



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Gedachtewisseling over de preadviezen

Schlössels, R.J.N.; Voermans, W.J.M.; Schutgens, R.J.B.; Meuwese, A.C.M.; Schuurmans, Y.E.; de Moor-van Vugt, A.J.C.; Mulder, F.; Polak, J.E.M.; Steyger, E.; Ranchordás, S.H.; Barkhuysen, T.

Publication date

2018

Document Version

Final published version

Published in

Algemene regels van bestuursrecht

License

Other

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Schlössels, R. J. N., Voermans, W. J. M., Schutgens, R. J. B., Meuwese, A. C. M., Schuurmans, Y. E., de Moor-van Vugt, A. J. C., Mulder, F., Polak, J. E. M., Steyger, E., Ranchordás, S. H., & Barkhuysen, T. (2018). Gedachtewisseling over de preadviezen. In *Algemene regels van bestuursrecht: Verslag van de algemene vergadering gehouden op 19 mei 2017 ter behandeling van de preadviezen van W.J.M. Voermans, R.J.B. Schutgens en A.C.M. Meuwese* (pp. 39-56). (VAR-reeks; Vol. 159). Boom juridisch.

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.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (<https://dare.uva.nl>)

Algemene regels in het bestuursrecht

Verslag van de algemene vergadering
gehouden op 19 mei 2017

ter behandeling van de preadviezen van

Prof. dr. W.J.M. Voermans
Prof. dr. R.J.B. Schutgens
Prof. dr. A.C.M. Meuwese



Boom juridisch
Den Haag
2018

Gedachtewisseling over de preadviezen

Prof. dr. R.J.N. Schlössels

Deze ochtend voelde ik mij eerlijk gezegd een volstrekt bestuursrechtelijk fossiel. Ik ben namelijk geloof ik de enige in de zaal die voor handhaving van artikel 8:3 van de Awb is. Inmiddels hoor ik dat ik vanuit de zaal bijval krijg, en dat is heel mooi. Ik ga er namelijk van uit dat de voorgestelde schrapping van dit artikel in stemming wordt gebracht.

De preadviseurs, die mooie en dit jaar ook compacte stukken hebben geschreven, verdienen complimenten. Een novum daarin wordt gevormd door de kleurenplaatjes, waaruit duidelijk blijkt dat de VAR heel erg met de tijd meegaat!

Achter de brede titel van de preadviezen gaat vooral een klassieker schuil, namelijk de vraag of er bij de bestuursrechter rechtstreeks beroep open moet staan tegen algemene regels en in het bijzonder tegen bestuurswetgeving. Dit is nu echt zo'n vraag die een bestuursrechtjurist jaar in, jaar uit kan bezighouden. We kunnen een vergelijking maken met de *evergreen* inzake de organisatie van de hoogste bestuursrechtspraak. Inhoudelijk gaat het daarbij om een andere thematiek, maar we weten allemaal dat het uiteindelijk op hetzelfde neerkomt. De kern van de zaak is dat met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid alles bij het oude zal blijven. We zijn hier dus hoofdzakelijk aan een dood paard aan het trekken, maar dat wil niet zeggen dat de preadviseurs ons vandaag niet uitstekend vermaken. Interessant is dat Voermans en Schutgens een soort Ardennenoffensief tegen artikel 8:3 Awb inzetten, maar ik heb zelf het idee dat de doorbraak eigenlijk ligt in het preadvies van Meuwese; ik kom daar nog op terug.

Vandaag moet het wat mij betreft vooral gaan om de argumenten vóór rechtstreeks beroep. De tegenargumenten zijn allemaal drogredeneringen, schijnbewegingen, uitingen van koudwatervrees et cetera; Schutgens heeft dat ook nog eens heel duidelijk aangetoond. Dus *to the point*: waarom willen we nu die wijziging? Volgens mij zijn er maar twee argumenten:

1. Rechtstreeks beroep leidt tot een overzichtelijkere, gespecialiseerdere en dus ook betere rechtsbescherming.
2. Rechtstreeks beroep versterkt de positie van algemeenbelangorganisaties in rechte.

Argument 2 is enigszins verstopt, maar voor velen toch blijkbaar erg belangrijk. Allerlei procedeerclubs moeten zich buiten de democratische arena bij de bestuursrechter kunnen opwerpen als hoeder van de rechtsstaat en van de machteloze burger. Met name Schutgens spreekt in dit verband geen enkel woord Chinees. De algemeenbelangactie tegen algemeen verbindende voorschriften lijkt wel een beetje de drijfveer van het hele preadvies te zijn. Toch laat ik deze problematiek verder rusten.

Ik richt mij op het eerste argument. Winnen we werkelijk iets op het terrein van de rechtsbescherming met het rechtstreeks beroep? Ik denk dat die winst zeer marginaal zal zijn. Voermans geeft aan dat ook in landen met een rechtstreekse beroepsmogelijkheid maar weinig over algemeen verbindende voorschriften wordt geprocedeerd. Eigenlijk is dat al een teken aan de wand. Schutgens maakt vervolgens inzichtelijk dat als er rechtstreeks beroep wordt opengesteld, dit toch moet samengaan met allerlei wijzigingen en verbouwingen aan het bestuursprocesrecht. Voor de pauze heeft hij dat vandaag sterk gerelativeerd, maar wie het preadvies leest, weet dat er op allerlei punten veel moet veranderen.

Dit doet dan direct de vraag rijzen of het model van de Awb eigenlijk geschikt is voor dat rechtstreeks beroep. Is dit wel zo'n kwestie van: we schuiven het er even in? Is de Awb wel helemaal op zo'n rechtstreeks beroep voorbereid? Willen we nu een serieus probleem oplossen, of willen we, om bij Voermans aan te sluiten, vooral iets uitproberen? Natuurlijk kunnen we van alles gaan uitproberen – ik kan nog tientallen voorbeelden geven –, maar mijn vraag is of we een probleem willen oplossen. Uit de rechtspraktijk blijkt mijns inziens niet echt dat er een gat in de rechtsbescherming bestaat, en ook het feit dat burgers tegenwoordig veel vaker met algemene regels worden geconfronteerd dan met individuele rechtsvaststellingen dwingt er niet toe radicale middelen in te zetten zoals het openstellen van het zware vernietigingsberoep tegen wetgeving. Via subtielere en veel meer doordachte maatregelen in het bestuursprocesrecht, zoals de introductie van de declaratoire uitspraak, de invoering van de verbodsactie en het erkennen van onrechtmatigheid buiten vernietiging, komen we volgens mij ook een heel eind, en misschien zelfs veel verder, zonder dat er grote ongelukken gebeuren.

Deze inleiding brengt mij op twee vragen:

1. Ik heb de indruk dat we met het debat over het rechtstreeks vernietigingsberoep tegen met name algemeen verbindende voorschriften en ook beleidsregels toch hoofdzakelijk een achterhoedegevecht aan het voeren zijn. Het zou veel meer moeten gaan over de modernisering van de individuele rechtsbescherming, waarbij we het systeem niet langer ophangen – dat is cruciaal – aan de vorm van een publiekrechtelijke rechtshandeling. Dat geldt eens te meer nu uit het preadvies van Meuwese volgt dat het algemeen verbindend voorschrift steeds meer vervlochten raakt met andere maatschappelijke regels en met Big Data-analyse. Zij voelt mijns inziens haarfijn aan dat het roer echt en fundamenteel om moet, dit mede gelet op de veranderende status en waarden van het algemeen verbindend voorschrift. Het zou tegen deze achtergrond moeten gaan om de vraag of we niet beter toegang kunnen verlenen tot de bestuursrechter zodra er een rechtssubject in zijn (rechts)positie wordt aangetast door handelen of nalaten van het bestuur, ongeacht de vorm. Het spreekt voor zich dat het grondrechtelijk perspectief en de fundamentele waarden van de rechtsstaat dan veel meer nadruk zouden moeten krijgen. Kortom, is het denken in kaders van het besluitmodel en in termen van wel of geen beroep tegen bepaalde vormen en typen besluit eigenlijk niet hopeloos ouderwets?
2. Aan alle drie de preadviseurs leg ik het volgende voor. Als we dan toch per se met het rechtstreeks beroep willen experimenteren – het blijft toch een soort verboden vrucht die we graag willen plukken –, waarom zouden we dan niet gewoon eens denken aan een heel voorzichtige maatregel zoals het toekennen

van een bijzondere bevoegdheid aan het Openbaar Ministerie of de advocaat-generaal bestuursrecht om rechtstreeks beroep tegen algemeen verbindende voorschriften in te stellen? Op die manier is het beroepsrecht naar mijn idee in volstrekt veilige handen en in ieder geval in betere handen dan bij willekeurige belangenorganisaties.

Prof. dr. W.J.M. Voermans

Schlössels vraagt: waarom? De vraag is misschien verkeerd gesteld. Beter is: waarom niet? Waarom hebben we in het bestuursrecht een uitzondering op ons algemene rechtssysteem dat je je kunt weren tegen handelingen van de overheid? Het gaat hier om een uitzondering, en die behoeft uitleg, zeker nu de overheid anders wordt. Het systeem van de Awb zet rechtsbescherming tegen bestuurshandelen voorop, en waarom geldt dat dan juist niet voor algemene regels?

Ik waardeer de vraagstelling van Schlössels zeer, hij heeft het leuk gedaan, maar ik wil nu toch met een voorbeeld komen. Lodewijk XVI kwam op 14 juli thuis en schreef in zijn dagboek: 'Rien.' De Bastille stond in brand, zijn systeem was gevallen: niks aan de hand! Bestuurskundigen hebben daar een term voor die aanduidt dat je naar jezelf toerekenend tot de conclusie komt dat er niks aan de hand is. Aan het eind van zijn inbreng maakt Schlössels duidelijk waar het om gaat. Hij oppert de gedachte een jurist de bevoegdheid te geven beroep tegen algemeen verbindende voorschriften in te stellen, een jurist die verstandig met die bevoegdheid zal omgaan. Op die manier hoeven we niet naar al die gevaarlijke mensen toe die in belangenorganisaties dingen gaan doen waar wij last van krijgen! De werkelijkheid wordt omgedraaid naar een dynamiek waarin rechters en bestuurders last van rechtstreeks beroep zouden kunnen krijgen. Het beroepsrecht zou in veilige handen moeten liggen.

Dit vind ik een vorm van blikvernaauwing. Je kunt je afvragen aan welke behoefte wordt voldaan, maar die behoefte is nooit gemeten. We hebben zo veel moeilijkheden gecreëerd, dat het zelfs moeilijk is om exceptief te toetsen. Zojuist is gezegd dat er misschien ook wel een beetje overheen wordt gelopen. Je komt bij de burgerlijke rechter nauwelijks binnen, want dat is prohibitief duur en moeilijk. Alle horden zijn opgeworpen, de gang naar de rechter wordt steeds moeilijker, en dan is de doodleuke conclusie: zie je wel, geen behoefte; dan moeten we het nóg moeilijker maken, en dan zul je zien dat de behoefte nóg meer afneemt!

Dit is de paradox waarmee ik tot mijn wedervraag aan Schlössels kom: waarom eigenlijk niet?

Prof. dr. R.J.N. Schlössels

Er moet absoluut adequate rechtsbescherming tegen algemeen verbindende voorschriften zijn, alleen niet in de vorm van een vernietigingsactie. Ik heb geen enkel bezwaar tegen declaratoir onrechtmatig verklaren of tegen een gebod, maar een vernietigingsactie is met een kanon op een mug schieten.

In de tweede plaats wil ik een illusie doorprikken. Hoofdstuk 8 Awb wemelt van de uitzonderingen. We kunnen ook discussies voeren over beroep tegen feitelijke handelingen, over beroep tegen besluiten ter voorbereiding van privaatrechtelijke

rechtshandelingen en over andere uitgezonderde besluiten. Er wordt nu een soort besluit uitgepikt. Ik zeg: gewoon brede rechtsbescherming, maar deze ijken op de individuele rechtspositie.

Voermans: Dan zijn we het dáárover eens.

Prof. dr. R.J.B. Schutgens

Schlössels heeft een mooie vraag gesteld, die eigenlijk over het loslaten van het besluitmodel gaat. Ik ben het helemaal met hem eens. In een ideale wereld – misschien wel onze academische wereld – kun je allerlei prachtige, nieuwe alternatieve modellen van rechtsbescherming verzinnen. Ik geef de voorkeur aan een model waarbij je op een of andere manier de bestuursrechter de bevoegdheid geeft te oordelen over de rechtsbetrekking, of over een bestuurlijk rechtsoordeel als opstapje voor een oordeel over de rechtsbetrekking. Zo'n model is veel beter omdat het alle omstandigheden van een geval kan omvatten, los van het type besluit dat die omstandigheden raakt.

Het schrappen van artikel 8:3 Awb is dan misschien een dood paard, maar dat dode paard is tenminste enigszins in zicht. Is het model waarbij je het hele besluitmodel loslaat niet een soort eenhoorn? Een prachtige fantasie, maar zo'n dier bestaat niet eens. Ik roep Schlössels op zich wél bij mij aan te sluiten en voor het schrappen van artikel 8:3 Awb te pleiten. Op die manier komt dat dode paard tot leven en kunnen we vervolgens van daaruit verder denken over een ideaalmodel zoals Schlössels voor zich ziet.

Prof. dr. R.J.N. Schlössels

Deze discussie zullen we in de Nijmeegse wandelgangen zeker voortzetten. Ik denk dat het model van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking helemaal niet zo idealistisch is. In essentie werken landen als Frankrijk en Duitsland er ook mee. In dat opzicht zitten we hier op een eilandje en niet in die grote rechtssystemen. Je kunt trouwens zo'n model ook omkeren: de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking is dan het uitgangspunt en als veiligheidsventiel nemen we een lijstje op van gedragingen waartegen in ieder geval geen rechtszaken kunnen worden aangespannen. Een en ander kan gecontroleerd verlopen. In de literatuur is er al vaak op gewezen dat de overgang geleidelijk zou kunnen plaatsvinden.

Voorzitter: Ik voel hier een soort compromis ontstaan. Schlössels heeft ook nog een opmerking over het preadvies van Anne Meuwese gemaakt: hij concludeert uit dat preadvies dat we de blik op fundamentele oplossingsrichtingen moeten richten. Aan Anne leg ik de vraag voor of de oplossingsrichting van het loslaten van het besluitmodel en het centraal stellen van de rechtsbetrekking aansluit bij de door haar gesignaleerde oplossingsrichtingen.

Prof. dr. A.C.M. Meuwese

Ja, zeker, maar ik sluit mij ook wel aan bij de opmerkingen van de medepreadviseurs, inhoudende dat afschaffing van artikel 8:3 in ieder geval een belangrijke eerste stap is. Die afschaffing is volgens mij ook niet in strijd met het model dat Raymond Schlössels bepleit, en dat – waarvoor dank! – neerkwam op een prachtige samenvatting van de punten van mijn preadvies.

Prof. dr. Y.E. Schuurmans

Ik vind dat er een element in de probleemschets ontbreekt. Er wordt een beeld geschetst van lastige belangenorganisaties die met zo'n proces aan de haal gaan. Uit onderzoek – van mijzelf – blijkt echter dat individuen vaak met een probleem zitten, niet weten hoe ze het moeten oppakken en dan een belangenorganisatie opzoeken om hun probleem mee uit te denken. Ook Wim Voermans heeft daarop gewezen. Er is een grote wisselwerking tussen individuen en zo'n belangenorganisatie om een punt te maken. Als we blijven vastzitten in het huidige systeem, komen individuen in moeilijkheden. Wie bijvoorbeeld bezwaar heeft tegen het afstaan van vingerafdrukken ten behoeve van een register waarvan we niet weten wie er onder welke voorwaarden toegang toe heeft, zit jaren zonder paspoort. Wie het tarief voor een tweede studie veel te hoog vindt, kan een paar jaar lang niet studeren doordat het heel lang duurt voordat er duidelijkheid is.

Het rechtstreeks beroep tegen algemene regels is niet iets waarmee belangenorganisaties aan de haal zullen gaan terwijl alles heel goed via het individuele geschil kan worden opgelost. We moeten beseffen dat individuen het nu vaak niet redden en een organisatie nodig hebben. Belangenorganisaties agenderen andere problemen dan bijvoorbeeld een advocaat-generaal of een grote kamer, samengesteld door de Raad van State. Zo komen er andere typen vragen aan de orde waarmee de samenleving zit en komt er misschien een sneller antwoord dan we nu kunnen bieden.

Prof. dr. R.J.N. Schlössels

Over algemeenbelangacties en collectieve acties zouden eigenlijk andere preadviezen moeten worden geschreven. Ik heb zelf vaak te kennen gegeven dat ik geen moeite met collectieve acties heb, maar wel met algemeenbelangacties. We moeten een differentiatie aanbrenge en speuren naar de pijnpunten vanuit het systeem van *checks and balances*. Ik maak er geen geheim van dat ik in dat opzicht puur op het Duitse gedachtegoed leun. Ook in Nederland hebben we voor de individuele rechtsbescherming gekozen, en de algemeenbelangactie is dan een vreemde eend in de bijt die je bijzonder moet rechtvaardigen. Die rechtvaardiging zie ik tegen de achtergrond van legitimatietheorieën op dit moment nog niet.

Voorzitter: Hier voel ik géén compromis aankomen!

Mij is gevraagd een reactie te geven op het preadvies van Wim Voermans. Ron van Male noemde zijn bespreking van dit preadvies in het NTB een beetje knorrig. Ik ben het daarmee niet helemaal eens, maar een punt waarop de bespreking geen recht doet aan het preadvies is in mijn ogen de stijl van schrijven. Het is een prachtig preadvies, in een heel mooie literaire stijl. Er staan dingen in die mij bij lezing al direct aantrokken en die allemaal te maken hebben met verzamelingen die ik heb. In hoofdstuk 1 zag ik al direct dat er beren op de weg waren, en ik ben een fervent berenverzamelaar. In hoofdstuk 2 wordt Van Wijk-Konijnenbelt aangehaald. Wim zei al dat hij aan Willem Konijnenbelt schatplichtig is in verband met het doorgaan in de juristerij; ik van mijn kant weet zeker dat Wim, als hij op het door hem geschetste moment zijn hand aan de deur had gehouden en de deur uit was gelopen, een dichter was geworden. Hij had het vlinderdasje al dat erbij hoorde, destijds. Van het boek van Van Wijk verzamel ik alle drukken, dus ook de nieuwste druk graag gratis toesturen! Verder staat er tot mijn grote plezier in hoofdstuk 3 van het preadvies iets over Harry Potter, en ik verzamel alle eerste delen in alle talen van de wereld. Dus, aanwezigen, als u op reis gaat: stuur mij een vertaling van het land waar u bent! Dit om even aan te geven dat aan de prachtige literaire woordspelingen en verwijzingen in het preadvies recht moet worden gedaan.

In het preadvies wordt geanalyseerd hoe het staat met het bestuur 2.0. Ik ben het eens met de signalering van autonoom optreden buiten reële invloed of controle van staatsmachten, en ik deel de conclusie dat daaraan iets moet worden gedaan. Ook ik heb het idee dat het bestuur bewust een keuze voor algemene regels doet om rechtsbescherming en geschillen met betrekking tot besluiten uit te sluiten. Dat artikel 8:3 Awb nu ter discussie wordt gesteld, juich ik toe. Het spelen op de mogelijkheid dat je de rechtsbescherming afsluit, moet niet meer mogelijk zijn.

Met de oplossing 'eens zien wat er gebeurt' ben ik het niet helemaal eens. Er zou dan een soort experimentenwet tot stand komen, waarbij het voor de hand ligt te kiezen voor een beleidsterrein waarop het aantal belanghebbenden te overzien dan wel beperkt is. Dat zal dan vaak weer de economische wetgeving zijn, maar op dat terrein is er vaak inspraak vooraf. Er wordt bij de totstandkoming van algemeen verbindende voorschriften een soort zienswijzeprocedure gevoerd. Ik ben mij ervan bewust dat in de ogen van Wim Voermans participatie niet de oplossing is, maar ik vrees op dit punt voor een verdubbeling van rechtsbeschermingsmomenten.

Is het algemeen openstellen van beroep tegen algemeen verbindende voorschriften dan een oplossing? Hier doen zich volgens mij twee problemen voor. Het ene probleem is dat het huidige bestuursprocesrecht voor dat type toetsing eigenlijk helemaal niet geschikt is. Je hebt echt de oude rechtmatigheidstoetsing uit deel 1 van Van Wijk-Konijnenbelt nodig en niet de meer op geschilbeslechting en nieuwe zaaksbehandeling gerichte aanpak. In feite is een geschil over een individueel besluit gewoon het uitknokken van een conflict met de overheid; de rechter probeert dan met een teddybeer vrede te stichten. Dat is wat nu, enigszins gechargeerd gezegd, het bestuursprocesrecht is. Dat past helemaal niet bij toetsing van algemeen verbindende voorschriften.

Het tweede probleem dat een rol speelt, is dat we, zoals Anne Meuwese al heel goed duidelijk heeft gemaakt, het onderscheid tussen soorten besluiten eigenlijk

wel het raam uit kunnen gooien. Het gaat immers niet alleen maar om soorten besluiten, maar om allerlei soorten handelingen van de overheid die rechtsposities van burgers beïnvloeden.

Dit leidt tot een vraag aan Wim Voermans, maar misschien ook aan de andere preadviseurs. Heb je, als je beroep tegen algemeen verbindende voorschriften wilt openstellen, niet een heel ander procesrecht nodig? Ron van Male heeft voor het invoeren van een verzoekschriftprocedure gepleit, omgeven met alle toetsingsmogelijkheden van de rechter. Heb je naast dat heel andere procesrecht niet tegelijk behoefte aan voorafgaande gedachtevorming over uitgangspunten van het bestuursrecht en van handelen van het bestuur? Anne Meuwese noemt in haar preadvies het beginselenbestuursrecht. In dat verband moeten we naar mijn mening onderscheiden tussen besluitvorming, met de beginselen die daarbij horen, enerzijds en rechtsbescherming met bijbehorende uitgangspunten anderzijds. Ik denk niet zozeer in systemen, als wel in beginselen. Vandaar mijn vraag.

Voorzitter: Hebben we niet een heel ander bestuursprocesrecht nodig? Dat lijkt me nu niet precies wat Roel Schutgens heeft geprobeerd te betogen.

Prof. dr. R.J.B. Schutgens

Nee, om eerlijk te zijn: het lijkt mij niet dat we een heel ander bestuursprocesrecht nodig hebben. Ik denk dat het Awb-kader zeer geschikt is voor een toetsing van algemeen verbindende voorschriften. Die toetsing zal er volgens mij vrij gemakkelijk kunnen worden ingepast. Je kunt allerlei alternatieve stelsels ontwerpen, waarin academici allerlei mooie, evenwichtige elementen zouden kunnen inbouwen die nóg beter toegespitst zijn op algemeen verbindende voorschriften, maar dat lijkt mij niet nodig.

Prof. dr. A.J.C. de Moor-van Vugt

Dan is dus het uitgangspunt het procesrecht zoals het in de Awb staat, maar niet het procesrecht zoals het in de praktijk wordt toegepast. We zijn nu juist helemaal bezig met geschilbeslechting en nieuwe zaaksbehandeling waarbij een heel andere aanpak van het geschil tot uiting komt. Er zou dan een soort tweedeling in uitleg en toepassing van de Awb in de praktijk ontstaan, voor algemeen verbindende voorschriften enerzijds en voor individuele besluiten anderzijds.

Prof. dr. R.J.B. Schutgens

Ik ben het ermee eens dat het type geschil tussen burger en overheid als het om een algemeen verbindend voorschrift gaat anders zal zijn. De oriëntatie op de individuele persoonlijke belangen van de bezwaarde of appellant zal vermoedelijk veel minder en misschien zelfs in veel gevallen afwezig zijn. Het zal veel meer gaan om abstracte juridische vragen en om abstracte toetsing van de algemene regel aan hoger recht. Er zal zich inderdaad een ander type proces voltrekken dan bij de toetsing van een beschikking, omdat er minder oriëntatie zal zijn op het individu dat beroep instelt en op zijn positie. Dit zie ik echter niet als een probleem. Inpassing

in het bestaande kader lijkt mij heel goed mogelijk. Met collega Schlössels ben ik het overigens eens dat je er vervolgens nog niet helemaal bent. Het kan immers zo zijn dat een individu door een algemene regel heel erg onevenredig of nadelig wordt geraakt, niet doordat die algemene regel in abstracto in strijd is met hoger recht, maar doordat het individu in heel bijzondere omstandigheden verkeert die in de regel niet zijn verdisconteerd. Dát probleem los je inderdaad niet op met een beroep tegen een algemene regel als zodanig; daarvoor heb je een variant nodig van wat collega Schlössels voorstelt: een soort beroep tegen een bestuurlijk rechtsoordeel of de mogelijkheid voor een bestuursrechter om zich uit te spreken over de concrete rechtsbetrekking.

De Moor-van Vugt: Ja, declaratoir dus. Op dit punt ben ik het met Raymond Schlössels eens dat je heel andere uitspraakbevoegdheden nodig hebt dan vernietiging en finale geschilbeslechting. Wat kan die finale geschilbeslechting inhouden? De rechter kan, als het om een algemeen verbindend voorschrift gaat, naar ik aanneem niet zelf in de zaak voorzien.

Prof. dr. W.J.M. Voermans

Op het punt van de uitspraakbevoegdheden zie ik iets in de eerder in deze vergadering door mij genoemde uitspraak van 27 april. Je kunt kiezen voor een buiten toepassing laten: voor dit ene geval geef je geen toepassing aan de beslissing die op een brakke basis leunt. Met buitentoepassinglating van die basis kom je dan tot een goede oplossing in het geval van een individuele beslissing. Anderen kennen de techniek overigens veel beter dan ik.

Adriënne de Moor-van Vugt heeft een treffende opmerking gemaakt over wat ik de 'mantel van onzichtbaarheid' heb genoemd. Het is niet wenselijk dat het bestuur zelf kan bepalen dat een afweging *judgeproof* wordt door het jasje dat ergens omheen doet. Je wilt dat er op enigerlei wijze in het voortraject verantwoording wordt afgelegd aan een politiek orgaan, in een zienswijzeprocedure of bij de rechter. De belangenafweging moet ter discussie worden gesteld en moet in ieder geval transparant zijn. Als we zien dat aan die voorwaarde niet wordt voldaan, is er iets verkeerd.

In artikel 8:3 Awb is bestuursrechtelijk beroep tegen algemeen verbindende voorschriften uitgesloten. Er zijn heel veel verschillende soorten van die voorschriften, zoals op economisch terrein en op het terrein van de sociale zekerheid. Belangrijker nog bij de uitsluiting van artikel 8:3 zijn de beleidsregels, die ik in de discussie weinig hoor noemen. We brengen steeds een vernauwing tot algemeen verbindende voorschriften aan en maken ons druk over de vraag hoe het moet als die onverbindend worden verklaard, maar de mantel van onzichtbaarheid doet zich het sterkst voor bij beleidsregels, die heel moeilijk ter discussie zijn te brengen. In de eerste plaats moet je maar weten dat die beleidsregels er in een bepaalde context zijn en in de tweede plaats is het vaak niet duidelijk tot wie je je moet richten. In de gemeenteraad weet men vaak niet eens dat er een beleidsregel is. Bij de rechter kun je om informatie over beleidsregels al helemaal niet terecht; in het beste geval moet je ernaar vragen of zo'n regel al dan niet op schrift staat. We hebben te maken met een bereik dat niet meer ter discussie valt te stellen. Er ontstaat een soort *black box*, afgedekt met een mantel van onzichtbaarheid.

Met Adriënne de Moor-van Vugt ben ik het volkomen eens dat een verdubbeling van rechtsmomenten ongewenst is. Als er een zienswijzeprocedure is geweest, als mensen c.q. minderheden zich los van de politieke organen hebben kunnen melden, als men zich in de juridische procedure heeft kunnen laten horen, dan heeft het niet zoveel zin tegen de uitkomst nog eens een *repeat player* in positie te brengen. Ik verwijs hier ook naar de Amerikaanse APA. In sommige Amerikaanse wetten zit de *notice and comment procedure*. Fatma Çapkurt en Jurgen de Poorter hebben erover geschreven. Als een wet aangeeft dat beslissingen onder die wet in de *notice and comment procedure* kunnen worden behandeld, hoeft tegen die beslissingen niet nog eens beroep te worden opengesteld. Mijn voorkeur gaat naar een gedifferentieerd stelsel uit, maar het gekke is dat zo'n stelsel pas kan leven als je artikel 8:3 Awb uit de weg ruimt. Daarna kun je via de betrokken materiële wetgeving gaan differentiëren. Bepaalde beslissingen kunnen aan een *notice and comment procedure* of aan een uitgebreide voorbereidingsprocedure worden onderworpen, en de rechter kan dan zeggen dat hij in zijn positie dus niet nog eens volledig gaat toetsen: u bent al gehoord en wat daaruit is gekomen, kunnen we vandaag langs laten varen. In gevallen dat men nog niet is gehoord, kan de rechter nog eens goed naar de voorbereidingen kijken en zich op eventuele consequenties daarvan voor de individuele beslissing richten.

Ik pleit dus voor een gedifferentieerd stelsel.

Mr. F. Mulder

Ik hoorde Wim Voermans zeggen dat er bij algemeen verbindende voorschriften op de een of andere manier transparantie moet zijn. Dat ben ik helemaal met hem eens, maar ik vraag mij af of die transparantie zou moeten worden bereikt via het intrekken van artikel 8:3 Awb. Er zijn naar mijn mening ook andere manieren, en voor algemeen verbindende voorschriften is de democratische controle het belangrijkste. Als we menen dat er met betrekking tot algemeen verbindende voorschriften niet genoeg transparantie is, moeten we dat via de democratie oplossen en moeten we het actie ondernemen niet aan de rechter overlaten.

Voermans heeft ook de beleidsregels in vergelijking met algemeen verbindende voorschriften als een vergeten terrein beschreven. Ik wijs erop dat beleidsregels nu juist per definitie niet algemeen verbindend zijn; in die zin vallen ze er sowieso buiten.

In het laatste preadvies komt *nudging* ter sprake. Op dit moment is tegen feitelijk handelen geen beroep bij de bestuursrechter mogelijk. Zodra *nudging* een grotere rol gaat spelen, vindt er allerlei beïnvloeding van gedrag van burgers plaats waar eigenlijk nauwelijks rechtsbescherming tegenover staat. Ik zou denken dat het veel belangrijker is dat in het bestuursrecht dáárvoor een mogelijkheid wordt gecreëerd dan dat we nu een discussie over het schrappen van artikel 8:3 Awb gaan voeren.

Mijn laatste opmerking is dat een beroep tegen een algemeen verbindend voorschrift in feite pas zin heeft als je met een concrete toepassing te maken hebt. Als je immers een uitspraak over een algemeen verbindend voorschrift doet zonder dat je de concrete toepassing voor ogen hebt, ben je in den blinde aan het schieten. Ik zie in zo'n beroep niet zoveel.

Prof. dr. A.J.C. de Moor-van Vugt

Nudging, oftewel de beïnvloeding van gedrag op allerlei andere manieren dan via besluiten, is in mijn ogen een heel belangrijk onderwerp, omdat deze gedragsbeïnvloeding heel erg de rechtspositie van burgers kan raken. Tegen die achtergrond moet men ook mijn pleidooi voor een nieuwe procedure zien, een procedure met een veel bredere toegang, waarbij alle handelingen van de overheid aan de orde zijn. Alle handelingen zouden beroepbaar, althans toetsbaar moeten worden. Het preadvies van Anne Meuwese vond ik in dit verband zeer informierend. Ik had er nog nooit zo over nagedacht dat we eigenlijk te maken hebben met een groot aantal kleine schakeltjes in een ketting die tot een algemeen verbindend voorschrift of een ander besluit leiden. Je moet al in de voorfase ingrijpen, omdat de ketting aan het eind te sterk is geworden.

Voorzitter: Ik hoor een pleidooi voor veel meer controle door de bestuursrechter, terwijl ik zojuist ook hoorde betogen ten gunste van het zoeken van oplossingen in de democratie in plaats van bij de rechter. Ik ben benieuwd naar het vervolg van de gedachtewisseling nu ik een rechter het woord ga geven.

Prof. dr. J.E.M. Polak

Nog steeds ben ik voorstander van beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels. Ymre Schuurmans sprak vanmorgen over een preadvies uit 1997, naar aanleiding waarvan men zich bij de NJV al vóór een dergelijk beroep heeft uitgesproken. Als je oud wordt, is het nóg erger: in 1987 schreven Peter van Buuren en ik al dat we er voorstanders van waren, enigszins op grond van dezelfde argumenten als Wim Voermans en Roel Schutgens hier aanvoeren.

Hoewel ik dus in beginsel voorstander van dit beroep ben, wil ik er nog een enkele vraag over stellen, vooral aan Roel Schutgens, maar als de andere preadviseurs zich aangesproken voelen, moeten ze ook vooral reageren. Schutgens gebruikte vanmorgen het woord 'rechtsbeschermingsneutraal'. Op dat punt ben ik het echt niet met hem eens, en ik vind zijn opstelling ook niet realistisch. Het maakt in kwantiteit al enorm veel uit of je beroep openstelt tegen algemeen verbindende voorschriften bij de bestuursrechter of dat je de beslissing over dergelijke geschillen bij de burgerlijke rechter laat. Ik zeg niet dat het storm zal lopen, maar er zullen wel veel meer burgers, verenigingen, stichtingen en belangengroepen tegen wijzigingen van gemeentelijke verordeningen opkomen, terwijl die verordeningen nu niet bij de burgerlijke rechter worden bestreden, alleen al vanwege het feit dat je een advocaat moet nemen et cetera. Schutgens weet wat ik in dit verband onder de 'cultuur van de toegang' versta. Er is zonder meer een evident verschil als je een dergelijk beroep bij de bestuursrechter openstelt. Reeds daarom is die openstelling niet rechtsbeschermingsneutraal.

Dit brengt mij op een punt dat vanmorgen in de gedachtewisseling tussen Schutgens en Van Male al aan de orde kwam. Als we beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels openstellen bij de bestuursrechter, zal die rechter naar mijn stellige overtuiging intensiever gaan toetsen dan nu exceptief gebeurt. Er vindt nu al exceptieve toetsing plaats, maar het maakt verschil als je binnen een

bepaalde termijn – of dat nu zes weken, twee maanden of drie maanden moet zijn – een rechtstreeks beroep tegen een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel te behandelen krijgt. Exceptieve toetsing houdt vaak in dat na jaren nog eens naar een voorschrift wordt gekeken. Daarbij is men natuurlijk veel terughoudender. Ron van Male sloeg de spijker op zijn kop, toen hij zei dat de rechter ook veel meer naar de voorbereiding zal gaan kijken, wat nu bij exceptieve toetsing in veel mindere mate gebeurt en wat de burgerlijke rechter in het rechtstreekse geding toch ook nauwelijks kan doen. Ook in dit opzicht zie ik de invoering van het rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter niet als rechtsbeschermingsneutraal. Misschien kan Schutgens mij nog overtuigen.

Tot slot nog meer in het bijzonder iets over de verhouding tot de exceptieve toetsing. Er zullen verschuivingen optreden. Wim Voermans heeft er terecht op gewezen dat er geen twee rechtsmomenten naast elkaar moeten komen. Ik kreeg van hem de indruk dat hij de exceptieve toetsing mogelijk wil laten blijven. Daarmee ben ik het eens, maar moet dan in de volle omvang een herhaling mogelijk worden? We hebben wat dat betreft al enige ervaring. Er is voor experimenteren gepleit, maar bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State hebben we al decennialang ervaring met bestemmingsplanvoorschriften. De preadviseurs hebben dat ook niet over het hoofd gezien. Beroep tegen een bestemmingsplan komt neer op een beroep tegen algemeen verbindende voorschriften. Je ziet dat de Afdeling in dat verband 'vol' toetst, met respectering van het feit dat een gemeenteraadsbesluit democratisch gelegitimeerd is. Inhoudelijk toets je terughoudend als het om de redelijkheid gaat, maar de voorbereiding van het besluit en wat dies meer zij, wordt vol getoetst. Exceptief daarentegen, bijvoorbeeld in een handhavingszaak, toetsen we veel terughoudender. Daar is ook jurisprudentie over, bijvoorbeeld de uitspraak *Nijkerk* van 17 augustus 2016. Het komt erop neer dat in het geval van exceptieve toetsing, als men de mogelijkheid heeft gehad om tegen het bestemmingsplan op te komen, alleen nog maar wordt beoordeeld of er evidente strijdigheid met een verordening is. Vereist is dus een zekere evidentie. Is zo iets dan ook niet redelijk in het systeem dat hier in algemenere zin wordt bepleit? Het lijkt mij evenals Wim Voermans niet wenselijk dat een dubbele toetsing mogelijk wordt gemaakt. Op dit punt vond ik zijn prachtige preadvies nog niet echt uitgewerkt genoeg. Onduidelijk blijft hoe deze verhouding is. Ik kan me voorstellen dat je bij exceptieve toetsing achteraf nog wél op grondrechten toetst en dat het zojuist genoemde vereiste van een zekere evidentie een rol kan spelen, maar toetsing op de voorbereiding zou naar mijn mening in het rechtstreeks beroep aan de orde moeten komen.

Wellicht kunnen de preadviseurs hun licht over dergelijke punten laten schijnen.

Voorzitter: Misschien moeten we beginnen met de vraag of de invoering van rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter tegen algemene regels nu echt wel rechtsbeschermingsneutraal is.

Prof. dr. R.J.B. Schutgens

Ik aarzel over de reactie die ik op dit punt moet geven. In mijn preadvies schrijf ik dat die invoering mij rechtsbeschermingsneutraal lijkt, in de eerste plaats omdat ik denk dat door het openstellen van een direct beroep de staatsrechtelijke

toetsingsbevoegdheid van de rechter niet wordt uitgebreid. Het blijven dezelfde regels van hoger recht waaraan de rechter toetst. Bovendien ga ik ervan uit dat regels die dubieus zijn omdat de strijdigheid met hoger recht redelijk valt te beargmenteren, uiteindelijk wel degelijk zullen worden getoetst. Worden ze niet rechtstreeks getoetst, dan zal worden opgemerkt dat ze juridisch op het randje zijn, en dan zullen ze ook wel in exceptieve toetsing bij de bestuursrechter of de strafrechter aan de orde komen. In deze zin – geen verandering van de staatsrechtelijke positie van de rechter en dubieuze regels komen toch wel in exceptieve toetsing aan de orde – lijkt mij de invoering van rechtstreeks beroep rechtsbeschermingsneutraal.

Toch vind ik, zoals ik ook vanochtend al zei, het argument van Ymre Schuurmans, inhoudende dat de rechter in rechtstreeks beroep minder makkelijk om argumenten heen kan, wel overtuigend. Het betoog van Polak gaat in dezelfde richting. De rechter komt in een positie waarin hij misschien toch wel degelijk intensiever gaat toetsen. Het lijkt mij dat ik een nuancering moet aanbrengen door te zeggen dat bij het schrappen van artikel 8:3 Awb de rechtsbescherming van de burger wellicht zelfs iets zou verbeteren.

Polak heeft ook aandacht gevraagd voor de verhouding tussen rechtstreeks beroep en exceptieve toetsing. Wat moet je doen als een regel al in direct beroep door de rechter is getoetst en als er later in een beroep tegen een uitvoeringsbeschikking om exceptieve toetsing wordt gevraagd? Treedt er dan geen verdubbeling van rechtsbeschermingsmomenten op? Ik denk dat er formeel van een dergelijke verdubbeling sprake is. De appellante kan om een tweede toetsing, maar dan exceptief, vragen, maar ik vermoed dat de rechter daarmee vrij praktisch zal kunnen omgaan door zich te oriënteren op wat in het rechtstreeks beroep is uitgesproken en zich daarbij in beginsel aan te sluiten. Als je exceptief toetst, kun je, denk ik, de overwegingen van de eerdere uitspraak in het directe beroep overnemen, of kun je zelfs naar die overwegingen verwijzen en je erbij aansluiten omdat er onvoldoende nieuws is aangevoerd. Op die manier neem je voldoende terughoudendheid in acht zonder de mogelijkheid van exceptieve toetsing helemaal te blokkeren.

Prof. dr. J.E.M. Polak

Maar nu vergeet je dat exceptieve toetsing ook aan de orde kan komen als er überhaupt geen beroep is ingesteld. De bestemmingsplanjurisprudentie zegt dat eventuele gebreken in de voorbereiding vooral in het beroep tegen het bestemmingsplan moeten worden aangevoerd, maar exceptief kun je er nog wel aandacht voor vragen als er evident strijd met hoger recht in het geding is. In dat geval is er helemaal geen eerdere uitspraak; daar ziet je reactie niet op.

Schutgens: Dat is waar. In het geval dat een regeling niet rechtstreeks is getoetst, maar via exceptieve toetsing wordt aangevallen, moet de rechter naar mijn mening gewoon intensiever toetsen. Het lijkt me dan geen goede lijn om *evidente* onverbindendheid te eisen.

Polak: We zullen daar nog eens over nadenken, maar ik heb een tegenwerping. Ik blijf bij het voorbeeld van het bestemmingsplan. Er geldt een procedure die inhoudt dat je zes weken tegen het plan als zodanig in beroep kunt. In het systeem van

Schutgens zou je na drie jaar – als het om een omgevingsvergunning gaat – nog kunnen aanvoeren dat de voorbereiding van het bestemmingsplan niet deugde, zodat het onverbindend is. Is nu ook niet een beetje de lol van een systeem van rechtstreeks beroep tegen een bestemmingsplan en tegen voorschriften dat er over dat soort vragen binnen korte tijd duidelijkheid komt? In het systeem van Schutgens is er geen enkele prikkel om in beroep te gaan, want je kunt die vragen later als je met een beschikking wordt geconfronteerd alsnog aan de orde stellen. Moeten we niet naar een tussenweg zoeken? Ik stel mij een systeem voor waarin bij strijd met grondrechten en ander hoger recht een toetsing nog mogelijk is, maar waarin alleen in het rechtstreeks beroep nog aan beginselen kan worden getoetst en waarin alleen in het rechtstreeks beroep een appellante zijn individuele positie tegen de algemene regeling in stelling kan brengen.

Ik ben nog zoekende, maar naar mijn idee moeten we deze richting inslaan.

Prof. dr. R.J.B. Schutgens

Het zou inderdaad heel goed zijn als er vrij snel direct zou worden getoetst, zodat alle regels waarover later nog geklaagd kan worden, al eens direct getoetst zijn. Dat is efficiënt. De termijn voor beroep tegen een algemene regel zal uiteraard beperkt zijn, en ik zou hopen dat dit, vooral voor belangenorganisaties, een prikkel inhoudt om vrij snel in beroep te komen. Maar als dit is gebeurd, moet je volgens mij een exceptieve toetsing niet minder intensief gaan maken, zeker omdat het kan en zal voorkomen dat belanghebbenden helemaal geen belanghebbenden waren op het moment dat het directe beroep kon worden ingesteld. In zo'n situatie wordt het extra moeilijk om in exceptieve toetsing terughoudender te zijn.

Voorzitter: Ik denk dat we het er in dit stadium over eens zijn dat over de concretisering en de uitwerking nog heel goed moet worden nagedacht.

Prof. dr. E. Steyger

Uiteraard ga ik het niet hebben over bestemmingsplannen of rechtsbeschermingsneutraliteit, maar gewoon, zoals ik altijd doe, over Europa. Het openstellen van rechtstreeks beroep tegen algemeen verbindende voorschriften zou met het oog op het recht van de Europese Unie buitengewoon handig zijn, omdat dan via een inderdaad intensieve toetsing heel snel in het licht van het Unierecht duidelijkheid over de rechtmatigheid van de regel als zodanig kan worden verkregen. Daarnaast is het niet zo dat in dat geval een exceptieve toetsing een verdubbeling zou opleveren. Stel dat de hoogste rechter besluit dat een Nederlandse regel in het licht van het recht van de Europese Unie verbindend en dus een geldige rechtsregel is, dan kan daar in het Unierecht bij een exceptieve toetsing anders over worden gedacht, domweg omdat de situatie van het individu dat zich op niet-toepasbaarheid beroept anders is. De rechtsregel mag dan uiteindelijk niet worden toegepast omdat er sprake is van een feitelijke situatie die met Unierecht in strijd is.

Ik kan mij voorstellen dat men nu denkt dat ik heel theoretisch bezig ben, maar we hebben deze situatie gezien in het arrest *Van Munster*. In dat arrest ging het om een regel van socialezekerheidsrecht die op zichzelf in het licht van het Unierecht

niet problematisch was, maar doordat mevrouw en de heer Van Munster gebruik hadden gemaakt van hun recht op vrij verkeer en daardoor in een andere lidstaat woonden, kon die rechtsregel niet worden toegepast. Terwijl de regel op zich in stand kon blijven, moest hij bij exceptieve toetsing aan het Europese recht op een andere wijze worden toegepast. Hier was dus geen sprake van een verdubbeling van rechtsbescherming, maar van een veel effectievere rechtsbescherming.

Voorzitter: Als ik het goed begrijp, kunnen we dus aan het Europese recht inspiratie ontleen om tot een hanteerbare samenwerking tussen rechtstreeks beroep en exceptieve toetsing te komen.

Ik zal nu het woord geven aan Sofia Ranchordás, en ik hoop dat zij ons verder zal meenemen naar andere rechtssystemen, op zoek naar oplossingen die we nog niet hebben besproken.

Prof. dr. S.H. Ranchordás

Met veel plezier – als altijd – heb ik het preadvies van Wim Voermans gelezen. Het viel mij op dat hij het begrip *administrative state*, dat betrekking heeft op de bestuursstaat, als een van de pijlers van zijn beschouwingen neemt. Zijn preadvies vertolkt de belangrijke spanning tussen de aanwezigheid en de afwezigheid van de *administrative state*: een staat die alles reguleert, maar ook een staat die heel vaak afwezig is en die van alle wezenlijke publieke taken af wil. In beide gevallen komen democratische beginselen onder druk. De verwijzing naar de Amerikaanse literatuur over de *administrative state* laat zien dat deze spanning ook elders bestaat. In dit verband wil ik onze discussie in de richting van het vergelijkend bestuursrecht sturen, omdat wij heel veel kunnen leren van andere landen.

Het begrip *administrative state* werd bedacht door Dwight Waldo, een politicoloog, die in 1948 de Amerikanen waarschuwde voor de gevaren van een bedrijfsstaat. De behartiging van het algemeen belang zou eigenlijk de kernfunctie van de staat moeten blijven. Dat is helemaal logisch, maar 69 jaar later waren we toch nog bezig met deze spanning tussen aanwezigheid en afwezigheid van de staat! Wim Voermans betoogt dat het openstellen van bestuurlijk beroep tegen algemeen verbindende voorschriften deze spanning niet kan oplossen. Ik ben het met hem eens, maar het openstellen van beroep tegen regels zal wel een bijdrage kunnen leveren. Ik leg de preadviseur twee vragen voor:

1. Als we kijken naar de ervaring in de Verenigde Staten met deze toetsing en naar de kritische literatuur, rijst de vraag in hoeverre deze bijdrage zinvol zal zijn, met name in het kader van het debat over democratische legitimiteit van bestuurswetgeving.
2. Past deze potentiële bijdrage in onze Nederlandse *administrative state*? Ik heb twee jaar in de Verenigde Staten gewoond, en ik kwam snel tot de conclusie dat wat ik hier in Nederland aan mijn studenten als bestuursrecht doorgeef, in de Verenigde Staten helemaal geen bestuursrecht is. In de Verenigde Staten is *administrative law* alleen maar het recht van ngo's. Ik was dus eigenlijk geen *administrative law professor*. In de Verenigde Staten is het wel duidelijk dat het beroep tegen algemeen verbindende voorschriften – *regulations* – alleen maar een instrument is dat voornamelijk in het kader van ngo's wordt toegepast.

Tegen deze achtergrond vraag ik Wim Voermans wat we van onze burens kunnen meenemen en wat we kunnen weglaten. Volgens mij spreken we over twee verschillende vormen van bestuursrecht.

Prof. dr. W.J.M. Voermans

Moeilijke vragen! Ik vlieg ze even via een omweg aan, want mijn kennis van het Amerikaanse recht is veel geringer. In aansluiting op een discussie die zojuist is gevoerd, neem ik als uitgangspunt – daarin ben ik nog nooit teleurgesteld – dat rechters binnen hun systeem een opvatting hebben over hun rol en een zelfredzaam vermogen hebben. Het zijn verstandige mensen en ze weten meestal wel hoe ze zich uit een kluwen moeten bevrijden. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft nu in artikel 263 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie een onmogelijke opdracht gekregen, op grond waarvan het al dan niet op een rechtstreeks beroep regels kan gaan toetsen. Deze voorziening is niet zo goed doordacht, en je ziet dan gebeuren dat de rechter positie gaat kiezen. De rechter staat in de wereld, ziet hoe overheids machten zich organiseren en vult de ruimte die hij heeft gekregen in met onder meer zijn besef van wat zijn rol is. In dat verband toetst hij marginaal en houdt hij de producten van een democratisch gelegitimeerde parlementaire wetgever niet rechtstreeks voor beroep vatbaar. Zulke regels heeft de rechter zelf gemaakt. In aansluiting op opmerkingen van Jaap Polak denk ik dat een Nederlandse rechter op soortgelijke wijze te werk zou kunnen gaan. Het gebeurt dus al bij de bestemmingsplannen, die een mooi voorbeeld vormen.

Er is gesproken over *repeat players*. We kennen allemaal het begrip *una via*. We zouden kunnen kiezen voor een systeem van *unus conatus*, wat 'één poging' betekent. Als iemand zich tegen een orgaan wil weren en zich als belanghebbende in de voorbereidingsprocedure heeft gemeld, dan gaan we alleen naderhand nog even voor hem kijken of er werkelijk niet iets dramatisch mis is gegaan. Ik denk dan langs de lijnen die Jaap Polak heeft genoemd: grondrechten en wat dies meer zij. We gaan niet omwille van zo'n rechtzoekende de dingen overdoen. De rechter kan binnen het systeem, als artikel 8:3 Awb maar weg is, best op die manier te werk gaan.

Ik ben blij dat Sofia Ranchordás naar aanleiding van mijn preadvies aandacht voor het begrip *administrative state* heeft gevraagd. Er wordt over dat begrip veel geschreven en gedacht, onder anderen door de door Anne Meuwese al genoemde Vermeule en door Posner. In de Verenigde Staten staat de gedachtewisseling op scherp, vooral omdat door de manier waarop het bestuur zich daar organiseert, het recht marginaler wordt. De centrale, nogal alarmistische boodschap in *Law's abnegation* van Vermeule laat duidelijk zien hoe het recht wordt gerelativeerd en hoe de rechters aan de kant worden geschoven. Wij gaan in een steeds kleiner onderdeelje van het gebouw nog zaakjes doen, terwijl het grote interveniëren en al die dingen die de democratische rechtsstaat in toom zou moeten houden, buiten schot beginnen te raken. Recht wordt weggemarginaliseerd. Tegen deze achtergrond ben ik er geen voorstander van dat ons recht de kant op gaat van dat in de Verenigde Staten, waar steeds harder tegen elkaar moet worden geklapt om er met heel veel geld nog doorheen te komen en de overheid tot fatsoenlijke dingen te dwingen. Ik zou niet weten hoe in de Verenigde Staten precies wordt getoetst. Ik neem voor waar aan wat Sofia Ranchordás zegt, want zij weet er heel veel van. We moeten waarschijnlijk maar niet

de Verenigde Staten proberen over te doen. Ik ben blij met Rutte in plaats van Trump en ik zou bijna tot Sofia willen zeggen: goed dat je hier woont. Het Amerikaanse recht is niet te kopiëren; inspirerend is het af en toe wél. Inderdaad is de toetsing van algemeen verbindende voorschriften een zaak van grote ngo's geworden: invloedrijke partijen die tegenover de grote macht van de overheid een andere, particuliere macht vormen, die lobbyt en van álles doet zonder dat ze de functie heeft de minderheden in de democratische rechtsstaat te helpen. Ik neem daar het ontstaan van een negatieve dynamiek waar, waarvoor ik in Nederland eigenlijk niet zo bang ben. Dat heeft ook met mijn vertrouwen in de verstandige Nederlandse rechters te maken.

Prof. dr. S.H. Ranchordás

Ik denk dat we eigenlijk heel veel van de Verenigde Staten zouden kunnen leren als het om de *notice and comment procedure* gaat. Over de toetsing van die procedure is heel veel jurisprudentie gevormd, waarbij men zich voornamelijk op het zorgvuldigheidsbeginsel richt. Daarin kunnen we heel veel inspiratie vinden. Twijfels heb ik op het punt van beroep tegen *regulations*: ik denk niet dat we in Nederland hetzelfde systeem kunnen toepassen.

Prof. dr. T. Barkhuysen

Wat er is gezegd over *una via* kan ik nog niet zo goed volgen. Als je iemand die in de voorbereiding al iets heeft kunnen zeggen, het recht ontzegt om daarop bij de rechter terug te komen, ga je terug naar het systeem waarin in zo'n geval bij de burgerlijke rechter wordt geprocedeerd. Je moet in Nederland altijd naar de rechter kunnen stappen. Bij beschikkingen volgen we die *una via*-lijn ook niet: je kunt in de voorbereiding iets aanvoeren en daarna naar de rechter gaan.

Mijn tweede opmerking betreft de inhoud van de toetsing. Een reden om artikel 8:3 Awb te schrappen is het minder goed functioneren van de democratische controle op regelgeving. Er is sprake van onzorgvuldige voorbereiding. Als ik dat doortrek naar de vraag hoe intensief moet worden getoetst, kan ik mij voorstellen dat er gevolgen voor de intensiteit van de toetsing moeten zijn. Wanneer de zorgvuldigheid minder is, kun je bij de huidige doctrine van de maatstaf 'ernstig feilen van de wetgever' – dat is kort en goed zowel bij directe beroepen als bij exceptieve toetsing de toets die de rechter aanlegt – een vraagteken zetten.

Meer in de nuance: zou je niet in ieder geval een onderscheid moeten gaan maken tussen bestuurswetgeving aan de ene kant – waarbij eigenlijk geen democratische legitimatie aan de orde is – en echt democratisch gelegitimeerde regelgeving aan de andere kant, zoals wetgeving in formele zin, APV's en provinciale verordeningen? Zou je de laatste categorie qua toetsingsintensiteit zowel op formeel als op materieel vlak niet als normale beschikkingen moeten behandelen?

Voorzitter: Als ik het goed begrijp een vraag naar de toetsingsintensiteit en een vraag inhoudende of het niet verstandig is daarbij onderscheid te maken tussen verschillende soorten algemeen verbindende voorschriften.

Prof. dr. R.J.B. Schutgens

Het heeft mij weleens verbaasd hoe de rechter te werk gaat in uitspraken waarin door de bestuursrechter exceptief of door de burgerlijke rechter direct wordt getoetst als het gaat om bestuurswetgeving, dus niet democratisch vastgestelde wetgeving die berust op delegatie aan een niet-volksvertegenwoordigend bestuursorgaan. Als zulke wetgeving aan rechtsbeginselen wordt getoetst, lijkt de rechter als het ware heel veel eerbied voor de regelgever te hebben. Het zou in strijd zijn met de *trias* als de rechter heel intensief zou toetsen en er zou de grootst mogelijke terughoudendheid in acht moeten worden genomen, zeker als het gaat om ongeschreven rechtsbeginselen. Naar mijn mening is daartoe in ieder geval bij bestuurswetgeving niet zoveel reden. Een algemene regel van een minister of een ander tot de besturende macht behorend orgaan zou je kunnen beschouwen als een bundel beschikkingen, en als er een bundel beschikkingen ter tafel lag, zou je veel intensiever toetsen. Ik ben het ermee eens dat bestuurswetgeving even intensief dient te worden getoetst als beschikkingen of andere, nu al appellabele besluiten.

Wél meen ik dat dit losstaat van de invoering van rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter. Ook als we artikel 8:3 niet schrappen – en dat gaan we natuurlijk toch niet doen –, zouden we het voorstel van Barkhuysen wel degelijk in de praktijk moeten brengen, en daar hebben we de wetgever niet voor nodig. Dit is misschien wel het meest realistische dat vandaag wordt gezegd. Dank daarvoor.

Prof. dr. W.J.M. Voermans

Er is zojuist een opmerking met een hoog 'huh, huh'-gehalte gemaakt: we gaan artikel 8:3 Awb tóch niet schrappen! In de jaren zestig en zeventig zou je dit een machtsargument hebben genoemd. Ik van mijn kant doe het er ook voor dat we de wet gewoon veranderen, zodat rechtstreeks beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels wél mogelijk wordt.

Mijn 'één poging'-gedachte houdt overigens niet in dat alleen de rechter daarover zou hoeven te regeren. Soms hebben we te maken met wetgeving die tot stand komt omdat het bestuur nadere regels moet maken. Die regels kunnen van een soort zijn waarbij een voorbereidingsprocedure à la de *notice and comment procedure* op het programma staat, wat dan in mijn gedachtegang consequenties heeft voor exceptieve toetsing naderhand. Als zo'n voorbereidingsprocedure er niet is, kan dat ook weer gevolgen voor het soort toetsing hebben. In deze zin heeft Jaap Polak zich uitgelaten, en ik heb daarna enigszins gekscherend de term *unus conatus*, oftewel één poging, laten vallen. De gedachte is dat men zich slechts één keer als belanghebbende kan melden. Terecht is er overigens op gewezen dat de belanghebbenden tijdens de voorbereiding anderen kunnen zijn dan de belanghebbenden wanneer het besluit er eenmaal is.

Met het pleidooi van Tom Barkhuysen voor differentiatie ben ik het geheel eens. Toch wil ik er nog eens op wijzen dat onze discussie steeds exclusief over algemeen verbindende voorschriften gaat. Als het daarbij de bestuurswetgeving betreft, is de situatie ook inderdaad best erg, maar veel te weinig aandacht krijgen de

beleidsregels. We kijken ernaast, en ze varen rustig mee op het vlotje van de principeargumenten bij de algemeen verbindende voorschriften. De beleidsregels laten we ten onrechte ongemoeid.

Voorzitter: Bij de voortzetting van de gedachtewisseling over de preadviezen kunnen de beleidsregels nog nader aan de orde komen. Er komt nu eerst een ander programmaonderdeel.