



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Rechtseenheid als kwaliteitsvraagstuk

de Moor-van Vugt, A.J.C.

**Publication date**

2010

**Document Version**

Final published version

**Published in**

Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb

**License**

Other

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

de Moor-van Vugt, A. J. C. (2010). Rechtseenheid als kwaliteitsvraagstuk. In T. Barkhuysen, W. den Ouden, & J. E. M. Polak (Eds.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb* (pp. 299-317). Boom Juridische uitgevers.

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

# Rechtseenheid als kwaliteitsvraagstuk

A.J.C. de Moor-van Vugt\*

## I Rechtseenheid is geen institutioneel vraagstuk

Een van de hoofddoelstellingen van de Awb is het tot stand brengen van eenheid in regelgeving geweest. In de parlementaire geschiedenis kunnen we lezen welke voordelen daaraan zitten: het recht wordt eenvoudiger en beter toegankelijk voor alle betrokkenen. De wetgever behoeft niet iedere keer opnieuw het wiel uit te vinden bij het definiëren van begrippen, het bestuursorgaan hoeft zich niet te oriënteren op verschillende stelsels, voor de burger neemt de kenbaarheid en de rechtszekerheid toe en het werk van de rechter wordt vereenvoudigd, omdat hij zich niet steeds opnieuw over vergelijkbare vragen hoeft te buigen.<sup>1</sup> Eenheid in regelgeving brengt echter niet automatisch rechtseenheid, zo onderkende ook de Awb-wetgever, er moet daartoe eenheid in rechtspraak zijn. De tweede tranche waarin de rechtspraak in eerste aanleg werd ondergebracht bij de rechtbanken zou in combinatie met het uniforme procesrecht een belangrijk stap richting rechtseenheid moeten vormen. Het was echter van meet af aan ook duidelijk dat een-vormige toepassing van het nieuwe recht niet zou zijn verzekerd als dat zou gebeuren door negentien rechtbanken, verschillende bijzondere rechtscolleges in eerste en enige aanleg en verschillende appelcolleges. En dat nog afgezien van de toepassing van bestuursrechtelijke begrippen door de strafrechter en de civiele rechter. De regering deed daarom voorstellen om te komen tot een institutionele rechtseenheidsvoorziening.<sup>2</sup>

Deze voorziening is zoals bekend nooit tot stand gekomen. Na vijftien jaar zijn we op dit punt niet verder dan toen we begonnen. Daarvoor is m.i. een aantal oorzaken aan te wijzen. Op de eerste plaats wordt gezocht naar een eenvormige oplossing voor een aantal qua soort en karakter nogal uiteenlopende rechtseenheidsproblemen. Veelsoortige problemen vragen echter om veelsoortige oplossingen. Op de tweede plaats wordt vooral gezocht naar een institutionele voorziening, die rechtseenheid 'afdwingbaar' maakt. Dergelijke oplossingen roepen vanwege hun fundamentele karakter veel principiële weerstand op. Op de derde plaats is de vraag van rechtseenheid met name aan de orde in het debat tussen regering en

\* Prof. mr. A.J.C. de Moor-van Vugt is hoogleraar Bestuursrecht aan de Universiteit van Amsterdam en raadsheer-plaatsvervanger in het College van Beroep voor het bedrijfsleven en het Hof Den Bosch.

1 Zie PG Awb I, p. 15-38. De verwijzingen naar de parlementaire geschiedenis zijn ontleend aan PG Awb digitaal, [www.pgawb.nl](http://www.pgawb.nl).

2 Zie PG Awb II, Nader rapport punt 34.

kamer en in de juridische wetenschap. Dit werkt formalisering en een zucht naar regulering in de hand.

Rechtseenheid is echter geen doel op zich, maar draagt bij aan de kwaliteit van een rechtssysteem. De motieven die voor het streven naar rechtseenheid worden genoemd zijn allemaal kwaliteitseisen die we aan een rechtssysteem stellen. Een probleem op het stuk van de rechtseenheid is daarmee een kwaliteitsprobleem. Rechtseenheid moet daarom worden benaderd als een punt van kwaliteitszorg en niet zozeer als een institutioneel vraagstuk. Een dergelijke benadering maakt het mogelijk om heen te stappen over de controverse rondom de inrichting van de hoogste bestuursrechtspraak en om te bezien op welke manieren rechtseenheid inhoudelijk kan worden verwezenlijkt. Dat is de centrale stelling van dit stuk, die zal worden uitgewerkt aan de hand van de ontwikkelingen sinds 1994 rondom de rechtseenheid in de hoogste bestuursrechtspraak. Ik zal betogen dat de voorstellen voor institutionele oplossingen fraai ogen, maar dat rechtseenheid materieel pas kan worden bereikt als het deel uitmaakt van de kwaliteitszorg in de rechtspraak.

## 2 Verscheidenheid in rechtstoepassing: voor wie een probleem?

De Awb heeft niet het monopolie op rechtseenheidsvragen. Overal waar meer rechters dezelfde begrippen toepassen bestaat de kans op uiteenlopende resultaten. Dit is inherent aan het juridische bedrijf. De Awb heeft echter wel de pretentie meer rechtseenheid te brengen doordat een aantal kernbegrippen uit het bestuursrecht in de wet zijn gedefinieerd. Deze begrippen moeten in het gehele bestuursrecht op dezelfde manier worden uitgelegd en toegepast. Dat gebeurt echter niet altijd zo, omdat uitleg en toepassing steeds moeten worden bekeken in de concrete context. Daar waar niet aanstonds duidelijk is in hoeverre de feiten onder de wettelijke begrippen kunnen worden gebracht is ruimte voor discussie en verschil van inzicht. Dat komt met name tot uiting in de rechtspraak van onze hoogste bestuursrechters en leidt ertoe dat op uiteenlopende wijze toepassing wordt gegeven aan hetzelfde Awb-recht.

Dit gebrek aan eenduidige interpretatie en toepassing is vooral een probleem voor de eerstelijnsrechter en voor professionele rechtshulpverleners. Bestuursorganen (of diensten daarvan) opereren veelal op de bijzondere delen van het bestuursrecht en hebben daarmee steeds met dezelfde appelrechter te maken. Verschil in interpretatie zal hen niet raken, zij hebben één duidelijk richtpunt. Rechtzoekenden zullen misschien één of twee keer met de bestuursrechtspraak in aanraking komen en voor zover het repeatplayers zijn gaat het vaak over hetzelfde type zaken. Vooral de eerstelijnsrechters, zo blijkt ook wel uit het betoog van Van Ettekoven elders in deze bundel, hebben last van voor hen onbegrijpelijke verschillen.<sup>3</sup> Dat gaat in tegen hun rechtsgevoel. Maar zij merken dat eigenlijk ook pas als ze binnen hun sector op verschillende delen van het bijzonder deel hebben recht gesproken en dan maken zij zich vooral druk over de onrechtvaardigheid van het verschil in uitkomst van de vaste appelrechtspraak in de concrete zaak. Professionele rechts-

hulpverleners met een brede praktijk zullen steeds moeten opletten in welk segment zij opereren.

Dat met name de laatste twee groepen problemen hebben met gebrek aan rechtseenheid kan worden geïllustreerd aan de hand van het volgende.

### 2.1 Interpretatie van Awb-bepalingen

Damen heeft in zijn bijdrage aan de bundel *In eenheid* aan de hand van de begrippen bestuursorgaan, besluit en belanghebbende laten zien dat een bonte stoet aan casus zorgt voor een gedifferentieerde invulling, waarbij soms strategische keuzes worden gemaakt.<sup>4</sup> Dit is ook het geval bij andere Awb-begrippen, zoals het begrip subsidie, laat Bok in dezelfde bundel zien.<sup>5</sup> Een dergelijke contextuele benadering is noodzakelijk om recht te doen aan de verschillen in feitenconstellatie en om de rechtzoekende te geven wat hem toekomt. Een gedifferentieerde aanpak wordt pas een probleem als deze niet kan worden verklaard vanuit de eigenaardigheden van het geval. De rechtzoekende heeft daar het minste last van: zijn geval is voor hem uniek. Voor bestuursorganen en rechters in eerste aanleg ligt dit anders, zoals blijkt uit de navolgende voorbeelden.

Zo leverde een verschil in toepassing van artikel 4:6 door de Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad van Beroep hoofdbrekens op voor een Rotterdamse rechter. Zoals bekend staat het eerste lid van artikel 4:6 Awb eraan in de weg dat een aanvrager die heeft nagelaten rechtsmiddelen aan te wenden tegen een afwijzing van zijn aanvraag simpelweg door het indienen van een nieuwe aanvraag kan zorgen dat opnieuw een, en dan gunstiger besluit wordt genomen. Dat ligt volgens het tweede lid anders indien nieuwe feiten of veranderde omstandigheden worden aangevoerd. De Afdeling bestuursrechtspraak is van oordeel dat een bestuursorgaan niet verplicht is tot heroverwegen, wanneer een onherroepelijk besluit evident onjuist is. De Centrale Raad van Beroep heeft in deze lang een andere opvatting gehad, namelijk dat een onherroepelijk besluit moet worden heroverwogen, indien appellant de evidente onjuistheid ervan aantoonde. De rechter in eerste aanleg moest zich hier, afhankelijk van het besluit waarover de zaak gaat, richten naar verschillende opvattingen. Dat gaf de Rechtbank Rotterdam aanleiding tot de volgende ontboezeming:

'Indien het bestreden besluit zou worden beoordeeld aan de hand van de hiervoor genoemde jurisprudentie van de CRvB - waarvoor naar het oordeel van de rechtbank op zich overigens voldoende aanleiding bestaat (...) - zou geen andere conclusie mogelijk geweest zijn dan dat dit besluit een deugdelijke motivering ontbeert. Het bestreden besluit zou alsdan dienen te worden vernietigd (...).

4 L.J.A. Damen, 'Bestuursorgaan, belanghebbende, besluit: meer rechtseenheid?', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In eenheid, Over rechtseenheid en uniforme rechtstoepassing in het bestuursrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 2007, p. 21 e.v.

5 A.J. Bok, 'Rechtseenheid in subsidieland', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In eenheid, Over rechtseenheid en uniforme rechtstoepassing in het bestuursrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 2007, p. 61 e.v.

3 B.J. van Ettekoven, 'Rechtseenheid vanuit het perspectief van de rechtbanken'.

Dit geschil dient, nu terzake de Afdeling bestuursrechtspraak (...) de hoogste rechterlijke instantie is, echter te worden beoordeeld volgens de jurisprudentie van die Afdeling (...)

Bij de gegeven stand van de jurisprudentie is de conclusie onontkoombaar dat het beroep ongegrond is.<sup>6</sup>

Een duidelijke illustratie van de problemen, en de frustratie, die een rechter in eerste aanleg kan hebben met de huidige systematiek. Tegelijkertijd is dit ook een probleem voor partijen: in bepaalde gevallen zal de inhoud van het besluit *in primo* afhankelijk van het antwoord op de vraag welke de bevoegde appelrechter is. Dan zal dus ook de aanvrager van een dergelijk besluit zich terdege moeten oriënteren op een eventueel vervolg van de procedure om zelfs maar te kunnen inschatten hoe zijn aanvraag zal worden bekeken. Hij hoeft echter zelden rekening te houden met de verschillen in jurisprudentie: hoe vaak zal het voorkomen dat iemand op verschillende terreinen een herhaalde aanvraag doet? Daarnaast zal een bestuursorgaan zich richten op het rechterlijk beleid bij het nemen van besluiten op het terrein waarop dat opereert. Eventuele gaten in regelgeving die zijn ontstaan door een bepaalde rechterlijke interpretatie zal het proberen te dichten door aanscherping van procedures of het entameren van aanpassing van regelgeving. Ook andere kwesties kunnen heel verschillend uitpakken en het lastig maken om een inschatting te geven of het beroep kans maakt. Dat bleek in een zaak die voorlag bij de Rechtbank Utrecht over de verschoonbaarheid van overschrijding van de beroepstermijn als een rechtsmiddelenclausule ontbreekt. De rechtbank merkte op dat Afdeling en Centrale Raad enerzijds en College van Beroep voor het bedrijfsleven en de Hoge Raad anderzijds verschillende opvattingen hantieren. Eerstgenoemde oordelen dat het ontbreken van een verwijzing niet leidt tot verschoonbaarheid; laatstgenoemde zijn van oordeel dat het ontbreken van een rechtsmiddelverwijzing wel kan leiden tot verschoonbaarheid. De rechtbank achtte het onwenselijk dat rechtzoekenden worden geconfronteerd met tegenstrijdige beslissingen van de bestuursrechter en formuleerde vervolgens een eigen, genuanceerde regel.<sup>7</sup>

## 2.2 Opvattingen over het Awb-procesrecht

Niet alleen de interpretatie van begrippen en definities uit de Awb heeft problemen opgeleverd, ook het 'uniforme' Awb-procesrecht zorgde voor rechtseenheidsvragen. Toch was niet zozeer de Awb daaraan debet, maar eerder het gebrek aan visie op de functie van het hoger beroep van de kant van de wetgever. Zo konden de appelrechters verschillende opvattingen ontwikkelen over de stroomlijning van procedures en de functie van het hoger beroep. Het gevolg was onder meer dat een 'trechter'- en 'fuiken'problematiek ontstond.<sup>8</sup> De twee dominante opvattingen over de functie van het hoger beroep zijn controle op de eerste aanleg (de Afdeling)

of herkansing (de Centrale Raad, belastingrechter, Cbb).<sup>9</sup> De herkansingsfunctie brengt met zich dat weinig beperkingen bestaan voor partijen om in hoger beroep nieuwe elementen toe te voegen aan een zaak: in eerste aanleg gemiste kansen kunnen alsnog worden benut en de hele zaak wordt – los van de inhoud van de uitspraak – opnieuw gedaan. Wanneer de controlefunctie voorop staat is die uitspraak in eerste aanleg juist het voorwerp van controle en wordt gekeken of de eerste rechter het goed heeft gedaan.<sup>10</sup> Zaken die bij hem niet zijn aangevoerd en bewijsmiddelen die niet zijn overgelegd worden buiten beschouwing gelaten. Immers, als de eerste rechter deze niet kende, heeft hij zich er niet over uitgelaten en valt er voor de appelrechter niets te controleren. Als de rechtseenheid voorop staat, dan zal de appelrechter niet ieder hoger beroep uitgebreid hoeven te behandelen. Zaken waarin de rechter in eerste aanleg wet en recht goed heeft toegepast en in de pas loopt met de jurisprudentie van de hogere rechter, kunnen met een zeer korte uitspraak worden afgedaan.

Dit verschil in opvatting heeft gevolgen voor het afbakenen van de omvang van het geding in hoger beroep, maar werpt zijn schaduw vooruit naar de eerste aanleg en aanvankelijk zelfs ook naar de bezwaarschriftprocedure. De trechter tussen de bezwaarfase en het beroep op de rechtbank is door de Afdeling in 2004 verlaten, tien jaar na invoering van het uniforme bestuursprocesrecht. Wel is het vanwege artikel 6:13 Awb nog steeds nodig dat men in bezwaar al gronden heeft aangevoerd tegen dat onderdeel van het besluit dat men in beroep wil aanvechten. De uiteenlopende opvattingen over de functie van het hoger beroep en daarmee samenhangend het object van het hoger beroep zijn wel enigszins naar elkaar toegroeid, waar de Afdeling ruimhartiger is met het toestaan van nieuw bewijs voor al aangevoerde gronden en de Centrale Raad niet meer toestaat dat men in hoger beroep compleet nieuwe stellingen inneemt.<sup>11</sup> Dit neemt niet weg dat er nog steeds geen eenduidige visie bestaat op dit punt en er nog voldoende verschillen zijn die het er voor de appellanten niet gemakkelijker op maken. Zij moeten zich terdege oriënteren op de benadering van de bevoegde appelrechter om te weten te komen wat zij wel of niet aan kunnen voeren. Dit leidt ertoe dat appellanten die professioneel worden bijgestaan met het oog op de onderdelenfuiken en de nog niet geheel uitgekristalliseerde jurisprudentie de 'schot hagel' techniek beproeven, en in het vroegst mogelijke stadium van de procedure alle mogelijke argumenten aanvoeren, terwijl degenen zonder rechtsbijstand soms van een koude kermis thuis komen.

9 Zie voor een overzicht van de opvattingen van de verschillende appelcolleges P.A. Willemsen, *De grenzen van de rechtsstrijd in het bestuursrechtelijk beroep en hoger beroep in rechtsvergelijkend perspectief*, Deventer: Kluwer 2005, p. 269-274.

10 Zie hierover mijn preadvies Nederlandse bestuursrechtelijke appelrechtspraak in transitie, 'Enkele opmerkingen over de ontwikkelingen in de bestuursrechtspraak in hoogste instantie in Nederland', in: *De werkwijze van de hoogste rechtscolleges, preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van Nederland en België*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2007, ISBN 978-90-5454-954-3, p. 11-148.

11 Zo ook J.E.M. Polak, 'Vijftien haar geschillen beslechting onder de Algemene wet bestuursrecht', *Trema* 2009, p. 378-383 (380).

6 Zie Rechtbank Rotterdam 5 september 2000, JB 2000,291 m.nt. FAMS, LJN AA7311.

7 Rechtbank Utrecht 13 januari 2009, AB 2009, 139 m.nt. R. Ortlep.

8 Zie hierover het proefschrift van B.J. van de Griend, *Trechters in het bestuursprocesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2007 en de daar vermelde literatuur en jurisprudentie.

### 2.3 Europeesrechtelijke complicaties

Het recht van Europese origine maakt de hiervoor geschetste problematiek zo mogelijk nog ingewikkelder.<sup>12</sup> Zowel het Europese gemeenschapsrecht als de Europese mensenrechten stellen eisen aan verschillende onderdelen van het algemeen deel van het bestuursrecht. In Awb-verband hebben vooral procesrechtelijke complicaties de aandacht getrokken. Dan denk ik vooral aan de jurisprudentie over formele rechtskracht en het terugkomen op met het gemeenschapsrecht strijdige besluiten (Kühne/Heitz en de artikel 4:6-problematiek) en de rechtspraak over het ambtshalve toepassen van gemeenschapsrecht door de rechter.<sup>13</sup> Deze rechtspraak heeft een bepaalde, maar in beginsel beperkte uniformerende werking, omdat de Nederlandse bestuursrechter enkel in geschillen waarbij gemeenschapsrecht is betrokken de lijn van het Hof dient te volgen. Toch is er ook een uitstralingseffect, omdat over de band van het gemeenschapsrecht een nationaal debat wordt gevoerd over deze vraagstukken en hun betekenis in ons stelsel. In prejudiciële verwijzingsuitspraken geven de verwijzende rechters immers een samenvatting van het geldende Nederlandse recht met betrekking tot de voorgelegde vraag. Op de punten waarop de rechtspraak uiteenloopt wordt dan de eigen opvatting als geldend recht gepresenteerd, wat tot irritatie bij de andere hoogste bestuursrechter kan leiden. Het voordeel is dat het debat transparant wordt en de andere appelcolleges zich in Europeesrechtelijke zaken willens nillens zullen moeten aansluiten bij de door het Hof van Justitie vervolgens gekozen lijn. Daarin is Nederland overigens niet uniek, want ook in andere lidstaten (zoals Italië) heeft zich soms een nationale discussie over procesrechtelijke vragen verdiept en is die ook beslecht naar aanleiding van een Europeesrechtelijke zaak.<sup>14</sup>

Ook de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de mens over artikel 6 EVRM heeft belangrijke invloed gehad. Ten dele heeft die harmoniserend gewerkt. De wetgever heeft het systeem van bestuurlijke boetes en de rechtsbescherming tegen het opleggen van bestuurlijke boetes grotendeels gelijk getrokken en in de Awb verankerd. De rechters toetsen het besluit tot opleggen van de bestuurlijke boete en de hoogte van de boete langs dezelfde lijnen. Maar op het stuk van de berechting binnen redelijke termijn is de rechtspraak niet eenduidig. Wat betreft het vaststellen hoe lang een procedure mag duren wil die nog binnen de redelijke termijn vallen bestaan verschillende methoden, en over de totale nog redelijk geachte periode voor een procedure tot en met hoger beroep lopen de opvattingen uiteen.<sup>15</sup> Dat buiten boetezaken schadevergoeding de voorkeursremedie is tegen overschrijding van de redelijke termijn is inmiddels in navolging van de Straatburgse jurisprudentie aanvaard, maar hoe die precies gerealiseerd zou moe-

ten worden, daarover waren onze hoogste bestuursrechters het aanvankelijk niet eens. En ondanks afstemming loopt de rechtspraak nog steeds enigszins uiteen (zie hierna onder par. 4).<sup>16</sup>

Er is overigens wel een verschil tussen het gemeenschapsrecht en het EVRM wat betreft het bevorderen van harmonisatie en rechtseenheid in de Nederlandse context. De rechter kan bij twijfel over de interpretatie en toepassing van het gemeenschapsrecht binnen de nationale context wel prejudiciële vragen aan het Luxemburgse Hof stellen, maar niet aan het Straatburgse. Daardoor kan de uniformering binnen de Nederlandse bestuursrechtspraak in verband met het EVRM niet worden benaderd via de hiervoor genoemde 'over de band'-methode en duurt het langer voordat de opvattingen naar elkaar toegroeien. Daardoor bestaat het risico dat uiteenlopende rechtspraak langer blijft bestaan dan wenselijk zou zijn.

### 3 Door de wetgever bedachte oplossingen voor rechtseenheidsproblemen

Sinds de Awb-wetgever het vraagpunt hoe de rechtseenheid te verzekeren heeft opgeworpen, zijn tal van oplossingen bedacht, met ieder hun eigen merites en nadelen. Ze hebben gemeen dat de wetgever streeft naar het afdwingen van rechtseenheid van buitenaf door middel van institutionele oplossingen. Al in de wets-geschiedenis van de tweede tranche van de Awb staat te lezen dat de rechterlijke taak om te voorzien in eenheid van recht volgens de regering een wettelijk fundament behoeft. Die opvatting wordt onderbouwd met twee argumenten: het geeft een democratische legitimatie aan de rechterlijke activiteit en het garandeert dat de essentiële taak om te voorzien in rechtseenheid ook daadwerkelijk wordt uitgevoerd.<sup>17</sup>

#### 3.1 De Hoge Raad als bewaker van de rechtseenheid

Bij de invoering van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) in 1994 stond de wetgever een vereenvoudiging van het stelsel van bestuursrechtspraak voor ogen. Van een situatie waarin tal van rechtsprekende colleges en instanties ieder hun eigen specifieke competentie en procesrechtelijke regels kenden,<sup>18</sup> zouden we overgaan naar een meer ideale situatie: één rechtsingang voor alle bestuursrechtelijke geschillen, geïntegreerd in de rechterlijke macht met cassatie bij de Hoge Raad. Dit zou garant staan voor snelle, effectieve rechtsbescherming en finale geschillenbeslechting. Dat gedroomde scenario werd echter al vrij snel als ambitieus terzijde geschoven en nog tijdens de behandeling van de voorstellen voor de tweede fase kwam de regering met een aantal mogelijkheden voor het organiseren van

12 Zie hierover T. Barkhuysen, *Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde*, oratie RU Leiden, Deventer: Kluwer, 2006.

13 HvJEG 13 januari 2004, C-453/00, Kühne & Heitz, AB 2004, 58, m.nt. RW en HvJEG 7 juni 2007, C-222/05 tot en met C-225/05, Van der Weerd e.a., AB 2007, 228, m.nt. Widdershoven.

14 Zie Mariolina Eliantonio, *Europeanisation of Administrative Justice? The Influence of the ECJ's Case Law in Italy, Germany and England*, Groningen: Europa Law Publishing, 2009, p. 143-159.

15 Zie hierover T. Barkhuysen en B.J. van Ettehoven, 'De compensatie voor schending van de redelijke termijn van art. 6 EVRM door de bestuursrechter', NTB 2009, 19, (en voor degenen die net als ik een voorkeur hebben voor de ouderwetse notatie, afl. 6, p. 129 e.v.).

16 En ook T.J. Poppema, 'De redelijke termijn in het nationale (bestuurs)recht: op naar een wettelijke voorziening', NTB 2009, 25 (afl. 7, p. 185 e.v.).

17 PG Awb II, p. 232-254, Hfd. IV rechtseenheidsvoorziening.

18 Zie hierover R.J.G.M. Widdershoven, *Gespecialiseerde rechtsgangen in het administratieve recht*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1989.

een rechtseenheidsvoorziening die zou passen binnen de opzet van integratie van bestuursrechtspraak in eerste aanleg in de rechterlijke macht.

De Staatscommissie herziening rechterlijke organisatie stelde het hierboven genoemde ideaalscenario voor.<sup>19</sup> De Hoge Raad steunde dit voorstel,<sup>20</sup> maar de Raad van State stelde in hetzelfde jaar echter dat de invoering van cassatieberoep geen bruikbaar alternatief zou zijn voor het bereiken van rechtseenheid.<sup>21</sup> Enerzijds zou daardoor – meende de Raad van State – het probleem alleen worden verplaatst, omdat daardoor een extra kamer bij de Hoge Raad zou moeten worden ingericht, hetgeen toch weer afstemmingsproblemen met de andere kamers zou geven. Anderzijds zou cassatieberoep als zodanig ongeschikt zijn voor het ordenende bestuursrecht, waar het vaak gaat om de beoordeling van gevoerd beleid en de toepassing van beleid op concrete gevallen. Een dergelijke beoordeling zal lang niet altijd kunnen worden herleid tot het al dan niet geschonden zijn van beleidsregels, door de Hoge Raad aangemerkt als recht in de zin van artikel 99 RO, waaraan de Hoge Raad mag toetsen. Als tweede bezwaar had de Raad van State dat zijn positie van Hoog College van Staat zich niet verdraagt met een stelsel waarin de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak door een andere rechter kunnen worden beoordeeld.<sup>22</sup> Aanvankelijk werd gedacht dat dit laatste punt zou kunnen worden opgelost met het openen van de mogelijkheid van cassatie in het belang der wet. De regering verwierp echter deze optie, omdat de regering het risico te groot achtte dat uitsluitend bestuursorganen met het oog op toekomstige zaken in het belang der wet zaken zouden voorleggen aan de procureur-generaal en zo enkel zaken ten voordele van bestuursorganen aan bod zouden komen.<sup>23</sup>

Als tweede mogelijkheid (en tijdelijke oplossing) stelde de regering de invoering van een prejudicieel stelsel binnen de bestuursrechtspraak voor. Bestuursrechtelijke rechtsvragen waarvan de beantwoording van belang zou zijn voor de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling in het algemeen zouden in dit voorstel door de bestuursrechter worden voorgelegd aan de Hoge Raad. Het systeem werd vergeleken met de prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie van de (toen nog) EG. Het zou daarmee een systeem van rechterlijke samenwerking zijn, zodat de bezwaren van de Raad van State volgens de regering geen opgeld deden. De instelling van een gemeenschappelijke kamer werd minder wenselijk geacht, omdat dan de Hoge Raad zich zou moeten richten naar de uitspraken van deze kamer. Twee superkapiteins op een schip vond de regering te gortig.<sup>24</sup> Opmerkelijk is overigens wel dat de argumenten van de regering om bepaalde voorstellen niet te steunen, later terzijde werden geschoven en de regering dezelfde voorstellen nu juist om-

arme. De hiervoor genoemde regeringsvoorstellen haalden het niet, waarna de regering naar goed Nederlands gebruik een discussienota opstelde.

### 3.2 Rechtseenheid door concentratie van appelrechtspraak

In die discussienota *Keuzen voor de bestuursrechtspraak* zijn verschillende scenario's geschetst over de wijze waarop de organisatie van de rechtspleging in het bestuursrecht verder vorm zou kunnen krijgen na de tweede fase. Daaronder was het hiervoor besproken scenario van volledige integratie in de rechterlijke macht met cassatie bij de Hoge Raad.<sup>25</sup> Dit model wordt over het algemeen het meest vereenzelvigd met de term 'derde fase', hoewel strikt genomen de andere scenario's ook de derde fase kunnen vormen van de reorganisatie van de rechterlijke macht. Als tweede scenario noemde de nota het concentreren van de bestuursrechtspraak in hoogste instantie in één of hooguit twee colleges buiten de rechterlijke macht. Dit zou het samengaan van de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven betekenen, of de samenvoeging van het College van Beroep voor het bedrijfsleven met de Afdeling bestuursrechtspraak en het zelfstandig blijven van de Centrale Raad (gedeeltelijke concentratie).<sup>26</sup> Het derde scenario houdt in dat de hoogste rechtspraak in de sociale zekerheid en het ambtenarenrecht (het financiële en sociale bestuursrecht) zou worden geïntegreerd in de gewone appelrechtspraak, terwijl voor het ordenend bestuursrecht hoger beroep open zou blijven staan op de Afdeling en het College, al dan niet samengevoegd (het scenario van de gedeeltelijke integratie).<sup>27</sup> Met deze scenario's wordt weliswaar vooruitgang geboekt in die zin dat met minder rechtscolleges hoeft te worden gecoördineerd, maar het nadeel is dat daarmee op institutioneel niveau nog steeds geen volledige rechtseenheid wordt bewerkstelligd. De discussienota heeft dan ook niet geleid tot concrete voorstellen. Men raakte het niet eens, waarbij opnieuw de hybride positie van de Raad van State als Hoog College van Staat en als rechter een grote rol speelde.

### 3.3 De prejudiciële procedure bij de rechtseenheidskamer

Naar aanleiding van de uitkomsten van een onderzoek naar rechtseenheid in de bestuursrechtspraak heeft de regering de scenario's uit de discussienota opnieuw tegen het licht gehouden.<sup>28</sup> Deze werden vervolgens vanwege de grote organisatorische en personele gevolgen aan de kant gezet. De rechtseenheid zou ook kunnen worden gewaarborgd door de instelling van een rechtseenheidskamer. Ook de drie hoogste bestuursrechtelijke appelrechters pleitten hiervoor.<sup>29</sup> De rechtseenheidskamer zou volgens de regering kunnen bestaan uit de voorzitter van de

25 Keuzen voor de bestuursrechtspraak, juli 2001, te vinden via <http://www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/awb/notas/>, p. 38-42.

26 P. 42-45.

27 P. 45-47.

28 J. van Erp c.s., *Eenheid van rechtspraak, Een onderzoek naar de werking van coördinatiemechanismen in het bestuursrecht*, B&A Groep Beleidsonderzoek & Advies, Den Haag 2001.

29 Zie Kamerstukken 2001-2002, 26352, nr. 61, p. 11 en Jaarverslag Raad van State 2001, p. 26-27.

19 Eindrapport Naar een nieuwe structuur van de rechterlijke organisatie, Kamerstukken II 1988-1989, 21 206, nr. 2. Dit rapport is overigens nooit met de Kamer besproken. Zie over deze historie Polak, 'Bestuursrechtspraak', in: E.R. Muller/C.P.M. Cleiren, *Rechterlijke macht, Studie over rechtspraak en rechtshandhaving in Nederland*, Deventer: Kluwer, 2006, p. 335-360 (337-343).

20 Jaarverslag Hoge Raad 2001/2002, p. 9, te vinden op de site van de Hoge Raad (zie [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl)).

21 Jaarverslag Raad van State 2001, p. 29 e.v.

22 PG Awb II, p. 232-254, Hfd. IV Rechtseenheidsvoorziening.

23 Ibidem.

24 PG Awb II p. 232-254, Hfd. IV Rechtseenheidsvoorziening.

Afdeling bestuursrechtspraak, en de presidenten van het College van Beroep voor het bedrijfsleven en de Centrale Raad van Beroep.<sup>30</sup> Of de belastingkamer van de Hoge Raad zou moeten worden betrokken, is een vraag waarop toen geen eenduidig antwoord is gegeven, maar met de huidige ontwikkelingen van bestuursrechtspraak in eerste aanleg bij de rechtbanken, die daarbij de Awb toepassen, ligt dat wel voor de hand.

Het voorstel houdt in een stelsel van prejudiciële verwijzingen voor rechtsvragen, opgekomen bij een van de betrokken hoogste gerechten, die ook het rechtsgebied van de andere gerechten kan raken. In geval de beantwoording daarvan noodzakelijk is voor het beoordelen van de concrete zaak, dan moet het betrokken gerecht de zaak verwijzen naar de rechtseenheidskamer en deze een prejudiciële vraag stellen. De rechtseenheidskamer geeft daarop een bindend antwoord. Ook dit is een voorstel dat bij de behandeling van de voorstellen voor de tweede fase nog als gewrongen werd bestempeld, omdat appelrechters zouden moeten oordelen over door hun eigen college voorgelegde vragen.<sup>31</sup>

De toegevoegde waarde van een rechtseenheidskamer zit daarin dat uitspraken op voor de buitenwereld duidelijk kenbare wijze inzicht kunnen bieden in het proces van rechtsontwikkeling.<sup>32</sup> Door de keuzes die juist deze kamer maakt wordt duidelijk dat we hier te maken hebben met een algemeen en breed te aanvaarden oordeel over bepaalde rechtsvragen. Deze legitimatie zal bewerkstelligen dat rechtsprekenden in eerste aanleg en in appel de uitgezette lijn zullen gaan volgen in hun eigen uitspraken, hetgeen de rechtszekerheid ten goede zal komen. Ook zal dit ertoe leiden dat in bepaalde gevallen minder vaak hoger beroep zal worden ingesteld.

Tegen dit instituut pleit dat het de colleges zelf zijn die bepalen of de noodzaak bestaat om een vraag voor te leggen. Ze bepalen daarmee zelf de agenda van de rechtseenheidskamer en kunnen punten die hen niet goed uitkomen buiten het bereik van de voorziening houden. Bovendien is het een tijdrovende en omslachtige procedure, die (net als de prejudiciële procedure bij het Luxemburgse Hof) zo veel mogelijk zal worden omzeild. Als we dan ook nog de complicatie in ogenschouw nemen dat parallel een prejudiciële verwijzing naar het Hof van Justitie nodig is, dan wordt duidelijk dat deze weg een moeilijk begaanbare is.

#### 3.4 Pas op de plaats

De regering heeft vervolgens de derde fase afgeblazen, zodat het palet van vier hoogste bestuursrechters voorlopig is blijven bestaan. Her en der is kritiek gezezen op dit besluit. De Haan hield een helder pleidooi voor het doorzetten van

de derde fase, leidend tot een volledige integratie van de rechterlijke macht.<sup>33</sup> Zijn voornaamste argumenten daarbij waren dat daardoor de rechtseenheid tussen de deelgebieden van het bestuursrecht en tussen het bestuursrecht en de andere hoofdgebieden van het Nederlandse recht wordt bevorderd, en dat daarbij de grensgebieden – het bestuursstrafrecht en het overheidsprivaatrecht – verder tot ontwikkeling zouden kunnen komen. Zijn bijdrage ondervond steun, maar ook kritiek.<sup>34</sup> Donner, de toenmalige minister van Justitie, noemde het systeemdrift,<sup>35</sup> omdat een ordelijk en logisch systeem geen doel op zich is, maar in dit geval slechts een middel naast andere om rechtseenheid te bewerkstelligen. De Tweede Kamer heeft zich daarvan niets aangetrokken en meermalen duidelijk gemaakt, dat zij zich niet neer zal leggen bij de keuze van de regering in 2004 om de derde fase helemaal af te blazen. Dit kwam opnieuw naar voren bij de behandeling van het wetsvoorstel over de herstructurering van de Raad van State, toen moties werden ingediend om de derde fase voortvarend ter hand te nemen. Ook de Eerste Kamer wil dat.<sup>36</sup> Het parlement is in ieder geval nog niet af te brengen van de opvatting dat het de taak van de wetgever is om de rechtseenheid te regelen.

#### 4 Rechtseenheid in de sleutel van kwaliteitszorg

Laten we voorop stellen dat het belangrijkste probleem van gebrek aan rechtseenheid een probleem is voor eerstelijnsrechters met een brede taak en voor professionele rechtsbijstandverleners die op meer terreinen van het bijzonder deel opereren (zie einde par. 2). Het gaat dan om de horizontale rechtseenheid. Institutionele oplossingen als het instellen van nieuwe 'hoogste' rechters of het samenvoegen van bestaande zijn voorlopig geen adequaat medicijn voor deze kwaal. Een eenvormig systeem van volledige integratie is een ideaalmodel en afgeleiden daarvan zouden als *next best* kunnen fungeren. Maar institutionele oplossingen zijn top down modellen en die leiden niet zonder meer tot de gewenste materiële veranderingen. Bovendien moeten ze in wetgeving worden vastgelegd waardoor de layout van het systeem voor jaren wordt vastgelegd. Het vooruitzicht daarvan zet de verschillende stakeholders schrap in de verdedigingsstand, en de voorstanders van wijziging in de dramastand. *Prinzipienreiterei* en systeemdrift liggen op de loer. De vraag is daarom gerechtvaardigd of er nog andere mogelijkheden zijn om het probleem van het gebrek aan rechtseenheid te benaderen.

Ik zie mogelijkheden in het perspectief van de kwaliteitszorg: dat is een zorg van iedereen. Het volstaat natuurlijk niet om met de mond te belijden dat rechtseenheid een element van de kwaliteit van rechtspraak is en hierna werk ik daarom een aantal systemen uit waarvan te verwachten valt dat zij op den duur van binnenuit zullen werken aan rechtseenheid, daar waar echt problemen bestaan.

<sup>30</sup> Zie Kamerstukken 2001-2002, 26 352, nr. 61, p. 11-12.

<sup>31</sup> Zie PG Awb II, IV Rechtseenheidsvoorziening, par. 4.3.

<sup>32</sup> Zie J.C.A. de Poorter en E.M.H. Hirsch Ballin, 'Enkele beschouwingen over de toekomst van de rechtspleging, met name in het bestuursrecht', in: E.R. Muller/C.P.M. Cleiren, *Rechterlijke macht, Studie over rechtspraak en rechtshandhaving in Nederland*, Deventer: Kluwer, 2006, p. 647-665 (659).

<sup>33</sup> P. de Haan, 'Compromisvoorstel integratie rechterlijke macht', *NTB* 2005, 28 (p. 215-220).

<sup>34</sup> Zie *NTB* 2005, 35-38 (p. 278-285) voor de reacties van A. ten Veen, R.J.N. Schlössels, J.L. Verbeek, en Ch.J. Langereis.

<sup>35</sup> Kamerstukken II 2004-2005, 29 279, nr. 27, verslag van een algemeen overleg, p. 6.

<sup>36</sup> Kamerstukken II 30 585, nr. 26 en Kamerstukken I, 30 585 D.

## 4.1 Bevordering van de rechtseenheid binnen één college: de grote kamer

Ter bevordering van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling wordt in het voorontwerp Wet aanpassing bestuursprocesrecht voorgesteld dat de bestuursrechtelijke appellinstanties de mogelijkheid krijgen om een zaak te verwijzen naar een grote kamer van vijf rechters (voorgesteld art. 8:10a Awb).<sup>37</sup> Deze mogelijkheid geldt niet voor de hoven in belastingzaken, aangezien zij niet rechtspreken in laatste instantie en de Hoge Raad nog boven zich hebben. De grote kamer zal dan zaken behandelen die de organisatorische eenheden (secties, kamers, afdelingen) van een appellinstantie overstijgen en waarvoor het nodig is dat een eenduidige lijn wordt uitgezet. Door te verwijzen naar een grote kamer maakt het gerecht ook aan de buitenwereld duidelijk dat het de rechtsvragen die daar spelen belangrijk vindt en dat de uitspraak ter zake als richtinggevend voor andere zaken moet worden beschouwd.<sup>38</sup>

Voor het bewaken van de interne rechtseenheid is een grote kamer geen noodzaak. Een eenduidige uitleg of rechtstoepassing kan ook worden bereikt door van de interne coördinatiemechanismen gebruik te maken. Een grote kamer is echter wel een nuttig instituut en wel om twee redenen. Op de eerste plaats is het nuttig als systeem van interne kwaliteitsbewaking. De informele overlegstructuren binnen een college zijn soms weinig transparant: niet altijd wordt het overleg en de uitkomsten ervan zodanig vastgelegd dat de resultaten ook nadien gemakkelijk kunnen worden gevonden en geraadpleegd. Door een rechtsvraag nadrukkelijk op het bordje van vijf raadsheren uit verschillende secties of kamers te leggen is enerzijds gewaarborgd dat de stemmen uit verschillende hoeken klinken en worden gehoord, en anderzijds dat zorgvuldig zal worden afgewogen welke lijn moet worden ingezet. Deze werkwijze is kwaliteitsverhogend.

Op de tweede plaats is het een instrument ter bevordering van de rechtszekerheid. Zo kan duidelijk worden gemaakt dat het gaat om een rechtsvraag die door het appelcollege van groot belang wordt gevonden en die voortaan op een bepaalde manier zal worden beantwoord. Een dergelijke duidelijke boodschap bevordert de rechtszekerheid en daarmee ook de rechtseenheid: iedereen, ook andere rechtscolleges, weten zo wat het standpunt van deze rechter is. Ook dat is winst in kwaliteit.

Dat behoefte bestaat aan deze signaalfunctie blijkt onder meer daaruit, dat een wijziging in een jurisprudentielijn door de rechtsgeleerde commentatoren niet altijd als zodanig wordt onderkend. In de uitspraak zelf staat immers niet altijd duidelijk aangekondigd dat het gaat om een nuancering, uitzondering of koers-

wijziging. Zo nu en dan gebeurt dat wel, zoals in een uitspraak van het CBB waarin een koerswijziging wordt aangekondigd met betrekking tot het procesbelang van de houder van een tijdelijke vergunning, wanneer de vergunningsperiode reeds is verlopen, en in de toekomst een nieuwe tijdelijke vergunning zal worden aangevraagd. Het CBB overweegt uitdrukkelijk dat er een nieuwe lijn is die afwijkt van de eerdere rechtspraak. Dit is ook een mooi voorbeeld van informele coördinatie tussen de hoogste rechtscolleges, omdat het CBB uitdrukkelijk overweegt dat het aansluit bij de rechtspraak van de Afdeling en de Centrale Raad.<sup>39</sup> Bij het nut als duidelijk signaal komt dat een uitspraak waarin een belangrijke rechtsvraag wordt beantwoord of waarin een koerswijziging plaatsvindt aan gezag wint, wanneer niet een op het oog toevallige samenstelling van de kamer de uitspraak doet. Voornoemde uitspraak over het procesbelang werd bij voorbeeld gedaan door een enkelvoudige kamer en zou zonder de uitdrukkelijke vermelding dat een koerswijziging plaats vond waarschijnlijk onopgemerkt zijn gebleven. Dat zou ongetwijfeld anders zijn geweest als een grote kamer op deze zaak had gezeten.

## 4.2 Bevordering van de rechtseenheid door voorlichting: de conclusie van een AG

Van Ettekoven en ik hebben allebei in het *NJB* gepleit voor het invoeren van een AG-functie bij de appelcolleges.<sup>40</sup> Naar verluidt zal in de Wet aanpassing bestuursprocesrecht ook een voorstel van die strekking zitten.

De gedachte daarbij is dat hiermee ook een bijdrage kan worden geleverd aan de kwaliteit van de rechtsvorming, onder meer door aandacht voor de rechtseenheid en het bezien van een rechtsvraag in een breed nationaal en internationaalrechtelijke perspectief. In het verleden is op meer plaatsen gepleit voor de invoering van een AG-functie. De discussienota Keuzen voor de bestuursrechtspraak van 2001 zag in de conclusie van de AG's een belangrijke bijdrage aan de kwaliteit en consistentie van de rechtspraak.<sup>41</sup> De VAR-commissie Rechtsbescherming, die in 2004 rapport uitbracht, beveelt de invoering van de conclusie aan, indien zou worden overgegaan tot de instelling van een gemeenschappelijke rechtseenheidskamer.<sup>42</sup> Deze insteek heeft het aantrekkelijke van het herkenbare: het is bijna, maar net niet, het Hoge-Raadmodel. Dit roept de vraag op of een AG-functie ook los van nieuwe modellen voor de hoogste bestuursrechtspraak zou kunnen bijdragen aan rechtsvorming en rechtseenheid.

De conclusie die het parket bij de Hoge Raad neemt in straf- en civiele zaken dient ertoe een advies aan de rechters te geven over de afdoening van de zaak. De AG plaatst de zaak in een breed perspectief en analyseert de aan de orde zijnde rechtsvragen, de achtergronden daarvan, de toepasselijke wetgeving, jurisprudentie en leerstukken. Partijen krijgen een afschrift van de conclusie en zij kunnen daarop reageren.

39 Zie bijv. CBB 19 juni 2009, LJV BJ0699, AB 2009, 346, m.nt. B.W.N. de Waard.

40 Van Ettekoven in *NJB* 2008, 4, afl. 1, p. 14 en ik in *NJB* 2008, 813, afl. 17, p. 1042.

41 Discussienota Keuzen in de bestuursrechtspraak, a.w. p. 55.

42 VAR-commissie Rechtsbescherming, *De Toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid, Van toetsing naar geschillenbeslechting*, Den Haag 2004, p. 151.

37 Zie <http://www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/awb/Voorontwerpen/Wet-aanpassing-bestuursprocesrecht.aspx> voor de versie van 2006. Een recentere versie is mij niet bekend. Van Ettekoven bespreekt in zijn stuk de mogelijkheid om in de grote kamer een vermomde rechtseenheidskamer op te nemen. Voor zover ik kan overzien is dat echter niet de bedoeling van het voorontwerp.

38 Zie hierover J.C.A. de Poorter en E.M.H. Hirsch Ballin, 'Enkele beschouwingen over de toekomst van de rechtspleging, met name in het bestuursrecht', in: E.R. Muller/C.P.M. Cleiren, *Rechterlijke macht, Studie over rechtspraak en rechtshandhaving in Nederland*, Deventer: Kluwer, 2006, p. 647-665 (661-662).



In de bestuursrechtspraak bestaat het systeem van het nemen van een conclusie al wel, nl. bij cassatie in belastingzaken. Daar is het nemen van een conclusie, anders dan in de civiele en strafrechtspraak, facultatief (art. 29d Awr). Daarbuiten bestaat het instituut van de AG of iets vergelijkbaars niet. Iedere hoogste bestuursrechter bereidt zaken op zijn eigen wijze voor; een advies van een 'buitenstaander' hoort daar niet bij. Zo kunnen minder ingewikkelde zaken worden voorbereid door een concept-uitspraak te maken waarin de te beoordelen punten als vraag- of aandachtspunten zijn geformuleerd. Tijdens de behandeling moet dan klaarheid komen over deze punten. Meer ingewikkelde zaken met lastige rechtsvragen kunnen meer diepgaand worden voorbereid door middel van een instructie (of nota). Degene die de instructie maakt, bestudeert de zaak, onderzoekt de feiten, analyseert de aan de orde zijnde rechtsvragen, onderzoekt wetgeving en jurisprudentie (zowel van het eigen college als van collega hoogste bestuursrechters), onderzoekt indien nodig het EG-recht, de rechtspraak van het Hof van Justitie dan wel het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en doet voorstellen voor de behandeling en beoordeling van de zaak. Ook tussenvormen zijn denkbaar.

In inhoudelijke zin hoeft een uitgebreide instructie niet onder te doen voor een conclusie van een AG, in procedurele zin heeft zij echter een geheel andere functie. Het gaat immers om voorstellen voor behandeling van bij de rechtspraak betrokken mensen, vaak secretarissen of auditeurs, soms rechters. Veelal zitten zij zelf ook op de zaak, en daarmee is het een voorbereiding, die deelt in het geheim van de raadkamer. De instructie kan verder ook de stappen vermelden die nog gezet moeten worden in het vooronderzoek, zoals het opvragen van stukken of het betrekken van (derde) partijen bij een zaak. Een instructie is dus ook meer dan een uiteenzetting over de juridische merites van een zaak.

Elders in deze bundel heeft Van Ettekoven al een overzicht gegeven van de mogelijke modellen voor invoering van de AG-functie en ik verwijs daarnaar met de opmerking dat ik zijn betoog over de noodzaak van voldoende afstand en onafhankelijkheid van de AG ten opzichte van het rechtscollege waaraan hij adviseert sterk ondersteun. Waar we naar zoeken is een model, waarin op objectieve wijze een overzicht wordt gegeven van het geldend recht op een bepaald juridisch vraagstuk, waarin wordt bezien in hoeverre dit of een vergelijkbaar vraagstuk in andere zaken en bij andere nationale en internationale rechters heeft gespeeld, hoe zij dat hebben aangepakt en wat daarvan de voor- en nadelen zijn. Daarbij is van belang dat de adviseur ook buiten de kaders van het betrokken gerecht kan kijken en denken, en – vanwege de wens om de rechtseenheid te bewaren – consequenties van juridische keuzes ook voor andere dan het betrokken gerecht kan aangeven.<sup>43</sup> Aan het betoog van Van Ettekoven dat een goed geïnformeerde rechter betere uitspraken doet, voeg ik toe dat het invoeren van een AG-functie ook om andere redenen kwaliteitsbevorderend werkt. Een heldere, scherpe, goed onderbouwde conclusie noopt tot overdenking en zal ertoe leiden dat rechters hun uitspraken zorgvuldiger zullen motiveren (dan ze nu misschien al doen), daarbij reagerend op

de argumenten van de AG. Het leidt in potentie tot aanscherping van de motivering van een uitspraak.

#### 4.3 Bevordering van rechtseenheid door verbreding van ervaring: roulatie en detachering

Rechterswerk is mensenwerk en tevens hoog gespecialiseerd werk. Wanneer een rechter lang achter elkaar in hetzelfde rechtsgebied blijft, dreigt verstarring en tunnelvisie. Daarvoor is het systeem van rechterlijke roulatie bedacht. Een brede oriëntatie op het recht van de individuele rechter is inderdaad een belangrijke voorwaarde voor rechtseenheid. Met een brede kijk kunnen rechtseenheidsvragen snel worden onderkend en aangepakt. De kritiek op het roulatiesysteem dat het leidt tot vernietiging van kenniskapitaal is niet onterecht en ik pleit ook niet voor het roulatiesysteem zoals het nu bestaat. Het systeem zoals ik het voor me zie behelst roulatie tussen de verschillende kamers die de bijzondere delen van het bestuursrecht doen. Dit zal bij de rechtbanken al gebeuren, maar zou ook aan te bevelen zijn bij de appelcolleges.

Daarnaast zou ik willen pleiten voor stages of detachering van eerstelijnsrechters bij de verschillende appelcolleges. Dit bevordert dat de appelcolleges op de hoogte blijven van de vragen en problemen die de eerste lijn heeft met bepaalde jurisprudentie. Daarnaast en om dezelfde reden zou het goed zijn als de appelcolleges hun raadsheren en staatsraden over en weer voor een tijd detacheren. Het zijn van plaatsvervanger over en weer is mijns inziens niet voldoende om het doel dat ik voor ogen heb te bereiken. Een plaatsvervanger wordt over het algemeen een paar maal per jaar ingeschakeld en is niet zo intensief betrokken bij de zaken als een eigen raadsheer/staatsraad. De impact van diens vragen, opmerkingen en kritiek zal daarom ook minder groot zijn en het leereffect voor de organisatie klein.

#### 4.4 Bevordering van rechtseenheid door inzicht: overleg eerste en tweede lijn met de benen op tafel

Heisessies zijn erg populair in managementland omdat in een informele sfeer kan worden gesproken over wat goed gaat en slecht en hoe het in de toekomst verder moet. Het valt op dat er tal van overlegvormen zijn in de bestuursrechtspraak, en ten dele leidt dat overleg tot resultaat.<sup>44</sup> Ook wordt de bestuursrechtspraak binnen de kaders van de Raad voor de Rechtspraak geëvalueerd op tal van punten, klanttevredenheid, afdoeningsnelheid etc. De werking van de Awb wordt eens in de vijf jaar geëvalueerd. Maar het komt voor zover ik weet zelden of nooit voor dat rechters van de eerste en tweede lijn met de benen op tafel bij elkaar zitten en knelpunten bespreken. Formele overlegstructuren lokken een formele opstelling uit en mij lijkt dat de bestuursrechtspraak gebaat zou zijn bij het onderling vergroten van inzicht in knelpunten zonder dat daarbij van de kant van de hoogste rechters 'college' wordt gegeven.<sup>45</sup> De vrees dat op zaaksniveau zal worden gediscussieerd en de appelrechters het geheim van de raadkamer zouden moeten schenden deel

<sup>43</sup> Zie voor een uitgebreide uitwerking van mijn kant het eerder aangehaalde preadvies Nederlandse bestuursrechtelijke appelrechtspraak in transitie, p. 45-48.

<sup>44</sup> Zie par. 2.1 van de bijdrage van Van Ettekoven.

<sup>45</sup> Dat voorkomt ook dat je, zoals mij eens gebeurde, tijdens een borrel wordt begroet met de uitroep: 'Bent u het die al onze uitspraken vernietigt!'

ik niet. Het is heel goed mogelijk om in meer algemene zin probleempunten te bespreken.

#### 4.5 Bevordering van rechtseenheid door kennis: gespecialiseerde databanksystemen

Ook systemen van jurisprudentiebewaking kunnen bijdragen aan rechtseenheid. Een voorbeeld dat ik nog uit mijn eigen tijd bij de rechtspraak ken, is een dikke bundel waarin met engelengeduld uitspraken van de verschillende (hoogste) bestuursrechters achter elkaar werden gezet, gerangschikt op Awb-artikel.<sup>46</sup> Het verschil met een databank was dat deze uitspraken zo waren geselecteerd dat door raadpleging snel een antwoord kon worden gevonden op typisch 'rechterlijke' problemen, zoals vragen over betalen van griffierecht of vuistregels voor proceskosten in afwijkende gevallen. Binnen de rechtspraak bestaan meer van dat soort systemen. Rechtbanken en appelcolleges houden ieder een overzicht van hun eigen jurisprudentie bij en staan soms inzage in die systemen toe aan andere colleges. Dat kan een uniformerende werking hebben, want met meer informatie kan men de consequenties van een bepaalde aanpak beter doorzien.

Porta Iuris, het systeem dat speciaal is ontwikkeld voor de rechtspraak, is een mooi voorbeeld een geïntegreerd databankensysteem, dat een aantal bijzondere kenmerken heeft. De trefwoorden voor de uitspraken worden toegekend door de opstellers van de betreffende uitspraak aan de hand van de punten die zij zelf belangrijk vinden aan zo'n uitspraak. Dat maakt dat ook minder in de belangstelling van de wetenschap staande onderdelen van een uitspraak toch snel kunnen worden gevonden en geeft voor de rechtspraak zelf relevante resultaten. Daarnaast geeft de databank als zoekresultaat aan waar de betreffende uitspraak allemaal is becommentarieerd, in binnen- en buitenland. Dit is een plus ten opzichte van commerciële databanken, omdat je daarin alleen die commentaren kunt vinden die bij de betreffende uitgever berusten. Deze functie helpt om snel een overzicht te krijgen van alle rechtsgeleerde commentaren en eventuele knelpunten die zij signaleren op een rij te krijgen.

#### 4.6 Bevordering van rechtseenheid door externe afstemming: coördinatieoverleg tussen appelrechters

Van Ettekovens heeft al gewezen op de veelheid aan overlegvormen binnen de bestuursrechtspraak, maar ik wil het coördinatieoverleg tussen de hoogste bestuursrechtelijke colleges toch in dit verband even belichten. Het bestaat uit het CPO (Contactpuntenoverleg) en het EVO (extern voorzittersoverleg).<sup>47</sup> Het CPO heeft plaats op het niveau van de ambtelijke ondersteuning van de betrokken rechterlijke colleges, waaronder ook de Hoge Raad inzake de belastingrechtspraak. Binnen het CPO worden onderwerpen voorbereid die vervolgens in het EVO wor-

den besproken. Het zijn onderwerpen met betrekking tot het algemeen deel van het bestuursrecht en het bestuursprocesrecht, bijvoorbeeld het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden, en met betrekking tot vraagstukken die aanpalen aan andere rechtsgebieden, zoals schadevergoeding. Het doel van het overleg is om uiteenlopende jurisprudentie op genoemde terreinen te voorkomen of te beïnvloeden, als voor dat uiteenlopen geen goede reden voorhanden is. Het mondt uit in afspraken 'waaraan de deelnemers aan het overleg zich gebonden achten in die zin, dat zij op zich nemen te bevorderen dat er binnen hun gerecht overeenkomstig de in het overleg overeengekomen algemene lijn wordt gehandeld'.<sup>48</sup> Het gaat hier dus inderdaad om een vorm van coördinatie die op vrijwillige basis geschiedt. Zodra één der deelnemende partijen nut of noodzaak van een bepaalde lijn niet inziet, is deze daaraan ook niet gebonden.

Was tot voor twee jaar de output van het rechterlijk overleg weinig merkbaar in de dagelijkse uitsprakenpraktijk, intussen wordt meer en meer duidelijk dat de betrokken colleges serieus werk hebben gemaakt van hun coördinatie. Dat is met name te merken geweest in verband met de rechtspraak over schending van de redelijke termijn. Aanvankelijk koos de Centrale Raad van Beroep de lijn dat na het oordeel dat de redelijke termijn was geschonden als gevolg van rechterlijke traagheid een vordering tot vergoeding van (immateriële) schade moest worden voorgelegd aan de burgerlijke rechter.<sup>49</sup> De Afdeling bestuursrechtspraak besliste in een latere uitspraak dat de vordering wel kon worden behandeld binnen het kader van dezelfde procedure als waarin de schending van de redelijke termijn was vastgesteld.<sup>50</sup> Vooraf was echter overleg geweest over de te kiezen lijn. De Centrale Raad volgde binnen een maand met een uitspraak, waarin de oude jurisprudentie werd vervangen door de gezamenlijk afgesproken lijn.<sup>51</sup> Eén zwaluw maakt nog geen zomer, want onduidelijkheid bestaat nog over de wijze van berekening en over het antwoord op de vraag of nu wel of niet moet zijn geklaagd over de redelijke termijn om in aanmerking te komen voor vergoeding van immateriële schade.<sup>52</sup>

#### 4.7 Bevordering van rechtseenheid door zelfregulering: gezamenlijke procesregelingen

Recent zijn zowel de rechtbanken als de appelcolleges (ieder voor hun eigen instantie) overgegaan tot het aannemen van een gezamenlijke procesregeling.<sup>53</sup> Deze geven op een aantal voor partijen belangrijke procesrechtelijke kwesties een eenduidig antwoord en dat is winst. Deze zijn óók het resultaat van onderlinge afstemming en coördinatie, tot stand gekomen vanuit het besef dat rechtseenheid op dit punt extra kwaliteit biedt aan de procespartijen.

48 Bekker/Van Kreveld, p. 301.

49 CRvB 8 december 2004, AB 2005, 73, m.nt. HB.

50 ABRvS 4 juni 2008, zaaknr. 200703206, LJN BD3121.

51 CRvB 11 juli 2008, zaak 05/1789 WAO, LJN BD7033.

52 Zie ook de verzuchting van Van Ettekovens hierover.

53 Procesregeling bestuursrecht 2008 en Procesregeling bestuursrechtelijke colleges 2006, te vinden op rechtspraak.nl.

46 Gemaakt door R. Stijnen van de Rechtbank Rotterdam. Naar dit voorbeeld houdt het CBB een eigen bundel bij.

47 Zie hierover H. Bekker en J.H. van Kreveld, 'Coördinatie binnen de bestuursrechtspraak', in: R.M. Van Male (red.), *Centrale Raad van Beroep 1903-2003*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2003, p. 291-312.

#### 4.8 Bevordering van rechtseenheid door verantwoording: de motivering van de uitspraak

Van de motivering van een uitspraak kan eveneens een uniformerende werking uitgaan. Daarvoor is nodig dat duidelijk tot uitdrukking wordt gebracht hoe de uitleg van het leerstuk dat aan de orde is of het wetsartikel dat van toepassing is wordt geplaatst in de bredere context van bestaande rechtspraak. De eerstelijns-rechter kan zo laten zien of hij de heersende leer ondersteunt of niet. Het is mijn overtuiging dat het helpt als de eerstelijnsrechter in zijn uitspraken duidelijk om aandacht vraagt voor onnodig uiteenlopende jurisprudentie, zoals de Rotterdamse en Utrechtse rechters deden. Dat maakt ook voor partijen transparant waarom op het oog inconsistente keuzes worden gemaakt en schudt de appelrechter wakker. Die moet daar dan wel iets mee doen! Het gaat niet aan om dan de rechtbankuitspraak simpelweg te vernietigen onder verwijzing naar bestaande rechtspraak. De appelrechter moet dit als signaal zien dat hij aan de bak moet, hetzij door coördinatieoverleg, hetzij door verduidelijking of verfijning van de rechtspraak. Daarbij is van belang dat de appelrechter de heersende lijn van rechtspraak duidelijk benoemt en aangeeft waarom hij die hanteert. Daar waar hij de heersende leer wil nuanceren of daarop een uitzondering wil maken, zal hij dat ook duidelijk moeten aangeven en beargumenteren waarom differentiatie noodzakelijk is.<sup>54</sup> Daar waar discussie bestaat over de uitwerking van bepaalde leerstukken zal de rechter het best ingaan op de in de discussie naar voren gebrachte argumenten en bespreken waarom die al dan niet worden overgenomen.<sup>55</sup> Dat kan het noodzakelijk maken om ook in te gaan op de rechtspraak van de andere appelcolleges. Vanuit een oogpunt van rechtseenheid lijkt het niet erg handig om uitgebreid te motiveren waarom de argumentatie van een ander college niet wordt overgenomen, maar dat is slechts schijn. Rechters kunnen immers alleen door hun uitspraken spreken. Door deze manier van motiveren maken zij scherp duidelijk waar de overeenkomsten en verschillen zitten, en waarom een gelijkkluidende rechtsvraag op het oog verschillend wordt beantwoord. Want ongelijke uitkomsten behoeven op zichzelf geen probleem te vormen, zolang de rechtszekerheid van individuele partijen niet in gevaar komt en het uit te leggen valt aan de eerste lijn.

### 5 Gebrek aan rechtseenheid is gebrek aan kwaliteit

Hiervoor is betoogd dat rechtseenheid niet wordt verwezenlijkt door institutionele oplossingen als het instellen van nieuwe gerechten of het samenvoegen van bestaande, al kan een formele structuur wel ondersteunend werken. Rechtseenheid kan het best worden gezien als een kwaliteitseis aan de rechtspraak. Voor kwaliteit is iedereen in de rechtspraak verantwoordelijk. Daarom is het nodig dat rechtseenheid zichtbaar wordt opgenomen in systemen van kwaliteitszorg. Hiervoor in par. 4 heb ik een aantal elementen van zo'n systeem genoemd. De kennis

en ervaring van rechters (eerste en tweede lijn) moet door roulatie, detachering en het beschikbaar hebben van toegespitste kennissystemen worden verbreed, zodat ze zich sneller bewust zijn van mogelijke rechtseenheidsproblemen. De kenbaarheid van rechtseenheidsproblemen moet groter worden door voorlichting (AG) en goede beschikbaarheid van kennis (databanken). Eerstelijnsrechters moeten de gelegenheid krijgen en ook aangrijpen om knelpunten aan de kaak te stellen, in informele sessies met de appelcolleges en in hun uitspraken. Appelrechters moeten hun rechtspraak en procesregelingen zoveel mogelijk afstemmen met elkaar en met de eerste lijn. In uitspraken van appelcolleges moet het belang van rechtseenheid duidelijk worden benoemd en worden beargumenteerd waarom bepaalde keuzes worden gemaakt of juist niet. Een verzwaarde motiveringsplicht geldt wanneer de eerste lijn helder de aandacht heeft gevestigd op uiteenlopende jurisprudentie. Door het inzetten van een grote kamer kan men het belang dat men moet hechten aan een uitspraak in dat verband nog benadrukken.

Als we de balans opmaken van vijftien jaar Awb op het stuk van de rechtseenheid, dan zou de conclusie dat het daarmee droevig gesteld is te makkelijk zijn. Vergelijken met het pre-Awb-tijdperk is er al veel gebeurd; we maken gebruik van hetzelfde begrippenapparaat, hebben vrijwel over de hele linie rechtspraak in twee instanties en hebben een eenvormige eerste aanleg. Er is veel gebeurd, maar het kan beter.

<sup>54</sup> J.C.A. de Poorter en H.J.Th.M. van Roosmalen, *Motivering bij rechtsvorming. Over de motivering van uitspraken met een rechtsvormend element door de Afdeling bestuursrecht spraak van de Raad van State*, Den Haag: Raad van State 2009.

<sup>55</sup> Zo ook De Poorter en Van Roosmalen, p. 76. Zij bevelen de Afdeling aan een 'stevige uitspraak' te doen in een geval als dit.