtsbescherming (vooralsnog) gehandhaafd. Hiermee kennen de twee banden op dit punt een zekere overlap, maar gelet op het feit dat er verschillende groepen van gebruikers zijn is dit goed verdedigbaar. De tekst is afgesloten per 1 november 2018. Ontwikkelingen na deze datum zijn niet meer meegenomen. De auteurs danken Wiebe van de Rijt, student-assistent bij de sectie bestuursrecht van de Radboud Universiteit voor de tekstcontrole en danken bovendien Eelco de Jong, Tijn Kortmann, Joost Sillen en Nikky van Triet voor hun waardevolle opmerkingen bij de hoofdstukken over overheidsaansprakelijkheid.

Nieuwstadt/Nijmegen/Hilversum, januari 2019

R.J.N. Schlössels
R.J.B. Schutgens
S.E. Zijlstra

Bij de zesde druk

In 2001 verscheen de vijfde druk van deel I van dit handboek; deel II had zijn laatste bewerking (vierde druk) in 1998 ondergaan. De oorspronkelijk auteurs hebben ons in 2003 gevraagd een nieuwe bewerking ter hand te nemen, hetgeen heeft geleid tot deze zesde druk.

Het is een volledige herziening geworden, waarbij gekozen is voor een gedeeltelijk andere opzet. Evenals in de vorige drukken wordt begonnen (deel I) met enkele inleidende hoofdstukken, waarin onze visie op het bestuursrecht wordt weergege-

ven, en een algemene analyse van dit rechtsgebied wordt gepleegd. In deel II worden vervolgens de belangrijkste begrippen behandeld: bestuursbevoegheid, belanghebbende, bestuurshandelingen en bestuursrechtelijke rechtsbescherming (hoofdstuk 3-6). Wij achten het noodzakelijk deze begrippen eerst min of meer uitgebreid te behandelen, omdat zij voor het bestuursrecht structurerende begrippen zijn, die bij de behandeling van de andere onderwerpen steeds een rol spelen. Vervolgens (deel III) behandelen wij de normering, met een tweetal algemene hoofdstukken (7 en 8), en hoofdstukken over openbaarheid (9) en over normering van privaatrechtelijk overheidshandelen (10). Ook deze beschouwingen hebben algemene betekenis, die doorwerkt in de resterende hoofdstukken. Deel IV (hoofdstuk 11-13) behandelt de organisatie van het openbaar bestuur.¹ Deel V behandelt wetgeving: eerst een algemeen hoofdstuk (14) en vervolgens nadere regelgeving en planning (15). Deel VI behandelt de uitvoerende bestuursinstrumenten: na een inleidend hoofdstuk (16) komen achtereenvolgens aan de orde eenzijdig dwingend bestuur (hoofdstuk 17), preterend bestuur (hoofdstuk 18) en overeenkomsten, (andere) privaatrechtelijke middelen en feitelijke middelen (hoofdstuk 19). Deel VII behandelt de handhaving: algemeen (hoofdstuk 20), toezicht op de naleving (21) en sancties (22). In deel VIII, ten slotte, komt de rechtsbescherming en overheidsaansprakelijkheid aan de orde: eerste twee algemene hoofdstukken (23 en 24), en dan een drietal hoofdstukken over aansprakelijkheid (25-27).

Als gezegd wijkt deze indeling in zekere mate af van die, welke in de vorige drukken werd gekozen. Een eerste opvallend verschil ligt in het verdwijnen van een afzonderlijk onderdeel 'bestuurswaarborgen', maar de daar besproken onderdelen komen ook in onze bewerking uitgebreid aan de orde. Aanmerkelijk bescheidener dan in de vorige druk is de plaats van planning en financiering (als onderdelen van meeromvattende besprekingen in respectievelijk hoofdstuk 15 en 11).

Naast deze andere indeling, worden ten aanzien van verschillende onderwerpen standpunten ingenomen die afwijken van eerdere drukken. Het is hier niet de plaats de verschillen gedetailleerd te behandelen, maar gewezen kan worden op bijvoorbeeld onze visie op de rol en positie van het overheidsprivaatrecht, en op de wenselijkheid van het regelen van bijvoorbeeld plannen of overeenkomsten in de Awb. Wat wij verstaan als de kern van de benadering van dit handboek, vanaf zijn eerste druk, staat echter ook voor ons overeind. Dat is allereerst de gedachte dat de instrumentele functie van het bestuursrecht een volwaardige plaats moet hebben bij de bespreking van de algemene leerstukken en begrippen van dat rechtsgebied: omdat die instrumentele functie dit rechtsgebied in hoge mate bepaalt, en omdat de belangrijkste wetenschappelijke en praktische vragen van het bestuursrecht eenvoudigweg niet kunnen worden begrepen als niet tevens de instrumentele kant daarvan is behandeld. Om die reden wordt in deel V en VI bij de bespreking van de daar aan de orde zijnde rechtsfiguren, na een begripsbepaling steeds de instrumentele betekenis behandeld. Tweede kerngedachte van dit boek, juist ook in het licht van de dominantie van de instrumentele functie van het bestuursrecht, is de centrale

1 Een uitgebreide versie van dit deel is inmiddels verschenen als afzonderlijk boek (S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer: Kluwer 2009).

betekenis van de beginselen van de democratische rechtsstaat als beoordelingskader bij uitstek van het positieve bestuursrecht. Deze gedachte zet zich voort in de behandeling van vragen over de verhouding tussen Staat en samenleving, maar ook over zaken als delegatie van wetgeving, gebruik van vergunningstelsels en de inrichting van de bestuursrechtspraak.

Het boek is ons gezamenlijk product. Niettemin heeft ieder hoofdstuk een penvoerder, waarbij de hoofdstukken 4 tot en met 10 en 23 tot en met 27 primair van de hand van Schössels zijn, en de hoofdstukken 1 tot en met 3 en 11 tot en met 22 primair van de hand van Zijlstra, zij het dat hoofdstuk 2, § 2.3, hoofdstuk 3, § 3.4, en hoofdstuk 19, § 19.1.2, 19.1.3 en 19.1.4 en hoofdstuk 22, § 22.6.2 van de hand van Schössels zijn, en hoofdstuk 23, § 23.5, van de hand van Zijlstra. Ook overigens zijn wel paragrafen over en weer geleverd. Wat hier ook van zij, wij dragen gezamenlijk volledige verantwoordelijkheid voor het geheel.

Deze bewerking is afgesloten op 31 mei 2010: latere wijzigingen van recht en jurisprudentie konden niet worden meegenomen. Sindsdien verschenen literatuur in enkele uitzonderlijk gevallen, en dan alleen als verwijzing, meegenomen.

Graag danken wij mr. C.L.G.F.H. Albers en dr. A.R. Neerhof voor hun waardevolle opmerkingen bij eerdere concepten, mr. M. Magala voor onderzoek- en redactiewerk, en F. Wildenborg, uitgever van Kluwer. Ten slotte een bijzonder woord van dank aan mr. Th.G. Drupsteen, mr. R. Fernhout en mevr. T. de Haan-Zijlstra voor het toestaan van het gebruik van teksten uit de vorige druk.

De laatste druk van dit handboek verscheen in 2001. Hoewel het duidelijk een coproductie van drie auteurs was, stond het in de bestuursrechtelijke wereld bekend als 'De Haan',² en terecht. Zoals uit het, hieronder opgenomen voorwoord bij de eerste druk blijkt, waren het de collegedictaten van Pieter de Haan die aan de basis stonden van *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*. Zijn visie op het bestuursrecht bepaalde de kern van het boek, en zijn fenomenale denk- en werkkraft waren conditio sine qua non voor het verschijnen ervan. Zijn overlijden, in 2005, betekende dan ook een groot verlies voor de Nederlandse rechtsgeleerdheid. Aan zijn nagedachtenis dragen wij dit boek op.

Nieuwstadt/Hilversum, april 2010

R.J.N. Schlössels

S.E. Zijlstra

Bij de eerste druk

Dit boek is voortgekomen uit een bewerking van een collegedictaat van de eerste ondergetekende voor de tweedejaars rechtenstudenten van de Vrije Universiteit. Daarin ligt slechts ten dele een rechtvaardiging voor zijn verschijnen naast de bestaande inleidingen van Belinfante, de Goede en Van Wijk-Konijnenbelt en naast de bekende werken van Donner, Stellinga en Vegting. De voornaamste rechtvaardiging

2 Zie bijv. de titel van de recensie van de vorige druk van dit boek A.Q.C. Tak, 'De nieuwe "De Haan"', *NTB* 1999-2, p. 19 e.v.

valt te zoeken in een eerste poging van de schrijvers te komen tot een visie op het bestuursrecht, die in overeenstemming is met de overgang van de liberale naar de sociale rechtsstaat. Men zou deze visie kunnen noemen die van een instrumentele benadering van het administratieve recht, waarbij dit recht primair wordt gezien als het juridische beleidsinstrumentarium van de overheid en pas in de tweede plaats als recht ter bescherming van de burger en als waarborg voor een goed bestuur. Hiermee wordt de nadruk gelegd op het beleidsmatige karakter van het bestuursrecht, dat tegelijkertijd de eigen aard ervan uitmaakt. Dit betekent tevens een breuk met de uit de liberale rechtsstaat afkomstige opvatting dat het administratieve recht zou zijn aanvullings- en uitzonderingsrecht op het privaatrecht en strafrecht. Zowel voor de eenheid en de doelmatigheid van het bestuursrecht als voor de ontwikkeling van de rechtsbescherming van de burger is deze opvatting funest gebleken.

De uitwerking van deze gedachtegang in het onderhavige boek is nu aldus, dat in het eerste hoofdstuk begonnen wordt met een beschouwing over het bestuursrecht als zodanig, wat betreft aard en ontwikkeling, structuur en opbouw, handhaving en sancties. Het tweede hoofdstuk handelt over de bestuursorganisatie, dus datgene wat ook wel de inrichting van het bestuur wordt genoemd. De instrumentele benadering komt pas in het derde hoofdstuk volledig aan de orde, waar het gaat over de wetgeving en de planning als min of meer gelijkwaardige juridische beleidsgrondslagen, alsmede over de juridische, materiële, financiële en personele middelen, met behulp waarvan de overheid tracht haar beleid te realiseren. Het vierde hoofdstuk brengt de lezer weer meer op de weg van de gebruikelijke benadering via de bestuurshandelingen, waarbij naast de beschikkingen ook andere rechts- en feitelijke handelingen van de overheid ter sprake komen. Het boek besluit met een hoofdstuk over de waarborgen voor een bestuur. Naast de rechtsbescherming via beroep en schadevergoeding en naast een uitvoerige behandeling van de onrechtmatige overheidsdaad komen hier de verschijnselen van de openbaarheid en inspraak, democratische, bestuurlijke, ambtelijke en financiële controle en ook nog andere waarborgen ter sprake. Al met al is gepoogd de instrumentele en de waarborgfunctie van het bestuursrecht min of meer gelijkwaardig en in onderlinge samenhang te behandelen, zodat eenzijdigheid van benadering wordt vermeden.

Het boek is in de eerste plaats bestemd voor gevorderde juridische en andere studenten van universiteiten, bestuursscholen e.d., doch de auteurs hopen dat het tevens voor bestuurs-, bedrijfs- en rechtspraakjuristen uit de praktijk van waarde zal blijken te zijn. Zij putten die hoop mede uit het feit dat, behalve aan de beschikking en de rechtsbescherming, ook aan andere instrumenten en waarborgen door hen veel aandacht is besteed. Er wordt nog op gewezen dat de bijwerking is geschied tot ongeveer 1 april 1978, zodat geen aandacht meer kon worden geschonken aan het pas verschenen boek van mr. dr. A.Q.C. Tak over Overheidsbestuur en privaatrecht. Eveneens is afgezien van vermelding van buitenlandse literatuur, omdat oppervlakkige vermelding geen zin had en een diepgaande behandeling meer tijd en vooral meer ruimte zou hebben gevraagd dan in dit stadium voorhanden waren.

Omtrent de verantwoordelijkheid voor de bewerking zij vermeld, dat de hoofdstukken 1 tot en met 4 in hoofdzaak door de eerste ondergetekende zelf zijn bewerkt, terwijl hoofdstuk 5 in eerste instantie is geschreven door mr. R. Fernhout, wat de onrechtmatige overheidsdaad betreft, en door mr. Th.G. Drupsteen, wat het

overige deel betreft. Voor dit laatste gedeelte is materiaal verzameld door mr. A. van Kempen, destijds student-assistent aan de VU. De heer Fernhout nam ook het uitgebreide systematische zakenregister voor zijn rekening. Mevr. E.M. Seinstra-Fendel van de T.H. Delft verzorgde de samenstelling van het jurisprudentieregister. De drie auteurs stellen zich gezamenlijk verantwoordelijk voor de inhoud van het geheel.

Amsterdam, augustus 1978

P. de Haan
Th.G. Drupsteen
R. Fernhout

Het stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid, grondslagen van het bestuursprocesrecht en klachtrecht

23.1 INLEIDING

720 Bestuursrechtspraak als waarborg

Bestuursrechtspraak is een waarborg¹ tegen onrechtmatig handelen van het bestuur. De burger – meestal een belanghebbende – kan in de regel tegen besluiten die hem rechtstreeks raken rechtsmiddelen aanwenden. Het kan gaan om het maken van bezwaar, het instellen van administratief beroep of het instellen van beroep bij de bevoegde bestuursrechter. Onder 'bestuursrechter' verstaat de wet (zie art. 1:4 lid 1 Awb) 'een onafhankelijk bij de wet ingesteld orgaan dat met bestuursrechtspraak is belast'. Ons land kent verschillende bestuursrechters. Deze spreken recht in eerste aanleg, in eerste en enige aanleg of in hoger beroep.

Naast het instellen van beroep bij een bestuursrechter vervult de burgerlijke rechter een rol bij het bieden van rechtsbescherming tegen de overheid. Deze rechter fungeert in ons land sinds jaar en dag als algemene 'restrechter'.² Hij komt in beeld zodra een rechtzoekende geen toegang heeft tot een bevoegde bestuursrechter, bijv. omdat er geen appellabel besluit voorligt of omdat hij geen belanghebbende is terwijl zijn rechtspositie toch in geding is. Er moet dan worden voorzien in aanvullende rechtsbescherming om het fundamentele recht op toegang tot de rechter veilig te stellen. De burgerlijke rechter is bovendien in de regel de aangevozen rechter bij geschillen met het bestuur over privaatrechtelijke rechtshandelingen (bijv. een koopovereenkomst) of over feitelijke handelingen.

De positie van de burgerlijke rechter is historisch verklaarbaar. In de loop van de twintigste eeuw ontstond in Nederland een versnipperd stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming (men sprak toen overigens nog over 'administratieve rechtsbescherming' of over 'administratieve rechtspraak'). De oorzaak van deze ontwikkeling hield nauw verband met het uitblijven van algemene bestuursrechtspraak. Bijgevolg was er in Nederland op het terrein van het bestuursrecht lange tijd slechts sprake van

[720] 1 Sommigen toonden zich zeer somber over de kwaliteit van deze waarborg. Vgl. bijv. A.Q.C. Tak, 'Rechters met slappe knieën', *NJB* 2002, p. 1459 e.v. Vgl. ook A.Q.C. Tak, 'Het bestuursproces in de mechanische mierenmaatschappij', *AA* 2005, p. 564 e.v.

2 Zie uitvoerig R.J.N. Schlössels, M.W.C. Feteris, R.J.B. Schutgens, G. Snijders, J.A.F. Peters en L.A.D. Keus (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

gespecialiseerde rechterlijke of semirechterlijke colleges.³ Deze waren actief op specifieke, beperkte terreinen, bijv. in de sfeer van de accijnzen, de invoerrechten, de scheepvaartwetgeving en de mijnbouw.

Daarnaast nam de betekenis van het beroep op de Kroon vanaf de tweede helft van de negentiende eeuw voortdurend toe. Het Kroonberoep (beroep op de Koning onder ministeriële verantwoordelijkheid) was lange tijd een zeer belangrijke vorm van administratief beroep, dat wil zeggen een vorm van geschilbeslechting binnen en door het bestuur.

Waar gespecialiseerde bestuursrechtelijke colleges of de Kroon geen (voldoende) rechtsbescherming boden konden, en kunnen, burgers in Nederland zich wenden tot de burgerlijke rechter. De burgerlijke rechter heeft in ons land niet alleen een belangrijke rol gespeeld bij het bieden van rechtsbescherming tegen de overheid, maar ook bij het ontwikkelen van veel bestuursrechtelijke leerstukken (denk bijv. aan de toetsing van beleidsvrijheid – tegenwoordig ook *beleidsruimte* genoemd – en schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad).

In dit hoofdstuk bespreken wij eerst de geschiedenis, het heden en de toekomst van de Nederlandse bestuursrechtspraak. Hierbij vormt het begrip '*bestuursrechtelijke rechtsbescherming*' het vertrekpunt (nr. 721). We besteden aandacht aan de opkomst van de bestuursrechtspraak in Nederland, de positie van het Kroonberoep in historisch perspectief en de herziening van de rechterlijke organisatie. Verder wordt – voor zover dit mogelijk is – gekeken naar de toekomst. Ook komen de grondslagen en karakteristieken van het hedendaagse bestuursprocesrecht uitvoerig aan bod. De nadruk in dit hoofdstuk ligt dus op het systeem van rechtsbescherming tegen de overheid en op de grondslagen en uitgangspunten waarop dit systeem berust. Dit verklaart waarom in hoofdstuk 23 niet alleen aandacht uitgaat naar de bestuursrechter, maar óók naar de burgerlijke rechter (par. 23.4) en de klachtvoorzieningen (par. 23.5). De aanvullende rol van de burgerlijke rechter in de rechtsbescherming tegen de overheid en de behoorlijkheidsbeoordeling van het overheidsoptreden door de Nationale ombudsman en de decentrale klachtvoorzieningen vervolmaken het systeem.

In hoofdstuk 24 behandelen wij vervolgens het uniforme bestuursprocesrecht aan de hand van de geldende procesrechtelijke regeling in de Algemene wet bestuursrecht. De hoofdstukken 23 en 24 zullen in onderlinge samenhang moeten worden geraadpleegd.

721 Het begrip bestuursrechtelijke rechtsbescherming

Wij spreken van bestuursrechtelijke rechtsbescherming (een hedendaags synoniem voor 'administratieve rechtsbescherming') wanneer een overheidsorgaan bevoegd en verplicht is, op verzoek van een rechtzoekende, een bindend oordeel te geven over de rechtmatigheid van een handeling (met inbegrip van een nalaten) van het bestuur. Deze definitie is ruim. Het begrip 'overheidsorgaan' is ruimer dan het begrip 'onafhankelijk orgaan met bestuursrechtspraak belast'. Het geven van een *bindende*

[720] 3 Hierover R.J.G.M. Widdershoven, *Gespecialiseerde rechtsgangen in het administratieve recht* (diss. Utrecht), Zwolle: Tjeenk Willink 1989.

beslissing over de rechtmatigheid van een handeling of een nalaten staat bovendien niet zonder meer gelijk aan bindende geschilbeslechting tussen twee of meer partijen. Voldoende is dat het oordeel van het betrokken overheidsorgaan bindend is. Zo is de uitspraak van de bestuursrechter waarbij een besluit wordt vernietigd (art. 8:72 lid 1 Awb) zonder twijfel bindend, maar met een vernietiging hoeft het geschil tussen bestuur en burger nog niet uit de wereld te zijn. Regelmatig moet het bestuur immers eerst een nieuw besluit nemen.

Een belangrijke functie van de rechtsbescherming tegen het bestuur is het organiseren van juridische controle op het uitoefenen van bestuursbevoegdheden (i.h.b. op het nemen van besluiten). Bij voorkeur kan een onafhankelijke en onpartijdige *bestuursrechter* in dit verband oordelen. Tegenwoordig is dit ook vaak het geval. In Nederland is sprake van algemene en gespecialiseerde bestuursrechtspraak. Een vorm van gespecialiseerde bestuursrechtspraak is bijv. de belastingrechtspraak. De algemene bestuursrechtspraak is ondergebracht bij de rechtbanken (eerste aanleg) en bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (in hoger beroep).

In het verleden was het gebruikelijk dat controle op rechtmatigheid samen kon gaan met een controle op doelmatigheid, althans indien de 'rechtsbescherming' werd geboden door het bestuur zelf. Naar hedendaagse maatstaven is er dan geen sprake van volwaardige rechtspraak, maar van geschilbeslechting door een ander bestuursorgaan. Een goed voorbeeld biedt het al genoemde klassieke beroep op de Kroon. De 'Kroon' (het Staatshoofd onder ministeriële verantwoordelijkheid) oordeelde als hoogste bestuursorgaan bij Koninklijk Besluit (KB) over geschillen tussen burgers en bestuur. De beslissingen van de Kroon hadden veel gezag. Maar er was natuurlijk geen sprake van onafhankelijke rechtspraak.

Een antwoord op de vraag of een handelen van het bestuur rechtmatig is, biedt vaak nog geen sluitend antwoord op de – eveneens belangrijke – vraag waar de betrokken burger in concreto 'recht' op heeft. Oordeelt de bestuursrechter bijv. dat de weigering van een vergunning in strijd met de wet is, dan betekent dit nog niet dat de rechter ook bindend heeft bepaald dat de vergunning *moet* worden verleend (al krijgen burgers soms die indruk!).

Een bestuursrechter kan het bestuur dus op de eerste plaats 'negatief' corrigeren. Hij kan aangeven dat een besluit of handeling in strijd is met het recht. Soms kan hij verder gaan en bepalen wat in 'positieve' zin rechtens heeft te gelden. Dat doet de bestuursrechter bijv. als hij 'zelf in de zaak voorziet' (art. 8:72 lid 3 aanhef onder b Awb). Zo kan de bestuursrechter bijv. na een vernietiging zelf bepalen hoe hoog een uitkering moet zijn. Tegenwoordig ligt bij de bestuursrechter ook de nadruk sterk op een effectieve en finale geschilbeslechting (art. 8:41a Awb). Toch zal de bestuursrechter lang niet altijd in staat zijn een geschil definitief af te doen omdat het bevoegde bestuursorgaan nog over discretie (bijv. ruimte om belangen af te wegen) beschikt. Dan is eerst het bestuursorgaan nog een keer aan zet.

Hier treden direct de twee hoofdfuncties van 'bestuursrechtelijke rechtsbescherming' op de voorgrond. Op de eerste plaats betreft dit het handhaven van het objectieve recht (het zgn. 'recours objectif'). Het gaat erom dat het bestuur rechtmatig handelt. Rechterlijke controle hierop is een steun in de rug voor burger en rechtsstaat. Voor het

bestuur is het een stok achter de deur. De rechtsbescherming draagt bij aan de legitimiteit van het bestuurshandelen en maakt ook – anders dan algemene politieke controle – een rechtmatigheidscontrole in *individuele* gevallen mogelijk. Toch mag men het nut van deze functie niet overschatten. Immers slechts een klein gedeelte van de besluiten die ons bestuur dagelijks neemt, worden onderworpen aan een rechterlijk oordeel. Zo bezien kan de rechter er in de praktijk niet voor zorgen dat het bestuur over de volle breedte rechtmatig handelt.

Een tweede functie van bestuursrechtelijke rechtsbescherming, waar tegenwoordig sterk de nadruk op ligt, betreft de bescherming van individuele rechten van burgers (jegens het bestuur) en geschilbeslechting (het zgn. ‘recours subjectif’). Deze tweede functie is ook op grond van (internationale) eisen van een doeltreffende rechtsbescherming van groot belang. Burgers moeten in veel gevallen immers over een effectief rechtsmiddel kunnen beschikken om *hun* rechten en aanspraken op grond van de wet en recht veilig te stellen. De twee functies¹ van bestuursrechtelijke rechtsbescherming zijn analytisch te scheiden. In de praktijk zijn zij vaak gemengd. Zie verder over dit onderwerp nr. 760 e.v.

Om van *bestuursrechtelijke rechtsbescherming* (in ruime zin) te kunnen spreken, moet de bescherming worden geboden door een overheidsorgaan: een rechter, een ander bestuursorgaan, of het bestuursorgaan dat de bestreden handeling heeft verricht. Bemiddeling door een particuliere mediator valt volgens ons buiten het begrip.

Ook de bezwaarschriftprocedure en het administratief beroep (zie hoofdstuk 7 Awb) zijn zo bezien dus vormen van bestuursrechtelijke rechtsbescherming, althans deze procedures hebben kenmerken van rechtsbeschermingsprocedures. Daarnaast hebben deze voorzieningen vanwege de doelmatigheidsaspecten die een rol kunnen spelen tevens een andere belangrijke functie (nl. het bieden van een herstelmogelijkheid aan het bestuur of het verzekeren van een coherente behartiging van het algemeen belang). Het zijn dus ook gewoon (verlengde) besluitvormingsprocedures. De bezwaarschriftprocedure kan ook goed fungeren als een procedure waarbinnen bestuur en burger in onderling overleg tot een oplossing van hun conflict kunnen komen.

Dat een betrokken overheidsorgaan in geval van rechtsbescherming niet alleen bevoegd maar ook *verplicht* is een oordeel te geven brengt mee dat verzoeken aan de vertegenwoordigende organen (bijv. aan de Tweede Kamer) alsmede de ‘spontane’ vernietiging van besluiten door een (ander) bestuursorgaan buiten administratief beroep in het kader van het bestuurlijk toezicht (vgl. art. 10:33 Awb) niet kunnen worden aangemerkt als ‘rechtsbescherming’. In dit laatste geval valt te denken aan het vernietigingsrecht van de Kroon dat *kan* worden uitgeoefend naar aanleiding van een petitie (een verzoek van een burger).

De eis van de bindendheid van het oordeel leidt er ten slotte toe dat klachtprocedures, waaronder die bij de Nationale ombudsman, niet kunnen worden beschouwd

[721] 1 Zie over deze benaderingen bijv. het rapport van de VAR-Commissie Rechtsbescherming, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid. Van toetsing naar geschilbeslechting*, Den Haag: BJu 2004, p. 38 e.v. Zie uitvoerig over het klassieke en hedendaagse bestuursprocesrecht en relevante veranderingen: K.A.W.M. de Jong, *Snel, eenvoudig en onkostbaar. Over continuïteit en verandering in de aard en inrichting van het bestuursprocesrecht in de periode 1815 tot 2015* (diss. Amsterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.

als 'echte' rechtsbescherming, hoe nuttig deze ook in een rechtsstaat zijn. Hier worden oordelen over de behoorlijkheid van overheidshandelen gegeven en geen bindende oordelen over juridische geschillen. Toch kunnen deze procedures worden gezien al een soort sluitstuk van het stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid, zodat zij in dit hoofdstuk wel ter sprake komen. Zie nr. 793 e.v.

Er zijn nog ruimere definities van bestuursrechtelijke rechtsbescherming in omloop. Zo kan bestuursrechtelijke rechtsbescherming worden opgevat als het geheel aan mogelijkheden van een burger om *achteraf* op te komen tegen een (al genomen) besluit of een (al verrichte) andere handeling van het bestuur.² Dit brengt het spontane vernietigingsrecht van de Kroon (dat immers kan worden geactiveerd door een petitie) en het klachtrecht weer in. Het handboek Van Wijk, Konijnenbelt en Van Male ziet bestuursrechtelijke rechtsbescherming vervolgens weer als het bindend beslechten van een geschil over de inhoud van een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking.³

Volgens ons is het echter minder gelukkig om bestuursrechtelijke rechtsbescherming te baseren op de gedachte dat het hier gaat om het beslechten van bestuursrechtelijke geschillen, in die zin dat hierbij steeds conflicten over bestuursrechtelijke verbintenissen (c.q. subjectieve rechten en plichten) aan de orde zijn.⁴ Als belangrijke functie van de bestuursrechtspraak kan men, wat ons betreft, wel zien het beslechten van bestuursrechtelijke geschillen. Dat wil zeggen geschillen over de toepassing van het recht dat de bestuursactiviteit beheerst en dat bepalend is voor de vraag of een besluit (jegens een burger) rechtmatig is.

722 Varianten van bestuursrechtelijke rechtsbescherming

De ruime definitie van het begrip 'bestuursrechtelijke rechtsbescherming' omvat intussen meer dan 'rechtspraak' of 'bestuursrechtspraak'. De varianten waarin zich bestuursrechtelijke rechtsbescherming aandient zijn:

- door het bestuursorgaan zelf (bezwaar);
- door een ander bestuursorgaan (administratief beroep); of
- door een onafhankelijke rechter (rechtspraak).

Bij dit laatste gaat het dan vooral om de bestuursrechter en de burgerlijke rechter. Men zou hier ook nog de strafrechter kunnen noemen, vooral in het kader van de beoordeling van het gebruik van de opsporingsmiddelen door het OM en de bijzondere opsporingsambtenaren. Wij laten deze rechter hierna verder buiten beschouwing.

[721] 2 Zie bijv. A.T. Marseille, H.D. Tolsma e.a., *Bestuursrecht 2*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 21.

3 Van Wijk, Konijnenbelt en Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, 16^e herziene druk, Deventer: Kluwer 2014, p. 516.

4 In die zin bijv. S. Pront-Van Bommel, *Bestuursrechtspraak. Voorstellen voor modernisering van de bestuursrechtspraak* (diss. Amsterdam), Den Haag: Bju 2002, p. 83, 93.

723 Het begrip rechtspraak

In de literatuur treft men diverse definities aan van rechtspraak. Zij ontlopen elkaar niet veel. Soms wordt een onderscheid gemaakt tussen de omschrijving van rechtspraak als functie (de aard van de activiteit) en de beantwoording van de vraag welk ambt deze functie behoort uit te oefenen. Wij wijzen op de analyse van Bovend'Eert. Op basis van o.m. de Grondwet en de Wet algemene bepalingen (Wet AB) trekt hij de conclusie dat de overheidsfunctie rechtspraak in essentie ziet op een concrete en bindende beslissing van een geschil of op de berechting van een strafbaar feit door een overheidsambt, dat daarbij de rechtens relevante feiten vaststelt en op grond van rechtmatigheidscriteria een oordeel uitspreekt.¹ Hieraan voegt hij op constitutionele gronden direct toe dat rechtspraak is voorbehouden aan een onafhankelijk en onpartijdig overheidsambt.² Stroink³ spreekt over het materiële (bindende geschilbeslechting) en formele aspect (beslissing door een onafhankelijke instantie volgens een bepaalde rechtsgang) van rechtspraak.

Om van 'rechtspraak' te kunnen spreken moet in ieder geval sprake zijn van de beslechting van een geschil door de beantwoording van een rechtsvraag. Hierbij worden rechtsnormen toegepast door een onafhankelijke 'statelijke' derde, resulterend in een bindende beslissing. Deze definitie sluit aan bij Widdershoven.⁴ Het gaat daarbij om wat hij noemt een 'gemengd rechtspraakbegrip'. Dit wil zeggen een begrip dat zowel formele als materiële kenmerken bevat. Vooral de onafhankelijke statelijke derde (de rechter of het rechterlijk college) is een essentieel formeel kenmerk. Niet alleen wordt hier administratief beroep (niet-onafhankelijk) en bezwaar (geen derde) buiten het begrip gehouden, maar ook arbitrage (niet-statelijk).

724 Het begrip bestuursrechtspraak

Gelet op de omschrijving van rechtspraak, zou men bestuursrechtspraak kunnen omschrijven als rechtspraak over een rechtsgeschil waarbij ten minste één van de partijen bij dit geschil tot het openbaar bestuur behoort. Bestuursrechtspraak is dus een species van rechtspraak. Deze vorm van rechtspraak is bijzonder omdat het bestuur bij het te beslechten geschil is betrokken. De noodzaak van rechtspraak is in dit verband

[723] 1 P.P.T. Bovend'Eert, *Rechterlijke organisatie, rechters en rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2013, p. 2.

2 Bovend'Eert 2013, p. 3.

3 F.A.M. Stroink, *Rechterlijke organisatie en rechtspraak in beweging*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 3-4.

4 R.J.G.M. Widdershoven, *Gespecialiseerde rechtsgangen in het administratieve recht* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 23. Er zijn veel definities van het begrip 'rechtspraak' in omloop die vaak aanknopen bij het beslechten van een geschil over (reeds bestaande) rechten en plichten. De Waard omschrijft rechtspraak als volgt: 'Rechtspraak is een juridisch genormeerd proces van beoordeling van beweerde schending of dreigende schending van bestaande rechten en/of plichten, aan de hand van rechtsnormen, uitmondend in een uitspraak waarin en waardoor aan het resultaat van die beoordeling rechtens bindende consequenties worden verbonden.' B.W.N. de Waard, *Beginnelsen van behoorlijke rechtspleging. Met name in het administratief procesrecht* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 14.

met name ingegeven door de notie dat, vanwege de beginselen van de democratische rechtsstaat, geschillen met de overheid moeten kunnen worden voorgelegd aan een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie. Dit is een algemeen rechtstatelijke eis die ook stevig is verankerd in het verdragenrecht en in het recht van de Europese Unie (zie i.h.b. art. 6 EVRM en art. 47 Handvest Grondrechten EU).

Hiermee is niet gezegd dat bestuursrechtspraak *moet* worden verricht door een bestuursrechter die een afzonderlijk bestuursprocesrecht toepast. Bestuursrechtspraak (in materiële zin) kan namelijk ook worden verricht door een 'gewone' rechter. Deze kan een geschil tussen overheid (bestuur) en burger beslechten op basis van – in beginsel – het burgerlijk procesrecht. Er zijn bijv. landen die om verschillende redenen geen afzonderlijk stelsel van bestuursrechtspraak kennen. Een aansprekend voorbeeld is Noorwegen.¹ De 'gewone' rechter die rechtsbescherming biedt tegen het bestuur zal zich wel goed rekenschap moeten geven van de bijzondere aard van 'het bestuur' als procespartij.

Hoe dan ook, als de burgerlijke rechter een geschil met het bestuur moet beoordelen is in onze visie dus ook sprake van een vorm van bestuursrechtspraak (zij het in materiële zin).² Bestuursrechtspraak wordt dus niet alleen verricht door de (gespecialiseerde) bestuursrechter. Ook de (algemene) burgerlijke rechter heeft hier een taak. In Nederland is deze taak traditioneel belangrijk. De burgerlijke rechter staat in ons stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid te boek als 'restrechter' die sinds jaar en dag – maar zeer constant vanaf 1915 – rechtsbescherming biedt indien en voor zover de bestuursrechtspraak tekortschiet.³ Dit kan zijn omdat er helemaal geen bestuursrechter bevoegd is, of omdat de bevoegdheden van de bestuursrechter in een bepaald geschil onvolledig zijn.

Een bestuursrechter is een specifieke, in meer of mindere mate *gespecialiseerde* rechter die met bestuursrechtspraak is belast. De definitie van de Algemene wet bestuursrecht luidt als volgt: 'een onafhankelijk, bij de wet ingesteld orgaan dat met bestuursrechtspraak is belast' (art. 1:4 lid 1 Awb). Het lijkt erop dat deze ruime definitie ook de burgerlijke rechter binnenboord trekt (vgl. onze definitie), maar dit is niet zo. In art. 1:4 lid 3 Awb wordt namelijk een belangrijke beperking gesteld. Een gerecht dat tot de rechterlijke macht behoort (en dat geldt voor de burgerlijke rechter) wordt alleen als bestuursrechter aangemerkt voor zover hoofdstuk 8 Awb (het bestuursprocesrecht) of de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften – met uitzondering van hoofdstuk VIII – van toepassing of van overeenkomstige toepassing is verklaard.

[724] 1 Zie bijv. LA. Kjellevoid, 'Eén rechter als waarborg voor rechtseenheid. Over "bestuursrechtspraak" in Noorwegen', in: R.J.N. Schlössels, A.J. Bok, A.G.A. Nijmeijer en L.J.M. Timmermans (red.), *In eenheid. Over rechtseenheid en uniforme rechtstoepassing in het bestuursrecht*, Den Haag: Sdu 2007, p. 293 e.v.

2 Zie in dit verband R.J.N. Schlössels en L.J.M. Timmermans, 'Baron von Münchhausen aan het werk in de polder: de hoogste bestuursrechtspraak als (never) ending story?', *TvCR* 2015/2, i.h.b. p. 130 e.v.

3 Hierover uitvoerig R.J.N. Schlössels, M.W.C. Feteris, R.J.B. Schutgens, G. Snijders, J. A.F. Peters en L.A.D. Keus (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Dit maakt duidelijk dat de wetgever van mening is dat een bestuursrechter in de zin van de Algemene wet bestuursrecht in ieder geval recht spreekt aan de hand van een procesrecht dat afwijkt van het burgerlijk procesrecht (nl. aan de hand van het bestuursprocesrecht zoals neergelegd in de Algemene wet bestuursrecht). De dragende beginselen en de bijzondere karakteristieken van het bestuursprocesrecht komen hierna nog uitvoerig ter sprake.

725 Argumenten voor en tegen afzonderlijke bestuursrechtspraak; enkele randvoorwaarden

Rechtsbescherming tegen het bestuur (en de overheid in het algemeen) treft men aan in vrijwel alle westerse bestuursrechtelijke stelsels. Deze stelsels kennen dus 'bestuursrechtspraak' in materiële zin. Dit wil nog niet zeggen dat zij ook gespecialiseerde bij de wet ingestelde 'bestuursrechters' kennen. In veel landen is dit echter wel het geval.

Zodra binnen een stelsel is voorzien in afzonderlijke bestuursrechtelijke instanties is sprake van bestuursrechtspraak in formele zin. Aan het instellen van afzonderlijke bestuursrechtspraak kunnen verschillende argumenten ten grondslag liggen. Deze zijn in de literatuur uitvoerig belicht. Wij volstaan op deze plaats met de opmerking dat al deze argumenten – afhankelijk van de aard van de bestuursrechtelijke materie – in wisselende mate opgaan. Geen van allen is dwingend en/of sluitend van aard. Als argumenten voor het instellen van bestuursrechtspraak zijn genoemd:¹

1. het feit dat de toetsing van besluiten een ander procesrecht verlangt dan de beoordeling van (civiele) vorderingen;
2. de prominente aanwezigheid van 'het algemeen belang' en de belangen van derden in bestuursrechtelijke geschillen;
3. de (juridische) ongelijkheid tussen overheid en burgers, en het vereiste van een laagdrempelige toegang tot de rechter;²
4. de complexiteit van het bestuursrecht en de noodzaak van rechterlijke specialisatie;
5. de burgerlijke rechter die – meer dan een 'echte' bestuursrechter – de statelijke machtscheiding zou kunnen verstoren (het argument van de *checks and balances*); en
6. het ontwikkelingsargument. Afzonderlijke bestuursrechtspraak zou kunnen bijdragen aan de verdere ontwikkeling van het bestuursrecht doordat een

[725] 1 Zie voor een uitwerking en bespreking van de verschillende argumenten het rapport van de VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 32 e.v. Zie verder R.J.N. Schlössels, *Het besluitbegrip en de draad van Ariadne. Enige beschouwingen over de rechtsmacht van de bestuursrechter* (oratie Nijmegen), Den Haag: Bju 2003, p. 35 e.v.

2 Zie hierover A. Böcker, T. Havinga, A. Jettinghof, C. Klaassen en L. Bakker, *Specialisatie loont?! Ervaringen van grote ondernemingen met specialistische rechtspraakvoorzieningen*, Den Haag: Sdu 2010.

bestuursrechter redeneert vanuit het bestuursrechtelijk systeem en zich niet – althans niet primair – bedient van civielrechtelijke leerstukken (bijv. de onrechtmatige daad).

Daarnaast worden ook wel argumenten tegen formele bestuursrechtspraak aangevoerd. Er is gewezen op de gevaren van versnippering van rechtspraak (waarbij vaak samenhangende geschillen worden verdeeld over de burgerlijke rechter en de bestuursrechter), het schaden van de rechtseenheid en het ontstaan van geïsoleerde rechtsculturen binnen gespecialiseerde bestuursrechtelijke instanties. Wat dit laatste betreft is de gedachte dat rechters het beste binnen een algemene organisatie (de rechterlijke macht) kunnen samenwerken.

Valt de keuze van de wetgever eenmaal op het instellen van een afzonderlijk stelsel van bestuursrechtspraak dan zal deze rechtspraak toch aan verschillende randvoorwaarden moeten voldoen. In de literatuur zijn ook deze randvoorwaarden goed beschreven.³ Naast de fundamentele eisen van rechterlijke onafhankelijkheid en onpartijdigheid, valt te wijzen op de eisen die voortvloeien uit de beginselen van een behoorlijke rechtspleging en op diverse organisatorische en maatschappelijke randvoorwaarden. Van belang is bijv. dat procedures niet dermate lang en stroperig zijn dat hierdoor de bestuursactiviteiten onevenredig worden belemmerd. Effectieve rechtsbescherming voor het individu (en voor maatschappelijke organisaties) moet hier worden verenigd met de eisen die het algemeen belang nu eenmaal stelt aan de activiteiten van het bestuur. Besturen betekent ordenen en sturen van de samenleving en dat moet een beetje voortvarend kunnen. Vooral in de sfeer van het ordenende bestuursrecht (denk bijv. aan de realisatie van grote infrastructurele projecten) doet de spanning op dit punt zich voelen.

726 Het begrip bestuursrechter

Een definitie van het begrip *bestuursrechter* treft men, zoals gesteld, aan in art. 1:4 Awb. Twee categorieën van overheidsinstanties vallen onder het begrip ‘bestuursrechter’ in de zin van de Awb:

- a. Onafhankelijke,¹ bij de wet ingestelde organen die met bestuursrechtspraak zijn belast. Dit zijn de gerechtelijke instanties die *niet* behoren tot de rechterlijke macht in de zin van art. 112 lid 2 Gw (denk bijv. aan de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS), de Centrale Raad van Beroep (CRvB) en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CvB)).
- b. Gerechten die wel behoren tot de rechterlijke macht, voor zover één van de volgende wettelijke regelingen van toepassing is: hoofdstuk 8 Awb (te wijzen valt op de algemene bestuursrechtspraak bij de rechtbanken, de belastingrechtspraak bij de rechtbanken en de gerechtshoven, alsmede de Hoge Raad als

[725] 3 Zie bijv. Pront-Van Bommel 2002, p. 13 e.v.

[726] 1 De eis van onafhankelijkheid dient als een essentiële van het begrip ‘bestuursrechter’ te worden opgevat. Vgl. bijv. ABRvS 18 december 1997, JB 1998/31 m.nt. JMED (College van Beroep voor de examens).

fiscale cassatierechter²) of de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (WAHV).³ Wat deze laatste wet betreft valt te wijzen op de kantonrechter van de rechtbank (art. 9 WAHV) die als bestuursrechter kennisneemt van beroepszaken tegen bepaalde sanctiebeschikkingen ('verkeersboetes') van de officier van Justitie. In hoger beroep is in deze zaken het Hof Arnhem-Leeuwarden competent (art. 14 WAHV) dat in dit verband dus ook als bestuursrechter moet worden aangemerkt.

De vraag of een orgaan van de overheid een bestuursrechter is in de zin van art. 1:4 Awb is in drie opzichten van belang. Allereerst voor de wijze waarop de rechter benaderd moet worden. Beroep op een bestuursrechter geschiedt in beginsel door het indienen van een beroepschrift bij de bevoegde rechter (art. 6:4 lid 3 Awb), al dan niet langs elektronische weg. Alleen in (bepaalde) schadevergoedingszaken is voorzien in een verzoekschriftprocedure (art. 8:88 Awb e.v.) Vervolgens is het zijn van bestuursrechter van belang voor het antwoord op de vraag of men verplicht is, alvorens beroep op de bevoegde bestuursrechter in te stellen, bezwaar te maken tegen het bestreden besluit (art. 7:1 lid 1 Awb). Ten slotte is het al dan niet zijn van 'bestuursrechter' van belang voor de competentieverdeling tussen de bestuursrechter van de rechtbank (in eerste aanleg) enerzijds en de andere bestuursrechters anderzijds.

Uit art. 8:6 lid 1 Awb volgt dat de algemene bestuursrechter (in eerste aanleg) terugtreedt zodra een 'andere' bestuursrechter bevoegd is. De bevoegdheid van een andere bestuursrechter kan blijken uit hoofdstuk 2 van de bij de Algemene wet bestuursrecht behorende Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak (zie onder nr. 727) dan wel uit een ander wettelijk voorschrift.

727 **Verschillende bestuursrechters en rechtsgangen; het systeem van rechtsbescherming tegen de overheid**

In ons land bestaat er niet één bestuursrechter. Dit maakt het stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid ingewikkeld. Er is sprake van verschillende bestuursrechtelijke rechtsgangen. Zo is de rechtsbescherming tegen een belastingaanslag anders geregeld dan de rechtsbescherming tegen een omgevingsvergunning. In een hoger beroep naar aanleiding van een uitkering op grond van de Participatiewet oordeelt een andere bestuursrechter dan in een hoger beroep dat verband houdt met een boetebeschikking in de sfeer van de warenwetgeving. Bovendien kan de beschikbare rechtsgang er verschillend uitzien. Vaak is er een eerste aanleg en hoger beroep, maar soms maar één instantie. In de meeste gevallen is er een bestuurlijke voorprocedure (bijv. bezwaar), maar in bepaalde gevallen niet. Cassatieberoep is slechts beperkt mogelijk (met name in het belastingrecht).

In de 'standaardvariant' zal er sprake zijn van bezwaar, beroep in eerste aanleg en hoger beroep. Maar afwijkende varianten komen dus voor.

[726] 2 Zie art. 29 AWR waaruit blijkt dat (mede) aan de hand van hoofdstuk 8 Awb recht wordt gesproken door de Hoge Raad.

3 M.u.v. hoofdstuk VIII.