

Tot besluit

K.J. de Graaf, P.J. Huisman, F.J. van Ommeren, G.A. van der Veen

Met deze korte slotbeschouwing ronden wij de drie preadviezen gezamenlijk af. Vanuit verschillende invalshoeken zijn wij tot (deels) gelijkkluidende bevindingen gekomen. Een historische terugblik met een meer visionaire vooruitblik, een bespreking aan de hand van jurisprudentie en wetgeving en een vergelijking met het Franse en het Duitse recht hebben ieder voor zich geleid tot de constatering dat het besluitbegrip niet meer de enige figuur voor de toegang tot de bestuursrechter dient te zijn. De grenzen van de groei en uitdijning van dat begrip zijn bereikt, of eigenlijk al overschreden. Oorzaak is enerzijds de wil van de bestuursrechter om rechtsbescherming te bieden op wellicht soms tegen beter weten gedane voorzetten uit de rechtspraktijk. Oorzaak is anderzijds het besluitcentrisme van de wetgever geweest, die het bestuursprocesrecht monotheïstisch aan het besluit is blijven ophangen en aldus een doctrinaire classificatie van bestuurshandelen als uitgangspunt voor de rechtsmachtverdeling heeft genomen en heeft gehandhaafd.

Gevolg is onvrede, omdat de doctrinaire uitgangspunten overwoekerd zijn geraakt. Gevolg is ook onzekerheden in de rechtspraktijk. Door de gedeeltelijke inwisseling van de doctrine voor noties van rechtsbescherming, is niet immer op voorhand duidelijk of een bestuurlijke beslissing de kwalificatie van besluit net wel of toch niet gaat halen. Gevolg is ten slotte gekunstelde wetgeving, omdat niet-besluiten ten behoeve van specifieke rechtsbescherming tegen bepaald overheidshandelen toch als besluit betiteld zijn. Zo vergt het niet tijdig beslissen van bestuursorganen een constatering door de bestuursrechter van niet-handelen en een veroordeling om alsnog te besluiten. Dat heeft weinig met de vernietiging van een besluit van doen. Dit alles heeft geleid tot onze preadviezen, die elk op eigen wijze uitdragen dat de rechtsmacht van de bestuursrechter uitgebreid dient te worden. Wij zien als probleem, dat te veel bestuursrechtelijk relevante zaken niet door de bestuursrechter berecht kunnen worden. Wij zien echter niet als probleem, dat het bestuursprocesrecht het besluit centraal stelt. Dat lijkt ons juist, want het besluit is het centrale bestuursrechtelijke begrip en het instrument van het bestuur bij uitstek om in concrete gevallen rechtsgevolgen tot stand te brengen, na een bestuurlijke feitenvergaring, afweging van belangen, toepassing van de bestuurlijke beoordelings- en beleidsvrijheid en lezing van de relevante rechtsregels. Het is daarom niet meer dan logisch, dat het bestuursprocesrecht dat centrale instrument ook centraal blijft stellen. Het is echter niet meer aanvaardbaar, dat dit centrale instrument allerlei andere kwesties in de schaduw stelt.

Bij een probleemanalyse horen oplossingen. Die kunnen op verschillende wijzen bereikt worden. Onze preadviezen geven dat ook aan. Het Duitse en het Franse recht maken duidelijk dat een eenzijdige blik op het besluit de blik op een veelheid aan andere bestuursrechtelijke handelingen kan vertroebelen. Beide buitenlandse rechtstelsels tonen dat het beroep tot vernietiging van een besluit slechts een van de procesrechtelijke mogelijkheden van belanghebbenden is om zaken aan de bestuursrechter voor te leggen. Zo kan zowel in Frankrijk als in Duitsland een verzoek om een declaratoire uitspraak worden gedaan. Dat is vergelijkbaar met een verzoek aan de bestuursrechter om een bestuurlijk rechtsoordeel te berechten. Tegelijkertijd tonen de beide rechtstelsels dat dergelijke verzoeken niet onbeperkt gedaan kunnen worden, maar dat het reguliere beroep tot vernietiging van een besluit de centrale procedure in het bestuursprocesrecht is.

Ook uit ons eigen rechtstelsel kan inspiratie geput worden. Het burgerlijk procesrecht kent een tweedeling van procedures, de dagvaardingsprocedure en de verzoekschriftprocedure. De onderverdeling van zaken tussen beide procedures is niet immer navolgbaar en de procedures zijn naar elkaar toegegroeid, onder meer op het punt van het bewijsrecht. Wat blijft is een (licht) verschil in attitude van de civiele rechter bij de behandeling van zaken en de mogelijkheid om elke afzonderlijke verzoekschriftprocedure specifiek te modelleren en van specifieke uitspraakbevoegdheden te voorzien. Zo kan per verzoekschrift een uitspraakbevoegdheid naar wens in de wet worden opgenomen. Dat biedt derhalve de mogelijkheid van uitspraakbevoegdheden *à la carte*, in plaats van het uniforme vernietigingsberoep.

Inmiddels heeft de verzoekschriftprocedure haar intree in het bestuursprocesrecht gedaan. De betreffende regeling heeft niet geleid tot een maximale toewijzing van schadezaken aan de bestuursrechter, maar wel tot het besef dat het besluit voor een aantal kwesties een ongeschikte vorm is om geschillen aan de bestuursrechter voor te leggen. Bij het besef dat variatie nodig is, past het om de bestuursrechter op het verzoek toegespitste uitspraakbevoegdheden te geven. Aan de hand van de bestuursrechtelijke schadeverzoekschriftprocedure en bevindingen uit het burgerlijk procesrecht zou gestreefd moeten worden om meer bestuursrechtelijk relevante kwesties onder een passende rechtsmacht van de bestuursrechter te brengen en de uitspraakbevoegdheden daarop aan te passen. Uniformiteit kan bevorderd worden met een algemene bevoegdheid om het verzoek geheel of gedeeltelijk toe te wijzen, maar variatie zal niet geheel gemist kunnen worden.

Inspiratie voor uitbreiding van de rechtsmacht van de bestuursrechter kan ook geput worden uit een meer omvattend concept. Een deel van uw preadviseurs ziet in de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking een dergelijk concept. Dat concept vormt geen vervanging van de huidige basis van het bestuursprocesrecht. Dat blijft nog immer het besluit. Het concept biedt wel een kader om aan het besluit gerelateerde handelingen logisch bij de bestuursrechter onder te brengen. In dat verband wordt wenselijk geacht om niet alleen de aan een besluit gerelateerde feitelijke handelingen bij de bestuursrechter onder te brengen, maar ook bevoegdhedenovereenkomsten en uitvoeringsovereenkomsten. Dat zijn meerzijdige rechtshandelingen. Voor dergelijke onderwerpen kan niet volstaan worden met een vrij eenvoudige aanpassing van het bestuursprocesrecht om enige (andere) eenzijdige handelingen van het bestuur onder de rechtsmacht van de bestuursrechter te brengen. De meerzijdige

rechtshandelingen vergen een verdergaande aanpassing, in het bijzonder om ook het bestuur bij de bestuursrechter te kunnen laten procederen.

Alle preadviseurs menen dat de bestuursrechter over feitelijke handelingen in de aanloop tot en in de uitvoering van een appellabel besluit moet kunnen oordelen. Op korte termijn zou in ieder geval de verzoekschriftprocedure voor aangewezen eenzijdige overheidshandelingen aan het bestuursprocesrecht toegevoegd dienen te worden.

Of dat dient te geschieden onder de mantel van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking, is een kwestie van appreciatie die bij de preadviseurs wat verschillend ligt. De loutere (en in ons aller ogen gerechtvaardigde) wens tot tijdige en finale bestuursrechtelijke rechtsbescherming is ook op zichzelf beschouwd een goede reden tot aanpassing. Voor de uitkomst hoeven verschillen in appreciatie dus geen verschil te maken. Het gaat ons erom, dat de bestuursrechter ten minste de mogelijkheid krijgt om een aantal aan het besluit gelieerde geschillen te berechten. Zo zou hij het bestuur opdracht moeten kunnen geven om een feitelijke handeling ter uitvoering van een besluit te verrichten, kwesties rond de bekendmaking van besluiten dienen te berechten en tijdig te kunnen oordelen omtrent de aanwezigheid van een vergunningplicht, een door het bestuur gesuggereerde overtreding en een aangekondigde 'naming and shaming'.

Dergelijke kwesties hangen sterk samen met de uitoefening van (wettelijke) publiekrechtelijke taken en/of het nemen van besluiten. Zij kunnen dus zonder zorgen aangemerkt worden als geschillen die niet uit burgerlijke rechtsbetrekkingen zijn ontstaan (art. 112 Grondwet). Zij kunnen dus aan de bestuursrechter toegewezen worden, ook aan de bestuursrechter die niet tot de rechterlijke macht behoort. Het is vervolgens de vraag of die toewijzing exclusief dient te zijn. Uw preadviseurs verschillen hier van mening. Tegenover de wens tot bevordering van rechtseenheid en beperking van het risico op tegenstrijdige uitspraken van burgerlijke rechter en bestuursrechter staat de praktische gedachte, dat een dubbele competentie in ieder geval verkeerde keuzes van belanghebbenden beperkt. Zij hebben immers de keuze tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter. Dubbele competentie is voor een aantal schadevergoedingskwesties ook te vinden in de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten.

In onze preadviezen hebben wij ons geconcentreerd op het bestuurs(proces)recht en de toegang tot de bestuursrechter. Wij hebben gezien dat het huidige bestuurs(proces)recht logischerwijs is toegespitst op het besluit. De daaraan gekoppelde zaaksbehandeling, met onder meer het bewijsrecht en de uitspraakbevoegdheden, is aan de toetsing van besluiten opgehangen. Het is niet evident dat voor alle andere aan de bestuursrechter voor te leggen geschillen, precies datzelfde procesrecht zou moeten gelden. Dat voor een aantal bestuursrechtelijke schadevergoedingskwesties een bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedure met Awb-procesrecht gevolgd moet worden, is een halve maar geen volledige stap vooruit. De vaste wens dat de bestuursrechter bij de materiële beoordeling van schadekwesties zo veel mogelijk aansluit bij het burgerlijk recht, lijkt niet bij voorbaat het best te realiseren in een procedure die eertijds is ontworpen voor de toetsing van besluiten. Als wij dit punt doortrekken, dan kan de conclusie zijn dat voor de toetsing van besluiten het specifieke bestuursprocesrecht van de Awb voorop dient te staan, maar dat dat

voor de behandeling van andere geschillen minder vanzelfsprekend is. Indien die conclusie getrokken wordt, rijst de vraag uiteindelijk of niet op enig moment de verzoekschriften in het burgerlijk procesrecht en het bestuursprocesrecht op enigerlei wijze geharmoniseerd zouden kunnen worden. Dat biedt dan een bijna net zo fraaie gelegenheid om te preadviseren voor de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, als de gelegenheid die het bestuur van de VAR ons dit jaar bood.