Verbreding van bestuursrechtspraak

Noodzaak en consequenties van een groeimodel voor bestuursrechtelijke rechtsbescherming

VAR VERENIGING VOOR BESTUURSRECHT

Rapport van de Commissie Verruiming bevoegdheden bestuursrechter van de Vereniging voor bestuursrecht (VAR)

171

Boomjuridisch

VAR 171

ISBN 978-94-6212-877-4



Boomjuridisch

Verbreding van bestuursrechtspraak

VAR-reeks
171

Verbreding van bestuursrechtspraak

Noodzaak en consequenties van een groeimodel voor bestuursrechtelijke rechtsbescherming

Rapport van de Commissie Verruiming bevoegdheden bestuursrechter van de Vereniging voor bestuursrecht (VAR)

Boom juridisch
Den Haag
2023

Aanbevolen citeerwijze: B.J. Schueler e.a., *Verbreding van bestuursrechtspraak. Noodzaak en consequenties van een groeimodel voor bestuursrechtelijke rechtsbescherming*, Den Haag: Boom juridisch 2023.

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft
Opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag

© 2023 B.J. Schueler e.a. | Boom juridisch

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet of de reprorechtregeling van Stichting Reprorecht dient daarvoor een billijke vergoeding te worden voldaan aan Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het verveelvoudigen en openbaar maken van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave als toelichting bij het onderwijs, bijvoorbeeld in een (digitale) leeromgeving of een reader (art. 16 Auteurswet), dient een regeling te worden getroffen met Stichting Uitgeversorganisatie voor Onderwijslicenties (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-uvo.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6212-877-4
ISBN 978-94-0011-367-1 (e-book)
NUR 823

www.boomjuridisch.nl

Commissie Verruiming bevoegdheden bestuursrechter

B.J. (Ben) Schueler (vz.)
J.R. (Jan Reinier) van Angeren
R.H. (Ruth) de Bock
J.A.R. (Arjo) van Eijsden
B.J. (Bart Jan) van Ettekoven
K.J. (Kars) de Graaf
S. (Sandra) van Heukelom-Verhage
G.T.J.M. (Gerdy) Jurgens
A.A. (Arjan) Kleinhout
H.H.L. (Herman) Krans
A.T. (Bert) Marseille
J.M.J. (Jaap) van Rijn van Alkemade
Y.E. (Ymre) Schuurmans
R. (Ron) Stam
A. (Addie) Stehouwer
J.L. (Hans) Verbeek
D.A. (André) Verburg
M. (Matthijs) Vermaat
m.m.v. M.E. (Elsemarie) den Boer-Adriaanse

Voorwoord

Voor u ligt het rapport van de Commissie Verruiming bevoegdheden bestuursrechter. De commissie is door het bestuur van de Vereniging voor bestuursrecht (VAR) in het leven geroepen met als doel te onderzoeken of er behoefte bestaat aan verruiming van de bevoegdheden van de bestuursrechter. Ook is haar gevraagd aanbevelingen te doen over de wijze waarop het bestuursprocesrecht nader moet worden vormgegeven, in het geval de competentie van de bestuursrechter wordt uitgebreid.

De totstandkoming van het rapport bleek een lange weg te beslaan. Eind 2017 kwam de commissie voor het eerst bijeen, waarbij thema's als privatisering, deregulering en bestuursstrafrecht de boventoon voerden. Dat vormde een goede start, maar vijf jaar later bleken niet al deze thema's nog het bestuursprocesrechtelijke debat te domineren. Tussentijds deden de bestuursrechtelijke rechtscolleges uitspraken die wezenlijke invloed hadden op de vraag wat de bestuursrechter kan beoordelen en in zijn uitspraak kan vastleggen. Zo kwam de exceptieve toetsing van regels in een stroomversnelling, was er enige relativering van de strikte toepassing van de bezwaar- en beroepstermijn en het beginsel van formele rechtskracht en kwam de intensivering van de evenredigheidstoetsing van de grond nadat afscheid was genomen van de marginale toetsingsdoctrine. Daardoor vormde de afgelopen periode een van de meest woelige tijden van het bestuursprocesrecht, mede door de impact van de Toeslagenaffaire, waarin flinke kritiek op de bestuursrechtspraak werd geuit. Tegelijk kwam er meer aandacht voor de grote (on)macht van de uitvoeringspraktijk en de invloed van een geautomatiseerde uitvoering. Zo verschoof de problematiek en onderlinge discussie enigszins van een uniform en gesystematiseerd systeem van bestuursprocesrecht naar een stelsel waarin de behoefte van tijdige en reële rechtsbescherming voor de burger centraal staat.

De route naar het rapport werd uiteraard ook omgegooid door de uitbraak van de coronacrisis en het plotselinge overlijden van onze geliefde voorzitter Ben Schueler, vlak voor de afronding van het rapport. Zijn visie, expertise en ervaring lopen als een rode draad door het rapport, soms ver voor de troepen uit met onorthodoxe voorstellen, soms op de rem omdat aanpassingen in de praktijk uitvoerbaar moeten zijn. Ben liet de afgelopen jaren in heel wat gesprekken en bijeenkomsten ideeën uit het rapport vallen om te testen welke reacties zij zouden ontlokken en of wij de gevolgen van voorgenomen aanbevelingen voldoende zouden hebben doordacht. Hoewel hij de afronding van het rapport niet meer heeft kunnen meemaken, had hij nog een beslissende hand in de centrale conclusies en aanbevelingen van

het rapport. Wij hopen dat het rapport een richtinggevende functie vervult in het uitbreiden van de competentie van de bestuursrechter teneinde burgers zinnige en reële rechtsbescherming te bieden.

Arjo van Eijsden
Kars de Graaf
Bert Marseille
Ymre Schuurmans
Hans Verbeek
m.m.v. Elsemarie den Boer-Adriaanse

September 2023

Inhoud

1	**Bestuursrecht en rechtsbescherming in ontwikkeling**	**13**
1.1	Introductie	13
1.2	Van beschikkingen naar regels	14
1.3	'Besluitloos' overheidsoptreden	15
1.4	Privatisering en hybride uitvoering	16
1.5	Digitalisering en ketenbesluitvorming	18
1.6	Mensgericht bestuursrecht	19
1.7	Insteek rapport	20
2	**Beroep tegen algemene regels**	**21**
2.1	Inleiding	21
2.2	Het debat rond de afschaffing van artikel 8:2/8:3 Awb	22
2.3	Exceptieve toetsing van regels	26
2.3.1	De ontwikkeling van de exceptieve toets	26
2.3.2	Evaluatie	29
2.4	Beroepsgang tegen regels	31
2.4.1	De organisatie van het proces	33
2.4.2	Ontvankelijkheid	36
2.4.3	Behandeling beroep	45
2.4.4	Uitspraakbevoegdheden	46
2.4.5	Evaluatie	47
2.5	Fiscale inspiratie voor de beslechting van geschillen over regels	48
2.5.1	Het gesloten stelsel van rechtsbescherming in het belastingrecht	49
2.5.2	Prejudiciële vragen aan de belastingkamer van de Hoge Raad	51
2.5.3	De voor cassatie vatbare beschikking	54
2.5.4	De massaalbezwaarregeling	56
2.6	Conclusie	58
3	**Verzoeken over feitelijk handelen en bestuurlijke rechtsoordelen**	**61**
3.1	Inleiding	61
3.2	Argumenten voor de bevoegdheid van de bestuursrechter om over feitelijk handelen te oordelen	62
3.2.1	Principiële argumenten	62
3.2.2	Ontwikkeling in de taakuitoefening door de overheid: verliest het besluit aan betekenis?	65
3.2.3	Voorkomen dat geschillen worden opgeknipt	69

3.2.4 Vijf argumenten om de bestuursrechter over feitelijk handelen te laten oordelen 69
3.3 Argumenten tegen de bevoegdheid van de bestuursrechter om over feitelijk handelen te oordelen 70
3.3.1 Bezwaren van juridisering 70
3.3.2 Bezwaren van afbakening 72
3.3.3 Behoefte aan een eenvoudige rechtsingang 72
3.4 Tussenconclusie over de verruiming van de rechtsmacht van de bestuursrechter 73
3.5 Hoe ver zou de verruiming van de bevoegdheid van de bestuursrechter moeten gaan? 74
3.5.1 Inleiding 74
3.5.2 Feitelijk handelen dat verband houdt met een appellabel besluit 75
3.5.3 Categorieën handelingen die onder de definitie vallen 76
3.5.4 Algemene afbakening of aanwijzing van categorieën door de wetgever? 82
3.6 Rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter: keuzevrijheid voor de eiser 83
3.7 Aard van de procedure bij de bestuursrechter: een verzoekschriftprocedure 84
3.8 Eisen voor de toegang tot de verzoekschriftprocedure 85
3.8.1 Belanghebbende 86
3.8.2 Procesbelang en proceseconomie 86
3.8.3 Bevoegd beroep in te stellen tegen besluit waar het betwiste handelen mee samenhangt 89
3.8.4 Contact met het bestuursorgaan om een gang naar de rechter te voorkomen 89
3.8.5 Verjaringstermijn voor het indienen van het verzoek 91
3.9 Titel 8.4 Awb als inspiratiebron voor de vormgeving van de verzoekschriftprocedure 92
3.10 Beoordeling van het verzoekschrift en de uitspraakbevoegdheden 93
3.11 Conclusie 97

4 Schadevergoeding door de bestuursrechter 99
4.1 Inleiding 99
4.2 De huidige rechtsmachtverdeling bij besluitenaansprakelijkheid 99
4.2.1 Inleiding 99
4.2.2 De bevoegdheid van de bestuursrechter bij besluitenaansprakelijkheid 99
4.2.3 De bevoegdheid en ontvankelijkheid bij de burgerlijke rechter 102
4.2.4 Kort samengevat 102
4.2.5 Welke rechter beoordeelt of het besluit onrechtmatig is? De leer van de formele rechtskracht 103
4.3 Geschillen over besluitenaansprakelijkheid die buiten de bevoegdheid van de bestuursrechter vallen 104
4.3.1 Geschillen die niet over de in artikel 8:88 Awb genoemde gevallen gaan 105
4.3.2 Geschillen op het terrein van de Afdeling en het CBb die het bedrag van 25.000 euro te boven gaan 108

4.4 Zijn er redenen om de rechtsmachtverdeling te laten zoals die nu is? 109
4.4.1 Is de aard van het aansprakelijkheidsrecht een reden? 109
4.4.2 Is de Grondwet een reden? 110
4.4.3 Is de deskundigheid van de burgerlijke rechter een reden? 111
4.5 Hoe kan de rechtsmachtverdeling worden verbeterd? 111
4.5.1 Voortbouwen op de connexiteitsbenadering 111
4.5.2 Welke veranderingen komen in beeld? 113
4.5.3 Keuzevrijheid voor de eiser tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter 115
4.6 Conclusie 118

5 Bevoegdhedenovereenkomsten, toezeggingen en bestuursrechtspraak 119
5.1 Inleiding 119
5.2 De bevoegdhedenovereenkomst 120
5.3 De huidige rechtsmachtverdeling 123
5.4 Schadevergoeding bij niet-nakoming van een bevoegdhedenovereenkomst 126
5.5 Schadevergoeding bij het niet-nakomen van toezeggingen 128
5.6 Voorstel voor een wettelijke regeling 131
5.7 Regeling ook van toepassing bij niet-nakomen bevoegdhedenovereenkomst 134
5.8 Regeling niet exclusief 134
5.9 Conclusie 136

6 Rechtsbescherming en digitalisering van bestuursrecht 139
6.1 Inleiding 139
6.2 Digitalisering van de uitvoering 139
6.3 Toegang tot de rechter bij gedigitaliseerde uitvoering 141
6.3.1 Rechtsmiddel tegen gegevensverwerking 142
6.3.2 Notificatieplicht als voorwaarde voor effectieve rechtsbescherming 145
6.3.3 Rechtsmiddel tegen het algoritme 146
6.4 Rechtmatigheidsbeoordeling bij gedigitaliseerde uitvoering 148
6.5 Uitspraakbevoegdheden en gedigitaliseerde uitvoering 150
6.6 Conclusie 151

7 Conclusie 153

Literatuur 161

Bestuur en erelid VAR 173

1 Bestuursrecht en rechtsbescherming in ontwikkeling

1.1 Introductie

Wie een geschil met de overheid heeft, kan naar een rechter stappen. Meestal is dat de bestuursrechter, soms de civiele rechter. Het voorwerp van geschil bepaalt bij welke rechter rechtsbescherming kan worden gezocht. Betreft het geschil een besluit dan is in beginsel de bestuursrechter bevoegd. Omdat het nemen van besluiten – van het opleggen van belastingaanslagen tot het verlenen van evenementenvergunningen en van het weigeren van een werkloosheidsuitkering tot het terugvorderen van een eerder toegekende toeslag – een kernactiviteit van de overheid is, is bij conflicten met de overheid de bestuursrechter (veel) vaker de aangewezen rechter dan de civiele rechter.

Voor iemand die een conflict heeft met de overheid, is het van belang dat de bestuursrechter in de meeste opzichten een toegankelijker rechter is dan de civiele rechter. Het griffierecht is relatief laag, er is geen sprake van verplichte procesvertegenwoordiging en de kans dat je als burger moet opdraaien voor de proceskosten van de overheid wanneer je de procedure bij de bestuursrechter verliest, is zo goed als nihil. Het verbaast daarom niet dat bij geschillen met de overheid de toeloop op de rechter groter is als de bestuursrechter de bevoegde rechter is dan als de burger zich met zijn geschil tot de civiele rechter moet wenden.

De uitvoering van wetten (zoals de Werkloosheidswet) door het nemen van besluiten (verstrekken van werkloosheidsuitkeringen) vormt nog steeds een belangrijke taak van de overheid. Maar, de uitvoering is de afgelopen decennia ingrijpend veranderd, waardoor de overheid haar handelen minder vaak in de vorm giet van besluiten. Iemand met een conflict met de overheid zal dan vaker merken dat hij niet bij de bestuursrechter terecht kan. Vanuit een oogpunt van de toegang tot het recht roept dat de vraag op of de bevoegdheid van de bestuursrechter niet zou moeten worden uitgebreid zodat, vaker dan nu het geval is, geschillen over overheidshandelen aan de bestuursrechter kunnen worden voorgelegd. Die vraag is in dit rapport aan de orde.

In de volgende hoofdstukken behandelen we mogelijke uitbreidingen van de bevoegdheid van de bestuursrechter. In dit hoofdstuk gaan we in op een aantal ontwikkelingen, zoals deregulering (van normering door beschikkingen naar direct bindende algemene regels), informalisering (van contact met de overheid door besluiten naar 'besluitloos' overheidsoptreden), privatisering (van beleid en uitvoering in handen van de overheid naar privatisering van de uitvoering),

digitalisering en ketenbesluitvorming (van tastbare besluiten naar dynamische gegevenskoppeling en algoritmische analyses). Deze ontwikkelingen hebben ertoe geleid dat vaak vele instanties bij de uitvoering zijn betrokken en de normstelling voornamelijk plaatsvindt door middel van handelingen die niet aan de bestuursrechter kunnen worden voorgelegd. De burger die ontevreden is met het resultaat, moet dan regelmatig bij verschillende loketten aankloppen om een deel van het probleem op te lossen. In beroep raakt een geschil dan snel versnipperd, waarbij een deel bij de bestuursrechter en een deel bij de civiele rechter terecht kan komen. In de paragrafen 1.2 tot en met 1.5 bespreken we deze ontwikkelingen. In paragraaf 1.6 en 1.7 leggen we uit waarom deze ontwikkelingen aanleiding zouden moeten vormen voor onderzoek naar de mogelijkheden van uitbreiding van de bevoegdheid van de bestuursrechter.

1.2 Van beschikkingen naar regels

In het huidige bestuursrecht is het beroepsrecht niet uitsluitend, maar wel in overwegende mate gekoppeld aan de bijzondere besluitfiguur van de beschikking. Weliswaar maakt artikel 8:1 Algemene wet bestuursrecht (Awb) een beroep tegen een 'besluit' mogelijk, maar door de generieke uitzonderingen in artikel 8:3 Awb staat dat beroep niet open tegen de meeste besluiten van algemene strekking. Op de meeste deelterreinen was ten tijde van de totstandkoming van de Awb de beschikking hét moment waarop de rechtspositie van de individuele burger vorm kreeg. Er is inmiddels een ontwikkeling gaande waarin het beschikkingsmoment minder bepalend wordt. Dat laat zich illustreren aan de hand van het verschijnsel dat vergunningenstelsels worden vervangen door algemene regels.

De genoemde ontwikkeling is goed zichtbaar in het omgevingsrecht, met name in de Omgevingswet (inwerkingtreding in 2024). De formele wetgever laat de inhoudelijke normstelling aan lagere regelgevers over: amvb's, ministeriële regelingen, provinciale verordeningen en gemeentelijke omgevingsplannen. De wet zelf bepaalt bijna alleen nog welk orgaan de inhoudelijke keuzes moet maken en globaal welke soorten belangen daarbij een rol spelen. Verder worden vergunningstelsels in toenemende mate vervangen door algemene regels, die het bestuur opstelt en waartegen doorgaans geen beroep openstaat, met uitzondering van de gemeentelijke regels neergelegd in een omgevingsplan (nu nog een bestemmingsplan). Vooral in het milieurecht vindt deze vervanging plaats door normstelling in amvb's, ministeriële regelingen, provinciale verordeningen en regelingen van waterschappen. Daartegen staat geen beroep open, waardoor de mogelijkheid tot tijdige en reële rechtsbescherming afneemt. Tegelijk komen er ook milieuregels, bijvoorbeeld over geluid, terecht in gemeentelijke omgevingsplannen, waar weer wel beroep tegen openstaat. Zo wordt het nogal willekeurig waartegen wel en geen beroep openstaat.

Deze ontwikkeling verandert de relatie tussen bestuur en rechter binnen de trias. Naarmate de bestuurlijke normstelling verschuift van beschikkingen naar algemene regels, is de bestuursrechter minder goed toegerust om deze normstelling op rechtmatigheid te controleren. Hij heeft geen procesrecht dat hem competent maakt om over regels te oordelen, noch een doordacht instrumentarium om, exceptief toetsend, zijn controle vorm te geven. Bovendien is van belang dat

de wetgever aan bestuursorganen meer vrijheid biedt, onder de noemer van flexibiliteit, decentralisatie en maatwerk. Daardoor vergroot de macht van het bestuur. Deze ontwikkeling plaatst de keuze om in de Awb algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels van beroep uit te zonderen in een nieuw daglicht. In hoofdstuk 2 bevragen we of de competentie van de bestuursrechter naar regels zou moeten worden uitgebreid.

1.3 'Besluitloos' overheidsoptreden

Rechtsbescherming die is beperkt tot het besluitbegrip, maakt het voor bestuursorganen mogelijk om door strategisch handelen de toegankelijkheid van bestuursrechtelijke rechtsbescherming te beïnvloeden. Het kan aantrekkelijk zijn om vooral in te zetten op informeel contact en géén besluiten te nemen. Informaliteit in het contact tussen bestuursorgaan en belanghebbende kan enerzijds ervoor zorgen dat beide partijen snel krijgen waaraan zij behoefte hebben. In de toezichtspraktijk kunnen zo instellingen op een informele manier – en buiten de openbaarheid – instructies krijgen over de wijze waarop hun praktijk zou moeten worden aangepast om mogelijke overtredingen te voorkomen. Anderzijds kan die informaliteit tot oneigenlijke druk of sturing leiden, waarbij belanghebbenden de rechtmatigheid van de informele aanwijzingen niet aan de bestuursrechter kunnen voorleggen. Zo lijkt op verschillende terreinen het 'informeel toezicht' een vlucht te hebben genomen, waarbij de toezichthouder niet zozeer sanctiebesluiten neemt, maar met behulp van diverse interventies gedrag poogt bij te sturen.[1] Instellingen die onder doorlopend toezicht staan, kunnen zo in een machtsverhouding komen, die ze nauwelijks aan een rechter kunnen voorleggen.

Ook binnen het sociaal domein doet zich de ontwikkeling voor dat bestuursorganen minder besluiten nemen. Dit komt doordat de klassieke aanvraagprocedure (volgens het stramien aanvraag – onderzoek – besluit) in dit domein deels is vervangen door een meldingsprocedure (volgens het stramien melding – onderzoek – aanvraag – besluit). Burgers doen bijvoorbeeld onder de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo 2015) eerst een melding van een behoefte aan ondersteuning, waarna een keukentafelgesprek volgt. Daarin wordt onderzocht wat betrokkene nog zelf kan en wat zijn netwerk op zou kunnen vangen. Pas als het onderzoek is afgerond, wordt de belanghebbende in staat gesteld een aanvraag te doen.[2] Deze systematiek verankert de in gemeenten gegroeide uitvoeringspraktijk waarin het, aldus de Vereniging van Nederlandse Gemeenten, 'niet langer de burger [is] die een voorziening claimt en de gemeente die de aanvraag beoordeelt, maar de burger die samen met de gemeente in kaart brengt wat zijn mogelijkheden en belemmeringen zijn en met welke oplossingen hij zonodig kan worden ondersteund'.[3] De keerzijde

1 Zie o.a. Lachnit 2016 en Roth 2016.

2 Art. 2.3.2 lid 9 Wmo 2015.

3 Zie de VNG-brochure 'Kantelen in de Wmo', raadpleegbaar via: https://vng.nl/files/vng/publicaties/2012/20100928-kantelen_in_de_wmo.pdf. De hier beschreven werkwijze staat bekend als 'de Kanteling' en heeft model gestaan voor de in de Wmo 2015 geregelde meldingsprocedure voor het verkrijgen van maatschappelijke ondersteuning, zie de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel voor de Wmo 2015, *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3, p. 30-31.

van deze informele benadering is dat als geen voorziening nodig wordt geacht, burgers gemakkelijk blijven hangen in een informeel keukentafelgesprek, zonder dat zij worden doorgeleid naar een procedure waaruit een besluit kan volgen.[4] Het (verplichte) gespreksverslag van het keukentafelgesprek is immers nog geen besluit; binnen de systematiek van de Wmo 2015 is daarvan pas sprake als het college een op een aanvraag volgende beslissing heeft genomen.[5] Op het gebied van bijstand laat de rechtspraak ook zaken zien waarin het bestuursorgaan er veel aan lijkt te doen om het verzoek om bijstand niet als een aanvraag aan te merken dan wel de aanvraag buiten behandeling te plaatsen.[6] Ook vanuit het jeugddomein komen signalen.[7] In verschillende lokale verordeningen Jeugdhulp is de praktijk vastgelegd dat het college geen besluiten neemt. Betrokkenen moeten zélf vragen om een voor beroep vatbaar besluit; anders wordt geen jeugdhulpbesluit gegeven, maar zitten ouders vast aan een ondersteuningsplan.[8]

De ontwikkeling waarin bestuursorganen naar meer informeel contact zoeken en buiten de juridische kaders proberen problemen op te lossen, kan positieve kanten hebben. Maar, als die informaliteit tot een onduidelijke rechtspositie voor de belanghebbende leidt of hij zich onder druk gezet voelt, dan ontstaat er een gat in de rechtsbescherming. Juist waar mensen een beroep doen op voorzieningen in het sociaal domein en om hulp en ondersteuning vragen, lijkt het nogal hypothetisch dat zij de civiele rechter weten te benaderen om een vordering in te stellen. In hoofdstuk 3 stellen we de vraag of de competentie van de bestuursrechter naar feitelijk handelen (en dus ook nalaten) moet worden uitgebreid.

1.4 Privatisering en hybride uitvoering

Het sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw gevoerde beleid gericht op privatisering, verzelfstandiging en liberalisering heeft de organisatie van het openbaar bestuur ingrijpend veranderd. Onder het motto van 'scheiding van beleid en uitvoering' zijn op veel terreinen wettelijke (uitvoerings)taken overgedragen aan agentschappen, zelfstandige bestuursorganen of private partijen.[9] Een burger die in contact treedt met 'de overheid', heeft tegenwoordig al snel te maken met verschillende (semi)publieke uitvoeringsinstanties. Zo heeft een burger die een maatwerkvoorziening nodig heeft op basis van de Wmo 2015 te maken met het college van B&W (dat bepaalt of de burger aanspraak maakt op de voorziening), een private aanbieder (die in opdracht van het college de diensten levert die tot de voorziening

4 Zie bijv. de infographic over de Wmo-procedure van de gemeente Den Haag.
5 Zie CRvB 4 juli 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:2013, r.o. 4.3 en 4.4.
6 Zie o.a. Schuurmans 2023, met verwijzing naar CRvB 8 augustus 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:1821, *Gst.* 2022/97, m.nt. L. op den Camp; CRvB 11 oktober 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:2269, *USZ* 2023/7, m.nt. H.W.M. Nacinovic.
7 Zie bijv. Rb. Rotterdam 18 maart 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:2333, *RSV* 2020/100, m.nt. C.W.C.A. Bruggeman; *Gst.* 2020/103, m.nt. R.G. Becker; Vermaat 2018.
8 Zie bijv. art. 8 van de Verordening Jeugdhulp Maassluis 2023, de Verordening Jeugdhulp Vlaardingen 2023 en de Verordening Jeugdhulp 2023 Schiedam.
9 De Parlementaire Onderzoekscommissie Privatisering/Verzelfstandiging Overheidsdiensten heeft becijferd dat in de onderzoeksperiode (1989-2010) 271 besluiten tot privatisering en verzelfstandiging zijn genomen. Zie *Kamerstukken I* 2012/13, C, B, p. 21.

behoren) en het CAK[10] (die de eigen bijdrage voor de voorziening vaststelt en deze voor het college int). Heeft de burger gekozen voor een maatwerkvoorziening in de vorm van een persoonsgebonden budget (pgb), dan komt daar nog een vierde instantie bij: de Sociale Verzekeringsbank, belast met het doen van betalingen ten laste van het pgb aan de door de 'budgethouder' (de burger) gecontracteerde private aanbieders. Volgens de Parlementaire onderzoekscommissie privatisering/verzelfstandiging overheidsdiensten leveren de nieuwe verhoudingen tussen overheid, markt en samenleving een complex patroon op.[11] In geval van publiek-private samenwerking werken publieke, semipublieke en private partijen in uiteenlopende rollen en soms vanuit tegenovergestelde belangen met elkaar samen. Ook wijst de commissie erop dat de verhouding tussen burger en overheid verandert, waarbij de overheid op afstand is komen te staan. Het is niet altijd duidelijk wie kan worden aangesproken op de gevolgen van gemaakte keuzes.[12]

Deze veranderingen in de organisatie van het openbaar bestuur hebben hun weerslag op de rechtsbescherming tegen de overheid. Verzelfstandiging en privatisering leiden ertoe dat bij de uitvoering van een wet al snel meerdere instanties zijn betrokken. Zijn ook private partijen betrokken, dan is het de vraag of hun optreden onderworpen is aan publiekrechtelijke normering en rechtsbescherming. Deze vraag stond centraal in de bekende '17-september-uitspraken' van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling) uit 2014, waarin het b-bestuursorgaan-begrip van artikel 1:1 lid 1 Awb is aangescherpt.[13] Door deze jurisprudentie worden private partijen die publieke gelden verstrekken aan derden zonder wettelijke grondslag (bijvoorbeeld een gremium van buurtbewoners dat beslist over de verdeling van een door de gemeente beschikbaar gesteld 'wijkbudget') tegenwoordig minder snel als (b-)bestuursorgaan aangemerkt. Deze benadering doet weliswaar recht aan het legaliteitsbeginsel, maar maakt het tegelijkertijd eenvoudiger om een publiek-private samenwerking zo in te richten dat de (uitvoerende) private partijen binnen deze samenwerking niet aan publiekrechtelijke normering en rechtsbescherming onderworpen zijn.[14]

Wanneer de overheid de verantwoordelijkheid voor de toekenning van publieke middelen of voorzieningen in belangrijke mate overdraagt aan private partijen, is het niet mogelijk een geschil enkel en alleen als publiekrechtelijk of privaatrechtelijk aan te merken. Voor een burger kan het ook wat willekeurig voorkomen dat hij zijn geschil, afhankelijk van hoe de publiek-private samenwerking is vormgegeven, in een bestuurs- of civielrechtelijk traject moet zien op te lossen. En soms zal hij zich gewoon bij twee loketten van de rechtspraak moeten melden. Dat laatste probleem speelt niet alleen bij een voorbeeld als de Wmo 2015,[15] maar bijvoorbeeld ook in het omgevingsrecht, waarbij rechtzoekenden voor hun geschil rond

10 Oorspronkelijk het 'Centraal Administratie Kantoor' genoemd.
11 Parlementaire Onderzoekscommissie Privatisering/Verzelfstandiging Overheidsdiensten 2012.
12 Parlementaire Onderzoekscommissie Privatisering/Verzelfstandiging Overheidsdiensten 2012.
13 ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379 en ECLI:NL:RVS:2014:3394.
14 Vgl. Den Ouden 2016.
15 Zie ook Nationale ombudsman 2023.

schade soms een andere rechter moeten benaderen dan degene die het materiële probleem oplost. Ook wanneer een bevoegdhedenovereenkomst is gesloten, spelen ingewikkelde vragen rond nakoming en schadevergoeding, waarbij een deel van het geschil bij de bestuursrechter terechtkomt en een deel bij de civiele rechter. In hoofdstuk 4 en 5 zetten we die problematiek rond schadevergoeding respectievelijk bevoegdhedenovereenkomsten uiteen en stellen we de vraag of de competentie van de bestuursrechter ruimer zou moeten zijn.

Het probleem van de 'versnippering' van de rechtsbescherming speelt natuurlijk veel breder in het bestuursrecht, ook als van privatisering geen sprake is. Al in 2004 noemde de VAR-Commissie Rechtsbescherming versnippering als een van de grootste nadelen van het 'besluiten-procesrecht'.[16] In dit rapport onderschrijven wij dat de dwang om tegen vele opeenvolgende besluiten te moeten procederen, voor burgers een van de grootste belemmeringen kan zijn om effectief voor hun rechtspositie op te kunnen komen. Toch stellen wij die problematiek niet centraal. De reden is dat wij onderzoeken of de competentie van de bestuursrechter voldoende aansluit bij ontwikkelingen in de uitvoering. Op zich is de bestuursrechter competent om van die verschillende besluiten kennis te nemen. Zou de bestuursrechter mogen oordelen over de volledige rechtsbetrekking, dan lijkt met één pennenstreek het probleem van versnipperde besluitvorming opgelost. Tegelijk zal ook bij de beoordeling van de volledige rechtsbetrekking het beginsel van rechtszekerheid gewicht in de schaal leggen. De versnipperde rechtsbescherming is dus niet enkel een vraagstuk naar competentie, maar net zo goed een naar het leerstuk van de formele rechtskracht en het gewicht dat rechtszekerheid toekomt. Een meer relatieve toepassing van leerstuk en beginsel kan eveneens de rechtsbescherming van de burger aanzienlijk verbeteren. Overigens beogen we op de lange termijn wel door te groeien naar een competentie rond de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking, zodat versnippering door losse besluiten iets minder problematisch wordt.

1.5 Digitalisering en ketenbesluitvorming

De uitvoering door bestuursorganen is het afgelopen decennium sterk geautomatiseerd. Inmiddels zouden er meer besluiten door computers worden genomen, dan door handelingen van ambtenaren bij bestuursorganen.[17] Ook deze ontwikkeling brengt mee dat het 'nemen' van het besluit minder het normstellende moment is, waarop de rechten en plichten van de belanghebbende worden bepaald. Of een burger een uitkering krijgt (en welk bedrag), hangt af van de beslisregels die het geautomatiseerde systeem hanteert en de data die in dat systeem zijn ingevoerd. Die 'handelingen' zijn bepalend voor het recht van de burger. Het 'besluit' als zelfstandig concept speelt hier nagenoeg geen rol. Of, zoals Van Eck het treffend zegt: 'Dat het nemen van besluiten een kerntaak is van de overheid, wordt echter in de uitvoering niet altijd herkend. In de uitvoering van een bestuursorgaan staat niet zozeer het nemen van besluiten als juridische handeling centraal, als wel het proces en de uitkomst: zijn er verstoringen en wordt de uitkering of de teruggaaf op de

16 VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 75.
17 Van Eck 2018, p. 30.

goede bankrekening gestort of hoe int het bestuursorgaan het geld?'[18] Het 'besluit' is een momentopname van wat uit het geautomatiseerde systeem volgt – en vooral een juridisch construct dat nodig is om een moment van rechtsbescherming mogelijk te maken.

Een nauw verweven ontwikkeling vormt ketenbesluitvorming, die met name plaatsvindt in de sociale zekerheid en fiscaliteit. Het openbaar bestuur organiseert zich in toenemende mate in samenwerkingsketens, met 'ketenmanagement' en informatie-uitwisseling. De (bron)gegevens van het ene bestuursorgaan worden doorgegeven aan en gebruikt in de besluitvormingsprocedure van een ander bestuursorgaan. Die organisatieverandering heeft tot gevolg dat besluiten niet als losstaande, zelfstandige handelingen kunnen worden gezien, waarbij de feiten- en rechtsvaststelling in het besluit in al haar facetten kan worden bestreden.

Ketenbesluitvorming vormt een hindernis bij het finaal en integraal beslechten van geschillen door bestuur of rechter. Zij kunnen onderkennen dat een bepaald genomen besluit onrechtmatig is, maar regelmatig is de uitkomst van dat besluit een zelfstandig leven gaan leiden in de keten, waarop reeds vervolgbesluitvorming heeft plaatsgevonden. Ook komt het voor dat de nadelige gevolgen van een besluit pas verderop in de keten duidelijk worden, terwijl dat eerste, nadeel veroorzakende, besluit inmiddels formele rechtskracht heeft gekregen.[19] Dat roept de vraag op of ook in deze context het 'besluitbegrip' te beperkend werkt bij het bieden van effectieve rechtsbescherming. Is het niet veeleer van belang dat er rechtsbescherming is tegen de doorgifte van gegevens en dus tegen feitelijk handelen door bestuursorganen? Of moeten belanghebbenden de rechtmatigheid van een beslisregel uit het digitale systeem in een procedure aan de bestuursrechter kunnen voorleggen? De problematiek van gedigitaliseerde uitvoering vormt het onderwerp van hoofdstuk 6. Zoals zal blijken, houdt de problematiek sterk verband met de vraag of rechtsbescherming tegen regels (hoofdstuk 2) en tegen feitelijk handelen (hoofdstuk 3) bij de bestuursrechter aangewezen is.

1.6 Mensgericht bestuursrecht

Bovenstaande ontwikkelingen als deregulering, informalisering, privatisering en digitalisering maken dat de bestuursrechter met vraagstukken wordt opgezocht die niet naadloos passen in zijn taak om de rechtmatigheid van een beschikking te beoordelen. Dat leidt dan tot de vraag of zijn competentie moet worden verruimd. Een vervolgvraag is al snel of dat dan ten koste gaat van de rechtsmacht van de burgerlijke rechter. Aanvankelijk probeerden we als commissie de competentie zo duidelijk mogelijk tussen beide rechters te verdelen. Al snel bleek dat bij elke wijziging er ook nadelen kunnen zijn voor een partij, omdat zij mogelijk ook een aspect van het geschil aan de burgerlijke rechter wil voorleggen. Bij een bevoegdhedenovereenkomst, bijvoorbeeld, bleek het lastig om vanuit het perspectief van de rechtzoekende een keuze te maken of een schadevergoedingsverzoek bij de bestuursrechter of de burgerlijke rechter behoort te komen. Het hangt er maar vanaf of deze rechtzoekende primair het (geweigerde) besluit bij de bestuursrechter aan de kaak

18 Van Eck 2018, p. 20.
19 Van Eck 2018, p. 429.

wil stellen, of ontbinding van de overeenkomst bij de burgerlijke rechter wil vorderen. Uiteindelijk menen we dat in een responsief bestuursrecht, waarin de mens centraal staat, minder waarde toekomt aan een strak systeem van competentieverdeling. Op onderdelen bepleiten wij een overlappende competentie, afhankelijk van het probleem dat de rechtzoekende centraal stelt. De rechterlijke macht is voldoende toegerust om via diverse rechtseenheidsinstrumenten zorg te dragen voor een coherente uitleg van het recht.

1.7 Insteek rapport

Ons rapport vertrekt vanuit de constatering dat de overheid in de loop van de tijd anders is gaan besturen. De competentie van de bestuursrechter zou moeten aansluiten bij de wijze waarop de overheid macht uitoefent. Het besluitenprocesrecht is dan inherent te beperkend. In dit rapport maken we de fundamentele keuze om niet elke rechtsbeschermingsbehoefte in het besluitmodel te persen, maar om ook een verzoekschriftprocedure bij de bestuursrechter mogelijk te maken om andere handelingen dan besluiten aan de bestuursrechter voor te leggen.

In de volgende hoofdstukken zetten wij steeds de voor- en nadelen van de huidige competentieverdeling en mogelijke verruimingen op een rij. Dan zal blijken dat wij een toekomstvisie hebben die richting een competentie van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking gaat, maar dat wij die groei als een geleidelijke zien, om nadelen en risico's behapbaar te maken. Sommigen zullen teleurgesteld reageren omdat dit in lijn is met het advies dat al in 2004 door de VAR-Commissie Rechtsbescherming werd gegeven: 'Bij dit alles bepleit de Commissie wel hervormingen, maar geen radicale breuk met het bestaande stelsel. Het verdient de voorkeur om de weg van de geleidelijkheid te bewandelen en zoveel mogelijk aan te sluiten bij ontwikkelingen die zich reeds in het huidige stelsel aftekenen.'[20] Als breed samengestelde commissie hebben we de realiteit van politieke besluitvorming rond het competentievraagstuk onder ogen gezien en getracht met voorstellen te komen, waarvan wij verwachten dat die in het huidige tijdsgewricht haalbaar kunnen zijn. We nemen stelling in en maken daarbij steeds expliciet wat voor- en tegenargumenten zijn, zodat latere (politieke) discussie hopelijk zo geïnformeerd mogelijk geschiedt. We trachten in de volgende hoofdstukken ook zoveel mogelijk te concretiseren hoe een procesgang tegen een bepaalde bestuurlijke handeling er dan uit zou kunnen zien. Velen lijken zich te kunnen vinden in een abstracte toekomstvisie waarin de bestuursrechter competent is de volledige bestuursrechtelijke rechtsbetrekking te beoordelen. De mitsen en maren en hun (on)overkomelijkheid worden pas scherp wanneer de vormgeving van de rechtsweg meer concreet wordt. We sluiten af met de kanttekening dat *niets* wijzigen in de bestuursrechtelijke competentie óók een rechtspolitieke keuze is. Is de bestuursrechter onbevoegd, dan kunnen rechtzoekenden enkel naar de burgerlijke rechter gaan. Voor veel burgers is die stap te groot, zeker voor de meest kwetsbaren.[21] Er is dan geen reële rechtsbescherming.

---

20 VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 77.

21 Ter Voert & Hoekstra 2020, p. 49-51, fig. 3.6. Tussen 2009 en 2019 halveerde het aantal civiele (handels)zaken. Zie voor een studie naar de achtergronden Mein & De Meere 2018. Vgl. De Bock 2019.

2 Beroep tegen algemene regels

2.1 Inleiding

Een belangrijke ontwikkeling in besturen is dat een aanzienlijk deel van de rechtsbedeling zijn beslag krijgt in algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels. Waar voorheen die algemene regels vrijwel steeds hun concrete uitwerking kregen in daarop gebaseerde beschikkingen, zien we dat in toenemende mate vergunningstelsels worden vervangen door algemene normstelling. Zoals in hoofdstuk 1 is beschreven, speelt de beschikking in het scala aan bestuurshandelen een minder centrale rol dan in het begin van de jaren negentig.[1]

Daarnaast heeft het procesrecht een individualiseringsslag ondergaan. Eiser bakent met zijn beroepsgronden het geschil af; de rechter beziet of eiser daadwerkelijk een beroep op toepassing van deze rechtsregels kan doen, of hij door een mogelijke rechtsschending in zijn positie is benadeeld en zo ja, hoe het geschil definitief kan worden beslecht. Dit steeds meer op subjectieve leest geschoeide procesmodel maakt het lastig om van de bestuursrechter generieke oordelen over de rechtmatigheid van regels te krijgen.[2]

Deze twee ontwikkelingen tezamen plaatsen de vraag of een beroepsgang tegen regels moet worden opengesteld meer pregnant op de voorgrond. De vraag is evenwel niet nieuw. Al vanaf het ontwerp van de Awb heeft de vraag gespeeld of tegen álle besluiten beroep moet kunnen worden ingesteld, of dat besluiten van algemene strekking daarvan uitgezonderd zouden moeten worden. Het daarover gevoerde debat wordt hier niet herhaald. In paragraaf 2.2 zetten we kort op een rij aan de hand van welke argumenten het debat is gevoerd. Vervolgens beschrijven we in paragraaf 2.3 hoe de exceptieve toets van regels waarop het bestreden besluit is gebaseerd, in de rechtspraak plaatsvindt en de laatste jaren een ontwikkeling doormaakt. In paragraaf 2.4 schetsen we een mogelijk ontwerp van een beroepsgang waarin een zelfstandig beroep tegen regels mogelijk is. Hoe zou zo'n beroepsgang eruit kunnen zien en welke keuzes moeten daarbij worden gemaakt? Daarna richten we de blik op het belastingrecht, waarin discussie plaatsvindt over de wenselijkheid van een gesloten versus een open stelsel van rechtsbescherming en over de voor cassatie vatbare beschikking. In deze paragraaf 2.5 wordt ook aandacht besteed aan de in het belastingrecht bestaande prejudiciële procedure. Naar aanleiding van deze bespreking wordt bezien in hoeverre deze instrumenten ook in de rest van het bestuursrecht zouden kunnen worden geïntroduceerd en of dit

1 Zie ook Voermans 2017.
2 Schuurmans 2015.

wenselijk is in het kader van een beroep tegen regels. Paragraaf 2.6 geeft onze conclusies van de voorgaande paragrafen weer.

2.2 Het debat rond de afschaffing van artikel 8:2/8:3 Awb

Het huidige artikel 8:3 Awb sluit algemeen verbindende voorschriften (hierna: avv's) en beleidsregels (tezamen: regels) uit van beroep bij de bestuursrechter. Wel kan de bestuursrechter in een beroep tegen een uitvoeringsbesluit de achterliggende regels 'exceptief' toetsen. Als restrechter is bovendien de burgerlijke rechter bevoegd om te oordelen over de rechtmatigheid van regels, naar aanleiding van een vordering uit onrechtmatige daad. Een dergelijke vordering wordt echter niet-ontvankelijk verklaard indien een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang heeft opengestaan, waarin de rechtmatigheid van de regels aan de orde kon worden gesteld. In recente jaren heeft de Hoge Raad daarbij een lijn ontwikkeld waarin ook belangenorganisaties niet-ontvankelijk worden verklaard, omdat het belang waarvoor zij opkomen vrijwel steeds in een exceptieve toets door hun leden aan een bestuursrechter voorgelegd zou kunnen worden. Alleen wanneer de bestuursrechtelijke rechtsgang als onevenredig belastend moet worden aangemerkt, verleent de civiele rechter aanvullende rechtsbescherming.[3] Dit is bijvoorbeeld het geval bij direct werkende verbodsbepalingen.

Bij de invoering van de Awb is veel gesproken over rechtsbescherming tegen algemene regels.[4] Het openstellen van direct beroep bij de bestuursrechter zou goed aansluiten bij het streven naar een heldere en geüniformeerde taakverdeling tussen de civiele rechter en de bestuursrechter, door de bestuursrechter in de regel bevoegd te maken over álle besluiten te oordelen.[5] Toch koos de wetgever ervoor beroep tegen regels in (toen nog) artikel 8:2 Awb uit te zonderen, eerst voorlopig,[6] en later definitief.[7] De redenen daartoe waren zowel inhoudelijk als praktisch van aard. Men was bang dat de rechterlijke macht, na de grote reorganisatie begin jaren negentig, nog niet klaar was voor een uitbreiding van de rechtsmacht van de bestuursrechter. Daarbij vreesde men een aanzuigende werking van een beroep tegen regels bij de meer laagdrempelige bestuursrechter.[8] Ook was over de werking van de Awb nog niet genoeg bekend om het beroep praktisch in te kunnen richten. Meer fundamenteel van aard was de vrees voor een rechter die te veel op de 'stoel van het bestuur' gaat zitten. Traditioneel is de Nederlandse rechtscultuur zeer terughoudend om de rechter beslissingen van organen met democratische

3 HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1296, *AB* 2016/267, m.nt. C.N.J. Kortmann & G.A. van der Veen; *JB* 2015/125, m.nt. J.J.J. Sillen (*Privacy First*) en HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1049, *AB* 2016/268 , m.nt. C.N.J. Kortmann & F.J. van Ommeren; *NJ* 2017/46 , m.nt. T. Barkhuysen & M. Claessens (*Universiteiten/SCAU*).

4 Zie over deze geschiedenis uitgebreid Schuurmans & Voermans 2010, p. 811-815.

5 PG Awb II, p. 377.

6 *Kamerstukken II* 1992/93, 22690, nr. 19.

7 *Kamerstukken II* 1996/97, 25383, nr. 1.

8 *Kamerstukken II* 1996/97, 25383, nr. 1.

legitimatie te laten controleren.[9] Een rechtstreeks beroep zou de regelgevende taak van het bestuur te veel juridiseren en diens bestuurlijke slagkracht belemmeren. 'Gevreesd wordt dat hiermee [de openstelling van direct beroep tegen regels] de juridisering juist zou worden versterkt, omdat het risico van uitholling van de politieke democratie groter zou worden waar avv's bij uitstek de weerslag vormen van politieke afwegingen.'[10]

Na de tweede evaluatie van de Awb breekt nog eenmaal een parlementair debat aan over de wenselijkheid van het doen vervallen van artikel 8:2 Awb. Wederom zien we argumenten ontleend aan de trias politica en de angst voor een *floodgate* aan procedures de boventoon voeren.

> 'Het kabinet verwachtte allereerst, in lijn met de opstelling in de notitie van 1997, een doorbreking van het evenwicht tussen bestuur en rechter als de mogelijkheden voor de rechter om regelgeving te toetsen worden verruimd. De controle op deze regelgeving dient in de eerste plaats toe te komen aan vertegenwoordigende lichamen als de Staten-Generaal, provinciale staten of de gemeenteraad. Ten tweede verwachtte het kabinet dat de voortgang van het bestuurshandelen wordt belemmerd door onzekerheid over de daadwerkelijke inwerkingtreding van de algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels. Ten derde wijst het kabinet – wederom – op de te verwachten toename van het aantal beroepen bij de rechter, in een tijd waarin de bestuursrechter toch al overbelast is.'[11]

Sinds de invoering van de Awb is het bestuurlijke landschap echter flink veranderd. Er komt steeds meer aandacht voor de wijze waarop het bestuur in de huidige samenleving meer zelfstandig diep kan ingrijpen op het leven van burgers.[12] De wetgever delegeert steeds meer regelgevende bevoegdheid naar de uitvoeringspraktijk, waarbij de democratische controle op dergelijke gespecialiseerde regelgeving vaak gering is.[13] Regelgeving krijgt daarmee een steeds beleidsmatiger karakter,[14] waardoor aan de trias politica ontleende argumenten minder overtuigen.

Het openstellen van een rechtstreeks beroep tegen algemene regels kent inmiddels onder bestuursrechtjuristen vrijwel enkel voorstanders.[15] Een dergelijk beroep zou immers goed aansluiten bij de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter

---

9 Zie ook de rechtsvergelijkende notitie uit 1997, waaruit blijkt dat Nederland een van de weinige Europese landen is waarin geen bestuursrechtelijke rechtsgang tegen regels openstaat. *Kamerstukken II* 1996/97, 25383, nr. 1, par. 2.2 en de bijlage.

10 *Kamerstukken II* 1996/97, 25383, nr. 1, p. 31.

11 Schuurmans & Voermans 2010, p. 815.

12 Hirsch Ballin 2015.

13 Van Male 2015, p. 171; Van Gestel 2022.

14 Van Buuren 1987, p. 12-13; Eijlander 1999, p. 147; Esser & Schuurmans 2022.

15 Zie uitgebreid Schutgens 2017. Op de jaarvergadering van de VAR in 2017 moesten de leden hun voorkeur voor drie stellingen uitten. Dat leverde het volgende resultaat op: art. 8:3 Awb moet gehandhaafd blijven (18%); er moet op meer terreinen worden geëxperimenteerd met een direct beroep tegen regels (50%); het rechtstreeks beroep tegen regels moet nu al worden opengesteld (32%).

en civiele rechter en versterkt de rechtsbescherming voor belanghebbenden.[16] Het bewandelen van de weg van exceptieve toetsing kan voor burgers belastend zijn, omdat zij het uitvoeringsbesluit eerst moeten afwachten en zij de bestuursrechter niet steeds tot het uitvoeren van die exceptieve toetsing kunnen verleiden. De aanvullende rechtsbescherming door de civiele rechter is beperkt en biedt een procedure die als ingewikkeld en duur wordt ervaren. Het onderscheid tussen deze routes kan bovendien afhangen van de, soms vrij willekeurige, keuze van het bestuur tussen een systeem van vergunningen of van algemene regels.

Als voordeel van een direct beroep bij de bestuursrechter wordt gezien dat de bestuursrechter met zijn uitspraakbevoegdheden de onrechtmatige regeling daadwerkelijk uit de rechtsorde kan doen verdwijnen. Bovendien krijgt de kwaliteit van rechtsbescherming een impuls als, anders dan nu, belangenorganisaties van het direct beroep gebruik kunnen maken. Bij civiele wetgevingsgedingen zijn vrijwel steeds belangenorganisaties betrokken, mede vanwege hun expertise en (financiële) uithoudingsvermogen. Zij kunnen individuele bezwaren tegen de regeling bundelen, opkomen voor 'onmachtige' belangen en zo zorgen voor een meer efficiënte en effectieve rechtsbescherming.[17]

In welke mate ook een direct beroep tegen beleidsregels moet worden opengesteld, is veel minder voorwerp van debat geweest. Daar ligt waarschijnlijk aan ten grondslag dat in een beleidsregel geen zelfstandige normstelling zou moeten plaatsvinden, zodat er minder noodzaak is om juist daartegen te procederen. Bovendien brengt de inherente afwijkingsbevoegdheid (art. 4:84 Awb) mee dat in individuele gevallen van het beleid kan worden afgeweken, wat voor rechtzoekenden een zelfstandige oplossing kan vormen om onder knellende regels uit te komen. Op basis van deze factoren verwachten wij dat in de praktijk vooral een direct beroep tegen avv's van de grond zal komen. Dat neemt niet weg dat ook een beroep tegen beleidsregels nuttig kan zijn, waarbij wij vooral denken aan repressief beleid dat sterk nadelig voor bepaalde burgers uitpakt.[18] Waar wij in dit hoofdstuk spreken van een 'beroep tegen regels', impliceert dat zowel een beroep tegen een avv als tegen een beleidsregel.

Evenmin is de vraag of een direct beroep tegen wetten in formele zin moet worden opengesteld breed bediscussieerd binnen de bestuursrechtelijke wetenschap. Lang leek dat een stap te ver, mede tegen de achtergrond van artikel 120 Grondwet (Gw) (en diens voorloper art. 131 Gw, dat bepaalde dat 'de wetten onschendbaar zijn'). In de opzet van de Awb zou zo'n direct beroep een vreemde eend in de bijt zijn, nu de formele wetgever uitgezonderd is van het bestuursorgaanbegrip in artikel 1:1 Awb. Maar, tijden veranderen en wie minder vanuit het systeem en meer vanuit het belang van materiële rechtsbescherming denkt, overweegt een direct beroep óók tegen formele wetten. Na de Toeslagenaffaire lijkt steeds breder te worden gedeeld dat de Nederlandse rechter, waaronder de bestuursrechter, met de

16 Schutgens 2017, p. 113; Schuurmans 2015, p. 8; Schuurmans & Voermans 2010, p. 810.

17 Zie Schutgens 2017, p. 114; Schuurmans 2017; Stolk 2020.

18 Denk bijvoorbeeld aan boetebeleid of aan de Afsluitingsregeling langdurig verblijvende kinderen, waar bij bepaalde contra-indicaties kinderen niet voor een vergunning in aanmerking komen (Concl. Staatsraad A-G R.J.G.M. Widdershoven 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1440).

taak van constitutionele toetsing zou moeten worden belast. De Venetië Commissie raadde dat aan en maakte nog eens duidelijk dat Nederland met het verbod op constitutionele toetsing de grote uitzondering is in Europa.[19] De onaantastbaarheid van de wet als uitgangspunt vergroot het gevaar van een (te) formeel rechtmatigheidsbegrip, ten koste van de bescherming van fundamentele rechten. Het coalitieakkoord van het kabinet-Rutte IV uit 2021 beloofde de constitutionele toetsing uit te werken en een herziening van artikel 120 Gw voor te bereiden.[20] De minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en de minister voor Rechtsbescherming hebben vervolgens, namens het kabinet, een voorkeur uitgesproken voor een model van constitutionele toetsing waarin gespreide toetsing mogelijk is – dat wil zeggen: door alle rechters – van wetten die in werking zijn getreden (rechterlijke toetsing ex post) aan een aantal met name genoemde bepalingen van de Grondwet (klassieke grondrechten), waarbij de rechter in een bindend rechterlijk oordeel de wet of wetsbepaling buiten toepassing kan laten wegens strijd met de Grondwet.[21] Gezien de breed gedeelde richting waarin het rechtssysteem zich zou moeten ontwikkelen, kunnen wij ons voorstellen dat – zodra constitutionele toetsing een feit is – ervoor wordt gekozen om bij het openstellen van een direct beroep tegen regels ook formele wetten onder die beroepsgang te laten vallen. Systematisch lijkt dat wellicht een aardverschuiving, op materieel vlak valt dat reuze mee. Ook nu al kunnen formele wetten aan internationaal en Europees recht worden getoetst, via de exceptieve toets en een onrechtmatige-daadsactie bij de civiele rechter. De grootste materiële wijziging zou gelegen zijn in de grondwetsherziening die nodig is om constitutionele toetsing mogelijk te maken, waarbij de rechter ook de bevoegdheid krijgt wetten aan de Grondwet en aan rechtsbeginselen te toetsen.

Samenvattend zien we dat de Awb-wetgever vasthoudt aan de uitsluiting van het beroep tegen regels en zich daarbij beroept op argumenten ontleend aan de trias politica en de angst voor de aanzuigende werking van een laagdrempelig bestuursrechtelijk beroep. De bestuursrechtelijke wetenschappelijke gemeenschap kan zich slecht in die argumenten vinden, vooral omdat regelgeving steeds meer een bestuurlijke taak is geworden en de procedure waarin de rechtmatigheid van regels ter discussie kan worden gesteld, daar niet goed voor is toegerust. Deze 'patstelling' willen en kunnen we niet met een uitvoerig wetenschappelijk betoog doorbreken. Wij doen voorstellen om (a) de door wetenschappers geconstateerde belemmeringen bij de exceptieve toets zo veel als mogelijk weg te nemen, én (b) om de door de wetgever gevoelde angst voor een laagdrempelig, aanzuigend direct beroep te beperken door middel van een beperkte beroepsgang. We bespreken nu eerst de ontwikkelingen rond de exceptieve toets.

19 Venice Commission 2021.

20 Dat voornemen wordt door de rechtspraak ondersteund, zie brief van de President en de Procureur-Generaal van de Hoge Raad van 14 april 2022 en brief van de Voorzitter van de ABRvS van 22 april 2022 aan de Minister van Rechtsbescherming en de zienswijze van de Rechtspraak van 27 mei 2022 op rechterlijke constitutionele toetsing, te vinden op rechtspraak.nl.

21 Brief van 1 juli 2022 van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en de Minister voor Rechtsbescherming aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal (Hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing).

2.3 Exceptieve toetsing van regels

Hoewel een beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels niet openstaat, kan de bestuursrechter door middel van exceptieve toetsing zich een oordeel vormen over de rechtmatigheid van deze regels. In deze exceptieve toets beziet de bestuursrechter of de achterliggende regel, waarop het wél bestreden besluit berust, in strijd komt met hoger recht of met een algemeen rechtsbeginsel. Lang stond deze exceptieve toetsing in de schaduw van de bestuursrechtelijke aandacht. Zij bestond wel als theoretisch concept, maar kwam in de praktijk van de rechtspraak beperkt van de grond.[22] In de volgende paragraaf schetsen wij hoe de exceptieve toets een steeds belangrijker rol is gaan spelen bij het beoordelen van de rechtmatigheid van regels.

2.3.1 *De ontwikkeling van de exceptieve toets*

Startpunt voor de bespreking van de ontwikkelingen rond de exceptieve toetsing is het bekende Landbouwvliegersarrest. In dat arrest van de civiele kamer van de Hoge Raad beoordeelde de Hoge Raad over de band van de willekeurtoets of de regelgever in redelijkheid tot de omstreden regel had kunnen komen. In navolging daarvan benadrukten de bestuursrechtelijke rechtscolleges de grote terughoudendheid waarmee de toetsing aan rechtsbeginselen dient plaats te vinden, omdat de bestuursrechter niet de waarde of het maatschappelijk gewicht van belangen naar eigen inzicht kan vaststellen. De facto leidde de exceptieve toets vooral bij strijd met hoger recht tot een onrechtmatigheidsoordeel, nu dat aspect vol wordt getoetst. De mogelijke strijd met algemene beginselen bleef goeddeels een lege huls, met uitzondering van toetsing aan het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel (verbod van terugwerkende kracht).[23] Vanuit de wetenschap kwam steeds sterker het geluid naar voren dat deze minimale rechtmatigheidstoets de bestuursrechtelijke rechtsbescherming in de *administrative state* uitholt en zich slecht verhoudt tot de rechtsbeschermingsstelsels van westerse liberale democratieën.[24]

In 2017 vroeg de voorzitter van de Afdeling een conclusie aan A-G Widdershoven over de wijze waarop de exceptieve toetsing vorm zou moeten krijgen. In het bijzonder speelde de vraag met welke indringendheid de bestuursrechter de rechtmatigheid van regels zou moeten beoordelen, welke factoren daarbij een rol zouden moeten spelen, waaronder de aard van de in geding zijnde beginselen. In de kern komt de gegeven conclusie op het volgende neer. Er zou geen principieel onderscheid in toetsingskader en intensiteit moeten zijn bij algemeen verbindende voorschriften en andere besluiten. Politiek democratische controle bij de totstandkoming van een

22 Zie ook Concl. Staatsraad A-G R.J.G.M. Widdershoven 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 6; Marseille 2014.

23 Zie Concl. Staatsraad A-G R.J.G.M. Widdershoven 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 6.

24 Zie o.a. Hirsch Ballin 2015; De Poorter & Çapkurt 2017; Schuurmans 2015. Zie ook Concl. Staatsraad A-G R.J.G.M. Widdershoven 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 7.

regel is van fundamenteel andere aard dan rechterlijke controle achteraf op enkel rechtmatigheid naar aanleiding van een concreet geval. Beide controle-instrumenten moeten naast elkaar bestaan. Nu er geen principieel onderscheid tussen regels en andere besluiten geldt, dient een volwaardige toetsing aan zowel materiële als formele beginselen plaats te vinden, waarbij de willekeursluis geen extra horde zou moeten zijn.

> 'Leidt die toetsing tot het oordeel dat het voorschrift in strijd is met een rechtsbeginsel dan is dat wat mij betreft op zich al voldoende reden om het voorschrift onverbindend te achten of buiten toepassing te laten. Dat betekent dat de willekeursluis als extra horde voor die consequentie niet meer zou moeten gelden, aangezien zij ook niet geldt bij andere besluiten. Het schrappen van die sluis betekent niet dat de rechters de politieke keuzes in een algemeen verbindend voorschrift en de daaraan ten grondslag liggende belangenafweging niet meer zouden hoeven te respecteren. Dat moeten ze uiteraard wel, maar dat geldt bij alle besluiten.'[25]

Deze benadering roept de bestuursrechter op meer inhoud te geven aan de exceptieve toets, die afhankelijk is van de beslissingsruimte die het orgaan heeft naar gelang de aard en inhoud van de bevoegdheid tot regelstelling. Bij die aard van de bevoegdheid spelen verschillende factoren mee, zoals de ingrijpendheid van het besluit, de mate waarin een inmenging in fundamentele rechten plaatsvindt, de feitelijke complexiteit en noodzakelijke deskundigheid en de mate waarin politieke keuzes (geïnformeerd) zijn gemaakt. De conclusie zoekt aansluiting bij Europese rechtspraak, waarin de evenredigheidstoetsing meer is uitgewerkt en waarbij bij uitstek formele rechtsbeginselen compenseren voor een terughoudende toetsing op meer politiek gevoelige terreinen. De enkele schending van formele beginselen als het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel zou tot onverbindendheid van de regel kunnen leiden.

De eerste zaak waarin door een hoogste bestuursrechter expliciet op de conclusie is gereageerd, wees de Centrale Raad van Beroep (hierna: CRvB) in de zomer van 2019.[26] Hij neemt de essentie van de conclusie over, met uitzondering van de formele beginselen als zelfstandige vernietigingsgrond.

> 'Algemeen verbindende voorschriften, die geen wet in formele zin zijn, kunnen worden getoetst op rechtmatigheid, in het bijzonder op verenigbaarheid met hogere regelgeving. Daarnaast komt in de rechtspraak van de Raad, bijvoorbeeld in de uitspraak van 19 mei 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BD2441, tot uitdrukking dat aan de inhoud of de wijze van totstandkoming van een algemeen verbindend voorschrift zodanig ernstige gebreken kunnen kleven dat dit voorschrift om die reden niet als grondslag kan dienen voor daarop in concrete gevallen te baseren beslissingen. Dit betekent dat aan

25 Punt. 8.3 uit de conclusie.

26 In de zaak waarin de conclusie is genomen (*LPG-tankstation Purmerend*) zijn prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ EU en ook door dat Hof beantwoord (HvJ EU 20 mei 2021, ECLI:EU:C:2021:398) en heeft de Afdeling inmiddels ook einduitspraak gedaan (ABRvS 12 januari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:11 en ECLI:NL:RVS:2022:72).

de rechter de bevoegdheid toekomt te bezien of het betreffende algemeen verbindend voorschrift een voldoende deugdelijke grondslag biedt voor het in geding betrokken besluit. Bij die, niet rechtstreekse, toetsing van het algemeen verbindende voorschrift vormen de algemene rechtsbeginselen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een belangrijk richtsnoer. De intensiteit van die beoordeling is afhankelijk van onder meer de beslissingsruimte die het vaststellend orgaan heeft, gelet op de aard en inhoud van de vaststellingsbevoegdheid en de daarbij te betrekken belangen. Die beoordeling kan materieel terughoudend zijn als de beslissingsruimte voortvloeit uit de feitelijke of technische complexiteit van de materie, dan wel als bij het nemen van de beslissing politiek-bestuurlijke afwegingen kunnen worden of zijn gemaakt. In dat laatste geval heeft de rechter niet de taak om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen wordt toegekend naar eigen inzicht vast te stellen. Wat betreft de in acht te nemen belangen en de weging van die belangen geldt dat de beoordeling daarvan intensiever kan zijn naarmate het algemeen verbindend voorschrift meer ingrijpt in het leven van de belanghebbende(n) en daarbij fundamentele rechten aan de orde zijn.

Bij de toetsing van de wijze waarop aan de beslissingsruimte inhoud is gegeven kunnen het beginsel van zorgvuldige besluitvorming (artikel 3:2 van de Awb) en het ongeschreven beginsel van een deugdelijke motivering een rol spelen. Anders dan de conclusie (zie 8.5 van de conclusie) is de Raad van oordeel, dat enkele strijd met de hiervoor genoemde formele beginselen niet kan leiden tot het onverbindend verklaren van een algemeen verbindend voorschrift. Dat laat onverlet dat, indien als gevolg van een gebrekkige motivering of onzorgvuldige voorbereiding door de rechter niet kan worden beoordeeld of er strijd is met hogere regelgeving, de algemene rechtsbeginselen of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, dit ertoe kan leiden dat de bestuursrechter een algemeen verbindend voorschrift buiten toepassing laat en een daarop berustend uitvoeringsbesluit om die reden vernietigt. Als het vaststellende orgaan bij het voorbereiden en nemen van een algemeen verbindend voorschrift de negatieve gevolgen daarvan voor een bepaalde groep uitdrukkelijk heeft betrokken en de afweging deugdelijk heeft gemotiveerd, voldoet deze keuze aan het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel en beperkt de toetsing door de bestuursrechter zich tot de vraag of de regeling in strijd is met het beginsel van een niet-onevenredige belangenafweging. (...)'[27]

Opvallend aan de uitspraak is dat de bestuursrechter, meer dan voorheen, stilstaat bij de al dan niet uitdrukkelijke keuze die de regelgever heeft gemaakt, blijkend uit de totstandkomingswijze van het algemeen verbindend voorschrift. Zo maakt de uitspraak duidelijk dat in deze zaak de staatssecretaris advies van deskundigen heeft ingewonnen, dat hij steeds de Tweede Kamer heeft geïnformeerd over de ontwikkelingen en dat de regel (het verdeelmodel) onderwerp van discussie is geweest. Met verwijzingen naar verschillende Kamerbrieven en moties maakt de rechter duidelijk dat de regelgever bewust en onder parlementaire controle het verdeelmodel

27 CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016. Zie ook ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452 en Concl. Staatsraad A-G P.J. Wattel 16 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:516.

heeft vormgegeven. Hoewel het algemeen verbindend voorschrift in abstracto de rechterlijke toets doorstaat – en niet onverbindend wordt verklaard – moet het voor eiser buiten toepassing worden gelaten. De staatssecretaris heeft namelijk onvoldoende onderzoek gedaan naar de gevolgen van toepassing voor eiser (het college van B&W van de gemeente Den Haag), waardoor het besluit onevenredig nadelige gevolgen heeft.

Deze uitspraak vormde het startpunt voor een verdere operationalisering van de exceptieve toets met een hoofdrol voor de toets aan rechtsbeginselen. In 2021 en 2022 verschenen verschillende conclusies en uitspraken die de (exceptieve) toets aan het evenredigheidsbeginsel verder uitwerken. Zo expliciteerde de Afdeling bestuursrechtspraak dat zij het bestreden besluit voortaan direct zal toetsen aan artikel 3:4 lid 2 Awb en niet langer over de band van het verbod van willekeur.[28] Exceptief toetsend kan het algemeen verbindend voorschrift, dan wel de beleidsregel, ook zelf op evenredigheid worden beoordeeld.[29] Is het uitvoeringsbesluit echter de uitkomst van een gebonden bevoegdheid in een formele wet, dan is die mogelijkheid beperkt. Weliswaar kan de formele wet aan internationaal en Europees recht worden getoetst, maar het toetsingsverbod van artikel 120 Gw verzet zich tegen een exceptieve toets aan rechtsbeginselen.[30] Deze doorontwikkeling van de evenredigheidstoets laat zien dat de exceptieve toets nog een behoorlijke ontwikkeling kan doormaken, zeker wanneer de rechter de kern van de conclusie van Widdershoven onderschrijft dat er geen principieel onderscheid in toetsingskader en -intensiteit is bij algemeen verbindende voorschriften en andere besluiten. Toch zijn een beroep tegen regels en een exceptieve toetsing van regels niet volledig inwisselbare rechtsgangen. Hieronder sommen wij kort de diverse voor- en nadelen van rechtsbescherming door middel van exceptieve toetsing op, afgezet tegen een zelfstandige rechtsgang tegen regels.

2.3.2 *Evaluatie*

Gegeven de hierboven besproken ontwikkelingen rond de exceptieve toets bespreken we de voor- en nadelen van deze toets in het licht van de – in ieder geval bij bestuursrechtjuristen levende – wens om op een adequate manier de rechtmatigheid van regels ter discussie te stellen.

Voordelen

1. De exceptieve toets past goed in het Nederlandse bestuursrechtelijke stelsel van rechtsbescherming. De bestuursrechter is daarmee vertrouwd; er is geen ingrijpen van de wetgever nodig om de exceptieve toets nader vorm te geven (al verdienen enkele processuele aanpassingen aanbeveling en is wijziging van

28 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285.

29 Concl. Staatsraad A-G P.J. Wattel 16 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:516 en Concl. Staatsraad A-G R.J.G.M. Widdershoven 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1440.

30 ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772 en Concl. Staatsraad A-G G. Snijders 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1441. Wel kan de toepassing van de formele wet in het concrete geval strijdig zijn met rechtsbeginselen, en kan een contra-legem toepassing van deze rechtsbeginselen aangewezen zijn.

art. 120 Gw nodig voor een volwaardige exceptieve toetsing van wetten in formele zin).
2. Het leerstuk is nog volop in ontwikkeling en geeft de bestuursrechter de ruimte de toets nader vorm te geven.
3. De bestuursrechter kan steeds over de band van het individuele geval de rechtmatigheid beoordelen. Dat levert een minder abstracte toets op dan een beroep tegen een regel zou doen.
4. De exceptieve toets wordt aangelegd in een reeds aanhangig geschil; het is geen middel in handen van partijen die de uitvoering van regels willen frustreren.
5. Voor veel rechtzoekenden zal de exceptieve toetsing van regels in hun rechtsbeschermingsbehoefte voorzien. Zij kunnen hun geschil geconcentreerd aan de bestuursrechter voorleggen (dus hoeven niet een aparte procedure over de regel én over het uitvoeringsbesluit te voeren), op een moment dat hun belangaantasting het meest duidelijk is.

Nadelen

1. Alle belanghebbenden die de rechtmatigheid van de regel bestrijden, moeten individueel procederen. Dat is potentieel een kostbaar systeem, omdat alle beroepen individueel moeten worden afgedaan. Het legt een flink beslag op de bestuurlijke en rechterlijke capaciteit.[31]
2. Rechtsbescherming komt op een relatief laat moment, als de regel tot uitvoering komt door middel van appellabele besluiten. Denk daarbij als voorbeeld aan de stikstofproblematiek rond het PAS. Grote twijfels over de aanvaardbaarheid van het systeem, zijn pas jaren later uitgeprocedeerd, wanneer het programma al bijna afgelopen is. Bij grote onrust over de nieuwe regels die hebben te gelden en bij de beoordeling van de vraag of die juridisch houdbaar zijn, is er thans geen snelle rechtsgang om een oordeel van de rechter te verkrijgen.
3. De bestuursrechter heeft geen plicht om alle aangevoerde beroepsgronden te bespreken. De rechter die het geschil graag klein en behapbaar houdt, kan de beroepsgrond die exceptieve toetsing vergt op de achtergrond plaatsen.
4. De rechtsvraag die centraal staat – de verbindendheid van regels – past niet goed in een tweepartijenproces. Een vaak willekeurige eiser staat symbool voor de belangen van een hele groep, zonder dat anderen uit de groep inspraak hebben in het proces.[32,33] Bovendien is het verwerend bestuursorgaan lang niet altijd de regelgever, waardoor het een regel moet onderbouwen en verdedigen

---

31 De introductie van een instrument als massaal bezwaar / beroep verdient overweging; zie nader par. 2.5.4.

32 Ruimhartige openstelling van amicus curiae participatie verdient overweging. Daarvoor is in het bestuursrecht sinds 1 juli 2021 een wettelijke basis in art. 8:12b Awb.

33 Zie in het kader van exceptieve toetsing in het belastingrecht nader hierover het verslag van de bijdrage van R.J. Koopman tijdens de ledenvergadering van de Vereniging voor Belastingwetenschap van 10 december 2020, inzake de kwaliteit van wetgeving; zie Meijerman 2021. Zie daarnaast paragraaf 5.2, waar in het kader van de prejudiciële procedure in het belastingrecht ook de inbreng van derden wordt besproken.

zonder dat het zelf over alle relevante informatie beschikt, noch zelf de beleidsmatige afweging heeft gemaakt. Zo dreigt rechtsvorming over de hoofden van partijen heen, waarbij vooral de rechterlijke colleges en de conclusies van de A-G het debat voeden.

5. Het belang van het rechterlijk oordeel voor de maatschappij staat vaak niet in verhouding tot de procedurele behandeling die het enkele beroep krijgt (de voorbereidingstijd, de behandeling ter zitting, het inwinnen van nadere informatie zijn vaak even beperkt als een regulier beroep zonder exceptieve toets).
6. Er bestaat (nog) geen kader voor passende uitspraakbevoegdheden. Nu moet een bestuursrechter bepalen of de regel onverbindend is. Dat is een verstrekkend oordeel, met een ontregelende werking voor de uitvoeringspraktijk. De rechter kan ook oordelen dat de regel buiten toepassing moet worden gelaten; voor de praktijk is het onduidelijk of dat alleen in het concrete geval geldt of dat de uitspraak een bredere strekking heeft.
7. Alleen de exceptieve toets ontwikkelen, zonder een beroep tegen regels open te stellen, houdt de complexe rechtsmachtverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter in stand. Partijen moeten voor één geschil soms meerdere parallelle procedures starten. De burgerlijke rechter moet per vordering bepalen of het beoogde resultaat ook in een bestuursrechtelijke rechtsgang kan worden bereikt.[34]

2.4 Beroepsgang tegen regels

Naast het doorontwikkelen van de exceptieve toets (met aanvullende procedurele voorzieningen om snelheid en belanginbreng van derden te borgen) verdient een zelfstandig beroep tegen regels doordenking. De argumenten voor en tegen een dergelijke rechtsgang zijn in paragraaf 2.2 al kort de revue gepasseerd. Om de voor- en nadelen van een dergelijk beroep meer concreet te benoemen, schetsen we eerst een mogelijk ontwerp van een dergelijke beroepsgang.

Eisers die de rechtmatigheid van regels betwisten, voeren doorgaans aan dat de regels in strijd zijn met hoger recht, waaronder fundamentele rechten of dat de regels in strijd komen met algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het evenredigheidsbeginsel. Bekende voorbeelden van eerdere 'wetgevingsgedingen' hadden betrekking op het alcoholslotprogramma (regeling in strijd met evenredigheidsbeginsel, waarbij de wetgever van bepaalde veronderstellingen uitging die later onhoudbaar bleken),[35] de Paspoortwet (wet vermeend in strijd met art. 8 EVRM, art. 8 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en de Privacyrichtlijn)[36] en NV Schiphol (gemeentelijke verordening in strijd met art. 224 lid 1 Gemeentewet).[37] In al deze zaken gaat het geschil in de kern niet om de feiten of de

34 Wie weinig overtuigd is van dit bezwaar, leze Hof Den Haag 7 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:915 (*Milieudefensie & Stichting Adem voor schonere lucht*).

35 ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622, *AB* 2015/160, m.nt. R. Stijnen; *JB* 2015/57, m.nt. A.M.M.M. Bots. Weliswaar was sprake van één appellant, maar in de overweging verwijst de Afdeling naar andere rechtszaken met vergelijkbare problematiek.

36 HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1296 (20 procespartijen die de rechtszaak zijn gestart).

37 HR 17 september 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2967.

totstandkomingsprocedure van besluiten, maar om een zuivere rechtsvraag. Voldoet de regel aan het hogere recht of het rechtsbeginsel? Uiteraard is soms behoorlijk veel feitelijke informatie nodig om die rechtsvraag te kunnen beantwoorden: of een regel evenredig is en of een inbreuk op een fundamenteel recht proportioneel is, vergt kennis van de grootte van de inbreuk die wordt gemaakt (en bijvoorbeeld technische kennis over de wijze van dataverwerking, -opslag en -beveiliging).

De te ontwerpen rechtsgang moet bij uitstek geschikt zijn om een zuivere rechtsvraag te beantwoorden. Voor ons staat voorop dat die rechtsgang voldoende snelheid moet hebben. Regels zijn gemaakt voor herhaalde toepassing. Het is in het belang van alle betrokkenen dat zo snel als mogelijk vaststaat of de toe te passen regel (on)verbindend is. Dat voorkomt onnodige uitvoeringskosten en geeft justitiabelen zekerheid omtrent investeringsbeslissingen en handhavingsrisico's. Bovendien is niet ondenkbaar dat de psychische barrière voor een rechter vrij groot is om een regel die al twee jaar is uitgevoerd, alsnog onverbindend te verklaren.

Aan de te ontwikkelen rechtsgang stellen wij, naast snelheid, uiteraard eisen aan de zorgvuldigheid, met name in de vorm van de kwaliteit van rechtsvorming. Wij voorzien niet dat veel regels in een rechtmatigheidstoets zullen sneuvelen. De doelen die regelgevers nastreven, kunnen doorgaans met verschillende middelen worden bereikt en zij hebben een aanzienlijke discretie om binnen de grenzen van het recht de geëigende middelen te kiezen. Die discretie wordt meer begrensd als het handelen van de regelgever inbreuk maakt op een fundamenteel recht of op de verkeersvrijheden van de EU. Een succesvol beroep op schending van een dergelijke norm zal doorgaans een grondig en deskundig onderbouwd beroepschrift vergen. In die zin zien wij weinig heil in een laagdrempelige, ruim openstaande beroepsgang tegen regels. Dat zou tot een mooi juridisch ontwerp leiden, maar weinig bijdragen aan *effectieve* rechtsbescherming. Daar komt bij dat een beroep tegen regels vooral wordt bepleit als een middel dat een disbalans in de *checks and balances* binnen de trias herstelt (waarbij het regelgevende bestuur te veel ongecontroleerde macht heeft gekregen) en niet zozeer als het middel bij uitstek om op individueel niveau rechtsbescherming te bieden. Zeker gezien de tot nu toe aanwezige weerstand in bestuurlijke kringen tegen een dergelijke rechtsgang (en angst voor een aanzuigende werking) heeft een 'doorgroei-model' dat klein begint en in de loop van de tijd kan uitgroeien onze voorkeur boven een rechtsgang die even laagdrempelig en opgetuigd is als het huidige beroep tegen beschikkingen.

Voor de vraag hoe de rechtsgang moet worden vormgegeven, kan slechts beperkt worden teruggevallen op bestaande ideeën in de literatuur. Het bestuursrechtelijke debat gaat primair over de vraag óf beroep tegen regels open moet staan. Hoe een mogelijke rechtsgang er vervolgens uit zou moeten zien, blijft doorgaans onuitgewerkt.[38] Wij schetsen hieronder verschillende dilemma's met betrekking tot de organisatie van het proces, de ontvankelijkheid en de uitspraakbevoegdheden.

38 Met uitzondering van het preadvies van Lubberdink, zie Lubberdink 1996.

2.4.1 *De organisatie van het proces*

Geen verplichte voorprocedure

Een eerste keuze die moet worden gemaakt, is of een bestuurlijke voorprocedure moet worden gevolgd voordat beroep op de bestuursrechter openstaat. De bestuurlijke voorprocedure heeft een tweeledige functie van zowel herhaalde besluitvorming als laagdrempelige rechtsbescherming. De bezwaarfase heeft daarnaast een flinke zeefwerking, omdat een groot aantal bezwaarmakers berust in het bestreden besluit, na nadere uitleg van het besluit door het bestuursorgaan.

Wij stellen voor géén bestuurlijke voorfase verplicht voor te schrijven. De diversiteit in regels is groot (formele wetgeving, bestemmingsplannen, beleidsregels, stelselwijzigingen of kleinere aanpassingen, kaderwetgeving of wetgeving met meer concrete normstelling). Eén vaste voorprocedure die steeds moet worden gevolgd, sluit niet aan bij die diversiteit en de behoefte aan rechtsbescherming. Kort gezegd zal die behoefte toenemen naarmate de normstelling een steeds meer concrete invulling krijgt en dieper ingrijpt op het leven van burgers of de bedrijfsvoering van ondernemingen. Een regelgever kan daarop anticiperen door een uniforme openbare voorbereidingsprocedure open te stellen of andere vormen van consultatie en belanginbreng te organiseren. Wij doen geen nadere voorstellen om het besluitvormingstraject van regels nader vorm te geven, maar concentreren ons op een rechtsgang bij de bestuursrechter.

Daarnaast hebben we beperkte verwachtingen van 'herhaalde besluitvorming' bij regels en streven wij een snelle, maar niet zonder meer laagdrempelige procedure na. Regelgevers gaan doorgaans niet over één nacht ijs, maar hebben ontwerpen in diverse ambtelijke gremia afgestemd en vaak na raadpleging van verschillende belangenvertegenwoordigers. Wij hebben weinig verwachtingen van een volledige heroverweging van regels naar aanleiding van een enkel bezwaar. Bovendien zal de vraag naar de verbindendheid van regels een min of meer zuivere rechtsvraag betreffen. Onder die omstandigheden staat artikel 7:1a Awb ook nu al toe om de bezwaarfase over te slaan. Een direct beroep op de rechter zorgt bovendien voor een snelle procesgang, wat – zeker bij direct beroep tegen regels – zeer wenselijk is.

Beroep in eerste en enige aanleg?

Het belang van snelheid pleit voor een direct beroep in eerste en enige aanleg bij de hoogste bestuursrechter die competentie heeft met betrekking tot de specifieke regel. Bovendien past dit bij de mogelijkheid die rechtbanken (en gerechtshoven) hebben om aan de Hoge Raad prejudiciële vragen te stellen, zoals geregeld in de Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) (voor het belastingrecht) en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (voor het civiele recht) (zie nader par. 2.5.2). Ook hierbij heeft de wetgever ervoor gekozen om – in gevallen die zich daarvoor lenen – de beantwoording van de rechtsvraag direct op het hoogste niveau te doen plaatsvinden.

Snelheid is een element van de kwaliteit van rechtsvorming, maar is uiteraard niet allesbepalend. Voor de kwaliteit van rechtsvorming is het bevorderlijk wanneer verschillende rechtbanken het voortouw nemen bij het beantwoorden van complexe rechtsvragen. Toetsing van regelgeving is een kernelement van een stelsel van *checks and balances*, maar kan ook meer politiek gevoelige vraagstukken op

het bord van de rechter leggen. Binnen die gevoeligheid zou men ervoor kunnen kiezen eerst rechtbanken de rechtmatigheidstoetsing uit te laten voeren, zodat niet een enkel rechtscollege als 'de tegenstander' van regelgevende organen kan worden gepercipieerd. Aan het belang van snelle rechtsvorming kan dan tegemoet worden gekomen door slechts aan enkele rechtbanken zaken toe te delen. Wij prefereren niettemin een beroep in eerste en enige aanleg bij de hoogste bestuursrechter, omdat we hoge eisen stellen aan snelheid en rechtszekerheid in deze beroepsgang. In het door ons voorgestane model bestaan én de mogelijkheid van een zelfstandig beroep tegen regels én exceptieve toetsing bij een beroep tegen het (individuele) uitvoeringsbesluit. Bij die laatste rechtsgang kan rechtsvorming van onderop plaatsvinden (maar ook daar kan de rechtbank ervoor kiezen met behulp van een prejudiciële vraag de zaak naar de hoogste rechter door te zetten, zo volgt later).

Beroep voor- of nadat de regel in werking is getreden?
Een rechtsmiddel kan pas worden ingesteld nadat de regel is vastgesteld en officieel bekend is gemaakt, bijvoorbeeld door publicatie in de Staatscourant. Mogelijk treedt de regel pas op een (veel) later moment in werking. Wij stellen voor dat het beroep openstaat vanaf het moment dat het besluit is bekendgemaakt, onder de voorwaarde dat het beroep geen schorsende werking heeft. Anders kunnen gereguleerden, zoals bijvoorbeeld de kansspelindustrie of de rondvaartbotenbranche, het rechtsmiddel gebruiken als machtsmiddel om de inwerkingtreding van regels die hun exploitatiemogelijkheden beperken tegen te houden. Het belang van snelle duidelijkheid verzet zich tegen een beroepsrecht dat pas ontstaat na inwerkingtreding van de regel. Bovendien kan de uitvoering na inwerkingtreding vrij snel van start, zodat een rechtsmiddel tegen het uitvoeringsbesluit (eventueel vergezeld van een exceptieve toetsing van de relevante regels) dan meer geëigend kan zijn om in de rechtspositie te worden beschermd.

Beroepstermijn?
Voor een goed functionerend bestuur is het van belang dat het bestuursorgaan vroegtijdig weet of en hoe het de uitvoering van de nieuwe regel gaat organiseren (welk beleid moet worden gemaakt, hoe is de interne bevoegdheidsverdeling, welke software dient te worden ontwikkeld?). Dat belang, naast rechtszekerheid, is gebaat bij een korte beroepstermijn. Het zou in dat kader dus wenselijk zijn de algemene beroepstermijn van zes weken uit de Awb ook in deze beroepsgang te handhaven. Voordeel van een korte beroepstermijn is dat in situaties waarbij de datum van inwerkingtreding van de nieuwe regel enige tijd is gelegen ná de datum van bekendmaking, in veel gevallen al vóór inwerkingtreding duidelijk is of de rechtmatigheid van de regel ter discussie is gesteld in een direct beroep tegen die regel. Een ander voordeel van een korte beroepstermijn is dat eventuele onrechtmatigheden door de wetgever kunnen worden gerepareerd vóórdat de regel al op burgers is toegepast. Deze beroepsgang zal waarschijnlijk aantrekkelijk zijn voor belangenorganisaties en dus ook vaak door dit soort organisaties worden gebruikt (zie par. 4.2). De meeste belangenorganisaties zullen naar verwachting geen problemen hebben met een korte beroepstermijn. Zij zitten namelijk goed in de wet- en regelgevingsdossiers die op hun belang betrekking hebben en zullen op

de hoogte zijn van het feit dat er een nieuwe regel bekend wordt gemaakt die voor hun achterban van belang is. Tevens is er na afloop van deze beroepstermijn nog een mogelijkheid om tegen een bepaalde regeling op te komen door middel van exceptieve toetsing (zie par. 2.3). Wanneer er sprake is van onrechtmatigheid, kan ook via deze weg een bepaalde regeling in een incidenteel geval buiten toepassing worden gelaten of onverbindend worden verklaard. De beroepsgang is in dit scenario te vergelijken met het beroep tegen een bestemmingsplan. Tegen dit algemeen verbindende voorschrift kan binnen zes weken vanaf de bekendmaking beroep worden ingesteld. Daarna kan het bestemmingsplan slechts nog terughoudend worden getoetst door de rechter, namelijk alleen wanneer een bestemmingsplan evident in strijd is met een hogere regeling.

Anderzijds kan men zich afvragen in hoeverre een korte beroepstermijn na bekendmaking van een regel bijdraagt aan effectieve rechtsbescherming. De veronderstelling dat belangenorganisaties goed op de hoogte zijn van het wetgevings- en beleidsvormingsproces gaat vooral op voor geprivilegieerde belangenorganisaties (zij die doorgaans door ambtelijke gremia worden gepolst en een positie hebben binnen het poldermodel). Goed georganiseerde groepen en belangen kunnen zich binnen zes weken mobiliseren; dat zijn vaak specifieke belangen van een selecte achterban (denk aan goed georganiseerde beroepsgroepen, bewoners van bepaalde homogene wijken, verenigingen van ondernemingen met sterke financiële belangen). Hoe korter de beroepstermijn is, hoe selecter het aantal belangen is dat in de rechtszaal kan worden gerepresenteerd. Dat leidt tot een gevaar van elitisme en een ondervertegenwoordiging van meer kwetsbare belangen of belangen van gemarginaliseerde groepen.

De onrechtmatigheid van een regel komt bovendien soms pas jaren later aan het licht wanneer de aanvankelijk evenredig ogende regel op steeds extremere casus kan worden toegepast. Daarvan was bijvoorbeeld sprake bij de Toeslagenaffaire. Een exceptieve toetsing biedt in dergelijke gevallen niet de gewenste rechtsbescherming. De *structurele* onrechtmatigheden van een regel kunnen minder goed in beeld komen en worden niet geremedieerd in een procedure over een enkel individueel besluit (zie par. 3.2). Als een belangenorganisatie alleen binnen zes weken rechtstreeks beroep kan aantekenen, dan is de toegevoegde waarde van de beroepsgang tegen regels behoorlijk beperkt. Ook een langere beroepstermijn van bijvoorbeeld zes maanden biedt dan geen uitkomst. Dat zou er dus voor pleiten dat de beroepstermijn bij een beroep tegen algemene regels wordt losgelaten, wat aansluit bij het permanente karakter van een algemene regel.

Dat heeft uiteraard wel gevolgen voor de rechtszekerheid. Immers, het ontbreken van een beroepstermijn maakt dat zolang de regel bestaat en van toepassing is, de regel op rechtmatigheid kan worden getoetst. Ook derde belanghebbenden kunnen daardoor worden geraakt, aangezien zij soms grote investeringen doen om aan bepaalde regels te voldoen. Hun belangen kunnen worden geschonden wanneer op elk moment de stekker uit een regeling kan worden getrokken vanwege een onrechtmatigheid en hun investeringen daardoor zinloos blijken. Het zou echter mogelijk zijn om voor dergelijke (vaak omgevingsrechtelijke) zaken met grote investeringen een afwijkend regime vast te stellen in een bijzondere wet.

Bij de voorgestelde rechtsgang tegen algemene regels pleiten wij er uiteindelijk voor de beroepstermijn los te laten. De beperkte beroepstermijn sluit belangen uit die lastiger zijn te mobiliseren of door nieuwe ontwikkelingen voor het eerst worden geraakt. Bovendien blijkt de onrechtmatigheid van de regel soms pas in de loop van de uitvoering. Een korte beroepstermijn sluit een dynamische interpretatie van de regel uit, waarbij rechtsvorming meer stapsgewijs tot stand kan komen en evolueert naar gelang het type zaak dat voor de rechter komt en de veranderende maatschappelijke omstandigheden. In wezen biedt een korte beroepstermijn schijnzekerheid, omdat de rechtmatigheid van de regel altijd nog exceptief kan worden getoetst en tot onverbindendheid van de regel kan leiden.

Wij realiseren ons dat met een open-einde-beroepsgang de deur wijd openstaat en de praktijk behoefte heeft om die toegang te controleren. In enkele bijzondere wetten kan ervoor worden gekozen wél een beroepstermijn voor te schrijven wanneer de rechtszekerheid dat verlangt, bijvoorbeeld bij de regulering van markten of in het omgevingsrecht. Daarnaast kan van belanghebbenden worden verlangd om tijdig in actie te komen, wanneer hun van mogelijk onrechtmatige regelgeving is gebleken. Wij stellen voor dat het beroep niet-ontvankelijk kan worden verklaard als dat onredelijk laat is ingediend. Zo heeft de rechter een instrument in handen om evident te laat ingestelde beroepen buiten de deur te houden, net als herhaalde beroepen tegen regels, zonder dat zich gewijzigde omstandigheden hebben voorgedaan. De ontvankelijkheid komt in de volgende paragraaf nader aan bod. Dan zal blijken dat de zuivere rechtsvraag ook niet op elk moment kan worden voorgelegd. De uitwerking van de regel in de praktijk kan nog te onbepaald zijn om de rechtmatigheid daarvan te beoordelen. De zaak is dan nog niet 'rijp', wat eveneens tot niet-ontvankelijkheid leidt.

2.4.2 *Ontvankelijkheid*

Verplichte rechtsbijstand

Zoals gezegd zal een beroepsgrond die de onrechtmatigheid van regels bepleit doorgaans uit een doorwrocht pleidooi dienen te bestaan, waarin bijvoorbeeld rechtspraak van de Europese hoven wordt geanalyseerd, de wijze waarop in andere lidstaten daaraan navolging is gegeven of waarin informatie wordt gegeven over de totstandkomingswijze van Europese richtlijnen en verordeningen. Ook kan het nodig zijn dat eiser illustreert van welke verwachtingen de wetgever destijds uitging, op basis van welke informatie, hoe de totstandkomingsprocedure is verlopen en in welke mate de regel voorwerp van debat is geweest in democratisch gelegitimeerde organen. Naar ons oordeel vergt een zinnige beroepsgang waarin een complexe rechtsvraag voorligt, professionele rechtsbijstand. Een lastige vervolgvraag is wie als professionele rechtsbijstandverlener kwalificeert. Moet met een systeem als cassatieadvocatuur worden gewerkt? In fiscale procedures bij de Hoge Raad kan echter zonder (cassatie)advocaat worden geprocedeerd, omdat belastingheffing een eenzijdige inmenging in de rechtspositie vormt en de cassatieadvocatuur als een te hoge drempel wordt gezien. Moeten belangenorganisaties met kundige juristen in dienst worden gedwongen een advocaat in te huren? Uiteindelijk zien we meer heil in het stellen van eisen aan de kwaliteit en governance van belangenorganisaties, dan in het stellen van eisen als verplichte professionele rechtsbijstand.

Verhoogd griffierecht

Een volgend punt van afweging betreft de hoogte van het te heffen griffierecht in een beroepsgang tegen regels. Om een doordacht gebruik van de rechtsgang te stimuleren, kan men ervoor kiezen een aanzienlijk hoger griffierecht in te stellen. Dat past zowel bij de budgettaire als instrumentele functie van griffierecht. De budgettaire functie houdt in dat een bijdrage wordt geleverd aan de kosten van rechtspraak. Gezien de vaak aanwezige complexiteit van de rechtsvraag of de afwezigheid van repetitieve rechtsvragen zal de behandeling van een beroep tegen regels voor de rechtsprekende colleges naar verwachting arbeidsintensief zijn en dus meer kosten. De instrumentele functie beoogt een drempel op te werpen die belanghebbenden ertoe aanzet een afweging te maken tussen het belang van de zaak en de kansen op een succesvol beroep. Wij kunnen ons een verhoogd griffierecht voorstellen, maar zien het griffiegeld niet als het meest aangewezen middel om selectiviteit af te dwingen.

Aan de ene kant roept een zeer fors griffierecht vragen op over de toegang tot de rechter in het licht van artikel 6 EVRM. Zeker wanneer door gemarginaliseerde groepen in de samenleving bescherming wordt gevraagd van fundamentele rechten, ontstaat al snel de vervolgvraag of vanuit de overheid subsidies zouden moeten worden verstrekt om een rechtsgang tegen regels en beleid mogelijk te maken. Bovendien selecteert een hoog griffierecht te eenzijdig uit naar financiële draagkracht. Aan de andere kant vormt het griffiegeld vaak maar een klein gedeelte van de proceskosten die een partij maakt; het zijn vooral de kosten van deskundige rechtsbijstand (en eventueel andersoortige in te winnen deskundigenadviezen) die zwaar wegen. Griffierechten vormen in dat licht een kleine knop om aan te draaien.

Wie is belanghebbend?

De moeilijkste vraag die voorligt, is de vraag voor wie de beroepsgang tegen regels open zou moeten staan. Artikel 1:2 Awb definieert de belanghebbende als degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken. Voor besluiten die gevolgen hebben voor een groot aantal personen heeft de rechtspraak het accent gelegd op het 'persoonlijk belang' dat de belanghebbenden moet onderscheiden van overige burgers, organisaties en ondernemingen die zich ook betrokken voelen. Een belanghebbende heeft een persoonlijk belang indien hij of zij een kenmerkend belang heeft, dat hem of haar onderscheidt van de amorfe massa. Er dient een zekere bijzondere verhouding te zijn tussen de persoon en het in geding zijnde belang.[39] Zou men geen enkele grens trekken tussen personen die zich betrokken voelen bij een besluit en degenen die zich meer objectief onderscheiden, dan zou men de facto een actio popularis accepteren (of het bestuursrechtelijke beroep tegen regels als een referendum laten functioneren). Dat past niet goed in ons huidige rechtssysteem.[40]

39 De Poorter 2003, p. 140.
40 Vgl. Schutgens 2017, p. 119.

Nu is juist de toepassing van dit persoonlijk belangcriterium problematisch bij algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels.[41] Deze zijn geschreven om richting te geven aan vaker voorkomende problemen en lenen zich voor herhaalde toepassing in vergelijkbare gevallen. De regels leggen rechten en plichten vast voor bijvoorbeeld zorgverzekeraars, energieleveranciers, pgb-gerechtigden, uitkeringsgerechtigden of alle inwoners van een bepaalde gemeente. Wie heeft binnen deze groepen een belang waarmee hij of zij zich onderscheidt van de anderen uit de groep? De Poorter analyseert in zijn proefschrift dat het erop lijkt dat naarmate de kring van personen wier belangen bij een besluit zijn betrokken groeit, het aantal personen dat als (beroepsgerechtigde) belanghebbende wordt aangemerkt lijkt af te nemen. De eis van een persoonlijk belang doet dan het belanghebbendebegrip imploderen. Dat leidt soms tot de paradoxale conclusie dat hoe meer mensen last hebben van of bezwaren hebben tegen een bepaalde activiteit, hoe minder aanleiding er is om een van hen als belanghebbende aan te merken.[42]

De puzzel aan welke gereguleerden een beroepsrecht zou moeten worden toegekend, is een lastige om te leggen en staat niet los van rechtspolitieke opvattingen. De wetgever die aansluiting wil zoeken bij de huidige rechtspraak, komt snel terecht bij jurisprudentie over verkeersbesluiten en omgevingsrechtelijke besluiten. Verkeersbesluiten lijken te onderscheiden naar de omvang van hun werkingsgebied. Bij verkeersbesluiten met een beperkte werking (zoals de afsluiting van een bepaalde straat) valt een afbakening te maken van hen die persoonlijk worden geraakt. Zo zal een persoon die in die straat woont belanghebbende zijn, maar niet degene die om de hoek woont en de betreffende straat vaak gebruikt. Bij verkeersbesluiten met een zeer ruime werking, zoals de invoering van een milieuzone, is een afbakening veel lastiger. De vergelijking van iemands belang met het belang van anderen leidt vaak tot een ingewikkelde en hoge drempel, waarbij vrijwel niemand als belanghebbende kwalificeert.[43] Kan betrokkene zich echter op een beperking van zijn eigendomsrecht of commerciële belangen beroepen, dan neemt de rechtspraak gemakkelijker een persoonlijk belang aan. Niet alle omwonenden kunnen dan opkomen, maar bijvoorbeeld wel alle betrokken autobezitters die woonachtig zijn in het door het verkeersbesluit bestreken gebied en daar niet meer met hun auto mogen komen.[44]

Ook binnen het omgevingsrecht zien we dat grote groepen individuele burgers belanghebbende kunnen zijn, omdat ze vallen binnen kringen die op basis van objectieve criteria worden getrokken, zoals geur-, zicht- en geluidsoverlast die omwonenden ondervinden. Het meer recent geïntroduceerde vereiste van 'gevolgen van enige betekenis' die een omwonende moet ondervinden van de toegelaten activiteit, vormt voor de rechtspraak een knop om aan te draaien en de futiele zaken van de meer wezenlijke te onderscheiden.

41 Vgl. Adriaanse 2022.
42 De Poorter 2003, p. 141-142.
43 Vgl. Adriaanse 2022, par. 3.1. Zie bijv. ABRvS 28 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1655.
44 ABRvS 6 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1861, AB 2018/257, m.nt. E.E. Grit.

Staat het beroep tegen regels open voor individuele belanghebbenden en sluit men aan bij de bekende belanghebbende-criteria, dan kunnen er dus zeer ruime kringen van belanghebbenden zijn. Schutgens bepleit dat in zijn preadvies, waarin hij voorstelt de criteria ruimhartig uit te leggen. Het persoonlijk belang zou niet te streng moeten worden opgevat. Als een algemene regel zich richt op een groep mensen van een bepaalde kwaliteit, moet iedereen die aannemelijk maakt tot die groep te behoren, worden beschouwd als iemand met een voldoende persoonlijk belang. Ook pleit hij voor een ruime uitleg van een voldoende actueel belang. Als een persoon aannemelijk kan maken op korte termijn tot een bepaalde categorie te gaan behoren (bijvoorbeeld als inwoner of bezitter van een bepaald goed), zou een voldoende belang bestaan.[45] Deze ruime benadering staat in de sleutel van het bevorderen van individuele rechtsbescherming.

Schlössels benadrukt dat de belanghebbende-vereisten primair in relatie tot de beschikking zijn ontwikkeld en dat het nadere doordenking behoeft hoe deze vereisten invulling moeten krijgen bij besluiten van algemene strekking. Hij lijkt minder te zien in het beperkende vermogen van het vereiste van een persoonlijk belang, maar meer in de potentie van het 'rechtstreeks-criterium'. De rechter zou zich op de vraag moeten concentreren of er wel sprake is van een voldoende concrete causale relatie tussen de regel en de mogelijke belangaantasting.[46] Zo zal een kaderwet waarin op nog behoorlijk abstract niveau bevoegdheden aan een bestuursorgaan worden toebedeeld, niet snel tot de constatering leiden dat een bepaald belang van rechtssubjecten nu al wordt geraakt. De mate van betrokkenheid van het specifieke belang wordt pas duidelijk op het moment dat de voorwaarden voor bevoegdheidsuitoefening worden uitgewerkt in lagere regelgeving. Deze benadering sluit aan bij het Amerikaanse beroep tegen regels, waarin een zogenaamde '*ripeness doctrine*' wordt toegepast. De rechtsgevolgen van regelgeving moeten voldoende concreet zijn, wil een rechter de rechtmatigheid kunnen beoordelen.[47] Dat moet voorkomen dat de rechter verstrengeld raakt in abstracte discussies en in verschil van inzicht in aangewezen bestuurlijk beleid.

Het causaliteitsvereiste is in zekere zin ook zichtbaar in de huidige jurisprudentielijn van de Hoge Raad. Als hoofdregel verklaart de Hoge Raad een vordering uit onrechtmatige regelgeving niet-ontvankelijk, omdat eiser eerst via het uitvoeringsbesluit rechtstreeks de werking van de regel moet ondervinden. In dat geval staat voor eiser een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang bij de bestuursrechter open en hoeft de civiele rechter geen aanvullende rechtsbescherming te bieden. Hij maakt alleen een uitzondering op die hoofdregel als betrokkene de werking van het algemeen verbindend voorschrift 'rechtstreeks ondervindt', zoals bij verbodsbepalingen.[48]

---

45 Zie Schutgens 2017, p. 121, waarbij hij een onderscheid maakt naar al dan niet direct werkende algemeen verbindende voorschriften.

46 Schlössels 2004, par. 2.5.4.

47 Zie bijv. Pierce, Shapiro & Verkuil 2009, p. 200-209.

48 HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1049 (*Universiteiten/SCAU*).

Wij zijn er geen voorstander van het causaliteitsvereiste zó eng op te vatten in het kader van het rechtstreeks-belang-vereiste bij een beroep tegen regels.[49] Ook bij andersoortige regels dan verbodsbepalingen (zoals regels die een nieuw zorgverzekeringsstelsel introduceren, die de collegegelden verhogen of die een toeristenheffing voor alle luchtvaartpassagiers introduceren) is de uitwerking van de regel op de positie van gereguleerden zo voorspelbaar of voorzienbaar dat hun belang al bij de vaststelling van de regel is betrokken. Zij moeten bijvoorbeeld nu al keuzes maken en hun leven of bedrijfsvoering aanpassen, om straks aan de regelgeving te kunnen voldoen (zoals een woonbestemming kiezen om nog voor bepaalde zorg in aanmerking te komen, een machtiging tot betaling van een bepaald bedrag afgeven om pas later om een vrijstelling te kunnen verzoeken, of al een duur softwareprogramma ontwikkelen om aan de uitvoering van de regelgeving te kunnen voldoen). Al wordt burgers en bedrijven niet direct een individueel recht ontnomen door de regel en vindt op dat moment nog geen belang*aantasting* plaats, het is wel zeker dat bij uitvoering van de regel dat belang in enige zin aangetast gaat worden. Wij menen dat zij op dát moment bij bekendmaking van de regel toegang moeten hebben tot een direct beroep tegen regels. Dat past bij de vereisten van artikel 1:2 Awb en de uitleg van de eis van een voldoende actueel belang. Belanghebbende dient een *betrokken*, niet een reeds *getroffen*, belang te hebben. Dat de belangaantasting in de toekomst ligt en de precieze mate van aantasting van nog toekomstige factoren afhankelijk is, zijn omstandigheden waartegen het vereiste van een 'actueel belang' zich niet verzet. Zij ziet primair op de causaliteitsketen en wil alleen belangen uitsluiten waarbij de aantasting te zeer afhankelijk is van toekomstige, onzekere en onvoorspelbare ontwikkelingen.[50]

De keuze die gemaakt moet worden, lijkt dan ook de volgende. Óf men accepteert alle gereguleerden die gevolgen kunnen ondervinden als belanghebbenden met een individueel beroepsrecht, óf men sluit individuele beroepen uit en opent alleen voor belangenorganisaties een rechtsweg.

Kiest men voor een beroepsrecht voor alle gereguleerden, dan hoeft dat de rechtspraak of bestuurlijk Nederland overigens niet voor onoverkomelijke problemen te stellen. Net als in het omgevingsrecht zullen er soms kringen van belanghebbenden aan te wijzen zijn, waarvan kan worden gesteld dat zij reële gevolgen van de nieuwe regels ondervinden. Degenen die buiten die kringen vallen, ondervinden geen gevolgen van betekenis en hun komt geen belanghebbendheid toe. De eis van causaal verband tussen de regel en de verwachte belangaantasting vormt bovendien een resterend vereiste met een filterend vermogen.

Daarnaast zijn verschillende rechtsstelsels in staat gebleken om met een groot aantal beroepen om te gaan. Zo bestaan er regels voor de aanwijzing van massaal bezwaar in het belastingrecht (zie par. 2.5.4), kent het Duitse bestuursrecht het *Massenverfahren* en het gewijzigde civiele collectieve actierecht de exclusieve

49 Anders Lubberdink 1996, p. 13.
50 Vgl. De Poorter 2003, par. 8.2.1.6.3.

belangenbehartiger. Kern van deze constructies is dat een rechtscollege niet alle beroepen op individuele basis hoeft af te doen, maar tot een selectie van representatieve beroepen of gemachtigden komt en aan de hand van deze selectie de rechtsvraag beantwoordt.

Ook moet men zich realiseren dat het huidige bestuursrechtelijke beroep tegen beschikkingen niet geweldig scoort vanuit het oogpunt van proceseconomie. Gereguleerden die thans de rechtmatigheid van de regel en hun daarop gebaseerde uitvoeringsbesluit bestrijden, moeten allemaal op individuele basis hun beschikking aanvechten om regelgeving exceptief te laten toetsen. Bij een direct beroep tegen regels zouden zij er echter voor kunnen kiezen om slechts één belanghebbende de beroepsprocedure te laten starten teneinde de regelgeving onrechtmatig verklaard te krijgen.

Een grote groep belanghebbenden is dus overkomelijk (vgl. ook de massaalbezwaarprocedure in het belastingrecht; zie nader par. 2.5.4), maar komt wel met enige prijs: de bestuursrechter zal diverse instrumenten moeten inzetten om een mogelijk groot aantal eisers te managen en zaken en/of procesgemachtigden te selecteren. De kosten van die instrumenten liggen bij de rechterlijke macht en daarmee uiteindelijk bij de samenleving. Daarbij blijft de vraag hoeveel van een dergelijk beroep van een individuele belanghebbende moet worden verwacht. Lubberdink was daar vrij stellig in: '(...) ter voorkoming van veel frustratie bij de burger en ook ter voorkoming van veel onnodig werk voor bestuur en rechter, [meent hij dat het] in veel gevallen de voorkeur verdient de individuele burger niet eens de mogelijkheid te bieden een oordeel ten gronde over een algemeen verbindend voorschrift als zodanig te verkrijgen'.[51]

Belangenorganisaties

Belangenorganisaties hebben meer potentie om effectief een wetgevingsgeding te voeren. Professionele belangenorganisaties volgen wetgevings- en beleidsdossiers op de voet en hebben veel kennis van de belangen van de achterban waarvoor zij opkomen, of het algemene belang dat zij behartigen. In de huidige praktijk zijn het voornamelijk belangenorganisaties die een civiel wetgevingsgeding aanspannen en ook bij bestuursrechtelijke proefprocessen figureren zij vaak op de achtergrond.[52] Uiteraard komen belangenorganisaties in soorten en maten en kan zich ook dan de omstandigheid voordoen dat verschillende belangenorganisaties zich als eiser melden in een beroep tegen regels.

Dat kan men accepteren of men kan de voorwaarden aanscherpen waaronder een belangenorganisatie beroepsrecht toekomt. Traditioneel wordt gedraaid aan de knop van het statutair belang dat blijkens feitelijke werkzaamheden wordt behartigd, artikel 1:2 lid 3 Awb. Zoekt men een verdere aanscherping, dan zou men de eis kunnen stellen dat alleen voor gevestigde belangenorganisaties het beroep open zou moeten staan, die bijvoorbeeld minimaal drie jaar voorafgaand aan het instellen van het rechtsmiddel zijn opgericht. In Nederland kennen we een dergelijk criterium niet, maar we zien dit bijvoorbeeld wel in het Belgische of Duitse

51 Lubberdink 1996, p. 12.
52 Schutgens 2017, p. 113; Stolk 2018.

milieurecht.[53] Daarnaast zoeken verschillende auteurs naar een filter op basis van representativiteit.[54] Het gaat hen dan niet zozeer om het beperken van de toegang an sich, maar om de meer principiële vraag welke entiteiten voldoende massa en representativiteit bezitten om het 'algemeen belang' te vertolken. Zo stellen De Poorter en Van Heusden bijvoorbeeld voor om bij collectieve acties van de rechtspersoon te verlangen dat hij zijn relatie met de achterban met bewijsstukken onderbouwt en dat ten minste een substantieel deel van de achterban door het bestreden besluit wordt geraakt. Bij algemeen-belangacties suggereren zij vergelijkbare eisen te stellen als in het Duitse milieurecht. Naast de driejaarstermijn moeten organisaties een voldoende grote achterban hebben (bijvoorbeeld 50.000 leden), een beleidsvisie hebben, een track record en voldoende expertise.[55]

Hierbij moet worden opgemerkt dat hoe strenger de criteria voor belangenorganisaties, hoe beperkter het beroep tegen regels zal zijn, zoals we ook opmerkten bij de beroepstermijn. Als een belangenorganisatie niet aan een van de hierboven gestelde criteria voldoet, kan er geen beroep tegen regels worden ingesteld. Dat kan in strijd met het recht komen, omdat het Verdrag van Aarhus in milieurechtelijke geschillen toegang tot de rechter zeker stelt, in het bijzonder voor milieuorganisaties. Te strenge criteria inzake ledenaantal en bestaansduur van de organisatie oordeelde het Hof van Justitie in strijd met artikel 9 lid 2 van het verdrag.[56] Maar ook daarbuiten achten we het onwenselijk als de ontvankelijkheidscriteria voor belangenorganisaties zo streng worden gesteld, dat er op bepaalde terreinen helemaal geen belangenorganisaties zullen zijn die een direct beroep aanhangig kunnen maken. Wij stellen voor om onder bepaalde omstandigheden ad hoc belangenorganisaties te accepteren, zodat het voor individuele belanghebbenden mogelijk is zich alsnog te verenigen en tegen een regel op te komen. Die tijd is er als er geen beroepstermijn gaat gelden voor een beroep tegen regels.

Gezien de jarenlang geuite angst voor de aanzuigende werking van een beroep tegen regels stellen wij voor om voorlopig alleen belangenorganisaties als belanghebbende aan te merken. Zo kan ervaring worden opgedaan met een in ons rechtsstelsel nog onbekend middel. Belangenorganisaties zullen vaak beter dan individuen in staat zijn om een procedure tegen regels te voeren. Dat leidt tot effectieve procedures.

Wij zijn niet voor harde, uniforme criteria voor belanghebbendheid. Dat doet onvoldoende recht aan de diversiteit van belangenorganisaties en hun achterban. Een generieke eis in ledenaantal is bijvoorbeeld niet goed te stellen. Zo maakt het nogal uit of het algemeen belang waarvoor men opkomt op nationaal of meer lokaal gebied speelt. Een helder onderscheid tussen collectief en algemeen belang valt ook niet steeds te maken, zeker als het om bescherming van fundamentele rechten

53 Zie Van der Sloot & Van Schendel 2019, par 3.4.4 en 3.5.3.
54 Zie o.a. Stolk 2020.
55 De Poorter & Van Heusden 2017, par. 6.
56 HvJ EU 15 oktober 2009, ECLI:EU:C:2009:631, r.o. 51 (*Djurgården*); HvJ EU 12 mei 2011, ECLI:EU:C:2011:289 r.o. 45 e.v. (*Trianel*).

gaat. Die vormen een individuele aanspraak voor een kleine groep mensen, maar het vormt ook een algemeen belang waarvoor bepaalde organisaties opkomen. Stolk laat zien dat eisen die raken aan een 'mandaat' om leden te representeren vooral aan collectieve belangacties kunnen worden gesteld en dat eisen aan expertise en ervaring vaak meer passend zijn voor ideële belangenbehartigers.[57] Wel zien wij mogelijkheden om meer vat te krijgen op de representativiteit van belangenorganisaties door inspiratie te ontlenen aan de criteria van artikel 3:305a Burgerlijk Wetboek (BW), op basis waarvan belangenorganisaties bij de civiele rechter kunnen procederen. Dat geeft de bestuursrechter indicatoren om te bepalen of een bepaalde belangenorganisatie voldoende representatief is om voor een bepaald belang in een direct beroep op te komen. Dat stelt hem in staat eisen te stellen aan de ervaring en deskundigheid die nodig is voor het instellen van beroep en aan de governance van de belangenorganisatie. Zo kan hij passende en doeltreffende mechanismen verlangen voor de deelname aan of vertegenwoordiging bij de besluitvorming van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt.

Formele rechtskracht

In ons voorstel speelt de formele rechtskracht van regels geen rol. Immers, wij stellen voor om in het directe beroep geen beroepstermijn te hanteren. Besluit de wetgever anders, dan komt wel de vraag op of het beginsel van formele rechtskracht van toepassing zou moeten zijn als binnen de beroepstermijn geen beroep is aangetekend tegen een bepaalde regel. Naar onze mening moet het antwoord ontkennend luiden. De formele rechtskracht leidt tot procedeerdwang. Hoe korter de beroepstermijn, hoe meer het beroep een instrument is in handen van sterk georganiseerde partijen. Dat achten wij onwenselijk. Bovendien zou het beroep dan ook voor andere belanghebbenden dan alleen belangenorganisaties open moeten staan, omdat zij anders worden geconfronteerd met een definitief oordeel over de rechtmatigheid van de regel, zonder dat zij aan die procesgang deel hebben kunnen nemen, en zonder garantie dat hun belang volledig samenloopt met dat van de belangenorganisatie. Ook als het leerstuk van de formele rechtskracht niet wordt toegepast, heeft de rechter instrumenten om de rechtszekerheid te beschermen. Doen zich in de tijd elkaar opvolgende directe beroepen voor, dan zal de rechter beoordelen of het beroep niet onredelijk laat is ingesteld, of er procesbelang is en of de rechtsvraag reeds in een eerdere uitspraak is beantwoord.[58]

Direct beroep en exceptieve toets naast elkaar

Wij stellen sowieso voor om het directe beroep en de exceptieve toets naast elkaar te laten bestaan. Het directe beroep wordt zo ingericht dat structurele onrechtmatigheden waartoe toepassing van de regel leidt, voor het voetlicht kunnen

57 Stolk 2020.

58 Vgl. de regeling van de prejudiciële procedure waarbij de Hoge Raad, al dan niet voorafgaand aan de procedure, zonder nadere motivering kan afzien van beantwoording van de prejudiciële vraag, indien de vraag zich niet leent voor beantwoording bij prejudiciële beslissing of de vraag van onvoldoende gewicht is (zie par. 5.2).

komen. De rechtsvraag en de vaste uitvoeringspraktijk staan centraal, waarbij de betrokken algemene en collectieve belangen in de rechtszaal goed vertegenwoordigd kunnen zijn. Deze rechtsgang voorziet in de maatschappelijke behoefte om in een relatief kort tijdsbestek algemene oordelen over de rechtmatigheid van regels te kunnen geven. Het directe beroep leidt potentieel tot een onverbindendverklaring van de regel.

De exceptieve toets vindt plaats naar aanleiding van een concreet geval, waarin de rechter zich concentreert op de specifieke feiten en omstandigheden. Het kan voorkomen dat deze specifieke omstandigheden niet in de regel zijn verdisconteerd, waardoor onverkorte toepassing van de regel in een individueel geval in strijd kan komen met (on)geschreven recht. In dat geval kan de rechter oordelen dat de regel buiten toepassing moet worden gelaten (of dat betrokkene voor schadevergoeding in aanmerking komt).[59] Voorstelbaar is dat de concrete zaak nieuw licht kan werpen op de meer generieke vraag of een regel voldoet aan hoger recht en rechtsbeginselen. In dat uitzonderlijke geval moet hij ook kunnen oordelen dat de regel onverbindend is, bijvoorbeeld omdat deze in strijd met EU-recht blijkt te zijn (zie nader par. 2.4). In het geval de rechtsvraag in het directe beroep en de exceptieve toets identiek zijn, zal het eerder gegeven oordeel in beginsel bindend zijn. Die binding vloeit voort uit het rechtszekerheidsbeginsel. In de latere procedure moet de rechter wel een inhoudelijk oordeel geven, maar het ligt in de rede dat hij zal zeggen dat hij geen aanleiding heeft er anders over te oordelen dan de rechter die de eerdere uitspraak deed. Het is echter mogelijk dat in de loop van de tijd nieuwe feiten en omstandigheden bekend raken (en een beter geïnformeerd beeld ontstaat van de gevolgen van een wetsuitleg op uiteenlopende casus, zoals bij het Alcoholslotprogramma), waardoor een dynamische interpretatie van de wet aangewezen is. Wij stellen dus voor om niet met een paardenmiddel als de formele rechtskracht te werken, maar aan de hand van rechtsbeginselen de binding vorm te geven. In het kader van rechtszekerheid zal de rechter vaak aansluiten bij het rechtmatigheidsoordeel uit het directe beroep. Door deze constructie gaat er in ons voorstel geen rechtsbescherming verloren; het directe beroep gaat niet ten koste van de exceptieve toets.

Zijn er nog andere omstandigheden waaronder nu wél rechtsbescherming openstaat en de vraag opkomt of die bescherming nadeel kan ondervinden van een direct beroep tegen regels bij de bestuursrechter? Thans kunnen ook individuele belanghebbenden onder bepaalde omstandigheden een direct beroep aanspannen, namelijk belanghebbenden in het omgevingsrecht tegen bestemmingsplannen én zij die worden getroffen door een direct werkend algemeen verbindend voorschrift (bij de civiele rechter).

Onze voorstellen zouden geen afbreuk moeten doen aan de huidige rechtsbeschermingsmogelijkheden bij bestemmingsplannen. Het bestemmingsplan geeft regels die, vaak meer concreet dan andere algemeen verbindende voorschriften, de leefomgeving van mensen en de gebruiksmogelijkheden voor

59 HR 18 januari 1991, ECLI:NL:HR:1991:AC4031 (*Leffers/Staat*).

grondeigenaren bepalen. De categorie belanghebbenden die wordt getroffen is weliswaar aanzienlijk, maar toch van een heel andere orde dan bij een algemeen verbindend voorschrift met landelijk bereik. Vanwege die concreetheid, met directe en aanzienlijke gevolgen op de leefomgeving, is een beroep voor individuele belanghebbenden bij bestemmingsplannen naar ons oordeel wenselijk.[60]

De civiele rechter biedt aanvullende rechtsbescherming in het geval een bijzondere rechter onvoldoende rechtsbescherming kan bieden. Bij direct werkende algemeen verbindende voorschriften, zoals een gebod of verbod, oordeelt de Hoge Raad dat van de burger niet kan worden verwacht dat hij een rechtsgang bij de bestuursrechter creëert door het gebod of verbod doelbewust te overtreden, om zo een handhavingsbeslissing uit te lokken, waarna bezwaar en beroep openstaat.[61] In het hoofdstuk over feitelijk handelen bepleiten wij om via een verzoekschrift bestuurlijke rechtsoordelen gemakkelijker aan de bestuursrechter voor te kunnen leggen. Bij gebods- en verbodsbepalingen zouden belanghebbenden aan het bestuursorgaan kunnen vragen zich over de rechtmatigheid van een voorgenomen handeling uit te laten, waarna dat oordeel aan de bestuursrechter kan worden voorgelegd. Wij vermoeden dat die geïndividualiseerde uitspraak doorgaans meer rechtsbescherming aan burgers biedt dan een vrij abstracte beoordeling van de verbindendheid van de regel. Desalniettemin zouden we de huidige onrechtmatigedaadsactie bij de civiele rechter niet willen uitsluiten. Voor burgers kan het ook onevenredig bezwarend zijn om eerst een belangenorganisatie te moeten oprichten die aan allerlei governance-eisen moet voldoen, om zo een rechtsgang tegen de regel te creëren terwijl zij direct door het gebod of verbod worden geraakt. Hoewel rechtsvragen bij voorkeur door de meest gerede rechter in de meest gerede rechtsgang worden beantwoord, menen we dat een overlappende competentie vanuit het oogpunt van rechtsbescherming niet zo problematisch is.

2.4.3 *Behandeling beroep*

De vraag rijst of het beroep tegen regels een andersoortige behandeling moet krijgen. Anders gezegd, moeten de procedurele bepalingen die regelen hoe de procedure moet worden gevoerd, afwijken van de procedure in hoofdstuk 8 Awb? Zoals eerder opgemerkt, hechten wij veel belang aan een snelle rechtsgang. Tegelijkertijd mag snelheid niet ten koste gaan van het partijdebat en het voorlichten van de rechter. De procedure van hoofdstuk 8 Awb biedt voldoende mogelijkheden om aan deze eisen tegemoet te komen. Wij zien dan ook geen aanleiding om af te wijken van de procedure van hoofdstuk 8 Awb.

Wij zouden ook niet willen voorschrijven dat in geval van rechtstreeks beroep tegen regels altijd een meervoudige kamer uitspraak moet doen. Wij zouden dat aan de betreffende rechterlijke instanties willen overlaten. Meestal zal in dit soort zaken zonder meer worden gekozen voor een meervoudige kamer, maar

60 De wijze waarop de verbindendheid van het bestemmingsplan exceptief wordt getoetst in vervolgprocedures bij vergunningverlening, is op moment van schrijven in ontwikkeling, zie de conclusie van Staatsraad A-G A.G.A. Nijmeijer, ABRvS 5 april 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1367.

61 HR 11 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2169 (*Leenders/Ubbergen*); HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1296 (*Privacy First*); HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1049 (*Universiteiten/SCAU*).

voorstelbaar is dat bij opeenvolgende procedures tegen een en dezelfde regel vervolgberoepen enkelvoudig worden afgedaan.

Wat wij wel van belang vinden, is dat de betrokken algemene en collectieve belangen goed voor het voetlicht kunnen worden gebracht en derden inbreng kunnen leveren. Daarvoor lijkt de mogelijkheid van amicus-curiae-participatie de beste kaarten te hebben (art. 8:12b Awb). De Awb biedt een regeling met diverse waarborgen en geeft de rechter tegelijk de nodige armslag om de wijze van aankondiging van een open dan wel meer gesloten consultatie in de praktijk vorm te geven. Gezien het doorgaans grote aantal individuele belanghebbenden bij een regel lijkt het lastig hanteerbaar om deze belanghebbenden steeds als derden aan het geschil deel te laten nemen. Bovendien, kunnen zij wel op grond van artikel 8:26 Awb worden uitgenodigd om als *partij* aan het geschil deel te nemen als zij zelf van het beroepsrecht zijn uitgesloten? Dat lijkt niet logisch. Wel belangrijk is dat individuele belanghebbenden zo nodig informatie en argumenten naar voren kunnen brengen, bijvoorbeeld door hen op eigen verzoek in staat te stellen schriftelijke opmerkingen te maken. Wij verwijzen in dit kader ook naar paragraaf 2.5.2, waar in relatie tot de prejudiciële procedure in het belastingrecht de wettelijk geregelde inbreng van derden wordt besproken.

2.4.4 *Uitspraakbevoegdheden*

De vraag rijst welke uitspraakbevoegdheden de rechter moet hebben in het kader van een beroep tegen regels. Verlangt de beroepsgang zoals wij die hiervoor hebben besproken een afwijking van de 'normale' uitspraakbevoegdheden of is dat niet nodig?

Het is de vraag of bij een beroep tegen regels kan worden volstaan met de huidige uitspraakbevoegdheden van artikel 8:72 Awb. Wij achten het complex de rechter een regel te laten vernietigen. Vernietiging is een grofmazig alles-of-niets-instrument dat de rechter een rechtshandeling laat verrichten, waarmee hij de regel uit de hele rechtsorde verwijdert. Thans gaat de rechter over tot onverbindendverklaring of buiten toepassing laten van de onrechtmatige regel. Met een onverbindendverklaring geeft de rechter aan dat de algemene regel krachteloos is; de door de wetgever bedoelde rechtsgevolgen treden niet in, omdat geen rechtmatige toepassing van het voorschrift denkbaar is.[62] Schutgens geeft aan dat rechtsdogmatisch de onverbindendverklaring een vorm van een declaratoire uitspraak betreft. Dat biedt de rechter de mogelijkheid om de onverbindendverklaring 'te matigen'. Zo kan hij overwegen dat de interpretatie van de hogere regeling waaraan wordt getoetst een nieuwe interpretatie is, die daardoor pas ex nunc of zelfs pas over enige tijd ingaat.[63] Met Schutgens menen we dat de rechter de mogelijkheid moet hebben om de gevolgen van zijn uitspraak bij een beroep tegen regels te matigen. De rechter kan dus de werking van de onverbindendheid van de regel in de tijd kunnen

62 Schutgens 2017, p. 129-130.
63 Schutgens 2017, p. 130.

beperken.[64] Daarbij merken wij direct op dat de rechter van geval tot geval zal moeten beoordelen of er aanleiding is om de gevolgen van zijn uitspraak te matigen. Dat mag, met andere woorden, niet een automatisme zijn.

De declaratoire uitspraak geeft de rechter het instrument in handen om wél een materieel wetgevingsbevel te geven, maar voorkomt dat hij ook een formeel wetgevingsbevel uitvaardigt. Boogaard maakt dit onderscheid tussen een formeel wetgevingsbevel en een materieel wetgevingsbevel. Bij een formeel wetgevingsbevel is sprake van een constatering van het feit dat er een schending is, met daarbij een bevel om de wetgeving (de regel) aan te passen, waarbij de rechter ook duidelijk maakt op welke wijze dit moet gebeuren. Het materieel wetgevingsbevel is slechts de constatering van een schending van een wetgevingsplicht door een rechter, die daarbij op een voor de relevante regelgever bindende wijze recht vormt. Boogaard pleit voor de mogelijkheid van een materieel wetgevingsbevel, maar vindt een formeel wetgevingsbevel te ver gaan,[65] in lijn met de rechtspraak van de Hoge Raad.[66] Wij volgen die lijn. De wetgever of het regelgevende bestuursorgaan heeft de nodige beleidsruimte om de inhoud van regels te bepalen en de rechter zal zich niet snel gelegitimeerd voelen om zijn keuze daarvoor in de plaats te stellen. Wij menen dat een declaratoire uitspraak, waarbij wordt vastgesteld dat de betreffende regel in strijd is met hoger recht of algemene rechtsbeginselen, doorgaans volstaat. Vervolgens is de wetgever aan zet.

In het directe beroep heeft de rechter overigens de mogelijkheid om tussenuitspraken te doen. Bezwaren over een bepaalde regel kunnen bij tussenuitspraak worden geventileerd. De regelsteller wordt dan in staat gesteld de regel van een nadere motivering te voorzien en kan zo nodig gebreken in de regel doen herstellen. Dat heeft als voordeel dat de rechter de regelsteller in zijn tussenuitspraak suggesties kan geven voor de aanpassing, zonder een formeel wetgevingsbevel uit te vaardigen.[67]

2.4.5 *Evaluatie*

In de vorige paragrafen hebben wij de contouren van een beroepsgang geschetst waarbij het mogelijk is rechtstreeks beroep in te stellen tegen regels. De keuzes die wij daarbij hebben gemaakt, zijn bedoeld om de beroepsgang zo effectief mogelijk te laten verlopen. Daarbij is rekening gehouden met zowel de belangen van justitiabelen om in een vroegtijdig stadium de rechtmatigheid van regels ter discussie te stellen, als met het belang van de overheid om een *flood gate* aan beroepen te voorkomen. Wij willen nu de balans opmaken en de voor- en nadelen van een rechtstreeks beroep tegen regels bespreken.

64 Vgl. Schutgens 2017, p. 128 e.v.
65 Boogaard 2013, p. 242 e.v.
66 HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462, *AB* 2004/39, m.nt. Ch.W. Backes.
67 Vgl. Uzman 2013, p. 621 e.v.

Voordelen

1. Rechtsbescherming komt op een meer zinnig moment, als de uitvoering nog niet volledig ter hand hoeft te zijn genomen. Dat kan onnodige investerings- en uitvoeringskosten schelen.
2. Het geschil over de regel wordt niet meer begrensd door het bereik van de beschikking waartegen het beroep bij exceptieve toetsing is gericht.
3. Een direct beroep tegen regels past bij de ratio van de competentieverdeling tussen bestuursrechter en civiele rechter: alle besluiten kunnen aan de gespecialiseerde bestuursrechter worden voorgelegd.
4. Een direct beroep heeft de potentie vele individuele beroepen te doen voorkomen. Dat scheelt veel coördinatie om samenhangende beroepen af te stemmen.
5. De belanginbreng is bij een direct beroep met meer waarborgen omkleed, onder andere door eisen te stellen aan belangenorganisaties en amicus-curiae-participatie open te stellen.
6. Het direct beroep heeft als voordeel boven exceptieve toetsing dat de verwerende partij het orgaan is dat de regels heeft vastgesteld.
7. De rechterlijke uitspraak hoeft niet zo zwart-wit te zijn als bij exceptieve toetsing. In plaats van meteen de onverbindendheid vast te stellen kan de rechter het bestuursorgaan opdragen de regels beter te onderbouwen en het oordeel over de verbindendheid aanhouden.

Nadelen

1. In het begin zal vrij vaak de rechtsvraag naar de ontvankelijkheid van belangenorganisaties in direct beroep op de voorgrond treden. De bestuursrechter moet invulling geven aan de eisen die analoog aan artikel 3:305a BW aan het mandaat van belangenorganisaties kunnen worden gesteld.
2. Verzet in de samenleving tegen overheidsbestuur wordt meer juridisch zichtbaar.
3. De rechter kan meer politiek gevoelige vraagstukken op zijn bord krijgen (waarbij het in ontwikkeling zijnde kader van toetsing aan rechtsbeginselen zijn legitimiteit moet bewaken).
4. Het zelfstandig beroep tegen regels kan worden aangewend om oneigenlijke druk uit te oefenen op de wetgever of het regelgevend bestuursorgaan en om uitvoering te vertragen.

2.5 Fiscale inspiratie voor de beslechting van geschillen over regels

In de voorgaande paragrafen hebben we de exceptieve toets en het zelfstandige beroep tegen regels de revue laten passeren en daarbij verschillende malen aangegeven dat bepaalde instrumenten nodig zijn om een snelle beoordeling van de rechtmatigheid van regels te verkrijgen. Het fiscale procesrecht kent daarvoor verschillende mogelijkheden, die we in deze paragraaf belichten. Om de achtergrond van deze instrumenten goed te begrijpen, staan we kort stil bij het van de Awb afwijkende gesloten stelsel van rechtsbescherming.

2.5.1 *Het gesloten stelsel van rechtsbescherming in het belastingrecht*

De Awb gaat uit van een zogenoemd open systeem van rechtsbescherming: als hoofdregel geldt dat een belanghebbende bezwaar en beroep kan instellen tegen een besluit van een bestuursorgaan. De Awb hanteert een materieel besluitbegrip, het begrip 'belanghebbende' is breed geformuleerd en ook het begrip 'bestuursorgaan' wordt ruim uitgelegd in de rechtspraak. In het belastingrecht daarentegen kennen we een gesloten stelsel van rechtsbescherming. Het belastingrecht is onderdeel van het bestuursrecht. Dat betekent dat de Awb ook op belastingrecht van toepassing is, tenzij anders wordt bepaald. Voor de fiscale rechtsbescherming is in belangrijke mate van de Awb afgeweken. Als het gaat om bepalingen inzake bezwaar en beroep, is naast de Awb ook de AWR van toepassing. Deze wet vormt een lex specialis ten opzichte van de Awb. Het karakter als lex specialis komt met name tot uitdrukking waar de AWR uitdrukkelijk bepaalde artikelen uit de Awb van toepassing uitsluit met het oog op de rechtsbescherming van belastingplichtigen. Het gesloten stelsel van rechtsbescherming is te vinden in de artikelen 26 en 26a AWR. Op grond van artikel 26 AWR is, in afwijking van artikel 8:1 lid 1 Awb, geregeld dat tegen een ingevolge de belastingwet genomen besluit slechts beroep bij de bestuursrechter ingesteld kan worden, indien het betreft:

1. een belastingaanslag, daaronder begrepen de in artikel 15 AWR voorgeschreven verrekening; of
2. een voor bezwaar vatbare beschikking.

Daarbij is de voldoening of afdracht op aangifte, alsook de inhouding door een inhoudingsplichtige, van een bedrag als belasting, voor de mogelijkheid van beroep gelijkgesteld met een voor bezwaar vatbare beschikking. Concreet betekent dit dat ook tegen de voldoening of afdracht op aangifte, of de inhouding van belasting bezwaar en beroep kan worden aangetekend. Een beschikking is alleen een voor bezwaar vatbare beschikking als de belastingwet dat uitdrukkelijk aangeeft. Hiermee kent het belastingrecht, in tegenstelling tot het algemene bestuursrecht, een formeel beschikkingsbegrip.[68]

Anders dan in de Awb staat ingevolge artikel 26a AWR slechts voor een beperkte groep belanghebbenden beroep open. Het gaat dan uitsluitend om degene aan wie een belastingaanslag is opgelegd, degene die de belasting op aangifte heeft voldaan of afgedragen of van wie de belasting is ingehouden, of degene tot wie de voor bezwaar vatbare beschikking zich richt.

De wetgever heeft zich tot op heden altijd een voorstander betoond van het gesloten stelsel van fiscale rechtsbescherming.[69] In 2006 merkte de staatssecretaris van Financiën op:

> 'Bij een open stelsel zou naar mijn inzicht onevenredig veel onduidelijkheid en onzekerheid ontstaan over de vraag of een bepaalde handeling of beslissing als een voorbereidingshandeling dan wel als een beschikking dient te worden aangemerkt.

68 Pechler 2009, p. 51. Zie ook Van Roij 2021.
69 Zie Van Eijsden 2022, p. 33-35.

> Introductie van het open stelsel zou daarmee kunnen leiden tot een ongewenste toename van relatief ongewisse procedures die aan een efficiënte toepassing van het belastingrecht in de weg zouden kunnen komen te staan, zonder dat hiermee daadwerkelijk meer rechtsbescherming voor de burger bereikt zou worden.' [70]

Volgens de staatssecretaris van Financiën kan het gesloten stelsel van rechtsbescherming worden gezien als een systeem 'waarbij een evenwicht bestaat tussen de massaliteit van het heffings- en inningsproces enerzijds en de rechtsbescherming van belastingplichtige anderzijds'.[71]

Samengevat is het belangrijkste bezwaar van de wetgever tegen een open stelsel van fiscale rechtsbescherming een mogelijk ongewenste toename van relatief ongewisse procedures. Daarmee zou de 'efficiënte toepassing van het belastingrecht' in gevaar komen. Hiermee wordt bedoeld dat er zo veel procedures gevoerd zullen worden over tal van fiscale kwesties, dat het hele systeem van belastingheffing ontregeld zou raken. Inhoudelijk is het kabinet met name bevreesd voor veel discussies over de vraag of een bepaalde handeling of beslissing als een voorbereidingshandeling (niet voor bezwaar en beroep vatbaar) dan wel als een beschikking (wel voor bezwaar en beroep vatbaar) moet worden aangemerkt. Verder is de staatssecretaris van Financiën van mening dat het huidige stelsel van gesloten rechtsbescherming goed functioneert.[72] Waarom een goed functionerend systeem veranderen?

In de fiscale literatuur is veel kritiek uitgeoefend op deze positie van het kabinet.[73] Kern van die kritiek was dat het met de toename van fiscale procedures wel zou meevallen en dat er onvoldoende onderbouwing is voor deze stelling.[74] In dit verband is illustratief dat in Duitsland al jaren een open stelsel van rechtsbescherming in belastingzaken bestaat, dat kennelijk prima functioneert.[75] Een ander nadeel van het gesloten stelsel is dat voor de besluiten die niet aan de belastingrechter voorgelegd kunnen worden, de civiele rechter moet worden ingeschakeld. Die wordt in het algemeen gezien als minder deskundig op fiscaal terrein. Verder wordt gesteld dat het belastingrecht onderdeel is van het bestuursrecht en niet valt in te zien waarom er voor het belastingrecht afgeweken moet worden van de rest van het bestuursrecht. Wij voegen daaraan toe dat het douanerecht al een open stelsel van fiscale rechtsbescherming kent (zie art. 8:2 lid 2 Algemene douanewet). Voor zover wij weten, leidt dit stelsel van rechtsbescherming niet tot problemen.

---

70 *Kamerstukken II* 2005/06, 30322, nr. 9, p. 2. Zie eveneens *Kamerstukken II* 2006/07, 30943, nr. 6, p. 3.

71 *Kamerstukken II* 2006/07, 30943, nr. 6, p. 3.

72 *Kamerstukken II* 2006/07, 30322, nr. 13, p. 2.

73 Zie o.m. Happé 2007; Pechler 2007; Immerseel 2007; Feteris 2008, hoofdstuk 3; Bolhaar 2012; Feteris 2017.

74 G.J. van Leijnhorst (Van Leijnhorst 2016) merkt in dat kader op: 'Laat u niet van de wijs brengen door spookverhalen over tsunami's van bezwaren en beroepen die het gevolg zouden zijn van de beëindiging van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen en de beperking van de kring van de beroepsgerechtigde belanghebbenden. Die verhalen vinden geen steun in de feiten.'

75 Feteris 2008, hoofdstuk 3.

Weliswaar is het gesloten stelsel van fiscale rechtsbescherming de laatste jaren iets minder gesloten geworden doordat specifieke besluiten voor bezwaar en beroep vatbaar zijn gemaakt (zoals de informatiebeschikking ex art. 52a AWR en het besluit ambtshalve vermindering van een belastingaanslag in de inkomstenbelasting ex art. 9.6 Wet IB 2001). Niettemin is het fiscale stelsel van rechtsbescherming nog overwegend gesloten. Er zijn geen signalen dat dit op korte termijn zal veranderen.

Hoewel daarmee de rechtsbescherming in het belastingrecht nog beperkter is dan in het algemene bestuursrecht, lijkt de roep om mogelijkheden van beroep tegen regels in het belastingrecht minder sterk dan in het bestuursrecht. Dat heeft er waarschijnlijk mee te maken dat er in het fiscale procesrecht mogelijkheden bestaan om de geldigheid van regels op relatief korte termijn aan de rechter voor te leggen. Zo functioneert het systeem van sprongcassatie naar behoren, waarbij tegen een uitspraak van de rechtbank direct cassatieberoep bij de Hoge Raad wordt aangetekend. Daarnaast is nog niet zo lang geleden de mogelijkheid ingevoerd dat lagere rechters prejudiciële vragen aan (de belastingkamer van) de Hoge Raad kunnen stellen.[76] Hierop zal in de volgende paragraaf nader worden ingegaan.

2.5.2 *Prejudiciële vragen aan de belastingkamer van de Hoge Raad*

Toegang tot de rechter is een van de kernelementen van de rechtsstaat. De voormalig president van de Hoge Raad stelde nog niet zo lang geleden:

> 'Toegang tot de overheidsrechter behoort tot de "checks and balances" van de rechtsstaat. Is de toegang tot de rechter onvoldoende gewaarborgd, dan kan de balans in de rechtsstaat verstoord raken (...).'[77]

Het is dan ook niet voor niets dat de toegang tot de rechter een wezenlijk onderdeel vormt van de grondrechtencatalogus zoals deze onder meer te vinden is in het Europees Verdrag voor de bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Als het gaat om toegang tot de rechter, dan wordt daarmee – ook in het licht van bijvoorbeeld de artikelen 6 en 13 EVRM en artikel 47 Handvest – *tijdige* toegang bedoeld. Het is van belang dat een burger in relatief korte tijd antwoord krijgt op zijn (rechts)vragen.[78] Met andere woorden: ontijdige toegang is geen toegang.

Ook in het belastingrecht, waar procedures lang kunnen duren, wordt de roep om tijdige toegang tot de rechter, en meer specifiek tot de Hoge Raad, al geruime tijd gehoord. Belastingplichtigen willen graag snel duidelijkheid over de geldigheid van de regels waarop hun aanslag of voor bezwaar vatbare beschikking is

76 Zie over de voordelen van de prejudiciële procedure boven de andere procesmogelijkheden, waaronder sprongcassatie, Van Eijsden 2014, Happé 2010 en Van Suilen 2012.
77 Corstens 2014.
78 Zie nader in relatie tot het belastingrecht: Commissie Hoge Raad 100 jaar belastingrechtspraak 2015, p. 91 e.v.

gebaseerd. Regelmatig gaat het daarbij om regels die grote groepen belastingplichtigen aangaan. In het belastingrecht valt daarbij te denken aan onderwerpen als de vermogensrendementsheffing in de inkomstenbelasting (box 3), de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, de crisisheffing hoge lonen en de behandeling van het privégebruik van de auto voor de omzetbelasting. In deze en andere zaken is het van groot belang dat de hoogste rechter – voor het belastingrecht: de Hoge Raad – snel en inhoudelijk uitspraak kan doen over in de praktijk levende rechtsvragen.

Een belangrijke stap daarnaartoe is gezet met de introductie van de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen aan de belastingkamer van de Hoge Raad.[79] Deze mogelijkheid, die is opgenomen in hoofdstuk V, afdeling 2A, van de AWR (art. 27ga-27ge) en sinds 1 januari 2016 van toepassing is, geeft aan rechtbanken (en ook aan gerechtshoven)[80] de discretionaire bevoegdheid om op verzoek van een partij of ambtshalve een rechtsvraag voor te leggen aan de Hoge Raad, indien een antwoord op deze vraag nodig is om op het beroep te beslissen.[81] Niet elke rechtsvraag is overigens geschikt om voor te leggen aan de Hoge Raad in een prejudiciële procedure. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat het moet gaan om 'rechtsvragen die (potentieel) in een groot aantal vergelijkbare gevallen spelen'.[82]

Voordat een prejudiciële vraag door een lagere rechter wordt voorgelegd aan de Hoge Raad, worden partijen in de gelegenheid gesteld om zich hierover uit te laten. De lagere rechter legt de prejudiciële vraag voor aan de Hoge Raad in een beslissing waarin de feiten, het onderwerp van geschil en de door partijen ingenomen standpunten zijn opgenomen. Wanneer de prejudiciële vraag voorligt bij de Hoge Raad wordt de behandeling door de lagere rechter geschorst. Verder is het mogelijk, op verzoek van partijen of ambtshalve, om andere lopende procedures aan te houden tot de Hoge Raad heeft beslist. De rechter moet partijen wel eerst in de gelegenheid stellen om zich daarover uit te laten.

De Hoge Raad stelt partijen in de gelegenheid om schriftelijk opmerkingen te maken. In afwijking van de reguliere cassatieprocedure kan de Hoge Raad bepalen dat ook anderen dan partijen schriftelijke opmerkingen kunnen maken.[83] De Hoge Raad kan er baat bij hebben om beter geïnformeerd te raken, door deskundigen

79 Zie nader Van der Ouderaa 2015; Niessen 2016; Van den Maagdenberg 2022.

80 Art. 27h lid 2 AWR.

81 Zie ook de Procesregeling prejudiciële vragen aan de belastingkamer van de Hoge Raad der Nederlanden, te vinden op rechtspraak.nl.

82 *Kamerstukken II* 2015/16, 34305, nr. 3, p. 57. Anders dan in het civiele recht heeft de wetgever in het belastingrecht niet wettelijk willen vastleggen welke prejudiciële vragen zich lenen voor beantwoording. Een wettelijke afbakening wordt niet noodzakelijk geacht, omdat de Hoge Raad, na de procureur-generaal te hebben gehoord, aanstonds of op een later moment kan afzien van de beantwoording (art. 27gc lid 8 AWR). Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34305, nr. 3, p. 57.

83 In feite is hiermee de figuur van de 'amicus curiae' in het belastingrecht geïntroduceerd. Zie nader over de amicus curiae De Poorter 2015 en Van Eijsden 2015. De Wet tot wijziging van de Algemene wet bestuursrecht, de Algemene wet inzake rijksbelastingen, de Wet op de rechterlijke organisatie en de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren in verband met enkele wijzigingen in het belang van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling bij de hoogste rechtscolleges (amicus curiae en kruisbenoemingen) biedt een wettelijke basis voor de amicus curiae en is in werking getreden op 1 juli 2021.

en belanghebbenden in vergelijkbare geschillen de gelegenheid te geven zich uit te laten over de beantwoording van de prejudiciële vraag. Het is mogelijk dat de Hoge Raad ambtshalve, dan wel op verzoek, een termijn bepaalt voor mondelinge of schriftelijke toelichting door partijen. Een andere belangrijke afwijking van de reguliere cassatieprocedure is dat geen sprake is van verplichte procesvertegenwoordiging in de gehele prejudiciële procedure, omdat het niet passend wordt gevonden om partijen en eventuele derden te verplichten advocaatkosten te maken. Na het verstrijken van de termijn voor schriftelijke opmerkingen, of nadat de toelichtingen zijn gehouden of ontvangen, kan de procureur-generaal (in fiscale zaken veelal een advocaat-generaal) een conclusie nemen. Wanneer de procureur-generaal een conclusie neemt, hebben partijen twee weken om daarop schriftelijk te reageren.

De uitspraak van de Hoge Raad wordt schriftelijk gedaan. De Hoge Raad kan de prejudiciële vraag herformuleren. De Hoge Raad kan, al dan niet voorafgaand aan de procedure, zonder nadere motivering afzien van beantwoording, indien de vraag zich niet leent voor beantwoording bij prejudiciële beslissing of de vraag van onvoldoende gewicht is. Wanneer het antwoord op de prejudiciële vraag niet meer nodig is om in de (specifieke) procedure te beslissen, kan de Hoge Raad deze alsnog beantwoorden. Dit is relevant omdat het antwoord op de gestelde rechtsvraag wel van belang kan zijn in andere lopende procedures.

De rechtbank (of het gerechtshof) die (dat) de prejudiciële vraag heeft gesteld, ontvangt na de beantwoording van de rechtsvraag door de Hoge Raad een afschrift van deze uitspraak, en beslist met inachtneming hiervan.

Bovenstaande beschrijving van de prejudiciële procedure in het belastingrecht maakt duidelijk dat rechtsvragen die (potentieel) in een groot aantal vergelijkbare gevallen spelen, in relatief korte tijd aan de Hoge Raad gesteld kunnen worden. Blijkens onderdeel 4 van de 'Procesregeling prejudiciële vragen aan de belastingkamer van de Hoge Raad der Nederlanden' ziet de Hoge Raad erop toe dat de procedure met voortvarendheid wordt gevoerd. Dat betekent dat belangrijke rechtsvragen in relatief korte tijd kunnen worden beantwoord. Overwogen zou kunnen worden om deze mogelijkheid ook voor (de rest van) het bestuursrecht in te voeren.[84] Weliswaar heeft deze mogelijkheid principieel niet dezelfde reikwijdte als een beroep tegen regels, feit is dat belanghebbenden via een prejudiciële procedure relatief snel antwoord kunnen krijgen op in de praktijk levende rechtsvragen zoals de geldigheid van specifieke regelgeving. Aan de andere kant is de te boeken tijdwinst in het algemene bestuursrecht beperkter, nu daar slechts rechtspraak in twee instanties plaatsvindt.

84 Vgl. Blankenstein 2021; Giesen & Ortlep 2017; Barkhuysen & Schuurmans 2013.

Hieronder sommen wij kort de voor- en nadelen op van het introduceren van een prejudiciële procedure in (de rest van) het bestuursrecht.[85]

Voordelen

1. De prejudiciële procedure maakt het mogelijk dat relatief snel een oordeel kan worden verkregen van de hoogste bestuursrechter over de rechtmatigheid van een bepaalde regel.
2. Het oordeel van de hoogste bestuursrechter kan worden verkregen zonder dat daarvoor een reguliere procedure bij die hoogste bestuursrechter moet worden gevoerd.
3. Het oordeel van de hoogste bestuursrechter over de rechtmatigheid van een bepaalde regel is niet afhankelijk van de bereidheid van partijen om hoger beroep aan te tekenen.
4. Het stellen van prejudiciële vragen leidt in het algemeen tot een kostenbesparing. Partijen hoeven niet zelf te procederen tot en met de hoogste bestuursrechter. Indien als gevolg van de prejudiciële procedure andere individuele zaken niet meer hoeven te worden uitgeprocedeerd, leidt het ook voor andere belanghebbenden en de rechterlijke macht tot een kostenbesparing.

Nadelen

1. Hoewel er zeker tijdwinst kan worden geboekt met een prejudiciële procedure in (de rest van) het bestuursrecht, is de tijdwinst beperkter dan in het belastingrecht waar de rechtsgang uit twee feitelijke instanties bestaat, gevolgd door de cassatiefase.
2. De prejudiciële procedure is louter een procesversneller, maar leidt op zichzelf niet tot meer mogelijkheden om regels ter discussie te stellen.
3. Het is niet altijd wenselijk dat er prejudiciële vragen worden gesteld aan de hoogste bestuursrechter. In bepaalde gevallen is het juist goed als er meerdere uitspraken zijn van rechtbanken, zodat de hoogste bestuursrechter goed wordt 'voorgelicht' over de betreffende rechtsvraag.
4. Een groot deel van de nadelen van exceptieve toetsing ten opzichte van het directe beroep tegen regels gaat ook hier op, zoals de noodzaak van individuele beroepen, rechtsbescherming ver nadat de uitvoering al is aangevat en de ongeschiktheid van een tweepartijenproces voor de voorliggende rechtsvraag. Verwezen wordt naar de opsomming in paragraaf 3.2.

2.5.3 *De voor cassatie vatbare beschikking*

Een instrument waarmee nog sneller een inhoudelijke en finale beslissing verkregen kan worden over prangende rechtsvragen, is de voor cassatie vatbare beschikking. In het belastingrecht is de discussie over een voor cassatie vatbare beschikking in volle gang.[86] In het kort komt dit instrument er voor het belastingrecht op neer dat het bestuursorgaan op verzoek van de belanghebbende een beschikking

85 Vgl. Commissie Hoge Raad 100 jaar belastingrechtspraak 2015, p. 99.
86 Zie o.m. Commissie Hoge Raad 100 jaar belastingrechtspraak 2015, p. 91 e.v. en de aldaar aangehaalde literatuur.

neemt over de toepassing van het recht op een (voorgenomen) (rechts)handeling, waartegen de belanghebbende vervolgens rechtstreeks cassatie kan aantekenen bij de Hoge Raad. Ten opzichte van de prejudiciële procedure kan door middel van de voor cassatie vatbare beschikking nog sneller rechtsbescherming worden verkregen. Men zou in deze procedure immers rechtstreeks een oordeel aan de Hoge Raad vragen. Als een dergelijke beschikking ook gevraagd zou kunnen worden met betrekking tot voorgenomen rechtshandelingen, leidt dit instrument tot preventieve rechtsbescherming (een pre-factuele procedure). Het is echter ook voorstelbaar om deze procedure alleen open te stellen in het kader van rechtshandelingen die reeds hebben plaatsgevonden. Om te voorkomen dat in te veel gevallen van de voor cassatie vatbare beschikking gebruik wordt gemaakt, zou dit instrument beperkt moeten worden tot gevallen waarin sprake is van een zwaarwegend belang en/of rechtsvragen die (potentieel) in een groot aantal vergelijkbare gevallen spelen. Daarbij gaat het bijvoorbeeld om de vraag of een bepaalde regel die in een concrete situatie van toepassing is, al of niet strijdig is met Unierecht. Tevens is het van belang dat de beschikking betrekking heeft op een reële kwestie, over hypothetische situaties kan geen beschikking worden gevraagd. In dat kader is voorgesteld om te spreken van een reële situatie wanneer sprake is van een toekomstige aangelegenheid die een zekere noodzakelijkheid of onvermijdelijkheid heeft.[87] Ondanks de nodige aandacht in de literatuur is dit instrument in het belastingrecht nog niet ingevoerd en het ziet er niet naar uit dat dat snel zal veranderen. Het is niet duidelijk wat daarvan de redenen zijn.

Desondanks verdient het doordenking of een dergelijk instrument in (de rest van) het bestuursrecht ingevoerd zou moeten worden; we spreken dan over een voor rechtstreeks beroep vatbare beschikking. In dat geval zou in reactie op een beschikking rechtstreeks beroep ingesteld kunnen worden bij de hoogste bestuursrechter. Het instrument heeft voor het bestuursrecht veel gelijkenis met de figuur van het bestuurlijk rechtsoordeel. Beide instrumenten hebben tot doel duidelijkheid te verkrijgen over de toepassing van het recht op bepaald handelen van een belanghebbende.

Het invoeren van de voor rechtstreeks beroep vatbare beschikking in de rest van het bestuursrecht ligt naar ons oordeel niet voor de hand. Allereerst verdient het voorkeur om te kiezen voor een zelfstandige procedure voor een direct beroep tegen regels, waarin zowel de toepasselijkheid als de rechtmatigheid van een regel kan worden beoordeeld. Ook dat is een snelle procedure nu daarin beroep tegen regels in eerste en enige aanleg wordt voorgesteld. De toegevoegde waarde van de voor rechtstreeks beroep vatbare beschikking is verder naast het bestuurlijk rechtsoordeel marginaal. Daarbij kan immers al een oordeel over de toepasselijkheid van een regel worden verkregen. In hoofdstuk 3 bepleiten we de bestuursrechter de bevoegdheid te geven om over bestuurlijke rechtsoordelen te oordelen. De tijdwinst van de voor rechtstreeks beroep vatbare beschikking is dan betrekkelijk beperkt, omdat alleen de bezwaarfase en het beroep in eerste aanleg worden overgeslagen.

87 Happé 2010.

Voor het bestuurlijk rechtsoordeel stellen we een verzoekschriftprocedure voor, zodat ook dan de bezwaarfase als processtap komt te vervallen. De meerwaarde van de voor beroep vatbare beschikking is zo beperkt dat we voorstellen het procesrechtelijk landschap niet met nog meer faciliteiten uit te breiden.

2.5.4 *De massaalbezwaarregeling*

Zoals hiervoor reeds is opgemerkt, zijn verschillende rechtsstelsels in staat gebleken om met een groot aantal beroepen om te gaan. Een van de voorbeelden daarvan is de massaalbezwaarprocedure in het belastingrecht.[88] Deze regeling bestaat al enkele jaren, maar is in 2016 in een nieuw jasje gestoken. Vanaf dat moment is de regeling in het belastingrecht een aantal keren toegepast. Zo zijn de bezwaren tegen de box-3-heffing over 2017 en 2018 als massaal bezwaar aangemerkt. En ook bij de bezwaren tegen de btw-correctie privégebruik auto is van de massaalbezwaarregeling gebruik gemaakt. Wat betreft de box-3-heffing over 2017 is door ruim 60.000 belastingplichtigen bezwaar gemaakt. Dergelijke aantallen rechtvaardigen een procedure waarbij op een praktische manier met alle bezwaarschriften wordt omgegaan, zonder dat afbreuk wordt gedaan op de rechtsbescherming van individuele belastingplichtigen.

De massaalbezwaarprocedure is geregeld in artikel 25c e.v. van de AWR. Artikel 25c lid 2 AWR luidt als volgt: 'Indien naar het oordeel van Onze Minister voor de beslissing op een groot aantal bezwaarschriften de beantwoording van eenzelfde rechtsvraag van belang is, kan hij een aanwijzing massaal bezwaar geven. De aanwijzing massaal bezwaar bevat de te beantwoorden rechtsvraag, al dan niet met accessoire kwesties. (...).' De aanwijzing geschiedt formeel dus door de minister van Financiën, maar in de praktijk is het de staatssecretaris van Financiën die de aanwijzing geeft. De aanwijzing massaal bezwaar geldt blijkens artikel 25c lid 3 AWR uitsluitend voor bezwaren die de rechtsvraag betreffen. Als bezwaarschriften zijn ingediend waarin naast de rechtsvraag ook nog andere kwesties worden opgeworpen, moeten de bezwaren worden gesplitst. Het deel van het bezwaar dat ziet op de rechtsvraag valt onder de massaalbezwaarprocedure, het deel van het bezwaar waarin andere kwesties aan de orde gesteld worden, valt buiten de massaalbezwaarprocedure. Voor deze laatste categorie bezwaren zal dus individueel geprocedeerd moeten worden (zie art. 25f lid 1 sub a AWR). Zo betrof de aanwijzing massaal bezwaar box 3 2017 alleen de rechtsvraag of de box-3-heffing over 2017 op regelniveau in strijd was met artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM, zonder dat de schending van de 'fair balance' op het niveau van de individuele belastingplichtige wordt beoordeeld, of het discriminatieverbod van artikel 14 EVRM.[89] Belastingplichtigen die in hun bezwaar ook hadden gesteld dat in hun specifieke situatie sprake was van een individuele en buitensporig zware last, vallen voor die laatste kwestie buiten de massaalbezwaarprocedure. Om onder de massaalbezwaarprocedure te vallen moet het bezwaarschrift bovendien ingediend zijn in

88 Zie nader over deze regeling: Nent 2017 en Kastelein 2019.
89 Zie HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1963.

de periode tot en met de dag voorafgaande aan de dag waarop de collectieve uitspraak op bezwaar (zie hierna) wordt gedaan, de indiening van het bezwaar tijdig is en nog geen uitspraak op bezwaar is gedaan.[90,91] De termijn om te beslissen op bezwaren waarvoor de aanwijzing massaal bezwaar geldt, wordt opgeschort tot en met de dag voorafgaande aan de dag waarop de collectieve uitspraak op bezwaar wordt gedaan (art. 25c lid 4 AWR).

De inspecteur selecteert één of meer zaken met het oog op de beantwoording van de in geschil zijnde rechtsvraag (zie art. 25d lid 1 AWR). Alleen in die zaken zal er worden geprocedeerd. Alle andere zaken worden aangehouden. Uiteindelijk zal de hoogste rechter een beslissing nemen en antwoord geven op de rechtsvraag die is opgenomen in de aanwijzing massaal bezwaar. Binnen zes weken nadat deze rechtsvraag onherroepelijk is beantwoord, beslist de inspecteur door middel van één collectieve uitspraak op bezwaar (art. 25e lid 1 AWR). Deze collectieve uitspraak op bezwaar geldt voor alle bezwaren die onder de massaalbezwaarprocedure vallen. De collectieve uitspraak wordt bekendgemaakt door gelijktijdige kennisgeving ervan in de Staatscourant en op de website van de Belastingdienst (art. 25e lid 3 AWR). Tegen de collectieve uitspraak kan geen beroep worden ingesteld. Als de inspecteur bij onherroepelijke rechterlijke uitspraak geheel of gedeeltelijk in het ongelijk is gesteld, moet hij binnen zes maanden na de kennisgeving van de collectieve uitspraak actie ondernemen. Dat houdt in dat hij de aanslagen en beschikkingen waarop de bezwaren waarvoor de aanwijzing massaal bezwaar geldt, betrekking hadden, vermindert, of in geval van ingehouden of op aangifte afgedragen belasting een teruggaaf verleent. Die vermindering of teruggave geschiedt niet bij voor bezwaar vatbare beschikking, zodat tegen die vermindering of teruggave geen beroep bij de belastingrechter openstaat (art. 26 lid 1 AWR). Wel kan de belanghebbende een verzoek om ambtshalve (verdere) vermindering van de aanslag indienen. Tegen de gehele of gedeeltelijke afwijzing door de inspecteur van dat verzoek kan – na bezwaar – alleen beroep worden aangetekend bij de belastingrechter voor zover het de inkomstenbelasting betreft (art. 9.6 lid 3 Wet IB 2001).[92] Voor andere belastingen zal men moeten aankloppen bij de civiele rechter.

---

90 In de massaalbezwaarregeling zoals deze bestond tot 2016 was het niet nodig om afzonderlijk bezwaar aan te tekenen. Als met betrekking tot een bepaalde rechtsvraag de massaalbezwaarprocedure gold, dan viel elke belastingplichtige bij wie deze rechtsvraag voor de betreffende periode speelde, onder de regeling. Sinds 2016 moet elke belastingplichtige bezwaar maken wil hij onder deze regeling vallen.

91 Ten aanzien van degenen die niet (tijdig) bezwaar hebben gemaakt en daarom niet onder de massaalbezwaarregeling inzake box 3 vallen, zal een proefprocedure worden gevoerd om te bezien of deze groep belastingplichtigen – in weerwil van HR 20 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:718 – mogelijk toch recht heeft op een tegemoetkoming in de vorm van een belastingteruggaaf. Hiervoor is een 'massaal bezwaar plus'-regeling in het leven geroepen. Zie de brief van 4 november 2022 van de staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst – aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal (Verzoeken om ambtshalve vermindering niet-bezwaarmakers box 3).

92 Vgl. HR 20 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:718.

De massaalbezwaarregeling in het belastingrecht is een praktische regeling die ervoor zorgt dat bij een groot aantal bezwaren tegen dezelfde rechtsvraag het bestuursorgaan (in dit geval de Belastingdienst) niet individueel op al die bezwaren moet reageren. In feite realiseert de massaalbezwaarregeling dat in een aantal representatieve zaken proefprocedures worden gevoerd waarvan de uitkomst geldend is voor alle andere bezwaren. Op deze manier wordt op een adequate wijze rechtsbescherming verleend, rekening houdend met de belangen van de Belastingdienst.

Deze regeling zou ook kunnen worden ingevoerd in de rest van het bestuursrecht. Met name als er discussie is over de rechtmatigheid van een bepaalde regel en blijkt dat een groot aantal belanghebbenden hierdoor geraakt worden en om die reden bezwaar en beroep aantekenen tegen een bepaald besluit, zou van een massaalbezwaarregeling gebruikgemaakt kunnen worden om de bezwaren te kanaliseren. Daarmee kan worden voorkomen dat bestuursorganen en rechtbanken een *flood gate* aan procedures te verwerken krijgen. Als een aantal zaken onder een massaalbezwaarprocedure wordt uitgeprocedeerd, kan op een efficiënte en effectieve manier duidelijkheid worden verkregen over de rechtmatigheid van bepaalde regels. Daar tegenover staat dat de massaalbezwaarregeling behoorlijk wat coördinatie vergt, omdat de bezwaren gesplitst moeten worden als er meer bezwaargronden dan de enkele rechtsvraag naar voren worden gebracht. Een ander nadeel is dat een van de procespartijen, het bestuur, grote invloed heeft op hoe de vraag wordt gesteld en wie zijn tegenstander is in de rechterlijke arena. Bij voorkeur legt men die besliselementen niet bij een procespartij neer met een eigen belang bij de uitkomst van de procedure.[93]

2.6 Conclusie

De manier van besturen in de samenleving is de afgelopen decennia veranderd. De regelgevende taak is in toenemende mate bij het bestuur komen te liggen. Ook wordt de rechtspositie van een burger steeds vaker bepaald door algemene normstelling in avv's en uitvoeringsbeleid, dan door individuele besluiten. Dat vraagt erom rechtsbescherming tegen algemene regels mogelijk te maken bij de bestuursrechter. Daaraan kleven echter ook bezwaren. Zo bestaat de vrees dat een dergelijke beroepsgang een grote hoeveelheid procedures met zich meebrengt. Een ander bezwaar is dat bij een beroep tegen algemene regels de bestuursrechter zich uit een oogpunt van de trias politica te veel op het gebied van de andere machten begeeft. De nadelen die kleven aan het ruimer openstellen van beroep tegen regels bij de bestuursrechter, wegen naar onze mening echter minder zwaar dan de voordelen van deze beroepsgang en kunnen overigens worden ondervangen door de voorstellen die wij doen in dit hoofdstuk.

93 Vgl. Schuurmans 2013.

Burgers kunnen op dit moment de rechtmatigheid van regels ter discussie stellen door te verzoeken om exceptieve toetsing. De exceptieve toets van een algemene regel is een belangrijk middel om in een individueel geval de rechtmatigheid van een bepaalde regeling te toetsen en er zijn voldoende mogelijkheden om deze toets nader te ontwikkelen. Daarom is het van belang deze toets te behouden en uit te diepen. Dat is bijvoorbeeld mogelijk door de exceptieve toetsing te verbinden aan de prejudiciële procedure zoals we die in het belastingrecht kennen.

De mogelijkheid van exceptieve toetsing geeft echter niet in alle situaties voldoende rechtsbescherming. In de praktijk komen er regelmatig rechtsvragen op die het individuele geval overstijgen en niet passen bij een exceptieve toetsing in een tweepartijenproces. Het zou wenselijk zijn beroep tegen algemene regels open te stellen om (mogelijke) onrechtmatigheden op zaakoverstijgend niveau aan de kaak te kunnen stellen. De bestuursrechter is voor deze beroepsgang de aangewezen rechter, aangezien burgers op deze manier voor alle besluiten naar dezelfde rechter kunnen.

Vanuit een oogpunt van effectieve rechtsbescherming is het van belang dat de rechtsgang tegen regels vormgegeven wordt als een groeimodel en niet té laagdrempelig is. Wij doen daarom enkele voorstellen voor het ontwerp van de beroepsgang. Het is wenselijk de beroepsgang vorm te geven zonder voorprocedure, wat zorgt voor een snelle beroepsgang. Het belang van rechtszekerheid is verder gediend bij een beroepsgang in eerste en enige aanleg. Wij stellen voor de beroepstermijn bij deze beroepsgang los te laten, aangezien onrechtmatigheden in algemene regels soms pas in de loop van de uitvoering aan het licht komen. Bovendien selecteert een korte beroepstermijn uit op reeds sterk georganiseerde belangen.

Met betrekking tot de ontvankelijkheid van het beroep doen wij de volgende voorstellen. Bij deze beroepsgang is het mogelijk om kringen van belanghebbenden te identificeren. Dat zal wel vaak resulteren in een zeer groot aantal belanghebbenden. Wij achten het op dit moment wenselijk de beroepsgang tegen regels alleen open te stellen voor belangenorganisaties. Allereerst kan op deze manier geëxperimenteerd worden met de nieuwe beroepsgang. Ten tweede vermoeden wij dat belangenorganisaties doorgaans beter in staat zijn om een regelgevingsgeding te voeren, nu een dergelijke procedure veel expertise vergt en belangenorganisaties goed in de materie van bepaalde regelgeving zitten. Ten slotte zorgt de beperking tot belangenorganisaties voor een effectieve procedure, aangezien de belangen van een groep benadeelden gebundeld kunnen worden. Op termijn kan worden bezien of de kring van beroepsgerechtigden moet worden uitgebreid.

De mogelijkheden die binnen het belastingrecht bestaan om algemene regels aan de orde te stellen, kunnen als een spiegel voor de rest van het bestuursrecht functioneren. Met name de prejudiciële procedure (al dan niet in relatie tot de exceptieve toetsing) en de massaalbezwaarregeling verdienen nadere doordenking. Mocht in de toekomst de wens ontstaan om ook individuele belanghebbenden ontvankelijk te verklaren bij een direct beroep tegen regels, dan kan een regeling die is geënt op de massaalbezwaarregeling in het belastingrecht de bestuursrechter in staat stellen met al deze beroepen effectief om te gaan.

Het bestuursrecht dient mee te bewegen met de veranderde praktijk van besturen. Daarom is het noodzakelijk dat er in de toekomst zowel een mogelijkheid is om algemene regels exceptief te toetsen als een mogelijkheid om direct in beroep te komen tegen die regels. De voorstellen die wij doen voor de beroepsgang tegen regels zijn een aanzet voor een realistische maar effectieve beroepsgang. Op die manier kan het bestuursrecht wennen aan een nieuw rechtsmiddel, maar tevens blijven meebewegen met de praktijk van besturen.

3 Verzoeken over feitelijk handelen en bestuurlijke rechtsoordelen

3.1 Inleiding

Aan de overheid zijn talloze taken toebedeeld en zij beschikt over vele uiteenlopende bevoegdheden. De belangrijkste daarvan is de bevoegdheid besluiten te nemen. Het handelen van de overheid ten behoeve van haar publiekrechtelijke taken en bevoegdheden is daartoe echter niet beperkt. Besluiten moeten worden voorbereid en uitgevoerd. In het kader daarvan vinden allerlei verschillende interacties tussen overheid en burger plaats. Bovendien kunnen de rechtspersonen waaruit de overheid bestaat, net als iedere andere (rechts)persoon, privaatrechtelijke rechtshandelingen verrichten.

En het overheidshandelen bestaat verder uit allerlei 'feitelijk handelen', dat wil zeggen handelingen die niet de strekking hebben om rechtsgevolgen in het leven te roepen, maar waaraan het recht wel rechtsgevolgen kan verbinden.

De bevoegdheid van de bestuursrechter is nu vrijwel geheel beperkt tot geschillen over besluiten en over de vergoeding van schade die is veroorzaakt door onrechtmatige besluiten (of de onrechtmatige voorbereiding daarvan).[1] Feitelijk handelen valt daarbuiten. Voorbeelden van feitelijk overheidshandelen zijn er te over. Het kan gaan om (de beslissing tot) het openbreken van een straat om straatstenen te vervangen of om onderhoud aan een watergang, maar ook om een toezichthouder die een plaats betreedt en goederen in beslag neemt.

In het verleden is voor enkele feitelijke handelingen de bevoegdheid van de bestuursrechter al verruimd met geschillen over een aantal specifieke vormen van handelen of nalaten die geen besluit zijn. Gedacht kan worden aan het niet tijdig beslissen door het bestuursorgaan op een aanvraag (art. 6:2 Awb) of de weigering feitelijk bestuursdwang toe te passen nadat bij besluit een last onder bestuursdwang is opgelegd en de begunstigingstermijn is verstreken (art. 5:31a lid 3 Awb). Ook artikel 8:2 Awb bevat een aantal uitbreidingen voor specifieke gevallen. Dergelijke geschillen kunnen door de bestuursrechter worden beslecht omdat een belanghebbende de bevoegdheid heeft gekregen daartegen beroep in te stellen. Op specifieke, in bijzondere wetten neergelegde uitzonderingen na bestaat niet de mogelijkheid om in beroep te gaan tegen feitelijk handelen.

1 Let echter op de – toch aanzienlijke – gevallen waarin feitelijk handelen gelijk wordt gesteld met een besluit, o.a. art. 79 Participatiewet, art. 72 lid 3 en 4 Vw 2000 en art. 93 Vw 2000.

De eerste helft van dit hoofdstuk gaat over de vraag of het een goed idee is om de bevoegdheid van de bestuursrechter principieel uit te breiden tot geschillen over feitelijke handelingen die de overheid verricht ter uitoefening van publiekrechtelijke taken en bevoegdheden (par. 3.2 t/m 3.4). De commissie geeft een bevestigend antwoord op die vraag en stelt vervolgens aan de orde hoe ver die uitbreiding zou moeten gaan (par. 3.5). De tweede helft van dit hoofdstuk gaat over de consequenties die zo'n uitbreiding zou hebben voor de inrichting van de procedures bij de bestuursrechter (par. 3.6 t/m 3.10).

Dit hoofdstuk is als volgt opgebouwd. In paragraaf 3.2 zijn aan de orde de argumenten waarom de bestuursrechter over meer dan besluiten zou moeten kunnen oordelen. Paragraaf 3.3 gaat over argumenten die pleiten tegen die uitbreiding. Paragraaf 3.4 maakt de balans op tussen voors en tegens. In paragraaf 3.5 wordt verkend hoe ver de bevoegdheid van de bestuursrechter volgens de commissie zou moeten strekken als hij over feitelijk handelen mag gaan oordelen. In paragraaf 3.6 wordt bepleit dat de uitbreiding van de bevoegdheid van de bestuursrechter niet in de weg hoeft te staan aan de keuze voor een civiele procedure over feitelijk overheidshandelen. In de paragrafen 3.7 tot en met 3.10 wordt ingegaan op de vraag hoe de procedure bij de bestuursrechter ten behoeve van de beoordeling van feitelijk overheidshandelen eruit zou moeten zien.

3.2 Argumenten voor de bevoegdheid van de bestuursrechter om over feitelijk handelen te oordelen

3.2.1 Principiële argumenten

Er zijn verschillende principiële argumenten om de bevoegdheid van de bestuursrechter uit te breiden met geschillen over feitelijk handelen.

3.2.1.1 Het eerste principiële argument: de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking

Het eerste principiële argument luidt – kort en goed – dat het bestuursrecht gaat over de handelingen die het openbaar bestuur verricht ter uitvoering van zijn publiekrechtelijke taken en bevoegdheden en dat het om die reden wenselijk is dat de bestuursrechter bevoegd is te oordelen over alle geschillen die kunnen ontstaan over de uitoefening van die publiekrechtelijke taken en bevoegdheden, ook als die geschillen over iets anders dan een besluit gaan. De bestuursrechtelijke rechtsbetrekking wordt niet alleen bepaald door besluiten, maar ook door andere handelingen die door de overheid worden verricht ter uitvoering van haar publiekrechtelijke taken en bevoegdheden.

In het bestuursrecht zoals dat werd opgevat aan het begin van de twintigste eeuw ontstonden rechten en verplichtingen uit algemeen verbindende voorschriften (formele en lagere wetten) en beschikkingen. Dat waren de bronnen waaraan bestuursorganen hun bevoegdheden en burgers hun rechten ontleenden en waar de verplichtingen voor zowel bestuur als burgers uit voortvloeiden. In de verzorgingsstaat die Nederland toen was, hadden het plan, de subsidie en de beschikking

zich tot de belangrijkste beleidsinstrumenten van de overheid ontwikkeld.[2] Zo bezien is het begrijpelijk dat het besluit centraal is komen te staan in de bestuursrechtspraak. Zoals hierna in paragraaf 3.2.2 verder wordt toegelicht, is het besluit in de huidige participatiemaatschappij echter niet altijd meer de spreekwoordelijke 'hoeksteen' van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking.

In de loop van de twintigste eeuw is er een belangrijke bron van rechten en plichten bij gekomen doordat in de rechtspraak de beginselen van behoorlijk bestuur werden erkend en ontwikkeld als rechtsnormen voor het bestuurshandelen. Die konden door de bestuursrechter worden meegenomen in de beoordeling van bestuursrechtelijke geschillen, maar alleen als zij van betekenis waren voor de toetsing van besluiten. Maar deze beginselen normeren ook andere handelingen dan besluiten, zoals de communicatie tussen bestuur en burgers, informatieverstrekking en handelingen in de sfeer van het toezicht, alsmede handelingen ter uitvoering van besluiten zoals de feitelijke uitoefening van bestuursdwang.

Naast de beginselen van behoorlijk bestuur zijn de grondrechten, waaronder de internationaal verankerde mensenrechten, steeds belangrijker geworden. Zij normeren de rechtsbetrekkingen tussen overheid en burgers in aanvulling of correctie op algemeen verbindende voorschriften en beschikkingen. Ook van de grondrechten wordt de toepassing niet beperkt tot besluiten. Zij normeren ook ander handelen van de overheid.

3.2.1.2 *Het tweede principiële argument: toegankelijke rechtsbescherming*

Het tweede principiële argument houdt in dat de bestuursrechter wordt gezien als een gemakkelijk toegankelijke rechter en de civiele rechter in vergelijking daarmee als een minder toegankelijke rechter. Dit onderwerp, de laagdrempelige toegang, is besproken in hoofdstuk 1 aan het begin van dit rapport. Daar is erop gewezen dat er opvallende verschillen bestaan tussen de bestuursrechter en de civiele rechter op het punt van toegankelijkheid. In de procedure bij de bestuursrechter is, anders dan – veelal – in de procedure bij de civiele rechter, procesvertegenwoordiging niet verplicht. En het griffierecht is in vergelijking met het civiele proces laag. Bovendien is het procesrisico in de procedure bij de bestuursrechter veel geringer dan bij de civiele rechter, omdat de rechtzoekende – zeer hoge uitzonderingen daargelaten – niet in de proceskosten van de overheid wordt veroordeeld als hij de procedure verliest.

Van groot belang is ook dat het bestuursprocesrecht lage eisen stelt aan de juridische kennis en de procedeervaardigheid van de burger. In de Awb zijn de uitgangspunten dat het bestuursorgaan primair verantwoordelijk is voor een goed feitenonderzoek, dat de rechter op zoek gaat naar de materiële waarheid omtrent de feiten, eigen onderzoeksbevoegdheden gebruikt en ambtshalve de rechtsgronden aanvult. De rechtzoekende moet wel de redenen naar voren brengen waarom hij in beroep is gegaan en hij kan ook bewijsrisico dragen. Maar de wetgever heeft het proces zo ingericht dat een leek voor de bescherming van zijn eigen belangen moet kunnen opkomen. Dit is de procesrechtelijke kant. Daar staat tegenover dat de

2 Van der Hoeven 1989, p. 212.

inhoud van het bestuursrecht vaak te ingewikkeld of te veelomvattend is voor een leek. Dit wordt wel in belangrijke mate gecompenseerd doordat de bestuursrechter zeer actief is met het aanvullen van de rechtsgronden. Naarmate de bestuursrechter een betere invulling geeft aan het beginsel van ongelijkheidscompensatie, wordt de laagdrempelige en toegankelijke rechtsbescherming beter gediend.

Het komt er kort gezegd op neer dat een rechtzoekende burger niet verplicht is om kosten van rechtsbijstand te maken, dat hij een gering procesrisico loopt en dat het bestuursprocesrecht zo is ingericht dat een niet deskundige burger zelf zijn recht moet kunnen halen. De reden voor deze laagdrempelige toegang is gelegen in het gegeven dat bestuursorganen openbaar gezag uitoefenen door, gebruikmakend van hun bevoegdheden, de rechtspositie van burgers te bepalen of nader in te vullen. Die mogelijkheid van eenzijdige machtsuitoefening vraagt om tegenwicht in de vorm van rechtmatigheidscontrole en rechtsbescherming.

Op het eerste gezicht maakt het daarbij niet uit of het geschil gaat over een besluit of over een feitelijke handeling die wordt verricht bij de voorbereiding of de uitvoering van het besluit. De eenzijdige machtsuitoefening culmineert weliswaar in het besluit, maar zij sorteert haar effecten ook in de voorbereiding en uitvoering. Als daardoor rechten van burgers worden aangetast, is er behoefte aan correctie door een rechter die bereikbaar is en het bestuurshandelen daadwerkelijk kan corrigeren.

Bij nadere beschouwing rijst wel de vraag of men vindt dat burgers in *alle* geschillen over feitelijk overheidshandelen een laagdrempelige toegang tot de rechter moeten hebben. Wellicht is dat niet voor alle soorten overheidshandelingen even belangrijk of zelfs voor bepaalde overheidshandelingen onwenselijk. Een criterium dat men zou kunnen hanteren, is of het feitelijk handelen wel of geen verband houdt met de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden (wetgeving; het nemen en het uitvoeren van besluiten). Als het element van eenzijdige machtsuitoefening ontbreekt, is er in deze benadering minder reden voor laagdrempelige rechtsbescherming. Die benadering overtuigt des te meer als het gaat om een feitelijk handelen waar geen overheidsbevoegdheid voor nodig is omdat een burger het zelf ook kan verrichten. Men zou kunnen denken aan onderhoud van groenvoorzieningen en parken of het schoonvegen van de straten of hulpverlening aan dak- en thuislozen. Toch gaat het al snel om activiteiten die worden gerekend tot de taken en verantwoordelijkheden van het bestuur, waar publieke middelen voor worden ingezet en die gewone burgers niet zomaar kunnen verrichten. Daardoor zijn burgers doorgaans eenzijdig afhankelijk van de wijze waarop het bestuur zich van deze taken (dienstverlening) kwijt. Men kan verschillend oordelen over de vraag of dit voldoende reden is om laagdrempelige rechtsbescherming te bieden, net zoals wanneer het bestuur bindende besluiten neemt. Want eenzijdige afhankelijkheid van door de overheid geleverde diensten is iets anders dan de eenzijdige vaststelling van rechten en plichten. Dat laatste is kenmerkend voor de uitoefening van openbaar gezag.

Tegenover argumenten die ervoor pleiten dat de bestuursrechter, behalve over besluiten, ook zou moeten kunnen oordelen over feitelijke handelingen van bestuursorganen ter uitoefening van hun publiekrechtelijke taken en bevoegdheden, staan argumenten die daartegen pleiten, zoals de vrees voor een verdere

juridisering van geschillen met de overheid en de vrees dat de bestuursrechter wordt overvoerd met zaken. Deze worden besproken in paragraaf 3.3.

3.2.1.3 Pragmatische benadering: hoe groot is de behoefte?

Naast de principiële benadering staat een meer pragmatische benadering. Die houdt in dat wanneer zich met grote regelmaat geschillen voordoen over andere handelingen van de overheid ter uitoefening van haar publiekrechtelijke taken en bevoegdheden dan besluiten, er meer reden is de toegang tot de laagdrempelige bestuursrechter te verruimen dan wanneer geschillen over het handelen van de overheid ter uitoefening van haar publiekrechtelijke taken en bevoegdheden zich voornamelijk beperken tot besluiten.[3]

Voor een antwoord op de vraag hoe vaak geschillen over andere overheidshandelingen dan besluiten gaan, wordt nu eerst in paragraaf 3.2.2 bekeken of er een ontwikkeling is te zien waarin de rol van het besluit als centraal instrument van overheidshandelen betekenis verliest, ten opzichte van andere handelingen dan besluiten.

3.2.2 Ontwikkeling in de taakuitoefening door de overheid: verliest het besluit aan betekenis?

Zoals in hoofdstuk 1 is besproken, constateert de commissie dat in delen van het bestuursrecht een ontwikkeling te zien is waardoor de rol van het besluit als centraal instrument van taak- en bevoegdheidsuitoefening aan betekenis verliest. Door de bestuursrechtelijke werkelijkheid van 1994 (het jaar dat de Awb van kracht werd) en 2023 met elkaar te vergelijken wordt de veranderende rol van het besluit als centraal instrument zichtbaar gemaakt. De commissie benadrukt dat nog eens in het onderstaande.

3.2.2.1 Gelede normstelling wordt minder bepalend voor de relatie tussen overheid en burgers

Toen de Awb in 1994 in werking trad, was het beeld van Nederland als verzorgingsstaat dominant aanwezig, dat wil zeggen, een staat die met beschermende, stimulerende en herverdelende maatregelen beoogt reële gelijkheid van kansen te creëren.[4] De opkomst van deze verzorgingsstaat vanaf de jaren vijftig van de vorige eeuw was gepaard gegaan met een grote groei van de overheidstaken. Deze overheidstaken konden slechts worden vervuld als het bestuur over ruime bevoegdheden beschikte. Dit leidde tot het fenomeen 'gelede normstelling'. Dit houdt in dat wettelijke normen die voor burgers gelden, niet (geheel) in de wet in formele zin zijn vastgelegd, maar in op basis daarvan door bestuursorganen vastgestelde nadere regels en uiteindelijk vaak in beschikkingen voor individuele gevallen.[5] De beschikking ontwikkelde zich zo tot een centrale rechtsfiguur. De zich steeds verder uitbreidende overheidsinvloed deed vanaf de jaren zestig van de vorige eeuw vervolgens de gedachte postvatten dat tegen beschikkingen bestuursrechtelijke

3 Zie nader over het principiële en het pragmatische argument: Schueler 2019; Peters 2018; Huisman & Van Ommeren, p. 50 e.v.; Van Ommeren e.a. 2013; Schreuder-Vlasblom 2011, p. 43 e.v.; Backes 2009; VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004; Schlössels 2003.

4 Burkens e.a. 2022, p. 25.

5 Schlössels & Zijlstra 2010, par. 1.1.2.1.23.

rechtsbescherming bij een algemeen bevoegde instantie moet worden geboden.[6] Vervolgens ontstond de behoefte om ook de rechtsbescherming tegen besluiten van algemene strekking, zoals bestemmingsplannen, bij een onafhankelijke rechter onder te brengen, waardoor de meer omvattende rechtsfiguur van het 'besluit' de centrale positie van de 'beschikking' overnam. Het eindstation van die ontwikkeling is het huidige bestuursprocesrecht van de Awb, waarin de rechtsbescherming tegen de overheid in overwegende mate is geënt op het besluitbegrip.

Sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw is ingezet op afslanking van de staat. In dezelfde periode waarin de Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht (commissie-Scheltema) aan het voorontwerp voor de Awb werkte, lanceerde het kabinet-Lubbers I de 'Zes Grote Operaties': (1) Heroverweging van overheidsuitgaven, (2) Reorganisatie van de rijksdienst, (3) Decentralisatie van rijksoverheidstaken, (4) Deregulering, (5) De min-twee operatie (reductie personeelsomvang met 2 procent) en (6) Privatisering. Doel van deze operaties was om het overheidsapparaat af te slanken en het functioneren ervan te verbeteren.[7] Dit streven naar deregulering, privatisering, afslanking van de (rijks)overheid en terugdringing van de overheidsuitgaven kon tot voor kort als bestendig overheidsbeleid worden beschouwd. Een recent voorbeeld van dit beleid was het streven van de kabinetten-Rutte naar een 'participatiemaatschappij', waarin de overheid meer vertrouwt op de eigen kracht van mensen om hun problemen zelf, met behulp van het eigen sociale netwerk, op te lossen, zodat het beroep op de sociale voorzieningen kan worden teruggedrongen.[8] Het idee van de 'participatiemaatschappij' kan worden gezien als een correctie op het uitgangspunt van de 'verzorgingsstaat' dat de overheid primair verantwoordelijk is voor de bijstand aan burgers die niet op eigen kracht in de middelen van hun bestaan kunnen voorzien.

Het streven naar een slankere, efficiëntere overheid heeft tot een belangrijke verandering geleid in de organisatie en werkwijze van de (rijks)overheid. Het moderne openbaar bestuur is een bestuur dat vaak op hoofdlijnen stuurt en daardoor minder besluiten of zeer globale besluiten neemt. De effecten hiervan zijn op verschillende terreinen merkbaar.

Een belangrijk voorbeeld is het zorgdomein. Daarin is al decennia sprake van een trend waarbij publieke taken worden uitbesteed of overgedragen aan private aanbieders. Tegen beslissingen van deze aanbieders staat doorgaans geen beroep bij de bestuursrechter open.[9]

Een ander belangrijk terrein waarop de ontwikkeling naar bestuur op hoofdlijnen zich voltrekt, biedt het omgevingsrecht. Daar geldt een enorme hoeveelheid gedetailleerde regels, die gekoppeld zijn aan een groot aantal bevoegdheden om

6 Schlössels & Zijlstra 2010, par. 1.1.2.1.23.

7 Zie Parlementaire Onderzoekscommissie Privatisering/Verzelfstandiging Overheidsdiensten 2012, p. 27-28.

8 Brief van de minister-president aan de Tweede Kamer over de participatiesamenleving, *Kamerstukken II* 2013/14, 33750 VII, nr. 53.

9 Zie voor de noodzaak tot het uitbreiden van de bevoegdheden van de bestuursrechter door ontwikkelingen in het sociale domein: Marseille 2018a; Scheltema 2018; Scheltema 2016; Winter 2015; Klein Egelink & Lunenburg 2015; Van Ettekoven 2016; Van Ettekoven & Marseille 2017.

besluiten te nemen. In reactie daarop wordt met de stelselherziening van de Omgevingswet beoogd om, waar dat mogelijk en verantwoord is, meer op hoofdlijnen te gaan regelen. Daarom wordt bijvoorbeeld afstand genomen van het werken met gedetailleerde regels in de ruimtelijke ordening en meer ruimte geboden om globale omgevingsplannen te maken met open normen, die meer ruimte bieden voor eigen keuzes van initiatiefnemers. Daarmee wordt een verandering ingezet van toelatingsplanologie naar uitnodigingsplanologie. Een ander voorbeeld is het royale gebruik van zorgplichten, die gedetailleerde gedragsregels vervangen door globaal geformuleerde verantwoordelijkheden voor de fysieke leefomgeving.

De hier beschreven ontwikkeling naar een afgeslankt bestuur op hoofdlijnen gaat natuurlijk niet eindeloos door en wellicht zijn we al aangekomen op een keerpunt. Bij de verkiezingen van 2021 pleitten vrijwel alle partijen voor een grotere overheid. Wat de toekomst laat zien, laat zich niet goed voorspellen. Maar het is niet waarschijnlijk dat wij weer terugkeren naar het oude bestuursmodel, waarin de relatie tussen openbaar bestuur en burgers geheel wordt vormgegeven met gelede normstelling van formele wetten via bestuurswetgeving naar individuele beschikkingen. Veeleer wordt van de overheid verlangd dat zij burgers in de feitelijke positie brengt waar zij, binnen de context van hun individuele omstandigheden, behoefte aan hebben en aanspraak op kunnen maken. Responsief bestuur en maatwerk zijn daarbij de veel genoemde doelen. Die kunnen ten dele worden bereikt met behulp van algemene regels en individuele beschikkingen. Maar van de overheid wordt meer verlangd dan het uitdelen van rechten en plichten, want het resultaat van de overheidszorg moet feitelijk worden behaald en de omgang en communicatie met de burgers moeten zorgvuldig verlopen. Dat vraagt om meer dan alleen rechtmatige besluiten.

3.2.2.2 *Dejuridisering: besturen met minder besluiten*

Een andere ontwikkeling van na de invoering van de Awb is het streven naar dejuridisering en het voorkomen of – als dat niet kan – versnellen van procedures. Een belangrijk moment daarin was het Rapport *Bestuur in geding* van de commissie-Van Kemenade uit 1997, die als haar visie gaf dat bestuursrechtelijke regels en procedures te zeer in de weg stonden aan doelmatig openbaar bestuur. Maar ook los van dit rapport, dat vooral over het algemeen bestuursrecht en de Awb ging, ontstond er in bredere kring een verlangen naar minder formele beslismomenten en minder procedures. Dit gaf een impuls aan pogingen van de wetgever om de noodzaak tot het nemen van besluiten te beperken.

In het omgevingsrecht heeft dit verstrekkende gevolgen gehad. Daar zijn veel vergunningenstelsels vervangen door (niet-appellabele) algemene regels, al dan niet in combinatie met een meldingenstelsel.[10] Met de Omgevingswet worden de mogelijkheden om te besturen met algemene regels zonder vergunningen nog verder vergroot. Dat kan tot gevolg hebben dat burgers vaker zelf de vraag moeten

10 Houweling 2006; Uylenburg e.a. 2010. Zie ook Van der Meulen 2023.

beantwoorden of zij een bepaalde activiteit mogen verrichten: bouwen, een bedrijf beginnen, verbouwen, slopen et cetera. Bij twist of twijfel over de betekenis van de algemene regels kan een antwoord van de bestuursrechter pas worden verkregen als eerst een appellabel besluit is uitgelokt. Dat is dan vaak een handhavingsbesluit. Maar daarvoor moet je eerst een activiteit beginnen – en de daarvoor benodigde investeringen verrichten – waarvan het bestuursorgaan misschien vindt dat het een overtreding is. De rechtzoekende wordt dan dus genoodzaakt om bewust het risico te nemen dat hij een overtreding begaat, waartegen met sancties, zoals een last onder dwangsom, kan worden opgetreden. Zonder dat krijgt hij geen zekerheid van een rechter. Een andere route die soms bewandeld kan worden, is het aanvragen van een vergunning met de kanttekening dat je meent geen vergunning nodig te hebben. Tegen het daarop genomen besluit staat dan beroep open. Er is dan wel een rechtsgang, maar die is omslachtig. Daar komt nog bij dat ook in dit soort gevallen de rechtzoekende vaak wordt gedwongen om de voor zijn activiteit benodigde investeringen te doen voordat hij er met zekerheid achter kan komen of die activiteit is toegestaan.

Niet alleen de wetgever, ook de uitvoerende macht zelf heeft gezocht naar manieren om te besturen met minder besluiten. Een voorbeeld biedt de trend in de moderne toezichtspraktijk, richting 'informeel' of 'horizontaal' toezicht, waarbij de door de toezichthouder gewenste gedragsverandering wordt bewerkstelligd via 'wenkbrauwgesprekken' en andere 'drangmiddelen'. En bestuursorganen geven vaak eerst een waarschuwing voordat zo nodig wordt overgegaan tot het opleggen van sancties in besluiten en met de bedoeling om het nemen van een besluit zo mogelijk overbodig te maken.

Het werken met minder besluiten heeft evidente voordelen: het bestuursorgaan hoeft minder tijd en energie te steken in het opstellen van besluiten en het doorlopen van besluitvormingsprocedures. En burgers hoeven minder vaak te wachten op een formeel besluit vanuit de overheid. Bestuursorganen, bestuursrechters en bijvoorbeeld vergunninghouders worden niet, of in elk geval minder snel, geconfronteerd met bezwaar- en beroepsprocedures. Maar er is ook een keerzijde. Vaak hebben burgers en bedrijven nu juist behoefte aan duidelijkheid: een concreet bindend oordeel in zijn of haar geval, een oordeel dat zo nodig ook aan de bestuursrechter kan worden voorgelegd. Daar wreekt zich dan de terugtrekkende overheid: een burger of bedrijf wil weten wat kan of mag van de overheid of waar hij of zij recht op heeft, maar kan die rechtszekerheid nergens halen. Hij kan het bestuursorgaan vragen wat de algemene regels voor zijn geval betekenen, maar het antwoord op die vraag is geen besluit omdat het niet op rechtsgevolg is gericht.[11] Daarom staat volgens het nu geldende recht tegen zo'n antwoord, hoge uitzonderingen daargelaten, geen bezwaar en beroep open (zie verder par. 3.5.3.4).

11 Een besluit is volgens art. 1:3 Awb een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling. Een antwoord waarin een wettelijk voorschrift wordt uitgelegd, is niet op rechtsgevolg gericht en is daarom geen rechtshandeling.

3.2.3 *Voorkomen dat geschillen worden opgeknipt*

In de huidige situatie, waarin beroep alleen mogelijk is tegen besluiten en niet tegen feitelijk handelen, worden geschillen opgeknipt in een deel dat door de bestuursrechter wordt beoordeeld, en een deel waarover alleen de burgerlijke rechter kan oordelen. Uit een oogpunt van doelmatige rechtsbescherming verdient dat niet de voorkeur.

Deze knip is bovendien nog niet zo eenvoudig te zetten. Want niet *alle* feitelijke handelingen kunnen aan de burgerlijke rechter worden voorgelegd. Dat komt doordat zij vaak zijn aan te merken als voorbereidingshandelingen in de aanloop naar een (mogelijk te nemen) besluit. Denk aan mededelingen die een bestuursorgaan doet over de eisen waaraan een aanvraag moet voldoen, handelingen in het kader van het toezicht, waarschuwingen en andere uitlatingen over het illegale karakter van een activiteit en antwoorden op de vraag of een activiteit vergunningplichtig is. De burgerlijke rechter zal een eiser in een procedure over zulke voorbereidingshandelingen niet-ontvankelijk verklaren als er een bestuursrechtelijke rechtsgang bestaat voor hetgeen de eiser vordert. Dat is het geval als de eiser zijn doel kan bereiken door in beroep te gaan tegen het besluit, in welk kader ook de voorbereidingshandeling aan de orde kan komen. De burgerlijke rechter oordeelt wel over voorbereidingshandelingen als de eiser iets vraagt waar de bestuursrechter niet over kan oordelen. Een voorbeeld is het geval waarin de eiser een oordeel vraagt over een onrechtmatige handeling ter voorbereiding van een rechtmatig besluit.[12]

Bij feitelijke handelingen ter uitvoering van een besluit ligt de knip wezenlijk anders. Daarover kan de bestuursrechter geen uitspraak doen, omdat die handelingen geen deel uitmaken van het besluit en bovendien een onrechtmatige uitvoering van een besluit niet dat besluit zelf onrechtmatig maakt. Daar komt nog bij dat de bestuursrechter een besluit *ex tunc* beoordeelt, dat wil zeggen op basis van de feiten en omstandigheden zoals die waren op het moment waarop het besluit werd genomen. Daarom is een rechtzoekende op de burgerlijke rechter aangewezen als hij een rechterlijke uitspraak wil krijgen over de onrechtmatigheid van uitvoeringshandelingen of over het nalaten om feitelijk gevolg te geven aan een besluit.[13]

3.2.4 *Vijf argumenten om de bestuursrechter over feitelijk handelen te laten oordelen*

Samengevat zijn er vijf argumenten om de bevoegdheid van de bestuursrechter meer te laten omvatten dan besluiten:

1. Het eerste argument is principieel van aard: de inhoud van bestuursrechtelijke rechtsbetrekkingen wordt gevormd door meer dan alleen algemeen verbindende voorschriften en andere besluiten. Dat argument is niet nieuw, maar vraagt in toenemende mate om aandacht.
2. Het tweede argument is de behoefte aan toegankelijke, laagdrempelige rechtsbescherming tegen de manier waarop het openbaar bestuur zijn taken en

12 Het bekendste voorbeeld hiervan is HR 2 februari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB7898 (*Staat/Bolsius*).

13 Dat is in beginsel ook aan de orde als de uitspraak van de bestuursrechter in de plaats treedt van het vernietigde besluit (art. 8:72 lid 3 Awb).

bevoegdheden uitoefent, welke behoefte zich ook uitstrekt over feitelijk overheidshandelen.
3. Het derde argument heeft te maken met recente ontwikkelingen waardoor op een aantal terreinen betrekkingen met burgers minder per besluit worden geregeld en meer door de feitelijke uitvoering worden bepaald.
4. Het vierde argument houdt verband met een andere ontwikkeling: op een aantal terreinen verschuift de regulering van beschikkingen naar algemene regels.
5. Het vijfde argument is het beperken van de noodzaak om geschillen op te knippen in een deel voor de bestuursrechter en een deel voor de burgerlijke rechter.

3.3 Argumenten tegen de bevoegdheid van de bestuursrechter om over feitelijk handelen te oordelen

Er zijn ook argumenten die ertegen pleiten om de bestuursrechter te laten oordelen over feitelijk handelen. Het kan leiden tot een verdergaande juridisering van de verhouding tussen burgers en het openbaar bestuur en een verdergaande belasting van de praktijk met rechtszaken. Daarnaast is er het probleem van de afbakening: over welk feitelijk handelen mag de bestuursrechter gaan oordelen? Of hoeft dat niet te worden afgebakend en kan het aan rechtzoekenden worden overgelaten om te kiezen over welk feitelijk handelen zij een oordeel van de bestuursrechter wensen?

3.3.1 Bezwaren van juridisering

Als de bestuursrechter mag gaan oordelen over feitelijk handelen, ook buiten een beroep tegen een besluit, ontstaan er in de relatie tussen bestuursorgaan en burger meer momenten waarop de burger naar de bestuursrechter kan stappen. Daarin ligt een gevaar van overmatige juridisering.

3.3.1.1 Ter illustratie: geschillen in de handhavingssfeer

Geschillen in de handhavingssfeer bieden een goede illustratie van de mogelijkheden die ontstaan als burgers over feitelijk handelen bij de bestuursrechter onbeperkt kunnen procederen. De burger die van een overtreding wordt beticht, zou dan bijvoorbeeld niet meer hoeven te wachten op een besluit tot oplegging van een last onder dwangsom om over de rechtmatigheid van een waarschuwing te kunnen procederen. Ook over bijvoorbeeld toezichtshandelingen zou deze burger een procedure kunnen beginnen. En ook als het bestuursorgaan hem een brief stuurt met de mededeling dat hij niet gedoogd wordt, zou hij naar de bestuursrechter kunnen stappen. En als hij daarna de mededeling krijgt dat hij niet voldoet aan de voorwaarden om zijn overtreding alsnog gelegaliseerd te krijgen, zou hij daar ook mee naar de bestuursrechter kunnen. Komt het uiteindelijk tot een besluit tot oplegging van de last onder dwangsom, dan staat daar uiteraard ook beroep tegen open. Waar nu nog één beroepsmoment bestaat, zou er een in beginsel oneindige reeks van beroepsmomenten ontstaan.

Dit juridiserende effect moet om een aantal redenen worden gerelativeerd. Al die momenten waarop de burger een beroep op de bestuursrechter zou kunnen doen, zullen niet één voor één worden benut, want de burger zelf heeft er in de regel geen baat bij om een cumulatie van procedures op gang te brengen. Alleen al de kosten

daarvan, waaronder het griffierecht dat per procedure is vereist, zullen burgers meestal stimuleren om het aantal procedures te beperken, bijvoorbeeld door een waarschuwing, een in een brief vervat bestuurlijk rechtsoordeel en de oplegging van de last onder dwangsom in één bezwaar- en beroepsprocedure aan te vechten.

In een deel van de gevallen zal het geschil beslecht kunnen worden met één uitspraak over een handeling, zonder dat er verder nog uitspraken nodig zijn over een besluit of andere handelingen. Als voor partijen onduidelijk is of een bepaalde activiteit is toegestaan en er daarom een procedure over een bestuurlijk rechtsoordeel loopt, zal het bestuursorgaan vaak geneigd zijn de uitkomst daarvan af te wachten.[14] Een handhavingsbesluit is daarna niet steeds meer nodig en, als het wel genomen wordt, hoeft doorgaans niet meer te worden geprocedeerd over de vraag of de activiteit een overtreding was (misschien wel over andere aspecten, zoals de formulering van de last of de begunstigingstermijn). Anderzijds zullen zich ook situaties kunnen voordoen waarin de rechterlijke uitspraak over de feitelijke handeling zijn actualiteit verliest doordat de omstandigheden wijzigen. Denk aan een bedrijf dat zijn activiteit aanpast naar aanleiding van de rechterlijke uitspraak over een bestuurlijk rechtsoordeel in de hoop dat het daardoor (net) niet meer in overtreding is. Als daarop een handhavingsbesluit volgt, zal opnieuw de vraag voorliggen of het bedrijf in overtreding is. Ook kunnen de toepasselijke regels tussentijds veranderen.

Het ligt in de lijn der verwachtingen dat de mogelijkheden om over feitelijk handelen te procederen in veel gevallen alleen zullen worden benut als dat voor de verzoekende partij of beide partijen een meerwaarde oplevert. Die meerwaarde kan er bijvoorbeeld in gelegen zijn dat de vraag of een activiteit is toegestaan door de rechter kan worden beantwoord zonder dat iemand genoodzaakt is om een eventuele overtreding te begaan. En in een deel van de gevallen zal het daarna niet meer nodig zijn om nog een besluit te nemen of, als dat wel wordt genomen, daartegen in bezwaar of beroep te gaan.

Als over één geschil toch meer zaken aanhangig worden gemaakt, kan de bestuursrechter die gevoegd behandelen op grond van artikel 8:14 Awb. Praktisch gesproken werkt dat alleen als er niet te veel tijd zit tussen de momenten waarop de afzonderlijke zaken aanhangig worden gemaakt.

3.3.1.2 *Partijen die een belang hebben bij vertraging*

Er zijn daarentegen ook geschillen waarin de verhoudingen en het krachtenveld tussen de partijen wezenlijk anders zijn doordat één of meer partijen er juist belang bij hebben om vertraging en complicaties te veroorzaken. Dan gaat het vaak om NIMBY-situaties in het omgevingsrecht, maar ook om andere geschillen waarin het belang van een partij erin gelegen is een ontwikkeling tegen te houden. Bestuursrechtelijke procedures kunnen een grote vertraging van de besluitvorming en de uitvoering van besluiten veroorzaken. Dat is nu al het geval met beroepsprocedures tegen besluiten, maar deze vertragende effecten zullen toenemen als burgers ook

14 Een bestuursorgaan is niet verplicht om daarop te wachten en zal in situaties waarin handhavend optreden geen uitstel kan lijden, geneigd zijn om de rechterlijke uitspraak over het rechtsoordeel niet af te wachten.

kunnen procederen over feitelijke handelingen, zoals bestuurlijke rechtsoordelen, informatieverstrekking of handelingen in het kader van inspraak en participatie. En als ook over feitelijk overheidshandelen ter uitvoering van een besluit, zoals de aanleg van een weg, kan worden geprocedeerd bij de bestuursrechter, nemen de mogelijkheden van vertraging en complicatie nog verder toe.

3.3.2 *Bezwaren van afbakening*

Feitelijk handelen is een zeer ruime categorie, ook als je het beperkt tot overheidshandelen. Er vallen niet alleen handelingen onder die duidelijk verband houden met de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden, maar ook bijvoorbeeld het doen verrichten van wegwerkzaamheden, het plaatsen van persberichten en het geven van voorlichting over de volksgezondheid. Als al dat handelen door de bestuursrechter zou kunnen worden beoordeeld, zou een enorme hoeveelheid geschillen van het burgerlijk recht naar het bestuursrecht worden verplaatst. Afgezien van de vraag wie daarmee geholpen zou zijn, zou het ook een enorme uitbreiding van het materiële bestuursrecht nodig maken. Dat zou men kunnen relativeren omdat de bestuursrechter op dergelijk handelen het burgerlijk recht (analoog) zou kunnen toepassen in combinatie met normen van publiekrechtelijke oorsprong, zoals beginselen van behoorlijk bestuur en grondrechten.

Hoe dan ook, er zal ten minste een grens getrokken moeten worden tussen feitelijk handelen dat aan de overheid wordt toegerekend en dat wat als handelen van een particulier geldt. En waar de overheid feitelijk handelen opdraagt aan particuliere bedrijven en organisaties, of daarmee samenwerkt, roept dat lastige afbakeningsvragen op.

Een overgang naar een systeem waarin de bestuursrechter oordeelt over alle overheidshandelingen, zou een sprong in het diepe zijn, waarvan de gevolgen op dit moment niet goed zijn te overzien.

3.3.3 *Behoefte aan een eenvoudige rechtsingang*

In het huidige bestuursprocesrecht is het voor een rechtzoekende, als hij eenmaal weet tegen welk besluit hij wil opkomen, doorgaans niet ingewikkeld om de procedure aanhangig te maken. Hij hoeft alleen aan de eisen van artikel 6:5 Awb te voldoen: naam en adres, dagtekening, een omschrijving van het bestreden besluit en een tekst waarin hij de gronden van zijn bezwaar of beroep weergeeft. Voor de formulering van die gronden hoeft hij geen juridische kennis te hebben. Hij moet gewoon zeggen waarom hij het niet eens is met het besluit. Het bestuursorgaan of de bestuursrechter moet vervolgens het besluit toetsen aan de toepasselijke rechtsnormen, voor zover die aansluiten bij de redenen waarom de rechtzoekende het niet eens is met het besluit. Natuurlijk kan juridische kennis de kans om te winnen vergroten. Maar die kennis is niet noodzakelijk om een zinvolle procedure op gang te brengen over het probleem waar het de rechtzoekende om gaat.

Deze eenvoudige rechtsingang is mede te danken aan het feit dat het object van geschil vastligt. Dat is het besluit of een onderdeel ervan. Dat verandert als de bestuursrechtelijke procedure betrekking kan hebben op feitelijke handelingen. Als een inwoner van zijn gemeentebestuur eist dat het de groenvoorzieningen die ter uitvoering van een bestemmingsplan zijn aangebracht, goed te onderhouden, is het object van geschil nog wel met wat vragen en antwoorden te construeren.

Maar als de inwoner eist dat 'doeltreffende maatregelen worden genomen tegen de sociale onveiligheid en de verstoring van de openbare orde in de buurt', is dat een stuk lastiger. Een hanteerbare vordering opstellen is zonder juridische onderbouwing vaak niet eenvoudig. Dat probleem doet zich in de beroepsprocedure tegen een besluit veel minder snel voor, want daar is de vordering in de kern al gegeven: vernietiging van het besluit. Feitelijke handelingen kunnen niet worden vernietigd, dus daar kan de kern van de vordering niet in worden gevonden.

Het onbegrensd openstellen van bestuursrechtelijke procedures over feitelijk handelen brengt daarom het risico mee dat er onhanteerbare vorderingen ('verzoeken') worden gedaan, die bij voorbaat niet toewijsbaar zijn of een bewerkelijk karwei opleveren voor bestuur en rechter als zij alsnog een hanteerbaar verzoek willen helpen construeren.

3.4 Tussenconclusie over de verruiming van de rechtsmacht van de bestuursrechter

In de paragrafen 3.2 en 3.3 zijn voor- en nadelen van afzonderlijke procedures over feitelijk handelen besproken. Het belangrijkste voordeel is toegankelijke rechtsbescherming te bieden in gevallen waarin burgers door een feitelijk handelen in hun belang worden getroffen maar niet voldoende zijn geholpen met een beroepsmogelijkheid tegen het besluit. De belangrijkste nadelen zijn het gevaar van juridisering door toename en complicatie van bestuursrechtelijke procedures en afbakeningsproblemen met het burgerlijk recht. De commissie stelt voor om een goede middenweg te vinden tussen voor- en nadelen van procederen over feitelijk handelen.

Die middenweg wordt ten eerste gevonden door een nadere begrenzing van de soorten feitelijk handelen die in een afzonderlijke procedure aan de bestuursrechter kunnen worden voorgelegd. De begrenzing wordt gezocht in een (voldoende) verband tussen dat handelen en een appellabel besluit. Deze keuze wordt hierna toegelicht en uitgewerkt in paragraaf 3.5.

Ten tweede wordt de middenweg gevonden door een onnodige opdeling van geschillen over afzonderlijke procedures te voorkomen. Die weg moet alleen openstaan als het zinvol is om over feitelijk handelen apart te procederen. Dit betekent vooral dat de rechtzoekende burger een voldoende belang moet hebben bij een afzonderlijke rechterlijke uitspraak over het feitelijk handelen. Dit belang moet per concreet geval worden beoordeeld. Anders gezegd: er is toegang tot de bestuursrechter als het feitelijk handelen de belanghebbende, los van een appellabel besluit, in zijn belang treft. Dit wordt hierna toegelicht en uitgewerkt in paragraaf 3.8.

Deze criteria voor de begrenzing van de rechtsingang bij de bestuursrechter hebben twee belangrijke consequenties. Die hebben te maken met de vaagheid en het casuïstische karakter van die criteria, waardoor op voorhand niet met zekerheid is vast te stellen hoe zij in een concreet geval uitpakken.

De eerste consequentie is dat rechtzoekenden de ruimte moeten hebben om zelf een inschatting te maken van hun belang bij een aparte procedure over feitelijk handelen. Misschien valt die inschatting anders uit dan die van een rechter. Maar dan moet de rechtzoekende niet in een later geschil waarin de rechtmatigheid van

het feitelijk handelen alsnog aan de orde komt, tegengeworpen krijgen dat hij niet een aparte procedure over dat feitelijk handelen heeft gevoerd en dat daarom van de rechtmatigheid daarvan wordt uitgegaan. Anders gezegd: op feitelijk handelen moet niet de leer van de 'formele rechtskracht' worden toegepast.[15] Zou men die wel toepassen, dan zou er een onoverzichtelijke en zeer krachtige procedeerdwang ontstaan. Mensen zouden te pas en te onpas de onrechtmatigheid van feitelijke handelingen aan de bestuursrechter moeten voorleggen om te voorkomen dat zij er later niet meer over kunnen beginnen.

De tweede consequentie is dat het mogelijk moet blijven om bij de burgerlijke rechter te procederen over feitelijk handelen, want een conflict kan over meer gaan dan alleen feitelijke handelingen die verband houden met een besluit. Om te voorkomen dat zulke geschillen moeten worden opgeknipt, is overlappende rechtsmacht nodig.

In de nu volgende paragrafen worden deze tussenconclusies concreter uitgewerkt.

3.5 Hoe ver zou de verruiming van de bevoegdheid van de bestuursrechter moeten gaan?

3.5.1 *Inleiding*

De discussie over de vraag of de bevoegdheid van de bestuursrechter zich zou moeten beperken tot besluiten of dat die verder zou moeten strekken, is niet van vandaag of gisteren. Bij de totstandkoming van de Awb is de vraag aan de orde gesteld of bij het bepalen van de bevoegdheid van de bestuursrechter het begrip 'bestuursrechtelijke rechtsbetrekking' als uitgangspunt zou moeten worden genomen en of de bestuursrechter bevoegd zou moeten worden gemaakt te oordelen over het publiekrechtelijk handelen van bestuursorganen.[16] Zoals bekend is die vraag toen ontkennend beantwoord en is – met uitzonderingen en verruimingen – gekozen voor het besluit als afbakening van de bevoegdheid van de bestuursrechter.

De discussie over de vraag of de bevoegdheid van de bestuursrechter verder zou moeten strekken dan besluiten is niet verstomd. Een belangrijke vraag in die discussie is of bij de verruiming van de bevoegdheid van de bestuursrechter de band met het besluit zou moeten worden behouden of zou moeten worden losgelaten. Daarbij zijn de ideeën van Van Ommeren en Huisman richtinggevend geweest.[17] Zij pleiten voor een 'groeimodel', dat er weliswaar toe kan leiden dat uiteindelijk al het handelen van bestuursorganen ter uitoefening van publiekrechtelijke taken en bevoegdheden onder de bevoegdheid van de bestuursrechter wordt gebracht, maar waarin een eerste stap in de verruiming van de bevoegdheid van de bestuursrechter zou moeten inhouden dat die, behalve over besluiten, ook zou moeten kunnen

15 Nog afgezien van het feit dat dit ook niet voor de hand ligt omdat de leer van de formele rechtskracht niet alleen aanknoopt bij de 'rechtmatigheid' van een niet-vernietigd besluit, maar primair bij de 'rechtsgeldigheid' ervan. Bij een feitelijke handeling kan men niet spreken van 'rechtsgeldigheid', omdat feiten niet 'gelden'. Zo krijgt ook het 'niet tijdig beslissen' geen formele rechtskracht, zie HR 25 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4364 (*Heeze-Leende/Lammers*).

16 PG Awb II; Huisman 2019.

17 Van Ommeren & Huisman 2013.

oordelen over 'besluitgerelateerde feitelijke handelingen', dat wil zeggen: feitelijke bestuurshandelingen ter voorbereiding en ter uitvoering van besluiten waartegen bij de bestuursrechter geprocedeerd kan worden.

3.5.2 *Feitelijk handelen dat verband houdt met een appellabel besluit*

Men zou ervoor kunnen kiezen de bevoegdheid van de bestuursrechter uit te breiden met 'feitelijk handelen dat verband houdt met een appellabel besluit'. Het gaat dan bijvoorbeeld om gevallen waarbij de burger voor de rechtmatigheid van het besluit naar de bestuursrechter moet, maar voor de feitelijke uitvoering van datzelfde besluit naar de burgerlijke rechter. Of om gevallen waarin al voordat een besluit over handhaving of over een vergunning wordt genomen, duidelijkheid nodig is over de interpretatie van een algemeen verbindend voorschrift in een concreet geval of over de rechtmatigheid van een toezichtshandeling. Dergelijke feitelijke handelingen houden direct verband met de uitoefening van openbaar gezag in de zin van een exclusief aan het bestuur toegekende bevoegdheid. Dat is een goed argument om geschillen over dergelijke handelingen onder te brengen bij de bestuursrechter.

Als deze keuze wordt gemaakt, rijst de vraag wanneer er sprake is van feitelijk handelen *dat verband houdt* met een appellabel besluit. In principe gaat het om al het handelen dat in een juridisch relevant verband staat tot een besluit. Het kan daarbij gaan om handelingen die worden verricht ter voorbereiding van een besluit of handelingen ter uitvoering van een al genomen besluit.[18] Daarnaast moet ook worden gedacht aan feitelijke handelingen die zelf de uitoefening van openbaar gezag impliceren (bijv. het bevoegd verrichten van feitelijke handelingen door een toezichthouder) en die kunnen leiden tot een appellabel besluit. In paragraaf 3.5.3 worden verschillende categorieën handelingen nader geconcretiseerd.

Wanneer het gaat om handelingen voorafgaand aan een besluit, rijst de vraag op welke manier de burger aannemelijk kan maken dat er een verband is met een besluit dat nog niet is genomen. In dat geval dient het criterium te worden gebruikt dat een burger in een procedure aannemelijk moet maken dat er een besluit kan volgen. Niet noodzakelijk is dat een burger aannemelijk maakt dat er daadwerkelijk een besluit *zal* volgen. Een procedure omtrent feitelijke handelingen ter voorbereiding van een besluit kan immers als effect hebben dat dat besluit niet wordt of niet rechtmatig kan worden genomen. Bovendien is de toegevoegde waarde van deze vorm van rechtsbescherming beperkt, als al zeker moet zijn dat er een besluit zal worden genomen; bij die mate van zekerheid zal het besluit vaak nog wel even kunnen worden afgewacht.

---

18 Bedacht dient te worden dat ook een uitspraak van de bestuursrechter waarin gebruik wordt gemaakt van de bevoegdheid in art. 8:72 lid 3 Awb (rechtsgevolgen in stand laten of zelf in de zaak voorzien), juridisch gelijkgesteld wordt met (het nemen van) een appellabel besluit, waarbij een ruime interpretatie van de rechterlijke bevoegdheid in art. 8:72 lid 4 Awb (opdracht om 'een andere handeling te verrichten met inachtneming van zijn aanwijzingen') ruimte biedt voor verder gaande geboden aan het bestuur!

3.5.3 *Categorieën handelingen die onder de definitie vallen*

Bovengenoemde definitie resulteert in enkele categorieën van handelingen die in het vervolg onder de bevoegdheid van de bestuursrechter zullen vallen. Deze categorieën zullen wij hieronder nader concretiseren. Het zoveel mogelijk concretiseren is van groot belang, aangezien een open definitie zoals de voorgestelde, stof is voor procedures. De opsomming van deze categorieën is niet uitputtend, maar geeft wel een goed beeld van wat het begrip 'feitelijk handelen dat verband houdt met een appellabel besluit' zal omvatten.

3.5.3.1 *Waarschuwingen*

In de praktijk komt het regelmatig voor dat een bestuursorgaan voorafgaand aan het opleggen van een sanctie (bijvoorbeeld een last onder dwangsom) een waarschuwing geeft. Een waarschuwing biedt enerzijds een door het bevoegd gezag uitgevaardigde constatering dat sprake is van het overtreden van een wettelijk voorschrift en anderzijds een aanmoediging om een normconforme situatie te herstellen of te behouden. Is die waarschuwing gebaseerd op een wettelijk voorschrift en een voorwaarde voor het opleggen van een andere sanctie, dan is sprake van een besluit.[19]

Vanwege het ontbreken van een rechtsgevolg worden waarschuwingen echter doorgaans niet aangemerkt als besluit.[20] In dat geval is alleen de eventuele sanctie die op een later moment volgt, een besluit. Desondanks kunnen de waarschuwingen wel aanzienlijke schade opleveren en burgers en bedrijven sturen in hun gedrag. Burgers en bedrijven kunnen er daarom belang bij hebben dat wordt vastgesteld dat de waarschuwing ten onrechte is gegeven en hebben daarom baat bij een mogelijkheid om de waarschuwing als zodanig inhoudelijk te laten toetsen door de bestuursrechter. Aangezien de gewaarschuwde een eventuele sanctie boven het hoofd hangt, kan de waarschuwing worden gekwalificeerd als feitelijk handelen dat verband houdt met en kan resulteren in een appellabel besluit. De facto is een waarschuwing een bestuurlijk rechtsoordeel; het bestuursorgaan spreekt uit dat bepaald feitelijk handelen een overtreding van een wettelijke norm oplevert.

Soms wordt een 'interventieladder' opgesteld, die begint bij informeel contact en eindigt bij sanctiebesluiten. Omdat de toegang tot de bestuursrechter in het huidige bestuursrecht pas geboden wordt zodra er een besluit is genomen, onttrekt een groot deel van het toezicht en de handhaving zich aan de rechtsbescherming. Weliswaar kan in een bezwaar- of beroepsprocedure tegen een handhavingsbesluit vaak ook een oordeel worden gegeven over feitelijke handelingen in het voortraject, maar dat werkt alleen als er ook daadwerkelijk een handhavingsbesluit (en een bezwaar of beroep) volgt. Als het informele traject al leidt tot effectieve interventie of een beëindiging van de vermeende overtreding, kan de bestuursrechter geen rechtsbescherming bieden.

Waarschuwingen worden naar geldend recht door de hoogste bestuursrechters met een besluit gelijkgesteld als de alternatieve route om een rechterlijk oordeel

19 ABRvS 2 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1449.

20 Zie o.m. ABRvS 24 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3485; Rb. Den Haag 1 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15813.

over de waarschuwingen te verkrijgen *onevenredig bezwarend of afwezig is*.[21] De door de commissie voorgestelde verruiming van de bevoegdheid van de bestuursrechter tot dergelijke waarschuwingen is dus gedeeltelijk een codificatie van bestaande praktijk.

3.5.3.2 Toezichtshandelingen

Ook toezichtshandelingen die worden verricht krachtens titel 5.2 Awb, vallen onder de definitie.[22] Deze handelingen betreffen het uitoefenen van openbaar gezag en kunnen resulteren in een sanctiebesluit. Tegen besluiten over het opleggen van een bestuursrechtelijke sanctie kan bij de bestuursrechter beroep worden ingesteld. Maar dat geldt niet voor de inzet van toezichtsbevoegdheden op grond van titel 5.2 Awb.[23] Weliswaar hebben toezichtsvorderingen, zoals de vordering om inlichtingen te verstrekken, als gevolg dat de medewerkingsplicht in werking treedt, maar omdat het rechtstreeks uit de wet voortvloeit en dat rechtsgevolg dus niet wordt beoogd, is geen sprake van een rechtshandeling en derhalve is zo'n vordering geen besluit waartegen beroep bij de bestuursrechter openstaat.[24] De rechtmatigheid van de inlichtingenvorderingen worden door de bestuursrechter betrokken bij de beoordeling van een later opgelegde bestuursrechtelijke (herstel)sanctie.

Het meewerken en voldoen aan toezichtshandelingen kan voor burgers en bedrijven al behoorlijk belastend zijn, bijvoorbeeld als van omvangrijke digitale bestanden *forensic images* worden gemaakt of belanghebbenden de facto tot zelfincriminatie moeten overgaan als de toezichthouder hen tot het geven van inlichtingen dwingt. Zij kunnen hierover thans wel klagen bij de burgerlijke rechter, maar deze weg wordt vanwege de hoge drempel weinig bewandeld en is vaak zonder succes.[25]

---

21 Vgl. Concl. Staatsraad A-G R.J.G.M. Widdershoven 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:249. Daarbij kan de door beleidsregels bewerkstelligde zelfbinding van het bestuursorgaan om bij constatering van een overtreding eerst een waarschuwing te geven, relevant zijn, zie ABRvS 2 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1449.

22 CBb 29 april 2021, ECLI:NL:CBB:2021:455.

23 Bestuursrechtelijke rechtsbescherming voor toezichtshandelingen kan ten dele de kritiek ondervangen dat er in het bestuurs(proces)recht geen mogelijkheid bestaat waarin er een rechterlijk oordeel wordt uitgesproken voorafgaand aan een (ingrijpend) besluit, waarover ook Barkhuysen e.a. 2014, p. 167.

24 CBb 2 maart 1999, ECLI:NL:CBB:1999:AA3409; CBb 10 januari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:3; Rb. Rotterdam 10 januari 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BC2987 (informatieverzoek is geen besluit). Hierover wordt overigens ook wel anders gedacht, zie Michiels, Blomberg & Jurgens 2016, par. 2.6.3. Het belastingrecht kent de informatiebeschikking (art. 52a AWR); de belastinginspecteur kan, indien met betrekking tot een te nemen beschikking niet of niet volledig wordt voldaan aan een informatieverplichting, dit vaststellen bij een voor bezwaar vatbare beschikking.

25 Rb. Den Haag 22 november 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:14150; Rb. Den Haag 12 juli 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:7968.

3.5.3.3 *Het verstrekken van informatie*

Een andere categorie feitelijke handelingen is het verstrekken van informatie door het bestuursorgaan aan de burger.[26] Zowel inlichtingen voorafgaand aan het besluit als inlichtingen na het besluit kunnen aangemerkt worden als feitelijke handelingen die verband houden met een besluit.[27] Een voorbeeld is een bestuursorgaan dat voorafgaand aan het besluit inlichtingen geeft over hoe een aanvraag moet worden ingediend waarop later een besluit over subsidie of een vergunning kan volgen.[28]

De burger kan er baat bij hebben om specifiek over de inlichtingen te procederen bij de bestuursrechter. Zo kan een burger zich door onjuiste inlichtingen genoodzaakt zien om te kiezen tussen het afzien van een vergunningaanvraag of het doen van grote investeringen die hij niet kan financieren.

Ook inlichtingen na het nemen van een besluit kunnen onder de definitie vallen. Maar het gaat dan vaak om handelingen waartegen geen afzonderlijke rechtsbescherming nodig is, omdat die al geboden is tegen het besluit zelf. Denk aan een mededeling over de hoogte van een uitkering, die al eerder bij besluit is vastgesteld.[29] Er zijn ook feitelijke handelingen die na een besluit worden verricht en waartegen geen rechtsbescherming kan worden geboden door middel van beroep tegen het besluit zelf. Doorgaans gaat het dan om feitelijke handelingen ter uitvoering van een besluit. Die komen hierna afzonderlijk aan bod.

3.5.3.4 *Bestuurlijke rechtsoordelen*

Het bestuurlijk rechtsoordeel is een mededeling over de toepasselijkheid van publiekrechtelijke voorschriften ter zake van een concrete situatie waarvoor het bestuursorgaan bevoegd is.[30] Omdat deze mededeling niet op rechtsgevolg is gericht, is het geen besluit, maar een feitelijke handeling.

Toch wordt deze handeling door de bestuursrechter in uitzonderingssituaties gelijkgesteld aan een besluit.[31] Dat doet hij alleen als het voor de burger onevenredig belastend is om te wachten op een besluit, vaak een besluit op een vergunningaanvraag of een handhavingsbesluit.[32] De rechter neemt dit niet snel aan. Van iemand die bijvoorbeeld van een bestuursorgaan de mededeling krijgt dat een activiteit die hij wil verrichten vergunningplichtig is en die de juistheid van die mededeling aan de rechter wil voorleggen, wordt verwacht dat hij de vergunning

---

26 Ook toezeggingen zouden hier kunnen worden besproken, maar vanwege de gelijkenis met een bevoegdhedenovereenkomst is ervoor gekozen de toezegging te bespreken in het hoofdstuk over bevoegdhedenovereenkomsten.

27 Het verstrekken van informatie kan onder omstandigheden ook een bestuurlijk rechtsoordeel inhouden.

28 Zie HR 20 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV5552. In deze uitspraak had het bestuursorgaan onjuiste inlichtingen verstrekt aan de aanvrager. De aanvrager moest daarvoor naar de burgerlijke rechter.

29 CRvB 2 november 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AZ1963.

30 Het bestuurlijk rechtsoordeel kan ook worden gevoegd onder de hierboven genoemde categorie 'informatie'. Maar in de doctrine neemt het een aparte plaats in, met name omdat het soms voor de rechtsbescherming met een besluit gelijk wordt gesteld.

31 CBb 17 januari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:5.

32 CBb 10 september 2019, ECLI:NL:CBB:2019:408, r.o. 8-9. Zie ook ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:453.

aanvraagt en vervolgens in het beroep tegen het daarop genomen besluit aanvoert dat hij geen vergunning nodig heeft. En wie van een bestuursorgaan te horen krijgt dat wat hij wil gaan doen verboden is, moet in beginsel maar gewoon beginnen en als het bestuursorgaan overgaat tot handhaving, tegen het sanctiebesluit in beroep gaan. Slechts bij hoge uitzondering neemt de bestuursrechter aan dat dit *onevenredig bezwarend* is voor de burger en dat deze de juistheid van het bestuurlijk rechtsoordeel bij de bestuursrechter ter discussie kan stellen.

De door de commissie voorgestelde verruiming van de bevoegdheid van de bestuursrechter leidt ertoe dat de bestuursrechter bevoegd is te oordelen over dergelijke bestuurlijke rechtsoordelen.[33] Het verband met een appellabel besluit is aanwezig als het van de juistheid van het bestuurlijk rechtsoordeel afhangt of er later een besluit moet worden aangevraagd (vaak een vergunning) of afgewacht (een handhavingsbesluit).

3.5.3.5 *Gedoogbeslissingen*

Over de vraag naar de kwalificatie van gedoogbeslissingen als besluiten, zijn in de rechtspraak in de loop der tijd uiteenlopende antwoorden gegeven. Sinds 2019 gaat de Afdeling ervan uit dat een beslissing om te gedogen, een weigering om dat te doen en de intrekking daarvan geen besluiten zijn. Daarvoor is de volgende motivering gegeven: 'Gedoogbeslissingen zijn geen besluiten omdat deze beslissingen niet op rechtsgevolg zijn gericht. Een beslissing om (al dan niet onder voorwaarden) niet tot handhaving over te gaan, berust immers niet op een zelfstandige bevoegdheid, maar vloeit voort uit een wettelijk toegekende bevoegdheid tot het nemen van een handhavingsbesluit. Het gelijkstellen van alle soorten gedoogbeslissingen met een besluit zou suggereren dat de rechter het nemen van beslissingen over gedogen als een zelfstandige bevoegdheid beschouwt naast de handhavingsbevoegdheid. Alleen de wetgever zou tot het scheppen van een dergelijke bevoegdheid kunnen overgaan. Een dergelijke algehele gelijkstelling zou daarom, daargelaten of die wenselijk zou zijn, de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaan.'[34] Alleen in zeer uitzonderlijke gevallen kan, althans volgens deze jurisprudentie, een bestuurlijk rechtsoordeel over het al dan niet bestaan van een overtreding of het al dan niet handhaven worden gelijkgesteld met een besluit.[35]

Wie het niet eens is met de weigering om te gedogen en daar een rechterlijk oordeel over wil krijgen, is aangewezen op een beroepsprocedure tegen een eventueel te nemen handhavingsbesluit. Als dat niet wordt genomen, blijft hij in onzekerheid verkeren. Aan de andere kant kan een derde-belanghebbende, als hij het niet eens is met een beslissing om juist wel te gedogen, het bestuursorgaan verzoeken om een handhavingsbesluit te nemen. Als dat verzoek wordt afgewezen, kan de derde-belanghebbende tegen die afwijzing bezwaar en beroep instellen. Ook komt het voor dat de partij die gedoogd wordt, het niet eens is met een voorwaarde die

33 Bedacht moet ook worden dat in een voorkomend geval ook de reactie van het bevoegde bestuursorgaan op een melding een bestuurlijk rechtsoordeel kan zijn.

34 ABRvS 24 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1356.

35 Vgl. ABRvS 13 september 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3431 waarin wordt geoordeeld dat het onevenredig bezwarend is voor een coffeeshophouder om een handhavingsbesluit uit te lokken.

aan de gedoogbeslissing is verbonden of met een wijziging van de periode waarin deze wordt gedoogd. Als zij daartegen wil opkomen, zit er niets anders op dan de gedoogvoorwaarden te overtreden of na de gedoogperiode gewoon door te gaan, zodat er dan wellicht een appellabel handhavingsbesluit wordt genomen waartegen beroep kan worden ingesteld. In gevallen waarin de gedoogde activiteit vergunningplichtig is, kan rechtsbescherming uiteraard via de band van de verlening of weigering van een vergunning worden geboden.

Al met al getuigt deze situatie niet echt van een doeltreffende bescherming van de rechtspositie van een gedoogde partij. Vooral in situaties waarin een gedoogbeleid wordt gevoerd, wordt de gedoogde partij geconfronteerd met een overheid die enerzijds toelaat dat de gedoogde activiteiten worden voortgezet en er zelfs normstellend en sturend bij optreedt door gedoogvoorwaarden te stellen (denk aan coffeeshopbeleid), anderzijds niet rechtstreeks aanspreekbaar is op de rechtmatigheid van die sturing en voorwaarden.

De wetgever kan op verschillende manieren deze lacune wegnemen. Het meest voor de hand liggend is dat hij een wettelijke bevoegdheid tot het nemen van gedoogbesluiten in de wet opneemt. Dat hoeft geen algemene bevoegdheid te zijn, maar kan ook op de overtreding van specifieke wettelijke voorschriften slaan. Op zich is het ook goed denkbaar de oplossing te zoeken door gedoogbeslissingen aan te merken als feitelijke handelingen die verband houden met een appellabel besluit (veelal een handhavingsbesluit) waarover dan een verzoekschriftprocedure zou kunnen worden gevoerd. Maar het karakter van de gedoogbeslissing sluit naar het oordeel van de commissie toch beter aan bij de besluitfiguur en het daartegen gerichte beroepschrift.

3.5.3.6 *Het verwerken van gegevens*

Ook het verwerken, verstrekken en delen van gegevens van burgers kan in veel gevallen worden aangemerkt als feitelijk handelen dat verband houdt met een appellabel besluit.[36] Steeds vaker worden de gegevens van burgers verwerkt ten behoeve van (geautomatiseerde) besluitvorming. In de praktijk komt het ook vaak voor dat gegevens tussen verschillende bestuursorganen worden uitgewisseld. Deze gegevensverwerking kan ook plaatsvinden in het kader van een later te nemen besluit en de inhoud van het besluit wordt bepaald door die gegevens. De gegevensverwerking houdt daardoor verband met een appellabel besluit. Tegen deze gegevensverwerking als zodanig kan een burger echter niet opkomen bij de bestuursrechter, omdat het immers feitelijk handelen betreft.[37] Dit terwijl zij hierbij wel regelmatig belang hebben. Zo kan het zijn dat de gegevens onjuistheden bevatten, waardoor allerlei besluiten die op basis van die gegevens worden genomen, onjuist zijn. Het kan zelfs zo zijn dat de foutieve informatie al is doorgegeven aan een volgend bestuursorgaan. Ook kan de gegevensverwerking onrechtmatig zijn of kan de burger anderszins negatieve gevolgen ervan ondervinden.[38] Mede vanwege het

36 Zie hierover meer uitgebreid ook hoofdstuk 6 over digitalisering.
37 ABRvS 10 juni 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1375, r.o. 4.3.
38 Zie bijv. ABRvS 22 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2751. Zie over geschillen over gegevensverwerking nader hoofdstuk 6.

verband met een appellabel besluit acht de bestuursrechter zichzelf nu al bevoegd om te oordelen op een verzoek van een burger om schadevergoeding in geval van onrechtmatige verwerking.[39]

3.5.3.7 Handelingen ter uitvoering van een besluit

Ook nadat een appellabel besluit is genomen, kan het bestuursorgaan nog feitelijke handelingen (laten) verrichten in verband met het besluit. Het gaat dan vaak om de uitvoering van het besluit. Een bekend voorbeeld is de feitelijke tenuitvoerlegging van een last onder bestuursdwang. Het bijzondere van die feitelijke handeling is dat de Awb-wetgever besliste dat belanghebbenden de mogelijkheid zouden moeten hebben om daarover bij de bestuursrechter te procederen. Zo is geregeld dat een belanghebbende het bestuursorgaan kan verzoeken bestuursdwang feitelijk toe te passen en dat de (negatieve) reactie van het bestuursorgaan een beschikking is (art. 5:31a lid 3 Awb). Met de wens van de burger om het bestuursorgaan te bewegen feitelijk op te treden, kan de bestuursrechter worden geconfronteerd in de vorm van een beroep tegen een beschikking.[40]

Een voorbeeld van een feitelijke uitvoeringshandeling is een handeling ter uitvoering van een Wmo-besluit op grond waarvan iemand recht heeft op een 'schoon en leefbaar huis'. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de opstelling van een ondersteuningsplan door de zorgaanbieder die door het bestuursorgaan is ingeschakeld om het besluit uit te voeren.[41] Een ander voorbeeld is de uitvoering van het definitieve ontwerp van de herinrichting van een straat.[42] Hoewel deze handelingen zeer nauw samenhangen met het besluit, is de bestuursrechter strikt genomen doorgaans niet bevoegd kennis te nemen van geschillen over deze feitelijke handelingen.[43] Dat wordt anders met de door de commissie voorgestelde verruiming van de bevoegdheid van de bestuursrechter.

Een rechtzoekende kan ook belang hebben bij een rechterlijke uitspraak over het weigeren of nalaten van een bestuursorgaan om een feitelijke handeling te verrichten. Denk bijvoorbeeld aan een geval waarin een Wmo-besluit waarbij huishoudelijke ondersteuning is toegekend, niet (goed) wordt uitgevoerd.[44] Een ander voorbeeld biedt het vreemdelingenrecht bij de beslissing om iemand aan te merken als behorende tot de categorie personen die in aanmerking komen voor evacuatie. Als

39 ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:899.

40 Toepassing van het klassieke besluitenprocesrecht lijkt hier evenwel tekort te schieten. Indien de bestuursrechter tot de conclusie zou komen dat de feitelijke toepassing van bestuursdwang ten onrechte geweigerd is en moet worden toegepast, is het de vraag of de bestuursrechter dan zelf in de zaak moet voorzien door zijn uitspraak in de plaats te stellen van de vernietigde afwijzende beschikking, opdracht moet geven een andere handeling te verrichten (dan het nemen van een besluit ex art. 8:72 lid 4 Awb) of beide (evt. met toepassing van art. 8:72 lid 6 Awb).

41 Van Ettekoven 2016.

42 Hof Amsterdam 18 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2967.

43 Soms wel: zie bijvoorbeeld art. 5:31c en art. 5:39 Awb.

44 Zie de in dit kader zeer interessante uitspraak CRvB 29 september 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:2137, waarin de voorzieningenrechter van de rechtbank appellant ten onrechte had verwezen naar de civiele rechter voor een oordeel over de verstrekte opvang. Vgl. CRvB 8 oktober 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3241, waarin wordt geoordeeld dat in het besluit zelf rechtszekerheid over de toekenning van huishoudelijke ondersteuning moet worden geboden.

rechtsgevolg van die beslissing is gewezen op de inspanningsverplichting van het bestuursorgaan om de evacuatie te bewerkstelligen.[45] Maar de vraag of die inspanningsverplichting vervolgens is nagekomen, is een vraag over feitelijke uitvoeringshandelingen.[46]

Voor een aantal gevallen van nalatigheid bij de feitelijke uitvoering van een besluit heeft de wetgever een oplossing geboden door een beslissing over dat feitelijk handelen aan te merken als een besluit of het daarmee gelijk te stellen. Een belangrijk voorbeeld daarvan is wederom de feitelijke uitoefening van bestuursdwang door het bestuursorgaan als de overtreder de last niet binnen de daarvoor gestelde termijn heeft uitgevoerd (art. 5:31a Awb). De bestuursrechter is dus voor wat betreft het weigeren of nalaten om bestuursdwang feitelijk uit te oefenen, al bevoegd en een verruiming is in zoverre niet nodig.[47] Dit laat onverlet dat bij de feitelijke uitoefening van bestuursdwang andere geschillen kunnen rijzen waarover de bevoegdheid van de bestuursrechter zich niet uitstrekt. Daarbij gaat het met name om geschillen over onrechtmatigheid van de feitelijke handelingen waarmee de bestuursdwang geëffectueerd wordt, zoals bij de afbraak van een illegaal bouwwerk, de sluiting van een bedrijfsgebouw of de afvoer van afvalstoffen. Daarom is men in dergelijke geschillen aangewezen op de burgerlijke rechter.

3.5.4 *Algemene afbakening of aanwijzing van categorieën door de wetgever?*

Er zijn verschillende manieren om, voortbouwend op wat er in de paragrafen 3.5.2 en 3.5.3 over is gezegd, de categorieën van feitelijke handelingen aan te wijzen die onderwerp kunnen worden van een bestuursrechtelijke procedure. Dat kan door heel algemeen en abstract in de Awb te bepalen dat de bestuursrechter bevoegd is te oordelen over feitelijk handelen dat verband houdt met een appellabel besluit. Het kan ook door in de wet (in de Awb of in bijzondere wetten) concretere beschrijvingen te geven van feitelijke handelingen waarover de bestuursrechter kan oordelen. De keuze tussen de methode van algemene afbakening en die van de concrete aanwijzingen zal vooral afhangen van de inschatting hoe lastig het zal zijn om de feitelijke handelingen voldoende objectief af te bakenen met gebruikmaking van de ene of de andere variant.

Bij de *algemene afbakening* is het moeilijk te voorspellen of er veel kansloze procedures bij de bestuursrechter aanhangig gemaakt zullen worden over voorbereidingshandelingen die net zo goed of beter in de beroepsprocedure tegen het besluit kunnen worden betrokken. Dat zal vaak het geval zijn bij gebrekkig overheidshandelen in het kader van de inspraak over besluiten in het omgevingsrecht. Maar men kan onder omstandigheden ook heel goed betogen dat een burger er belang bij heeft dat een inspraakgebrek juist in de inspraakfase wordt gecorrigeerd en niet pas een paar jaar later in een beroepsprocedure tegen het uiteindelijke besluit. Inspraak

45 Zie de uitspraken van ABRvS 14 september 2022 (ECLI:NL:RVS:2022:2592, 2684 en 2695). Overigens zijn op grond van art. 93 Vw 2000 de daar genoemde vrijheidsbenemende maatregelen met een besluit gelijkgesteld.

46 In art. 79 Participatiewet, art. 72 lid 3 en 4 Vw 2000 en art. 93 Vw 2000 is geregeld dat dergelijke feitelijke uitvoeringshandelingen gelijk worden gesteld aan een besluit.

47 Over de aard van de procedure en de uitspraakbevoegdheden is – zie hiervoor – wel discussie mogelijk.

heeft immers vooral zin als het aan het nemen van het besluit voorafgaat. De algemene afbakening brengt dus het risico mee dat er zowel (veel) kansloze procedures worden gestart als ook kansrijkere, die evenwel tot extra procedures leiden. Beide effecten hebben vertraging en complicaties tot gevolg.

De algemene afbakening roept ook vragen op als het gaat om uitvoeringsbesluiten. Als bestuursdwang wordt uitgeoefend doordat een aannemersbedrijf een illegaal bouwwerk afbreekt, zullen vragen rijzen over wie kan worden aangesproken op onrechtmatige handelingen die daarbij worden verricht. Is dat de aannemer of het bestuursorgaan? Als een bestemmingsplan de aanleg van een weg mogelijk maakt en de gemeente vervolgens beslist om daarbij een bepaald soort asfalt te gebruiken, is dat dan een feitelijk handelen dat verband houdt met het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan? Als groenvoorzieningen worden aangebracht ter uitvoering van een ruimtelijk besluit, is de keuze voor de soort bomen dan een uitvoeringshandeling? Deze afbakeningsproblemen kunnen een reden zijn om de bestuursrechtelijke procedure alleen open te stellen in door de wet aangewezen gevallen.

De commissie is voorstander van een beperkte algemene aanwijzing, waarbij in elk geval gedacht wordt aan eerdergenoemde feitelijke handelingen als waarschuwingen en bestuurlijke rechtsoordelen, waartegen de bestuursrechter in uitzonderingsgevallen ook onder het huidige recht al rechtsbescherming toestaat. Daarenboven kan naar het oordeel van de commissie – al dan niet als pilot of experiment – door de wetgever worden gewerkt met concrete aanwijzingen van feitelijke handelingen waarvoor de burger bij de bestuursrechter terecht zou moeten kunnen. Daarbij kan worden gedacht aan toezichtshandelingen, genoemd in titel 5.2 Awb, aangevuld met toezichtshandelingen in bijzondere wetten. Ook in het kader van de uitvoering van de Wmo 2015 zijn dergelijke concretiseringen goed denkbaar.[48]

3.6 Rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter: keuzevrijheid voor de eiser

In de vorige paragrafen is betoogd dat de bevoegdheid van de bestuursrechter moet worden verruimd met feitelijke handelingen die in een bepaald verband staan met een te nemen of reeds genomen appellabel besluit. Daarmee is nog niets gesteld over de effecten van die verruiming op de huidige mogelijkheden voor burgers om bij de burgerlijke rechter te procederen tegen de overheid. Welk effect zou die verruiming moeten hebben op die mogelijkheden? Allereerst moge duidelijk zijn dat de huidige rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter ervan uitgaat dat de burgerlijke rechter – ondanks zijn ruime competentie – terugtreedt als voor het geschil een (met voldoende waarborgen omklede) bestuursrechtelijke rechtsgang open staat. Die hoofdregel, die vanuit het idee van rechtseenheid en specialisatie goed te rechtvaardigen is, leidt tot het uitgangspunt dat een van beide rechters, bestuursrechter of burgerlijke rechter, inhoudelijk oordeelt over

48 Het gelijkstellen van feitelijke handelingen met een besluit door de wetgever teneinde de bestuursrechter bevoegd te maken, is niet onbekend, zie o.a. art. 79 Participatiewet, art. 72 lid 3 en 4 Vw 2000 en art. 93 Vw 2000.

geschillen tussen burgers en de overheid. Wordt het hierboven beschreven voorstel tot verruiming van de rechtsmacht van de bestuursrechter overgenomen, dan komt de vraag op of het terugtreden van de burgerlijke rechter daarvan een gewenst effect is.

De commissie is enerzijds van oordeel dat er voldoende argumenten zijn voor verruiming van de rechtsmacht van de bestuursrechter en anderzijds onvoldoende rechtvaardiging om de mogelijkheden bij de burgerlijke rechter voor burgers te beperken. De commissie is derhalve voorstander van overlappende rechtsmacht. De burger heeft daardoor de mogelijkheid om efficiënt en effectief te procederen, met name omdat geschillen zo enigszins mogelijk niet hoeven te worden opgeknipt in een geschil over een besluit en een geschil over de feitelijke handelingen in een bepaald verband met dat besluit. De voor- en tegenargumenten voor overlappende rechtsmacht (in schadevergoedingszaken) worden besproken in paragraaf 4.5.3 over schadevergoeding. Een bijkomend voordeel van overlappende rechtsmacht is dat een gat in de rechtsbescherming voor de burger, net als het gevaar dat een geschil bij de verkeerde rechter wordt aangebracht, wordt vermeden.

3.7 Aard van de procedure bij de bestuursrechter: een verzoekschriftprocedure

Als de bestuursrechter bevoegd wordt te oordelen over feitelijke handelingen, hoe zou de procedure ten behoeve van geschillen over die feitelijke handelingen er dan uit moeten zien? Voor de beoordeling door de bestuursrechter van andere handelingen dan besluiten is het klassieke vernietigingsberoep niet geschikt. Immers, andere handelingen dan rechtshandelingen kunnen niet worden vernietigd.[49] De commissie is van oordeel dat een verzoekschriftprocedure beter aansluit bij de aard van het geschil dat aan de bestuursrechter wordt voorgelegd indien het geschil feitelijk handelen of een bestuurlijk rechtsoordeel betreft. Betoogd kan worden dat het verschil tussen het aanhangig maken van een geding door een beroepschrift of door een verzoekschrift niet groot is. Ook geldt dat een beroepschriftprocedure wordt gebruik of is voorgeschreven in die gevallen waarin de bestuursrechter nu oordeelt over feitelijke handelingen, bijvoorbeeld over het niet tijdig beslissen en over de weigering om feitelijk bestuursdwang toe te passen (vgl. art. 5:31a Awb), maar ook in de uitzonderingssituaties waarin de bestuursrechter toestaat dat geprocedeerd wordt over waarschuwingen en bestuurlijke rechtsoordelen. Feit is echter dat de in hoofdstuk 8 Awb neergelegde beroepschriftprocedure specifiek is (in)gericht op het vernietigen van een besluit (een eenzijdige, publiekrechtelijke en schriftelijke rechtshandeling) wegens strijd met het recht en dat de Awb ook bijpassende uitspraakbevoegdheden regelt. Een door de wetgever geïntroduceerde regeling voor een verzoekschriftprocedure kan op een specifiek soort verzoeken

49 Van Ommeren & Huisman 2013, p. 81. Dit blijkt overigens ook uit de bijzondere uitspraakbevoegdheden in art. 8:55d Awb. Het is strikt genomen de vraag of de bestuursrechter op grond van art. 8:72 lid 4 juncto lid 6 Awb een bestuursorgaan op straffe van verbeurte van een dwangsom kan verplichten tot het verrichten van een feitelijke handeling waartegen geen rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter openstaat.

zien (bijv. schadevergoeding), maar kan ook een regeling zijn die de burger ruimte laat voor het door hem beoogde verzoek aan de bestuursrechter over feitelijke handelingen (of: voor de bestuursrechter die een verzoek van de burger interpreteert). Het huidige bestuursprocesrecht voorziet niet in toereikende uitspraakbevoegdheden,[50] bijvoorbeeld omdat in beginsel de bevoegdheid ontbreekt om het bestuursorgaan een gebod of een verbod op te leggen en tevens geen mogelijkheid bestaat een declaratoire uitspraak te doen. De commissie bepleit derhalve de invoering van een verzoekschriftprocedure die past bij de aard van de geschillen die daarin aan de orde zullen zijn.

De door de commissie voorgestelde verruiming van de rechtsmacht betekent dat het verzoek dat de grondslag is voor de verzoekschriftprocedure bij de bestuursrechter dan wel zou moeten zien op feitelijk bestuurshandelen dat in een (voldoende) verband staat met een (voor de betreffende burger) appellabel besluit en waarvoor geldt dat de wetgever (in de Awb of in een bijzondere wet) heeft bepaald dat voor die handeling een verzoek kan worden gedaan.

De algemene regeling van de nieuw in te voeren verzoekschriftprocedure zou in een aparte titel van hoofdstuk 8 Awb moeten worden opgenomen. Net als in het geval van de in titel 8.4 Awb opgenomen schadeverzoekschriftprocedure zou uit de in die titel opgenomen bepalingen moeten blijken voor welke handelingen van het bestuur de bestuursrechter bevoegd is, hoe die procedure eruitziet, welke uitspraakbevoegdheid passend is en welke bepalingen uit hoofdstuk 6 en hoofdstuk 8 Awb van overeenkomstige toepassing zijn op die procedure. Van belang is ook dat de regeling, net als in het geval van titel 8.4 Awb, zou bepalen dat het verzoek niet alleen kan worden ingediend naast een (reeds aanhangig gemaakt) beroep over een besluit, maar ook zelfstandig voorafgaand of na afloop van een beroepschriftprocedure.

In de volgende paragrafen schetsen we de toegangseisen (par. 3.8), de inrichting van de procedure (par. 3.9), de beoordeling van het verzoek door de rechter en de uitspraakbevoegdheden van de rechter (par. 3.10).

3.8 Eisen voor de toegang tot de verzoekschriftprocedure

Wie zouden onder welke voorwaarden toegang moeten hebben tot de verzoekschriftprocedure ter zake van geschillen over de in het voorgaande bedoelde feitelijke handelingen? Het moet gaan om (1) een belanghebbende (par. 3.8.1) die (2) voldoende procesbelang heeft en wiens verzoek niet strandt op beperkingen voortvloeiend uit de proceseconomie (par. 3.8.2). De belanghebbende is tevens (3) bevoegd beroep in te stellen tegen het besluit waar het handelen dat hij in de verzoekschriftprocedure ter discussie wil stellen, mee samenhangt (par. 3.8.3). De verzoeker moet, voordat hij het verzoek indient, (4) contact hebben gezocht met het bestuursorgaan om een gang naar de rechter te voorkomen (par. 3.8.4), (5) het verzoek doen binnen een

50 Zie ook al VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 81.

bepaalde termijn nadat het handelen waar hij tegen opkomt heeft plaatsgevonden (par. 3.8.5), (6) griffierecht hebben betaald (par. 3.8.6) en (7) zorg dragen dat zijn verzoek wordt ingediend door middel van een 'geschrift' dat aan bepaalde formele eisen voldoet (par. 3.8.6). Op elk van die toegangseisen gaan we hieronder kort in.

3.8.1 *Belanghebbende*

De verzoeker heeft alleen toegang als deze belanghebbende is in de zin van artikel 1:2 Awb. De rechter zal voor elk verzoek, net als voor elk beroep, moeten bepalen of degene die dat indient als belanghebbende is te beschouwen. Daarnaast zal de rechter beoordelen of er behalve de indiener van het verzoek nog andere belanghebbenden zijn die in de gelegenheid moeten worden gesteld aan de procedure deel te nemen (analoog aan art. 8:26 Awb). Er is geen reden om te veronderstellen dat de rechter bij de vraag wie belanghebbenden zijn in de procedure over een verzoek, andere criteria zal aanleggen dan bij de vraag wie belanghebbenden zijn in de procedure over een besluit. Alleen het object van de toetsing van de belanghebbendheid verschilt: dat is niet een besluit van het bestuursorgaan, maar handelen of nalaten dat samenhangt met een besluit van een bestuursorgaan.

De eis dat de verzoeker belanghebbende is, speelt een rol bij het buiten de deur houden van verzoeken die (nog) niet door de bestuursrechter zouden moeten worden behandeld. Zo zal – net als in de beroepschriftprocedure tegen een besluit – gelden dat eenieder die feitelijk de gevolgen ondervindt of kan ondervinden van de feitelijke handeling van het bestuur, in beginsel belanghebbende is. In uitzonderingsgevallen is daarvan geen sprake indien er voor de appellant geen gevolgen zijn van enige betekenis.

3.8.2 *Procesbelang en proceseconomie*

Behalve dat de indiener belanghebbende is, moet hij ook een procesbelang hebben, dat wil zeggen dat de rechtsgang voor de rechtzoekende tot het gewenste resultaat moet kunnen leiden. Als er slechts een principieel of puur subjectief ervaren belang wordt gesteld, is dat niet voldoende; de verzoeker moet een reëel belang bij zijn verzoek hebben.

Wordt rechtsbescherming bij de bestuursrechter door de wetgever opengesteld tegen feitelijk overheidshandelen, dan zal in de daarvoor gebruikte verzoekschriftprocedure vaak geen sprake zijn van procesbelang voor de appellant. In veel gevallen kan het belang van de verzoeker om in zijn subjectieve rechten te worden beschermd, voldoende worden gediend met de mogelijkheid om over het (latere) appellabele besluit te procederen. Pas als die – als primaire en voorliggende rechtsbeschermingsmogelijkheid te beschouwen[51] – beroepsmogelijkheid tegen een besluit niet kan voorzien in de reële behoefte aan een rechterlijke uitspraak of in

51 Ook de Duitse bestuursrechtspraak beschouwt – overigens zonder wettelijke grondslag – procedures die niet direct over een *Verwaltungsakt* gaan, subsidiair aan de beroepschriftprocedures (*Verpflichtungs-* en *Anfechtungsklage*), die voorrang hebben. Procesbelang ontbreekt als deze voorrangsregel niet wordt nageleefd, omdat het gevorderde op een eenvoudigere wijze is te bereiken. Zie De Graaf 2013, p. 281-282.

effectieve rechtsbescherming, is er voldoende procesbelang om een inhoudelijk oordeel van de bestuursrechter te krijgen in een verzoekschriftprocedure over het feitelijk handelen. Gaat het verzoek bijvoorbeeld over een handeling ter voorbereiding van een besluit en kan van de verzoeker worden gevergd dat hij dat besluit afwacht, dan is er geen procesbelang in een verzoekschriftprocedure over de voorbereidingshandeling.[52]

Een voorbeeld biedt het hierboven in paragraaf 3.5.3.4 besproken bestuurlijk rechtsoordeel. Een bestuurlijk rechtsoordeel is geen besluit en er staat op dit moment dan ook geen beroep bij de bestuursrechter tegen open, tenzij het onevenredig bezwarend is om van de betrokkene te vergen dat hij een appellabel besluit afwacht. Als de bevoegdheid van de bestuursrechter wordt verruimd tot feitelijke handelingen ter voorbereiding van een (mogelijk) besluit, kan een verzoek ook zien op een (uitgebleven reactie op een verzoek om een) bestuurlijk rechtsoordeel. Een verzoeker zou in beginsel bij de bestuursrechter terecht moeten kunnen om te achterhalen welk rechtsoordeel voor zijn concrete situatie rechtens juist is. De rechter zal moeten beoordelen of de verzoeker procesbelang heeft bij een rechterlijke uitspraak die verband houdt met het (verzoek om een) bestuurlijk rechtsoordeel. Is dat het geval, dan zal de rechter het verzoek beoordelen. Het is echter goed denkbaar dat de rechter in bepaalde situaties zal oordelen dat de verzoeker geen procesbelang heeft omdat het voor de verzoeker niet als onevenredig bezwarend moet worden beschouwd om een besluit van het bestuursorgaan af te wachten of aan te vragen en dat de verzoeker daarom – vanwege een gebrek aan voldoende procesbelang – niet-ontvankelijk is in zijn verzoek.

In het verlengde van het zojuist gegeven voorbeeld over een bestuurlijk rechtsoordeel moet nog het volgende worden bedacht. Bij het benaderen van de (bestuurs)rechter om geschillen tussen het bestuur en burgers te beslechten, spelen ook overwegingen van proceseconomie. Een voor de hand liggende gedachte in dat perspectief is dat een verzoekschrift gericht op het verkrijgen van een declaratoire uitspraak van de bestuursrechter niet-ontvankelijk moet worden geacht indien een vergelijkbaar resultaat behaald kan worden met een beroepschrift over een besluit. De beroepschriftprocedure tegen een besluit heeft in dat geval voorrang. Dat spreekt voor zich indien men zich realiseert dat een belanghebbende de verzoekschriftprocedure niet zou moeten kunnen gebruiken om de bestuursrechter voor recht te laten verklaren dat een appellabel besluit onrechtmatig is. In het verlengde van die gedachte zal naar het oordeel van de commissie ook een eventueel verzoek aan de rechter om een gebod of verbod uit te spreken, voorrang moeten genieten op het verzoek om een declaratoire uitspraak te doen. Indien in plaats van een declaratoir ook verzocht kan worden om een gebod of verbod, zal het verzoek om een declaratoir vanwege proceseconomische redenen niet-ontvankelijk moeten worden geoordeeld.[53]

---

52 Pront-van Bommel 2002, p. 56.

53 Ook de Duitse bestuursrechtspraak gaat hier – op grond van par. 43 Verwaltungsgerichtordnung – uit van de voorrang van alle soorten procedures op de procedure die kan leiden tot een declaratoire uitspraak. Zie De Graaf 2013, p. 284 e.v.

Het verschil met de huidige ontvankelijkheidsjurisprudentie als het gaat om de door de wetgever aangewezen feitelijke handelingen zoals bestuurlijke rechtsoordelen, waarschuwingen en reacties op meldingen, zal naar verwachting het volgende zijn. Onder het huidige recht is de bestuursrechter niet bevoegd om kennis te nemen van een geschil over dergelijk overheidshandelen dat verband houdt met een appellabel besluit. Mede gelet op die door de wetgever bepaalde bevoegdheidsverdeling is vaste jurisprudentie dat de bestuursrechter het als regel niet onevenredig bezwarend acht dat een belanghebbende moet wachten op een appellabel besluit en dat enkel bij uitzondering aangenomen wordt dat procederen tegen een besluit onevenredig bezwarend is. De bestuursrechter is op grond van een strikte lezing van de wet niet bevoegd en moet derhalve terughoudend zijn met oordelen waarin hij toch van het geschil kennis kan nemen ('nee, geen inhoudelijk oordeel, tenzij …'). In de door de commissie voorgestelde verruiming van de rechtsmacht van de bestuursrechter zou – als basis voor het groeimodel – nieuw vertrekpunt zijn dat de bestuursrechter bevoegd is kennis te nemen van het geschil, maar dat een gebrek aan procesbelang de weg naar een inhoudelijke beoordeling door de bestuursrechter in de weg kan staan ('ja, een inhoudelijk oordeel, mits …'). Een dergelijke wijziging is dus voor een klein deel codificatie en biedt overigens mogelijkheden voor verdere ontwikkeling van jurisprudentie over de vraag wanneer een justitiabele voldoende procesbelang heeft om ontvankelijk te kunnen procederen.

De voorgestelde verbreding van de rechtsmacht van de bestuursrechter gaat echter verder dan enkel de in de vorige alinea benoemde handelingen, omdat die immers ook feitelijke handelingen zoals toezichtshandelingen en voorbereidings- en uitvoeringshandelingen van een besluit zouden (kunnen) betreffen. Een veelgehoord bezwaar tegen deze verruiming van de rechtsmacht, is dat er in potentie veel verschillende rechtsbeschermingsmomenten ontstaan, namelijk bij elke toezichtshandeling en bij elke handeling ter voorbereiding of ter uitvoering van een besluit. Gaan de sluisdeuren dan niet te ver open? Buiten de hiervoor al gememoreerde eisen van procesbelang, ligt ook voor de hand te wijzen op de functie en de ratio van artikel 6:3 Awb in de beroepschriftprocedure. Daarin is bepaald dat een beslissing (lees: besluit) inzake de procedure ter voorbereiding van een besluit niet vatbaar is voor bezwaar of beroep, tenzij deze beslissing de belanghebbende los van het voor te bereiden besluit rechtstreeks in zijn belang treft. Die bepaling brengt tot uitdrukking dat het nemen van besluiten primair door het bestuur moet gebeuren zonder (veelal vertragende) inmenging van de rechter en dat hoofdregel is dat rechtsbescherming tegen dat bestuur doorgaans achteraf wordt geboden. Wordt de bestuursrechter ook bevoegd te oordelen over feitelijke handelingen, dan zal de ratio van artikel 6:3 Awb naar het oordeel van de commissie ook op die voorbereidende feitelijke handelingen moeten worden toegepast.[54]

54 Ook de Duitse bestuursrechtspraak kent – op grond van par. 44a Verwaltungsgerichtordnung – de hoofdregel dat niet ontvankelijk kan worden geprocedeerd over voorbereidende (feitelijke) handelingen, tenzij een direct betrokkene onmiddellijk en zelfstandig in zijn rechten en plichten wordt benadeeld. Zie De Graaf 2013, p. 275-276.

3.8.3 *Bevoegd beroep in te stellen tegen besluit waar het betwiste handelen mee samenhangt*

Wie belanghebbende is bij een besluit, zal als regel ook belanghebbende zijn bij handelen ter voorbereiding of uitvoering van dat besluit. In het hoofdstuk over de bevoegdheid van de rechter ter zake van algemeen verbindende voorschriften stellen we voor om de mogelijkheid beroep in te stellen tegen die categorie besluiten te beperken tot algemeen-belang-organisaties. Dat betekent dat niet iedereen die belanghebbende is bij een algemeen verbindend voorschrift de mogelijkheid heeft daartegen op te komen bij de bestuursrechter. Het ligt niet voor de hand dat iemand die niet bij de bestuursrechter kan opkomen tegen een bepaald besluit, wel zou kunnen opkomen tegen handelingen ter voorbereiding en uitvoering van dat besluit. Daarom zou de verzoekschriftprocedure over handelingen ter voorbereiding en uitvoering van besluiten alleen open moeten staan voor personen die bevoegd zijn beroep in te stellen tegen het (reeds genomen of in de toekomst mogelijk te nemen) besluit waar dat handelen mee samenhangt.

3.8.4 *Contact met het bestuursorgaan om een gang naar de rechter te voorkomen*

Toegang tot de bestuursrechter heeft de rechtzoekende gebruikelijk eerst nadat contact is opgenomen met het betreffende bestuursorgaan om te bezien of een gang naar de rechter kan worden voorkomen. Aan de beroepsprocedure bij de rechter gaat in beginsel een verplichte bezwaarprocedure vooraf en een verzoek aan de bestuursrechter om een bestuursorgaan te veroordelen tot schadevergoeding wordt pas in behandeling genomen als de verzoeker ten minste acht weken daarvoor het bestuursorgaan om schadevergoeding heeft verzocht (art. 8:90 lid 2 Awb).

Ook voor de verzoekschriftprocedure bij de bestuursrechter over feitelijke handelingen, zoals ter voorbereiding of uitvoering van een besluit of andersoortige feitelijke handelingen, zou als uitgangspunt moeten gelden dat de rechter het verzoek alleen in behandeling neemt als de verzoeker het bestuursorgaan daaraan voorafgaand op de hoogte heeft gesteld en de kans heeft geboden het geschil te beslechten. Als burger en bestuursorgaan het eens worden over het beëindigen van het geschil, voorkomt dat een gang naar de rechter. Net als bij de schadeverzoekschriftprocedure zou een uitzondering kunnen worden gemaakt voor de situatie dat redelijkerwijs niet van de verzoeker kan worden gevergd dat hij zich eerst tot het bestuursorgaan wendt, voordat hij naar de rechter stapt. Of als het verzoek gedurende een beroepsprocedure tegen een gerelateerd besluit wordt gedaan.

Hoe zou de verplichting om eerst contact op te nemen met het bestuursorgaan, voordat een verzoek bij de rechter kan worden ingediend, vorm moeten krijgen? En wat mag van het bestuursorgaan worden verwacht als iemand zich, voorafgaand aan de mogelijke indiening van een verzoekschrift bij de bestuursrechter, met een soortgelijk verzoek tot het bestuursorgaan wendt?

Naar het oordeel van de commissie is niet vereist deze voorprocedure daadwerkelijk te formaliseren door een bepaalde geschilbeslechtingsprocedure voor te schrijven. Wel ligt het in de praktijk voor de hand inspiratie te zoeken bij bestaande

geschilbeslechtingprocedures bij het bestuursorgaan.[55] Dat zijn de bezwaarprocedure van hoofdstuk 7 Awb en de klachtprocedure van hoofdstuk 9 Awb. Om de voorprocedure niet onnodig te formaliseren acht de commissie het onverstandig om het volgen van die procedure voor te schrijven.

Bepaald zou kunnen worden dat een verzoek pas door de rechter in behandeling wordt genomen als de verzoeker ten minste zes weken voor het indienen van zijn verzoek eenzelfde verzoek aan het betreffende bestuursorgaan heeft gericht.[56] Hoewel de commissie meent dat geen formele procedure voorgeschreven zou moeten zijn, biedt de procedure van behandeling van klaagschriften (afd. 9.1.2 Awb) inspiratie en een grote mate van flexibiliteit om te bezien of met de verzoeker tot overeenstemming kan worden gekomen, zonder dat enige geformaliseerde procedure hoeft te worden gevolgd.

Op het uitgangspunt dat de verzoeker de bestuursrechter mag benaderen met een verzoekschrift zes weken nadat hij een soortgelijk verzoek aan het bestuursorgaan heeft gericht, zou de commissie drie nuanceringen willen formuleren. Ten eerste moet worden bepaald dat er situaties zijn waarin van een belanghebbende redelijkerwijs niet kan worden gevergd nog zes weken af te wachten (vgl. art. 6:12 lid 3 Awb en art. 8:90 lid 2 Awb), waarbij onder meer gedacht kan worden aan toezichtshandelingen (par. 3.5.3.2 en par. 3.5.3.3). In een dergelijk geval moet eerder een verzoek kunnen worden ingediend. Ten tweede zou – net zoals is geregeld is voor de schadeverzoekschriftprocedure (zie art. 8:91 lid 2 Awb) – voor een verzoekschriftprocedure over feitelijk handelen kunnen worden bepaald dat als een verzoek wordt ingediend hangende een beroepsprocedure tegen het besluit waarmee het verzoek verband houdt, een voorafgaand verzoek aan het bestuursorgaan niet nodig is.[57] Ten derde ziet de commissie in dat partijen op korte termijn behoefte kunnen hebben aan de mogelijkheid om een voorlopige voorziening te vragen van de bestuursrechter. Het ligt naar het oordeel van de commissie in de rede dat een dergelijk verzoek bij de bestuursrechter zou moeten kunnen worden ingediend indien een soortgelijk verzoek aan het bestuursorgaan is gezonden en er derhalve connexiteit

55 Ook Van Male is van mening dat eerst een verzoek aan het bestuursorgaan zal moeten worden gericht. Daarbij moet worden opgemerkt dat private zorgaanbieders in de zin van de Wmo 2015 ook moeten worden aangemerkt als zorgaanbieder. Het bestuursorgaan moet in het model van Van Male vervolgens een besluit op het verzoek nemen. Vervolgens kan daar door de verzoeker tegen worden opgekomen door middel van een nieuw verzoek bij de bestuursrechter (Van Male 2017, p. 43-44). Van Ettekoven en Marseille bepleiten dat er eerst sprake moet zijn van een bezwaarprocedure, waarin partijen kijken of zij gezamenlijk tot een oplossing kunnen komen. Als blijkt dat partijen er niet uitkomen, kunnen zij zich met een verzoekschrift richten tot de bestuursrechter (Van Ettekoven & Marseille 2017, par. 4.3). De commissie kiest dus niet voor deze opties en evenmin voor het – eveneens ten behoeve van de integrale geschillenbeslechting in het sociale domein wel geopperde – idee dat de burger eerst een klachtprocedure zou moeten doorlopen en vervolgens tegen de beslissing op zijn klacht bij de bestuursrechter zou kunnen procederen.

56 De commissie staat hier – in afwijking van de termijn van acht weken in de schadeverzoekschriftprocedure – een termijn voor van zes weken om aansluiting te zoeken bij de algemene bezwaar- en beroepstermijn (art. 6:7 Awb).

57 Het verzoek zou dan ook tegelijkertijd met het beroep kunnen worden behandeld.

bestaat tussen het verzoek aan het bestuursorgaan en dat aan de bestuursrechter om een voorlopige voorziening.[58] Met een dergelijke mogelijkheid wordt ook tegemoetgekomen aan ervaren problematische aspecten van rechtsbescherming op het terrein van het toezicht en de handhaving. Immers, op deze wijze kunnen burgers desgewenst op relatief eenvoudige wijze een rechterlijk oordeel krijgen over feitelijk handelen dat mogelijk een inbreuk maakt op rechten die door de Grondwet en/of de internationale mensenrechten worden beschermd.[59] Het spreekt voor zich dat de bestuursrechter in de procedure over het verzoek om een voorlopige voorziening ook gebruik kan maken van de hem toekomende bevoegdheid (art. 8:86 Awb) om de zaak kort te sluiten en direct uitspraak te doen in de hoofdzaak (waarop het verzoek ziet).

3.8.5 *Verjaringstermijn voor het indienen van het verzoek*

Binnen welke termijn nadat de handeling of het nalaten ter voorbereiding of uitvoering van het besluit heeft plaatsgevonden, moet het verzoek worden ingediend?

Voor de schadeverzoekschriftprocedure is in artikel 8:93 Awb de verjaringstermijn uit artikel 3:310 BW van toepassing verklaard. In de literatuur wordt gesteld dat het voor de hand ligt in een verzoekschriftprocedure voor feitelijk handelen aan te sluiten bij de termijnen van het BW.[60] Dat sluit ook aan bij de gedachte van de wetgever om in de schadeverzoekschriftprocedure zoveel mogelijk aan te sluiten bij de civiele bepalingen, ook voor wat betreft de verjaring.[61]

In verband met het bepalen van een termijn voor het indienen van een verzoekschrift is van belang dat niet altijd duidelijk is wanneer de termijn aanvangt. Dit speelt met name als een burger het bestuur wil bewegen om iets te doen, dus als het gaat om 'feitelijk nalaten'. Wanneer start dan de termijn? Daarover kan worden opgemerkt dat het bij geschillen over de uitvoering van voorzieningen in het sociaal domein bij het bepalen van een termijn het meest voor de hand ligt om aan te sluiten bij de looptijd van de voorziening, omdat lang niet alle verzoeken zien op een handeling die is te koppelen aan een bepaald tijdstip. Als iemand, bijvoorbeeld, ontevreden is over de begeleider die hem is toegewezen ter uitvoering van een aan hem toegekende voorziening voor persoonlijke begeleiding, is het moeilijk het tijdstip te bepalen waarop de termijn voor een verzoek (in dit geval om een andere begeleider) aanvangt.[62]

---

58 Een alternatief zou kunnen zijn dat wel direct een verzoekschrift kan worden ingediend bij de bestuursrechter, waarna de bestuursrechter het bestuursorgaan vervolgens de mogelijkheid biedt om mee te delen of het bereid is aan het verzoek tegemoet te komen. Een dergelijk alternatief was ook voorgesteld door de Raad van State bij de behandeling van art. 8:90 Awb.

59 Barkhuysen e.a. 2014.

60 Huisman 2019, p. 153.

61 *Kamerstukken II* 2010/11, 32621, nr. 3, p. 29. Overigens bestaat in het Franse bestuursrecht een termijn van vier jaar om het verzoek tot nakoming of schadevergoeding in te dienen in de vergelijkbare verzoekschriftprocedure (Van Male 2017). Verder zou de formele rechtskracht alleen betrekking hebben op de rechtsgeldigheid van het besluit, zodat de bestuursrechter later nog kan oordelen over de rechtmatigheid van het feitelijk handelen (Schueler 2014, p. 217).

62 Marseille 2018b.

Dit alles pleit voor een ruime termijn. De commissie stelt voor om aan te sluiten bij de civielrechtelijke verjaringstermijn van vijf jaar. Dat kan ertoe leiden dat de rechter wordt geconfronteerd met verzoeken over handelingen die zich in een relatief ver verleden hebben afgespeeld.[63] De commissie verwacht niet dat dit vaak zal voorkomen, omdat het belang voor de verzoeker om een verzoekschrift in te dienen het grootst is op het moment dat hij daar iets bij kan winnen – wat veelal het geval zal zijn op het moment dat hij last heeft van bepaald handelen of nalaten van het bestuursorgaan. Bovendien, als een verzoek inhoudt dat partijen bij de rechter gaan nakaarten over iets wat in een (relatief) ver verleden is gebeurd, dan is de kans groot dat de rechter zal constateren dat de verzoeker geen procesbelang heeft bij toewijzing van zijn verzoek of dat het voor de verzoeker inmiddels moeilijk of onmogelijk is te bewijzen dat zich de feiten hebben voorgedaan die tot toewijzing van het verzoek zouden moeten leiden.

Een aan het voorgaande gerelateerd probleem kan zijn dat er weliswaar op korte termijn een verzoek is gedaan aan het bestuursorgaan, maar er geen verzoekschriftprocedure wordt gestart. De commissie kan zich voorstellen dat dan doorslaggevend is of het verzoekschrift onredelijk laat is ingediend na het aan het bestuursorgaan gerichte verzoek (vgl. art. 6:12 lid 4 Awb). Daarbij geldt overigens dat – binnen de verjaringstermijn – eventueel een (her)nieuw(d) verzoek aan het bestuursorgaan kan worden gedaan alvorens een verzoekschrift bij de bestuursrechter wordt ingediend.

3.9 Titel 8.4 Awb als inspiratiebron voor de vormgeving van de verzoekschriftprocedure

Zoals in het voorgaande aan de orde was, zou de procedure bij de bestuursrechter waarin over feitelijke handelingen geoordeeld kan worden, een verzoekschriftprocedure moeten zijn. Hoe moet die worden vormgegeven? Ter inspiratie kan worden gekeken naar de verzoekschriftprocedure die in titel 8.4 Awb is opgenomen,[64] over vergoeding van schade als gevolg van (met name) onrechtmatige besluiten.

Uit de bepalingen van titel 8.4 Awb blijkt dat die procedure in veel opzichten als twee druppels water lijkt op de beroepschriftprocedure. Bepalingen over (onder meer) de toewijzing aan een enkelvoudige of meervoudige kamer, de mogelijkheid een conclusie te nemen, wraking, de positie van derden in de procedure, de verschijnings- en informatieplicht, geheimhouding van stukken, onderzoeksbevoegdheden van de rechter, versnelde en vereenvoudigde behandeling, het intrekken van het verzoek, de behandeling ter zitting en de mogelijkheid een verzoek om voorlopige voorziening in te dienen, zijn van overeenkomstige toepassing verklaard.

63 Gelet op het uitgangspunt van gedeelde rechtsmacht tussen bestuursrechter en civiele rechter ligt aansluiting bij de in het civiele recht geldende, relevante termijn voor de hand.

64 In de nieuw in te voeren titel in de Awb zal uiteraard ook moeten worden geregeld over welke verzoeken de bestuursrechter kan oordelen.

Maar er zijn ook verschillen tussen de schadeverzoekschriftprocedure en de beroepschriftprocedure. Die betreffen het begin en het einde van de procedure. De procedure start niet met een beroepschrift maar met een verzoekschrift. Voor de beroepsprocedure bepaalt artikel 6:5 Awb aan welke eisen een beroepschrift moet voldoen. Artikel 6:5 Awb is niet van overeenkomstige toepassing verklaard op de schadeverzoekschriftprocedure. De eisen die aan een verzoek worden gesteld, blijken uit artikel 8:92 Awb. Het eerste lid daarvan komt grotendeels overeen met artikel 6:5 Awb. Het enige verschil betreft het object van het verzoek. Artikel 6:5 lid 1 sub c Awb eist een omschrijving van het besluit waartegen het beroep is gericht, artikel 8:92 lid 1 sub c en d Awb eist dat het verzoek een aanduiding bevat van de oorzaak van de schade, een opgave van de aard van de schade en, zo mogelijk, het bedrag van de schade.

Wordt die eis vertaald naar een verzoekschriftprocedure over feitelijke handelingen in verband met appellabele besluiten, dan zou die kunnen luiden dat het verzoekschrift omschrijft op welk handelen van het bestuursorgaan het verzoek ziet en dat het vermeldt wat de rechter zou moeten beslissen (het verzoek). Dat kan voor een rechtzoekende lastig zijn om te verwoorden. Denkbaar is dat de rechtspraak modellen beschikbaar stelt of via een digitaal portaal rechtzoekenden ondersteunt met het gestructureerd uitvragen van het verzoek. Ook een ruimhartige, burgervriendelijke interpretatie van hetgeen wordt verlangd, zou uitgangspunt moeten zijn in de bestuursrechtspraak.

Indien de burger voldoende duidelijk maakt wat hij van de bestuursrechter verlangt, dan mag van de bestuursrechter worden verwacht dat hij de rechtsbeschermingsvraag juridisch duidt. Een beroep tegen een besluit? Een beroep tegen een niet tijdig beslissen/bekendmaken? Een verzoek aan de rechter om het bestuursorgaan te dwingen tot een feitelijke handeling? Een verzoek om een declaratoire uitspraak? Onafhankelijk van de aanduiding van het geschrift door de burger is het aan de bestuursrechter om de rechtsbeschermingsvraag van de burger te duiden en derhalve te beoordelen of sprake is van een verzoekschrift dan wel een beroepschrift. Het lijkt bovendien gewenst bepalingen in de Awb op te nemen over het wijzigen, aanvullen of converteren van het beroep, het verzoek of de eis van de burger.

3.10 Beoordeling van het verzoekschrift en de uitspraakbevoegdheden

Het verzoek

Dan het einde van de procedure. Voor de beroepschriftprocedure geldt dat de rechter blijkens artikel 8:70 Awb kan uitspreken dat hij onbevoegd is om op het beroep te beslissen, dan wel dat het beroep niet-ontvankelijk of (on)gegrond is. Artikel 8:70 Awb is niet van overeenkomstige toepassing verklaard op de schadeverzoekschriftprocedure. De beslissing van de bestuursrechter in die procedure is in artikel 8:95 Awb te lezen: 'Indien de bestuursrechter het verzoek geheel of gedeeltelijk toewijst, veroordeelt hij het bestuursorgaan tot vergoeding van schade.' Wordt die beslissing vertaald naar een verzoekschriftprocedure ter zake van feitelijke handelingen van besluiten, dan zou die kunnen luiden dat de bestuursrechter een verzoek kan afwijzen of geheel of gedeeltelijk kan toewijzen. Denkbaar is echter ook dat de

omschrijving van de beslissing van de rechter wordt gekoppeld aan de aard van de beslissing die hij neemt. Dan zou kunnen worden bepaald dat de beslissing een verklaring voor recht inhoudt, dan wel een (aan het bestuursorgaan) opgelegd gebod of verbod.

Samenloop met de bezwaar- en beroepschriftprocedure
Het kan voorkomen dat een verzoek wordt ingediend ter zake van de uitvoering van een besluit waartegen bezwaar is gemaakt of beroep is ingediend. Denkbaar is ook dat hangende de procedure bij de rechter naar aanleiding van een verzoek ter zake van handelen ter voorbereiding van een besluit het betreffende besluit wordt genomen. Tegen besluiten kan bezwaar en beroep worden ingediend, tegen handelingen ter voorbereiding of uitvoering van besluiten kan een verzoekschriftprocedure bij de rechter worden gestart.

Het is onhandig als een geschil over een besluit en een geschil over handelen/nalaten ter voorbereiding/uitvoering van dat besluit in verschillende procedures wordt behandeld. Om dat te voorkomen ligt het voor de hand om, als er al een procedure aanhangig is, het bijkomende geschil in die procedure te betrekken.[65] Dat zou het volgende inhouden:
– Als beroep aanhangig is tegen een besluit en er wordt een verzoek gedaan ter zake van de uitvoering van dat besluit, dan wordt dat verzoek meegenomen in de procedure van het beroep tegen het besluit. Net als in artikel 8:91 lid 2 Awb is bepaald voor de schadeverzoekschriftprocedure, hoeft in dat geval niet eerst aan het bestuursorgaan te worden gevraagd om te voldoen aan het verzoek.
– Als bezwaar aanhangig is tegen een besluit en er wordt een verzoek gedaan ter zake van de uitvoering van dat besluit, dan wordt dat verzoek meegenomen in de procedure van bezwaar.
– Als er een verzoek bij de bestuursrechter aanhangig is tegen de voorbereiding van een besluit en het betreffende besluit wordt genomen en de verzoeker maakt kenbaar dat hij het met dat besluit niet eens is, dan zou de bestuursrechter dat als het instellen van beroep moeten opvatten en moeten bepalen dat dit verzoek en beroep in dezelfde procedure worden behandeld.

Beoordeling en uitspraak
De inhoudelijke beoordeling van het verzoek betreft in veel gevallen in de kern de vraag of het handelen of nalaten van het bestuursorgaan al dan niet rechtmatig is, maar kan ook het verzoek betreffen om te verklaren op welke wijze de in een concreet geval toepasselijke bestuursrechtelijke bepalingen uitpakken. Voor die laatste mogelijkheid om een declaratoir oordeel te krijgen, geldt dat de rechter het recht interpreteert. De andere verzoekschriften zullen erop gericht zijn van de bestuursrechter te vernemen of het (voorgenomen) feitelijke handelen van het bestuursorgaan onrechtmatig is en, als dat het geval is, de bestuursrechter te verzoeken een gebod en/of verbod op te leggen.

65 Van Ettekoven 2016.

Hoe beoordeelt de rechter of het handelen van het bestuursorgaan al dan niet rechtmatig is? Hier verdient opmerking dat de geschillen waarover de bestuursrechter onder het huidige recht niet kan oordelen, door de burgerlijke rechter worden beslecht. Mede gelet op die ervaringen ligt het voor de hand dat de rechter het handelen toetst aan de wet, aan de redelijkheid en de billijkheid en aan geschreven en ongeschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Voor zover die in de Awb zijn gecodificeerd, zijn die op grond van artikel 3:1 lid 2 Awb ook van toepassing op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten. De rechter kan dat handelen derhalve in elk geval toetsen aan het formele zorgvuldigheidsbeginsel (art. 3:2 Awb) en het evenredigheidsbeginsel (art. 3:4 lid 2 Awb). Daarnaast kan hij het handelen toetsen aan ongeschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel.

Indien rechtsbeschermingsmogelijkheden worden opengesteld bij de bestuursrechter en belanghebbenden daarvan geen gebruik maken, gaan de gedachten van veel bestuursrechtjuristen direct uit naar de leer van de formele rechtskracht, die inhoudt dat het handelen van het bestuursorgaan (in die leer: appellabele besluiten) wordt geacht rechtmatig te zijn, zowel voor wat betreft de wijze van totstandkoming als voor wat betreft de inhoud. Het feit dat niet of tevergeefs in rechte bestreden besluiten rechtens onaantastbaar worden, is uitdrukking van de in het maatschappelijk verkeer belangrijke notie van rechtszekerheid. Zoals eerder besproken meent de commissie dat het onjuist is om aan te nemen dat het feitelijk handelen van het bestuursorgaan waarover geen verzoekschriftprocedure is gestart door een belanghebbende, voor die belanghebbende moet worden geacht rechtmatig te zijn. Feitelijke handelingen verkrijgen immers geen formele rechtskracht en worden niet rechtens onaantastbaar op dezelfde wijze als appellabele besluiten. Anders dan bij de beroepschriftprocedure zal in het stelsel dat de commissie voorstaat, niet door de wetgever zijn geregeld dat binnen zes weken een verzoekschrift moet worden ingediend in het geval een belanghebbende daartoe aanleiding ziet. De mogelijkheid om een oordeel van de bestuursrechter te krijgen in de verzoekschriftprocedure bestaat tot het moment waarop die mogelijkheid verjaart.

In het verlengde van die constatering is de commissie van oordeel dat het feit dat een belanghebbende geen gebruik maakt van de mogelijkheid een verzoekschrift in te dienen, geen materiele juridische gevolgen moet hebben. Ook inhoudelijk komt de rechtmatigheid van het feitelijk handelen niet vast te staan door het enkele feit dat geen verzoekschriftprocedure is gevolgd. Of een dergelijke handelwijze wel relevant kan worden geacht in het licht van de schadebeperkingsplicht, zal de praktijk moeten uitwijzen.

Naar welk moment moet er door de rechter worden getoetst? Voor het beoordelen van het procesbelang is dat wellicht niet een ingewikkelde vraag. Dat zou *ex nunc* moeten worden beoordeeld. Dat impliceert dat gedurende de procedure het belang bij het verzoek (deels) kan vervallen, bijvoorbeeld omdat de gevraagde informatie inmiddels is verstrekt of omdat de waarschuwing is ingetrokken. Een wezenlijke vraag is vervolgens naar welk moment de inhoudelijke toetsing zich moet richten. Niet onwaarschijnlijk is dat in veel gevallen zal worden teruggekeken naar het moment of de momenten waarop een feitelijke handeling door het bestuur is

verricht, zoals dat bijvoorbeeld in algemene zin ook het geval is bij het beoordelen van een onrechtmatige daad. Maar in andere gevallen is het inhoudelijke oordeel van de bestuursrechter in een verzoekschriftprocedure niet – zoals in de beroepschriftprocedure – gericht op het in retrospectief beoordelen van een handeling in het verleden. De commissie neemt aan dat, anders dan in de beroepschriftprocedure, waar de beoordeling 'naar toen' (*ex tunc*) vooropstaat, in veel verzoekschriftprocedures door de bestuursrechter moet worden beoordeeld hoe het bestuursorgaan moet handelen op of vanaf het moment van de uitspraak (*ex nunc*). Dat geldt voor die verzoekschriften die zien op het vaststellen van de rechtsbetrekking in een concreet geval en ook voor de verzoekschriftprocedure waarin de verzoeker de rechter vraagt om voor de toekomst een gebod of verbod uit te spreken. In alle gevallen waarin dat relevant is, zal de bestuursrechter naar het oordeel van de commissie bevoegd moeten zijn de uitspraak kracht bij te zetten door te bepalen dat een dwangsom wordt verbeurd in het geval niet binnen een bepaalde termijn aan de uitspraak wordt voldaan (vergelijk art. 8:72 lid 6 Awb).

Hoe meer tijd de verzoekschriftprocedure in beslag neemt, hoe groter het risico dat het verzoek wordt gewijzigd of aangevuld, vanwege een wijziging van de feiten of omstandigheden gedurende de periode dat het verzoek bij de rechter aanhangig is. Het gevaar daarvan is dat er een 'open dossier' ontstaat, waaraan steeds weer nieuwe geschilpunten (kunnen) worden toegevoegd.[66] Om dat gevaar te bestrijden kan de 'goede procesorde' nuttige diensten bewijzen, maar nog effectiever is om een geschil over feitelijk handelen zo snel mogelijk op een zitting of comparitie te behandelen en te kijken of die tot overeenstemming tussen partijen (en de intrekking van het verzoek) of tot een beslissing van de rechter kan leiden.

Al met al zou de verzoekschriftprocedure in de kern moeten inhouden dat een belanghebbende bij de bestuursrechter een verzoek kan indienen ter zake van feitelijk handelen (of het nalaten daarvan) door een bestuursorgaan. Het verzoek dient een omschrijving te bevatten van het handelen of nalaten en het dient daarnaast te vermelden wat de rechter zou moeten beslissen. Voor het verzoek geldt de verjaringstermijn van artikel 3:310 BW. De procedure bij de rechter ter beslissing op het verzoek stemt voor een groot deel overeen met de beroepsprocedure zoals die is geregeld in hoofdstuk 8 Awb. De rechter kan het verzoek (gedeeltelijk) toe- of afwijzen. Denkbaar is dat een verzoek ter zake van de voorbereiding of uitvoering van een besluit wordt gedaan terwijl er een bezwaar of beroep tegen dat besluit aanhangig is. Het verzoek wordt dan in die lopende procedure geïncorporeerd. Omgekeerd zou, als tegen de voorbereiding van een besluit een verzoek bij de bestuursrechter aanhangig is en het betreffende besluit wordt genomen, en de verzoeker kenbaar maakt dat hij het niet eens is met dat besluit, de bestuursrechter dat verzoek als het instellen van beroep moeten opvatten en moeten bepalen dat het verzoek en beroep in dezelfde procedure worden behandeld. Tot slot is voor de commissie helder dat het leerstuk van de formele rechtskracht geen opgeld doet als het gaat om feitelijke

66 Van Ettekoven 2016.

handelingen van een bestuursorgaan. Dergelijke handelingen krijgen simpelweg geen formele rechtskracht en ook het feit dat er geen verzoekschriftprocedure is gestart door een belanghebbende, betekent niet dat uitgegaan kan worden van de rechtmatigheid. De uitspraak van de bestuursrechter kan tot slot bij geheel of gedeeltelijke toewijzing van het verzoek ook inhouden dat een dwangsom wordt verbeurd indien het bestuursorgaan zich niet binnen de door de bestuursrechter gestelde termijn houdt aan het in de uitspraak neergelegde gebod of verbod.

3.11 Conclusie

In dit hoofdstuk is geconstateerd dat er goede argumenten zijn voor een verruiming van de bevoegdheid van de bestuursrechter tot feitelijke handelingen en bestuurlijke rechtsoordelen. De inhoud van bestuursrechtelijke rechtsbetrekkingen wordt in toenemende mate gevormd door meer dan alleen algemeen verbindende voorschriften en andere besluiten. In dergelijke rechtsbetrekkingen is in veel gevallen behoefte aan toegankelijke, laagdrempelige rechtsbescherming tegen de manier waarop het openbaar bestuur zijn taken en bevoegdheden uitoefent. Bovendien geldt op een aantal terreinen dat die rechtsbetrekkingen in mindere mate worden vormgegeven door het nemen van besluiten en meer door de feitelijke uitvoering daarvan worden bepaald; ook relevant is dat binnen delen van het bestuursrecht regulering verschuift van beschikkingen naar algemene regels. Tot slot pleit ook voor verruiming dat daarmee de noodzaak om geschillen op te knippen in een deel voor de bestuursrechter en een deel voor de burgerlijke rechter, wordt beperkt. Argumenten tegen verruiming liggen in belangrijke bezwaren over juridisering, bezwaren over afbakeningsperikelen en de behoefte aan een eenvoudige rechtsingang.

De commissie meent een goede middenweg te hebben gevonden tussen voor- en nadelen van de verruiming van de bevoegdheid van de bestuursrechter tot feitelijk handelen en bestuurlijke rechtsoordelen, door een nadere begrenzing van de soorten feitelijk handelen die in een afzonderlijke procedure aan de bestuursrechter kunnen worden voorgelegd. In algemene zin moet het allereerst gaan over feitelijk handelen dat in een (voldoende) verband staat tot een appellabel besluit; voor waarschuwingen, toezichtshandelingen, het verstrekken van informatie, het bestuurlijk rechtsoordeel, gegevensverwerking en feitelijke handelingen ter uitvoering van een besluit is daarvan sprake. Aan een regeling in de Awb waarin de bevoegdheid van de bestuursrechter wordt verruimd tot feitelijke handelingen door een ruime algemene, abstracte afbakening, kleven echter bezwaren die tot de conclusie leiden dat het de voorkeur verdient dat de wetgever in de Awb aanwijst waarover de bestuursrechter mag oordelen. De commissie is van oordeel dat er voldoende reden is om te komen tot een beperkte algemene aanwijzing (o.a. waarschuwingen en bestuurlijke rechtsoordelen) en tevens – al dan niet als pilot of experiment – in de Awb of in een bijzondere wet concrete categorieën van feitelijke handelingen op te sommen waarover bij de bestuursrechter kan worden geprocedeerd (o.a. toezichtshandelingen en de uitvoeringshandelingen van besluiten op grond van de Wmo 2015). Daarmee kan tegemoet worden gekomen aan de bezwaren tegen verruiming die zien op de afbakening en de eenvoudige rechtsingang. Ook kan een

goede middenweg worden gevonden als het gaat om het bezwaar van juridisering; onnodige opdeling van geschillen over afzonderlijke bestuursrechtelijke procedures moet worden voorkomen. Een inhoudelijk oordeel van de bevoegde bestuursrechter is alleen mogelijk als het zinvol is om over feitelijk handelen apart te procederen. De rechtzoekende burger moet een voldoende procesbelang hebben bij een afzonderlijke rechterlijke uitspraak over het feitelijk handelen. Dit belang moet per concreet geval worden beoordeeld.

Wordt de bevoegdheid van de bestuursrechter verruimd tot aangewezen feitelijke handelingen, dan hoeft dat niet ten koste te gaan van de mogelijkheid om te kunnen procederen bij de burgerlijke rechter. De commissie meent dat er geen argumenten zijn die zich verzetten tegen een systeem van overlappende bevoegdheden (gedeelde rechtsmacht) ten aanzien van de feitelijke handelingen. Er is dan keuzevrijheid voor de rechtzoekende burger. Ook de verjaringstermijn voor het indienen van een verzoekschrift zou voor beide procedures gelijk moeten zijn. Van belang is voorts dat feitelijke handelingen, indien daarover niet bij de bestuursrechter wordt geprocedeerd terwijl dat wel mogelijk is, geen formele rechtskracht krijgen en dat er in beginsel ook geen materiële gevolgen verbonden zijn aan de keuze van de burger om (nog) geen gebruik te maken van de (bestuursrechtelijke) rechtsingang.

Het bestaande besluitenprocesrecht is onvoldoende geschikt en ontoereikend voor de geschillen over feitelijk overheidshandelen. De commissie pleit voor de invoering van een verzoekschriftprocedure, waarvoor titel 8.4 als inspiratiebron kan dienen. Die procedure zal dan inhouden dat voorafgaand aan het indienen van een verzoekschrift het bestuursorgaan moet worden benaderd. Een termijn van zes weken zou in acht moeten worden genomen alvorens het verzoekschrift aan de bestuursrechter kan worden gezonden, tenzij het niet in acht nemen van die termijn de belanghebbende redelijkerwijs niet kan worden verweten. Gedurende die termijn doet het bestuursorgaan er goed aan te trachten – door toepassing van een passende, niet dwingend in de Awb voorgeschreven procedure – het geschil (informeel) af te doen. Een regeling voor een verzoek om een voorlopige voorziening mag niet ontbreken.

Geen hoge eisen zouden moeten worden gesteld aan het formuleren van het verzoek aan de bestuursrechter. Bij de vaststelling van hetgeen van de bestuursrechter wordt gevraagd, zoals de vernietiging van een besluit in een beroepschriftprocedure, een verbod of een gebod ten aanzien van een bepaalde feitelijke handeling en/of een declaratoire uitspraak, dient het burgerperspectief voorop te staan. De (eind)uitspraak van de bestuursrechter zal het geheel of gedeeltelijk toe- of afwijzen van het verzoek inhouden. Bovendien moet de bestuursrechter kunnen bepalen dat, indien of zolang het bestuursorgaan niet voldoet aan diens uitspraak, het bestuursorgaan aan een door hem aangewezen partij een in de uitspraak vast te stellen dwangsom verbeurt.

4 Schadevergoeding door de bestuursrechter

4.1 Inleiding

Dit hoofdstuk gaat over de aansprakelijkheid van de overheid voor schade die is veroorzaakt door onrechtmatige besluiten en daarmee samenhangende oorzaken. Kortheidshalve wordt daarvoor de term besluitenaansprakelijkheid gebruikt. Aan de orde komt de vraag of de rechtsmachtverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter op dit terrein kan worden verbeterd. De eerste conclusie zal zijn dat dit kan door op de connexiteitsbenadering voort te bouwen: als de rechter bevoegd is te oordelen over de oorzaak van de schade, moet hij ook bevoegd zijn te oordelen over de vergoeding ervan (par. 4.5.1 en 4.5.2). Een van de consequenties daarvan is het voorstel om de competentiegrens van 25.000 euro op het terrein van de Afdeling en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) af te schaffen. De tweede conclusie zal zijn dat de eiser in gevallen waarin de bestuursrechter bevoegd is, de mogelijkheid moet hebben om toch te kiezen voor de burgerlijke rechter. Dat komt dus neer op overlappende rechtsmacht (par. 4.5.3).

4.2 De huidige rechtsmachtverdeling bij besluitenaansprakelijkheid

4.2.1 *Inleiding*

Het nu geldende recht over besluitenaansprakelijkheid kent een complexe rechtsmachtverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter. Historisch gezien is het uitgangspunt van deze rechtsmachtverdeling dat de burgerlijke rechter, als 'gewone rechter', een brede bevoegdheid heeft om te oordelen over onrechtmatige overheidsdaden. Voor deze brede bevoegdheid is de basis gelegd in 1915. Daarna is zij afgestemd op de bevoegdheden van bestuursrechters, die in de loop van de twintigste eeuw steeds meer geschillen kregen toegewezen. De kern van de huidige rechtsmachtverdeling is als volgt: de burgerlijke rechter geeft geen oordelen die exclusief aan de bestuursrechter zijn opgedragen, maar is wel een vangnet achter de bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Simpel gezegd: de bestuursrechter doet zijn eigen ding en de burgerlijke rechter doet dat waar de bestuursrechter niet toe bevoegd is.

4.2.2 *De bevoegdheid van de bestuursrechter bij besluitenaansprakelijkheid*

De huidige bevoegdheid van de bestuursrechters in geschillen over overheidsaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad dateert van 2013. Toen is titel 8.4 (Schadevergoeding) aan de Awb toegevoegd. Die opent de mogelijkheid van een verzoekschriftprocedure over schadevergoeding, geregeld in de artikelen 8:88 tot

en met 8:95 Awb. Voor de toepasselijkheid van deze verzoekschriftprocedure moet zijn voldaan aan twee kernvoorwaarden. De eerste is dat de schade door de eiser wordt toegeschreven aan een van de in artikel 8:88 Awb genoemde oorzaken: een onrechtmatig appellabel besluit, een onrechtmatige handeling ter voorbereiding daarvan, of het niet tijdig nemen ervan. Maar de wetgever heeft in artikel 8:89 Awb de uit artikel 8:88 Awb voortvloeiende bevoegdheid beperkt. Dit wordt in de nu volgende paragrafen toegelicht.

4.2.2.1 De in artikel 8:88 Awb genoemde oorzaken (de connexiteitsgedachte)

Aan artikel 8:88 Awb ligt ten dele de connexiteitsgedachte ten grondslag: de bestuursrechter is bevoegd om over de schadevergoeding te oordelen als hij ook bevoegd is om over de oorzaak van de schade te oordelen. Daarvan uitgaande zijn de volgende schadeoorzaken opgenomen ter begrenzing van de bevoegdheid van de bestuursrechter.

a. Een onrechtmatig appellabel besluit

De bestuursrechter is bevoegd te oordelen over de onrechtmatigheid van appellabele besluiten en daarom in de connexiteitsgedachte ook over de vergoeding van door die besluiten veroorzaakte schade.

b. Een onrechtmatige handeling ter voorbereiding van een onrechtmatig appellabel besluit

Hierbij moet men bijvoorbeeld denken aan ontwerpbesluiten of mededelingen over de inhoud van een nog te nemen besluit. Die voorbereidingshandelingen zijn vaak om dezelfde reden als het besluit onrechtmatig. De bestuursrechter is bevoegd als het verzoek is gebaseerd op de stelling of de veronderstelling dat de voorbereidingshandeling én het besluit onrechtmatig zijn.

Waarom heeft de wetgever deze voorbereidingshandelingen als schadeoorzaak binnen de bevoegdheid van de bestuursrechter getrokken? Daarvoor waren twee argumenten. Ten eerste worden deze voorbereidingshandelingen door de bestuursrechter ook betrokken bij de beoordeling van de rechtmatigheid van het besluit. Het past daarom in de connexiteitsbenadering om de bestuursrechter ook te laten oordelen over de vergoeding van de door die voorbereidingshandelingen veroorzaakte schade. Eigenlijk klopt dat argument niet echt. Want als de bestuursrechter een voorbereidingshandeling betrekt bij de toetsing van een besluit, hoeft dat helemaal niet te gaan over de vraag of het voorbereidingsbesluit onrechtmatig was. Het gaat bij die toetsing om de vraag of het besluit zelf onrechtmatig is. Een rechtmatige voorbereidingshandeling, zoals een zorgvuldig en adequaat advies, kan tot gevolg hebben dat het besluit onrechtmatig is. De connexiteitsbenadering verklaart dus niet alles. Maar er was ook een tweede argument voor de wetgever: 'Soms kan moeilijk worden vastgesteld of de schade is veroorzaakt door een appellabel Awb-besluit of (mede) door een andere daarmee samenhangende onrechtmatige bestuurshandeling.'[1] Hier gaat het om de behoefte om een complexere schadeoorzaak dan enkel een besluit te kunnen beoordelen, omdat de schade die is

1 *Kamerstukken II* 2010/11, 32261, nr. 3, p. 45.

voortgevloeid uit het besluit zelf, vaak niet goed te onderscheiden is van de schade die is voortgevloeid uit voorafgaande ontwerpen, mededelingen, toezeggingen, informele weigeringen, waarschuwingen, gedoogbeslissingen et cetera. Dit was een steekhoudend argument voor de mogelijkheid om in de verzoekschriftprocedure de schade in één keer voor te leggen aan de bestuursrechter. Dat was een verruiming ten opzichte van het vóór 2013 geldende recht.[2]

c. Het niet tijdig nemen van een appellabel besluit

Het niet tijdig beslissen op een aanvraag of bezwaarschrift is een frequente oorzaak van schade. Een bedrijf dat een vergunning nodig heeft, maar deze te laat ontvangt, kan daardoor vertragingsschade lijden. Wie op een uitkering wacht, kan renteschade lijden als er te laat op zijn bezwaarschrift is beslist. Voor een oordeel over de vergoeding van dergelijke schade staat de bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedure open. Dat is alleen zo als het besluit waarop men wachtte, voor beroep vatbaar zou zijn. Ook hier is de connexiteitsgedachte leidend: tegen het niet tijdig nemen van een appellabel besluit staat beroep bij de bestuursrechter open (art. 6:2 onder b Awb).[3]

d. Ambtenaren en dienstplichtigen

Volledigheidshalve worden deze categorieën ook genoemd. Omdat het ambtenarenrecht (afgezien van overgangsrecht) tot het verleden behoort en dienstplicht niet actueel is, wordt aan deze categorieën verder geen aandacht besteed in dit rapport.[4]

4.2.2.2 De nadere bevoegdheidsbegrenzing in artikel 8:89 Awb

Met de in artikel 8:88 Awb genoemde schadeoorzaken, die in de vorige paragraaf zijn besproken, is nog niet alles gezegd over de bevoegdheid van de bestuursrechter in schadezaken, want artikel 8:89 Awb bevat nadere regels over die bevoegdheid, die tevens gevolgen hebben voor de competentie van de burgerlijke rechter.

In gevallen waarin de eiser als schadeoorzaak een appellabel besluit aanwijst op het terrein van de CRvB of de belastingrechter, is volgens titel 8.4 Awb deze bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedure de enige rechtsgang. De weg naar de burgerlijke rechter is dan uitgesloten (art. 8:89 lid 1 Awb). In gevallen waarin de schade volgens de eiser is veroorzaakt door een besluit op het terrein van de Afdeling of het CBb, is boven de 25.000 euro de burgerlijke rechter exclusief bevoegd. Onder die competentiegrens van 25.000 euro mag de eiser kiezen tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter.

---

2 Schueler 2014.

3 Opvallend genoeg wordt de schriftelijke weigering een besluit te nemen (als bedoeld in art. 6:2, onder a, Awb) niet genoemd als een schadeoorzaak in art. 8:88 Awb.

4 Ambtenaren en dienstplichtigen kunnen bij de bestuursrechter niet alleen procederen over besluiten, maar ook over andere handelingen dan besluiten waarbij zij in hun rechtspositie als belanghebbende betrokken zijn. Dat is geregeld in art. 8:2 Awb. Daarom kunnen zij de verzoekschriftprocedure van art. 8:88 e.v. Awb ook gebruiken voor geschillen over schade die zij lijden door die andere handelingen.

4.2.2.3 *Uitgestelde toepasselijkheid voor de Belastingdienst*

In 2013 is bij de inwerkingtreding van de schadevergoedingsregeling van titel 8.4 van de Awb voorlopig een uitzondering gemaakt voor de Belastingdienst. De regeling is toen niet van toepassing verklaard op schade die wordt veroorzaakt door besluiten of andere handelingen van de Belastingdienst/Toeslagen of van 'andere bestuursorganen voor zover genomen of verricht in het kader van aan de Belastingdienst opgedragen taken', maar wel als het gaat om de vennootschapsbelasting en lokale heffingen. Het komt erop neer dat titel 8.4 van de Awb in het belastingrecht op dit moment alleen geldt voor procedures over vennootschapsbelasting en lokale heffingen. In alle andere fiscale procedures (en op het terrein van de Belastingdienst/Toeslagen) geldt nog de regeling die aan titel 8.4 Awb voorafging, dat wil zeggen artikel 8:73 Awb.[5]

4.2.3 *De bevoegdheid en ontvankelijkheid bij de burgerlijke rechter*

De bevoegdheid van de burgerlijke rechter is afhankelijk van het recht waarin de aanlegger vraagt te worden beschermd. Dit wordt de leer van het *obiectum litis* genoemd en deze wordt door de burgerlijke rechter toegepast sinds het beroemde arrest Guldemond/Noordwijkerhout uit 1915.[6] Voor het besluitenaansprakelijkheidsrecht heeft dit tot gevolg dat de bevoegdheid van de burgerlijke rechter is gegeven als de eiser zijn vordering baseert op aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.

Maar met de bevoegdheid is nog niet gezegd dat de burgerlijke rechter de vordering ook gaat beoordelen. Volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad treedt de burgerlijke rechter, ook al is hij bevoegd, in beginsel terug indien er een bestuursrechtelijke rechtsgang openstaat.[7] De burgerlijke rechter houdt dan vast aan zijn bevoegdheid, maar verklaart de eis niet-ontvankelijk. De burgerlijke rechter stelt zich op deze manier op als een vangnet achter de bestuursrechtelijke rechtsgang: hij treedt niet in de bevoegdheden van de bestuursrechter, maar vangt wel de gevallen op die niet bij de bestuursrechter terecht kunnen.[8]

Hoe pakt dit uit? De hoofdregel houdt in dat de burgerlijke rechter terugtreedt waar de bestuursrechter bij uitsluiting bevoegd is. Dus als de eiser bij de burgerlijke rechter schadevergoeding vordert in een geval dat de wetgever in artikel 8:89 lid 1 Awb *bij uitsluiting* heeft opgedragen aan de bestuursrechter, verklaart de burgerlijke rechter hem niet-ontvankelijk.

4.2.4 *Kort samengevat*

Het komt erop neer dat de volgende twee situaties moeten worden onderscheiden:

– Als de eiser vergoeding vordert van schade die volgens hem in een door artikel 8:88 Awb beschreven verband staat met een besluit op het terrein van de

5 Art. VI van de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten.
6 HR 31 december 1915, ECLI:NL:HR:1915:AG1773 (*Guldemond/Noorwijkerhout*).
7 HR 26 juni 1964, NJ 1965/2 (*Willemse*); HR 25 november 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC6111 (*Loosdrechtse Plassenschap*); HR 28 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0527 (*Changoe*).
8 Van Angeren 2021.

CRvB, kan hij daarmee niet naar de burgerlijke rechter. Hij kan dan alleen naar de bestuursrechter.[9] Zodra de Awb-procedure ook van toepassing is in het gehele belastingrecht, geldt daar hetzelfde, met dien verstande dat dit in het belastingrecht alleen het geval zal zijn als de schade in verband staat met een besluit waartegen beroep kan worden ingesteld bij de belastingrechter.[10]

– Als de eiser vergoeding vordert van schade die volgens hem in het in artikel 8:88 Awb beschreven verband staat met een besluit op het terrein van de Afdeling of het CBb, is de burgerlijke rechter steeds bevoegd daarvan kennis te nemen, maar mag de eiser ervoor kiezen om naar de bestuursrechter te gaan indien zijn verzoek een bedrag van 25.000 euro niet overstijgt.

4.2.5 *Welke rechter beoordeelt of het besluit onrechtmatig is? De leer van de formele rechtskracht*

In geschillen over de vergoeding van door onrechtmatige besluiten veroorzaakte schade rijst uiteraard ook de vraag welke rechter beoordeelt of het schadeveroorzakende besluit onrechtmatig is. Als het om een appellabel besluit gaat, is dat de bestuursrechter. Over dit onderwerp is een uitvoerige jurisprudentie tot ontwikkeling gekomen sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw. Deze heeft de reputatie heel moeilijk te zijn, maar de uitgangspunten zijn te overzien. Kort gezegd: vernietigde besluiten zijn in beginsel onrechtmatig en niet-vernietigde besluiten zijn in beginsel rechtmatig. Deze uitgangspunten worden hier kort toegelicht.

a. Vernietigde of herroepen besluiten

Als een besluit door de bestuursrechter is vernietigd, wordt het besluit in beginsel geacht onrechtmatig te zijn. De bestuursrechter toetst een besluit namelijk aan het recht en een vernietiging is daarom steeds gebaseerd op het rechterlijk oordeel dat het bestuursorgaan in strijd met het recht heeft gehandeld door het besluit te nemen.[11] De onrechtmatigheid is dus nagenoeg altijd een logische consequentie van de vernietiging.

b. Niet-vernietigde of herroepen besluiten

Wordt het besluit in de bestuursrechtelijke procedure in stand gelaten, of is er geen bezwaar of beroep tegen aangetekend, dan neemt de rechter die over de

9 In art. 8:89 lid 1 Awb staat dat de bestuursrechter op de terreinen van de CRvB en de belastingrechter 'bij uitsluiting bevoegd' is. Eigenlijk impliceert dit dat de burgerlijke rechter dan onbevoegd is. Aan niet-ontvankelijk verklaren komt hij dan niet meer toe. Het is vooralsnog niet bekend of hij in zo'n geval voor niet-ontvankelijkheid of onbevoegdheid zal kiezen.

10 Het belastingrecht kent een gesloten stelsel van toegang tot de rechter, hetgeen impliceert dat niet alle belastingbesluiten voor beroep vatbaar zijn. Zie verder par. 2.2 over de tijdelijke uitzondering in het belastingrecht. Daar is ook de tijdelijke uitzondering voor de Belastingdienst/Toeslagen genoemd. Als de Awb-procedure daar gaat gelden, zal de bevoegdheid van de bestuursrechter worden beheerst door art. 8:89 lid 2 Awb (dus tot 25.000 euro keuze tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter), want de toeslagen vallen in de competentiesfeer van de Afdeling.

11 Dit volgt uit een reeks arresten van de Hoge Raad die vaste jurisprudentie weergeven. Zie HR 24 februari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4771 (*St. Oedenrode/Driessen*); HR 30 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5523 (*Blaricum/Roozen*); HR 30 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5524 (*Nibourg/Zuidwolde*).

schadevergoeding oordeelt in beginsel aan dat dit besluit rechtmatig is. Dit is het *beginsel van formele rechtskracht*. Dit wordt streng toegepast en er worden maar zelden uitzonderingen op gemaakt. De Hoge Raad heeft het zelfs een 'om diverse redenen onontbeerlijk beginsel' genoemd.[12] Een belangrijke uitzondering die nog weleens voorkomt, is het geval waarin het bestuursorgaan de onrechtmatigheid van het besluit heeft erkend.[13] Er is, niet alleen in het kader van schadevergoeding maar ook meer algemeen in het bestuursprocesrecht, discussie over een minder strikte opvatting van het beginsel van formele rechtskracht.[14] In de jurisprudentie over schadevergoeding lijkt hier een enkele maal een opening voor te worden geboden.[15] In het bestek van dit rapport laten wij dit aan de rechtsontwikkeling over en doen wij geen voorstellen om de formele rechtskracht los te laten in het kader van schadevergoedingskwesties.

Een benadeelde die schade heeft geleden door een voor beroep vatbaar (appellabel) besluit, moet dat besluit dus aanvechten door middel van een bestuursrechtelijk bezwaar- of beroepschrift, indien hij zijn recht op schadevergoeding veilig wil stellen. Doet hij dat niet, dan gaan zowel de burgerlijke als de bestuursrechter er in beginsel van uit dat het besluit rechtmatig is.

Voor de mogelijkheid schadevergoeding te verkrijgen is het daarom van belang dat als een beslissing op bezwaar wordt vernietigd door de bestuursrechter, vervolgens duidelijkheid ontstaat over de (on)rechtmatigheid van het primaire besluit. Vaak is de schade namelijk het gevolg van het primaire besluit en niet van de beslissing op bezwaar waarbij de bezwaren ongegrond zijn verklaard. Als de bestuursrechter niet overgaat tot finale geschilbeslechting en het primaire besluit herroept wegens onrechtmatigheid, moet de gelaedeerde burger erop letten dat er een nieuwe beslissing op bezwaar wordt genomen en moet hij zo nodig beroep instellen bij de bestuursrechter.[16]

4.3 Geschillen over besluitenaansprakelijkheid die buiten de bevoegdheid van de bestuursrechter vallen

Na de beschrijving van de thans geldende rechtsmachtverdeling kan de vraag worden beantwoord welke geschillen over besluitenaansprakelijkheid buiten de bevoegdheid van de bestuursrechter vallen. Dat gebeurt in deze paragraaf. Daarbij wordt per categorie bekeken of de verklaring voor de onbevoegdheid van de bestuursrechter kan worden gevonden in de connexiteitsgedachte of dat die ergens anders in gezocht moet worden.

12 HR 9 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7774 (*Kuijpers/Valkenswaard*). Zie over de gestrengheid van de toepassing: Schueler 2010 en Van Angeren 2021.

13 HR 26 februari 1988, ECLI:NL:HR:1988:AB9183 (*Hot Air/Staat*), r.o. 3.3; HR 18 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1006 (*St. Oedenrode/Van Aarle*); ABRvS 25 juni 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AH8644; CRvB 21 september 1999, ECLI:NL:CRVB:1999:ZB8453.

14 Bijv. Polak e.a. 2019.

15 Bijv. ABRvS 3 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2440, *AB* 2023/30 m.nt. C.N.J. Kortmann.

16 HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2087, *AB* 2007/270, m.nt. G.A. van der Veen.

a. Niet-appellabele besluiten

Over de vergoeding van schade die is veroorzaakt door een besluit waartegen geen beroep openstaat, kan de bestuursrechter niet oordelen. Hierbij moet men denken aan schade ten gevolge van algemeen verbindende voorschriften, beleidsregels of besluiten die in de artikelen 8:4 en 8:5 Awb zijn uitgezonderd, waaronder ook de lange lijst die is opgenomen in artikel 1 van de Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak. Dat is een grote groep van geschillen. Deze kunnen wel aan de burgerlijke rechter worden voorgelegd, dankzij diens vangnetfunctie.

Op het eerste gezicht past dit in de connexiteitsgedachte omdat bij de bestuursrechter geen beroep openstaat tegen deze besluiten. Toch kan voor een deel van deze besluiten, namelijk de algemeen verbindende voorschriften en de beleidsregels, een andere benadering worden gekozen, want de bestuursrechter kan door middel van exceptieve toetsing wel beoordelen of deze algemene regels in strijd zijn met een hogere norm. De bevoegdheid om te oordelen over de onrechtmatigheid van deze algemene regels is aan de bestuursrechter dus niet onthouden. In de connexiteitsgedachte past het goed dat hij ook oordeelt over de door een onrechtmatige regel veroorzaakte schade.

Sterker nog, de huidige rechtsmachtverdeling is welbeschouwd in strijd met de connexiteitsgedachte als het gaat om schade die is veroorzaakt door algemene regels die *indirect werken*. Daarmee zijn bedoeld regels die slechts via uitvoeringsbesluiten afdwingbare rechten of plichten scheppen (bijvoorbeeld via subsidies, uitkeringen of heffingen). Een tegen zo'n regel gerichte actie uit onrechtmatige daad wordt door de burgerlijke rechter in beginsel niet-ontvankelijk verklaard omdat het oordeel over de rechtmatigheid door de bestuursrechter kan worden gegeven via exceptieve toetsing.[17] Dan hoort, als men uitgaat van de connexiteitsgedachte, het geschil over de door de regel veroorzaakte schade ook bij de bestuursrechter thuis.

Gaat het om *direct werkende* wetgeving, dan bestaat meestal ook de bestuursrechtelijke mogelijkheid van exceptieve toetsing, bijvoorbeeld via een beroep over een handhavingsbesluit of een vergunning. Maar dat is dan in een procedure bij de burgerlijke rechter geen reden om de eiser niet-ontvankelijk te verklaren.[18] In deze gevallen zijn de burgerlijke rechter en de bestuursrechter allebei te benaderen voor een oordeel over de onrechtmatigheid van de algemene regel. Volgens de connexiteitsgedachte zouden beide rechters dan moeten kunnen oordelen over de schadevergoeding. Maar artikel 8:88 Awb heeft tot gevolg dat de vergoeding van de schade, voor zover die door de algemene regel is veroorzaakt, alleen door de burgerlijke rechter kan worden beoordeeld. Dit behoeft verbetering, waartoe een voorstel is gedaan in paragraaf 2.5.2.

17 HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2314; HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1296 (*Privacy First*). Zie Marseille, Tolsma e.a. 2022, p. 427.

18 HR 11 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2169 (*Leenders/Ubbergen*); HR 3 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7808 (*Staat/VAJN-NJCM*); HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1049 (*Universiteiten/SCAU*).

b. Het niet tijdig nemen van een niet-appellabel besluit

Als de schade is ontstaan door het niet tijdig nemen van de onder a bedoelde besluiten, kan de bestuursrechter niet oordelen over de vergoeding daarvan. Dit past in de connexiteitsgedachte, want de burgerlijke rechter is in deze gevallen ook de enige die over de onrechtmatigheid van de schadeoorzaak kan oordelen.

c. De schriftelijke weigering om een besluit te nemen

In de Awb wordt een onderscheid gemaakt tussen het niet tijdig nemen van een besluit en de schriftelijke weigering om een besluit te nemen. In beide gevallen kan een belanghebbende in beroep als hij ook in beroep zou kunnen gaan tegen een wel (tijdig) genomen besluit (art. 6:2 onder a en b Awb). Als iemand schade lijdt door het niet tijdig nemen van een appellabel besluit, kan hij overeenkomstig de connexiteitsgedachte over de schadevergoeding procederen bij de bestuursrechter (art. 8:88 lid 1 onder c Awb). Maar als iemand schade lijdt door de schriftelijke weigering om een appellabel besluit te nemen, is de bestuursrechter niet bevoegd om over de vergoeding van die schade te oordelen, want artikel 8:88 Awb noemt deze schadeoorzaak niet. Dat klopt niet met de connexiteitsgedachte.[19] In paragraaf 2.5.2 wordt daarom voorgesteld dit aan te passen.

d. Feitelijke handelingen die geen voorbereidingshandelingen zijn

Hierbij gaat het onder meer om feitelijk handelen ter uitvoering van een besluit. Dat deze gevallen zich voordoen, is al ter sprake gekomen in hoofdstuk 3. Het kan bijvoorbeeld gaan om schade die wordt veroorzaakt door een onrechtmatige tenuitvoerlegging van een op zichzelf rechtmatige last onder bestuursdwang. Andere voorbeelden doen zich voor als een besluit waarbij een bepaalde voorziening is toegewezen, op zichzelf rechtmatig is, maar onjuist wordt geïnterpreteerd, waardoor de begunstigde niet krijgt waar hij recht op heeft (denk aan thuiszorg of schuldsanering). Vanuit de connexiteitsgedachte is het begrijpelijk dat in het huidige recht de bestuursrechter daar niet over gaat, want het is de burgerlijke rechter die naar huidig recht over de onrechtmatigheid van dergelijke uitvoeringshandelingen oordeelt.

Schade kan natuurlijk ook worden veroorzaakt door feitelijk handelen dat geen enkel of een te ver verwijderd verband houdt met een besluit. Dan is er vanuit de connexiteitsgedachte geen reden om de bestuursrechter bevoegd te maken, want over de onrechtmatigheid van dergelijk feitelijk handelen oordeelt uitsluitend de burgerlijke rechter.

e. Feitelijk handelen ter voorbereiding van een rechtmatig besluit

De bestuursrechter kan niet oordelen over de vergoeding van schade die is veroorzaakt door een onrechtmatige handeling ter voorbereiding van een besluit dat zelf rechtmatig is. Dit volgt uit artikel 8:88 Awb. Deze beperking is bijvoorbeeld van belang als het bestuursorgaan aan de aanvrager van een vergunning een brief heeft gestuurd met daarin een mededeling over de voorwaarden waaraan moet worden

19 Het klopt wel met de connexiteitsgedachte als de schade wordt geleden door een schriftelijke weigering om een niet-appellabel besluit, zoals een verordening, te nemen.

voldaan voordat de vergunning zal worden verleend. Bijvoorbeeld de voorwaarde dat de vergunning alleen wordt verleend als de aanvrager beschikt over bepaalde emissie- of productierechten, die hij moet kopen voordat hij de aanvraag indient. Doet de aanvrager dat, dan moet hij daarvoor kosten maken. Wordt de vergunning verleend en wordt daartegen geen beroep ingesteld, dan krijgt zij formele rechtskracht en wordt zij in beginsel geacht rechtmatig te zijn. Als later blijkt dat in de brief voorwaarden zijn gesteld die rechtens niet gesteld hadden mogen worden, heeft men te maken met een onrechtmatige handeling ter voorbereiding van een rechtmatig besluit. In zo'n geval kan de benadeelde voor een oordeel over deze schade niet naar de bestuursrechter, omdat die ingevolge artikel 8:88 Awb onbevoegd is. Hij kan wel naar de burgerlijke rechter, maar stuit daar op de formele rechtskracht, want volgens de Hoge Raad deelt de mededeling in de formele rechtskracht van het besluit en wordt zij daarom geacht rechtmatig te zijn.[20] Als de benadeelde aan deze situatie had willen ontsnappen, had hij in beroep moeten gaan tegen de verlening van zijn vergunning met als argument dat aan de verlening daarvan de omstreden voorwaarde niet had mogen worden gesteld.

Er zijn ook situaties waarin het beter afloopt voor de benadeelde. Dan moet men denken aan een onrechtmatige mededeling die juist niet dezelfde strekking had als het besluit. Dan kan de mededeling 'los van het besluit' een onrechtmatige daad zijn. Als het besluit formele rechtskracht heeft gekregen doordat hiertegen geen beroep is ingesteld, kan de benadeelde niet naar de bestuursrechter voor zijn schadevergoeding. Want dan heeft hij te maken met een onrechtmatige handeling ter voorbereiding van een rechtmatig besluit. Hij kan dan wel met enige kans van slagen bij de burgerlijke rechter terecht, want de mededeling deelt dan, anders dan in het hiervoor besproken geval, niet in de formele rechtskracht van het besluit.[21]

Al met al komt het erop neer dat de bestuursrechter nooit kan oordelen over vergoeding van schade die is veroorzaakt door onrechtmatige handelingen ter voorbereiding van een rechtmatig besluit. Dat levert onbevredigende situaties op. Weliswaar kan over deze handelingen wel worden geprocedeerd bij de burgerlijke rechter, maar dat is een heel nieuwe procedure en doorgaans – zeker in zaken waarin het financiële belang niet opweegt tegen het procesrisico van een civiele procedure – te veel gevraagd in het licht van een onzekere uitkomst. Daar komt dan nog bij dat de burgerlijke rechter ervan uitgaat dat de voorbereidingshandeling rechtmatig is als het voor de eiser mogelijk was geweest de onrechtmatigheid ervan te laten vaststellen door de bestuursrechter.

Leg dit maar eens uit aan een normaal mens. Voor Van Ommeren en Huisman waren dit soort situaties een belangrijke aanleiding om in hun VAR-preadvies te pleiten voor een uitbreiding van de bevoegdheid van de bestuursrechter.[22] De bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedure zou in deze lacune kunnen voorzien. Een extra argument daarvoor is het zogenoemde specialiteitsargument: de beoordeling van de onrechtmatigheid van het voorafgaand feitelijk handelen is meestal

20 HR 9 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7774 (*Kuijpers/Valkenswaard*).
21 HR 2 februari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB7898 (*Staat/Bolsius*); Van de Sande 2015.
22 Van Ommeren e.a. 2013.

een zuiver bestuursrechtelijke aangelegenheid over de toepassing van bestuursrechtelijke regels en beginselen.

Hoe moeten we deze categorie van feitelijke handelingen ter voorbereiding van rechtmatige besluiten beoordelen in het licht van de connexiteitsgedachte? Het gaat hier om voorbereidingshandelingen die de bestuursrechter in zijn beoordeling van de rechtmatigheid van een appellabel besluit mag betrekken. Maar dat is iets anders dan het beoordelen van de rechtmatigheid van die voorbereidingshandelingen zelf. Het klopt dus strikt genomen wel met de connexiteitsgedachte dat over de vergoeding van schade ten gevolge van deze voorbereidingshandelingen de burgerlijke rechter oordeelt. Maar dezelfde redenering zou opgaan voor schade ten gevolge van onrechtmatige handelingen ter voorbereiding van een onrechtmatig besluit. En daarvoor is in artikel 8:88 Awb juist wel een bevoegdheid aan de bestuursrechter toegekend. De rechtsmachtverdeling ter zake van schade veroorzaakt door voorbereidingshandelingen is dan ook niet goed te verklaren vanuit alleen de connexiteitsgedachte. Hiervoor is in paragraaf 4.2.2.1 (onder b) al geconstateerd dat een ander argument bij de totstandkoming van artikel 8:88 Awb heeft meegespeeld: de behoefte om een complexere schadeoorzaak dan enkel een besluit te kunnen beoordelen omdat de schade die is voortgevloeid uit het besluit zelf, vaak niet goed te onderscheiden is van de schade die is voortgevloeid uit voorbereidingshandelingen. De wetgever heeft de noodzaak om geschillen op te knippen over bestuursrechtelijke en burgerrechtelijke procedures willen beperken. Maar in het kielzog van dat streven is de rechtsmachtverdeling als het om onrechtmatige voorbereidingshandelingen gaat, erg complex geworden. In paragraaf 4.5.2 wordt een voorstel tot verbetering gedaan.

4.3.2 *Geschillen op het terrein van de Afdeling en het CBb die het bedrag van 25.000 euro te boven gaan*

Als de gevraagde vergoeding meer bedraagt dan 25.000 euro, zijn deze bestuursrechters niet bevoegd. De argumenten die aan deze beperking ten grondslag liggen, hebben niets te maken met de connexiteitsgedachte. Zij zijn gezocht in de aard van de op deze terreinen voorkomende aansprakelijkheidsgeschillen en de veronderstelling dat het bestuursprocesrecht niet geschikt is om die geschillen te behandelen.

Bij de totstandkoming van de verzoekschriftprocedure van de Awb werd veel gewicht toegekend aan het verschil tussen het burgerlijk procesrecht en het bestuursprocesrecht. De commissie die de nieuwe rechtsmachtverdeling bedacht, wees erop dat het burgerlijk procesrecht regelingen bevat die in complexere schadezaken van wezenlijk belang zijn. Tot op zekere hoogte was dat een terechte constatering. Het burgerlijk procesrecht kent een uitgewerkt stelsel van bewijsrecht, dat in de Awb niet voorkomt. En het biedt speciale voorzieningen voor schadezaken, zoals de mogelijkheden van een vordering tot schadevergoeding nader op te maken bij staat, vermeerdering van eis en de mogelijkheid om een derde op te roepen in vrijwaring.[23]

23 Ook kent het civiele procesrecht expliciet de mogelijkheid om een tussenuitspraak te doen en tevens om declaratoire (eind)vonnissen (over aansprakelijkheid) te doen.

Deze procesrechtelijke verschillen waren voor de wetgever aanleiding om de beslechting van complexere schadezaken aan de burgerlijke rechter op te dragen. Zo kwam de verdeling tot stand die nu in artikel 8:89 Awb staat. De schadezaken in het financiële bestuursrecht (CRvB en belastingrechter) werden geacht doorgaans niet complex te zijn, en die in het ordenende bestuursrecht (Afdeling en CBb) vaak wel. Voor kleinere schadebedragen zouden de procesrechtelijke voordelen van het burgerlijk proces minder van belang zijn, zodat daarover de bestuursrechter wel mocht oordelen.

Wat de wetgever hier heeft gedaan, is zich neerleggen bij een aantal onvolkomenheden in het bestuursprocesrecht. Daar is behoefte aan expliciet bewijsrecht en aan verruiming van de mogelijkheid om tussenuitspraken te doen. Er is geen reden om aan te nemen dat een veroordeling tot schadevergoeding nader op te maken bij staat niet in de verzoekschriftprocedure zou kunnen worden geregeld.

Meer overdenking is nodig bij de vraag of het in vrijwaring roepen van een derde inpasbaar is in de bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedure. Zie daarover paragraaf 4.5.3.

4.4 Zijn er redenen om de rechtsmachtverdeling te laten zoals die nu is?

4.4.1 Is de aard van het aansprakelijkheidsrecht een reden?

De huidige rechtsmachtverdeling heeft zich ontwikkeld in een periode waarin het privaatrecht werd gezien als het algemeen geldende recht dat niet alleen op burgers, maar ook op de overheid van toepassing is (de zogenoemde 'gemene rechtsleer'). Die visie op het privaatrecht maakte het mogelijk dat de burgerlijke rechter geschillen over onrechtmatige overheidsdaden ging beoordelen.

Lange tijd is men daarbij uitgegaan van de veronderstelling dat een vordering wegens onrechtmatige daad impliceert dat de eiser zich op het burgerlijk recht baseert. Die veronderstelling klopt wel met de gemene rechtsleer. Maar er zijn inmiddels wezenlijk andere theorieën die een groot stempel op de rechtsontwikkeling hebben gedrukt. Het besluitenaansprakelijkheidsrecht wordt tegenwoordig in de bestuursrechtelijke jurisprudentie en literatuur vaak aangemerkt als publiekrecht. Het heeft veel overeenkomsten met het civiele aansprakelijkheidsrecht, maar het wordt in deze theorieën aangemerkt als publiekrecht dat in de rechtspraak is gevormd naar analogie van het BW, maar niet als een rechtstreekse toepassing ervan. Deze theorie klonk in 1997 luid door in de invloedrijke uitspraak *Van Vlodrop* van de Afdeling. Daarin werd uitgegaan van een algemeen rechtsbeginsel dat zegt dat 'degene die door aan hem toerekenbaar onrechtmatig handelen of nalaten schade heeft veroorzaakt, is gehouden die aan de benadeelde te vergoeden'. Dit rechtsbeginsel geldt zowel in het privaatrecht als in het publiekrecht. En dit algemene rechtsbeginsel 'is publiekrechtelijk van aard indien het zijn werking doet voelen in een door de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid ontstane rechtsverhouding'.[24] Dus als een bestuursorgaan schade veroorzaakt door het nemen van een onrechtmatig besluit, is zijn aansprakelijkheid daarvoor

24 ABRvS 6 mei 1997, ECLI:NL:RVS:1997:AA6762 (*Van Vlodrop*).

gebaseerd op een publiekrechtelijke uitwerking van een algemeen rechtsbeginsel. Uiteraard is ook in het privaatrecht dit algemene rechtsbeginsel uitgewerkt, maar dan voor rechtsbetrekkingen van civielrechtelijke aard. Beide varianten kennen, waar nodig, verschillen en zijn, waar mogelijk, gelijk. Zo wordt de rechtseenheid gediend en wordt toch recht gedaan aan de bijzondere aard van de rechtsbetrekkingen met de overheid.[25] In de memorie van toelichting bij de Vierde tranche van de Awb werd deze theorie over de relatie tussen bestuursrecht en privaatrecht ten grondslag gelegd aan de regeling van de bestuursrechtelijke geldschulden in de Awb.

Deze theoretische uitgangspunten uit het bestuursrecht zijn door de burgerlijke rechter vooralsnog niet omarmd. De Hoge Raad lijkt in zijn jurisprudentie nog altijd uit te gaan van de opvatting dat het privaatrecht als zodanig van toepassing is op de overheid, ook als zij onrechtmatig handelt door een publiekrechtelijke norm te schenden. Zo hinkt de relatie tussen publiek- en privaatrecht op twee gedachten: een bestuursrechtelijke en een privaatrechtelijke.

Als men deze theorieën overziet, is het niet erg overtuigend om de bevoegdheid van de burgerlijke rechter te baseren op de privaatrechtelijke aard van het aansprakelijkheidsrecht. Het is namelijk op zijn minst onduidelijk of het besluitenaansprakelijkheidsrecht wel privaatrechtelijk van aard is. Volgens de bestuursrechter niet. Volgens de memorie van toelichting bij de Vierde tranche van de Awb ook niet. Volgens de burgerlijke rechter waarschijnlijk wel.

4.4.2 *Is de Grondwet een reden?*

In artikel 112 van de Grondwet is bepaald dat 'aan de rechterlijke macht is opgedragen de berechting van geschillen over burgerlijke rechten en over schuldvorderingen'. De rechterlijke macht omvat de rechtbanken, de gerechtshoven en de Hoge Raad, niet de overige bestuursrechters. In het tweede lid staat dat de wet de berechting van 'geschillen die niet uit burgerlijke rechtsbetrekkingen zijn ontstaan' kan opdragen aan de rechterlijke macht of aan gerechten die daar niet toe behoren. Daarom maakt het voor de verbetering van de rechtsmachtverdeling wel verschil hoe het besluitenaansprakelijkheidsrecht wordt gekwalificeerd. Is het privaatrecht, dan kan het niet naar de bestuursrechter zonder in strijd te komen met artikel 120 Gw. In 1997 schreef Kortmann dat uitsluitend de wetgever kan beslissen welke geschillen niet uit burgerlijke rechtsbetrekkingen zijn ontstaan en deze geschillen kan opdragen aan andere gerechten.[26] Zo staat het inderdaad in artikel 120 Gw. Inmiddels is het duidelijk dat de wetgever heeft uitgemaakt dat geschillen over besluitenaansprakelijkheid niet uit burgerlijke rechtsbetrekkingen zijn ontstaan. Anders had hij ze niet aan de bestuursrechter kunnen opdragen in artikel 8:89 Awb. Daarmee lijkt de kwalificatie van het besluitenaansprakelijkheidsrecht als publiekrecht een gegeven. Als de wetgever de bevoegdheid van de bestuursrechter met betrekking tot besluitenaansprakelijkheid wil uitbreiden, staat artikel 112 Gw daaraan niet in de weg.

25 Scheltema & Scheltema 2013.
26 Kortmann 1997, p. 1327.

4.4.3 *Is de deskundigheid van de burgerlijke rechter een reden?*
Het is ontegenzeggelijk een feit dat burgerlijke rechters in het beoordelen van schadezaken een heel lange traditie hebben die teruggaat tot ver voordat er bestuursrecht bestond. Maar is dat een reden om burgers die benadeeld zijn door onrechtmatige besluiten van de overheid, twee procedures te laten voeren in een complex web van regels over bevoegdheid, ontvankelijkheid en formele rechtskracht? Deskundigheid is verplaatsbaar en kan worden opgebouwd. Het is geen steekhoudend argument tegen vereenvoudiging van de toegang tot de rechter.

4.5 Hoe kan de rechtsmachtverdeling worden verbeterd?

4.5.1 *Voortbouwen op de connexiteitsbenadering*
De connexiteitsbenadering heeft een aantal belangrijke voordelen. Door daarop voort te bouwen kan de rechtsmachtverdeling worden verbeterd.

Het eerste voordeel is dat van de eenvoud. Als de rechter die over de schadeoorzaak oordeelt, ook over de vergoeding oordeelt, kunnen beide procedures tegelijkertijd of kort na elkaar worden doorlopen (art. 8:91 Awb).

Het tweede voordeel heeft te maken met de inhoudelijke beoordeling van geschillen over besluitenaansprakelijkheid. Als de rechter die over de schadevergoeding oordeelt, niet mag oordelen over de onrechtmatigheid van de schadeoorzaak, wordt hij gedwongen om uit te gaan van de rechtmatigheid van een niet door de andere rechter beoordeelde schadeoorzaak. Dat maakt een starre toepassing van het beginsel van formele rechtskracht vrijwel onvermijdelijk, waardoor slechts zeer zelden een uitzondering op het beginsel van formele rechtskracht wordt gemaakt. De rechtsontwikkeling wordt daardoor belemmerd. In de steeds complexere structuren waarmee de overheid burgers en bedrijven bestuurt, dringt zich geleidelijk aan de behoefte op om op de formele rechtskracht van niet aangevochten besluiten uitzonderingen mogelijk te maken. In een prejudiciële beslissing uit 2019 van de Hoge Raad over aardbevingsschade in Groningen staan overwegingen die, letterlijk gelezen, een vergaande relativering bevatten van het beginsel dat een besluit met formele rechtskracht geacht wordt rechtmatig te zijn. Het ging over de vraag of de formele rechtskracht van het op grond van de Mijnbouwwet genomen instemmingsbesluit aansprakelijkheid van de Staat verhindert. De Hoge Raad overweegt onder meer dat burgers er in beginsel op mogen vertrouwen dat het aan het besluit ten grondslag liggende onderzoek en de afweging naar behoren plaatsvinden. ‘Van hen mag dan ook niet worden gevergd dat zij beroep instellen tegen het in dit verband te nemen besluit (enkel) om in een bestuursrechtelijke procedure nader te laten onderzoeken en vaststellen of die risico’s zich desalniettemin wel voordoen, daargelaten of dat in het concrete geval voor hen doenlijk is.’ Als een vordering bij de burgerlijke rechter erop is gebaseerd ‘dat bij het nemen van het betrokken instemmingsbesluit wel wezenlijke risico’s op schade aan personen of zaken (blijken te) zijn genomen’, kan niet worden tegengeworpen dat de eiser daartegen geen bestuursrechtelijk beroep heeft ingesteld. De overwegingen zijn zo algemeen geformuleerd dat zij zich goed laten toepassen op vele andere besluiten, met name

in het omgevingsrecht. Maar in hoeverre de overwegingen bedoeld zijn zich over die andere besluiten uit te strekken, is nog niet duidelijk.

In de jaarvergadering van de VAR in 2019 over de preadviezen van Polak, Sanders, Roozendaal en Reneman[27] kwam een vrij breed gedragen behoefte aan het licht om vaker een uitzondering mogelijk te maken op het beginsel dat een besluit met formele rechtskracht geacht wordt rechtmatig te zijn. Dat zou al kunnen beginnen in 'evidente gevallen' van onrechtmatigheid. Daarbij werd wel duidelijk dat het maken van uitzonderingen op dit beginsel op minder bezwaren stuit als de aansprakelijkheid voor schade door onrechtmatige besluiten door de bestuursrechter wordt beoordeeld. Bij de huidige rechtsmachtverdeling zijn er nog veel gevallen waarin alleen de burgerlijke rechter daartoe bevoegd is.

De behoefte aan nuancering van de leer van de formele rechtskracht moet de ruimte krijgen en niet worden belemmerd doordat de rechter die over de schadevergoeding oordeelt, niets kan of mag zeggen over de onrechtmatigheid van een besluit. Hoe voorzichtig of ruimhartig de leer van de formele rechtskracht moet worden genuanceerd, laat zich moeilijk voorspellen. Duidelijk is wel dat er typisch bestuursrechtelijke beoordelingen nodig zijn om hierin een goede weg te vinden. De burgerlijke rechter is daarin zeer terughoudend, omdat de wetgever de beoordeling van de rechtmatigheid van besluiten aan de bestuursrechter heeft opgedragen. De bestuursrechter heeft, als hij oordeelt over de schadevergoeding, meer ruimte om uitzonderingen te maken op het beginsel van formele rechtskracht dan de burgerlijke rechter.[28]

De typisch bestuursrechtelijke oordelen over rechtmatigheid van bestuurshandelen houden niet op bij het onrechtmatigheidsoordeel over het schadeveroorzakende besluit. Bij de toepassing van het relativiteitsvereiste (zoals neergelegd in het BW) moet de vraag worden beantwoord in hoeverre de geschonden norm ertoe strekte de schade te voorkomen. Daarbij gaat het om de uitleg van typisch bestuursrechtelijke normen. Bij het causaliteitsvereiste in de besluitenaansprakelijkheid komt het vaak aan op de vraag of het bestuursorgaan, als het onrechtmatige besluit niet zou zijn genomen, een rechtmatig besluit zou hebben genomen met dezelfde of andere gevolgen. Om die vraag te kunnen beantwoorden moet de rechtmatigheid van een (hypothetisch) besluit worden beoordeeld.

De strekking van het voorafgaande is eigenlijk eenvoudig: als een rechter mag oordelen over de rechtmatigheid van een besluit, het niet nemen daarvan, een algemene regel of een feitelijke handeling, dan moet hij ook kunnen oordelen over de daardoor veroorzaakte schade. In het huidige 'systeem' van de rechtsmachtverdeling is

27 Polak e.a. 2019.

28 Men zou onderscheid moeten maken tussen gevallen waarin nooit beroep is ingesteld en gevallen waarin wel beroep is ingesteld, maar dit ongegrond is verklaard. In het laatste geval ligt een uitzondering op het beginsel van formele rechtskracht niet voor de hand. Zou alsnog de onrechtmatigheid van het besluit worden aangenomen, dan zou de over de schadevergoeding oordelende rechter afbreuk doen aan de voorafgaande uitspraak van de bestuursrechter waarin de ongegrondverklaring is uitgesproken. Vergelijk HR 8 maart 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0161 (*Plugge/Zaandam*).

dat de ene keer wel en de andere keer niet zo. Dat kan consistenter worden opgebouwd.

4.5.2 *Welke veranderingen komen in beeld?*

Als de in dit rapport gedane voorstellen over rechtsbescherming tegen algemene regels en feitelijk handelen in samenhang met de connexiteitsbenadering worden beschouwd, komen de volgende uitbreidingen van de bevoegdheid van de bestuursrechter in beeld.

a. Schade ten gevolge van algemene regels

Als er een rechtstreekse bestuursrechtelijke rechtsgang tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels komt, brengt de connexiteitsbenadering mee dat de bestuursrechter oordeelt over de door deze regels veroorzaakte schade in alle gevallen waarin hij ook bevoegd was om te oordelen over de regels zelf.

Als de mogelijkheid om rechtstreeks te procederen over de algemene regels beperkt wordt tot een bepaalde groep van belanghebbenden (belangenorganisaties), rijst de vraag of de bestuursrechter ook bevoegd zou moeten zijn ter zake van schadevergoeding die wordt gevorderd door anderen, zoals natuurlijke personen. Een consequente toepassing van de connexiteitsbenadering zou er dan op neerkomen dat deze natuurlijke personen naar de bestuursrechter kunnen als zij de rechtmatigheid van de algemene regels via exceptieve toetsing aan de bestuursrechter kunnen (en/of konden?) voorleggen. Dat is alleen mogelijk als er op basis van de algemene regels uitvoeringsbesluiten kunnen worden genomen of handhavingsbesluiten. Dat zal doorgaans het geval zijn.

Denk aan het geval waarin iemand schade lijdt die het gevolg is van een handhavingsbesluit in samenhang met de verordening die volgens het bestuursorgaan werd overtreden. Als zowel het handhavingsbesluit als de verordening onrechtmatig blijken te zijn, moet worden voorkomen dat de eiser twee procedures moet voeren omdat de schade niet aan één rechter kan worden voorgelegd. In het voorbeeld is het goed denkbaar dat de bestuursrechter niet alleen het handhavingsbesluit heeft vernietigd, maar ook de verordening onverbindend heeft verklaard of buiten toepassing heeft gelaten. Hij heeft dan, via exceptieve toetsing, geconstateerd dat de verordening in strijd was met het recht. Als de bestuursrechter daartoe bevoegd is, past het in de connexiteitsbenadering dat hij ook mag oordelen over de vergoeding van de door de verordening veroorzaakte schade. Deze oplossing is congruent met de jurisprudentie van de Hoge Raad waarin werd geoordeeld dat de burgerlijke rechter een eiser die een rechtmatigheidsoordeel wenst over een algemeen verbindend voorschrift, niet-ontvankelijk moet verklaren als de eiser dat oordeel bij de bestuursrechter kan verkrijgen via exceptieve toetsing.

b. Schade ten gevolge van feitelijk handelen

In hoofdstuk 3 van dit rapport is voorgesteld de bevoegdheid van de bestuursrechter uit te breiden met uitspraken over de rechtmatigheid van feitelijk handelen dat nauw verbonden is met een appellabel besluit. In de connexiteitsbenadering betekent deze uitbreiding van de rechtsmacht van de bestuursrechter ook uitbreiding van de bevoegdheid van de bestuursrechter als het gaat om schadevergoeding vanwege onrechtmatig feitelijk handelen. De beperking in artikel 8:88 lid 1 onder b

Awb tot alleen onrechtmatige voorbereidingshandelingen bij onrechtmatige besluiten zou dus moeten vervallen. De bestuursrechter zou bevoegd moeten zijn als het gaat om schade veroorzaakt door onrechtmatige voorbereidings- en uitvoeringshandelingen, die binnen de verruimde rechtsmacht van de bestuursrechter komen te vallen.

Dit biedt ook de oplossing voor het in paragraaf 4.3.1, onder e, beschreven probleem dat de bestuursrechter (in het huidige recht) niet bevoegd is om te oordelen over schade ten gevolge van onrechtmatige handelingen ter voorbereiding van een rechtmatig besluit.

c. Loslaten van de 25.000 euro-grens

Deze grens hield verband met de door de wetgever veronderstelde ongeschiktheid van het bestuursprocesrecht voor complexe schadezaken (par. 4.4). Dat is een goede aanleiding om het bestuursprocesrecht aan te passen aan de eisen van de tijd. Het is geen goede reden om geschillen over besluitenaansprakelijkheid te verdelen over twee procedures.[29]

Het is overigens niet aangetoond dat schadezaken over een hoge schadevergoeding procesrechtelijk complexer zijn dan schadezaken over bedragen onder de 25.000 euro. De hoogte van het gevorderde bedrag kan wel worden aangevoerd als argument om een procedure al dan niet ingewikkelder en langduriger te maken, omdat er meer van afhangt. Als het om een klein bedrag gaat, moeten de kosten van de procedure in een redelijke verhouding staan tot het te behalen resultaat.

Een extra argument om de 25.000 euro-grens af te schaffen is dat deze in de praktijk wordt omzeild.[30] De eiser mag ook een gedeelte van zijn schade aan de bestuursrechter ter beoordeling voorleggen.[31] Als daar een uitspraak op volgt waarin het bestuursorgaan aansprakelijk wordt geacht, kan hij op basis daarvan met het bestuursorgaan tot een regeling voor de resterende schade proberen te komen. Blijft er na de uitspraak van de bestuursrechter een geschil bestaan over de omvang van de te vergoeden schade, dan kan de eiser daarmee alsnog naar de burgerlijke rechter.[32]

Wel lijkt het zinvol om bestuursrechters die in enige instantie over appellabele besluiten oordelen (zoals de Afdeling over bestemmingsplannen of het CBb over marktreguleringsbesluiten) de mogelijkheid te geven een verzoek om schadevergoeding in eerste aanleg naar een rechtbank te verwijzen. Zeker als het om een complexe kwestie gaat, kan behandeling in twee instanties wenselijk zijn.

---

29 Hartlief 2015.

30 Ook is al erkend dat schade die buiten rechte is vergoed, niet wordt meegeteld bij de toepassing van de 25.000 euro-grens.

31 ABRvS 2 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2081.

32 Daar rijst dan de vraag of de burgerlijke rechter moet uitgaan van de aansprakelijkheid die de bestuursrechter heeft vastgesteld. Hij kan de door de bestuursrechter bij zijn uitspraak toegewezen schadevergoeding niet ongedaan maken, want die uitspraak heeft gezag van gewijsde. Of de burgerlijke rechter zich ook gebonden acht aan de oordelen van de bestuursrechter over causaal verband, relativiteit en bijvoorbeeld eigen schuld, is nog onzeker.

d. Schade ten gevolge van de schriftelijke weigering om een besluit te nemen

In paragraaf 4.3.1, onder c, is geconstateerd dat deze categorie, als men uitgaat van de connexiteitsbenadering, onder de bevoegdheid van de bestuursrechter geschaard zou moeten worden.

4.5.3 *Keuzevrijheid voor de eiser tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter*

In de vorige paragrafen is bepleit de rechtsmacht van de bestuursrechter over schadevergoeding wegens onrechtmatige daad uit te breiden volgens de connexiteitsbenadering. Die uitbreiding impliceert nog niet dat de burgerlijke rechter zijn rechtsmacht verliest. Weliswaar is het in de regel zo dat óf de bestuursrechter, óf de burgerlijke rechter bevoegd is. Dat heeft voordelen uit een oogpunt van rechtseenheid en rechtsgelijkheid. Het voorkomt ook dat rechtzoekenden voor moeilijke keuzes komen te staan over de vraag bij welke rechter zij de meeste kans van slagen hebben. Toch zijn er op het terrein van de besluitenaansprakelijkheid argumenten voor overlappende rechtsmacht. Hieronder volgen eerst argumenten vóór en daarna argumenten tegen, op basis waarvan een afweging wordt gemaakt die in het voordeel van de overlappende rechtsmacht uitvalt.

4.5.3.1 *Argumenten voor overlappende rechtsmacht*

Schade met meerdere oorzaken

Schade wordt vaak veroorzaakt door meerdere oorzaken. Als die deels binnen de rechtsmacht van de ene en deels binnen die van de andere rechter vallen, kan dat de eiser nopen zijn eis op te knippen over twee procedures.

Dat doet zich voor als de schade deels is veroorzaakt door een appellabel besluit en deels door een besluit waartegen geen beroep openstaat omdat dat besluit op de uitzonderingslijsten van de artikelen 8:4 en 8:5 Awb staat. Ook kan een eiser ervoor kiezen om zijn vordering primair te baseren op de onrechtmatigheid van een appellabel besluit (bijvoorbeeld de verlening van een vergunning aan een hinder veroorzakend bedrijf) en subsidiair op een niet-appellabel handelen of nalaten (bijvoorbeeld het niet houden van toezicht op de naleving van vergunningvoorschriften).

Ook feitelijk handelen of nalaten kan meervoudige schadeoorzaken te zien geven. Als de schade door de eiser wordt toegeschreven aan verschillende feitelijke handelingen, die deels wel en deels niet binnen de rechtsmacht van de bestuursrechter vallen, doemt de noodzaak op tot het opknippen van een vordering. Een voorbeeld is het geval waarin een bedrijf schade lijdt door de combinatie van een toezichtshandeling van een bestuursorgaan en uitlatingen in de pers of plaatsing van informatie op het internet.

Dit probleem van meervoudige schadeoorzaken zou kunnen worden opgelost door de bestuursrechter bevoegd te maken voor alle door de overheid veroorzaakte schade. Hij zou dan de onrechtmatigheid moeten kunnen beoordelen van al het handelen en nalaten van de overheid. Dat zou een verstrekkende verschuiving binnen het rechtssysteem zijn, waarvan de gevolgen moeilijk zijn te overzien. Daarom wordt in dit rapport gekozen voor het groeimodel. De eerste stap daarin is de uitbreiding die voortbouwt op de connexiteitsbenadering, zoals beschreven in de paragrafen 4.5.1 en 4.5.2. Maar daardoor blijft het probleem van meervoudige schadeoorzaken bestaan.

Dat probleem verdwijnt als de burgerlijke rechter mag blijven oordelen over schade die is veroorzaakt door besluiten en andere handelingen die vallen binnen de rechtsmacht van de bestuursrechter. De eiser zou dan mogen kiezen tussen een schadevergoedingsprocedure bij de bestuursrechter of bij de burgerlijke rechter. Dat zou neerkomen op een keuzevrijheid, zoals die nu alleen bestaat onder de 25.000 euro-grens op het terrein van de Afdeling en het CBb en zoals die tussen 1999 en 2013 heeft bestaan door het arrest Groningen/Raatgever.[33]

Geschiktheid van het procesrecht
Bij de totstandkoming van de schadevergoedingsregeling van titel 8.4 Awb werd de rechtsmacht van de burgerlijke rechter op het terrein van de Afdeling en het CBb verdedigd met het argument dat het bestuursprocesrecht niet erg geschikt is voor complexe schadezaken. Hiervoor in paragraaf 4.3.2 is daarover gezegd dat dit ook een argument kan zijn om in het bestuursprocesrecht een aantal verbeteringen aan te brengen (bewijslastverdeling, tussenuitspraken, declaratoire uitspraken), waarmee het ook beter geschikt zou worden voor complexe schadezaken. Voor zover die verbeteringen niet tot stand komen, zal in sommige gevallen een gang naar de burgerlijke rechter de voorkeur hebben. Dat pleit ervoor de rechtsmacht van de burgerlijke rechter in stand te laten.

Hoofdelijke aansprakelijkheid en vrijwaring
Op één punt zal het onmogelijk zijn om de mogelijkheden van de civiele procedure in het bestuursprocesrecht op te nemen. Dat heeft te maken met hoofdelijke aansprakelijkheid van verschillende aansprakelijke personen. Als het verwerende bestuursorgaan een derde in vrijwaring roept die zelf geen bestuursorgaan is, ontstaat de situatie waarin de rechter een burgerpartij veroordeelt tot schadevergoeding aan een andere burger. Hij zou dan uitspraak doen in een zuiver privaatrechtelijk geschil. Deze situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen als een toezichthoudend of handhavend bestuursorgaan een overtreder in vrijwaring roept. Dit kan worden opgelost door de bestuursrechter in zo'n geval de zaak te laten doorverwijzen naar de burgerlijke rechter. Dan heeft het de voorkeur als de burgerlijke rechter niet alleen de aansprakelijkheid van de in vrijwaring opgeroepen burger mag beoordelen, maar ook die van het overheidslichaam.

4.5.3.2 *Argumenten tegen overlappende rechtsmacht*

Rechtseenheid
Als beide rechters kunnen oordelen over dezelfde soorten geschillen, loopt men het risico dat hun rechtspraak verschillen gaat vertonen. Daarmee is ervaring opgedaan sinds de komst van het zelfstandige schadebesluit in 1996. Die ervaring heeft laten zien dat de burgerlijke rechter en de bestuursrechter in hun rechtspraak over en weer op elkaar reageren en waar nodig harmoniseren. Dat is bijvoorbeeld gebleken toen de toepassing van het causaliteitsvereiste uiteen ging lopen. In de

33 HR 17 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC3059 (*Groningen/Raatgever*).

wisselwerking tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter heeft dat niet alleen tot harmonisatie, maar ook tot verbetering van de causaliteitscriteria geleid.[34] Ook bij toepassing van het relativiteitsvereiste heeft zich een wisselwerking voltrokken die tot harmonisatie van de rechtspraak heeft geleid.[35]

Zonder het belang van rechtseenheid te bagatelliseren, kan men toch de conclusie trekken dat de bedreiging daarvan niet van dien aard is dat het belang van rechtzoekende burgers bij een samenhangende beoordeling van geschillen over schadevergoeding in één procedure ervoor moet wijken.

Bekeken vanuit de connexiteitsgedachte

Zou een overlappende rechtsmacht op het gebied van de besluitenaansprakelijkheid voldoende recht doen aan de connexiteitsbenadering? Want het zou erop neerkomen dat de burgerlijke rechter mag (blijven) oordelen over de vergoeding van schade die het gevolg is van oorzaken waarvan hij de onrechtmatigheid niet mag beoordelen. Is het dan niet beter om de conclusie te trekken dat de burgerlijke rechter zijn rechtsmacht moet verliezen in gevallen waarin de schadeoorzaak binnen de rechtsmacht van de bestuursrechter valt? Systematisch ziet dat er mooier uit, maar dat is niet doorslaggevend. De in de vorige paragraaf genoemde voordelen zouden verloren gaan.

Wiens belangen zouden daarmee gediend zijn? Niet het belang van de eisende partij. Als die wil dat de rechter die over vergoeding van de schade mag oordelen zich ook kan uitlaten over de schadeoorzaak, kan zij ervoor kiezen het volledige geschil voor te leggen aan de bestuursrechter. Kan dat niet, omdat zij te maken heeft met meervoudige schadeoorzaken die slechts ten dele aan de bestuursrechter kunnen worden voorgelegd, dan is het belang van de eiser ermee gediend dat de zaak aan de burgerlijke rechter kan worden voorgelegd. Dan hoeft het geschil over de schadevergoeding niet te worden opgeknipt over twee procedures.

Misschien gaan zich gevallen voordoen waarin het verwerende overheidslichaam liever heeft dat de bestuursrechter over de zaak oordeelt en niet de burgerlijke rechter. Het is moeilijk voorbeelden te vinden waarin de keuze voor de burgerlijke rechter voor het verwerende overheidslichaam nadelig is.

In dit verband is ook de formele rechtskracht relevant. In de huidige rechtspraak past ook de bestuursrechter, net als de burgerlijke rechter, het beginsel van formele rechtskracht in schadezaken toe met heel weinig ruimte voor uitzonderingen. Uit een oogpunt van rechtseenheid willen zij voorkomen dat het beginsel van formele rechtskracht twee uitwerkingen krijgt, een strenge van de burgerlijke rechter en een soepele van de bestuursrechter. Dat is begrijpelijk, maar het belemmert de rechtsontwikkeling. Als een eiser kan kiezen tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter, kan hij die keuze laten afhangen van de vraag of hij

34 HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1112, *AB* 2017/232, m.nt. L. Di Bella; *JB* 2016/129, m.nt. L.J.M. Timmermans (*Hengelo/Wevers*); ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3462, *AB* 2017/88, m.nt. C.N.J. Kortmann; *O&A* 2017/6, m.nt. L. Di Bella & J.H.A van der Grinten (*Biolicious*); HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18, *AB* 2017/407, m.nt. C.N.J. Kortmann (*UWV/X*).

35 Hierover Lindenbergh 2007; Di Bella 2014 (hoofdstuk 4 en 5); Den Hollander 2016; Franssen & Van Tilborg 2015; Fruytier 2021.

een uitzondering op de formele rechtskracht wil bepleiten. De bestuursrechter kan daar meer ruimte voor gaan bieden dan de burgerlijke rechter. Dat kan ertoe leiden dat het bestuursorgaan door de bestuursrechter tot schadevergoeding wordt veroordeeld in gevallen waarin de burgerlijke rechter de vordering zou hebben afgewezen omdat het bestreden besluit formele rechtskracht heeft. Maar dat is niet erg. Want rechtsmachtverdeling is geen argument om een vordering af te wijzen als alles bij dezelfde rechter voorligt. Dat betekent dat wij dus ook weer willen afstappen van de exclusieve bevoegdheid die nu in artikel 8:89 lid 1 Awb is toegekend aan de bestuursrechters op het terrein van de sociale zekerheid en het belastingrecht. Ook die bevoegdheid zou wat ons betreft naast en overlappend met de bevoegdheid van de burgerlijke rechter bestaan.

4.6 Conclusie

De argumenten pro en contra overziend geven wij de voorkeur aan een systeem waarin de bestuursrechter over schadevergoeding mag oordelen in alle gevallen waarin hij ook over de schadeoorzaak mag oordelen (connexiteitsbenadering). Het zal dan steeds mogelijk zijn de schadevergoeding te laten beoordelen door dezelfde rechter die ook over de schadeoorzaak mag oordelen. Dat betekent dat de huidige begrenzing van de bevoegdheid van de Afdeling en het CBb tot vorderingen van maximaal 25.000 euro moet worden geschrapt. Het betekent ook dat de bestuursrechter mag oordelen over verzoeken tot vergoeding van schade die is veroorzaakt door de toepassing van algemene regels, waarvan de bestuursrechter de onrechtmatigheid kan vaststellen in het kader van exceptieve toetsing. Belangenorganisaties die het recht krijgen rechtstreeks beroep in te stellen tegen algemene regels (hoofdstuk 2 van dit rapport), kunnen ook bij de bestuursrechter terecht als zij vergoeding willen vorderen van schade die het gevolg is van die regels.

De bestuursrechter wordt in deze benadering dus ook bevoegd om te oordelen over vergoeding van schade veroorzaakt door feitelijk handelen waarover de bestuursrechter bevoegd is te oordelen door middel van een verzoekschriftprocedure (hoofdstuk 3 van dit rapport) en door schriftelijke weigeringen om een besluit te nemen.

Tegelijkertijd blijft de burgerlijke rechter altijd bevoegd. Ook als om schadevergoeding kan worden verzocht bij de bestuursrechter met diens verruimde rechtsmacht, blijft de mogelijkheid bestaan dat de oorzaak van geleden schade niet meteen duidelijk is of zelfs deels is veroorzaakt door een besluit of handelen waarover de bestuursrechter bevoegd is te oordelen en voor het overige door handelen dat buiten de rechtsmacht van de bestuursrechter valt. Daarom zou de rechtsmacht omtrent schadevergoedingsvorderingen uit onrechtmatige daad, voor zover die is toegekend aan de bestuursrechter, niet meer exclusief moeten zijn. De rechtzoekende moet zijn vordering aan de burgerlijke rechter kunnen voorleggen uit hoofde van onrechtmatige daad zonder daarin niet-ontvankelijk te worden verklaard. Wij pleiten daarom voor een terugkeer naar de keuzemogelijkheid voor de rechtzoekende die voor de invoering van afdeling 8.4 Awb bestond. In dit stelsel wordt voorkomen dat de eiser zijn geschil moet opknippen als er meerdere schadeoorzaken zijn, of als er meerdere aansprakelijk te stellen publiekrechtelijke en private (rechts)personen zijn.

5 Bevoegdhedenovereenkomsten, toezeggingen en bestuursrechtspraak

5.1 Inleiding

Aan bestuursorganen zijn in materiële wetgeving veel bevoegdheden toegekend om besluiten te nemen. Tevens zijn bestuursorganen op grond van materiële wetten bevoegd tot een breed scala aan feitelijke handelingen, ter voorbereiding of ter uitvoering van besluiten. Weer andere wettelijke bevoegdheden betreffen handelingen in bijvoorbeeld de toezichtsfeer, die uiteindelijk betrokken kunnen worden bij het voorbereiden van besluiten, maar dat niet altijd worden. De gemeenschappelijke noemer van al deze bevoegdheden is dat ze publiekrechtelijk van aard zijn. De publiekrechtelijke rechtspersonen waartoe bestuursorganen behoren, kunnen aan particulieren toezeggingen doen of met particulieren overeenkomsten sluiten over de wijze waarop deze bevoegdheden zullen worden uitgeoefend. Toezeggingen zijn in beginsel eenzijdig, de particulier kan er in beginsel op vertrouwen dat zij worden nagekomen en het bestuursorgaan is daar in beginsel toe verplicht. Bevoegdhedenovereenkomsten zijn wederkerig, zij zullen vaak over en weer verplichtingen voor de betrokken partijen bevatten.

In dit hoofdstuk komen wij tot de conclusie dat bevoegdhedenovereenkomsten een gemengd publiekrechtelijk en privaatrechtelijk karakter hebben. De rechtsmacht is nu verdeeld over de bestuursrechter en de burgerlijke rechter. In het algemeen oordeelt de bestuursrechter alleen over appellabele besluiten ter uitvoering van een bevoegdhedenovereenkomst. Andere geschillen die uit een bevoegdhedenovereenkomst voortvloeien, vallen buiten de exclusieve competentie van de bestuursrechter en komen dus bij de burgerlijke rechter. Dit ligt alleen anders bij fiscale vaststellingsovereenkomsten.[1]

Met betrekking tot het gemengde private/publieke karakter van de bevoegdhedenovereenkomst willen wij nog geen veranderingen voorstellen. Daarom willen wij ook de huidige rechtsmachtverdeling over bevoegdhedenovereenkomsten niet fundamenteel wijzigen. Het fiscale model achten wij (nog) niet toepasbaar buiten het belastingrecht. Wij concluderen wel dat het wenselijk is dat een particulier bij de bestuursrechter ook schadevergoeding kan vorderen als een besluit wordt genomen dat niet of niet geheel voldoet aan wat was overeengekomen in een

1 HR 21 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4548 (*Abacus*).

bevoegdhedenovereenkomst, bij voorkeur ook als onderdeel van de beroepsprocedure over dat besluit. Tevens concluderen wij dat het wenselijk is wettelijk te regelen dat als een toezegging niet wordt nagekomen omdat zwaarwegende belangen daaraan in de weg staan, de begunstigde van de toezegging bij de bestuursrechter om schadevergoeding kan verzoeken. In dat opzicht stellen wij het niet-nakomen van een toezegging en van een bevoegdhedenovereenkomst op één lijn. Tevens concluderen wij dat het wenselijk is om deze bevoegdheden van de bestuursrechter niet exclusief te maken, maar de burger de keuze te laten tussen een vordering bij de bestuursrechter of de burgerlijke rechter. Dat betekent dat de burger ook de mogelijkheid behoudt om schadevergoeding te vorderen bij de burgerlijke rechter naar aanleiding van een onrechtmatige toezegging. En zoals bepleit in het vorige hoofdstuk zou de burger voor zijn verzoek om schadevergoeding de keuze moeten krijgen tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter. Wij sluiten in dit hoofdstuk dus aan bij de benadering die wij ook hebben gekozen in hoofdstuk 4. Dat betekent dat wij dus uitgaan van de connexiteitsbenadering: als de rechter bevoegd is te oordelen over de oorzaak van de schade, moet hij ook bevoegd zijn te oordelen over de vergoeding ervan. We gaan daarnaast uit van gedeelde rechtsmacht: omdat geschillen zowel bestuursrechtelijke als privaatrechtelijke aspecten kunnen hebben, is het uit oogpunt van responsiviteit en effectieve rechtsbescherming aan de burger om te kiezen of hij een geschil (geheel of gedeeltelijk) aan de bestuursrechter of de burgerlijke rechter wil voorleggen.

5.2 De bevoegdhedenovereenkomst

In een bevoegdhedenovereenkomst maakt een bestuursorgaan of een overheidslichaam afspraken over de uitoefening van bestuursrechtelijke bevoegdheden. Vaak gaat het over bevoegdheden tot het nemen van besluiten. De overeenkomst kan gaan over de inhoud van het te nemen besluit, over het moment waarop het wordt genomen, maar ook kunnen in de overeenkomst voorwaarden worden afgesproken waaraan het te nemen besluit zal voldoen. In een bevoegdhedenovereenkomst kunnen ook bedingen voorkomen over feitelijke handelingen, waaronder handelingen die gerelateerd zijn aan besluiten en waarvan wij voorstellen om die ook binnen de rechtsmacht van de bestuursrechter te brengen (zie hoofdstuk 3). De verplichtingen die de publiekrechtelijke rechtspersoon in de overeenkomst op zich heeft genomen, moeten worden uitgevoerd doordat een bestuursorgaan een feitelijke handeling verricht of een besluit neemt. Vaak kan zo'n besluit alleen worden genomen als er één of meer voorbereidingshandelingen aan vooraf zijn gegaan. Soms moeten meerdere bestuursorganen handelingen verrichten en besluiten nemen om uitvoering te geven aan de verplichtingen die uit een bevoegdhedenovereenkomst voortvloeien. Bijvoorbeeld: als een gemeente met een particulier een overeenkomst sluit over het aanpassen van een bestemmingsplan, moet het college van B&W een ontwerp-bestemmingsplan opstellen en ter inzage leggen, en de gemeenteraad moet het bij besluit vaststellen. Soms zijn na het nemen van de overeengekomen besluiten nog uitvoeringshandelingen nodig om de overeenkomst na te komen.

In het kader van de bevoegdheidsverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter is in de loop van de twintigste eeuw de vraag gerezen welke rechter

de meest geschikte is om te oordelen over geschillen over bevoegdhedenovereenkomsten. Is dat de burgerlijke rechter omdat het over overeenkomsten gaat of is het de bestuursrechter omdat het over besluiten gaat?

Lange tijd is in Nederland de rechtsontwikkeling op het grensvlak van publiek- en privaatrecht beheerst door de gemene rechtsleer. Die gaat ervan uit dat het privaatrecht als algemeen recht ook het overheidshandelen normeert, tenzij het publiekrecht daarop een uitzondering maakt. Deze opvatting overheerste het grootste deel van de twintigste eeuw en de invloed ervan is nog altijd groot. Dat verklaart waarom geschillen over bevoegdhedenovereenkomsten ook tegenwoordig nog vaak door de burgerlijke rechter worden beoordeeld. Het is in de jurisprudentie lange tijd gangbaar geweest om bevoegdhedenovereenkomsten, ook al hadden zij betrekking op de uitoefening van bestuursrechtelijke bevoegdheden, te kwalificeren als overeenkomsten naar burgerlijk recht.[1] Het overeenkomstenrecht van het BW is immers erop van toepassing volgens de gemene rechtsleer; het bestuursrecht daarentegen kende er geen wettelijke regeling voor en binnen het bestuursrecht bestond ook nauwelijks jurisprudentie op dit gebied. Dat laatste is verklaarbaar omdat bij de bestuursrechter geen rechtsingang bestond in de vorm van een eis tot nakoming van een bevoegdhedenovereenkomst of schadevergoeding wegens niet-nakoming. De gemene rechtsleer voorzag dus in een lacune. Zou de bevoegdhedenovereenkomst niet door het privaatrecht zijn beheerst, terwijl het bestuursrecht er geen regels over bevatte, dan zou er een gat in de rechtsbescherming hebben bestaan.

Men komt in incidentele gevallen, met name in de jaren negentig, wel de term 'publiekrechtelijke overeenkomst' tegen in de jurisprudentie van de Hoge Raad.[2] Die term had echter geen gevolgen voor de bevoegdheid van de burgerlijke rechter of de ontvankelijkheid van de vordering. Het is niet zeker wat de Hoge Raad met de term 'publiekrechtelijke overeenkomst' tot uitdrukking heeft willen brengen. Wellicht was ermee bedoeld dat zo'n overeenkomst niet alleen door het burgerlijk recht, maar ook door publiekrechtelijke normen werd beheerst. Zo bezien was de term een uiting van de zogenoemde gemengde rechtsleer, die ervan uitgaat dat binnen één rechtsbetrekking regels van privaat- en publiekrechtelijke aard tegelijk van toepassing kunnen zijn. Maar op de competentie van de burgerlijke rechter had dit geen invloed. Want de burgerlijke rechter hanteert al sinds het arrest Guldemond/Noordwijkerhout[3] uit 1915 het criterium van het 'voorwerp van geschil' (*objectum litis*): de burgerlijke rechter is bevoegd als de eiser heeft *gesteld* dat de overheid een burgerlijk recht heeft geschonden. Dat stellen door de eiser wekt de bevoegdheid van de burgerlijke rechter op en die wordt dus niet weggenomen als naast privaatrecht ook bestuursrechtelijke normen nodig zijn om het geschil te beoordelen.

In de literatuur wordt er vaak anders tegenaan gekeken dan in de jurisprudentie. De bevoegdhedenovereenkomst wordt daar vaak als een bestuursrechtelijke

1 Huisman 2012. Vgl. HR 2 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2848; ABRvS 8 september 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AQ9924.

2 In HR 10 april 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5573 en HR 23 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0834 (*GCN/Nieuwegein*) en in HR 5 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0848 (*Rotterdams Welzijnsconvenant*).

3 HR 31 december 1915, ECLI:NL:HR:1915:AG1773.

rechtsfiguur aangemerkt.[4] Dat roept de vraag op wat er dan gebeurt met de contractenrechtelijke aspecten van de bevoegdhedenovereenkomst. Zijn die verhuisd naar het bestuursrecht? Waarop is de gebondenheid aan een overeenkomst gebaseerd in het bestuursrecht? Het vertrouwensbeginsel, dat zowel in het privaatrecht als in het bestuursrecht geldt, kan die gebondenheid verklaren. De uit het klassieke privaatrecht bekende wilsleer, die de autonomie van de individuele burger centraal stelt, is minder goed toepasbaar in het bestuursrecht omdat een bestuursorgaan geen autonome wil heeft. Het heeft de taak een algemeen belang te dienen op grond van een wettelijke bevoegdheid tot gezagsuitoefening en heeft geen vrije beschikking over eigen (vermogens)rechten. Maar het ontbreken van de autonomie van de wil aan de kant van de overheid maakt de bevoegdhedenovereenkomst niet krachteloos. Het vertrouwensbeginsel is een grondslag voor haar gebondenheid aan beloftes, of het nu gaat om eenzijdige toezeggingen of overeenkomsten. Scheltema en Scheltema hebben in hun theorie van het 'gemeenschappelijk recht'[5] de visie gegeven dat de bevoegdhedenovereenkomst wordt gereguleerd door een publiekrechtelijk contractenrecht dat weliswaar in veel opzichten lijkt op het civiele contractenrecht, maar toch naar zijn aard iets anders is. Hier is sprake van analoge toepassing van het civiele contractenrecht op een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking.

Het recentere arrest Etam/Zoetermeer uit 2011[6] ging over een overeenkomst waarin de gemeente afspraken had gemaakt over het vaststellen van een bestemmingsplan en het verlenen van bouwvergunningen. De overeenkomst was in zoverre dus een bevoegdhedenovereenkomst. De Hoge Raad overwoog als volgt:

> '(...) voor zover de onderhavige overeenkomst (...) een verplichting voor de gemeente meebrengt om bepaalde publiekrechtelijke bevoegdheden (in dit geval tot het vaststellen van dat bestemmingsplan en het verlenen van bouwvergunningen in dat plangebied) op een bepaalde wijze uit te oefenen, de overeenkomst – in zoverre – het karakter heeft van een zogenoemde bevoegdhedenovereenkomst, zoals ook het onderdeel tot uitgangspunt neemt. Een dergelijke overeenkomst heeft een gemengd (privaatrechtelijk en bestuursrechtelijk) karakter.'

In dit citaat komt tot uitdrukking dat een bevoegdhedenovereenkomst zowel privaatrechtelijk als bestuursrechtelijk van karakter is. Dit lijkt de huidige stand van de rechtsontwikkeling te zijn en komt erop neer dat in de jurisprudentie van de burgerlijke rechter beide karaktereigenschappen van de bevoegdhedenovereenkomst worden erkend: zij is bestuursrechtelijk omdat zij betrekking heeft op de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden, en zij is privaatrechtelijk omdat zij een overeenkomst is.

Deze stand van de rechtsontwikkeling, waarbij aan overeenkomsten die eerder als louter privaatrechtelijk worden gezien nu een gemengd karakter wordt toegekend, roept de vraag op of dit een tussenstap is naar het ontwikkelen van een

---

4 Scheltema & Scheltema 2013; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 242 e.v.; Schlössels & Zijlstra 2017, p. 713 e.v.; Kluin 1994, p. 2 e.v.

5 Scheltema & Scheltema 2013.

6 HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3057, *NJ* 2011/463, m.nt. M.R. Mok; *AB* 2011/298, m.nt. F.J. van Ommeren & G.A. van der Veen (*Etam/Zoetermeer*).

zelfstandig publiek vermogensrecht naast het private vermogensrecht. Dat zelfstandige publieke vermogensrecht zou dan geheel en exclusief tot de rechtsmacht van de bestuursrechter behoren. Wij menen dat dit niet nodig en niet wenselijk is uit oogpunt van rechtsbescherming tegen de overheid. Wij beoordelen de ontwikkeling naar een gemengd stelsel – wij spreken liever van een geïntegreerd stelsel – positief. Voor zover de omstandigheid dat de overheid in het publiek belang handelt aparte vermogensrechtelijke regels vereist, kunnen aanvullende regels worden opgenomen in publiekrechtelijke regelgeving, aanvullend op de vermogensrechtelijke regels (in het BW) en de processuele regels (in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering). Een goed voorbeeld is de regeling van de bestuurlijke geldschulden in de Awb. Een ander voorbeeld is de regeling van de invordering van verbeurde dwangsommen en kosten van bestuursdwang in de Awb. Maar ook de analoge toepassing van het in het burgerlijk recht geregelde schadevergoedingsrecht door de bestuursrechter is een goed voorbeeld. Wij vermoeden dat een zelfstandige publiekrechtelijke regeling er inhoudelijk niet wezenlijk anders uit zou zien dan de gemengde regelingen in deze voorbeelden. Zo zouden regels ter codificatie van de rechtspraak over grondverkoop door de overheid[7] kunnen worden opgenomen in bijvoorbeeld de Omgevingswet, in aanvulling op de regels over de koopovereenkomst in Boek 7 van het BW. Zo kan een systeem van rechtsbescherming ontstaan waarin het privaatrecht en het publiekrecht zoveel mogelijk dezelfde regels kennen en alleen van elkaar verschillen voor zover de aard van de rechtsbetrekking (privaat dan wel publiek) dat nodig maakt. Juist voor de rechtzoekende burger wordt het systeem daardoor transparanter en de rechtsbescherming effectiever.

5.3 De huidige rechtsmachtverdeling

Met het gemengde karakter van de bevoegdhedenovereenkomst is nog geen antwoord gegeven op de vraag welke rechter waarover moet oordelen. Die vraag stond centraal in het genoemde arrest Etam/Zoetermeer.

Voor de bevoegdheid van de bestuursrechter is volgens de huidige rechtsmachtverdeling het publiekrechtelijk karakter van het object van geschil niet doorslaggevend. Want er zijn veel typisch publiekrechtelijke handelingen waarover de burgerlijke rechter oordeelt, zoals alle van bestuursrechtelijk beroep uitgesloten besluiten, met name de algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels. Maar ook de ingevolge de belastingwet genomen besluiten die niet als belastingaanslagen of voor bezwaar vatbare beschikkingen zijn aan te merken.[8] Doorslaggevend voor de bevoegdheid van de bestuursrechter is of de eiser een appellabel besluit bestrijdt (art. 8:1 Awb) of juist wil afdwingen (art. 6:2 Awb).

Met deze simpele sleutel kon in het arrest Etam/Zoetermeer een deur naar de bestuursrechter worden geopend en een andere deur naar de burgerlijke rechter. De deur naar de bestuursrechter staat open voor een eiser die van de overheid vordert dat zij, ter nakoming van de bevoegdhedenovereenkomst, een appellabel

7 HR (Civiele Kamer) 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, *AB* 2022/1, m.nt. F.J. van Ommeren (*Didam*).

8 Art. 8:6 lid 1 Awb jo. art. 26 Algemene wet inzake rijksbelastingen.

besluit neemt, bijvoorbeeld het verlenen van de beloofde vergunning. De toetsing van een appellabel besluit is voorbehouden aan de bestuursrechter (art. 8:1 Awb) en dat geldt ook voor de toetsing van de weigering om een besluit te nemen of het niet tijdig nemen van een besluit (art. 6:2 Awb). Deze bevoegdheid van de bestuursrechter is exclusief en de burgerlijke rechter kan daar niet in treden. Als een bevoegdhedenovereenkomst niet wordt nagekomen door de overheid, kan de burgerlijke rechter geen veroordeling tot nakoming uitspreken. Maar hij kan wel beoordelen of dat aanleiding geeft tot schadevergoeding. Enkele sleuteloverwegingen uit het arrest halen wij hier aan:

> 'Wenst de wederpartij van de gemeente nakoming van de uit een dergelijke overeenkomst voortvloeiende verplichting tot het nemen van het besluit, dan dient zij zich, na eventueel bezwaar, tot de bestuursrechter te wenden (...) als de rechter die bevoegd is ten aanzien van het besluit. Dat geldt zowel in het geval dat het toegezegde besluit niet genomen wordt (vgl. art. 6:2 Awb), als in het geval dat de wederpartij van oordeel is dat het door het bestuursorgaan genomen besluit niet beantwoordt aan de overeenkomst. In beide gevallen kan de wederpartij door eventueel bezwaar en door de gang naar de bestuursrechter, (trachten te) bewerkstelligen dat het besluit waar de overeenkomst haars inziens recht op geeft, alsnog genomen wordt.
>
> Ter zake van een vordering tot schadevergoeding wegens wanprestatie is de burgerlijke rechter evenwel de bevoegde rechter. Dat geldt ook in het zich hier voordoende geval dat de wederpartij schadevergoeding wenst in plaats van nakoming, welke keuze haar vrijstaat. De wederpartij kan weliswaar bij de bestuursrechter vernietiging van een naar aanleiding van de overeenkomst genomen besluit vragen wegens strijd met die overeenkomst, en in geval het beroep bij de bestuursrechter gegrond is, tevens schadevergoeding verzoeken op de voet van art. 8:73 Awb dan wel een schadebesluit van het overheidslichaam uitlokken. Maar deze mogelijkheid brengt niet mee dat de burgerlijke rechter niet langer bevoegd zou zijn kennis te nemen van een vordering tot schadevergoeding wegens wanprestatie. De bestuursrechter toetst immers niet of het overheidslichaam toerekenbaar is tekortgeschoten in de naleving van de verplichting die het bij de overeenkomst op zich genomen heeft, maar of er reden is het besluit te vernietigen wegens strijd met de wet of met algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder (indien de wederpartij beroep op een overeenkomst doet) met name het vertrouwensbeginsel.'

Meer algemeen geformuleerd: de bestuursrechter is exclusief bevoegd voor zover het geschil dat voortvloeit uit een bevoegdhedenovereenkomst betrekking heeft op (het nemen van) een appellabel besluit. Waar deze exclusieve bevoegdheid van de bestuursrechter ophoudt, kunnen geschillen aan de burgerlijke rechter worden voorgelegd. Als een geschil rijst over een bevoegdhedenovereenkomst is dat ook geen bezwaar, want ook een bevoegdhedenovereenkomst is immers mede een rechtshandeling naar burgerlijk recht.

De consequentie daarvan, zo blijkt uit Etam/Zoetermeer, is dat als een publiekrechtelijke rechtspersoon verplichtingen heeft op grond van een bevoegdhedenovereenkomst die het nemen van een appellabel besluit door een bestuursorgaan

van de rechtspersoon vergen, vanuit privaatrechtelijk perspectief de nakomingsactie in twee soorten gevallen exclusief bij de bestuursrechter komt te liggen. Als er een appellabel besluit wordt genomen, staan daartegen exclusief bestuursrechtelijke rechtsmiddelen open (beroep op grond van art. 8:1 Awb, eventueel voorafgegaan door een bezwaarschriftprocedure) en datzelfde geldt als het nemen van een appellabel besluit uitblijft (art. 6:2 aanhef en onder b Awb) of geweigerd wordt door het bevoegde bestuursorgaan (art. 6:2 aanhef en onder a Awb). De wederpartij van het bestuursorgaan moet zich dus tot de bestuursrechter wenden, zowel om het nemen van een besluit af te dwingen als wanneer er een besluit wordt genomen waarvan hij meent dat het geen behoorlijke nakoming van de bevoegdhedenovereenkomst inhoudt en hij nog steeds een besluit wenst dat (naar zijn mening) wel aan die overeenkomst voldoet.

Deze verdeling van rechtsmacht over de bestuursrechter en de burgerlijke rechter brengt mee, dat de bestuursrechter de vraag of er een besluit moet worden genomen beoordeelt op basis van de rechtsregels van de Awb en het bijzondere bestuursrecht. En datzelfde geldt als er een beroep wordt ingesteld tegen een besluit dat is genomen ter uitvoering van een bevoegdhedenovereenkomst. Ook dat wordt beoordeeld aan de hand van de op dat besluit toepasselijke bestuursrechtelijke regels. In dat beoordelingskader komen overeenkomsten hooguit aan de orde als een omstandigheid die deel uitmaakte van de context waarbinnen dat besluit werd genomen, samen met allerlei andere factoren. Als de bijzondere wet daarvoor ruimte biedt, beoordeelt de bestuursrechter of het bestuursorgaan een goede belangenafweging heeft verricht. Daarin komt ook gewicht toe aan het belang dat de contractspartij heeft bij nakoming van de bevoegdhedenovereenkomst. Maar algemene belangen of belangen van derden verzetten zich regelmatig tegen het verplichten van het bestuursorgaan tot het nemen van het overeengekomen besluit. In veel gevallen kunnen immers ook derde-belanghebbenden beroep instellen tegen het genomen besluit. Vaak zijn dat derden met belangen die afwijken van de belangen van degene met wie de overheid de bevoegdhedenovereenkomst heeft gesloten. Of belangen die zelfs tegengesteld zijn.

Bovendien gelden voor het besluit bestuursrechtelijke regels die bij het sluiten van de overeenkomst vaak niet in acht zijn genomen of nog niet aan de orde waren. Er moet bijvoorbeeld een uniforme openbare voorbereidingsprocedure worden doorlopen, er moet een milieueffectrapportage tot stand worden gebracht, of het inwinnen van een deskundigenadvies is noodzakelijk. Deze na het sluiten van de overeenkomst nog te zetten stappen zijn vaak bepalend voor de uitkomst van de besluitvorming. Omdat bij het voorbereiden en nemen van besluiten de bestuursrechtelijke regels van de Awb en de bijzondere wetten in acht genomen moeten worden, zijn de mogelijkheden om daarover van tevoren afspraken te maken in een bevoegdhedenovereenkomst vaak beperkt. Daarin kan een reden zijn gelegen om verbintenissen omtrent de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden niet te formuleren als resultaatsverplichtingen, maar eerder als inspanningsverplichtingen.

Uiteindelijk betrekt de bestuursrechter de omstandigheid dat er een verbintenis uit een bevoegdhedenovereenkomst is ten aanzien van de uitoefening van de bestuursrechtelijke bevoegdheid in kwestie vooral in de beoordeling (van het op grond van de bevoegdheid genomen besluit) door middel van een toets aan het

vertrouwensbeginsel. Dat betekent dat er andere belangen kunnen zijn, bijvoorbeeld belangen of rechten van derden, die aan het nakomen van de toezegging of (verbintenis uit) overeenkomst in de weg staan.[9] De afdwingbaarheid van de verbintenis is daarom in het bestuursrecht minder sterk dan in het privaatrecht, omdat de begunstigde burger zich er slechts indirect, via een beroep op het vertrouwensbeginsel, op kan beroepen.

Uit dit verschil in beoordelingskader volgt tevens dat de bestuursrechter niet beoordeelt of sprake is van deugdelijke nakoming in privaatrechtelijke zin van de overeenkomst door (het bestuursorgaan van) de publiekrechtelijke rechtspersoon die partij is bij de bevoegdhedenovereenkomst. Anders gezegd: of een uiteindelijk genomen besluit, nadat het in rechte is komen vast te staan, te gelden heeft als een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de verbintenis (art. 6:74 BW), is niet aan de bestuursrechter maar aan de burgerlijke rechter. Datzelfde geldt als er uiteindelijk geen besluit wordt genomen. In die strikte zin is de beoordeling of een overeenkomst deugdelijk is nagekomen altijd aan de burgerlijke rechter, ook na Etam/Zoetermeer. Daarom is het naar onze mening niet helemaal zuiver om te spreken van een nakomingsactie bij de bestuursrechter. De bestuursrechter beoordeelt de uitvoeringshandeling van de verbintenis (het besluit) naar bestuursrechtelijke regels. In die zin kan de nakoming van de overeenkomst bij de bestuursrechter aan de orde worden gesteld. Maar de bestuursrechter beoordeelt niet of daarmee sprake is van (deugdelijke) nakoming in de zin van het BW. Dat oordeel blijft voorbehouden aan de burgerlijke rechter.

Wanneer de voorstellen tot uitbreiding van de rechtsmacht van de bestuursrechter in de voorgaande hoofdstukken van dit rapport worden gevolgd, heeft dat als resultaat dat ook de uitvoering van besluitgerelateerde handelingen exclusief bij de bestuursrechter kan worden afgedwongen, als die handelingen nodig zijn om verbintenissen uit een overeenkomst na te komen. Zo is voor het wijzigen van een bestemmingsplan (straks: omgevingsverordening) een voorstel van het college van B&W aan de gemeenteraad nodig. Ook een voorbereidend deskundigenonderzoek, of een controle (bijvoorbeeld een geluidmeting) als onderdeel van de voorbereiding van een beslissing op een handhavingsverzoek, kan dan bij de bestuursrechter worden afgedwongen. Nu kan die handeling niet bij de bestuursrechter worden afgedwongen, in onze voorstellen wel. Dat zien wij als winst, omdat daarvoor een laagdrempelige verzoekschriftprocedure zou moeten komen, terwijl nu alleen een civiele kortgedingprocedure als rechtsgang openstaat. Ook de nakoming van overeenkomsten over het tot stand brengen van algemene regels kan in deze voorstellen bij de bestuursrechter worden afgedwongen.

5.4 Schadevergoeding bij niet-nakoming van een bevoegdhedenovereenkomst

Als vast komt te staan dat een verbintenis tot het nemen van een appellabel besluit niet, of niet behoorlijk, is nagekomen en dat volledige nakoming ook niet meer kan of zal plaatsvinden, blijft voor de begunstigde particulier[10] van de overeenkomst

9 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694 (*Amsterdamse dakopbouw*).
10 De schuldeiser in de civielrechtelijke terminologie.

de mogelijkheid van schadevergoeding over. Dat kan vervangende schadevergoeding zijn of aanvullende schadevergoeding; voor zover te overzien maakt dat voor de vraag bij welke rechter de schadevergoedingsactie kan worden gebracht, geen verschil. Maar daarnaast zou de begunstigde particulier ook ontbinding van de bevoegdheidsovereenkomst kunnen willen vorderen; of hij dat doet, zal waarschijnlijk vooral bepaald worden door de vraag of hij zelf in de overeenkomst verbintenissen op zich heeft genomen die hij niet meer kan of wil nakomen als de overheid haar verplichtingen niet nakomt. Als het een gemengde overeenkomst betreft, kan het daarbij ook gaan om verbintenissen met een zuiver privaatrechtelijk karakter. Het gaat om de situatie waarin de niet-nakoming of niet volledige nakoming door de overheid bestuursrechtelijk rechtmatig is, dat wil zeggen dat er een besluit is genomen waarin de overeenkomst niet (behoorlijk) is nagekomen en dat door de bestuursrechter rechtmatig is geoordeeld. Zolang het nemen van een besluit zoals overeengekomen nog mogelijk is, is er immers nog geen grond voor ontbinding of schadevergoeding, want het nemen van dat besluit kan nog langs bestuursrechtelijke weg worden afgedwongen, door middel van een beroep tegen het weigeren of uitblijven van een besluit[11] of door bestuursrechtelijke rechtsmiddelen in te stellen tegen een genomen besluit dat afwijkt van wat is overeengekomen. Als langs de weg van de werking van het vertrouwensbeginsel een besluit wordt vernietigd dat niet aan de inhoud van de verbintenis uit overeenkomst of de gedane toezegging voldoet, brengt dat mee dat waarschijnlijk alsnog conform de verbintenis of toezegging besloten moet worden, zodat in civielrechtelijke zin alsnog wordt nagekomen (zij het met vertraging, wat op zichzelf tot aansprakelijkheid voor geleden vertragingsschade kan leiden).

Als er eenmaal een besluit is genomen en in rechte is komen vast te staan, maar met een inhoud die niet voldoet aan de bevoegdhedenovereenkomst, dan biedt artikel 8:88 Awb weinig soelaas voor de burger die schadevergoeding wil. Zo'n besluit is immers een rechtmatige daad die geen aanspraak geeft op schadevergoeding onder artikel 8:88 Awb, ook al voldoet het besluit niet aan de bevoegdhedenovereenkomst. In het kader van niet-behoorlijke nakoming van bevoegdhedenovereenkomsten lijkt alleen artikel 8:88 lid 1 onder c Awb van nut, want op grond daarvan kan vertragingsschade worden gevorderd als het beloofde besluit te laat is genomen, maar wel zoals bedongen. Wordt anders beslist, dan biedt het bestuursrecht geen grondslag voor een schadevergoedingsactie.

Dat betekent niet dat er een leemte in de rechtsbescherming is, omdat de wederpartij wel degelijk met succes schadevergoeding kan vorderen bij de burgerlijke rechter uit hoofde van tekortschieten door de overheid in de nakoming van de bevoegdhedenovereenkomst ('wanprestatie'). De formele rechtskracht van het besluit staat daaraan niet in de weg, omdat de grondslag van de schadevergoeding niet is gelegen in onrechtmatige daad.

Wij stellen niet voor om de rechtsmacht over de gevolgen van niet-nakoming exclusief over te hevelen van de burgerlijke rechter naar de bestuursrechter. De beoordeling of sprake is van nakoming in de betekenis van het Burgerlijk Wetboek,

11 Art. 6:2 Awb.

leent zich niet voor beoordeling door de bestuursrechter, ook niet met de uitbreidingen die elders in dit rapport worden voorgesteld. Het toetsingskader van het bestuursrecht is nog niet geschikt om te beoordelen of een overeenkomst deugdelijk is nagekomen (in de betekenis die dat vermogensrechtelijk heeft) en welke rechtsgevolgen daaraan moeten worden verbonden. Een nog meer fundamentele reden is dat wij geen heil zien in het ontwikkelen van een apart publiekrechtelijk vermogensrecht, met een aparte rechter en een aparte rechtsingang ten opzichte van het privaatrechtelijke vermogensrecht. Met het onvermijdelijke gevolg dat er grensconflicten ontstaan waarbij de rechtzoekende burger tussen wal en schip kan belanden. De vergelijking met het fiscale recht maakt dat niet anders. In het fiscale recht lost de uitvoering van bevoegdhedenovereenkomsten zich geheel op in de vaststelling van de fiscale rechtsbetrekking. Daarbij is van belang dat het belastingrecht een gesloten stelsel van rechtsmiddelen en belanghebbenden kent. Dat verklaart waarom de Hoge Raad in het al aangehaalde Abacus-arrest de rechtsmacht over de uitvoering van deze overeenkomsten wel geheel in handen van de belastingrechter kon leggen, in het kader van beoordeling van beroepen tegen de uitvoeringsbeschikkingen. In het algemene bestuursrecht is deze benadering voorshands niet toepasbaar. Het algemene bestuursrecht kent immers een open stelsel van rechtsmiddelen en belanghebbenden, met name ook derde-belanghebbenden met vaak onderling verschillende en tegenstrijdige belangen, en daarnaast is zoals gezegd sprake van gemengde overeenkomsten waarvan de uitvoering slechts gedeeltelijk via bestuursrechtelijk handelen plaatsvindt.

Veeleer achten wij uit oogpunt van responsieve rechtspraak een ontwikkeling in tegenovergestelde richting gewenst: één vermogensrecht met, voor zover nodig, specifieke bepalingen voor verbintenissen met een publiekrechtelijk aspect, zoals aan het slot van paragraaf 5.2 al is besproken, en één rechtsgang voor de rechtzoekende. Illustratief in dit opzicht is de regeling van de bestuurlijke geldschulden in hoofdstuk 4 van de Awb. De regeling van geldschulden in het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is grotendeels van toepassing (gebleven). In de Awb is een vrij summiere regeling opgenomen, voornamelijk erop gericht om rechtsbescherming door de bestuursrechter in plaats van de burgerlijke rechter mogelijk te maken. Even illustratief is dat de, ook summiere, regeling voor schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten in afdeling 8.4 van de Awb voornamelijk uitgaat van analoge toepassing van het burgerlijk recht.

Wel brengt de voorgestelde uitbreiding van de rechtsmacht van de bestuursrechter over algemene regels en besluitgerelateerde handelingen mee dat de nakoming exclusief langs bestuursrechtelijke weg kan worden afgedwongen, zoals hierboven besproken, maar de beoordeling van de privaatrechtelijke gevolgen bij de burgerlijke rechter blijft.

5.5 Schadevergoeding bij het niet-nakomen van toezeggingen

Een toezegging gedaan door een bestuursorgaan over de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid behoort in beginsel te worden nagekomen, op grond van het vertrouwensbeginsel, een verbijzondering van het rechtszekerheidsbeginsel. Wanneer sprake is van een rechtens te honoreren toezegging, laten wij in dit bestek onbesproken. Als de uitgeoefende bevoegdheid binnen de rechtsmacht

van de bestuursrechter valt, kan de particulier aan wie de toezegging is gedaan, die bij de bestuursrechter inroepen via deze algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Nu is die rechtsmacht nog beperkt tot appellabele besluiten, maar wij stellen voor deze rechtsmacht uit te breiden naar een breed scala van besluitgerelateerde handelingen en algemene regels. De beste uitkomst voor een particulier is natuurlijk dat de bestuursrechter het bestuursorgaan verplicht de toezegging alsnog gestand te doen en het door de particulier gewenste besluit te nemen of de door de particulier gewenste handeling te verrichten of na te laten. Maar dat is niet altijd mogelijk. Zwaarwegende publieke belangen (soms mede door gewijzigde omstandigheden) of belangen van derden kunnen aan het nakomen van een toezegging gerechtvaardigd in de weg staan.[12] Ondanks het niet-nakomen van de toezegging handelt het bestuursorgaan niet onrechtmatig in de uitoefening van de bevoegdheid. Voor de particulier rest dan alleen nog compensatie in de vorm van schadevergoeding, aangenomen dat er schade is geleden natuurlijk. Gewoonlijk is dat het geval als de burger in vertrouwen op de toezegging heeft gehandeld of nagelaten.[13] Als de burger heeft gehandeld op basis van informatie die hem door iemand onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan is verstrekt, geldt hetzelfde. In zoverre maakt het noch voor de rechterlijke toetsing aan het vertrouwensbeginsel noch voor de vraag of er schade is geleden verschil of sprake is van een gerichte toezegging of van het verstrekken van informatie.

De grondslag voor het verkrijgen van schadevergoeding bij het niet-nakomen van een toezegging is niet eenduidig. Omdat een toezegging geen (wederkerige) overeenkomst is, is het niet-nakomen van een toezegging geen wanprestatie in de zin van artikel 6:74 BW. Die grondslag voor schadevergoeding valt dus af. De grondslag voor een vordering tot schadevergoeding moet daarom in zo'n geval wel worden gezocht in onrechtmatige daad, ongeacht of die vordering wordt ingesteld bij de burgerlijke rechter dan wel de bestuursrechter. De onrechtmatigheid is dan in principe het niet-naleven van de toezegging, al kan ook het doen van een onjuiste toezegging (bijvoorbeeld door het geven van foute informatie) een onrechtmatige daad opleveren.[14] Maar daarbij doen zich enkele knelpunten voor.

Het is mogelijk dat de toezegging uiteindelijk geen gestand kan worden gedaan vanwege gewijzigde omstandigheden sinds het tijdstip waarop de toezegging gedaan werd, waaronder later opgekomen of gebleken belangen van derde-belanghebbenden. Dat betekent dat de toezegging zelf niet onjuist was op het moment dat die gedaan werd, wat wel zo is als er onjuiste informatie aan een burger is verstrekt namens een bestuursorgaan of als al ten tijde van het doen van de toezegging belangen over het hoofd zijn gezien of verkeerd ingeschat. Als er zwaarwegende belangen aan het honoreren van de toezegging in de weg staan, ligt daarin de rechtvaardiging dat de toezegging geen gestand wordt gedaan, of eigenlijk: niet kan worden gedaan, omdat dan juist onrechtmatig zou worden gehandeld, bijvoorbeeld jegens die derde-belanghebbenden. Als die belangen het gevolg zijn van gewijzigde omstandigheden, is de toezegging zelf noch het niet-nakomen ervan als

12 ABRvS 29 mei 2019 ECLI:NL:RVS:2019:1694 (*Amsterdamse dakopbouw*).
13 ABRvS 22 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1155.
14 HR 2 februari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB7898 (*Staat/Bolsius*).

onrechtmatig aan te merken, zodat uitgaande van aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad er geen onrechtmatige daad is, en dus geen aansprakelijkheid.

Als het niet-nakomen van de toezegging door de bestuursrechter is betrokken bij de beoordeling van het genomen besluit en dat besluit ondanks het schenden van de toezegging toch rechtmatig wordt geoordeeld (bijvoorbeeld vanwege zwaarderwegende publieke belangen of rechten van derden), dan deelt het niet-nakomen van de toezegging in de rechtmatigheid van het besluit. De formele rechtskracht van een besluit omvat immers niet alleen de inhoud, maar ook de wijze van totstandkoming van een besluit. Er is dan geen grondslag voor schadevergoeding wegens onrechtmatige daad.[15] Wellicht is de handeling, het niet-nakomen van een toezegging, op zichzelf niet rechtmatig, maar deze diende ter voorbereiding van een rechtmatig besluit en wordt daarom in de regel geacht te delen in de rechtmatigheid van dat besluit. De invoering van titel 8.4 van de Awb heeft hierin geen verandering gebracht, immers ook als het niet-nakomen van de toezegging op zichzelf als onrechtmatige voorbereidingshandeling wordt gezien, is het nog steeds een handeling ter voorbereiding van een rechtmatig besluit, zodat artikel 8:88 lid 1 onder b Awb geen grondslag biedt voor schadevergoeding.

Eerder heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State langs de weg van evenredigheidstoetsing nadeelcompensatie laten toekennen vanwege het niet-nakomen van toezeggingen.[16] Die weg leek te zijn verlaten, maar is onlangs weer toegepast in de uitspraak van 22 december 2021[17] over de maatregelen na het ongeval in Oss met een Stint, met dien verstande dat de ABRvS nu opdracht geeft tot het toekennen van schadevergoeding, waarschijnlijk omdat het ook in dit geval niet gaat om toepassing van het égalitébeginsel. De grondslag voor de aanspraak op schadevergoeding is in dit geval wel duidelijk, namelijk het evenredigheidsbeginsel zoals neergelegd in artikel 3:4 lid 2 Awb. Een nadeel van deze benadering is dat deze geen soelaas biedt als er geen discretionaire bevoegdheid wordt uitgeoefend; dwingendrechtelijke bevoegdheden zijn op grond van artikel 3:4 lid 1 Awb immers aan toetsing aan het tweede lid van dat artikel onttrokken.

Inmiddels heeft de bestuursrechter, althans de ABRvS,[18] voorzien in de leemte in de rechtsbescherming als het gaat om niet-nagekomen toezeggingen door te bepalen dat als een overigens gerechtvaardigd beroep op het vertrouwensbeginsel niet kan worden gehonoreerd vanwege zwaarderwegende belangen van derden, het bevoegde bestuursorgaan vervolgens wel gehouden is om het niet-nakomen van de toezegging te compenseren door middel van een schadevergoeding. De ABRvS geeft in de bedoelde uitspraak niet precies aan wat de grondslag is voor deze schadevergoeding. In wezen gaat het eerder om nadeelcompensatie dan schadevergoeding, er wordt immers nadeel (het niet gestand kunnen doen van een toezegging) dat voortvloeit uit rechtmatig overheidshandelen (immers, het besluit waarmee dat gebeurt, is rechtmatig) gecompenseerd. Tegelijkertijd lijkt het égalitébeginsel waarmee nadeelcompensatie gewoonlijk wordt ingekleurd, hier weer niet van

15 HR 9 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7774 (*Kuijpers/Valkenswaard*).
16 ABRvS 28 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY4425 (*Camping Noordwijk*).
17 ABRvS 22 december 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2899 (*Stint*).
18 ABRvS 6 mei 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1185 (*Alphense garage*).

toepassing te zijn. Schade die het gevolg is van het niet-nakomen van een toezegging, lijkt althans moeilijk te kwalificeren als schade die uitgaat boven het normaal maatschappelijk risico als bedoeld in artikel 4:126 Awb. In zoverre is de kwalificatie van de te bieden compensatie als schadevergoeding wel juister dan nadeelcompensatie, temeer omdat het in wezen gaat om een financiële vergoeding van schade die het gevolg is van een op zichzelf als onrechtmatig te beschouwen element in een voor het overige rechtmatig geheel van overheidsoptreden. Nu het niet gaat om schadevergoeding wegens wanprestatie, niet om nadeelcompensatie en eigenlijk ook niet om schadevergoeding wegens onrechtmatige daad, is het in wezen een aanspraak sui generis, gebaseerd op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van vertrouwen en evenredigheid. Het voordeel van deze benadering is dat niet meer van belang is of de toezegging destijds gedaan mocht worden en ook niet of het niet nakomen ervan nog als onrechtmatig in de zin van artikel 6:162 BW (al dan niet analoog) heeft te gelden. Het enkele gegeven dat de toezegging niet (meer) kan worden nagekomen, geeft degene aan wie deze gedaan werd, aanspraak op een compenserende vergoeding van (dispositie)schade die is geleden als gevolg van de toezegging of de gegeven informatie.

Dat plaatst de betrokkene niet alleen materieel maar ook processueel in een aanzienlijk betere positie dan als hij zijn schade vergoed wil krijgen via een gang naar de burgerlijke rechter, want dan moet hij immers stellen en bewijzen dat er onrechtmatig jegens hem is gehandeld door een bestuursorgaan. Bovendien kan hij in een procedure bij de burgerlijke rechter de formele rechtskracht van het besluit waarbij de toezegging niet wordt nagekomen (of waarbij in afwijking van gegeven informatie wordt besloten) tegengeworpen krijgen.

Belangrijk is verder dat degene wiens vertrouwen is geschonden, geen zelfstandige schadevergoedingsactie heeft op grond van artikel 8:88 Awb. Immers, een actie op grond van een onrechtmatig besluit (art. 8:88 lid 1 onder a Awb) stuit af op het feit dat het genomen besluit nu juist wel rechtmatig is, en om dezelfde reden gaat ook een actie op basis van een onrechtmatige voorbereidingshandeling van een onrechtmatig besluit (art. 8:88 lid 1 onder b Awb) niet op. Weliswaar was de voorbereidingshandeling (de toezegging of de informatie) mogelijk onrechtmatig, maar het vervolgens genomen besluit niet.

5.6 Voorstel voor een wettelijke regeling

Naar de huidige stand van het recht maakt het dus verschil voor de aanspraak op schadevergoeding of een beding uit een bevoegdhedenovereenkomst of een toezegging niet is nagekomen. Zowel de rechtsmacht als de materiële aanspraak verschillen. Er is dus een opmerkelijk verschil tussen een volledige aanspraak op (vervangende dan wel aanvullende) schadevergoeding bij niet-nakoming van een bevoegdhedenovereenkomst enerzijds en geen aanspraak in geval van niet-nakoming van een toezegging anderzijds. Het is opmerkelijk, omdat het daardoor vooral van de juridische vorm waarin het bestuur zich heeft vastgelegd afhangt of er aanspraak bestaat op een vorm van schadevergoeding, terwijl zeker vanuit het perspectief van de particulier en vanuit de inhoud geredeneerd een op een bestuursorgaan rustende verbintenis uit overeenkomst om op een bepaalde manier gebruik te maken van een bevoegdheid, niet wezenlijk verschilt van een toezegging door een

bestuursorgaan om dat te doen. Vergelijking van bijvoorbeeld de casus van Etam/Zoetermeer[19] met die van de Amsterdamse dakopbouw,[20] wijst er ook niet op dat de vorm een relevant verschil maakte voor de beoordeling door de bestuursrechter in het kader van het vertrouwensbeginsel. Integendeel, de doorslaggevende factor in de Etam-zaak was dat het belang van een goede ruimtelijke ordening en de aanspraak die derde-belanghebbenden hadden op de naleving van die norm, zwaarder woog dan het belang van Etam bij nakoming van de overeenkomst. Dat komt overeen met de zwaarwegende redenen om een toezegging niet na te komen in de derde stap van de toetsing van een bestuurlijke toezegging aan het vertrouwensbeginsel zoals die toets sinds de Amsterdamse dakopbouw-uitspraak wordt uitgevoerd. Dat is niet verrassend. Immers, voor de bestuursrechtelijke afweging wat zwaarder moet wegen – de aan een particulier beloofde toepassing van de bevoegdheid enerzijds of andere c.q. andermans belangen anderzijds – maakt het niet uit of de belofte is gedaan in de vorm van een eenzijdige toezegging of als onderdeel van een wederkerige overeenkomst. Bovendien heeft de burgerlijke rechter inmiddels de benadering van de Amsterdamse dakopbouw-uitspraak overgenomen.[21]

In de literatuur is inmiddels al bepleit om de hierboven besproken in de rechtspraak ontwikkelde mogelijkheid voor schadevergoeding vanwege het niet (kunnen) naleven van een toezegging wettelijk te regelen.[22] Dat kan op verschillende manieren. Gezien de nauwe samenhang met de weging of een beroep op het vertrouwensbeginsel kan worden gehonoreerd en gelet op het geringe verschil met een onrechtmatige handeling ter voorbereiding van een onrechtmatig besluit als bedoeld in artikel 8:88 lid 1 onder b Awb, ligt het voor de hand om titel 8.4 van de Awb hiervoor uit te breiden. Dat zou al heel eenvoudig kunnen door ook onrechtmatige handelingen ter voorbereiding van *rechtmatige* besluiten als schadeoorzaak aan te wijzen in artikel 8:88 lid 1 Awb. Het niet-nakomen van de toezegging wordt in deze benadering aangemerkt als een op zichzelf staande handeling waarvan de (on)rechtmatigheid niet meer afhangt van de rechtmatigheid van het besluit ter voorbereiding waarvan deze handeling heeft plaatsgevonden. Het is dan wel van belang dat de rechter in de uitspraak over dat besluit duidelijk uitspreekt dat de toezegging (of gegeven informatie waarop vertrouwd mocht worden) onrechtmatig was. De werking van de formele rechtskracht van besluiten zou dus enigszins worden beperkt, met name wat betreft een deel van het totstandkomingstraject.

Daarnaast is een wettelijke voorziening nodig om te regelen dat als een toezegging niet kan worden nagekomen vanwege zwaarderwegende belangen, bijvoorbeeld specifieke algemene belangen en de belangen van derden,[23] de in zijn

19 HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3057 (*Etam/Zoetermeer*).
20 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694 (*Amsterdamse dakopbouw*).
21 HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1957.
22 Zie de annotaties van L.M. Koenraad bij ABRvS 6 mei 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1185, *AB* 2020/311 en Rb. Limburg 16 april 2021, ECLI:NL:RBLIMN:2021:3344, *AB* 2021/312 (*Woningsplitsing Kerkrade*).
23 Maar ook kan Unierecht eraan in de weg staan, zie HvJ 14 juli 2022, ECLI:EU:C:2022:556, naar aanleiding van vragen van het CBb 22 december 2020, ECLI:NL:CBB:2020:1034; CRvB 25 mei 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:1156 duidt erop dat ook als er geen derde-belanghebbenden zijn, maatschappelijke belangen aan het nakomen van een toezegging in de weg kunnen staan. Zie ook ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:807.

vertrouwen beschaamde begunstigde van die toezegging aanspraak kan maken op schadevergoeding. Vaak zal immers, zoals hiervoor al geconstateerd, het doen van de toezegging op zichzelf niet onrechtmatig zijn geweest. Idealiter zou het bevoegde bestuursorgaan die schade al moeten vergoeden (of in elk geval de schadevergoeding toezeggen) als onderdeel van het besluit waarin de toezegging terzijde wordt geschoven voor de zwaarderwegende belangen. Een dergelijke verplichting zou in hoofdstuk 3 van de Awb thuishoren en zou moeten gelden bij de uitoefening van elk type bevoegdheid, zowel discretionair als gebonden, en ook voor andere handelingen die wij in hoofdstuk 3 appellabel willen maken. De rechter kan de vraag of er aanspraak bestaat op schadevergoeding dan meenemen in de beoordeling van dat besluit of die handeling.

Als de aanspraak op schadevergoeding pas komt vast te staan door de uitspraak van de rechter, of als er nog getwist wordt over de hoogte van de schadevergoeding, ligt het voor de hand daarover verder te procederen op de manier van een onzelfstandig verzoek om schadevergoeding (art. 8:91 Awb). De rechtmatigheid van het in beroep bestreden besluit (of de in een verzoekschrift bestreden handeling) staat dan immers vast.

Een reden temeer om dit wettelijk te regelen is dat in de huidige jurisprudentie de aanspraak op schadevergoeding steunt op het evenredigheidsbeginsel, zodat deze waarschijnlijk niet van toepassing is als een gebonden bevoegdheid is uitgeoefend in afwijking van een gedane toezegging. De niet-nagekomen toezegging zelf kan overigens wel contra legem zijn geweest, zolang er maar een bevoegdheid is uitgeoefend die ruimte bood voor een afweging van belangen.[24]

Er is verder reden om een voorziening te treffen voor compensatie voor schade door het niet-nakomen van een toezegging, als deze betrekking heeft op de uitvoering door een Nederlands bestuursorgaan van Unierecht. In het arrest van 14 juli 2022[25] heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie naar aanleiding van prejudiciële vragen van het CBb geoordeeld dat op grond van het nationaalrechtelijke vertrouwensbeginsel, (louter) op basis van het nationale recht, schadevergoeding kan worden toegekend als de schade het gevolg is van een onjuiste uitlegging van een duidelijke Unierechtelijke bepaling door een nationale instantie. De kwestie zelf kwam sterk overeen met die in het al aangehaalde arrest Staat/Bolsius, alleen betroffen de onjuiste inlichtingen in dit geval niet het recht op een sociale uitkering maar op Europese betalingsrechten. Of de benadeelde ondernemer met succes bij de burgerlijke rechter schade had kunnen vorderen, valt te betwijfelen. Aan het gestand doen van de gedane toezegging stonden dwingende bepalingen van Unierecht in de weg (dat wordt door het Hof van Justitie bevestigd) en gelet op het eveneens al aangehaalde arrest Kuijpers/Valkenswaard zou de niet-nakoming van de toezegging dus delen in de formele rechtskracht van het besluit waarin de betalingsrechten werden geweigerd.

24 ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:807.

25 HvJ EU 14 juli 2022, ECLI:EU:C:2022:556 (*De Scharrelderij/minister van LNV*).

5.7 Regeling ook van toepassing bij niet-nakomen bevoegdheden-overeenkomst

Nu eenzijdige toezeggingen en verplichtingen uit een bevoegdhedenovereenkomst in het bestuursrecht op dezelfde manier doorwerken via het vertrouwensbeginsel, ligt het voor de hand om in het bestuursrecht de in de vorige paragraaf voorgestelde mogelijkheid om schadevergoeding toe te kennen ook te openen voor zover het vertrouwensbeginsel is geschonden door een bevoegdhedenovereenkomst niet volledig na te komen. De in de jurisprudentie gecreëerde schadevergoedingsmogelijkheid bij het niet naleven van toezeggingen, die wij hiervoor bespraken, zouden wij dus ook willen toepassen als een bevoegdhedenovereenkomst niet kan worden nagekomen door het bestuur. Voor de bestuursrechter is de vorm van de door het bestuur gedane belofte, bevoegdhedenovereenkomst of eenzijdige toezegging, immers niet beslissend voor de beoordeling in het kader van het vertrouwensbeginsel. Daarom ligt het in de rede om dat ook niet beslissend te laten zijn voor het bestaan van de aanspraak op schadevergoeding bij de bestuursrechter. Aan deze extra mogelijkheid om schadevergoeding te verkrijgen bestaat naar onze mening wel behoefte. In het gegeven dat het uiteindelijk genomen besluit door de bestuursrechter rechtmatig is geoordeeld, ligt meteen besloten dat geen schadevergoeding kan worden gevorderd bij de bestuursrechter op grond van onrechtmatige daad; immers, het besluit dat ter uitvoering van de overeenkomst is genomen, moet voor rechtmatig worden gehouden en biedt dus geen grondslag voor schadevergoeding op grond van titel 8.4 Awb.

Zeker als er alleen schade is die is veroorzaakt door het schenden van het vertrouwensbeginsel, is het uit oogpunt van rechtsbescherming wenselijk om die schade ook meteen in de beroepsprocedure te laten vergoeden, zodat geen aparte procedure bij de burgerlijke rechter meer nodig is. Het maakt dan ook niet meer uit of de overheid bij een burger gerechtvaardigde verwachtingen heeft gewekt door middel van een (beding uit een) overeenkomst dan wel een eenzijdige toezegging of onjuiste informatie. Kan het gewekte vertrouwen niet worden gehonoreerd, dan staat bij de bestuursrechter daar steeds meteen een schadevergoedingsactie voor open, voortvloeiend uit het beroep tegen het besluit waardoor de schade ontstaat. En zoals hiervoor al is opgemerkt: er is ook geen zelfstandige discussie over de grondslag van de aansprakelijkheid meer nodig.

5.8 Regeling niet exclusief

Het mag inmiddels duidelijk zijn dat wij voor de vergoeding van schade die voortvloeit uit het niet-nakomen van een bevoegdhedenovereenkomst geen exclusieve bevoegdheid voor de bestuursrechter bepleiten. De vraag of er aanspraak bestaat op schadevergoeding bij niet-nakoming van een bevoegdhedenovereenkomst, is immers nauw verweven met, bijvoorbeeld, een vordering tot ontbinding van de overeenkomst en ook met privaatrechtelijke verweren (van de zijde van de overheid) tegen vorderingen zoals overmacht (art 6:75 BW), wilsgebreken of een beroep op de openbare orde (art. 3:40 BW), die aan nakoming van een verbintenis in de weg kunnen staan. Dat is te meer van belang omdat vaak sprake is van gemengde overeenkomsten: bedingen in een overeenkomst omtrent de uitoefening van

publiekrechtelijke bevoegdheden, kunnen onderdeel zijn van een meer uitgebreide, gemengde overeenkomst die tevens uit verbintenissen met een louter privaatrechtelijke grondslag bestaat.[26] Hiervoor werd al geconstateerd dat de grondslag voor de schadevergoeding als compensatie voor het niet-honoreren van vertrouwen is gelegen in het schenden van dat beginsel van behoorlijk bestuur in combinatie met het evenredigheidsbeginsel (een grondslag sui generis). Dat is een wezenlijk andere grondslag dan het niet-nakomen van contractuele verplichtingen in de zin van artikel 6:74BW. Het doortrekken van de mogelijkheid om schadevergoeding langs bestuursrechtelijke weg te verkrijgen in geval van schending van het vertrouwensbeginsel, ook bij rechtmatige besluiten, zoals wij bepleiten, biedt dan ook niet altijd voldoende soelaas als het gaat om een bevoegdhedenovereenkomst ten opzichte van een eenzijdige toezegging. Dat is wel het geval als de schade beperkt is tot schade die door de schending van het vertrouwensbeginsel is veroorzaakt, maar niet als het niet nemen van het beloofde besluit, of het niet verrichten van de overeengekomen feitelijke handeling, gevolgen heeft die ook andere verbintenissen uit de overeenkomst raken.

Als de bestuursrechter exclusief rechtsmacht zou verkrijgen over het publiekrechtelijke gedeelte van de overeenkomst, het deel dat op de uitoefening van bestuurlijke bevoegdheden ziet, zou de rechtsbescherming over zo'n gemengde overeenkomst dan ook onvermijdelijk moeten worden geknipt en worden verdeeld over de burgerlijke rechter en de bestuursrechter. Dat kan een keuze zijn van de rechtzoekende particulier, maar die moet ook de mogelijkheid houden het hele geschil bij één rechter aan te brengen. Binnen het Nederlandse stelsel van rechtsmachtverdeling kan dat alleen de burgerlijke rechter zijn.

Dat betekent in ieder geval dat ook als de schadevergoedingsactie vanwege het niet honoreren van de met de bevoegdhedenovereenkomst gewekte verwachtingen exclusief bij de bestuursrechter zou worden ondergebracht, deze niet verder zou kunnen strekken dan de schade die het toerekenbaar gevolg is van het gerechtvaardigd (vanwege zwaarderwegende belangen) schenden van het vertrouwensbeginsel. Voor vergoeding van overige schade die voortvloeit uit het niet nakomen van de overeenkomst en voor andere daaruit voortvloeiende vorderingen, zou de burgerlijke rechter aanvullend rechtsbescherming blijven bieden. In zoverre blijven geschillen voortvloeiend uit het niet-nakomen van bevoegdhedenovereenkomsten dus onder de rechtsmacht van de burgerlijke rechter vallen, ook als de rechtsmacht van de bestuursrechter verruimd wordt. Dat betekent dat de bevoegdheid van de bestuursrechter, zoals voorgesteld, hoe dan ook niet het gehele contractuele geschil kan bestrijken, zodat aanvullende rechtsbescherming via de burgerlijke rechter nodig zal blijven. Die complicatie lijkt niet zo bezwaarlijk dat daarom de schadevergoedingsactie niet aan de bestuursrechtelijke beoordeling van de ter uitvoering van de overeenkomst genomen besluiten (voor zover appellabel) gekoppeld zou moeten worden. De toetsing aan het vertrouwensbeginsel van een appellabel besluit en een daaruit voortvloeiende schadevergoeding door de bestuursrechter laten zich goed onderscheiden van een vordering met betrekking tot de nakoming

26 Bijv. Rb. Den Haag 7 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:14070; Rb. Gelderland 12 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1971.

van andere verbintenissen dan die omtrent de uitoefening van een bevoegdheid tot het nemen van een appellabel besluit of een vordering tot ontbinding van een overeenkomst (of bijvoorbeeld vernietiging wegens een wilsgebrek) door de burgerlijke rechter.

Het is evenmin de bedoeling om een exclusieve weg voor te schrijven om schadevergoeding te verkrijgen vanwege het niet nakomen van een toezegging. Toezeggingen kunnen zich voordoen in allerlei gedaanten en de context kan sterk variëren. Als de toezegging zag op de uitoefening van een specifieke bestuursbevoegdheid in één enkel geval, is het wenselijk dat de burger de schade die het gevolg is van niet-nakoming meteen vergoed kan krijgen in het kader van de procedure over de uitoefening van de bevoegdheid zelf. Maar evengoed kan de toezegging zijn gedaan in het kader van een complex van rechtsbetrekkingen tussen een burger en de overheid. Dan heeft de burger mogelijk meer baat bij een zelfstandige procedure om zijn schade vergoed te krijgen, omdat die schade meer omvat dan alleen de directe gevolgen van de niet-nakoming. Daarom is ons voorstel een aanvullende weg om schadevergoeding te krijgen, die de bestaande bevoegdheden van de bestuursrechter en de burgerlijke rechter onverlet laat, waarbij eraan herinnerd wordt dat in het vorige hoofdstuk (4) is bepleit de gedeelde rechtsmacht van voor 1 juli 2013 in ere te herstellen.

Dat alles maakt dat degene die schadevergoeding wil vorderen wegens het niet gestand doen van een toezegging of het niet nemen van een besluit zoals bedongen in een bevoegdhedenovereenkomst, met als gezamenlijke noemer schending van het vertrouwensbeginsel, de keus moet krijgen om zijn vordering aan te brengen bij de bestuursrechter of de burgerlijke rechter. Afhankelijk van de precieze situatie zal immers soms het één het meest praktisch zijn, soms het ander. Hoe complexer het geschil, des te meer reden zal er zijn om de nakomingskwestie in zijn geheel aan de burgerlijke rechter voor te leggen. Maar als de schade 'louter' bestaat uit schade als gevolg van de schending van het vertrouwensbeginsel, is een voorziening bij de bestuursrechter als vervolg op de procedure over het besluit wenselijk. Daarom bepleiten wij dus een model van gedeelde rechtsmacht tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter.

5.9 Conclusie

Bevoegdhedenovereenkomsten hebben een gemengd publiekrechtelijk en privaatrechtelijk karakter. Wij stellen daaraan geen veranderingen voor, omdat wij, in plaats van een ontwikkeling van een zelfstandig publiek overeenkomstenrecht, juist een integratie van bestuurs(proces)recht en privaatrecht wenselijk achten uit oogpunt van effectieve en responsieve rechtsbescherming.

Daarom stellen wij ook geen wijzigingen voor ten aanzien van de rechtsmachtverdeling over bevoegdhedenovereenkomsten zelf. Dat betekent dat de bestuursrechter bevoegd blijft te oordelen over (het nemen van) besluiten ter uitvoering van deze overeenkomsten, ook als daartoe algemene regels moeten worden vastgesteld (zie hoofdstuk 2 van dit rapport). Daarnaast wordt de bestuursrechter bevoegd over feitelijke handelingen die onder de rechtsmacht van de bestuursrechter worden gebracht (zie hoofdstuk 3 van dit rapport) als die strekken ter uitvoering van een bevoegdhedenovereenkomst. Dat laatste zal naar onze verwachting

de afdwingbaarheid van de uitvoering verbeteren, omdat de rechtsgang bij de bestuursrechter laagdrempeliger is dan die bij de burgerlijke rechter.

De vraag of een overeenkomst al dan niet deugdelijk is nagekomen in de zin van artikel 6:74 BW, blijft ter beoordeling aan de burgerlijke rechter. De bestuursrechter betrekt een bevoegdhedenovereenkomst immers bij de beoordeling door middel van toetsing aan het vertrouwensbeginsel. Een belangrijk element van die toetsing is dat zwaarwegende maatschappelijke belangen en/of belangen van derden eraan in de weg kunnen staan dat een verbintenis uit een bevoegdhedenovereenkomst (geheel) wordt nagekomen. Een vordering tot schadevergoeding gebaseerd op het niet deugdelijk nakomen van zo'n verbintenis valt buiten de bevoegdheid van de bestuursrechter. Daarover oordeelt de burgerlijke rechter. Die kan ook oordelen over een vordering uit onrechtmatige daad die erin bestaat dat verkeerde informatie is verstrekt door de overheid, of dat een onrechtmatige toezegging is gedaan. Vanuit de connexiteitsgedachte (zie het vorige hoofdstuk) stellen wij voor om tevens wettelijk (in de Awb) te regelen dat als de bestuursrechter het rechtmatig acht, vanwege zwaarderwegende belangen, dat op grond van informatie, een toezegging of bevoegdhedenovereenkomst gerechtvaardigde verwachtingen geen gestand worden gedaan, de schending van het vertrouwensbeginsel moet worden gecompenseerd door toekenning van schadevergoeding. Dat is een codificatie van inmiddels bestendige jurisprudentie. Die codificatie kan plaatsvinden door aanpassing van artikel 8:88 Awb, door een aparte voorziening op te nemen in het kader van het evenredigheidsbeginsel (hoofdstuk 3 van de Awb), of beide. Ook voor deze bestuursrechtelijke voorziening om schadevergoeding te verkrijgen geldt dat deze niet exclusief is. De benadeelde particulier behoudt de mogelijkheid schadevergoeding te vorderen bij de burgerlijke rechter uit hoofde van onrechtmatige daad of wanprestatie.

6 Rechtsbescherming en digitalisering van bestuursrecht

6.1 Inleiding

Het bestuur zet in grote mate digitale technologie in om zijn taken uit te kunnen voeren. 'Digitalisering zit in het hart van de primaire en secundaire processen.'[1] Dat is niet verbazingwekkend, aangezien digitalisering zich breed in de samenleving voltrekt[2] en bijdraagt aan kostenbesparing, snellere en betere serviceverlening aan burgers en bedrijven.[3] Anderzijds brengt deze ontwikkeling voor het bestuursrecht ook een hoop uitdagingen met zich mee. In dit hoofdstuk zetten we de vraag centraal of de digitalisering van de uitvoering een andere toegang tot de bestuursrechter verlangt en of de uitspraakbevoegdheden van de bestuursrechter toereikend zijn. Deze analyse bouwt voort op de hoofdstukken over rechtsbescherming tegen feitelijk handelen en tegen regels. De analyse verdiept de daar gesignaleerde problematiek, met de digitalisering als specifieke invalshoek. In paragraaf 6.2 benoemen we kort de relevante ontwikkelingen op het gebied van digitalisering, in het bijzonder het toenemende gebruik van algoritmes en grootschalige gegevensverwerking. Paragraaf 6.3 benoemt de knelpunten in de toegang tot de rechtsbescherming. Paragraaf 6.4 stipt complicaties aan bij de rechtmatigheidsbeoordeling van gedigitaliseerde uitvoering en paragraaf 6.5 doet dat voor de uitspraakbevoegdheden. Deze paragrafen geven na een knelpuntenanalyse een richting voor oplossingen, die in paragraaf 6.6 wordt samengevat.

6.2 Digitalisering van de uitvoering

Algoritmische besluitvorming

Vrijwel elk besluitvormingstraject wordt ondersteund door digitale technologie. Aanvragers vullen bijvoorbeeld via een applicatie alle benodigde gegevens in, gegevens worden opgeslagen in het bestuur ter beschikking staande gegevensdragers en software zet die gegevens klaar om een besluit te kunnen nemen. Die software maakt gebruik van algoritmes. Een algoritme is een formule die variabelen met elkaar verbindt en tot een uitkomst leidt. In steeds meer uitvoeringstrajecten maakt het bestuur gebruik van algoritmes.

1 ABDTopConsult 2020, p. 51.
2 Vgl. Van Heukelom-Verhage 2020, p. 187 e.v.
3 Raad van State 2021, p. 44.

Besluiten worden in verschillende mate door algoritmes bepaald.[4] Er zijn uitvoeringstrajecten waarin het algoritme de inhoud van het besluit bepaalt zonder menselijke tussenkomst. Voorbeelden daarvan zijn te vinden in de sociale zekerheid en bij boeteoplegginge n. Het algoritme haalt informatie op uit databestanden. Als alle informatie verzameld is, kan het algoritme aan de hand van een aantal opdrachten uitvoering geven aan het wettelijke kader en automatisch een besluit nemen. Er zijn ook gevallen waarin het algoritme 'adviseert' en de mens uiteindelijk wel zelf het besluit neemt. Daarbinnen zijn verschillende gradaties. Het kan zo zijn dat een algoritme alle data verzamelt, maar het besluit door een ambtenaar wordt genomen. Het kan ook zo zijn dat een algoritme automatisch informatie levert over een bepaald aspect van het besluit of bepaalde verbanden voor dat besluit beschrijft. Zo krijgt bijvoorbeeld de arbeidsdeskundige bij het UWV een algoritmische analyse van passende functies in het CBBS, die hij zelf moet controleren en zo nodig bewerken, voordat de uiteindelijke arbeidsongeschiktheidsuitkering kan worden vastgesteld.[5]

In de juridische literatuur over digitalisering wordt doorgaans een onderscheid gemaakt tussen rule-based en case-based algoritmes. Rule-based algoritmes hebben een 'als x, dan y'-structuur. Deze algoritmes variëren van eenvoudige algoritmes met één regel, tot meer complexe algoritmes die verschillende regels combineren. De werking van dit algoritme is goed voorspelbaar en uitlegbaar, aangezien het op basis van bepaalde ingevoerde gegevens altijd dezelfde uitkomst zal geven. Een case-based algoritme werkt op een andere manier en herkent zelf correlaties in een dataset. Op basis daarvan construeert dit zelflerende algoritme een model dat wordt toegepast op de invoergegevens. De uitkomst is daarom voor mensen lastiger navolgbaar en te begrijpen.[6] De rule-based algoritmes hebben veel gemeen met de wijze waarop juridische regels zijn opgebouwd: je hebt van tevoren geformuleerde variabelen, waarvan een uitkomst afhankelijk is (onder voorwaarde a, b en c krijg je subsidie d). Juridische normen lijken daardoor iets gemakkelijker toe te passen op rule-based algoritmes en eenvoudiger te beoordelen door de rechter, al blijven ook dan zorgen bestaan omtrent transparantie en begrijpelijkheid van de besluitvorming.[7] Het case-based algoritme gaat zelf op zoek naar patronen in data, waarbij het lastiger vast te stellen is waarom bepaalde casus binnen dan wel buiten de geclusterde zaken vallen.

Ongetwijfeld zullen in de toekomst nieuwe vormen van technologische ondersteuning worden ontwikkeld, waarvan het bestuur gebruik gaat maken bij het nemen van beslissingen. Om de tekst een zekere concreetheid mee te geven spreken we hieronder van het algoritme. Voorstelbaar is dat bij nieuwe technologische toepassingen gelijksoortige vragen naar rechtsbescherming ontstaan.

---

4 Zie voor een uitgebreid overzicht Raad van State 2021, p. 52-54.
5 Zie Van Amerongen & Schuurmans 2019.
6 Zie Raad van State 2021, p. 45 e.v.
7 De Poorter & Goossens 2019, p. 3311.

Delen en verwerken van gegevens

Geautomatiseerde besluitvorming kan niet zonder massale gegevensverwerking. Gegevens vormen de brandstof waarop algoritmes draaien. Het verzamelen van data is altijd al gedaan door de overheid, maar de hoeveelheid is tegenwoordig revolutionair. In dat kader wordt in de literatuur wel benoemd dat de opslag, verwerking en uitwisseling van data de nieuwe wijze van machtsuitoefening vormen.[8] Dat is in tegenstelling tot het uitgangspunt van de Awb, waar het nemen van het besluit als het voornaamste moment van machtsuitoefening wordt gezien.

Het delen van gegevens hoeft niet beperkt te blijven tot de muren – of de server – van het betreffende bestuursorgaan. In de praktijk komt het delen van gegevens tussen publieke, maar soms ook private organisaties, veelvuldig voor. Dat heeft geleid tot een zeer gecompliceerd netwerk van uitvoerende organisaties waarin gegevens worden uitgewisseld.[9] Zo hebben ook toezichthouders vaak onderling een samenwerkingsconvenant waarin zij het delen van gegevens uitwerken,[10] of wordt onder regie van de minister een private stichting opgericht, die databestanden aan elkaar koppelt teneinde algoritmische risicoanalyses te laten plaatsvinden, zoals de Stichting Inlichtingenbureau deed voor de SyRI-wetgeving. Die toegenomen connectiviteit vergroot het belang van de kwaliteit van de data.

Regelmatig worden besluiten in 'de keten' genomen, waarbij het resultaat van het (de) ene besluit(component) wordt doorgegeven aan een ander bestuursorgaan, om dat als invoerwaarde voor een volgend besluit te gebruiken. Zo ontstaat geautomatiseerde ketenbesluitvorming, een fenomeen dat door Van Eck bestuursrechtelijk op de kaart is gezet. Problematisch is het als foutieve informatie al is doorgegeven aan het volgende bestuursorgaan, nog voordat de fout is opgemerkt. Een onjuist gegeven kan zo tot een trits van onjuiste besluiten leiden, waarbij de burger er maar lastig vat op krijgt wat de bron van het misverstand is.[11]

6.3 Toegang tot de rechter bij gedigitaliseerde uitvoering

Vele schakels in de geautomatiseerde uitvoering vormen feitelijke handelingen die tot een belangaantasting kunnen leiden al ver voordat een besluit (ooit) gaat worden genomen. Tegen die feitelijke handelingen is momenteel geen beroep bij de bestuursrechter mogelijk. Dat leidt tot verschillende complicaties bij de toegang tot de rechter, zo identificeert ook het ongevraagde advies over digitalisering van de Raad van State.[12] Deze problematiek raakt aan hoofdstuk 3, waarbij de vraag centraal staat of en wanneer belanghebbenden bij de bestuursrechter tegen feitelijk handelen op moeten kunnen komen. Dit hoofdstuk bouwt daarop voort en voegt enkele elementen toe. Zo speelt specifiek bij gedigitaliseerde uitvoering de onbekendheid van burgers met de algoritmische uitvoering en

8 Çapkurt & Schuurmans 2019.
9 ABDTopConsult 2020, p. 63 e.v.
10 Zwenne, Steenbruggen & Reker 2016, p. 32.
11 Deze problematiek is uitgebreid onderzocht door Van Eck, zie Van Eck 2018.
12 Zie Raad van State 2021, p. 56 e.v.

gegevensverwerking een rol, de tijdigheid van een rechtsmiddel en de verhouding van verzoekschriftprocedures tot de informatierechten op grond van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG).

6.3.1 Rechtsmiddel tegen gegevensverwerking

Door de veelvuldige gegevensdeling tussen overheidsorganen kunnen fouten in die gegevens zich gemakkelijk verspreiden. Burgers moeten dan tegen verschillende besluiten rechtsmiddelen aanwenden, terwijl het probleem eigenlijk gelijksoortig en feitelijk van aard is. De burger kan het feitelijke probleem niet bij de wortel aanpakken en niet op een moment dat de schade nog kan worden beperkt.[13] Dat probleem blijkt ook uit een van de casestudy's van Van Eck. Bij het vaststellen van inkomensgegevens voor bepaalde belastingen blijkt bijvoorbeeld dat soms gegevens al gedeeld zijn voordat er überhaupt een besluit is genomen.[14] De uitkomst van een aanslag van een burger wordt dan al verwerkt als relevante informatie in de rest van de besluitvorming, terwijl er nog geen officieel besluit is genomen of bekendgemaakt aan die burger. Er is dus al wel doorwerking, maar nog geen besluit. Rechtsbescherming tegen het uiteindelijke besluit komt vaak te laat, omdat onjuiste gegevens al lang en breed zijn gedeeld, of omdat discriminatie door geprofileerd onderzoek al langdurig heeft plaatsgevonden. Wachten met je beroep totdat een besluit is genomen, vormt dus een weinig effectief en schadebeperkend rechtsmiddel als de kern van je bezwaar op de gegevensverwerking ziet. Dat inzicht wordt vrij breed gedeeld. De voorstellen in de literatuur variëren van een beroep tegen feitelijke handelingen,[15] een vervanging van het besluitbegrip door de bestuurlijke rechtsbetrekking,[16] of een meer algemeen pleidooi om de competentie van de bestuursrechter te vergroten.[17] Met verwijzing naar de argumentatie in hoofdstuk 3 zien wij een verzoekschriftprocedure als de meest gerede rechtsgang.

AVG-informatierechten

Een burger kan weliswaar niet op basis van de Awb een rechtsmiddel instellen tegen een feitelijke handeling, maar de AVG geeft hem wel mogelijkheden om tegen gegevensverwerkingen op te komen. Een burger kan op grond van artikel 15 AVG een inzageverzoek indienen om te weten te komen of en welke gegevens over hem met welk doeleinde zijn verwerkt. Zijn de gegevens niet door het betreffende bestuursorgaan verzameld, dan moet het hem informeren over de bron van de informatie. Ook moet betrokkene op verzoek informatie ontvangen over het bestaan van geautomatiseerde besluitvorming, met inbegrip van profilering, en de onderliggende logica, zo specificeert artikel 15 lid 1 sub h AVG. Andere belangrijke informatierechten betreffen het recht op rectificatie van een onjuist geregistreerd persoonsgegeven (art. 16 AVG), het recht op verwijdering (art. 17 AVG) en het recht op beperking van de verwerking (art. 18 AVG), bijvoorbeeld zolang de juistheid van

13 Vgl. Raad van State 2021, p. 44.
14 Zie voor deze conclusie Van Eck 2018, p. 383 en meer uitgebreid hoofdstuk 8 van het onderzoek.
15 Çapkurt & Schuurmans 2019.
16 Zie voor een uitgebreid overzicht van deze oplossingen Van Eck 2018, p. 427-436.
17 Raad van State 2021, p. 82.

het persoonsgegeven wordt betwist. Een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan op een verzoek als bedoeld in de artikelen 15 tot en met 22 van de AVG vormt een besluit in de zin van de Awb, zo meldt artikel 34 UAVG. Zodoende staat rechtsbescherming open tegen de besluiten die het bestuursorgaan op informatieverzoeken heeft genomen. Ook kan betrokkene een verzoek tot schadevergoeding indienen in het geval zijn persoonsgegevens onrechtmatig zijn verwerkt.[18]

Lossen deze AVG-informatierechten bovenstaande problematiek dan niet gewoon op? Dat is complex, zo analyseert Çapkurt.[19] Lang is er nauwelijks geprocedeerd over de AVG (of diens voorloper de Wbp). Regelmatig komt het voor dat een belanghebbende per brief geïnformeerd wordt over een gegevensverwerking. Betrokkene richt dan direct rechtsmiddelen tegen die brief, stellende dat de gegevensverwerking onrechtmatig is. Dat kan niet, want de informerende brief is een feitelijke handeling.[20] Betrokkene moet éérst een van zijn AVG-informatierechten aanwenden en de beslissing die hij daarop krijgt is pas een Awb-besluit. Daarbij is ook relevant welk informatierecht hij uitoefent. Een inzageverzoek biedt hem duidelijkheid over de verwerkte gegevens; het is geen rechtsmiddel om vervolgens de rechtmatigheid van de gegevensverwerking te bestrijden.[21] Dat inzageverzoek opent dus geen inhoudelijk debat. Het verwijderingsverzoek kan een bestuursorgaan effectief afdoen door gegevens te verwijderen. Vervolgens is het de vraag of een betrokkene nog een procesbelang heeft om het inwilligende besluit op zijn verwijderingsverzoek aan een bestuursrechter voor te leggen. En hoe staat het dan met zijn recht de verwerking te doen beperken? Dat verzoek kan opzij worden gezet als gewichtige redenen van algemeen belang voor een lidstaat dat verlangen. Het belang van snelle uitvoering en gegevensdeling kan dus belemmeren dat een burger eerst de gelegenheid krijgt om de juistheid van de registratie van het persoonsgegeven vast te doen stellen. Het recht op schadevergoeding geeft enige compensatie voor de belangaantasting, maar is vooral een sanctie achteraf, die beperkt effectief is door de vaak abstracte schade die ontstaat door het verlies van controle over persoonsgegevens.[22]

De lastige verhouding tussen AVG en Awb is te groot en complex om hier te behandelen. Volstaan wordt met de constatering dat het inroepen van een AVG-informatierecht vaak een omweg is om de rechtmatigheid van een gegevensverwerking aan de kaak te stellen en soms zelfs een doodlopende weg, omdat het bestuursorgaan en de rechter niet aan het inhoudelijke debat toekomen of de gegevensverwerking rechtmatig is. Artikel 34 UAVG construeert dat de reactie van een bestuursorgaan op een informatieverzoek gebaseerd op de artikelen 15 tot en met 22 AVG een besluit is. Dat is een 'strategisch besluitbegrip' in de wet, teneinde bestuursrechtelijke rechtsbescherming mogelijk te maken. Het is voor discussie

18 Zie nader Walree 2021, m.n. par. 6.4.

19 Deze analyse, inclusief bronnen, is gebaseerd op hoofdstuk 4 (Rechtsbescherming via het verwerkingsverantwoordelijke bestuursorgaan) van de te verschijnen dissertatie van F. Çapkurt over de doorwerking van het gegevensbeschermingsrecht in het bestuursrecht.

20 ABRvS 26 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1114, AB 2016/257, m.nt. L.J.A. Damen.

21 Bijv. ABRvS 6 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1877 (X/SVB).

22 Zie Walree 2021, p. 158-161, die spreekt over 'rationele apathie', omdat de toegekende bedragen aan immateriële schadevergoeding zo tussen de 250 en 1000 euro liggen.

vatbaar of de reactie op het informatieverzoek werkelijk uitoefening van openbaar gezag betreft. Burgers kunnen exact dezelfde informatierechten ten opzichte van private gegevensverwerkers inroepen en de afhandeling van die verzoeken kan bij de civiele rechter worden bestreden. Informatieverwerking en de afhandeling van informatieverzoeken vormen dus geen exclusieve publieke taak. Het strategisch besluitbegrip in artikel 34 UAVG was nodig om bestuursrechtelijke rechtsbescherming te openen, maar bij invoering van een verzoekschriftprocedure gericht tegen feitelijk handelen ligt laatstgenoemde rechtsweg meer voor de hand. Gegevensverwerking is een feitelijke handeling. De verzoekschriftprocedure is effectiever omdat belanghebbenden direct kunnen verzoeken wat ze willen bereiken en niet precies op zoek hoeven naar het bijpassende informatierecht. Ook gaat de verzoekschriftprocedure sneller, omdat de bezwaarfase niet hoeft te worden doorlopen. Deze snelheid komt de effectiviteit van het rechtsmiddel ten goede, omdat de onrechtmatige gegevensverwerking eerder kan worden gestopt.

Wij stellen voor om, in lijn met hoofdstuk 3, niet langer met strategische besluitbegrippen de bestuursrechtelijke rechtsbescherming te vergroten, maar principieel een eerste stap te zetten naar een andersoortige benadering, waarin uiteindelijk feitelijk handelen binnen een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking aan de bestuursrechter kan worden voorgelegd. In ons groeimodel beperken we in hoofdstuk 3 de eerste stap tot feitelijk handelen dat in relatie staat tot een appellabel besluit. Daarbij maakten we de kanttekening dat het bij voorbereidend feitelijk handelen onzeker kan zijn of daadwerkelijk een besluit zal volgen. We bepleitten een soepel criterium, waarbij aannemelijk is dat een besluit *kan* volgen. Voor gegevensverwerkingen zou dat ertoe leiden dat de rechtmatigheid van alle persoonsgegevensverwerkingen op basis van een bestuursrechtelijke bevoegdheid of publieke taak[23] in beginsel via een verzoekschrift aan de bestuursrechter kan worden voorgelegd. In hoofdstuk 3 presenteerden we het procesbelang als een belangrijk criterium dat overmatig beroep op de rechter moet doen voorkomen. Maakt het bestuursorgaan aannemelijk dat deze verwerking van persoonsgegevens enkel leidt tot een eenmalig besluit en effectieve rechtsbescherming tegen dat besluit voldoet, dan is het verzoek niet-ontvankelijk. Dat procesbelang zal wel snel aanwezig zijn bij ketenbesluitvorming en doorgifte van persoonsgegevens.

Verlengen termijn formele rechtskracht

Ook als de rechtsbescherming tegen gegevensverwerking wordt versneld en versterkt, zal de situatie zich blijven voordoen dat burgers niet altijd tijdig doorhebben dat besluiten op onjuiste gegevens berusten. Een van de voorstellen uit het proefschrift van Van Eck ziet op de formele rechtskracht.[24] Het kan namelijk zo zijn dat nadelige gevolgen van een besluit pas later in de keten van dataverwerking duidelijk worden. Een belanghebbende loopt dan tegen de formele rechtskracht van eerdere besluiten aan. Een oplossing hiervoor zou kunnen zijn om de termijn voordat formele rechtskracht ontstaat te verlengen tot zes maanden of een jaar. Een andere oplossing is om gemakkelijker een uitzondering op het leerstuk te aanvaarden, in

23 Dat zijn de verwerkingsgrondslagen in art. 6 lid 1 sub c en e AVG.

24 Van Eck 2018, p. 427-436.

het geval de onjuistheid van de gegevensverwerking de rechtzoekende pas later is gebleken. Dit geeft de burger meer ruimte en mogelijkheden om informatie die hij pas later te weten is gekomen, nog aan de orde te stellen in een rechterlijke procedure.

6.3.2 *Notificatieplicht als voorwaarde voor effectieve rechtsbescherming*

Een rechtsmiddel tegen feitelijke handelingen lost nog niet het hele probleem op. Vaak wordt een burger niet op de hoogte gebracht van het feit dat er sprake is van een gegevensverwerking of geautomatiseerde besluitvorming. Verwerkt het bestuursorgaan een persoonsgegeven, dan is het op grond van de artikelen 13 en 14 AVG als hoofdregel gehouden om de betrokkene te informeren over die verwerking. Vergt de informatieplicht onevenredig veel inspanning van het bestuursorgaan of komt daardoor het doel van de verwerking (zoals fraudedetectie) ernstig in het gedrang, dan kan dat het bestuur van zijn informatieplicht ontslaan.[25] Er is nagenoeg geen nationale rechtspraak waarin het bestuursorgaan aan die informatieplicht wordt gehouden of hem kritisch de maat wordt genomen omtrent de toepassing van de uitzonderingsgrond. Dat is ook bijna onmogelijk als je eenvoudigweg niet weet dát gegevens worden verwerkt. Dat zal vaak pas blijken als je het besluit ontvangt en dan gaat het debat bij de bestuursrechter primair over de vraag of je wel of geen recht hebt op een bepaalde voorziening. Dát is dan het voorwerp van geschil.[26] Blijft het beroep beperkt tot besluiten, dan dreigen de informatierechten uit de AVG een tandeloze tijger te blijven. Een rechtsmiddel tegen gegevensverwerkingen is alleen effectief als de informatieplicht daadwerkelijk wordt nageleefd – en dat door de rechter wordt afgedwongen.

Een notificatieplicht bestaat dus al gedeeltelijk op basis van de AVG en het achterliggende transparantiebeginsel, maar komt in de uitvoeringspraktijk weinig uit de verf. Ook in de bestuursrechtelijke jurisprudentie wordt weinig nadruk gelegd op de juridische basis van de notificatieplicht. Wel hebben de bestuursrechtelijke colleges het motiveringsbeginsel en het beginsel van *equality of arms* aangegrepen teneinde het bestuursorgaan te verplichten informatie te geven over geautomatiseerde (deel)besluitvorming. Zo heeft de Afdeling in het kader van de PAS geoordeeld dat de maatwerkinvoergegevens door het bestuursorgaan moeten worden verstrekt en de standaardinvoergegevens op verzoek.[27] Andere hoge bestuursrechters zoals de CRvB en de Hoge Raad hebben zich daarbij aangesloten.[28] Wat ons betreft wordt de notificatieplicht sterker in rechtsbeginselen en wettelijke grondslagen verankerd.[29]

---

25 Art. 14 lid 5 AVG.

26 De onrechtmatigheid van de gegevensverwerking wordt alleen zelfstandig gesanctioneerd door vernietiging van het besluit indien het gebruik 'zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelend overheid mag worden verwacht', zodat het tot uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs leidt, zie HR 10 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1748.

27 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259.

28 HR 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1316; CRvB 15 mei 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:1737.

29 Vgl. Çapkurt & Schuurmans 2021, p. 605. Zie ook de Europese verklaring over digitale rechten en beginselen voor het digitale decennium (van de Europese Commissie), COM (2022) 28.

De notificatieplicht voor algoritmische besluitvorming kan worden versterkt door deze in de Awb te codificeren, bijvoorbeeld door in hoofdstuk 4 een titel op te nemen over digitale primaire besluitvorming.[30] Al vaker is ervoor gepleit om, in navolging van het Franse bestuursrecht, het bestuursorgaan te dwingen bij de motivering van een besluit ook mede te delen wanneer dat met behulp van een algoritme tot stand is gekomen.[31] Een nalaten van de algoritmenotificatie zou tot vernietigbaarheid van het besluit kunnen leiden. Ook wordt geopperd een 'digitale bijsluiter' verplicht te stellen bij geautomatiseerde besluitvorming, zodat een burger beter weet waartegen hij zich moet verweren.[32]

Een versterking van de rechtsbescherming voor belanghebbenden wordt niet enkel gerealiseerd door het openen van meer verzoekschriftprocedures en beroepsmogelijkheden. Het is ook belangrijk om zoveel als mogelijk te vóórkomen dat geschillen ontstaan en procedures moeten worden gestart. Een deel van de problematiek van onjuiste gegevensregistratie en veelvuldige deling kan worden voorkomen als een burger vroegtijdig kan controleren of ook hij de juiste gegevens aanlevert. Het Franse bestuursrecht kent niet alleen een notificatieplicht en een 'vergisrecht', maar ook een faciliteit voor burgers en bedrijven om door het bestuursorgaan te laten controleren of zij de juiste gegevens aanleveren en administratie aanhouden om aan bepaalde regelgeving te voldoen. Belanghebbenden kunnen daarover een rechtsoordeel krijgen en zo zekerheid verkrijgen dat zij aan hun wettelijke verplichtingen voldoen.[33] Dit voorbeeld onderstreept het belang om de rechtmatigheid van een rechtsoordeel aan de bestuursrechter voor te kunnen leggen. De verzoekschriftprocedure tegen het rechtsoordeel over de administratieplicht kan de registratie en doorgifte van onjuiste gegevens proactief doen voorkomen.

6.3.3 *Rechtsmiddel tegen het algoritme*

De uiteindelijke besluitvorming in het gedigitaliseerde traject is naast de data afhankelijk van de technologische ondersteuning. De *beslissing* om een bepaalde technologie in te zetten, zoals een algoritme, is geen besluit maar feitelijk handelen. Uit verkennend onderzoek van de staatsecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties naar het gebruik van algoritmes binnen overheidsorganisaties blijkt dat organisaties bij hun keuze voor een algoritme meerdere aspecten betrekken. De mate waarin het algoritme geduid kan worden speelt daarin een rol, evenals de mogelijkheid om het algoritme te toetsen op nauwkeurigheid en juistheid. Ook wordt onderzocht of het algoritme voldoet aan privacywetgeving.[34] Aan de keuze voor een algoritme gaat een belangenafweging vooraf, waarbij het belang van burgers is betrokken.

30 Raad van State 2021, p. 90.
31 Zie o.a. Raad van State 2021, p. 76-77; De Poorter & Goossens 2019, par. 5.
32 Meuwese 2017, par. 5.2.
33 Loi n. 2018-727, art. L. 124-1; zie o.a. Barkhuysen 2018.
34 Verkennend onderzoek naar het gebruik van algoritmes binnen overheidsorganisaties, bijlage bij *Kamerstukken II* 2018/19, 26643, nr. 588.

Het is thans niet mogelijk om tegen de beslissing tot het gebruik van een algoritme bestuursrechtelijke rechtsbescherming te vragen.[35] Dat is problematisch omdat de beslissing al tot een belangaantasting kan leiden en omdat bij een besluitberoep de bestuursrechter niets steeds achteraf rechtsbescherming kan bieden. Het kan namelijk zo zijn dat een bepaald besluit deugt, maar het algoritme dat daaraan ten grondslag ligt niet. 'Stel dat het gebruik van een algoritme op een dataset leidt tot discriminerende ongelijke behandeling. Als die ongelijke behandeling zich vertaalt in een fout besluit, dan kan de bestuursrechter rechtsbescherming bieden. Maar als de eiser of appellant niet tot de gediscrimineerde groep behoort en het besluit deugt, dan staat de bestuursrechter ten aanzien van de ongelijke behandeling met lege handen.'[36] Hij zou dan moeten wachten tot een wél gediscrimineerde burger beroep tegen een onjuist besluit aantekent, voordat hij een rechtmatigheidsoordeel kan geven.

Hoe kan de rechtsbescherming tegen een onrechtmatig algoritme worden verbeterd? Moet het algoritme worden gekwalificeerd als een appellabel besluit van algemene strekking (vergelijk hoofdstuk 2) of moet de beslissing een algoritme toe te passen in een besluitvormingstraject worden gezien als besluitgerelateerd feitelijk handelen (vergelijk hoofdstuk 3)? Een algoritme bevat een algemene regel. Een rule-based algoritme zet een wettelijke bevoegdheid om naar concrete handelingen die een beslissysteem namens het bestuursorgaan verricht. In die zin heeft een algoritme het meest gemeen met een beleidsregel, waarin het bestuur vastlegt hoe het een wettelijke bevoegdheid uitoefent. Het lijkt dan logisch om de vaststelling van een algoritme gelijk te stellen met de vaststelling van een beleidsregel.[37] Voor eenvoudige rule-based algoritmes is dat een mogelijkheid, maar de uitvoering wordt lastiger wanneer bij meer complexe algoritmes de broncode geheim moet blijven of deze tussentijds regelmatig wijzigt. Bij case-based algoritmes kan wel worden ontsloten welke datasets zijn gebruikt om het systeem te trainen en te testen, maar is het lastig een beslisregel transparant te maken; een specifieke (lokale) uitleg van de uitkomst van het algoritme lijkt het grootste verklarende vermogen te hebben.[38] Gezien deze diversiteit aan algoritmes en technologische toepassingen is het lastig de beslissing tot het vaststellen van een algoritme eenduidig te kwalificeren.

De beslissing tot toepassing van een algoritme in een besluitvormingssysteem zou mogelijk kunnen worden gezien als een feitelijke handeling ter voorbereiding van een algemeen verbindend voorschrift of beleidsregel. In dat geval staat een verzoekschriftprocedure open voor degenen die ook gerechtigd waren om beroep tegen de regel in te stellen, zie paragraaf 3.8.3. Dat leidt ertoe dat belangenorganisaties de rechtmatigheid van de technologische toepassing via een verzoekschrift bij de

35 Raad van State 2021, p. 56.
36 Zie Raad van State 2021, p. 56-57. Overigens is ook hun weg naar de burgerlijke rechter beperkt, zie HR 22 mei 2015, ECL:NL:HR:2015:1296 (*Privacy First*).
37 Zie ook Van Eck 2018, p. 427-429; Van Eck, Bovens & Zouridus 2018, p. 3016; Schuurmans, Leijten & Esser 2020, par. 3.1.
38 Vgl. Wolswinkel 2022, p. 178-179.

bestuursrechter aan de orde kunnen stellen. Wij zien dat als een reële mogelijkheid, maar ook hier weerhoudt de grote diversiteit aan technologische toepassingen ons ervan om meer concrete voorstellen te doen. Daarbij maken we de kanttekening dat de bestuursrechter, ondanks onze voorstellen in paragraaf 6.4, beperkt blijft toegerust om de technologie te doorgronden; de algoritmetoezichthouder heeft bij uitstek een taak om de rechtmatigheid van door de overheid ingezette algoritmes te bewaken.[39] In het licht van 'toegang tot de rechter' zit ons inziens op dit moment de grootste winst in het verlangen van transparantie dát technologische hulpmiddelen zijn toegepast en een notificatieplicht voor persoonsgegevensverwerkingen.

6.4 Rechtmatigheidsbeoordeling bij gedigitaliseerde uitvoering

Is eenmaal een rechtsmiddel bij de bestuursrechter aanhangig gemaakt, dan doemt de vraag op of partijen de algoritmische besluitvorming effectief door de bestuursrechter op rechtmatigheid kunnen laten controleren. Zowel partijen als de rechter lopen tegen een transparantiegebrek aan dat drieledig van aard is, zo analyseren De Poorter en Goossens. Het is (a) een bewuste ondoorzichtigheid gericht op de bescherming van de intellectuele eigendomsrechten van de softwareontwikkelaar, (b) een ondoorzichtigheid door een gebrek aan deskundigheid van rechter en bestuur (en belanghebbenden), en (c) een intrinsieke ondoorzichtigheid van voor het menselijk brein moeilijk te begrijpen algoritmische systemen.[40] Dit transparantiegebrek vraagt om een sterk optreden van de bestuursrechter, waarbij hij rekening moet houden met de ongelijkwaardige positie van partijen, terwijl dat gebrek hemzelf ook belemmert in zijn taakuitoefening.

Een goede rechtmatigheidsbeoordeling door de rechter vraagt om verschillende investeringen en oplossingen. Zo speelt de vraag of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur toereikend zijn voor geautomatiseerde besluitvorming of dat behoefte bestaat aan meer specifieke normen, zoals een recht op reconstructie van de besluitvorming.[41] Voorstelbaar is dat wetgever en rechter meer normstellend gaan optreden en bijvoorbeeld verlangen dat algoritmische besluitvorming in het publieke domein op een openbare broncode moet berusten.

Ook relevant is hoe de bestuursrechter aan de benodigde expertise komt en hoe die deskundigheid het beste kan worden georganiseerd, bijvoorbeeld in de vorm van uitbreiding van de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak of door het vaker inzetten van het instrument van de amicus curiae.[42]

Een ander aandachtspunt vormt de dossiersamenstelling. Dossiers van zaken die starten met de beoordeling van een aanvraag of inspectierapport door een individuele ambtenaar, zijn gemakkelijk chronologisch op te bouwen met alle relevante

39 In 2023 heeft de Autoriteit Persoonsgegevens een directie Coördinatie Algoritmes gekregen, die overkoepelend toezicht houdt op algoritmes. Rechtmatigheid, transparantie en behoorlijkheid zijn normen aan de hand waarvan de AP algoritmes beoordeelt. Zie o.a. Inrichtingsnota algoritmetoezichthouder, *Kamerstukken II* 2022/23, 26643, nr. 953.

40 Zie voor deze constatering De Poorter & Goossens 2019, met verwijzing naar Burrell 2016.

41 Zie o.a. Raad van State 2021, p. 75; Van Heukelom-Verhage 2020, p. 194 e.v.

42 Zie o.a. Raad van State 2021, p. 59-64.

stukken. Bij geautomatiseerde besluitvorming kan het lastiger zijn om te reconstrueren uit welke bestanden het systeem op welke moment data heeft gehaald en welke gegevens nog meer bij het bestuursorgaan bekend zijn, maar waarvan het systeem (ten onrechte) geen gebruik heeft gemaakt. Zo kunnen later toegezonden bewijsstukken gemakkelijk onopgemerkt blijven; een van de grote praktische knelpunten in de Toeslagenaffaire was de chaos in dossiers.[43] Ook een dergelijk probleem vraagt om regie en een structureel ingrijpen door de rechter. Juist bij geautomatiseerde besluitvorming moet de rechter veel aandacht hebben voor *het proces* van besluitvorming, omdat dat proces grotendeels de uitkomst bepaalt.[44] Te veel focus op definitieve geschilbeslechting en de rechtmatigheid van het uiteindelijke resultaat, laat een gebrekkige machine op hoge snelheid gebrekkige besluiten nemen.

Zowel inhoudelijke normstelling, als de organisatie van deskundigheid, als goede dossiervorming hebben de potentie het genoemde drieledige transparantiegebrek te verkleinen. Zij vereisen echter beperkte aanpassingen in het systeem van bestuursrechtelijke rechtsbescherming, zodat we dit onderwerp hier verder laten rusten, los van onderstaande kanttekening.

Het is voor partijen lastig om complexe algoritmische besluitvorming op rechtmatigheid te laten controleren. Het beginsel van *equality of arms* vraagt niet alleen om informatie over het beslissysteem, maar kan op meerdere vlakken een verlichting van de procesverantwoordelijkheden van belanghebbenden vergen.[45] Denk daarbij aan een ruimhartige toepassing van artikel 8:69 Awb, omdat eisers lastig gerichte beroepsgronden kunnen formuleren tegen een vrij ondoorzichtig systeem.

Ook verdient de procespositie van belangenorganisaties bij beroepen tegen individuele uitvoeringsbesluiten heroverweging. Big data en algoritmes draaien om generieke keuzes en problemen, waar uiteindelijk individuele burgers de gevolgen van ondervinden.[46] Het zijn vooral in technologie gespecialiseerde belangenorganisaties die mogelijke rechtmatigheidsgebreken aan de orde kunnen stellen. Hun mogelijkheden om aan het beroep bij de bestuursrechter deel te nemen zijn echter beperkt.[47] Bij een individueel besluit als de intrekking van een uitkering hebben belangenorganisaties een afgeleid belang van de geadresseerde; zij zullen om die reden niet-ontvankelijk worden verklaard.[48] Wij stellen voor om bij geautomatiseerde besluitvorming belangenorganisaties gemakkelijker aan het proces deel te laten nemen, mits (het belang van) eiser zich daar niet tegen verzet. Maakt eiser bijvoorbeeld kenbaar met behulp van een belangenorganisatie tegen zijn automatisch gegenereerde uitvoeringsbesluit op te willen komen, dan zou de rechter die organisatie over de band van artikel 8:26 Awb kunnen uitnodigen om als derde-belanghebbende aan het geschil deel te nemen (en dus het afgeleid belang niet langer tegen te werpen). Op deze wijze kunnen rechtmatigheidsgebreken in het

43 Werkgroep reflectie toeslagenaffaire rechtbanken 2021, par. 4.8.
44 Vgl. De Poorter & Goossens 2019, par. 7.
45 Vgl. HR 10 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1748, r.o. 5.3 slot.
46 Zwenne, Steenbruggen & Reker 2016, p. 39.
47 Raad van State 2021, p. 57.
48 Schuurmans & Stolk 2017.

geautomatiseerde besluitvormingssysteem iets effectiever in beroepen van burgers aan de orde worden gesteld.

6.5 Uitspraakbevoegdheden en gedigitaliseerde uitvoering

Het besluitbegrip van artikel 1:3 Awb vormt niet alleen de kern van de toegang tot de rechter, maar ook de kern van de huidige uitspraakbevoegdheden van de rechter; de rechter kan het bestreden besluit vernietigen. Dat instrumentarium lijkt te beperkt om gedigitaliseerde uitvoering binnen de rechtmatigheidsgrenzen te houden en burgers herstel te bieden. Mogelijk is het uiteindelijke besluit wel rechtmatig, maar leidt de algoritmische analyse tot een rechtsschending, bijvoorbeeld omdat het systeem discrimineert. Een vernietiging van het besluit lost dan niets op. De bestuursrechter kan thans niet het gebruik en de inzet van het algoritme onrechtmatig verklaren.[49] Zou de bestuursrechter de bevoegdheid hebben om een verbod op te leggen, dan kan hij afdwingen dat een bestuursorgaan stopt met het gebruikmaken van een algoritme wanneer dit leidt tot een onzorgvuldig voorbereid besluit.[50] Ook kan de situatie zich voordoen dat de bestuursrechter serieuze zorgen heeft over de rechtmatigheid van het beslissysteem, maar dat nog niet aan de hand van enkele zaken kan beoordelen. De Poorter en Goossens bepleiten in dat licht een aan het Duitse recht ontleende monitorplicht. In dat geval gebiedt de bestuursrechter het bestuursorgaan voor een bepaalde periode een algoritme te monitoren zodat kan worden beoordeeld wat het collectieve effect is en of het algoritme burgers mogelijk kan discrimineren.[51]

Ook het probleem van vroegtijdige deling van onjuiste gegevens vraagt om meer effectieve uitspraakbevoegdheden dan het huidige vernietigingsberoep. 'De bestuursrechter kan een besluit met een fout vernietigen, maar kan niet in één procedure een "totaaloplossing" bereiken, bijvoorbeeld door een bestuursorgaan de opdracht te geven de fout in alle databestanden en alle besluiten waarin diezelfde fout voorkomt te herstellen.'[52] Ook hier zou een rechterlijk gebod of verbod meer effectief zijn dan de vernietiging van het uiteindelijke besluit.

De rechtspraak heeft al wel een stap gezet door 'rechtsherstel' in de zin van een schadevergoeding voor onrechtmatige gegevensuitwisseling toe te kennen, ook wanneer er geen appellabel onrechtmatig besluit is.[53] Dat geeft erkenning voor de burger, maar heeft weinig probleemoplossend vermogen. Juist bij complexe ketenbesluitvorming dreigt het gevaar dat een burger van het kastje naar de muur wordt gestuurd, met de mededeling dat het onmogelijk is gegevens uit systemen te verwijderen of aan te passen. In de afwikkeling van de hersteloperatie van de Toeslagenaffaire waarschuwt Scheltema om vooral niet te blijven hangen in het traditionele

49 Van der Sloot & Van Schendel 2020, p. 7.
50 Vgl. Raad van State 2021, par. 5.1.
51 De Poorter & Goossens 2019, p. 3311-3312.
52 Raad van State 2021, p. 56.
53 ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:898, *AB* 2020/307 m.nt. L.M. Koenraad & C.N.J. Kortmann; *Gst.* 2020/86 m.nt. R. Wiekeraad & C.N. van der Sluis. Zie Çapkurt 2020 en Walree 2021, p. 129-139.

aansprakelijkheidsrecht, maar te bezien aan welk rechtsherstel ouders behoefte hebben. Dat bleek vooral direct persoonlijk contact. Zij moeten 'bij voorkeur één persoon hebben die de regie heeft over het hele pakket van de ondersteuning dat rijk en gemeenten bieden om de ontstane problemen op te lossen'.[54] Dat lijkt wat op de 'zaaksambtenaar' die vanuit Europese regels van algemeen bestuursrecht wordt bepleit. Deze zaaksambtenaar bewaakt de voortgang van de procedure, de rechten van partijen, waaronder het recht op informatie.[55] Bij onjuiste gegevensdeling in de keten zou de bestuursrechter, naast het gebod de fout in alle databestanden te doen herstellen, het bestuursorgaan kunnen opdragen een zaaksambtenaar aan te wijzen die de belanghebbende helpt met de gegevenscorrectie.

Bij het doordenken van een verruiming en / of verbetering van de mogelijkheden om tegen geautomatiseerde besluitvorming rechtsbescherming te vragen, moet deze andersoortige behoefte aan rechtsherstel worden meegenomen. In de verzoekschriftprocedure van burgers gericht op hun persoonsgegevensverwerking moeten ook declaratoire oordelen als geboden en verboden kunnen worden gegeven. Kunnen belangenorganisaties in een verzoekschrift de beslissing tot toepassing van een algoritme als (on)rechtmatig besluitgerelateerd feitelijke handelen aan de orde stellen, dan bestaat ook behoefte aan dat declaratoir, mogelijk geconcretiseerd in een monitorplicht. Ook het klassieke beroep tegen individuele uitvoeringsbesluiten zou met de mogelijkheid van een declaratoir oordeel worden versterkt, zodat meer vormen van rechtsherstel mogelijk zijn.

6.6 Conclusie

De uitvoering van bestuurstaken is in hoge mate gedigitaliseerd. In toenemende mate worden slimme algoritmes ingezet om gegevens te ordenen, voorspellingen te doen en risico's aan te wijzen. De connectiviteit tussen overheidsinstellingen neemt toe, waarbij gegevens onderling worden gedeeld en een 'keten' van besluitvorming ontstaat. De in dit rapport gesignaleerde problematiek van een te beperkte toegang tot de bestuursrechter en een te weinig effectief instrumentarium om het bestuur aan het recht te houden, doet zich bij gedigitaliseerde uitvoering sterk voelen. De machine van geautomatiseerde besluitvorming blijft draaien, zonder dat de rechter met een vernietigingsberoep effectief kan bijsturen.

Belanghebbenden zouden de rechtmatigheid van gegevensverwerkingen door bestuursorganen bij de uitoefening van hun wettelijke bevoegdheden en publieke taak direct in een verzoekschriftprocedure aan een bestuursrechter moeten kunnen voorleggen. Dat is in lijn met onze aanbevelingen in hoofdstuk 3 (besluitgerelateerd feitelijk handelen).

Toegang tot de bestuursrechter tegen feitelijke handelingen is niet de enige panacee. Ondersteunende maatregelen vragen om een beter afdwingbare notificatieplicht, meer nadruk op het transparantiebeginsel, een recht op betekenisvolle

54 Scheltema 2022, p. 3.

55 Zie art. III-7 *ReNEUAL Model Rules* en Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht 2021, p. 137 e.v.

informatie en een rechtsoordeel over de deugdelijkheid van informatie- en administratieplichten van belanghebbenden, dat aan de bestuursrechter kan worden voorgelegd. Meer in het algemeen verdient het aanbeveling het beginsel van *equality of arms* breed uit te leggen en te operationaliseren, nu een intransparant beslissysteem op meerdere vlakken de procesmogelijkheden van belanghebbenden compliceert.

Naast de gegevensverwerking dient ook het algoritme zelf door de bestuursrechter op rechtmatigheid te kunnen worden beoordeeld. Dat kan als onderdeel van het klassieke beroep tegen het individuele uitvoeringsbesluit. In dat geval verdient de procespositie van belangenorganisaties heroverweging, omdat individuele belanghebbenden niet snel vat krijgen op de rechtmatigheid van een algoritme. Ook kan de beslissing tot toepassing van een algoritme in de uitvoering als feitelijk handelen worden gezien, dat gerelateerd is aan het besluit tot (beleids)regelstelling. In dat geval staat voor belangenorganisaties de verzoekschriftprocedure open.

De uitspraakbevoegdheden van de bestuursrechter moeten worden versterkt met de mogelijkheid een rechterlijk gebod of verbod uit te spreken. Zo kan de rechter de stopzetting van een algoritmische analyse bevelen of de verwijdering van onjuiste gegevens in diverse gegevensbestanden. Een gebod een zaaksambtenaar toe te wijzen die voor burgers een aanspreekpunt vormt en hen begeleidt, versterkt de menselijke maat in gedigitaliseerde uitvoering.

7 Conclusie

In de voorgaande hoofdstukken heeft de VAR-Commissie Verruiming bevoegdheden bestuursrechter onderzocht of er behoefte bestaat aan verruiming van de bevoegdheden van de bestuursrechter. Vervolgens zijn aanbevelingen gedaan over de aanpassing en de toepassing van het bestuursprocesrecht in het geval de wetgever met ons van oordeel zou zijn dat er voldoende reden is om de rechtsmacht van de bestuursrechter uit te breiden. In het onderstaande herhalen wij kort de redenen voor het bestaan van die behoefte om vervolgens aandacht te vragen voor de belangrijkste conclusies uit de inhoudelijke hoofdstukken over algemene regels (hoofdstuk 2), feitelijk handelen en bestuurlijke rechtsoordelen (hoofdstuk 3), schadevergoeding (hoofdstuk 4), bevoegdhedenovereenkomsten (hoofdstuk 5) en digitalisering (hoofdstuk 6).

In het eerste hoofdstuk is uiteengezet dat de bevoegdheid van de bestuursrechter niet steeds goed aansluit bij de wijze waarop de overheid tegenwoordig bestuurt. Het huidige uitgangspunt dat de bestuursrechtspraak met name draait om het bieden van informele, laagdrempelige toegang tot de bestuursrechter teneinde rechtsbescherming te bieden tegen het handelen van het bestuur in de vorm van beschikkingen (art. 1:3 lid 2 Awb), staat dan ook onder druk. Verschillende ontwikkelingen dragen bij aan de constatering dat het zogenoemde besluitenprocesrecht (of eigenlijk: beschikkingenprocesrecht), waarbij een belanghebbende in een beroepschrift aan de bestuursrechter vraagt een besluit te vernietigen, te beperkend is. In hoofdstuk 1 is gewezen op tendensen als deregulering (van normering door beschikkingen naar direct bindende algemene regels), informalisering (van contact met de overheid door besluiten naar 'besluitloos' overheidsoptreden), privatisering (van beleid en uitvoering in handen van de overheid naar privatisering van de uitvoering), digitalisering en ketenbesluitvorming (van tastbare besluiten naar dynamische gegevenskoppeling en algoritmische analyses). Deze ontwikkelingen maken dat burgers de bestuursrechter vaker met vraagstukken (willen) opzoeken die onvoldoende passen in zijn taak om de rechtmatigheid van een beschikking te beoordelen. De vraag of dat voldoende reden is om zijn competentie te verruimen, beantwoordt de commissie bevestigend.

De commissie hanteert een aantal wat meer algemene uitgangspunten om tot een geleidelijke uitbreiding van de rechtsmacht van de bestuursrechter te komen. Zo is uitgangspunt dat de competentie van de bestuursrechter zou moeten aansluiten bij de wijze waarop de overheid macht uitoefent, ook al om te vermijden dat burgers hun geschillen met de overheid moeten opknippen om ze voor te leggen aan een rechter. In het verlengde daarvan concludeert de commissie dat het huidige dominante stelsel van besluitenprocesrecht te beperkend is; niet alle bestuursrechtelijke geschillen kunnen in de mal van het besluitenprocesrecht worden geperst en er is

behoefte aan een rijker palet aan uitspraakbevoegdheden. Er is daarom behoefte om – naast het klassieke beroep tegen een besluit en in een geleidelijke ontwikkeling – een meer algemene verzoekschriftprocedure over andere handelingen van de overheid te introduceren in de Awb. De aard van het geschil zou doorslaggevend moeten zijn voor de aard van de procedure. Vervolgens beantwoordt de commissie de vraag of die verruiming van de bevoegdheid van de bestuursrechter ten koste zou moeten gaan van de mogelijkheid bij de burgerlijke rechter om een inhoudelijk oordeel te krijgen over datzelfde overheidshandelen, ontkennend. Daarmee zet de commissie in op een systeem van (deels) overlappende rechtsmacht.

In hoofdstuk 2 concluderen we dat de geschetste ontwikkelingen vragen om rechtsbescherming tegen algemene regels bij de bestuursrechter. Niet zelden wordt het openstellen van die mogelijkheid gevreesd, enerzijds omdat een dergelijke beroepsgang een grote hoeveelheid procedures met zich mee zou kunnen brengen, anderzijds omdat de bestuursrechter zich in dergelijke procedures uit een oogpunt van machtenscheiding te veel op het gebied van de andere machten zou begeven. De commissie acht deze mogelijke nadelen niet doorslaggevend. Het huidige beroep tegen talloze individuele uitvoeringsbeschikkingen leidt óók tot vele procedures en is behoorlijk inefficiënt om generieke rechtsvragen te beantwoorden. De bestuursrechter krijgt meer armslag om over normstelling door wetgever en bestuur te oordelen, maar door velen wordt dat als een passende uitbreiding gezien in de *administrative state*, waar het bestuur steeds meer macht heeft gekregen. Bovendien kan een deel van de nadelen worden ondervangen door de voorstellen die wij doen. Wat zijn die voorstellen?

Allereerst is het van belang om de bestaande mogelijkheid van exceptieve toetsing te behouden en nader te ontwikkelen. Soms kan de rechter pas over de band van de individuele uitvoering er grip op krijgen hoe abstracte regels uitwerken, om vervolgens bijvoorbeeld te beoordelen of bepaalde belangen voldoende zijn meegewogen toen de regels werden gesteld. Exceptieve toetsing blijft een belangrijk middel om in een individueel geval de rechtmatigheid van een bepaalde regeling te beoordelen. Wel doen wij voorstellen ter verbetering, bijvoorbeeld door de exceptieve toetsing te verbinden aan de prejudiciële procedure zoals we die in het belastingrecht kennen.

Met enkel de mogelijkheid van exceptieve toetsing is echter voldoende rechtsbescherming niet gegarandeerd. Exceptieve toetsing komt vaak redelijk laat, als de uitvoering al volop draait. Het verwerende bestuursorgaan is doorgaans niet de regelgever, en de eiser staat niet zonder meer symbool voor de grotere groep. Beide trekken zich zo belangen aan die niet geheel de hunne zijn en waarover zij niet steeds afdoende en betrouwbare informatie kunnen geven. Bovendien ontbreekt het de rechter aan passende uitspraakbevoegdheden, zoals het kunnen geven van een verklaring voor recht. Wij menen dat het wenselijk is beroep tegen algemene regels bij de bestuursrechter open te stellen om (mogelijke) onrechtmatigheden op zaakoverstijgend niveau tijdig te kunnen aankaarten en met een passende rechtsgang. De bestuursrechter is de aangewezen rechter, aangezien burgers op deze manier voor alle besluiten naar dezelfde rechter kunnen. Effectieve rechtsbescherming eist dat de rechtsgang tegen algemene regels vormgegeven wordt als een

groeimodel en niet té laagdrempelig is. Zo is het wenselijk de beroepsgang vorm te geven zonder bestuurlijke voorprocedure. De rechtszekerheid is verder gediend bij een beroepsgang in eerste en enige aanleg. Voorts stellen wij voor geen beroepstermijn te hanteren voor dit beroep, met name omdat de onrechtmatigheid in algemene regels soms pas in de loop van de uitvoering kenbaar wordt. Hoewel het voor deze beroepsmogelijkheid mogelijk is om kringen van belanghebbenden te identificeren, is ook duidelijk dat het dan vaak om zeer grote aantallen belanghebbenden zal gaan. Reden waarom de commissie het op dit moment wenselijk acht de beroepsgang tegen regels alleen open te stellen voor belangenorganisaties. Op deze manier kan worden geëxperimenteerd met de nieuwe beroepsgang en doorgaans zijn belangenorganisaties – gelet op hun expertise en betrokkenheid – beter in staat om een regelgevingsgeding te voeren. Ook zorgt de beperking tot belangenorganisaties voor een effectieve procedure, aangezien de belangen van een groep benadeelden kunnen worden gebundeld. Op termijn kan – als uitdrukking van het idee van een groeimodel – worden bezien of de kring van beroepsgerechtigden moet worden uitgebreid.

Het belastingrecht kent al procedures om algemene regels aan de orde te stellen die relevant kunnen zijn voor het algemene bestuursrecht. Met name de prejudiciële procedure (al dan niet in relatie tot de exceptieve toetsing) en de massaalbezwaarregeling verdienen op dat punt aandacht. Met name als in de toekomst de wens zou ontstaan om ook individuele belanghebbenden de mogelijkheid te bieden te procederen tegen algemene regels, zou een regeling geënt op de massaalbezwaarregeling in het belastingrecht de bestuursrechter in staat stellen met al deze beroepen effectief om te gaan.

In het derde hoofdstuk concludeert de commissie dat er behoefte bestaat aan verruiming van de bevoegdheid van de bestuursrechter tot (bepaalde, aangewezen) feitelijke handelingen en bestuurlijke rechtsoordelen. Een algehele uitbreiding tot alle aspecten van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking vormt het uiteindelijk gewenste eindmodel, maar komt thans te vroeg. Op dit moment menen wij dat – gelet op de voor- en nadelen van verruiming – een nadere begrenzing van de soorten feitelijk handelen die in een verzoekschriftprocedure aan de bestuursrechter kunnen worden voorgelegd, een goede eerste stap in een groeimodel vormt. Als begrenzing is als eerste relevant dat het feitelijk handelen waarover de bestuursrechter zou moeten kunnen oordelen in een (voldoende) verband staat tot een appellabel besluit. Daaraan voldoen bestuurlijke waarschuwingen, toezichtshandelingen, het verstrekken van informatie, het bestuurlijk rechtsoordeel, gegevensverwerking en feitelijke handelingen ter voorbereiding en ter uitvoering van een besluit. De commissie is enerzijds van oordeel dat het voor bestuurlijke rechtsoordelen en waarschuwingen voor de hand ligt dat deze in algemene zin door de Awb-wetgever worden aangewezen als handelingen waarover bij de bestuursrechter geprocedeerd kan worden in een verzoekschriftprocedure. Voor andere handelingen heeft de commissie vooralsnog de voorkeur dat de wetgever – in de Awb of in een bijzondere wet – aanwijst over welke feitelijke handelingen de bestuursrechter mag oordelen (bijvoorbeeld bepaalde toezichtshandelingen en de uitvoeringshandelingen van (mogelijke) besluiten op grond van de Wmo 2015).

De commissie stelt ook hier vast dat het bestaande besluitenprocesrecht onvoldoende geschikt en ontoereikend is voor de geschillen over feitelijk overheidshandelen, met name omdat de huidige uitspraakbevoegdheden van de bestuursrechter niet aansluiten bij de aard van deze geschillen. Wij pleiten dan ook voor invoering van een algemene verzoekschriftprocedure, waarvoor titel 8.4 Awb als inspiratiebron kan dienen. In hoofdstuk 3 is tot op zekere hoogte uitgedacht hoe een dergelijke procedure gereguleerd zou moeten worden, waarbij aandacht is voor het voorafgaande verzoek aan het bestuur (zes weken), de verjaringstermijn (vijf jaren), de mogelijkheid van een voorlopige voorziening (vanaf het verzoek aan het bestuur), de – met toepassing van het burgerperspectief door de bestuursrechter te bepalen – duiding van de vordering (vernietiging van een besluit in een beroepschrift en/of een verzoek tot een gebod, verbod en/of declaratoir in een verzoekschrift) en de daaraan te stellen eisen. Een inhoudelijk oordeel van de bevoegde bestuursrechter in de verzoekschriftprocedure zou alleen mogelijk moeten zijn als het (voldoende) zinvol is om over het aangewezen handelen te procederen, afzonderlijk van een beroep tegen een besluit. De rechtzoekende burger moet een voldoende procesbelang hebben bij een afzonderlijke rechterlijke uitspraak over het handelen. Dit belang moet per concreet geval worden beoordeeld. Hoewel de commissie de momenten waarop een burger om rechtsbescherming kan vragen uitbreidt, streeft ze tegelijk concentratie van geschillen na. Zo zouden latere verzoeken of beroepen gevoegd moeten kunnen worden en fungeert het procesbelang als belangrijke zeef.

In lijn met de overige hoofdstukken in het rapport waarin gepleit wordt voor verruiming van de bevoegdheid van de bestuursrechter, meent de commissie dat de verruiming niet ten koste zou moeten gaan van de inhoudelijke mogelijkheid een oordeel te kunnen krijgen van de burgerlijke rechter. We voeren derhalve een pleidooi voor een systeem van overlappende bevoegdheden (gedeelde rechtsmacht) ten aanzien van de feitelijke handelingen.

In het vierde hoofdstuk behandelt de commissie de bevoegdheid van de bestuursrechter om schadevergoeding toe te kennen aan burgers die schade hebben geleden ten gevolge van het handelen van de overheid. Als hoofdregel hanteren wij in dat hoofdstuk dat de bestuursrechter over schadevergoeding mag oordelen in alle gevallen waarin hij ook over de schadeoorzaak mag oordelen. Overeind zou moeten blijven dat de burgerlijke rechter over schadevergoeding mag oordelen als de eiser zijn vordering baseert op aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Dat betekent dat de schadelijdende partij, als de rechtsmacht van de beide rechters overlapt, kan kiezen tussen de gang naar de burgerlijke rechter en die naar de bestuursrechter, ook als de vordering boven de 25.000 euro ligt. Een bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedure is daarvoor de geëigende weg. Het door de commissie aldus aangehangen systeem waarborgt dat schadevergoeding steeds kan worden beoordeeld door dezelfde rechter die ook over de schadeoorzaak mag oordelen (connexiteitsbenadering). Ook zou de eiser er in de visie van de commissie steeds voor moeten kunnen kiezen de burgerlijke rechter daarvoor te benaderen. Een eiser hoeft daarom zijn geschil niet op te knippen als er meerdere schadeoorzaken zijn; ook in het geval er meerdere aansprakelijk te stellen personen zijn, wordt het opknippen voorkomen.

Het vijfde hoofdstuk van dit rapport betrof de vraag of er behoefte bestaat aan wijziging van de rechtsmachtverdeling ter zake van bevoegdhedenovereenkomsten en toezeggingen. Wij constateren dat bevoegdhedenovereenkomsten een gemengd publiekrechtelijk en privaatrechtelijk karakter hebben. Wijziging op dat punt staan wij niet voor, omdat wij de ontwikkeling van een zelfstandig publiekrechtelijk overeenkomstenrecht niet wenselijk achten. De commissie is juist voorstander van een integratie van bestuurs(proces)recht en privaatrecht vanuit een oogpunt van effectieve en responsieve rechtsbescherming. In hoofdstuk 5 wordt dan ook geen verruiming van de bevoegdheid van de bestuursrechter voorgesteld als het gaat om bevoegdhedenovereenkomsten. Gelet op de in de andere hoofdstukken voorgestelde verruiming van de bevoegdheid van de bestuursrechter naar algemeen verbindende voorschriften en (door de wetgever aangewezen) handelingen die nauw verbonden zijn met een besluit, wordt het afdwingen van de uitvoering van een bevoegdhedenovereenkomst beter mogelijk.

In het hoofdstuk stelt de commissie wel voor om in de Awb te regelen dat de bestuursrechter de schending van het vertrouwensbeginsel moet kunnen sanctioneren door toekenning van schadevergoeding, ook als het uiteindelijke besluit rechtmatig is. Zo kan hij het niet honoreren van op grond van een toezegging of bevoegdhedenovereenkomst gerechtvaardigde verwachtingen compenseren. In lijn met de overige hoofdstukken bepleiten we hier niet een exclusieve bevoegdheid van de bestuursrechter, maar zou de commissie willen betogen dat de benadeelde particulier de mogelijkheid behoudt om schadevergoeding te vorderen bij de burgerlijke rechter.

In het laatste, zesde, inhoudelijke hoofdstuk staat de digitalisering van het bestuursrecht centraal. De ontwikkeling van digitalisering en automatisering gaat snel en voert (in potentie) ver. Ook neemt de connectiviteit tussen overheidsinstellingen toe, waarbij gegevens onderling worden gedeeld en er een 'keten' van besluitvorming ontstaat. De commissie signaleert in dit kader een te beperkte toegang tot de bestuursrechter en een te weinig effectief instrumentarium van de bestuursrechter om het bestuur te binden aan het recht. De rechter is met het vernietigingsberoep niet bij machte de mogelijk nadelige gevolgen van de machine van geautomatiseerde besluitvorming effectief bij te sturen. Wij stellen daarom voor – mede gelet op de conclusies in hoofdstuk 3 – dat belanghebbenden de rechtmatigheid van gegevensverwerkingen door bestuursorganen bij de uitoefening van hun wettelijke bevoegdheden en publieke taak direct in een verzoekschriftprocedure aan de bestuursrechter moeten kunnen voorleggen.

Toegang tot de bestuursrechter voor feitelijke handelingen is naar het oordeel van de commissie echter onvoldoende. Er is een groeiende behoefte aan de mogelijkheid om de bestuursrechter te vragen om ondersteunende maatregelen, een beter afdwingbare notificatieplicht, meer nadruk op het transparantiebeginsel, een recht op betekenisvolle informatie en een rechtsoordeel over de deugdelijkheid van informatie- en administratieplichten van belanghebbenden. De commissie benadrukt dat het beginsel van *equality of arms* breed uitgelegd en geoperationaliseerd zou moeten worden, met name nu een intransparant (digitaal) beslissysteem op meerdere vlakken de procesmogelijkheden van belanghebbenden compliceren. Meer concreet geldt dat het algoritme dat ten grondslag ligt aan bestuursbeslissingen,

door de bestuursrechter op rechtmatigheid moet kunnen worden beoordeeld. In een klassiek beroep tegen een individueel uitvoeringsbesluit verdient aandacht dat individuele belanghebbenden de rechtmatigheid van een algoritme niet eenvoudig kunnen bestrijden. Gebruikt de overheid het algoritme in de uitvoering en wordt dat als feitelijk handelen gezien dat is gerelateerd aan het besluit tot (beleids)regelstelling, dan zou ook voor belangenorganisaties de verzoekschriftprocedure open moeten staan. Ook de uitspraakbevoegdheden van de bestuursrechter dienen passend te zijn voor de gevolgen van digitalisering van het besturen, waarbij gedacht moet worden aan rechterlijke geboden of verboden over het gebruik van algoritmische analyse of over de verwijdering van onjuiste gegevens in diverse gegevensbestanden. Een gebod om een zaaksambtenaar toe te wijzen die voor burgers een aanspreekpunt vormt en hen begeleidt, versterkt de menselijke maat in gedigitaliseerde uitvoering.

Het geheel overziend is de commissie van oordeel dat er wezenlijke ontwikkelingen zijn die nopen tot het verruimen van de bevoegdheden van de bestuursrechter.

Om de bestuursrechter in staat te stellen de burger adequaat, efficiënt en effectief te voorzien van rechtsbescherming die is toegesneden op de wijze waarop de overheid de burger tegemoet treedt, zal enerzijds zijn rechtsmacht moeten worden verruimd. De commissie wenst te komen tot een geleidelijke verruiming (groeimodelbenadering). De verruiming is ook vereist om de burger in staat te stellen zijn geschil met de overheid in voorkomend geval aan een en dezelfde (bestuurs)rechter voor te leggen, zodat hij zijn geschil niet hoeft op te knippen. Gelet op de wijze waarop de rechtsmacht in Nederland is verdeeld tussen bestuursrecht en burgerlijke rechter, gaat verruiming van de rechtsmacht van de bestuursrechter vaak gepaard met beperking van de rechtsmacht van de burgerlijke rechter. De commissie staat echter een andere consequentie voor: gedeelde of overlappende rechtsmacht.

Anderzijds zal de verruiming van de rechtsmacht van de bestuursrechter tot gevolg hebben dat de bestuursrechter andersoortige uitspraken zal moeten kunnen doen. Niet langer zal hij met name worden benaderd met een beroepschrift waarin de vernietiging van een besluit wordt gevorderd. De bestuursrechter kan niet in alle geschillen tussen bestuur en burger uit de voeten met het klassieke besluitenprocesrecht. Naar het oordeel van de commissie is dat besluitenprocesrecht te beperkend. Het schiet te kort, met name als het gaat om de toegang tot de bestuursrechter en de uitspraakbevoegdheden die de rechter vervolgens ter beschikking staan. Er is behoefte aan een procedure waarin de bestuursrechter een gebod, verbod of declaratoir kan uitspreken. De commissie meent dat introductie van een algemene bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedure aan die behoefte tegemoet kan komen. Teneinde te voorkomen dat daarmee de sluisdeuren te zeer worden opengesteld, doet de commissie aanbevelingen om de rechtsmacht geleidelijk (en gecontroleerd) te verruimen door de verzoekschriftprocedure open te stellen voor bepaald, aangewezen overheidshandelen. Bovendien zal het vereiste van voldoende procesbelang de mogelijkheden om ongebreideld procedures te starten bij de bestuursrechter, beperken. Ook goed om te beseffen is dat een declaratoire uitspraak soms minder vergaand is dan een vernietiging. De vernietiging van een besluit leidt ertoe dat het besluit geacht wordt nooit genomen te zijn; het

wordt geheel uit de rechtsorde verwijderd. In een verklaring voor recht geeft de rechter aan welke handeling in strijd met het recht is, maar hij kan de gevolgen die daaraan moeten worden verbonden aan wetgever of bestuur laten en zijn oordeel in tijd begrenzen.

Tot slot spreekt de commissie de hoop uit dat dit rapport niet enkel voldoet aan de verwachtingen van het bestuur van de VAR, Vereniging voor bestuursrecht, maar ook kan bijdragen aan verdere discussies, zowel binnen de vereniging als daarbuiten. Door het debat zo open mogelijk te voeren én de consequenties te duiden hopen wij een zinvolle bijdrage te leveren aan de (verdere) ontwikkeling en de (verre) toekomst van de voor onze democratische rechtsstaat zo belangrijke bestuursrechtspraak.

Literatuur

ABDTopConsult 2020
ABDTopConsult, *Werk aan uitvoering. Fase 1: Probleemanalyse*, 2020.

Adriaanse 2022
M.E. Adriaanse, 'Het persoonlijk belang bij besluiten van algemene strekking: up to date?', NTB 2022/348, p. 618-624.

Van Amerongen & Schuurmans 2019
N.H. van Amerongen & Y.E. Schuurmans, 'Advies van een deskundige of algoritme? De toetsing van 'black box'-besluiten door de bestuursrechter', in: P.J. Huisman, A.R. Neerhof & F.J. van Ommeren (red.), *Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap. Vriendenbundel voor prof. mr. J. Struiksma*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2019, p. 175-196.

Van Angeren 2021
J.A.M. van Angeren, *De gewone rechter en de bestuursrechtspraak*, Deventer: Kluwer 2021.

Backes 2009
Ch.W. Backes, *Suum cuique* (oratie Maastricht), Den Haag: Boom Juridisch 2009.

Barkhuysen 2018
T. Barkhuysen, 'Het recht om fouten te maken', NJB 2018/819, p. 1185.

Barkhuysen & Schuurmans 2013
T. Barkhuysen & Y.E. Schuurmans, 'Een prejudiciële procedure in het bestuursrecht?', AA 2013/10, p. 736-739.

Barkhuysen e.a. 2014
T. Barkhuysen e.a., *Adequate rechtsbescherming bij grondrechtenbeperkend overheidsingrijpen*, Deventer: Kluwer 2014.

Blankenstein 2021
C.A. Blankenstein, 'Daar is het laatste woord nog niet over gezegd', in: G.J. Stoepker e.a., *Experimenten in het bestuursrecht* (Jonge VAR-reeks 19), Den Haag: Boom Juridisch 2021, p. 103-144.

De Bock 2019
R.H. de Bock, 'Mijnbouwschade in Groningen. Waar is de civiele rechter?', NJB 2019/3, p. 19.

Bolhaar 2012
W. Bolhaar, 'De wenselijkheid van een open stelsel van rechtsbescherming', *Forfaitair* 2012/222, p. 13-18.

Boogaard 2013
G. Boogaard, *Het wetgevingsbevel* (diss. Amsterdam, UvA), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013.

Burkens e.a. 2022
M.C. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2022.

Burrell 2016
J. Burrell, 'How the machine "thinks". Understanding opacity in machine learning algorithms', *Big Data & Society* 2016/1, p. 1-12.

Van Buuren 1987
P.J.J. van Buuren, 'Onrechtmatige wetgeving', in: W.E.J. Tjeenk Willink, *De rechter en onrechtmatige wetgeving* (Preadviezen NJV), Zwolle: Tjeenk Willink 1987, p. 3-99.

Çapkurt 2020
F. Çapkurt, 'Gegevensbescherming, schadevergoeding en de bestuursrechter', *NJB* 2020/2508, p. 2846-2854.

Çapkurt & Schuurmans 2019
F. Çapkurt & Y.E. Schuurmans, 'Blinde vlek in de Awb: data', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Kluwer 2019, p. 253-265.

Çapkurt & Schuurmans 2021
F. Çapkurt & Y.E. Schuurmans, 'Komt een fraude-opsporingssysteem bij de rechter', in: L.W. Verboeket e.a. (red.), *Bestuursrecht in het echt. Vriendenbundel voor prof. mr. drs. Willemien den Ouden*, Deventer: Kluwer 2021, p. 593-609.

Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht 2021
Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht, *Europa en het algemeen bestuursrecht. Burger en bestuur in de gemeenschappelijke rechtsorde. Rapport van de Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht VAR* (VAR-reeks 165), Den Haag: Boom Juridisch 2021.

Commissie Hoge Raad 100 jaar belastingrechtspraak 2015
Commissie Hoge Raad 100 jaar belastingrechtspraak, *De belastingkamer van de Hoge Raad. Verleden, heden en toekomst – een verkenning* (Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap nr. 255), Amsterdam: Vereniging voor Belastingwetenschap 2015.

Corstens 2014
G.J.M. Corstens, 'De rechter in de rechtsstaat', lezing bij de opening van de nieuwbouw juridische faculteit Radboud Universiteit Nijmegen, 28 augustus 2014.

Di Bella 2014
L. Di Bella, *De toepassing van de vereisten van causaliteit, relativiteit en toerekening bij de onrechtmatige overheidsdaad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2014.

Van Eck 2018
B.M.A. van Eck, *Geautomatiseerde ketenbesluiten & rechtsbescherming* (diss. Tilburg), Tilburg 2018.

Van Eck, Bovens & Zouridus 2018
B.M.A. van Eck, M.A.P. Bovens & S. Zouridus, 'Algoritmische rechtstoepassing in de democratische rechtsstaat', *NJB* 2018/2101, p. 3008-3017.

Eijlander 1999
P. Eijlander, 'De discussie over het beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels', *NTB* 1999, p. 143-149.

Van Eijsden 2014
J.A.R. van Eijsden, 'Kathedraal van het recht', *WFR* 2014/1506.

Van Eijsden 2015
J.A.R. van Eijsden, 'Vriend van de Hoge Raad', *WFR* 2015/494.

Van Eijsden 2022
J.A.R. van Eijsden, 'Fiscale informatievoorziening en rechtsbescherming: een historisch én toekomstig perspectief', in: Th.J. Benschop (red.), *Informatievoorziening in historisch perspectief. Liber amicorum Frans Rikhof*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Esser & Schuurmans 2022
J.E. Esser & Y.E. Schuurmans, 'Gedeelde tafel, eigen stoel: rechter en rechtsvorming in het bestuursrecht', in: J. Goossens e.a. (red.), *Rechtsvorming in een hypercomplexe samenleving*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2022, p. 25-60.

Van Ettekoven 2016
B.J. van Ettekoven, 'Herrie rond de keukentafel? Over Wmo 2015 en maatschappelijk adequate rechtsbescherming', *NTB* 2016/50, p. 373-377.

Van Ettekoven & Marseille 2017
B.J. van Ettekoven & A.T. Marseille, 'Afscheid van de klassieke procedure in het bestuursrecht?', in: L.M. Koenraad e.a., *Afscheid van de klassieke procedure?* (Preadviezen NJV), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 139-263.

Feteris 2008
M.W.C. Feteris, *Hoe is het gesteld met de fiscale rechtsbescherming?* (Jan Giele-lezing), Amersfoort: Sdu 2008.

Feteris 2017
M.W.C. Feteris, 'Rechtsbescherming door de belastingrechter anno 2016', *WFR* 2017/29, p. 154-161.

Franssen & Van Tilborg 2015
T.W. Franssen & D. van Tilborg, 'De ingewikkelde zoektocht naar doel en strekking van de geschonden norm', *O&A* 2015/30, p. 57-66.

Fruytier 2021
P.A. Fruytier, *De civielrechtelijke inbedding van het besluitenaansprakelijkheidsrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Van Gestel 2022
R. van Gestel, 'Een ongekend parlement: over de toeslagenaffaire en de Trias', in: J. Goossens e.a. (red.), *Rechtsvorming in een hypercomplexe samenleving*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2022, p. 61-104.

Giesen & Ortlep 2017
I. Giesen & R. Ortlep, 'De prejudiciële vraagprocedure in het bestuursrecht', *Trema* 2017, afl. 4, p. 135-145.

De Graaf 2013
K.J. de Graaf, 'Verzoek naast beroep? Een rechtsvergelijkend perspectief', in: F.J. van Ommeren e.a., *Het besluit voorbij* (VAR-reeks 150), Den Haag: Boom Juridisch 2013, p. 217-308.

Happé 2007
R.H. Happé, 'Gesloten stelsel van rechtsbescherming: ten onrecht op de monumentenlijst!', *WFR* 2007/219, p. 219-220.

Happé 2010
R.H. Happé, 'Rechtspraak op het moment dat het ertoe doet', *WFR* 2010/1456, p. 1456-1467.

Hartlief 2015
T. Hartlief, 'Schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten sinds 1 juli 2013. De burgerlijke rechter vast(er) op de troon?', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 549-568.

Van Heukelom-Verhage 2020
S. van Heukelom-Verhage, 'Maatwerk bieden in een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving. #HoeDan?', in: L. van den Berge e.a., *Maatwerk in het bestuursrecht* (VAR-reeks 164), Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 185-230.

Hirsch Ballin 2015
E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak', in: E.M.H. Hirsch Ballin, R. Ortlep & A. Tollenaar, *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter* (VAR-reeks 156), Den Haag: Boom juridisch 2015, p. 7-58.

Van der Hoeven 1989
J. van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989.

Den Hollander 2016
P.W. den Hollander, *De relativiteit van wettelijke normen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2016.

Houweling 2006
P. Houweling, *Van vergunning naar algemene regel* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom juridisch 2006.

Huisman 2012
P.J. Huisman, *De bevoegdhedenovereenkomst* (diss. Amsterdam, VU), Den Haag: Boom juridisch 2012.

Huisman 2019
P.J. Huisman, 'Groeirichtingen voor de ontwikkeling van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 143-155.

Huisman & Van Ommeren 2014
P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, 'Van besluit naar rechtsbetrekking: op zoek naar een scherp criterium. Feitelijk bestuurshandelen bij de bestuursrechter', *NTB* 2014/6, p. 50-57.

Immerseel 2007
S.F. Immerseel, 'Fiscale rechtsbescherming: welk breekijzer opent het gesloten stelsel?', *TFB* 2007/7, p. 12-16.

Kastelein 2019
J. Kastelein, 'De mismatches van massaal bezwaar', *TFB* 2019/20, p. 15-18.

Klein Egelink & Lunenburg 2015
E. Klein Egelink & L. Lunenburg, 'Biedt de Wmo 2015 voldoende rechtsbescherming?', *JBplus* 2015/1, p. 42-70.

Kluin 1994
R. Kluin, *Overeenkomsten tussen overheden* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1994.

Kortmann 1997
C.A.J.M. Kortmann, 'De Grondwet en de jurisprudentie inzake het zelfstandig schadebesluit', *NJB* 1997, afl. 29, p. 1327-1328.

Lachnit 2016
E. Lachnit, *Alternative enforcement of competition law* (diss. Utrecht), Den Haag: Eleven International Publishing 2016.

Van Leijnhorst 2016
G.J. van Leijnhorst, 'Meer rechtsbescherming door minder regels', *WFR* 2016/228.

Lindenbergh 2007
S.D. Lindenbergh, *Alles is betrekkelijk. Over de relatie tussen normschending en sanctie in het aansprakelijkheidsrecht* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridisch 2007.

Lubberdink 1996
H.G. Lubberdink, 'Beroep tegen algemeen verbindende voorschriften', in: H.G. Lubberdink e.a., *Beroep tegen algemeen verbindende voorschriften* (Preadvies Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid), Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1996, p. 9-26.

Van den Maagdenberg 2022
S.P.M. van den Maagdenberg, 'Een evaluatie van zes jaar prejudiciële vragen aan de belastingkamer van de Hoge Raad: een eerste aanzet', *MBB* 2022/2, p. 18-30.

Van Male 2015
R.M. van Male, 'Aanvullende rechtsbescherming tegen bestuurswetgeving', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 165-178.

Van Male 2017
R.M. van Male, 'Onderweg naar een volwaardige verzoekschriftprocedure', *NTB* 2017/5, p. 41-44.

Marseille 2014
A.T. Marseille, annotatie bij ABRvS 6 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ3338, *AB* 2014/51.

Marseille 2018a
A.T. Marseille, 'Weg van het besluit en het bestuur in het sociaal domein: gevolgen voor de rechtsbescherming', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In het nu … Over toekomstig bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 45-60.

Marseille 2018b
A.T. Marseille, 'Aanpassing Awb ten behoeve van integrale geschilbeslechting in het sociaal domein?', *NTB* 2018/12.

Marseille, Tolsma e.a. 2022
A.T. Marseille, H.D. Tolsma e.a., *Bestuursrecht* 2, Den Haag: Boom juridisch 2022.

Meijerman 2021
V.L. Meijerman, Kwaliteit van fiscale wet- en regelgeving… alle ballen op de politiek?, *WFR* 2021/9, p. 56-67.

Mein & De Meere 2018
A. Mein & F. de Meere, *Motieven van burgers om (niet) naar de rechter te gaan* (Research Memoranda 2018/3), Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2018.

Van der Meulen 2023
W.P. van der Meulen, *De meldingsplicht gereguleerd* (diss. Groningen), Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2023.

Meuwese 2017
A. Meuwese, 'Grip op normstelling in het datatijdperk', in: W.J.M. Voermans, R.J.B. Schutgens & A.C.M. Meuwese, *Algemene regels in het bestuursrecht* (VAR-reeks 158), Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 145-184.

Michiels, Blomberg & Jurgens 2016
F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg & G.T.J.M. Jurgens, *Handhavingsrecht,* Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Nationale Ombudsman 2023
Nationale ombudsman, *Burger in zicht! Een onderzoek naar participatie en invloed van de burger in de Wet maatschappelijke ondersteuning* (Rapport 2023/041), Den Haag: Nationale Ombudsman 2023.

Nent 2017
W.E. Nent, 'Ik maak massaal bezwaar! (Of had ik dat al eerder gedaan ...?)', *TFB* 2017/3, p. 30-35.

Niessen 2016
R.E.C.M. Niessen, 'Prejudiciële vragen aan de Belastingkamer van de Hoge Raad', *NTFR-B* 2016/36.

Van Ommeren & Huisman 2013
F.J. van Ommeren & P.J. Huisman, 'Van besluit naar rechtsbetrekking: een groeimodel', in: F.J. van Ommeren e.a., *Het besluit voorbij* (VAR-reeks 150), Den Haag: Boom juridisch 2013, p. 7-102.

Van Ommeren e.a. 2013
F.J. van Ommeren e.a., *Het besluit voorbij* (VAR-reeks 150), Den Haag: Boom juridisch 2013.

Den Ouden 2016
W. den Ouden, 'Het coöperatieve bestuursorgaan', *NTB* 2016/52, p. 387-392.

Van der Ouderaa 2015
E.A.G. van der Ouderaa, 'Het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad (wetsvoorstel Overige fiscale maatregelen 2016)', *TFB* 2015/8, p. 159-165.

Parlementaire Onderzoekscommissie Privatisering/Verzelfstandiging Overheidsdiensten 2012
Parlementaire Onderzoekscommissie Privatisering/Verzelfstandiging Overheidsdiensten, *Verbinding verbroken? Onderzoek naar de parlementaire besluitvorming over de privatisering en verzelfstandiging van overheidsdiensten*, *Kamerstukken I* 2012/13, C, B.

Pechler 2007
E.B. Pechler, 'Minder gesloten of open?', *FED* 2007/23.

Pechler 2009
E.B. Pechler, *Belastingprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2009.

Peters 2018
J.A.F. Peters, 'In de ban van het besluit', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In het nu... Over toekomstig bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 27-44.

Pierce, Shapiro & Verkuil 2009
R.J. Pierce, S.A. Shapiro & P.R. Verkuil, *Administrative Law and Process*, New York: Foundation Press 2009.

Polak e.a. 2019
J.E.M. Polak e.a., *De toekomst van de formele rechtskracht* (VAR-reeks 162), Den Haag: Boom juridisch 2019.

De Poorter 2003
J.C.A. de Poorter, *De belanghebbende* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom juridisch 2003.

De Poorter 2015
J.C.A. de Poorter, 'Het belang van de amicus curiae voor de rechtsvormende taak van de hoogste bestuursrechters. Naar een regeling van de amicus curiae in de Algemene wet bestuursrecht', *NTB* 2015/7, p. 40-49.

De Poorter & Çapkurt 2017
J.C.A. de Poorter & F. Çapkurt, 'Rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften', *NTB* 2017/10, p. 84-95.

De Poorter & Goossens 2019
J.C.A. de Poorter & J. Goossens, 'Effectieve rechtsbescherming bij algoritmische besluitvorming in het bestuursrecht', *NJB* 2019/2777, p. 3303-3312.

De Poorter & Van Heusden 2017
J.C.A. de Poorter & L.A. van Heusden, 'Bovenindividuele belangenbehartiging', *JBplus* 2017/0.

Pront-van Bommel 2002
S. Pront-van Bommel, *Bestuursrechtspraak* (diss. Amsterdam, UvA), Den Haag: Boom juridisch 2002.

Raad van State 2021
Raad van State, *Digitalisering. Wetgeving en bestuursrechtspraak*, Den Haag: Raad van State 2021.

Van Roij 2021
W.A.P. van Roij, 'Het gesloten fiscale bastion', *NLF-W* 2021/22.

Roth 2016
G.P. Roth, 'Informeel handhaven door DNB en de AFM: vloek of zegen?', in: A.M. van Amsterdam e.a. (red.), *Fraude/Financieel recht/Ondernemingskamer*, Deventer: Kluwer 2016, p. 95-103.

Van de Sande 2015
S.A.L. van de Sande, 'De onafhankelijke onrechtmatigheid van inlichtingen zonder onzelfstandig karakter', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 251-266.

Scheltema 2016
M. Scheltema, 'Uitbesteding van overheidstaken: wegbestemming van rechtsbescherming?', *NTB* 2016/49, p. 369-372.

Scheltema 2018
M. Scheltema, 'Advies integrale geschilbeslechting in het sociaal domein', *NTB* 2018/3, p. 4-7.

Scheltema 2022
M. Scheltema, 'Herijking hersteloperatie toeslagouders', *NTB* 2022/1, p. 1-6.

Scheltema & Scheltema 2013
M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht* (derde druk), Deventer: Kluwer 2013.

Schlössels 2003
R.J.N. Schlössels, *Het besluitbegrip en de draad van Ariadne* (oratie Nijmegen), Den Haag: Boom Juridisch 2003.

Schlössels 2004
R.J.N. Schlössels, *De belanghebbende*, Deventer: Kluwer 2004.

Schlössels & Zijlstra 2010
R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010.

Schlössels & Zijlstra 2017
R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Band 1*, Deventer: Kluwer 2017.

Schreuder-Vlasblom 2011
M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2011.

Schueler 2010
B.J. Schueler, 'Aan de rechterlijke macht is opgedragen het verknippen van geschillen over publiekrecht en over schuldvorderingen' in: L.F.M. Besselink & R. Nehmelman (red.), *De aangesproken staat*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010, p. 117-156.

Schueler 2014
B.J. Schueler, 'Welke rechter oordeelt over schade ten gevolge van onrechtmatige voorbereidingshandelingen?', in: T.W. Franssen e.a. (red.), *Op het grensvlak*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2014, p. 211-222.

Schueler 2019
B.J. Schueler, 'Van besluit naar geschil', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb in eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Kluwer 2019, p. 69-80.

Schutgens 2017
R.J.B. Schutgens, 'Rechtsbescherming tegen algemene regels: tijd om de Awb te voltooien', in: W.J.M. Voermans, R.J.B. Schutgens & A.C.M. Meuwese, *Algemene regels in het bestuursrecht* (VAR-reeks 158), Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 95-143.

Schuurmans 2013
Y.E. Schuurmans, 'Massale procedures in het bestuursrecht', *NJB* 2013/5, p. 1314-1323.

Schuurmans 2015
Y.E. Schuurmans, *Van bestuursrechtelijke detailhandel naar maakindustrie* (oratie Leiden), Leiden: Universiteit Leiden 2015.

Schuurmans 2017
Y.E. Schuurmans, 'Rechtsbescherming tegen algemeen verbindende voorschriften: een voltooide discussie?', *NTB* 2017/15, p. 128-132.

Schuurmans 2023
Y.E. Schuurmans, 'Toegang tot het bestuursrecht', *NTB* 2023/78, p. 140-146.

Schuurmans, Leijten & Esser 2020
Y.E. Schuurmans, A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op maat*, Leiden: Universiteit Leiden 2020.

Schuurmans & Stolk 2017
Y.E. Schuurmans & R. Stolk, 'Het proefproces als collectieve actie', *NTB* 2017/2, p. 6-15.

Schuurmans & Voermans 2010
Y.E. Schuurmans & W.M.J. Voermans, 'Artikel 8:2 Awb: weg ermee!', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom juridisch 2010, p. 809-831.

Van der Sloot & Van Schendel 2019
B. van der Sloot & S. van Schendel, *Modernisering van het Nederlandse procesrecht in het licht van big data* (WODC-rapport), Den Haag: WODC 2019.

Van der Sloot & Van Schendel 2020
B. van der Sloot & S. van Schendel, 'Tien aanpassingen aan het Nederlands procesrecht in het licht van de datagedreven samenleving en autonome systemen', *TvT* 2020/1, p. 4-13.

Stolk 2018
R. Stolk, 'De legitimiteit van strategisch procederende belangenorganisaties', in: R. Stolk e.a., *Strategisch procederen in het bestuursrecht* (Jonge VAR-reeks 16), Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 9-63.

Stolk 2020
R. Stolk, 'Wie zijn zij...?! De representativiteit van procederende belangenorganisaties', *NTB* 2020/204, p. 472-480.

Van Suilen 2012
A.J.H. van Suilen, 'Pleidooi voor prejudiciële procedure in belastingzaken', *NTFR* 2012/2745.

Uylenburg e.a. 2010
R. Uylenburg e.a., *Algemeen geregeld is goed geregeld? Een onderzoek naar de effecten van algemene regels ten opzichte van een vergunningenstelsel in de watersector*, Utrecht: Universiteit Utrecht 2010.

Uzman 2013
J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013.

VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004
VAR-Commissie Rechtsbescherming (Commissie-Polak), *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid. Van toetsing naar geschilbeslechting*, Den Haag: Boom juridisch 2004.

Venice Commission 2021
Venice Commission, *The Netherlands, Opinion on the Legal Protection of Citizens* (Opinion No. 1031/2021), 18 oktober 2021.

Vermaat 2018
M. Vermaat, 'Besluitloos indiceren: waar blijft de rechtszekerheid?', sociaalweb.nl, 20 maart 2018.

Voermans 2017
W.J.M. Voermans, 'Besturen met regels volgens de regels', in: W.J.M. Voermans, R.J.B. Schutgens & A.C.M. Meuwese, *Algemene regels in het bestuursrecht* (VAR-reeks nr. 158), Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 7-94.

Ter Voert & Hoekstra 2020
M.J. ter Voert & M.S. Hoekstra, *Geschilbeslechtingsdelta 2019. Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, Den Haag: WODC 2020.

Walree 2021
T.F. Walree, *Schadevergoeding bij de onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2021.

Werkgroep reflectie toeslagenaffaire rechtbanken 2021
Werkgroep reflectie toeslagenaffaire rechtbanken, *Recht vinden bij de rechtbank*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2021.

Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014
H.D. van Wijk/W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Winter 2015
H.B. Winter, *Bestuurlijke organisatie en geschilbeslechting in het sociaal domein* (oratie Groningen), Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2015.

Wolswinkel 2022
C.J. Wolswinkel, 'Transparantie bij bestuurlijke besluitvorming: bestuursrecht als *moving target*', in: A.W.G.J. Buijze e.a., *Tranparantie en openbaarheid* (VAR-reeks 168), Den Haag: Boom juridisch 2022.

Zwenne, Steenbruggen & Reker 2016
G. Zwenne, W. Steenbruggen & M. Reker, 'Rechtsbescherming bij het gebruik van big data door toezichthouders: een verkenning', *TvT* 2016/7, p. 29-44.

Bestuur en erelid VAR

prof. mr. dr. A.T. Marseille (voorzitter)
mr. H. Herweijer (secretaris)
mr. N.N. Bontje (penningmeester)
mr. A. Collignon
mr. J.K. Drewes
mr. J.A.R. van Eijsden
mr. dr. B.J. van de Griend
mr. dr. J.A.E. van der Jagt-Jobsen
mr. E.M.B. Kuijpers
prof. mr. dr. R. Ortlep
mr. R. Osterwald
mr. dr. T.N. Sanders
mr. dr. H.G. Sevenster
mr. A. Venekamp
mr. L.W. Verboeket

Erelid van de vereniging:
mr. M. Scheltema