

Vergaderjaar 2003–2004

25 425

Herziening rechterlijke organisatie

Nr. 7

BRIEF VAN DE MINISTERS VAN JUSTITIE EN VAN BINNEN- LANDSE ZAKEN EN KONINKRIJKSRELATIES

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 28 april 2004

1. Inleiding en samenvatting

Met deze brief wil het kabinet u informeren over zijn beleidsvoornemens met betrekking tot twee nauw samenhangende onderwerpen:

- de zogeheten derde fase van de herziening van de rechterlijke organisatie;
- de toekomstige structuur van de Raad van State, mede in het licht van de uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak-Kleyn (EHRM 6 mei 2003, JB 2003, 119 m.nt. AWH, AB 2003, 211 m.nt. LV/BdeW; zie voor een zakelijke weergave van dit arrest de brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 7 mei 2003, Kamerstukken II 2002/03, 25 425, nr. 6).

Deze brief is als volgt opgebouwd. Paragraaf 2 is gewijd aan de zogeheten derde fase. Daar wordt uiteengezet, dat de regering niet kiest voor een van de drie scenario's uit de discussienota «Keuzen voor de bestuursrechtspraak» van de toenmalige Minister van Justitie van 2001. Naar ons oordeel verzet de eigen aard van de bestuursrechtspraak zich tegen verdergaande integratie in de gewone rechterlijke macht. Bovendien wordt de kwaliteit van de bestuursrechtspraak gediend met behoud van rechtspraak in hoogste aanleg door op de onderscheiden deel-terreinen van bestuursrecht gespecialiseerde colleges. Ten slotte impliceren de scenario's uit de discussienota alle drie een ingrijpende reorganisatie van de bestuursrechtspraak in hoogste aanleg, met alle negatieve gevolgen van dien voor de afdoeningscapaciteit en de doorlooptijden van zaken. Voor zo'n ingrijpende reorganisatie bestaat onvoldoende grond, mede gelet op het feit dat de rechtspraak onlangs bij de invoering van de Wet organisatie en bestuur gerechten en de Wet op de Raad voor de rechtspraak al een ingrijpend reorganisatieproces heeft doorgemaakt. In plaats daarvan kan worden volstaan met vier maatregelen:

- instelling van een gemeenschappelijke rechtseenheidskamer;
- een beperkte herverkaveling van bevoegdheden tussen de Afdeling

bestuursrechtspraak van de Raad van State, het College van Beroep voor het bedrijfsleven en de Centrale Raad van Beroep;

- enige aanpassingen van het procesrecht ter bevordering van een meer effectieve en definitieve geschilbeslechting;
 - overbrenging van de bepalingen inzake hoger beroep in bestuursrechtelijke zaken naar de Algemene wet bestuursrecht.
- Met het nemen van deze maatregelen is de herziening van de rechterlijke organisatie wat het kabinet betreft afgerond.

Paragraaf 3 is gewijd aan de toekomstige structuur van de Raad van State. Aanleiding tot een herbezinning op deze structuur is in de eerste plaats, dat het, met het oog op behoud en verbetering van de kwaliteit van de advisering over wetgeving, wenselijk is deze adviestaak te concentreren bij een kleiner aantal staatsraden, die daaraan een groter deel van hun werktijd kunnen besteden (par. 3.2). Dit kan worden bereikt door binnen de Raad een Afdeling wetgeving in te stellen.

In paragraaf 3.3 wordt het arrest-Kleyn besproken. Dit arrest bevestigt, dat artikel 6 EVRM zich niet verzet tegen het onderbrengen van zowel adviseerende als rechtsprekende taken bij één Raad van State, noch tegen het gelijktijdig deelnemen aan beide taken door één persoon. Niettemin is het wenselijk, de wettelijke waarborgen voor de objectieve onpartijdigheid van de Afdeling bestuursrechtspraak te versterken. De instelling van een Afdeling wetgeving draagt daar aan bij. Daarnaast wordt voorgesteld om de in de praktijk reeds gehanteerde regel, dat een staatsraad niet deelneemt aan de behandeling van een beroepszaak indien hij betrokken is geweest bij advisering over dezelfde aangelegenheid, in de Wet op de Raad van State neer te leggen.

In paragraaf 4, ten slotte, worden de voorgestelde wettelijke maatregelen nog eens op een rij gezet.

2. De herziening van de rechterlijke organisatie

2.1 Voorgeschiedenis

In 1994 is het Nederlandse stelsel van bestuursrechtspraak ingrijpend herzien. Een belangrijk deel van de bestuursrechtspraak in eerste aanleg werd opgedragen aan de rechtbanken, de twee rechtsprekende afdelingen die de Raad van State destijds kende werden samengevoegd tot de huidige Afdeling bestuursrechtspraak, een aantal kleine, gespecialiseerde colleges werd opgeheven en er werd een uniform bestuursprocesrecht ingevoerd, neergelegd in hoofdstuk 8 van de Algemene wet bestuursrecht.

In de visie van de regering voltooiden deze maatregelen toen de eerste fase van een meeromvattende herziening van de rechterlijke organisatie. De tweede fase zou onder meer de positie van de toenmalige kantongerechten betreffen. Deze is, in het kader van de modernisering van de rechterlijke organisatie, uiteindelijk uitgemond in de vorming van de sectoren kanton bij de rechtbanken per 1 januari 2002.

De derde fase zou weer de bestuursrechtspraak betreffen. Volgens de toenmalige plannen zou het daarbij met name gaan om nadere besluitvorming omtrent:

- rechtspraak in één of twee instanties;
- de vormgeving van het hoger beroep in bestuursrechtelijke zaken;
- voorzieningen voor de rechtseenheid.

De beide kabinetten-Kok hebben over deze derde fase geen besluiten genomen. Zij gaven prioriteit aan de op 1 januari 2002 afgeronde moderniseringsoperatie. Wel heeft de toenmalige Minister van Justitie, ter voorbereiding op besluitvorming door een volgend kabinet, op 18 mei 2001

een discussienota aan de Tweede Kamer aangeboden, getiteld «Keuzen voor de bestuursrechtspraak» (Kamerstukken II 2000/01, 26 352, nr. 47). Deze discussienota schetst drie mogelijke scenario's voor een mogelijke reorganisatie van de bestuursrechtspraak:

- integratie van de bestuursrechtspraak in de gewone rechterlijke macht;
- concentratie van de bestuursrechtspraak in hoogste aanleg buiten de gewone rechterlijke macht;
- gedeeltelijke integratie in de gewone rechterlijke macht.

Over deze discussienota heeft de toenmalige Minister van Justitie op 13 december 2001 een Algemeen Overleg met de Vaste Commissie voor Justitie uit uw Kamer gevoerd. Mede naar aanleiding van dit overleg is de nota bij brief van 12 juni 2002 aangevuld met enige nadere beschouwingen, in het bijzonder over een eventuele rechtseenheidsvoorziening (Kamerstukken II 2001/02, 26 352, nr. 61).

In de discussienota en de nadere brief worden opties geschetst en argumenten in kaart gebracht, maar geen keuzen gemaakt. Deze zijn uitdrukkelijk aan een volgend kabinet overgelaten. Daardoor is er gelegenheid geweest voor een breed debat over de toekomst van de bestuursrechtspraak. De keerzijde daarvan is dat diverse met bestuursrechtspraak belaste colleges thans in onzekerheid verkeren over de vraag, of zij over enkele jaren nog wel zullen bestaan, casu quo met welke taken zij in de nabije toekomst zullen worden belast. Deze onzekerheid mag niet te lang voortduren. Daarom wil het kabinet nu duidelijkheid bieden door zijn beleidsvoornemens inzake de bestuursrechtspraak in deze brief uiteen te zetten.

2.2 Het bestaande stelsel

De hoofdregel van ons stelsel van bestuursrechtspraak is thans, dat tegen een besluit van een bestuursorgaan – doorgaans na een voorafgaande bezwaarschriftprocedure – beroep open staat bij de rechtbank (art. 8:1 Algemene wet bestuursrecht), met de mogelijkheid van hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (artikel 37 wet op de Raad van State). In het ambtenarenrecht, het sociaal zekerheidsrecht en het studiefinancieringsrecht staat hoger beroep open bij de Centrale Raad van Beroep, in een deel van het economisch bestuursrecht bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Op een aantal deelterreinen van bestuursrecht staat beroep in eerste en enige aanleg open bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (onder meer in belangrijke delen van het omgevingsrecht), bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (in het overige economisch bestuursrecht) of, in een beperkt aantal gevallen, bij de Centrale Raad van Beroep. In het belastingrecht staat thans nog beroep open bij het gerechtshof, maar zal binnen afzienbare tijd beroep openstaan bij de rechtbank, met de mogelijkheid van hoger beroep bij het gerechtshof en beroep in cassatie bij de Hoge Raad. Tegen besluiten op grond van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften, ten slotte, staat beroep open bij de sector kanton van de rechtbank, met hoger beroep bij het gerechtshof te Leeuwarden.

2.3 Hoofddlijn: handhaving van het bestaande stelsel

Het kabinet is van oordeel dat dit stelsel op hoofdlijnen voldoet. Reeds daarom kiest het kabinet niet voor één van de drie scenario's uit de nota «Keuzen voor de bestuursrechtspraak». Alle drie deze scenario's strekken tot opheffing van één of meer bestaande colleges, waarbij de taken worden ondergebracht bij andere colleges. De – deels impliciete – veronderstelling van de nota is dus, dat er op dit institutionele vlak een

probleem zou liggen dat door reorganisatie en verschuiving van taken zou moeten worden opgelost.

Het kabinet deelt deze veronderstelling niet. Voorzover het functioneren van de bestuursrechtspraak verbetering behoeft, liggen de problemen niet op het institutionele vlak. Het belangrijkste probleem is hoe voorkomen kan worden dat onnodige beroepsprocedures worden gevoerd of beroepsprocedures zich onnodig lang voortslepen. Daarnaast hebben burger en bestuur vooral behoefte aan kortere doorlooptijden en aan uitspraken die waar mogelijk een definitief einde maken aan het geschil. Niet valt in te zien hoe een ingrijpende reorganisatie op deze punten verbetering zou kunnen brengen. Integendeel, een grote reorganisatie zou in ieder geval gedurende enige jaren juist een negatief effect op de doorlooptijden hebben. Er gaat dan immers veel tijd en energie zitten in de reorganisatie in plaats van in het primaire proces: het behandelen en beslissen van zaken.

Anders dan wel wordt gesteld, is het stelsel van bestuursrechtspraak thans ook niet meer zo ingewikkeld, dat reeds daarom een reorganisatie nodig zou zijn. Ten tijde van het rapport van de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie uit 1984, waarmee het proces dat uiteindelijk tot de eerste twee fasen van de herziening zou leiden, werd ingezet, sneed dit argument nog hout. Destijds was het stelsel inderdaad nog complex en ondoorzichtig. Maar inmiddels is er veel veranderd. De voltooiing van de eerste fase in 1994 bracht een drastische vereenvoudiging. Daarbij is een groot aantal kleine gespecialiseerde colleges opgeheven, is het procesrecht radicaal geharmoniseerd en zijn lacunes in het stelsel weggenomen. De laatste jaren is het stelsel nog verder gestroomlijnd door de opheffing van twee nog resterende gespecialiseerde colleges, te weten het College van beroep studiefinanciering (opgeheven met ingang van 1 januari 2001) en de Tariefcommissie (opgeheven met ingang van 1 januari 2002).

Bovendien rust sedert 1994 op alle bestuursorganen de wettelijke verplichting om belanghebbenden bij ieder besluit voor te lichten over de bij een eventueel geschil te volgen rechtsgang (art. 3:45 en 6:23 Awb). Mocht de burger zich desondanks tot de verkeerde instantie wenden, dan waarborgt de wet (art. 6:15 Awb) ten slotte dat zo'n vergissing – anders dan vroeger – nooit tot verlies van rechtsbescherming kan leiden: het bezwaar- en beroepschrift wordt eenvoudig doorgezonden naar de juiste instantie en aldaar alsnog in behandeling genomen. Gelet op dit alles kan thans niet langer worden staande gehouden dat het bestaan van een aantal verschillende bestuursrechtelijke rechtsgangen op zichzelf tekort doet aan de rechtsbescherming van de burger.

Van verdere integratie van de bestuursrechtspraak in de gewone rechterlijke macht is het kabinet ook op inhoudelijke gronden geen voorstander. De eigen aard van de bestuursrechtspraak verzet zich daartegen. De integratiegedachte benadrukt de overeenkomsten tussen de bestuursrechtspraak en andere takken van rechtspraak. Die zijn er natuurlijk, maar er zijn ook wezenlijke verschillen. De burgerlijke rechter beslecht geschillen tussen twee in beginsel gelijkwaardige partijen. Daarbij stelt de rechter zonnodig zelf de rechtsaanspraken van partijen vast.

In het bestuursrecht ligt dit wezenlijk anders. In het bestuursrecht gaat het om geschillen tussen per definitie ongelijkwaardige partijen: een bestuursorgaan en een burger. Deze partijen zijn ongelijkwaardig, omdat het bestuursorgaan altijd belast is met de behartiging van (een aspect van) het algemeen belang. Daartoe is het bestuursorgaan door de wetgever bekleed met «openbaar gezag», dat wil zeggen de bevoegdheid om eenzijdig en bindend de rechtspositie van de burger vast te stellen.

Dat in de praktijk soms een grote onderneming of een machtige belangenorganisatie tegenover het bestuursorgaan staat, doet aan deze principiële ongelijkwaardigheid van partijen niet af.

In het bestuursrecht is het als regel juist niet de rechter, maar het bestuur dat de rechtsaanspraken van de burger vaststelt. De bestuursrechter toetst

slechts of het bestuur daarbij binnen de grenzen van het recht is gebleven. Daarbij dient hij de beleids- of beoordelingsvrijheid, die de wetgever in veel gevallen aan het bestuur heeft toegekend, te respecteren door in voorkomende gevallen «marginaal» te toetsen. De bestuursrechter beslist dus niet zelf, maar toetst de beslissingen van het bestuur.

Belangrijk is ook, dat het in een bestuursrechtelijke zaak zelden alleen maar gaat om het voorliggende geval. Het gaat altijd in de eerste plaats om het verzekeren van goed bestuur. Het bestuur moet naast het voorliggende geval vaak nog vele of zeer vele gelijksoortige gevallen beslissen, waarbij de consistentie en de rechtsgelijkheid moeten worden gewaarborgd. De uitspraak van de bestuursrechter moet het bestuur waar mogelijk ook de elementen aanreiken om te voorkomen dat al die andere zaken ook bij de rechter komen. In ieder geval moet de bestuursrechter, veel meer nog dan de civiele of de strafrechter, bij de beslissing van een concreet geval altijd rekening houden met de gevolgen van zijn beslissing voor de – doorgaans talrijke – andere «gevallen als dit». Een en ander vraagt van de bestuursrechter een andere werkwijze en attitude dan van een civiele of strafrechter en vergt ook een ander procesrecht. Dit laatste is de afgelopen jaren dan ook ontwikkeld.

Gelet op deze wezenlijke verschillen tussen de bestuursrechtspraak en andere takken van rechtspraak is verdere integratie van de bestuursrechtspraak in de gewone rechterlijke macht naar het oordeel van het kabinet niet aangewezen. Daarbij komt, dat volledige integratie tot gevolg zou hebben dat voor een deel van de bestuursrechtelijke geschillen een rechtsgang in drie instanties zou openstaan. Dat is voor grote delen van het bestuursrecht maatschappelijk ongewenst. In het bijzonder in het ordenend bestuursrecht, waar zekerheid omtrent vergunningen en dergelijke vaak een voorwaarde is voor de voortgang van economisch en maatschappelijk belangrijke activiteiten, zou zo'n lange rechtsgang op gespannen voet staan met de gewenste economische en maatschappelijke dynamiek.

Ook aan het scenario dat in de discussienota «Keuzen voor de bestuursrechtspraak» is aangeduid als «concentratie binnen de bestuursrechtelijke kolom» – dat wil zeggen: samenvoeging van de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven – kleven aanzienlijke bezwaren. Om te beginnen zou ook deze optie een omvangrijke reorganisatie vergen. Belangrijker nog is echter, dat naar het oordeel van het kabinet de kwaliteit van de bestuursrechtspraak is gediend met een zekere mate van specialisatie in hoogste ressort. Het bestuursrecht bestrijkt een zeer breed terrein. Tussen de verschillende deelgebieden van het bestuursrecht bestaan overeenkomsten, maar ook aanzienlijke verschillen. Zo is in de discussienota, maar ook in de literatuur, gewezen op belangrijke verschillen tussen enerzijds het financiële bestuursrecht (o.m. belastingen, sociale zekerheid), waar veelal sprake is van twee-partijengeschillen en van sterk gebonden bestuur, en anderzijds het ordenende bestuursrecht (o.m. milieurecht en ruimtelijk bestuursrecht), waar doorgaans ook belangen van derden in het geding zijn en aan het bestuur veel vaker een zelfstandige belangenafweging en normstelling is opgedragen.

Een en ander vergt ook van de bestuursrechter een invulling van zijn taak, die past bij de eigen aard van het hem toevertrouwde deelgebied van bestuursrecht. Dit maakt een zekere specialisatie gewenst, zo niet noodzakelijk. Dit past ook bij ontwikkelingen in andere takken van rechtspraak, waar ook steeds meer aandacht komt voor de noodzaak van een zekere specialisatie en differentiatie, zowel in de organisatie als in de wijze van afdoening van geschillen. De eerste ondergetekende zal daarop nader ingaan in het kader van een binnenkort aan de Kamer aan te bieden beleidsagenda voor de rechtspraak. Tegen deze achtergrond ligt een verdere concentratie van de bestuursrechtspraak in hoogste aanleg niet voor de hand.

Gelet op het voorgaande kiest het kabinet er voor om het huidige stelsel op hoofdlijnen te handhaven. Aanpassingen zijn slechts op onderdelen nodig. Hierna wordt op deze aanpassingen ingegaan.

2.4 De rechtseenheid

Een veelgehoord punt van kritiek op het huidige stelsel is, dat de rechtseenheid daarin onvoldoende zou zijn verzekerd, doordat er niet één, maar meer hoogste rechters zijn. Bij brief van 12 juni 2002 (Kamerstukken II 2001/02, 26 352, nr. 61) is de toenmalige Minister van Justitie aan de hand van een onderzoek¹ van de B & A Groep en de Universiteit Utrecht reeds op dit vraagstuk van de rechtseenheid ingegaan. Korthedshalve zij daarnaar verwezen. In genoemde brief is er op gewezen, dat dit vraagstuk speelt op drie verschillende niveaus:

- de rechtseenheid op de verschillende deelgebieden van het bestuursrecht;
- de rechtseenheid binnen het bestuursrecht als geheel;
- de rechtseenheid tussen het bestuursrecht enerzijds en het privaatrecht en strafrecht anderzijds.

Op de onderscheiden deelgebieden van het bestuursrecht, zoals het milieurecht, het ambtenarenrecht, het sociaal zekerheidsrecht of het economisch bestuursrecht, is de rechtseenheid reeds afdoende gewaarborgd. Elk van de vijf hoogste rechters oordeelt over een of meer afgebakende deelgebieden van het bestuursrecht. Slechts op onderdelen is de afbakening tussen met name het werkkterrein van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en dat van het College van Beroep voor het bedrijfsleven voor verbetering vatbaar; daar zijn in de loop der jaren enige inconsistenties ingeslopen, die nopen tot enkele beperkte «grenscorrecties». De betrokken colleges hebben daartoe eind 2001 enige voorstellen gedaan, die begin 2003 nog zijn geactualiseerd. Op basis van deze voorstellen zal nog dit parlementaire jaar een wetsvoorstel worden ingediend dat strekt tot een beperkte herverkeveling van bevoegdheden tussen deze colleges; het gaat daarbij onder meer om het naar het CBb overbrengen van enkele kleine categorieën geschillen op het terrein van de economische ordening. Deze verschuivingen betreffen overigens relatief geringe aantallen zaken.

Bij de rechtseenheid binnen het bestuursrecht als geheel gaat het om een uniforme uitleg en toepassing van leerstukken en regels uit het algemeen deel van het bestuursrecht en in het bijzonder van de Algemene wet bestuursrecht. Uit het eerder genoemde onderzoek blijkt dat, ondanks het bestaan van diverse vormen van overleg tussen de verschillende hoogste bestuursrechters, vanuit de praktijk een gebrek aan rechtseenheid op dit niveau wordt waargenomen. Daarbij wordt door respondenten met name gewezen op verschillen tussen de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State enerzijds en de Centrale Raad van Beroep anderzijds. In verband daarmee wordt gepleit voor een institutionele rechtseenheidsvoorziening voor het algemeen bestuursrecht. Ook naar het oordeel van het kabinet kan een institutionele rechtseenheidsvoorziening voor het algemeen bestuursrecht nuttig zijn. De volgende vraag is dan welke vorm deze voorziening zou moeten krijgen. De Hoge Raad heeft in dit kader gepleit voor het openstellen van beroep in cassatie bij de Hoge Raad tegen uitspraken van de hoogste bestuursrechters. Als gezegd (zie par. 2.3) zijn aan het openstellen van beroep in cassatie over de volle breedte van het bestuursrecht echter de nodige bezwaren verbonden. Beroep in cassatie tegen uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State is voorts moeilijk te rijmen met de constitutionele positie van de Raad van State als Hoog College van Staat.

¹ J. van Erp, M. Schadé, S. Verberk, Ph. M. Langbroek, R.J.G.M. Widdershoven, Eenheid van rechtspraak. Verslag van een eerste meting in het bestuursrecht, Den Haag 2001. Dit rapport is bij genoemde brief van 12 juni 2001 aan de Tweede Kamer aangeboden.

Er is bovendien een minder ingrijpend en mede daarom beter alternatief voorhanden. In de nota «Keuzen voor de bestuursrechtspraak» en in meergenoemde brief van 12 juni 2002 is gewezen op de mogelijkheid tot instelling van een gemeenschappelijke rechtseenheidskamer van hoogste bestuursrechters, waaraan deze rechters in voorkomend geval prejudiciële vragen zouden kunnen stellen. Uiteraard leidt dit tot enige vertraging in de afdoening van de zaak waarin de vragen zijn gesteld, maar deze vertraging zal zich naar verwachting slechts in een gering aantal zaken voordoen, met name doordat niet partijen, maar de rechter beslist of een zaak aan de rechtseenheidskamer wordt voorgelegd. Bovendien zou de beantwoording van de prejudiciële vragen aan een termijn kunnen worden gebonden. Naar het oordeel van het kabinet kan aldus een goed evenwicht worden gevonden tussen enerzijds het waarborgen van de rechtseenheid en anderzijds het waarborgen van de voortgang van procedures. Deze rechtseenheidskamer zou kunnen bestaan uit de Voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak en de presidenten van de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Deelname van het gerechtshof te Leeuwarden ligt niet in de rede, nu dit college slechts een smal en atypisch deel van het bestuursrecht bestrijkt. Deelname van de Hoge Raad als belastingrechter stuit op specifieke problemen in verband met de eigen aard van de cassatierechtspraak. Bovendien zal de Hoge Raad binnenkort ook in het belastingrecht de derde instantie zijn (zie het wetsvoorstel belastingrechtspraak in twee feitelijke instanties, kamerstukken II 2003/04, 29 251, nrs. 1–3), waardoor een verdere verlenging van de procedure extra bezwaarlijk is. Tenslotte zou in dat geval een zeker dilemma ontstaan tussen enerzijds de eenheid van rechtspraak binnen het bestuursrecht en anderzijds de eenheid van rechtspraak binnen de Hoge Raad. De belastingkamer zou zich dan zowel aan rechtspraak van de rechtseenheidskamer als aan die van de civiele of strafkamer van de Hoge Raad gebonden achten. Alles afwegende geven wij er, mede omdat het om een voor het Nederlandse recht nieuwe figuur gaat, de voorkeur aan om te volstaan met een gemeenschappelijke kamer van de drie genoemde colleges, die samen overigens het overgrote deel van het bestuursrecht bestrijken. Derhalve zal eind 2004 een wetsvoorstel worden ingediend, strekkende tot instelling van een gemeenschappelijke rechtseenheidskamer van de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

Ten slotte rijzen van tijd tot tijd rechtsvragen die de grenzen van één van de drie grote rechtsgebieden (privaatrecht, strafrecht, bestuursrecht) overschrijden. Te denken valt bijvoorbeeld aan vragen betreffen de uitleg van grondrechten, maar ook aan vraagstukken rond schadevergoeding, die zowel in het bestuursrecht als in het privaatrecht kunnen spelen. In veel gevallen kan de rechtseenheid op dit niveau voldoende worden gewaarborgd door overleg of doordat de betrokken colleges zich oriënteren op de rechtspraak van de «meest gerede rechter». Zo oriënteren de bestuursrechters zich bij schadevergoedingsvragen veelal op de rechtspraak van de Hoge Raad. Daarbij kan de eigen aard van de bestuursrechtelijke rechtsverhouding tot nuanceringen ten opzichte van die rechtspraak nopen, maar dan is ook geen sprake van een gebrek aan rechtseenheid. Voorts kunnen mogelijke problemen op het gebied van de rechtseenheid vaak door informeel overleg worden verholpen of zelfs voorkomen. Per saldo doen zich op dit vlak in de praktijk geen grote problemen voor.

Gelet hierop zien wij geen aanleiding om voor de grenzen van de drie grote rechtsgebieden overschrijdende vragen een institutionele rechtseenheids-voorziening in het leven te roepen. Als gezegd roept geïnstitutionaliseerde samenwerking tussen de Hoge Raad en andere rechters bovendien de nodige vragen op. Deze vragen hangen enerzijds samen met de verschillen tussen cassatierechtspraak en feitenrechtspraak, ander-

zijds met de onderscheiden grondwettelijke posities van de gewone rechter en de bestuursrechters. De artikelen 112, eerste lid, en 113 van de Grondwet brengen mee dat – kort gezegd – de burgerlijke en strafrecht-spraak bij uitsluiting zijn opgedragen aan de gewone rechterlijke macht. Daarbij kan de rechterlijke macht niet worden gebonden aan een prejudicieel oordeel van een niet tot de rechterlijke macht behorend college. Derhalve zou een rechtseenheidskamer voor het gehele recht op grond van artikel 116 van de Grondwet moeten worden aangewezen als behorend tot de rechterlijke macht. Dit roept echter ook weer vragen op als deze kamer, zoals noodzakelijk zou zijn, mede is samengesteld uit leden van colleges die niet tot de rechterlijke macht behoren.

2.5 Definitieve regeling van het hoger beroep

Vóór 1994 was binnen het bestuursrecht slechts in het ambtenarenrecht en het sociaal zekerheidsrecht sprake van rechtspraak in twee feitelijke instanties. In de eerste fase van de herziening van de rechterlijke organisatie is, in het bijzonder ter ontlasting van de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State, ook op een aantal andere deelterreinen rechtspraak in twee instanties ingevoerd. In de loop van de jaren negentig is in verband met de invoering van bestuurlijke boeten een tweede instantie ingevoerd in een deel van het economisch bestuursrecht. Enige jaren geleden is dit, om andere redenen, gebeurd voor het vreemdelingenrecht. Ten slotte is onlangs een wetsvoorstel ingediend tot invoering van een tweede feitelijke instantie voor belastingzaken (Kamerstukken II 2003/04, 29 251, nrs. 1–3).

Op een aantal andere deelterreinen – onder meer het milieurecht – is sprake van rechtspraak in één instantie. Het kabinet ziet thans onvoldoende aanleiding om daarin verandering te brengen. Voor de kwaliteit van de rechtspraak is een tweede instantie niet altijd nodig. Ook op dit punt verschilt het bestuursrecht wezenlijk van het burgerlijk of strafrecht. In het bestuursrecht toetst de rechter immers steeds een besluit, dat reeds een rechtsoordeel van het bestuur behelst. Bovendien is dat rechtsoordeel in de meeste gevallen al een keer heroverwogen in de bezwaarschrift-procedure. Dat maakt een tweede instantie minder noodzakelijk. In het bestuursrecht is een tweede instantie – afgezien van de gevallen waarin het verdragsrecht daartoe noopt – vooral nodig als het aantal zaken zo groot is dat een in eerste en enige aanleg rechtsprekende rechter overbelast zou raken.

Er zijn dan ook geen aanwijzingen dat het bestaande stelsel op dit punt niet voldoet en er bestaat thans evenmin een juridische noodzaak om voor het gehele bestuursrecht rechtspraak in twee instanties in te voeren. In de toekomst zullen bij eventuele beslissingen omtrent rechtspraak in één, dan wel in twee instanties in het bijzonder ook de effecten op de doorlooptijden richtinggevend zijn.

De invoering van een tweede instantie betekende voor de betrokken deel-terreinen van bestuursrecht ook de invoering van de rechtsfiguur van het hoger beroep. Daarvoor is in 1994 een uniforme regeling getroffen. Deze is echter niet neergelegd in de Algemene wet bestuursrecht, maar in de instellingswetten van de diverse appèlcolleges (de Wet op de Raad van State, de Beroepswet en de Wet bestuursrecht-spraak bedrijfsorganisatie). Het bestuursprocesrecht van hoofdstuk 8 van de Algemene wet bestuursrecht is wel grotendeels van overeenkomstige toepassing verklaard, maar geldt rechtstreeks slechts voor het beroep bij de rechtbank.

Deze op het eerste gezicht omslachtige wetgevingstechniek is destijds gekozen, omdat de regering zich toen op het standpunt stelde dat omtrent rechtspraak in twee instanties en het hoger beroep in de eerste fase van de herziening van de rechterlijke organisatie slechts voorlopige keuzen waren gemaakt. Pas in de derde fase zou een definitieve regeling worden getroffen. Derhalve is het moment daarvoor thans aangebroken.

Als gezegd ziet het kabinet, behoudens voor de belastingrechtspraak, geen aanleiding om op het punt van rechtspraak in één of twee instanties thans wijzigingen voor te stellen. De procesrechtelijke vormgeving van het hoger beroep behoeft evenmin ingrijpende wijzigingen. Deze regeling is in het kader van de tweede evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht uitvoerig geëvalueerd en bleek op hoofdlijnen te voldoen. De Commissie Evaluatie Awb II (Commissie-Boukema) heeft slechts op onderdelen enige verbeteringen aanbevolen, zoals de invoering van een vorm van incidenteel hoger beroep.¹ Nu het kabinet definitief kiest voor het op hoofdlijnen handhaven van de bestaande situatie, ligt het voor de hand de wettelijke regeling van het hoger beroep over te brengen naar hoofdstuk 8 van de Algemene wet bestuursrecht. De Awb zal dan, zoals steeds het uiteindelijke doel is geweest, een complete codificatie van het bestuursprocesrecht gaan bevatten. Daartoe zal in de loop van 2004 een wetsvoorstel worden ingediend. In het kader van de voorbereiding van dit wetsvoorstel zal tevens een standpunt worden ingenomen over de verbetervoorstellen van de Commissie Evaluatie Awb II met betrekking tot het procesrecht in hoger beroep.

2.6 Naar een meer definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter

Zowel vanuit het openbaar bestuur als vanuit de rechtsprekende macht en vanuit de rechtswetenschap is de laatste jaren herhaaldelijk naar voren gebracht dat de bestuursrechtspraak soms onvoldoende effectief is, doordat de bestuursrechter maar in een deel van de gevallen toekomt aan een definitieve beslechting van het geschil dat bestuur en burger verdeeld houdt. Bij een gegrond beroep volstaat de bestuursrechter soms met een vernietiging van het bestreden besluit op formele gronden, waarna het bestuur een nieuw besluit moet nemen, waartegen dan opnieuw bezwaar en beroep kunnen worden aangetekend. Pas in deze tweede procedure komt men dan toe aan het inhoudelijke punt van het geschil.

Voor een deel is deze situatie onvermijdelijk, omdat zij verband houdt met de staatsrechtelijke verhouding tussen bestuur en rechter. De staatsrechtelijke plicht van de rechter om de beleids- en beoordelingsvrijheid van het bestuur te respecteren brengt soms mee dat de bestuursrechter slechts kan zeggen dat het zó niet kan, maar niet hoe het dan wel moet. Dat laatste vergt immers soms keuzen die tot de primaire verantwoordelijkheid van het bestuur behoren.

Niettemin wordt het volstaan met min of meer formele vernietiging in brede kring, ook door de bestuursrechters zelf, als onbevredigend ervaren. Er zijn ook wel degelijk processuele instrumenten denkbaar waardoor de rechter, met behoud van het respect voor de eigen verantwoordelijkheid van het bestuur, vaker tot een definitieve beslechting van het geschil zou kunnen komen. Te denken valt met name aan verruiming van de mogelijkheid om niet-inhoudelijke gebreken in een besluit te passeren (artikel 6:22 Awb) en aan de zogenoemde «bestuurlijke lus», waarbij het bestuur nog hangende de beroepsprocedure de gelegenheid krijgt gebreken in een besluit te «repareren». De laatste jaren zijn van diverse zijden min of meer uitgewerkte voorstellen voor dergelijke instrumenten gedaan. Mede op basis van deze voorstellen zal in de loop van 2004 een wetsvoorstel worden ingediend, waarin de mogelijkheden voor definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter worden verruimd. Vooral nog is het voornemen, om dit voorstel te combineren met het voorstel inzake de definitieve regeling van het hoger beroep tot één wetsvoorstel aanpassing bestuursprocesrecht.

¹ Zie het Verslag van de Commissie, Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1997–2001, Den Haag 2001 en het achterliggende onderzoeksrapport, R.J.G.M. Widdershoven, F.A.M. Stroink e.a., Algemeen bestuursrecht 2001: hoger beroep. Beide rapporten zijn eind 2001 aan de Tweede Kamer aangeboden.

3. De toekomstige structuur van de Raad van State

3.1 De taken van de Raad en de huidige structuur van de Raad

De Raad van State heeft een aantal taken die voortvloeien uit het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden, de Grondwet en de wet. Naar omvang gemeten zijn de hoofdtaken van de Raad de advisering over wetgeving en de beslissing in aan de Raad opgedragen bestuursrechtelijke geschillen (artikel 73, eerste en derde lid, van de Grondwet). Nu de besluitvorming over de derde fase van de herziening van de rechterlijke organisatie betekent dat de Raad zijn rechtsprekende taken zal behouden (zie par. 2 van deze brief), blijven dit de hoofdtaken van de Raad.

Als wetgevingsadviseur brengt de Raad advies uit over voorstellen van wet en ontwerpen van algemene maatregelen van bestuur en over de goedkeuring van verdragen. Als bestuursrechter is de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad belast met de behandeling van de bij de wet aan haar opgedragen geschillen. Dat kan zijn in hoger beroep (Wet op de Raad van State, artikel 37) of – krachtens uitdrukkelijke wetsbepaling – in eerste en enige aanleg.

Daarnaast heeft de Raad enkele bijzondere taken. Krachtens wettelijke opdracht adviseert de Raad over sommige koninklijke besluiten, waaronder besluiten tot onteigening. Verder oefent de Raad krachtens de Eilandenregeling Nederlandse Antillen een adviestaak uit in het kader van het hoger toezicht (artikel 100 ERNA). Voorts kan de Raad ook in andere gevallen, gevraagd of ongevraagd, advies uitbrengen over juridische en bestuurlijke aangelegenheden (artikel 15 en artikel 16 Wet op de Raad van State). De Raad adviseert ten slotte in de procedure voor de verklaring dat de Koning buiten staat is het koninklijk gezag uit te oefenen (Grondwet, artikel 35) en de Raad oefent het koninklijk gezag uit, zolang niet in de uitoefening daarvan is voorzien (Grondwet, artikel 38).

Voor de dagelijkse praktijk en voor de structuur van de Raad zijn de twee hoofdtaken – wetgevingsadvisering en bestuursrechtspraak – bepalend. Voor beide taken geldt dat de Grondwet (artikel 73) de mogelijkheid biedt om deze ofwel aan de Raad, ofwel aan een afdeling van de Raad op te dragen. Bij de Wet op de Raad van State (artikel 26) is voor de bestuursrechtspraak een aparte afdeling ingesteld. Voor de wetgevingsadvisering is dat tot nu toe niet gedaan. De wetgevingsadvisering is daarvoor in de huidige structuur een taak van de Raad in pleno, de zogenoemde «volle Raad». Omdat alle staatsraden ingevolge artikel 27 van de Wet op de Raad van State lid zijn van de Afdeling bestuursrechtspraak, nemen de leden van de Raad, met uitzondering van de vice-president en de leden van het koninklijk huis die zitting hebben in de Raad, (de zgn. «gewone» staatsraden) allen deel aan beide taken. Thans zijn er 21 gewone staatsraden (de vice-president niet meegerekend), die dus allen beide taken uitoefenen. Zij besteden ongeveer 30% van hun tijd aan wetgevingsadvisering en 70% aan rechtspraak.

Naast de 21 gewone staatsraden, zijn er thans 29 staatsraden «in buitengewone dienst» (i.b.d.). Zij worden – net als de gewone staatsraden – voor het leven benoemd, maar zij hebben geen voltijdse taak. Wel kunnen zij telkens voor een periode van ten hoogste vijf jaar worden belast met een vaste deeltaak van maximaal vier/vijfde deel van de taak van een volle staatsraad (artikel 4 van de Wet op de Raad van State). Zij zijn geen lid van de volle raad en nemen dus niet deel aan de wetgevingsadvisering. Van de 29 staatsraden i.b.d. hebben er op dit moment 24 een vaste deeltaak. In de praktijk betekent dit dat de bestuursrechtspraak inmiddels voor een overwegend deel door staatsraden i.b.d. wordt uitgeoefend. De vijf staatsraden i.b.d. zonder vaste deeltaak nemen incidenteel deel aan activiteiten van de Raad (artikel 4, vierde lid Wet op de Raad van State). Betrokkenen hebben hun hoofdfunctie in andere rechtscolleges, zoals de Hoge Raad,

de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Hun benoeming als staatsraad i.b.d. is erop gericht om gestalte te geven aan de afstemming van de jurisprudentie tussen de hoogste rechtscolleges.

3.2 Knelpunten en wensen

De historisch gegroeide structuur van de Raad is in de loop der jaren op een aantal punten gaan knellen. Dit probleem zal in de toekomst alleen maar toenemen. Zoals de Raad in zijn jaarverslag over 2002 vaststelt, worden aan de Raad als wetgevingsadviseur steeds hogere eisen gesteld. Als voorbeelden noemt de Raad de institutionele gevolgen van de uitbreiding van de EU, de implementatie van Europese regelgeving, de relaties binnen het Koninkrijk, de door de Raad wenselijk geachte beleids-analytische toetsing van wetsvoorstellen, de uitkomsten van wets-evaluaties en algemene dilemma's, zoals de verhouding tussen private uitvoering en publieke verantwoording.

De Raad heeft dit onder ogen gezien en is tot het oordeel gekomen dat hij zijn adviserende taak in de toekomst beter zal kunnen uitoefenen wanneer deze taak meer wordt geconcentreerd. De Raad acht het wenselijk dat de adviserende taak in de toekomst zal worden uitgeoefend door een kleiner aantal staatsraden, dat daaraan een groter deel van hun tijd kunnen besteden. Zolang de Wet op de Raad van State de wetgevingsadvisering opdraagt aan de (volle) Raad, zou deze concentratie slechts kunnen worden gerealiseerd door het verkleinen van de Raad van State zelf, bijvoorbeeld door opengevallen plaatsen niet allemaal opnieuw te bezetten.

Een andere mogelijkheid om de gewenste concentratie te bereiken, is het instellen van een aparte afdeling voor de wetgevingsadvisering binnen de Raad. Artikel 73, eerste lid, van de Grondwet biedt deze mogelijkheid. De Wet op de Raad van State moet daarvoor wel worden gewijzigd. De Raad van State heeft zelf een voorkeur voor het instellen van een aparte Afdeling wetgeving. In een structuur met twee afdelingen worden de beide hoofdtaken van de Raad duidelijker onderscheiden, terwijl tegelijk hun gelijkwaardigheid wordt benadrukt. Wij zijn het daarmee eens.

Daarnaast is het gewenst dat in de toekomst ook voor de wetgevingsadvisering staatsraden in buitengewone dienst worden benoemd. Langs die weg kan bijvoorbeeld de inbreng van bepaalde, meer specialistische deskundigheden worden verzekerd.

De rechtsprekende taken van de Raad zijn de laatste kwart eeuw gestaag in omvang toegenomen. Deze groei is aanvankelijk opgevangen met een verdere uitbreiding van het aantal staatsraden en vervolgens met behulp van het daarvoor oorspronkelijk niet bedoelde instituut van de staatsraad in buitengewone dienst. Daaruit vloeit een aantal eigenaardigheden in de huidige organisatie voort. Ten eerste het feit dat het merendeel van de rechters in de Afdeling bestuursrechtspraak krachtens wettelijke bepaling een deeltijdaanstelling heeft. Staatsraden in buitengewone dienst kunnen thans immers niet een voltijdse aanstelling krijgen. Dit heeft tot gevolg gehad dat het rechtsprekende werk over een groter aantal personen is gespreid dan zonder deze wettelijke belemmering nodig zou zijn geweest. Ten tweede is het merendeel van de leden van de Afdeling bestuursrechtspraak geen lid van de Raad van State als zodanig. Daardoor zijn telkens hulpconstructies nodig als de Raad wil beraadslagen over zaken die alle staatsraden aangaan, zoals bij voorbeeld bij organisatorische aangelegenheden. Nu de rechtsprekende taak van de Raad gehandhaafd blijft, is er alle reden om hier iets aan te doen. Ook daarvoor is wijziging van de Wet op de Raad van State nodig.

Vanuit de beide hoofdtaken van de Raad van State is er dus reden om de structuur van de Raad en de wettelijke regeling daarvan aan de orde te stellen. Een derde reden daarvoor is de wens om bij het benoemen-

beleid meer rekening te kunnen houden met de onderscheiden eisen die beide hoofdtaken stellen. Zowel voor de wetgevingsadvisering als voor de bestuursrechtspraak zijn kennis van en ervaring met het openbaar bestuur en inzicht in constitutionele verhoudingen en beginselen belangrijke vereisten. Voor wetgevingsadvisering en bestuursrechtspraak gelden daarnaast meer specifieke vereisten, zoals het vermogen om eenheid en samenhang van beleid en wetgeving te bewaken en te bevorderen (de wetgevingsadviseur) of het vermogen om de rechterlijke functie naar behoren te beoefenen (de bestuursrechter). Voor de advisering kan het verder wenselijk zijn om personen in de Raad op te nemen die beschikken over bijzondere, niet juridische kwaliteiten zoals bestuurskundige, economische en technische ervaringen en deskundigheden.

Hoewel de vereisten voor beide functies dus voor een deel samenvallen, lopen zij anderzijds ook weer voor een deel uiteen.

Degenen die uit een oogpunt van de adviesfunctie voor benoeming in de Raad in aanmerking zouden kunnen komen, zullen daarom niet altijd zonder meer in staat zijn om daarnaast op het vereiste niveau de rechterlijke functie uit te oefenen op de terreinen waarop de Afdeling bestuursrechtspraak de hoogste rechter is. In de huidige wettelijke structuur moet die eis echter wel worden gesteld. Uitzonderingen zijn daarop nu niet mogelijk.

Aan de kant van de bestuursrechtspraak speelt dit probleem minder, doordat de bijzondere opbouw van de Afdeling bestuursrechtspraak al meebrengt dat een groot deel van de rechters uitsluitend voor de rechtsprekende taak wordt aangetrokken.

Samenvattend vloeien uit het voorgaande de volgende wensen voort voor de toekomstige structuur van de Raad:

- concentratie van de wetgevingsadvisering bij een geringer aantal staatsraden die daaraan een aanmerkelijk groter gedeelte van hun tijd kunnen besteden;
- het scheppen van de mogelijkheid om rechters te benoemen met een voltijdse aanstelling;
- een betere inbedding van de bestuursrechtspraak in de hoofdstructuur van de Raad;
- het scheppen van de mogelijkheid om staatsraden te benoemen die niet tevens worden belast met rechtspraak.

Naast deze wensen moeten bij de vormgeving van de toekomstige structuur een aantal randvoorwaarden in acht worden genomen. De toekomstige structuur moet in voldoende mate flexibel zijn om mogelijke nieuwe ontwikkelingen te kunnen accommoderen. De huidige knelpunten zijn merendeels het gevolg van een te strakke en inflexibele structuur die geen mogelijkheden biedt voor variatie of uitzonderingen. Veranderingen in aard en omvang van de taken van de Raad moesten daardoor soms met onnodig gekunstelde constructies worden opgevangen (bijvoorbeeld het grote aantal staatsraden i.b.d.). Een meer flexibele structuur verdient daarom de voorkeur.

Voorts mag de concentratie van de wetgevingsadvisering bij een geringer aantal staatsraden niet tot gevolg hebben dat de breedte en de pluriformiteit van de advisering gevaar loopt. Dat stelt eisen aan het aantal leden van de Raad dat ten minste aan die advisering zal moeten blijven deelnemen. Gelet op de omvang van het adviserende werk, betekent dit dat wetgevingsadvisering voor de meeste leden die daaraan deelnemen niet een volledige dagtaak kan zijn. Ook voor de kwaliteit van de advisering is het gewenst dat de adviseurs als regel daarnaast nog andere werkzaamheden verrichten.

Ten slotte dienen uiteraard ook in de toekomstige structuur de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de Raad van State en zijn afdelingen gewaarborgd te blijven. In dat verband dient met name aandacht te

worden besteed aan het arrest-Kleyn van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Daarop wordt in de volgende paragraaf ingegaan.

3.3 Het arrest-Kleyn

Op 6 mei 2003 heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens uitspraak gedaan in de zaak-Kleyn, ook wel bekend als de Betuweroute-zaak (EHRM 6 mei 2003, JB 2003, 119 m.nt. AWH, AB 2003, 211 m.nt. LV/BdeW; aan de Kamer toegezonden bij brief van de Minister van Binnelandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 7 mei 2003, Kamerstukken II 2002/03, 25 425, nr. 6). Deze zaak is in zekere zin een vervolg op het eerdere Procola-arrest (EHRM 28 september 1995, AB 1995, 588 m.nt. ICvdV) betreffende de Luxemburgse Raad van State. Naar aanleiding van laatstgenoemd arrest heeft de Raad van State destijds een aantal praktische maatregelen getroffen om te voorkomen dat de schijn van partijdigheid zou worden gewekt doordat aan de behandeling van een beroepszaak zou worden deelgenomen door een staatsraad die ook heeft deelgenomen aan de advisering over een kwestie die in de beroepszaak aan de orde is. (Zie over het Procola-arrest en de naar aanleiding daarvan getroffen maatregelen de notitie van het toenmalige kabinet van 12 februari 1998, Kamerstukken II 1997/98, 25 425, nr. 3).

In de zaak-Kleyn stelden de klagers zich op het standpunt dat de advisering door de Raad van State over de ontwerp-Tracéwet in strijd met artikel 6 EVRM afbreuk had gedaan aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van (leden van) de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State bij de behandeling van de door hen bij de Afdeling ingestelde beroepen tegen het Tracébesluit voor de Betuweroute. Eén van de staatsraden die de beroepszaak behandelden, was ook bij de advisering betrokken geweest. Het EHRM oordeelt (met 12 tegen 5 stemmen) dat deze klacht ongegrond is.

Daartoe stelt het Hof eerst uitdrukkelijk vast dat de onafhankelijkheid van de Raad van State als instelling buiten twijfel staat. Voorts stelt het Hof vast, dat er geen enkele aanwijzing is dat één of meer staatsraden bij de behandeling van het beroep daadwerkelijk partijdig zijn geweest. Dan resteert de vraag of wellicht de schijn van partijdigheid is gewekt. Naar het oordeel van het Hof is dit niet het geval, reeds omdat de uitspraak op het beroep tegen het Tracébesluit en het eerdere advies geen betrekking hadden op «the same decision or the same case». Het Hof merkt in zijn uitspraak echter wel op er niet zeker van te zijn dat de door de Raad van State naar aanleiding van het Procola-arrest getroffen maatregelen ook in de toekomst in alle gevallen voldoende zullen zijn om de schijn van partijdigheid te voorkomen.

Deze uitspraak betekent in ieder geval dat het Hof het samengaan van de adviserende en de rechtsprekende taak in één onafhankelijke instelling (institutionele koppeling) niet in strijd met artikel 6 EVRM acht. Ditzelfde geldt voor het gelijktijdig uitoefenen van beide taken door een individuele staatsraad. Zou het Hof dit laatste onaanvaardbaar hebben gevonden, dan zou de uitspraak immers anders hebben geluid, nu alle rechters in deze zaak tevens deel uitmaakten van de volle Raad en één van hen ook al staatsraad was op het moment van het advies over de Tracéwet.

Wat het «same-case»-criterium betreft, overwoog het Hof dat de advisering door de Raad het wetsvoorstel voor de Tracéwet betrof, waarin voorstellen werden gedaan voor een algemene regeling van de besluitvormingsprocedures voor belangrijke infrastructuurbeslissingen, terwijl de beroepen waarin de Afdeling bestuursrechtspraak uitspraak had gedaan, gericht waren tegen het Tracébesluit voor de Betuweroute, welk besluit was genomen op basis van een in de Tracéwet geregelde procedure. Het Hof was van oordeel dat de oordelen van de Raad die waren vervat in het advies over de Tracéwet en de daarop volgende gerechtelijke procedure tegen het Tracébesluit niet betrekking hadden op «the same

case». Hoewel de Betuweroute met zoveel woorden genoemd werd in het advies van de Raad over de Tracéwet, kon de vermelding daarvan volgens het Hof redelijkerwijs niet worden opgevat als een uitdrukking van enig oordeel over een onderwerp waarover naderhand de Minister van Verkeer en Waterstaat in het bestreden Tracébesluit een beslissing had genomen. Dit oordeel van het Hof sluit aan bij hetgeen de Nederlandse regering op dit punt in het verweerschrift had betoogd, namelijk dat de Raad van State adviseert over wetten en algemene maatregelen van bestuur, terwijl de Afdeling bestuursrechtspraak oordeelt over concrete besluiten van de overheid en dat het daardoor niet vaak zal voorkomen dat een advies van de Raad van State over een voorstel van wet in abstracto en een latere uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak in een concrete zaak, waarin de uiteindelijk tot stand gekomen wet van toepassing is, «the same case» of «the same decision» betreffen. Voorts moet worden bedacht, dat nogal wat zaken bij de Afdeling bestuursrechtspraak de toepassing betreffen van gemeentelijke of provinciale regelgeving, dan wel van ministeriële regelingen, waarover de Raad van State in het geheel niet heeft geadviseerd. De risico's zijn dus zeer beperkt, maar dat betekent niet dat zij geheel zijn uitgesloten.

Het Hof plaatst als gezegd vraagtekens bij de maatregelen die de Raad van State heeft getroffen om deze risico's te ondervangen. Uit het Jaarverslag van de Raad over het jaar 2000 leidt het Hof af dat de samenstelling van de behandelende kamer van de Afdeling bestuursrechtspraak slechts kritisch wordt gezien, indien een appellant heeft laten merken daaraan te twijfelen en dat het vervolgens gehanteerde criterium inhoudt dat de samenstelling alleen wordt gewijzigd indien het beroep betrekking heeft op een materie die expliciet aan de orde is geweest in het eerdere advies van de Raad.

In verband met de uitspraak van het Hof heeft de Afdeling bestuursrechtspraak besloten een meer actieve controle van de zaken ter hand te nemen dan tevoren het geval was. Thans wordt onmiddellijk na de binnenkomst van het beroep, in het vooronderzoek systematisch door de Afdeling gecontroleerd of een advies van de Raad van State over een voorstel van wet of ontwerp van algemene maatregel van bestuur en een aan de Afdeling voorgelegd beroep waarin de desbetreffende wet of algemene maatregel van bestuur van toepassing is, een «same case» of een «same decision» betreft als door het Hof bedoeld.

Hoewel het arrest van het EHRM geen criteria bevat aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of in een concreet geval sprake is van een «same case» of van een «same decision», kan uit de door het Hof in overweging 201 verrichte toetsing worden opgemaakt, dat er een nauw verband moet bestaan tussen de materie waarover is geadviseerd en de rechtsvragen die bij de behandeling van een (hoger) beroep ter beslissing voorliggen. Op grond van de rechtspraak van het Hof mag ervan worden uitgegaan dat een bij de Afdeling voorliggende zaak alleen dan in dit opzicht gevoelig is, wanneer daarin rechtsvragen aan de orde zijn waarover de Raad van State eerder heeft geadviseerd. Bij vragen betreffende ministeriële regelingen en autonome en medebewindsverordeningen is dit niet het geval, nu de Raad daarover geen advies uitbrengt. Ook overigens blijkt zich slechts incidenteel een mogelijke samenloop van rechtsvragen voor te doen. Men zou kunnen denken aan de rechtsvraag of een wet c.q. een wettelijke bepaling strijdig is met rechtstreeks werkende bepalingen van verdragen of besluiten van internationale organisaties en de rechtsvraag of een algemene maatregel van bestuur strijdig is met een hogere regeling. Om zo'n situatie te voorkomen wordt reeds tijdens het vooronderzoek van de zaak, naast de beoordeling van de ontvankelijkheid en bevoegdheid, ook gezien of zich een «same case» of «same decision» als hier bedoeld zou kunnen voordoen.

Indien de in het (hoger) beroep aangevoerde gronden aanleiding geven voor de veronderstelling dat er in verband met de eerdere advisering door

de Raad sprake is van een «same case» of een «same decision» als door het Hof opgevat, wordt dit aangetekend op het instructieformulier. Bij de directie wetgeving van de Raad wordt dan nagegaan in welke samenstelling de Raad zijn desbetreffende advies heeft uitgebracht. Deze informatie wordt bij de instructie gevoegd, zodat de Voorzitter van de desbetreffende Kamer van de Afdeling bestuursrechtspraak – indien ook naar zijn mening sprake is van een «same case» of een «same decision» – daarmee rekening kan houden. Er worden dan in de behandelende kamer geen leden opgenomen die bij de advisering over dit onderwerp betrokken zijn geweest. Dit geschiedt ongeacht de inhoud van het advies.

Mocht ondanks het voorgaande, voorafgaand aan of tijdens de zitting de kamer of een van haar leden gewraakt worden omdat sprake zou zijn van een «same case» of «same decision», dan is het oordeel daarover aan de wrakingskamer. Appellanten kunnen ruim een week voor de zitting op de website van de Raad kennis nemen van de samenstelling van de kamer. Deze mededeling is een van de aanvullende maatregelen die de Afdeling heeft getroffen naar aanleiding van de uitspraak van het Hof.

De hanteerbaarheid van dit systeem wordt in de voorgestelde opzet vergroot doordat het aantal staatsraden waarvoor dit speelt in de nieuwe structuur in elk geval zal afnemen. Als sluitstuk van deze maatregelen zal de in de praktijk reeds gehanteerde regel, dat een staatsraad niet kan deelnemen aan de behandeling van een zaak als zich een «same case»-situatie voordoet, uitdrukkelijk in de Wet op de Raad van State worden vastgelegd.

3.4 Hoofdlijnen van de toekomstige structuur

Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat het zowel vanuit de wetgevingsadvisering als vanuit de bestuursrechtspraak gezien, wenselijk is om de beide hoofdfuncties van de Raad organisatorisch scherper te onderscheiden. Tegelijk hechten wij er aan, de eenheid van de Raad te blijven benadrukken. Aan deze beide uitgangspunten kan recht worden gedaan door te kiezen voor een structuur zoals ook de Belgische, Franse en Italiaanse Raad van State die kennen: één Raad met afzonderlijke afdelingen, die elk één van de hoofdtaken uitoefenen.

Met de Raad van State menen wij dat het thans wenselijk is om gebruik te maken van de sinds 1983 door de Grondwet geboden mogelijkheid tot het instellen van een aparte afdeling voor de wetgevingsadvisering binnen de Raad, naast de al bestaande Afdeling bestuursrechtspraak. Naast de verplichte advisering over wetgeving kan bij die afdeling ook de advisering door de Raad in andere door de wet aangewezen gevallen worden ondergebracht.

Een structuur waarin binnen de Raad zelf twee aparte en gelijkwaardige afdelingen bestaan voor de beide hoofdtaken van de Raad, geeft uitdrukking aan de gelijkwaardigheid van beide taken en biedt de beste mogelijkheden om de samenstelling van de Raad en – binnen de Raad – de inzet van de staatsraden af te stemmen op de wensen en behoeften ook bij toekomstige veranderingen daarin. Het instellen van een aparte Afdeling wetgeving is tevens een belangrijke bijdrage aan doorzichtigheid en kenbaarheid van de wijze waarop situaties worden voorkomen die niet verenigbaar zijn met artikel 6 EVRM. Het gaat daarbij in het bijzonder om het vertrouwen dat in een rechtsgeding niet door dezelfde personen over de «same case» wordt geoordeeld als eerder in de advisering over wetgeving.

Dit betekent niet, dat straks in het wetsformulier de uitdrukking «de Raad van State gehoord» zal worden vervangen door «de Afdeling wetgeving gehoord». De adviestaak blijft opgedragen aan de Raad van State als zodanig, maar in de wet zal worden bepaald dat deze taak wordt uitgeoefend door een orgaan van de Raad, de Afdeling wetgeving. Om de gelijkwaardigheid van beide taken en van beide Afdelingen te benadrukken, ligt

het dan in de rede om, wederom in navolging van België, Frankrijk en Italië, voor de rechtspraak dezelfde structuur te kiezen: de rechtsprekende taak wordt opgedragen aan de Raad van State, maar de wet zal bepalen dat deze taak wordt uitgeoefend door de Afdeling bestuursrechtspraak. De Raad van State als zodanig zal minder leden tellen dan thans. Het kabinet denkt aan vijftien tot twintig staatsraden. Met dat aantal kan de breedheid en pluriformiteit van de inhoudelijke inbreng worden verzekerd. In de afdelingen kunnen daarnaast ook staatsraden in buitengewone dienst worden benoemd, die geen lid zijn van de Raad van State, maar wel van één van de afdelingen. Zij zullen anders dan thans ook gewoon voltijds kunnen worden benoemd; voor de thans wettelijk verplichte deeltijdaanstelling bestaat geen goede grond meer.

Een belangrijke vraag is, of een staatsraad, tegelijk of volgtijdelijk, lid kan zijn van beide Afdelingen. Zoals in de vorige paragraaf is uiteengezet, blijkt uit het arrest-Kleyn dat artikel 6 EVRM zich daartegen niet verzet. Naar het oordeel van het kabinet zijn er goede argumenten om een dergelijk dubbellidmaatschap niet uit te sluiten en tot op zekere hoogte zelfs te bevorderen.

Een belangrijke reden waarom de wetgever altijd heeft gehecht aan het samengaan van beide taken binnen de Raad van State is, dat daardoor de uitoefening van elk van deze taken door wederzijdse bevruchting aan kwaliteit kan winnen. Kennis van, inzicht in en ervaring met de praktijk van het openbaar bestuur kunnen zo worden ingebracht in de bestuursrechtspraak en de advisering over wetgeving en bestuur wordt geen geïsoleerde bezigheid. Dat veronderstelt dat de beide taken ook op het niveau van de individuele staatsraad gecombineerd kunnen worden. Thans is dat een wettelijk automatisme voor de leden van de Raad. In de nieuwe structuur zal dit voor de gewone staatsraden de hoofdregel blijven, maar wordt de mogelijkheid geopend dat een staatsraad bij koninklijk besluit uitsluitend met hetzij rechtspraak, hetzij advisering wordt belast.

De beoogde concentratie van de wetgevingsadvisering kan gestalte krijgen bij de samenstelling van de nieuwe Afdeling wetgeving. Voor de omvang daarvan denkt het kabinet aan een kleine twintig staatsraden. Uitgangspunt is dat dit gewone staatsraden zullen zijn; dat bevordert ook het gezag van de adviezen. Daarnaast zullen in de Afdeling wetgeving enkele staatsraden in buitengewone dienst kunnen worden benoemd. Langs die weg kunnen personen met specifieke deskundigheden bij de wetgevingsadvisering worden betrokken. Voorts zullen de leden van het Koninklijk Huis die zitting hebben in de Raad, tevens zitting hebben in de Afdeling wetgeving.

In de Afdeling bestuursrechtspraak zal het aantal staatsraden in buitengewone dienst, net als thans, in verband met de werklust aanzienlijk groter moeten zijn: enige tientallen. Nu uit het voorgaande volgt, dat in de praktijk niet meer dan 10 tot 15 personen lid van beide afdelingen zullen zijn, betekent dit ook, dat in de grote meerderheid van de zaken de «same case»-problematiek zich reeds daarom niet kan voordoen. De gewone staatsraden zullen immers niet alleen in de minderheid zijn, maar ook per persoon minder zaken doen dan de staatsraden in buitengewone dienst, omdat zij de helft van hun tijd aan advisering zullen besteden.

De Raad als zodanig vervult in elk geval de grondwettelijke taken ten aanzien van het koninklijk gezag (artikelen 35 en 38 van de Grondwet). Daarnaast blijft bij de Raad ook de taak voordrachten en aanbevelingen te doen tot benoeming van respectievelijk de staatsraden en staatsraden i.b.d. en de vice-president van de Raad (artikel 3, eerste lid, Wet op de Raad van State) en zal de Raad zich uiteraard ook bezig moeten houden met algemene zaken die de gehele Raad aangaan, zoals organisatorische zaken, het jaarlijks verslag uitbrengen van zijn werkzaamheden en het (jaarlijks) rapporteren over algemene knelpunten in wetgeving en bestuur waarop de Afdelingen bij de uitoefening van hun taken stuiten.

Samengevat ziet de nieuwe structuur er dus als volgt uit:

- De Raad van State bestaat uit een kleine twintig staatsraden.
- De staatsraden zijn in de regel lid van beide afdelingen, maar het is mogelijk dat een staatsraad slechts lid is van één afdeling. Dit wordt bij koninklijk besluit bepaald.
- Alle taken worden opgedragen aan de Raad van State als zodanig.
- De adviserende taken van de Raad worden uitgeoefend door een Afdeling wetgeving, die bestaat uit staatsraden en enkele staatsraden in buitengewone dienst.
- De rechtsprekende taak van de Raad wordt uitgeoefend door een Afdeling bestuursrechtspraak, die bestaat uit staatsraden en de nodige staatsraden in buitengewone dienst.

4. Overzicht wetsvoorstellen

Gelet op het voorgaande zullen in de loop van 2004 vier wetsvoorstellen worden ingediend:

- wetsvoorstel hervakaveling bevoegdheden tussen ABRS en CBb;
- wetsvoorstel aanpassing bestuursprocesrecht (verruiming mogelijkheden definitieve geschilbeslechting en regeling hoger beroep in de Awb);
- wetsvoorstel gemeenschappelijke rechtseenheidskamer ABRS/CRvB/CBb
- wijziging van de Wet op de Raad van State i.v.m. instelling Afdeling wetgeving.

De Minister van Justitie,
J. P. H. Donner

De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,
J. W. Remkes