

---

Vergaderjaar 1996–1997

---

**25 383**

**Rechtstreeks beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels bij de bestuursrechter**

**Nr. 1**

**BRIEF VAN DE MINISTER VAN JUSTITIE**

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

's-Gravenhage, 13 mei 1997

Ik bied u – mede namens de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken, de heer mr. J. Kohnstamm – de notitie aan over het rechtstreeks beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels bij de bestuursrechter. De notitie is toegezegd aan de Eerste en Tweede Kamer bij de beantwoording van vragen van het lid van de Eerste Kamer, de heer Jurgens (Aanhangsel I 1995/1996, nr. 34).

De notitie is tevens verzonden aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal.

De Minister van Justitie,  
W. Sorgdrager

## **Notitie aan de Eerste en Tweede Kamer der Staten-Generaal over het rechtstreeks beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels bij de bestuursrechter**

Gelet op artikel 119 van het Reglement van Orde van de Tweede Kamer der Staten-Generaal;

### **Samenvatting**

In de inleiding van de notitie wordt zowel ingegaan op de voorgeschiedenis van het vervallen van artikel 8:2 Awb per 1 januari 1999, waardoor vanaf die datum rechtstreeks beroep tegen avv's en beleidsregels bij de bestuursrechter mogelijk wordt, als op de aanleiding voor het zenden van de notitie aan beide Kamers. In paragraaf 2.1 wordt een overzicht gegeven van de huidige situatie van rechtsbescherming tegen avv's en beleidsregels in Nederland, door het beschrijven van de bevoegdheden dienaangaande van de burgerlijke, de straf- en de bestuursrechter. In paragraaf 2.2 wordt de rechtsbescherming tegen avv's in andere West-Europese landen beschreven, waaronder die in Frankrijk, Duitsland, Portugal, Italië en Zweden. Een meer uitgebreide beschrijving daarvan is in een bijlage bij de notitie opgenomen. Vervolgens worden in paragraaf 3 de argumenten voor en tegen het beroep tegen avv's en beleidsregels bij de bestuursrechter opgesomd, zoals die in veel publicaties in de rechtswetenschappelijke literatuur zijn beschreven. In paragraaf 4.1 worden aandachtspunten opgesomd bij het vervallen van artikel 8:2 Awb. Tot die aandachtspunten behoren het verschuiven van de bevoegdheid van de burgerlijke rechter naar de bestuursrechter, het verschil in toegang tot de procedure tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter en het verschil in bevoegdheden tussen deze rechters. In de volgende twee subparagrafen worden de gevolgen van het beroepsrecht beschreven indien het zonder aanvullen de regelgeving zou worden ingevoerd. Paragraaf 4.2 behandelt de gevolgen voor de rijksoverheid en de decentrale overheden en paragraaf 4.3 beschrijft de gevolgen voor de rechterlijke organisatie. In paragraaf 5 wordt de mogelijke procesrechtelijke vormgeving van het beroepsrecht weergegeven. In het licht van het beroep tegen avv's en beleidsregels worden diverse onderdelen van het bestuursprocesrecht beschreven. Tot die onderdelen behoren o.m. het belanghebbende-begrip, de bezwaarschriftprocedure, de bezwaar- en beroepstermijnen, de rechterlijke beslistermijn, het hoger beroep en de mogelijke vormen en gevolgen van een vernietiging van een avv of beleidsregel. In slotparagraaf 6 wordt op basis van de bevindingen uit de eerdere paragrafen een voorstel gedaan het tijdstip van invoering van het beroep tegen avv's en beleidsregels uit te stellen.

### **Beslispunt**

Aan beide Kamers wordt voorgesteld om met de ondertekenaars van de notitie van gedachten te wisselen over hun voornemen om een wetsvoorstel in te dienen, waarin zal worden geregeld dat artikel 8:2 Awb op een later tijdstip dan 1 januari 1999 zal vervallen.

## **Notitie over het rechtstreeks beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels bij de bestuursrechter**

### Inhoudsopgave

1	Inleiding	4
2	De huidige situatie van rechtsbescherming tegen avv's in Nederland en andere West-Europese landen	5
2.1	Rechtsbescherming tegen avv's in Nederland	5
2.2	Rechtsbescherming tegen avv's in andere West-Europese landen	6
3	Argumenten voor en tegen het beroep tegen avv's en beleidsregels bij de bestuursrechter	7
3.1	Argumenten voor het beroep tegen avv's en beleidsregels bij de bestuursrechter	8
3.2	Argumenten tegen het beroep tegen avv's en beleidsregels bij de bestuursrechter	9
3.3	Samenvatting	10
4	Aandachtspunten bij en de gevolgen van het vervallen van artikel 8:2 Awb	11
4.1	Aandachtspunten bij het vervallen van artikel 8:2	11
4.2	De gevolgen voor de rijksoverheid en decentrale overheden	13
4.3	De gevolgen voor de rechterlijke organisatie	15
5	Procesrechtelijke vormgeving	17
5.1	De toegang tot de procedure	17
5.2	Bezwaarschriftprocedure	21
5.3	Bezwaar- en beroepstermijnen en het rechtens onaantastbaar worden van een regeling	22
5.4	Relatieve competentie	25
5.5	Schorsende werking	25
5.6	Hoger beroep	25
5.7	Rechterlijke beslistermijn	26
5.8	Toetsingsmaatstaven	27
5.9	De vernietiging en de gevolgen van de vernietiging	27
5.10	Samenvatting	29
6	Overwegingen bij het tijdstip van invoering	30

## 1. Inleiding

Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel Voltooiing eerste fase herziening rechterlijke organisatie (Kamerstukken, 22 495) is op 22 juni 1993 het amendement-Jurgens/Biesheuvel met ruime meerderheid aanvaard<sup>1</sup>. als gevolg van dit amendement is in onderdeel 6 van het wetsvoorstel een artikel IVA ingevoegd. Ingevolge dat artikel zal vijf jaar na de inwerkingtreding van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) artikel 8:2 vervallen. In artikel 8:2 Awb is het beroep tegen besluiten, inhoudende algemeen verbindende voorschriften (avv's) en beleidsregels, uitgezonderd<sup>2</sup>. De termijn van vijf jaar was bedoeld om bestuur en rechter niet op hetzelfde moment met vele wijzigingen te confronteren, maar pas nadat enige tijd ervaring met de Awb zou zijn opgedaan. Met ingang van 1 januari 1999 zal – gegeven het feit dat het amendement is aanvaard – tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels derhalve beroep bij de bestuursrechter mogelijk worden.

In mei en juli 1996 heeft het lid van de Eerste Kamer, de heer Jurgens, vragen gesteld over eventuele ongewenste neveneffecten van het invoeren van dit beroep en heeft hij gevraagd of er onderzoek door de regering werd verricht naar die neveneffecten<sup>3</sup>. Een dergelijk onderzoek is tijdens de discussie in de Tweede Kamer niet aan de orde gekomen. Mede in deze vragen is desalniettemin aanleiding gezien om een notitie over het beroep tegen avv's en beleidsregels bij de bestuursrechter aan beide Kamers der Staten-Generaal toe te zeggen. Die notitie bieden wij u namens het kabinet aan.

Voor de goede orde zij vooraf het volgende opgemerkt. Wetten in formele zin vallen buiten het bestek van deze notitie. Onder besluiten in de zin van de Awb vallen geen wetten in formele zin (artikel 1:1, tweede lid, onder a, j° art. 1:3, eerste lid, Awb). Hetzelfde geldt voor planologische kernbeslissingen (pkb's). Doordat de meeste pkb's niet gericht zijn op rechtsgevolgen vallen zij niet onder de definitie van besluit en zijn daardoor niet vatbaar voor beroep. Voor zover onderdelen van een pkb wel zijn aan te merken als besluiten in de zin van artikel 1:3 Awb kan daartegen nu al door een ieder beroep worden ingesteld bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (artikel 2a, tiende lid, WRO).

Een beleidsregel is een besluit, niet zijnde een avv, dat een algemene regel geeft voor het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan. Als een beleidsregel wordt vernietigd heeft dit niet tot gevolg dat een bepaalde bevoegdheid niet meer kan worden gebruikt; hierdoor zijn er minder vragen over de gevolgen van een vernietiging van een beleidsregel. In deze notitie ligt de nadruk dan ook vooral op (de gevolgen van) het beroep tegen avv's. Waar gesproken wordt over beroep tegen avv's wordt daar mede onder verstaan beroep tegen beleidsregels, tenzij er aanleiding is om afzonderlijk in te gaan op beleidsregels.

Met de notitie wordt door het kabinet beoogd op neutrale wijze alle aspecten die met de verschuiving van het beroepsrecht naar de bestuursrechter samenhangen weer te geven. Daartoe is dan ook literatuur- en rechtsvergelijkend onderzoek verricht en is onderzocht wat de gevolgen voor het openbaar bestuur en de rechterlijke organisatie kunnen zijn. Voorts is de huidige situatie van rechtsbescherming tegen avv's in Nederland beschreven en wordt een aantal aandachtspunten weergegeven met betrekking tot de regeling van rechtsbescherming wanneer artikel 8:2 Awb zou komen te vervallen. Daarnaast wordt ingegaan op een mogelijke procesrechtelijke vormgeving van het beroepsrecht en op het tijdstip van invoering van het beroepsrecht. De notitie is dan ook als volgt opgebouwd. Paragraaf 2 geeft een analyse van de huidige situatie van rechtsbescherming tegen avv's in Nederland en in andere West-Europese landen. Een uitgebreide weergave van de rechtsbescherming tegen avv's

<sup>1</sup> Kamerstukken II, 22495, nr. 19. Voor stemden de leden van de fracties van de PvdA, GroenLinks, D66, het CDA en de Centrum Democraten en die van de overige fracties stemden tegen (Handelingen II, 22 juni 1993, p. 81–5876).

<sup>2</sup> Ingevolge artikel IVA vervalt artikel 8:2 Awb in zijn geheel, ook de onderdelen b en c. De onderdelen b en c zonderen het beroep uit tegen besluiten tot goedkeuring, intrekking of vaststelling van de inwerkingtreding van avv's en beleidsregels. Als beroep tegen avv's en beleidsregels mogelijk wordt vervalt daarmee ook de noodzaak voor de onderdelen b en c.

<sup>3</sup> Aanhangsel I 1995/96, nrs. 32 en 34.

in andere West-Europese landen is opgenomen in de bijlage bij deze notitie. Paragraaf 3 gaat in op het beroepsrecht als zodanig. Een weergave van argumenten voor en tegen dit beroep, zoals die in rechts-wetenschappelijke literatuur en andere publicaties naar voren zijn gebracht, wordt in die paragraaf gegeven. Paragraaf 4 behandelt de gevolgen van het vervallen van artikel 8:2 Awb, met name voor de overheden en de rechterlijke organisatie, indien geen aanvullende wetgeving tot stand zou komen. In paragraaf 5 gaat het kabinet in op een mogelijke (procesrechtelijke) vormgeving van dit beroep in Nederland aan de hand van de in de eerdere paragrafen getrokken conclusies. In paragraaf 6 geeft het Kabinet ten slotte aan op grond van welke overwegingen zij tot de conclusie komt dat de tijd voor de invoering van het beroepsrecht op 1 januari 1999 bij de bestuursrechter nog niet rijp is.

Over de notitie is de Commissie wetgeving algemene regels voor bestuursrecht (Commissie-Scheltema) om advies gevraagd. Het advies van de Commissie is verwerkt in de notitie.

## **2. De huidige situatie van rechtsbescherming tegen avv's in Nederland en andere West-Europese landen**

### *2.1 Rechtsbescherming tegen avv's in Nederland*

Teneinde na te gaan welke veranderingen het vervallen van artikel 8:2 Awb met zich zal brengen, en welke voorzieningen eventueel in dat verband nodig zouden zijn, wordt eerst aangegeven hoe het recht thans luidt.

Algemeen verbindende voorschriften kunnen namelijk reeds in het geldende recht op verschillende manieren voorwerp van een procedure voor verschillende rechters zijn.

De *bestuursrechter* kan een algemeen verbindend voorschrift op twee wijzen toetsen:

1. In de eerste plaats indien een besluit ter uitvoering van een avv voorwerp van beroep is, bijvoorbeeld als een vergunning wordt geweigerd, kan daartegen beroep bij de bestuursrechter worden ingesteld met het argument dat de verordening waarop de weigering is gebaseerd in strijd met het recht is. De rechter toetst dan de verordening, en vernietigt het daarop gebaseerde besluit indien hij de verordening onverbindend acht.

2. De tweede wijze van toetsen betreft gevallen waarin een bijzondere wet het beroep op de bestuursrechter tegen avv's uitdrukkelijk mogelijk maakt. Dit laatste komt slechts in uitzonderingsgevallen voor<sup>1</sup>.

De *strafrechter* kan een algemeen verbindend voorschrift toetsen indien een in die regeling beschreven feit strafbaar is gesteld. Ontslag van rechtsvervolgning vindt plaats indien de rechter tot de slotsom komt dat de regeling onverbindend is.

Bij de *burgerlijke rechter* kan rechtstreeks tegen een algemeen verbindend voorschrift worden opgekomen. De behoefte daaraan is ontstaan toen bleek dat de mogelijkheden om een algemeen verbindend voorschrift bij de bestuursrechter of de strafrechter te bestrijden in een aantal gevallen onvoldoende zijn. Bijvoorbeeld als degene die door een algemeen verbindend voorschrift direct in zijn belang wordt getroffen en schade ondervindt, zelf niet een procedure voor de bestuursrechter of strafrechter kan uitlokken. Als voorbeeld daarvoor geldt de casus uit het PocketbooksII-arrest uit 1969<sup>2</sup>, waarin bij ministeriële regeling was bepaald dat niet zonder vestigings-vergunning voor het boekverkopers-bedrijf pocketboeken mochten worden verkocht (door kruideniers). Hierdoor leden de uitgevers van die pocketboeken grote verliezen. De

<sup>1</sup> Voorbeelden daarvan zijn artikel 16, tweede lid, Wet Ambulancevervoer, artikel 23, vierde lid, Vleeskeuringswet, artikel 17, eerste lid, Wet geneesmiddelenprijzen, artikel 155 van de Waterschapswet en de artikelen 11, 28, 29, 31a en 31b WRO.

<sup>2</sup> HR 24 -1-69, NJ 1969, no. 316, p. 876 e.v.

burgerlijke rechter verlangt wel dat degene die tegen een regeling opkomt, daarbij een voldoende belang heeft.

De mogelijkheid een vordering bij de burgerlijke rechter aanhangig te maken vloeit direct voort uit de functie van «restrechter» die deze vervult. Indien er voor de betreffende verordening geen toegang tot een andere bevoegde rechter bestaat, kan men bij de burgerlijke rechter terecht. De bestuursrechter beoordeelt beroepen tegen besluiten, zodat men daartegen niet bij de burgerlijke rechter kan opkomen. Maar omdat artikel 8:2 Awb twee soorten van besluiten – algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels – van het beroep uitzondert, kan daartegen wel bij de burgerlijke rechter worden opgekomen. Deze restbevoegdheid van de burgerlijke rechter is in verband met artikel 112 Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen (o.a. art. 6 EVRM) een gegeven.

Recentelijk hebben de Hoge Raad en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRS) uitspraken gedaan die de verhouding tussen beide rechtscolleges betreffen wat het beroep tegen avv's betreft. De uitspraak van de Hoge Raad betrof de bevoegdheid van de burgerlijke rechter ten aanzien van avv's gezien de beperking van de bevoegdheid van de bestuursrechter als gevolg van artikel 8:2 Awb. De Hoge Raad stelde in dat arrest dat «de eisen van een doeltreffende rechtsbescherming tegen de overheid met zich brengen dat een burger het geschil omtrent de verbindendheid van een voorschrift aan de rechter moet kunnen voorleggen. Zolang de beslechting van een dergelijk geschil niet aan de bestuursrechter is opgedragen, (...) moet die burger de vraag of het voorschrift verbindend is, in beginsel door middel van een vordering gegrond op onrechtmatig overheidsoptreden kunnen voorleggen aan de burgerlijke rechter. (...) Niet kan immers van de burger worden verwacht dat hij, hoezeer ook overtuigd dat de regeling onverbindend is, het op strafvervolgning of toepassing van bestuursdwang laat aankomen om die onverbindendheid te doen vaststellen»<sup>1</sup>. De ABRS heeft – eveneens recentelijk – de toetsing van een besluit inzake de vergoeding van schade als gevolg van een (wijziging van ) een algemeen verbindende voorschrift, binnen zijn rechtsmacht gebracht<sup>2</sup>. Deze ontwikkeling in de jurisprudentie kan in de toekomst onduidelijkheid creëren over de bevoegdheid van de burgerlijke rechter als «restrechter» en de bestuursrechter.

## *2.2 Rechtsbescherming tegen avv's in andere West-Europese landen*

In West-Europa neemt Nederland, samen met Luxemburg, een uitzonderingspositie in, doordat geen beroep tegen avv's mogelijk is bij de *bestuursrechter*. In de bijlage bij deze notitie is van enkele West-Europese landen een beschrijving van hun rechtsbestel opgenomen voor zover dit het beroep tegen avv's betreft. Daarvoor heeft het kabinet gebruik gemaakt van de proefschriften van Bok en van Van Male<sup>3</sup>. Daarnaast is informatie gevraagd bij de departementen van Justitie in de betreffende landen over de praktijk(-cijfers) van het beroepsrecht in hun land. Voor zover die informatie beschikbaar was, is deze verwerkt in de bijlage. In deze paragraaf wordt een samenvatting gegeven van de informatie in de bijlage.

De vormgeving van het beroep tegen avv's in de West-Europese landen die zijn opgenomen in de bijlage kan op de verschillende onderdelen als volgt worden samengevat. De avv's waartegen in beroep kan worden gegaan zijn vaker regelingen van lagere overheden dan van de centrale overheid. Voor zover het wel regelingen van de centrale overheid betreft zijn de wetten in formele zin uitgezonderd van beroep dan wel alleen voorbehouden aan beroep bij een constitutionele rechter. In alle in de bijlage weergegeven landen is het toetsingsrecht primair voorbehouden aan de administratieve rechter. De rechtsgang bestaat doorgaans uit een

<sup>1</sup> HR 11–10–96, Jurisprudentie bestuursrecht afl. 15, no. 241, p. 1045 e.v., AB 1997, 1, m.nt. Th. G. Drupsteen.

<sup>2</sup> ABRS 29-11-1996, Jurisprudentie bestuursrecht afl. 15, no. 253, p. 1100 e.v. Het betrof i.c. schade als gevolg van aanscherping van de voorschriften in het Besluit houdende regels voor chemische waterrijen. Enig verband van de beslissing inzake schadevergoeding met een appellabel besluit werd niet vereist.

<sup>3</sup> A.J. Bok, «Rechterlijke toetsing van regelgeving», Deventer, 1991 en R.M. van Male, «Rechter en bestuurswetgeving», Zwolle, 1988.

gerecht in eerste aanleg, een gerecht voor geschillen in hoger beroep en een hoogste gerecht. Deze laatste fungeert meestal als cassatierechter, soms als rechter voor prejudiciële vragen.

De drempel om gebruik te mogen maken van het beroepsrecht is laag. Een direct, individueel en actueel of toekomstig belang is reeds voldoende. Alleen in Duitsland en Portugal wordt van beroeps-gerechtigden verlangd dat zij een (voorzienbaar) nadeel (zullen) onder-vinden van de betreffende regeling.

Wat de beroepstermijn betreft loopt de vormgeving tussen de landen uiteen: van een termijn van 60 dagen of twee maanden tot in het geheel geen termijn. Met uitzondering van Duitsland wordt in alle landen getoetst aan zowel het geschreven recht als het ongeschreven recht. Hierbij moet worden opgemerkt dat Duitsland wel enkele algemene rechtsbeginselen heeft opgenomen in de Grondwet waaraan getoetst kan worden.

In geen van de onderzochte landen heeft het beroep direct schorsende werking. Deze kan echter wel worden bewerkstelligd door aan de rechter om een schorsing te vragen in de vorm van een voorlopige voorziening.

In alle landen kan een beroep leiden tot vernietiging van de aange-vochten regeling. De gevolgen van een dergelijke vernietiging blijven niet beperkt tot de kring van procespartijen, maar gelden jegens een ieder. Aan de vernietiging wordt veelal terugwerkende kracht verleend (*ex tunc*). De gevolgen van een vernietiging met terugwerkende kracht worden vaak gemitigeerd doordat uitvoeringsbesluiten die reeds zijn genomen op basis van naderhand vernietigde regelingen in stand (kunnen) blijven.

Ten slotte kan hier in het kort worden vermeld dat praktijkcijfers van het beroepsrecht in de verschillende landen niet of nauwelijks bekend zijn. Er wordt in die landen geen aparte registratie bijgehouden van beroepen tegen avv's.

### **3. Argumenten voor en tegen het beroep tegen avv's en beleidsregels bij de bestuursrechter**

Vanaf het begin van de jaren tachtig zijn er in de rechtswetenschap-pelijke literatuur veel publicaties verschenen over het beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels bij de (bestuurs-) rechter. In preadviezen voor de Nederlandse Juristen Vereniging en de Vereniging voor Administratief Recht, in proefschriften, in annotaties bij rechterlijke uitspraken en in diverse artikelen zijn de voor- en nadelen van het ontbreken van deze beroepsmogelijkheid in Nederland op een rij gezet en geanalyseerd. Eén van de argumenten voor het rechtstreekse beroep destijds van Tweede Kamerleden was dat schrijvers vrijwel unaniem van oordeel waren dat een beroepsrecht tegen avv's op de bestuursrechter zou moeten worden ingevoerd<sup>1</sup>.

Om die reden is het wenselijk geacht in paragraaf 3.1 de argumenten voor het beroep op te sommen en in paragraaf 3.2 een opsomming te geven van de argumenten tegen het beroep; in beide paragrafen zijn ook de – eveneens uit de literatuur afkomstige – bestrijdingen van die argumenten opgenomen. Van belang is om te benadrukken dat het hier gaat om een feitelijke weergave van argumenten zoals gehanteerd in de literatuur en de parlementaire geschiedenis. Het kabinet spreekt geen oordeel uit over de gehanteerde argumenten. Voorts moeten de argumenten worden gezien in het licht van de discussie die in de jaren tachtig is gevoerd in de literatuur. Door de rechtsontwikkeling sindsdien kunnen sommige argumenten thans evenwel anders worden gezien, vandaar dat die argumenten van aanvullende informatie zijn voorzien.

Voor zover de argumenten ook tijdens de parlementaire behandeling van eerdergenoemd wetsvoorstel zijn genoemd, is dit in de (voetnoten van de) tekst aangegeven.

<sup>1</sup> Kamerstukken II 1992–1993, 22 495, nr. 5, p. 16.

### 3.1 Argumenten voor het beroep tegen avv's en beleidsregels bij de bestuursrechter

Een aantal argumenten voor het beroepsrecht op de bestuursrechter wordt geclusterd rond de onderwerpen rechterlijke organisatie en de rol van de burgerlijke rechter daarin. Eén van de belangrijkste en meest genoemde argumenten in deze cluster is het **rechtssystematische argument**. Tegen bijna alle besluiten van de overheid kunnen belanghebbenden in beginsel in beroep gaan bij de *bestuursrechter*. Tegen één bepaalde categorie, te weten algemeen verbindende voorschriften als zodanig, kunnen belanghebbenden alleen een actie instellen bij de *burgerlijke rechter* (door middel van een actie op grond van onrechtmatige daad)<sup>1</sup>. De uitzondering van artikel 8:2 Awb wordt dan ook ervaren als een inconsistentie in de rechterlijke organisatie, als een inbreuk op de systematiek van de Awb en als een potentiële bron van tegenstrijdige rechterlijke uitspraken over een en dezelfde regeling. Door het handhaven van de mogelijkheid bij de burgerlijke rechter een actie in te stellen, namen volgens enkele Kamerleden de door het wetsvoorstel Voltuoiing eerste fase herziening rechterlijke organisatie beoogde helderheid, de toegankelijkheid en de cliëntgerichtheid van het nieuwe rechtsstelsel niet noemenswaardig toe<sup>2</sup>.

Dit laatste wordt door voorstanders van het beroepsrecht niet alleen als een **breuk in de systematiek van de Awb** ervaren<sup>3</sup>, maar ook als een **oneigenlijk gebruik van artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek**<sup>4</sup>. De burgerlijke rechter zou immers artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad) op een wat oneigenlijke wijze moeten toepassen op regelgeving om een leemte in onze rechtsorde te voorkomen.

Anderen zijn van mening dat de burgerlijke rechter niet de meest geschikte rechter is voor het beoordelen van avv's. De burgerlijke rechter zou immers zijn toegerust voor het beoordelen van burgerrechtelijke geschillen en niet voor het beoordelen van bestuursrechtelijke geschillen of vragen. De burgerlijke rechter heeft voor het beoordelen van bestuursrechtelijke geschillen dan ook **minder bevoegdheden** dan de bestuursrechter<sup>5</sup> (zie ook paragraaf 4.1).

Tegenstanders van het beroep tegen avv's bij de bestuursrechter zijn van mening dat dit recht overbodig is (zie ook paragraaf 3.2), omdat de bestuursrechter tegen rechtstreeks werkende uitvoeringsbeschikkingen op grond van een avv bescherming biedt. Door zo een beschikking wordt een burger pas direct in zijn belangen getroffen. Voorstanders van het beroepsrecht bij de bestuursrechter zijn daarentegen van mening dat dit **onvoldoende rechtsbescherming** biedt<sup>6</sup>. Immers, een burger kan soms schade lijden door een regeling, zonder dat de uitvoering zich ooit tot hem zal richten. Als voorbeeld daarvoor geldt de casus uit het PocketbooksII-arrest (zie ook paragraaf 2.1).

Een volgend cluster van argumenten voor het beroepsrecht op de bestuursrechter betreft de veranderde rol van de wetgever en de totstandkomingsprocedure voor wetgeving. De afgelopen decennia heeft er op rijksniveau veel **delegatie** plaatsgevonden van regelgevende bevoegdheden. Doordat daarbij veelal wordt gekozen voor globale wetgeving is volgens sommigen het rechtsgehalte van deze wetgeving qua normstelling gering<sup>7</sup>. Een grote mate van beleidsvrijheid wordt volgens sommigen hierdoor aan het bestuur overgelaten, waardoor deze een grote invloed op wetgeving heeft gekregen. Daarbij komt nog het feit dat het bestuur (door het karakter van onze verzorgingsstaat) volgens hen partij is geworden in veel zaken die voorwerp van wetgeving zijn. Aan deze **partijdigheid van de wetgever**<sup>8</sup>, ook wel omschreven als bestuurscentrisme, zou het parlement onvoldoende tegenwicht kunnen bieden. De procedurele waarborgen voor de totstandkoming van wetgeving of de mate van betrokkenheid van vertegenwoordigende

<sup>1</sup> P.J.J. van Buuren, «Onrechtmatige wetgeving», pre-advies NJV, Zwolle, 1987, p. 92, evenzo J. H. Blaauw, «Enige vragen met betrekking tot het kort geding in burgerlijke en administratieve zaken», in: NJB afl. 13, 28/3/81, p. 335.

<sup>2</sup> Kamerstukken II 1992–1993, 22 495, nr. 5, p. 14 – 16.

<sup>3</sup> W. Konijnenbelt, «Gevangene van het systeem», in: Regelmaat 1991–4, p. 121, 122; Kamerstukken II 1992–1993, nr. 5, p. 15.

<sup>4</sup> J. van der Hoeven, «Bestuur en rechter», in: Recht op scherp, Zwolle, 1984, p. 314.

<sup>5</sup> M. Scheltema, annotatie bij het arrest van de Hoge Raad van 1 juli 1983, NJ 1984, p. 1299.

<sup>6</sup> M. Scheltema, idem, p. 1298.

<sup>7</sup> P.J.J. van Buuren, p. 12, 13

<sup>8</sup> M. Scheltema, De partijdige wetgever, Deventer, 1984, p. 4, 5.



lichamen ten spijt, de toetsing aan het recht door de vertegenwoordigende lichamen zou er slechts een zijn van toetsing vooraf<sup>1</sup>. Ook de omvang van het aantal regelingen stelt een grondige toetsing vooraf door vertegenwoordigende lichamen onder druk. Het streven van de politiek in de afgelopen jaren om het aantal regelingen terug te dringen door middel van **deregulering** zou hier onvoldoende tegenover kunnen stellen<sup>2</sup>. Een toetsing van regelgeving na de totstandkoming daarvan door de bestuursrechter, lijkt volgens voorstanders dan ook onvermijdelijk te zijn geworden.

Hier komt bij dat de jurisprudentie die de afgelopen jaren is ontstaan over het **onderscheid tussen besluiten in de zin van de Awb, te weten beschikkingen en besluiten van algemene strekking enerzijds – en algemeen verbindende voorschriften anderzijds** voor een burger niet direct duidelijk is. Een bouwverordening op grond waarvan een burger geen schuur mag bouwen in zijn tuin is net zo ingrijpend als het weigeren van een vergunning tot bouw van die schuur. Het bestuur gaat volgens sommigen bij het kiezen van de ten dienste staande instrumenten tot verwezenlijking van doelstellingen vaak willekeurig te werk. De burger zou daar niet de dupe van mogen worden<sup>3</sup>.

Het laatste hier te noemen argument is het **rechtsvergelijkende argument**. Tijdens de discussie in de Tweede Kamer is door Kamerleden gewezen op het feit dat in een groot aantal landen van de Europese Unie het beroep tegen algemeen verbindende voorschriften bij de bestuursrechter reeds lang tot de mogelijkheden behoort. Dit blijkt ook uit paragraaf 2.2. Door deze beroepsmogelijkheid in Nederland niet in te voeren zou Nederland een uitzonderingspositie blijven innemen op dit terrein<sup>4</sup>.

### *3.2 Argumenten tegen het beroep tegen avv's en beleidsregels bij de bestuursrechter*

De argumenten tegen het beroepsrecht worden op dezelfde wijze als hierboven geclusterd. Wat de rechterlijke organisatie betreft zijn de tegenstanders van het beroepsrecht op de bestuursrechter van mening dat er geen sprake is van een lacune, omdat in Nederland de burgerlijke rechter altijd nog uitkomst biedt tegen onrechtmatige regelgeving. Het rechtstreeks beroep op de bestuursrechter vinden zij qua systematiek voor de hand liggend, maar zou moeten wijken voor andere gewichtige argumenten<sup>5</sup>.

Een argument tegen het beroepsrecht van de regering destijds was, dat een avv zich onderscheidt van andere besluiten door de **formele rechtskracht**<sup>6</sup> (zie ook paragraaf 4.1 en 5.3). Indien bijvoorbeeld door het verstrijken van de beroepstermijn tegen een avv deze onaantastbaar zou worden voor beroep, zou dit minder rechtsbescherming impliceren voor de burgers die nadien geconfronteerd worden met de toepassing van een avv<sup>7</sup>. Om dit te voorkomen zouden burgers veiligheidshalve tegen elke avv in beroep moeten gaan. Dit gevoegd bij het feit dat burgers alle rechtsmiddelen die hun ter beschikking staan in beginsel benutten en de drempel naar de bestuursrechter laag is, zou tot een toename van beroepen op de rechter leiden. Deze zgn. **aanzuigende werking** zou tot een onwenselijke overbelasting van de rechterlijke macht kunnen leiden, hetgeen ook te veel kosten met zich zou brengen<sup>8</sup>.

De toetsing van avv's zou volgens tegenstanders bemoeilijkt worden door het feit dat niet iedereen ten tijde van de totstandkoming al belanghebbende is en dat avv's ten tijde van de totstandkoming wel rechtmatig kunnen zijn en pas door nadien aangenomen (hogere) regelgeving of door anderszins nadere rechtsontwikkeling onrechtmatig zouden kunnen worden. Dit laatste wordt ook wel genoemd het argument van de **dynamische rechtsorde**<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> M. Scheltema, annotatie NJ 1984, p. 1298 en J.M. Kan, «Rechtsbescherming tegen algemeen verbindende voorschriften» in: Non ex Regula, Deventer, 1985, p. 72.

<sup>2</sup> J. E. M. Polak, «Onrechtmatige wetgeving», pre-advies NJV, Zwolle, 1987, p. 192.

<sup>3</sup> J. E. M. Polak, p. 187, in die zin ook Kamerstukken II 1992–1993, 22 495, nr. 9, p. 15.

<sup>4</sup> Kamerstukken II 1992–1993, 22 495, nr. 5, p. 16 en nr. 9, p. 15.

<sup>5</sup> F. de Zeeuw, S.J. Zijlstra, «Wetgever handelt overhaast», in: Binnenlands Bestuur 21, 24/5/96, p. 27.

<sup>6</sup> Kamerstukken II 1991–1992, 22 495, nr. 3, p. 92–95.

<sup>7</sup> H. Ph. J. A. M. Hennekens, J. W. IJssink, R. E. de Winter, «De praktijk van toetsing van gemeentelijke regelgeving», preadvies VAR, Alphen aan den Rijn, 1987, p. 81.

<sup>8</sup> Kamerstukken II 1991–1992, 22 495, nr. 3, p. 92–95.

<sup>9</sup> Kamerstukken II 1992–1993, 22 495, nr. 9, p. 14, 15.

Vanuit de Kamer is destijds gereageerd op bovengenoemde argumenten van de regering, door erop te wijzen dat burgers pas geneigd zijn in beroep te gaan tegen een regeling als zij met de uitvoeringsbeschikking worden geconfronteerd, dat tegenover het aantal beroepen tegen avv's waarschijnlijk een vermindering van het aantal beroepen tegen besluiten zou staan en dat er slechts een verschuiving van zaken tussen de civiele sector en de bestuurssector zou plaatsvinden<sup>1</sup>.

Wat de rol van de wetgever en het bestuur betreft zijn de tegenstanders van dit beroepsrecht de mening toegedaan dat daardoor het risico ontstaat dat de rechter zich teveel op de stoel van de bestuurder of de wetgever gaat begeven, hetgeen in strijd wordt geacht met de **Trias Politica**-leer. De niet-democratisch gekozen rechter krijgt het recht de op democratische wijze tot stand gekomen regelgeving te niet te doen. Bovendien hoort de controle op het bestuur thuis bij de vertegenwoordigende lichamen, zoals bijvoorbeeld de Staten-Generaal, provinciale staten en de gemeenteraad<sup>2</sup>. Bedacht moet echter worden dat de burgerlijke rechter en de bestuursrechter het recht om avv's en beleidsregels te toetsen al hebben (zie paragraaf 2.1) en niet alle avv's door of met medewerking van rechtstreeks gekozenen worden uitgevaardigd (bijvoorbeeld amvb's, ministeriële regelingen en beleidsregels).

Daarnaast zijn tegenstanders van het beroepsrecht van mening dat het bestuur **beleidsvrijheid** nodig heeft om z'n taak op een efficiënte manier te verrichten. Teveel mogelijkheden van beroep leiden tot stroperigheid van de besluitvorming en uitvoering door het bestuur<sup>3</sup>. Het bestuur zou bovendien te zeer in de uitvoering worden belemmerd door de **onzekerheid over de rechtsgeldigheid** van dat beleid<sup>4</sup>. Overigens kan in het huidige systeem de burgerlijke rechter zonder beroepstermijnen – een avv onverbindend verklaren (zie ook paragraaf 4.1 en 5.3).

Naast de verhouding bestuur–rechter voorzien anderen problemen in de verhouding tussen rechter en volksvertegenwoordiging, vooral als het gaat om verordeningen van de volksvertegenwoordiging van decentrale overheden, zoals provincies en gemeenten. Waarom zou de rechter een besluit van een gekozen volksvertegenwoordiging opzij mogen zetten wegens schending van zoiets onbepaalds als «algemene beginselen van bestuur», zo vragen zij zich af<sup>5</sup>. Dit spanningsveld zal zich bovendien vaker voordoen bij de decentrale overheden, omdat vrijwel elk besluit vanaf 1 januari 1999 rechtstreeks appellabel wordt, terwijl de rijksoverheid er nog voor kan kiezen om haar besluiten te gieten in de vorm van een formele wet.

Door anderen wordt hiertegen ingebracht, dat zowel de regelgever (deels volksvertegenwoordiging) als het bestuur zich aan hogere regelgeving en normen hebben te houden en dat het de rol van de rechter is om op de naleving daarvan te letten<sup>6</sup>.

Ten slotte achtte de regering het niet wenselijk om op dat moment van de herziening van de rechterlijke organisatie over te gaan tot invoering van een nieuwe beroepsmogelijkheid<sup>7</sup>. Volgens enkele leden van de Tweede Kamer weegt de bevordering van de overzichtelijkheid en de toegankelijkheid van het stelsel van rechtsbescherming zwaarder dan de vrees voor een grotere toeloop op de rechter<sup>8</sup>. Het argument van de regering van de **juiste timing** was voor de indieners van het amendement-Jurgens/Biesheuvel wel een reden om een overgangstermijn van vijf jaar op te nemen<sup>9</sup>.

### 3.3 Samenvatting

De argumentatie in de literatuur voor het rechtstreekse beroep op de bestuursrechter wordt vooral gebaseerd op de argumenten dat het beroep tegen avv's wel mogelijk is bij de burgerlijke rechter, maar zowel

<sup>1</sup> Kamerstukken II 1992–1993, 22 495, nr. 9, p. 15.

<sup>2</sup> J. M. Polak, «Toetsing van gemeentelijke regelgeving door administratieve rechters» in: NJB afl. 13, 28/3/87, p. 409.

<sup>3</sup> F. de Zeeuw, S. J. Zijlstra, «Wetgever handelt overhaast», in: Binnenlands Bestuur 21, 24/5/96, p. 27.

<sup>4</sup> Kamerstukken II 1992–1993, 22 495, nr. 3, p. 94 en nr. 6, p. 35.

<sup>5</sup> E. C. M. Jurgens, «Co-referaat bij pre-advies H. G. Lubberdink» Beroep tegen algemeen verbindende voorschriften, Alphen a.d. Rijn, 1996, p..

<sup>6</sup> J. van der Hoeven, p. 310.

<sup>7</sup> Kamerstukken II 1992–1993, 22 495, nr. 3, p. 94, 95 en nr.6 , p. 35 en nr. 10, p. 22.

<sup>8</sup> Kamerstukken II, 1992–1993, 22 495, nr. 9, p. 15.

<sup>9</sup> Kamerstukken II 1992–1993, 22 495, nr. 19.

rechts-systematisch, als ter voorkoming van tegenstrijdige jurisprudentie van verschillende rechters, thuishoort bij één rechter en wel de bestuursrechter, die nu al toetst via exceptief verweer en daarvoor bovendien beter is toegerust. Juist het feit dat de bestuursrechter avv's reeds kan toetsen bij wege van exceptief verweer, maakt een zelfstandig beroep tegen avv's bij de bestuursrechter volgens de tegenstanders overbodig. Het argument van de tegenstanders – dat het beroepsrecht indruist tegen de Trias Politica-leer, omdat het geen recht zou doen aan de scheiding tussen wetgeving en rechtspraak – is gegeven de mogelijkheid van toetsing van avv's door de burgerlijke rechter en de mogelijkheid van het exceptief verweer volgens de voorstanders onvoldoende zwaarwegend. Als andere argumenten voor het rechtstreeks beroep op de bestuursrechter tegen avv's en beleidsregels worden genoemd de omstandigheid dat het parlement meewerkt aan delegatie van regelgeving, het parlement als (mede-)wetgever zelf alleen vóóraf kan toetsen en bovendien door de grote omvang niet alle regelgeving kan toetsen.

De meest gehoorde argumenten tegen het rechtstreekse beroep op de bestuursrecht in de literatuur zijn dat het bestuur de nodige beleidsvrijheid nodig heeft om goed te kunnen besturen én het beroep een mogelijke aanzuigende werking zal hebben op het aantal beroepen dat kan worden ingesteld tegen avv's.

Een meerderheid in de Tweede Kamer heeft tijdens de behandeling van het wetsvoorstel Voltooiing eerste fase herziening rechterlijke organisatie het pleidooi van de voorstanders overgenomen.

#### **4. Aandachtspunten bij en de gevolgen van het vervallen van artikel 8:2 Awb**

##### *4.1 Aandachtspunten bij het vervallen van artikel 8:2 Awb*

##### Verschuiving van burgerlijke rechter naar bestuursrechter

Het vervallen van de uitzondering van artikel 8:2 Awb heeft tot gevolg dat rechtstreeks beroep tegen avv's en beleidsregels bij de bestuursrechter in plaats van toetsing door de burgerlijke rechter mogelijk wordt. Als het meest duidelijke voordeel daarvan wordt beschouwd het feit dat de beoordeling van regelingen meer in één hand komt: de bestuursrechter moet avv's en beleidsregels toch reeds beoordelen indien zij bij een beroep tegen een uitvoeringsbesluit bij wijze van exceptie aan de orde worden gesteld. Het probleem dat verschillende rechters achtereenvolgens over dezelfde rechtsvraag moeten oordelen en dus ook tot uiteenlopende uitspraken kunnen komen, wordt hiermee vermeden. In principe betekent het vervallen van artikel 8:2 Awb dus primair een wijziging van de taakverdeling tussen rechters: de beoordeling gaat over van de burgerlijke rechter naar de bestuursrechter, die ook nu al via exceptief verweer toetst. Van belang is nog te vermelden dat de bevoegdheid van de strafrechter ten aanzien van avv's na het vervallen van art. 8:2 Awb ongewijzigd blijft.

De overgang naar de bestuursrechter heeft echter wel een aantal consequenties, die samenhangen met de uiteenlopende wijze waarop de procedure voor de burgerlijke rechter en de bestuursrechter is geregeld. Het zijn die gevolgen die onder ogen moeten worden gezien om na te gaan of zij alle gewenst zijn en of eventueel specifieke regels nodig zijn om niet gewenste gevolgen te vermijden.

##### Geen verschil in toetsingsmaatstaven

Het is goed om voorop te stellen dat er geen sprake is van wijziging in de toetsingsmaatstaven van avv's. Iedere rechter die tot beoordeling van een algemeen verbindend voorschrift is geroepen, zal nagaan of het in

strijd is met hogere regelgeving – waaronder verdragen zijn begrepen – of met (on)geschreven rechtsbeginselen. Dat doet de bestuursrechter nu ook wanneer hij een onderliggende regeling toetst bij een beroep tegen een uitvoeringsbesluit en dat doet de burgerlijke rechter bij een rechtstreekse vordering tegen een algemeen verbindend voorschrift. Hoewel in een concreet geval de uitkomsten uiteen kunnen lopen, geschiedt de toetsing aan het recht bij de verschillende rechters aan de hand van materieel dezelfde maatstaven.

In de Awb is een aantal van die rechtsbeginselen zoals het evenredigheidsbeginsel en het beginsel van een zorgvuldige belangenafweging gecodificeerd. In de memorie van toelichting bij artikel 3:4 is opgemerkt dat het niet de bedoeling is dat met dit artikel de taak van de rechter verandert en deze de door het bestuursorgaan verrichte belangenafweging intensiever gaat controleren dan voorheen het geval was. Omdat het, gelet op de (wettelijk toegekende) beleidsvrijheid van het bestuur alsmede de politieke verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan enerzijds en de positie van de onafhankelijke rechter in ons staatsbestel anderzijds, niet de bedoeling kan zijn dat de rechter gaat uitmaken welke uitkomst van de belangenafweging als het meest evenredig moet worden beschouwd, is als norm in 3:4, tweede lid, gecodificeerd dat nadelige gevolgen niet onevenredig mogen zijn. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft deze lijn ook in hoger beroep bevestigd<sup>1</sup>.

Uit de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State blijkt dat de bestuursrechter dan ook marginaal toetst en daarbij niet de grenzen van zijn rechterlijke bevoegdheid overschrijdt.

#### Verschil in toegang tot de procedure

De verschillen die wel optreden hangen vooral samen met het feit dat de toegang tot de procedure anders is geregeld en dat de bevoegdheden van de rechters niet dezelfde zijn. Wat de toegang tot de procedure betreft, gaat het om een viertal punten.

De beroepstermijn is in het bestuursrecht zes weken. Na verloop van deze termijn krijgt een besluit formele rechtskracht. Voor een procedure bij de burgerlijke rechter geldt niet een dergelijke termijn, zodat men ook niet kan spreken van het verkrijgen van formele rechtskracht. Dit laatste levert in de eerste plaats vragen op over het hanteren van een beroepstermijn van zes weken. Overschrijding van de beroepstermijn betekent slechts dat tegen de regeling als zodanig geen beroep mogelijk is, maar laat onverlet de mogelijkheid van exceptief verweer. Vraag die dan rijst is of bezwaren tegen de inhoud van de regeling nog kunnen worden aangevoerd bij een beroep tegen een uitvoeringsbesluit.

Een tweede punt betreft de vraag wie de procedure kunnen beginnen. De burgerlijke rechter geeft zijn positie als restrechter gestalte door een vordering niet te ontvangen indien de bestuursrechter voldoende rechtsbescherming kan bieden. Die is voldoende indien er bij de bestuursrechter beroep tegen een uitvoeringsbesluit kan worden ingesteld en er geen specifiek belang bestaat om eerder een uitspraak te verkrijgen. Daarmee voorkomt de burgerlijke rechter ook dat hij zonder noodzaak een rechtsvraag moet oplossen die in beginsel een vraag voor de bestuursrechter is.

Indien beroep tegen avv's bij de bestuursrechter mogelijk wordt, zal de burgerlijke rechter vaker dan nu de niet-ontvankelijkheid van eisers kunnen uitspreken. Er staat dan immers een rechtsgang open die voldoende rechtsbescherming biedt.

Waarschijnlijk zal de kring van personen die een rechtstreeks beroep tegen een algemeen verbindend voorschrift bij de bestuursrechter kunnen instellen, groter worden vergeleken met de burgerlijke rechter bij wie

<sup>1</sup> ABRS 9-5-1996, NJB-katern 1996, p. 935, 936, nr. 36.

alleen beroep kan worden ingesteld als er sprake is van een onrechtmatige daad jegens de eiser. Nagegaan moet daarom worden hoe de hoofdregel van het bestuursrecht, die in beginsel alleen aan belanghebbenden een beroepsrecht toekent, zal worden toegepast indien een zelfstandig beroep tegen avv's mogelijk wordt en in welke gevallen een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter valt in te stellen door hen die (nog) niet als belanghebbend in het bestuursrecht zouden worden aangemerkt.

Daar komt bij dat voor het procederen bij de burgerlijke rechter – in tegenstelling tot de bestuursrechter – sprake is van een verplichting tot procesvertegenwoordiging. Vanwege de ongelijkwaardige verhouding tussen overheid en burger wordt de procededrempel bij het instellen van beroep bij de bestuursrechter tegen besluiten van de overheid laag gehouden.

Tenslotte is van belang dat in de bestuursrechtelijke procedure een bezwaarschriftprocedure vooraf gaat aan het beroep op de rechter. De gevolgen daarvan voor vooral het openbaar bestuur zullen ook in ogenschouw genomen moeten worden.

#### Verschil in bevoegdheden burgerlijke rechter en bestuursrechter

De bevoegdheden van de bestuursrechter verschillen van die van de burgerlijke rechter. De bestuursrechter kan een besluit vernietigen, terwijl de burgerlijke rechter dit onrechtmatig en eventueel onverbindend kan verklaren. Tussen beide bevoegdheden bestaat juridisch duidelijk een verschil – temeer omdat de bestuursrechter bij vernietiging nog een aantal bevoegdheden heeft die de gevolgen van de vernietiging kunnen beperken (art. 8:72 Awb): hij kan de gevolgen van het besluit gedekt verklaren of in de tijd beperken, hij kan de gevolgen van de vernietiging nader regelen, door daarover specifieke opdrachten te verstrekken of zelf in de zaak te voorzien. Naast de mogelijkheid van (gehele of gedeeltelijke) onverbindendverklaring kan de burgerlijke rechter een verklaring voor recht geven, een besluit buiten werking stellen, een gebod opleggen of een (relatief toepassings-) verbod geven<sup>1</sup>. Beide rechters kunnen overigens de rechtsgronden aanvullen die niet door de eiser of appellant naar voren zijn gebracht tegen een regeling (artikel 48 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en artikel 8:69, tweede lid, Awb).

Vermeldenswaard is voorts dat de uitspraak van de burgerlijke rechter in beginsel alleen werkt tussen de procespartijen. De uitspraak van de bestuursrechter inhoudende een vernietiging werkt jegens een ieder.

Hoewel de verschillen in een aantal opzichten praktisch gezien minder groot zouden kunnen zijn dan zij lijken, moeten ook daar de gevolgen van worden nagegaan.

#### 4.2 De gevolgen voor de rijksoverheid en decentrale overheden

Indien rechtstreeks beroep tegen avv's en beleidsregels, zonder aanvullende wetgeving bij de bestuursrechter mogelijk zou worden, kunnen de bestuursorganen van deze overheden worden geconfronteerd met een aantal gevolgen. In de eerste plaats zal dan meteen binnen zes weken na totstandkoming van een (gewijzigd) avv beroep moeten worden ingesteld bij de bestuursrechter. Daardoor kan reeds in een vroeg stadium duidelijkheid over de rechtmatigheid van een avv worden verkregen en zal het bestuur niet pas in de fase van de uitvoeringsbeschikkingen dan wel in een nog latere fase bij de burgerlijke rechter behoeven te worden geconfronteerd met acties over de rechtmatigheid. Bovendien zullen deze beroepen gevoegd kunnen worden behandeld. Tegenover dit voordeel van geconcentreerde beroepsprocedures meteen na totstandkoming van een avv staat dat de relatief lage drempel voor het beroep op de bestuurs-

<sup>1</sup> R. M. van Male, «Rechter en bestuurswetgeving», Zwolle, 1988, p. 50 en R.M. van Male, «Gevolgen van onrechtmatige regelgeving in Nederland» – pre-advies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland -, Zwolle, 1995, p. 40-44.

rechter een aanzuigende werking zal kunnen hebben in die zin dat er vaker beroep zal kunnen worden ingesteld dan in de huidige situatie.

In de tweede plaats zal rechtstreeks beroep tegen avv's bij de bestuursrechter volgens de huidige bestuursrechtelijke procesregels worden gevoerd. Dit betekent dat voorafgaand aan het beroep op de rechter ingevolge de regeling in de Awb eerst de verplichte bezwaarschrift-procedure zal moeten worden gevolgd. Wat de omvang van deze extra bestuurslast zal zijn is niet in te schatten, omdat een en ander afhangt van de mate waarin deze rechtsmiddelen zullen worden gebruikt.

Tegenover deze rechtsbeschermingsmogelijkheid voor de burger bij de bestuursrechter staat een zekere verlenging van bestuurlijke besluitvormingsprocedures. Vanuit het openbaar bestuur wordt gewezen op de onwenselijkheid hiervan en op het risico van stroperige besluitvorming met name voor die gevallen waarin voorafgaand advies- en inspraakrondes zijn gehouden.

Ten slotte blijken bestuursorganen met de inwerkingtreding van de Awb in 1994 en het nieuwe bestuursprocesrecht zich nog in een proces van gewenning te bevinden. Uit de eerste evaluatie van de Awb blijkt dat het invoeringsproces bij verschillende bestuursorganen nog niet voltooid is. Invoering van een beroep tegen avv's bij de bestuursrechter betekent weer een nieuwe bestuursrechtelijke voorziening op een moment dat de Awb nog niet geheel geïnternaliseerd is. In dit verband spreekt de voormalige Raad voor het Binnenlands Bestuur dan ook haar bezorgdheid uit over de invoering van het beroep tegen avv's bij de bestuursrechter per 1 januari 1999. Het beroep bij de bestuursrechter kan volgens de Raad uit praktisch oogpunt grote bezwaren met zich brengen, o.a. vanwege de ruimere mogelijkheden tot een beroepsgang. Welke omvang deze verruiming zal hebben is – ingeval de wetgever geen nadere criteria verschaft – in hoge mate afhankelijk van de interpretatie die de rechter in dit kader zal geven aan het begrip «belanghebbende». Met name belangenverenigingen of stichtingen zullen in de visie van de Raad dit beroepsrecht gebruiken om hun gelijk te krijgen bij de bestuursrechter<sup>1</sup>. Ook de onderzoekers van het Evaluatie-onderzoek bestuursprocesrecht hebben hun aarzelingen bij de invoering van het beroepsrecht tegen avv's; zij zijn van mening dat nader onderzoek naar technische kwesties (bijv. het belanghebbende-begrip) verstandig zou zijn<sup>2</sup>.

Openstellen van het rechtstreeks beroep tegen avv's en beleidsregels bij de bestuursrechter betekent dat voor de *rijksoverheid* algemene maatregelen van bestuur (amvb's), ministeriële regelingen en beleidsregels na totstandkoming aan de bestuursrechter ter toetsing kunnen worden voorgelegd. In geval van amvb's zal de eerstverantwoordelijke minister als verweerder in een eventuele procedure optreden. Voor de totstandkoming van amvb's geldt dat de Raad van State vooraf wordt gehoord. Toetsing van amvb's door de rechter betekent dat deze ook het advies van de Raad van State zal moeten meewegen. Spanning kan optreden indien de rechter tot een ander oordeel komt dan de Raad van State in zijn advies. Ook kan het voorkomen dat voor zover adviezen van de Raad van State niet zouden zijn opgevolgd belanghebbenden door middel van een beroep op de rechter alsnog zullen kunnen proberen te bereiken dat zulks wel gebeurt. In de huidige situatie zal het ook kunnen voorkomen dat de Raad van State in eerste en enige aanleg dan wel in zaken waarin hij hoogste rechter is zal moeten oordelen over amvb's waarover hij eerder advies heeft uitgebracht.

Indien een amvb (op onderdelen) wordt vernietigd, zal een nieuwe dan wel gewijzigde amvb overeenkomstig de geldende procedure opnieuw aan de Raad van State moeten worden voorgelegd, hetgeen door de voorgeschreven procedure enig tijdsverloop met zich brengt. Hierbij kan overigens gelet op de bijzondere wetgevingsprocedure de vraag rijzen of

---

<sup>1</sup> Advies van de Raad voor het Binnenlands Bestuur, «Besturen op de tast», 12 september 1996, Den Haag, p. 35.

<sup>2</sup> J. B. J. M. ten Berge e.a., «Ervaringen met de Awb – Het bestuursprocesrecht», Deventer, 1996, p. 392.

bij amvb's het wel wenselijk zou zijn dat de rechter zelf in de zaak zou voorzien.

Overigens geldt voor enkele van deze knelpunten dat die zich ook nu – zij het in mindere mate voordoen indien de rechter een amvb of ministeriële regeling onverbindend verklaart naar aanleiding van een beroep tegen een concrete beschikking of een vordering bij de burgerlijke rechter.

Wat de *decentrale overheden* betreft zullen alle verordeningen en beleidsregels na de totstandkoming ter toetsing aan de bestuursrechter kunnen worden voorgelegd. Verordeningen kunnen variëren van milieu-verordeningen tot verordeningen inzake allerhande vergunningen en algemene politieverordeningen. Deze regelingen zijn veelal tot stand gekomen na uitvoerige procedures in vertegenwoordigende lichamen, na inspraakprocedures dan wel andere procedures van overleg en hoor en wederhoor. Een regeling zal ook dan de weerslag zijn van een keuze gemaakt op basis van een afweging van alle betrokken – vaak tegenstrijdige – belangen. Dit betekent dat dergelijke regelingen onvermijdelijk voor- en tegenstanders kennen en dat tegenstanders gebruik zullen kunnen maken van de relatief eenvoudige mogelijkheden om bij de bestuursrechter tegen een regeling op te komen. Door ook een voorlopige voorziening toegewezen te krijgen (bijv. schorsing van de uitvoering) zou de beleidsuitvoering kunnen stagneren. Of gebruikmaking van die mogelijkheden een grote extra bestuurslast voor decentrale overheden impliceert is niet goed in te schatten, evenmin of deze bestuurslast groter is dan voor de rijksoverheid.

Door een van de indieners van het amendement, de heer Jurgens, is ter gelegenheid van een vergadering van de Vereniging voor wetgeving en wetgevingskwaliteitsbeleid geweest op de ongelijke positie tussen decentrale overheden en de rijksoverheid<sup>1</sup>. Formele wetten kunnen gelet op artikel 120 van de Grondwet niet door de rechter worden getoetst, behoudens aan een ieder verbindende verdragsbepalingen en EU-recht. Verordeningen van decentrale overheden daarentegen zullen anders dan bij wege van exceptief verweer ter toetsing kunnen worden voorgelegd aan de bestuursrechter. De rijksoverheid zal kunnen besluiten om meer in formele wetten dan in gedelegeerde regelgeving te regelen. Een dergelijke mogelijkheid missen decentrale overheden. Daarbij moet wel worden aangetekend dat er ook nu al onderscheid in toetsing van de formele wetgeving van de rijksoverheid enerzijds (toetsingsverbod artikel 120 Grondwet) en de overige regelgeving van de rijksoverheid en de regelgeving van de decentrale overheden anderzijds (wel toetsbaar aan de Grondwet). Jurgens gaf aan met zijn amendement vooral gedelegeerde regelgeving van de rijksoverheid voor ogen te hebben gehad.

Voorts ziet Jurgens als complicerende factor dat verordeningen evenals formele wetten totstandkomen in de volksvertegenwoordiging, met als extra complicatie dat gemeenteraden zowel wetgever als bestuurder zijn. Volgens hem levert op het decentrale niveau het rechtstreekse beroep tegen avv's en beleidsregels bij de bestuursrechter derhalve niet alleen een botsing tussen rechter en bestuur op, maar ook tussen rechter en wetgever/gekozen volksvertegenwoordiging (zie ook paragraaf 3.2).

#### *4.3 De gevolgen voor de rechterlijke organisatie*

Om aan te kunnen geven wat de gevolgen zijn voor de werklust van de rechterlijke organisatie, met name voor de bestuurssectoren bij de rechtbanken, indien het rechtstreeks beroep tegen avv's op de bestuursrechter zonder aanvullende wetgeving wordt ingevoerd, hebben wij getracht informatie te verzamelen over het beroep tegen avv's in de landen die besproken zijn in de bijlage en over de reeds bestaande beroepsmogelijkheden tegen avv's in Nederland. Wat dit laatste betreft is

<sup>1</sup> E. C. M. Jurgens, «Co-referaat bij pre-advies Lubberdink Beroep tegen algemeen verbindende voorschriften», Alphen a.d. Rijn, 1996, p. 30.

vooral getracht gegevens te verzamelen over het beroep dat gedaan wordt op de burgerlijke rechter. Behalve naar de cijfers van de civiele sector zou immers ook gekeken kunnen worden naar alle zaken in Nederland waar in de vorm van exceptief verweer de rechtmatigheid van een avv wordt betwist. Alleen het onderzoeken van elk dossier afzonderlijk bij de burgerlijke en bestuursrechter zou gegevens over de huidige situatie kunnen opleveren. Het behoeft geen betoog dat een dergelijk onderzoek niet mogelijk is geweest.

In de bijlage is genoemd dat – afgezien van de beroepen op de Oberverwaltungsgerichten in Duitsland – er geen registratie wordt bijgehouden in het buitenland van het aantal beroepen tegen avv's en het aantal beroepen tegen besluiten. In de regel wordt de beroepsmogelijkheid van avv's dermate vanzelfsprekend beschouwd, dat geen aparte registratie wordt bijgehouden. Wat de cijfers van de Oberverwaltungsgerichten betreft moet worden opgemerkt dat die cijfers niet volledig bruikbaar zijn voor de Nederlandse situatie. Het aantal inwoners in Nederland – en daarmee het aantal beroepsgerechtigden – verschilt immers van het aantal inwoners in (de deelstaten van) Duitsland en in Duitsland ligt het aantal processen per inwoner überhaupt hoger<sup>1</sup>.

Het verzamelen van gegevens over zaken bij de burgerlijke rechter stuitte op hetzelfde probleem als in het buitenland, omdat er bij de griffie van de rechtbanken en de hoven geen registratie wordt bijgehouden van de vorm van het overstreden overheidsoptreden. De gegevens die worden bijgehouden over zaken op grond van onrechtmatige overheidsdaad, betreffen vooral de rechtsgebieden (bijv. fiscaalrecht, milieurecht). Uit gesprekken die gevoerd zijn met leden van de rechterlijke macht komt een beeld naar voren – op basis van hun schattingen – dat het aantal zaken tegen avv's bij de burgerlijke sector zo'n 40 à 50 zaken per jaar is (waarbij zij aangetekend dat de meeste zaken bij de Haagse rechtbank spelen). Dit aantal van 50 kan dan ook niet anders dan met grote terughoudendheid worden doorberekend naar de bestuurssectoren van de rechtbanken. Dit laatste te meer, omdat de lagere procesdrempel in het bestuursrecht het beroep op de bestuursrechter vergemakkelijkt. Tegenover deze lage procesdrempel staat dat aan het beroep op de bestuursrechter de bezwaarschriftprocedure vooraf gaat, dat een groot aantal zaken gebundeld kan worden op een zitting, dat ook voor de bestuursrechter griffierecht moet worden betaald en dat het aantal zaken bij de civiele sector als gevolg van het beroep op de bestuurssector zou kunnen afnemen.

Het bovenstaande kan als volgt worden samengevat. Alle onderzoekspogingen ten spijt zijn er – noch in het buitenland, noch in Nederland – voldoende empirische gegevens te achterhalen om aan te kunnen geven wat de precieze gevolgen zullen zijn voor de rechterlijke organisatie. Zouden die empirische gegevens momenteel wel beschikbaar zijn, dan nog is niet aan te geven wat de gevolgen zijn van het vervallen van artikel 8:2 Awb na 1 januari 1999. Een toenemende werklust voor de rechterlijke organisatie als destijds werd voorzien tijdens de parlementaire behandeling kan niet worden uitgesloten. Het is realistisch om in ieder geval rekening te houden met de mogelijkheid van een niet onbelangrijke toename van de werkbelasting voor het rechterlijk apparaat als geheel, dat wil zeggen voor zowel het ondersteunend personeel als voor de rechters. Deze toename van de werkbelasting zal moeten worden bezien in samenhang met de gevolgen voor de rechterlijke organisatie van de ontwikkelingen rond de huidige gedachtevorming over bestuur en beheer van de rechtspraak.

---

<sup>1</sup> G. S. A. Dijkstra, «Juridisering», Pre-advies voor de Raad voor het binnenlands bestuur, Leiden, 1996, p. 16, onder verwijzing naar J. R. A. Verwoerd, «Beroep op de rechter als laatste remedie?», Arnhem, 1988.



## 5. Procesrechtelijke vormgeving

Met de aanvaarding van het amendement-Jurgens/Biesheuvel door de Tweede Kamer op 22 juni 1993 heeft de wetgever beslist dat met ingang van 1 januari 1999 bij de bestuursrechter beroep zal openstaan tegen avv's en beleidsregels. Destijds is reeds onderkend dat voordien moet worden nagegaan of overgangsrecht noodzakelijk is. In het bijzonder of onderdelen van het bestuursprocesrecht zouden moeten worden gewijzigd. Het kabinet heeft het daarom zinvol geacht te bezien op welke wijze het procesrecht zou moeten worden aangepast teneinde invoering van het beroep in goede banen te leiden wanneer artikel 8:2 Awb vervalt. Een belangrijk juridisch uitgangspunt daarbij is geweest om zo min mogelijk uitzonderingen te maken op het met de inwerkingtreding van de Awb geharmoniseerde bestuursprocesrecht in verband met de toegankelijkheid en overzichtelijkheid van de wet. Vooral is dan ook bekeken of er goede redenen zijn om van de algemene systematiek van het bestuursprocesrecht, zoals dit geldt voor het beroep tegen besluiten, zou moeten worden afgeweken.

In paragraaf 3.3, na de weergave van de argumenten voor en tegen het beroep, heeft het kabinet reeds aangegeven het van belang te achten wat de gevolgen voor het functioneren van het openbaar bestuur en de rechterlijke macht kunnen zijn. Bestuurlijke uitgangspunten bij de gedachtenvorming over de procesrechtelijke vormgeving zijn dan ook geweest, het voorkomen van een onevenredige toename van de werklust voor zowel het openbaar bestuur als de rechterlijke organisatie, van onevenredige vertraging van de besluitvorming voor het bestuur en van onevenredige toename van de tijdsduur van de procesgang.

De in paragraaf 2.2 weergegeven samenvatting van de procesrechtelijke vormgeving in de aldaar genoemde West-Europese landen heeft eveneens een belangrijke rol gespeeld in de gedachtevorming. Daarnaast heeft het kabinet acht geslagen op de in de literatuur door rechts-wetenschappelijke schrijvers gedane suggesties voor het aanpassen van het procesrecht.

### 5.1 De toegang tot de procedure

Voor een goed begrip is het gewenst onderscheid te maken tussen de vraag of iemand als belanghebbende kan worden beschouwd, zodat hij behoort tot de kring van beroepsgerechtigden, en de vraag of hij in een specifiek geval voldoende belang bij een beroep heeft. Ook indien een beroep afkomstig is van een belanghebbende zal het niet-ontvankelijk worden verklaard indien hij onvoldoende (processueel) belang bij dat beroep heeft.

#### Belanghebbende-begrip

In het bestuursprocesrecht komt het beroepsrecht toe aan een belanghebbende, zoals omschreven in artikel 1:2 Awb: dat wil zeggen degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken. Om als belanghebbende te worden aangemerkt dient de vraag te worden beantwoord of het belang van de eiser wel voldoende kwaliteit heeft. Om voldoende kwaliteit te bezitten dient het belang een eigen c.q. persoonlijk belang van de eiser te zijn, objectief bepaalbaar te zijn (niet slechts – een door de eiser gevoelde – immateriële waarde te hebben), voldoende actueel te zijn (niet op onzekerheden berusten) en rechtstreeks verband (oorzakelijk verband) te houden met het aangevochten besluit<sup>1</sup>. Voor het beroep tegen avv's kan zich de omstandigheid voordoen dat een belanghebbende geen belang heeft dat rechtstreeks verband houdt met een bepaalde verordening c.q. dat hij geen bijzonder belang heeft bij een regeling, in ieder geval niet bijzonder genoeg om hem te onderscheiden van anderen. Zou het hebben

<sup>1</sup> R. M. van Male, «Rechter en bestuurswetgeving», Zwolle, 1988, p. 50 en R. M. van Male, «Gevolgen van onrechtmatige regelgeving in Nederland» – pre-advies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland –, Zwolle, 1995, p. 13.

van rechtstreeks belang dan wellicht ruimer kunnen of moeten worden uitgelegd? Sommigen verwachten dat de kring van beroepsgerechtigden wel eens ruimer zou kunnen zijn dan de kring van huidige belanghebbenden, omdat het tot nu toe gehanteerde belanghebbende-begrip bij avv's mogelijk ruimer zal worden uitgelegd. Anderen verwachten dat juist door het strikt hanteren van het belanghebbende-begrip het aantal beroepen meteen na totstandkoming van een avv juist gering zal zijn.

Bepleit is het beroepsrecht bij algemeen verbindende voorschriften te beperken tot een bepaalde categorie van belanghebbenden, zoals belangenorganisaties die overeenkomstig het derde lid van artikel 1:2 belanghebbende zijn<sup>1</sup>. Het voordeel daarvan zou kunnen zijn dat het aantal procedures tegen avv's bij de bestuursrechter zou worden beperkt. Een dergelijke beperking heeft een belangrijk nadeel. In het huidige recht staat een vordering uit onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter open voor ieder jegens wie een algemeen verbindend voorschrift onrechtmatig is. Zou men bepaalde personen van deze categorie van het beroepsrecht uitsluiten, dan zou voor hen een vordering bij de burgerlijke rechter mogelijk blijven. Dit zou betekenen dat eenzelfde avv wordt getoetst door zowel de bestuursrechter als de burgerlijke rechter, waardoor aan het beoogde voordeel van openstelling van beroep tegen avv's bij de bestuursrechter, te weten de rechtseenheid, afbreuk wordt gedaan.

Het kan inderdaad zijn dat het hanteren van het tot nu toe gehanteerde belanghebbende-begrip een zekere aanzuigende werking zal hebben vanwege de lagere drempel bij de bestuursrechter: de procedure bij de burgerlijke rechter is kostbaarder. Het openstellen van rechtstreeks beroep tegen avv's bij de bestuursrechter zal tot een toename van het aantal beroepen kunnen leiden. Enerzijds wordt dit veroorzaakt door de lagere drempel bij de bestuursrechter. Anderzijds kan dit worden veroorzaakt doordat belanghebbenden meteen na totstandkoming van een avv daartegen in beroep zullen gaan. Indien het belanghebbende-begrip ook nog iets ruimer zou worden uitgelegd, dan zou de kring van beroepsgerechtigden ook ruimer kunnen zijn dan alleen diegenen die geconfronteerd zullen worden met een uitvoeringsbeschikking. De ervaring bij de burgerlijke rechter leert dat burgers veelal eerst tegen een algemeen verbindend voorschrift in het geweer komen wanneer zij met de nadelige gevolgen daarvan worden geconfronteerd. Dat zal vaak pas het geval zijn bij het nemen van een uitvoeringsbesluit op grond van dat voorschrift. Voor een aantal regelingen geldt echter dat zij zonder nadere uitvoering nadelige gevolgen hebben, zoals bij verordeningen die een verbod inhouden.

Tegen dit nadeel van een zekere aanzuigende werking na het totstandkomen van een regeling moet het volgende worden afgewogen. Rechtstreeks beroep tegen een regeling leidt er immers toe dat de vraag naar de verbindendheid van de regeling vrij snel aan de rechter wordt voorgelegd, zeker indien voor het beroep een beperkte beroepstermijn geldt. Daarnaast bestaat de mogelijkheid dat de acties die ondernomen zullen worden, gebundeld kunnen en wellicht zullen worden, zowel van de zijde van eisers (mede onder invloed van belangenorganisaties) als van de zijde van de rechtbanken. Wat dit laatste betreft merkt het kabinet op, dat reeds nu in geval van meer beroepen tegen eenzelfde besluit die beroepen gezamenlijk op één zitting worden behandeld. In het Duitse bestuursprocesrecht heeft men – naar aanleiding van grote aantallen beroepen tegen de bouw van een kerncentrale of de aanleg van een vliegveld – de figuur van «Massenverfahren» (massaproces) geïntroduceerd<sup>2</sup>. Op grond van de §§ 17–19 van de *Verwaltungsverfahrensgesetz* kan door de rechter – op verzoek of ambtshalve – bij een aantal van appellanten groter dan 50 die gelijkkluidende verzoeken en belangen hebben, een gemeenschappelijke vertegenwoordiger (= een natuurlijke persoon)

<sup>1</sup> H. G. Lubberdink, «Beroep tegen algemeen verbindende voorschriften», pre-advies Nederlandse Vereniging voor Wetgeving en Wetgevingskwaliteitsbeleid, Den Haag, 1996, p. 7–10.

<sup>2</sup> I. von Münch, «Verwaltung und Verwaltungsrecht in: Allgemeines Verwaltungsrecht, Berlin/New York, 1992, p. 11, 12.

worden aangewezen, die voor het vervolg van het proces namens de anderen optreedt. Een dergelijke rechtsfiguur zou voor de Nederlandse rechtspraktijk nader onderzocht kunnen worden.

Voorts zal voor een deel een direct beroep tegen een regeling in de plaats kunnen komen van een beroep tegen een uitvoeringsbesluit: het is niet aannemelijk dat degene die tegen de regeling opkomt op dezelfde grond later tegen het uitvoeringsbesluit zal opkomen, immers hij heeft dan geen belang meer bij een volgende procedure (tenzij de betreffende persoon nieuwe gronden kan aanvoeren). Het zou dan ook mogelijk kunnen zijn dat een direct beroep in zekere zin tot een verschuiving naar voren en een concentratie in procedureel opzicht leidt. In plaats van een reeks van beroepen tegen uitvoeringsbesluiten van belanghebbenden die alle menen dat de regeling onverbindend is, zal een enkel direct beroep tegen de regeling kunnen volstaan. Het is overigens moeilijk op dit punt een nauwkeurige schatting te maken. In een aantal gevallen, met name bij een verordening die wordt gevolgd door een groot aantal daarop gebaseerde uitvoeringsbesluiten, kan een direct beroep veel beroepen tegen uitvoeringsbesluiten voorkomen. In andere gevallen kan een dergelijk effect achterwege blijven, mede omdat niet iedere belanghebbende van beroep tegen een uitvoeringsbesluit zal afzien indien een eerder beroep tegen de regeling zelf is afgewezen.

Mocht een verschuiving van het beroep naar voren (door meteen tegen de regeling in beroep te gaan en minder tegen uitvoeringsbesluiten) zich voordoen, dan is voordeel voor het bestuur dat er eerder duidelijkheid ontstaat over de geldigheid van de regeling. Men kan dan bij ongeldigverklaring sneller omzien naar een mogelijkheid om op andere wijze de beoogde doelstelling van overheidsbeleid te realiseren. Ook zal de kans op schade waaronder ook te denken valt aan verplichtingen tot vergoeding van schade aan derden – kleiner zijn.

In het buitenland is het beroepsrecht bij avv's doorgaans op dezelfde wijze geregeld als bij andere besluiten: er wordt geen ander belanghebbende-begrip gehanteerd (zie de bijlage).

Alles tegen elkaar afwegende is het kabinet van mening dat er vooralsnog geen reden is voor een specifieke regeling van de kring van beroepsgerechtigden bij avv's of beleidsregels. Wel is nader onderzoek wenselijk naar introductie van een mogelijk met het «Massenverfahren» vergelijkbaar instrument.

#### Het vereiste van processueel belang

Hoe zal het vereiste van processueel belang uitwerken bij beroep tegen een algemeen verbindend voorschrift? Om als belanghebbende ontvankelijk te worden verklaard, dient ook voldaan te zijn aan het vereiste van het procesbelang, hetgeen betekent dat de eiser zijn doel met het proces daadwerkelijk kan bereiken (point d'intérêt, point d'action)<sup>1</sup>.

Er kan een verschil bestaan tussen de houding van de burgerlijke rechter nu en de houding van de bestuursrechter in de toekomst ten aanzien van de constatering van processueel belang. De burgerlijke rechter gaat bij een vordering uit onrechtmatige daad tegen een regeling na of er bestuursrechtelijk een voldoende mogelijkheid tot rechtsbescherming bestaat. Dat zal zij met name aannemen indien de nadelige gevolgen voor de burger eerst optreden door een uitvoeringsbesluit en tegen dat uitvoeringsbesluit beroep op de bestuursrechter openstaat. Deze houding van de burgerlijke rechter wordt mede ingegeven door de zorg te voorkomen dat de bestuursrechter en de burgerlijke rechter zonder noodzaak over dezelfde rechtsvraag – in dit geval de verbindendheid van een regeling – een uitspraak moeten doen.

<sup>1</sup> Zie bijvoorbeeld R. M. van Male, «Rechter en bestuurswetgeving», Zwolle, 1988, p. 50 en R. M. van Male, «Gevolgen van onrechtmatige regelgeving in Nederland» – pre-advies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland – , Zwolle, 1995, p. 13.

Een dergelijke zorg behoeft de bestuursrechter niet te weerhouden van het doen van een uitspraak over een regeling. Het kan daarom zijn dat zij minder snel dan haar burgerrechtelijke collega zal aannemen dat er geen voldoende procesbelang bij een beroep tegen de regeling bestaat. Een gedachte zou kunnen zijn voor gevallen waarin eerst na het nemen van een uitvoeringsbesluit schade ontstaat, in de wet vast te leggen dat niet eerder dan wanneer dat uitvoeringsbesluit wordt genomen, een beroep mogelijk is. Men voorkomt dan beroepen in een vroeg stadium, waar ook afgewacht kan worden of werkelijk tot het nemen van een uitvoeringsbesluit wordt overgegaan.

Deze gedachte kent echter ook bezwaren. Zo is hierboven al beargumenteerd dat bij direct beroep tegen regelingen over de geldigheid van de regeling eerder wordt beslist. Dit laatste en de mogelijkheid van een geconcentreerde behandeling van beroepen zouden dan daarmee vervallen. Bovendien zijn er gevallen waarin in het algemeen wel kan worden aangenomen dat de nadelen voor de burger eerst bij de uitvoering ontstaan, maar in sommige omstandigheden zal dit anders kunnen zijn. Men denke bijvoorbeeld aan de casus van het hierboven aangehaalde Pocketbooks-arrest. Doorgaans kan men een uitvoeringsbesluit afwachten en lijdt men eerder geen schade. Maar de uitgever die reeds boeken heeft gedrukt en die niet kan afzetten bij de kruideniers, voor wie een verkoopverbod geldt, lijdt aanzienlijke schade zonder dat hij in beroep kan gaan tegen een uitvoeringsbesluit. Al met al zou het niet eenvoudig zijn om in dit opzicht een bijzondere regeling te treffen. Aan de hand van concrete situaties zal bezien moeten worden hoe met het vereiste van processueel belang moet worden omgegaan.

#### Uitsluiting van avv's

Van sommige kanten is wel eens voorgesteld om van het beroep tegen avv's enkele avv's uit te zonderen<sup>1</sup>, omdat hun inhoud dan wel hun wijze van totstandkoming zich niet leent voor een dergelijk beroep. Als voorbeelden van de avv's die wat hun inhoud betreft zouden moeten worden uitgezonderd worden genoemd avv's die enige belasting regelen of avv's die de rechtspositie van bestuurders en/of ambtenaren regelen. Wat deze laatste betreft wordt dan ook nog gewezen op de wijze van totstandkoming van dergelijke rechtspositionele regelingen. Veelal zijn die regelingen een weerslag van een na langdurig overleg tot standgekomen onderhandelingsproces (zie ook de argumenten hierna).

Over de avv's die enige belasting regelen kan het kabinet het volgende zeggen. In artikel 8:4 Awb, onderdeel g, worden besluiten, genomen op grond van enig wettelijk voorschrift inzake belastingen, uitgezonderd van beroep op de bestuursrechter. Evenals andere in artikel 8:4 Awb genoemde besluiten zijn die besluiten uitgezonderd van het beroep op bestuurssectoren van de rechtbank, omdat die besluiten zich naar hun aard niet of minder goed lenen voor beroep of omdat beroep op een andere rechter is opengesteld. In het geval van fiscale besluiten is dit laatste van toepassing; voor die besluiten geldt het fiscale procesrecht zoals geregeld in diverse belastingwetten. Indien artikel 8:2 Awb vervalt zonder aanvullende wetgeving dan zal de uitzondering van artikel 8:4 Awb ook blijven gelden voor fiscale avv's. Wanneer het komt tot het vervallen van artikel 8:2 Awb, dan kan nader worden onderzocht of de uitzondering van artikel 8:4 Awb voor fiscale avv's gehandhaafd dient te blijven. Dit laatste geldt evenzeer voor avv's die door middel van een wet moeten worden bekrachtigd<sup>2</sup>.

Na het vervallen van artikel 8:2 Awb zal zonder aanvullende wetgeving evenmin beroep openstaan tegen avv's (of besluiten) op basis van wetgeving vermeld in de bijlage bij de Awb waar artikel 8:5 naar verwijst.

De redenen die worden aangevoerd voor het uitsluiten van de rechtspositionele regelingen zijn de volgende. De regelingen komen tot stand op

<sup>1</sup> H.A. van den Berg, «Toetsing van bestuurswetgeving door de administratieve rechter» in: NJB 29 oktober 1992, afl. 38, p. 1233 e.v.; Kamerstukken II 1992-1993, 22 495, nr. 8, p. 2.  
<sup>2</sup> Bijvoorbeeld artikel 13 (aj) van de Meststoffenwet als voorbeeld van delegatie onder goedkeuring bij wet.

basis van overeenstemming terwijl in reactie op bezwaarschriften slechts door één partij, het bestuursorgaan, eenzijdig gereageerd moet worden. De overeenstemming die is bereikt is veelal een compromis van conflicterende belangen, waarbij vaak overeenstemming is bereikt over een totaal pakket aan arbeidsvoorwaarden, waarvan door de rechter een enkel onderdeel kan worden vernietigd. Hierdoor kan het evenwicht in het pakket worden verstoord en vrezen sommigen dat het overlegstelsel voor de arbeidsvoorwaarden zal worden ondergraven. Voor de overheid wordt voorts als extra complicatie het volgende voorzien. De beslissing op een bezwaarschrift wordt op een ander niveau (bijvoorbeeld, de gemeente of het ministerie) genomen dan het niveau waarop de besluitvorming over de arbeidsvoorwaarden heeft plaatsgevonden (bijvoorbeeld, de College van Arbeidszaken van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten of het Sectoroverleg voor de Rijksoverheid).

Tegen uitsluiting van bepaalde avv's pleiten de volgende argumenten. Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel Voltooiing eerste fase herziening rechterlijke organisatie heeft de regering als argument genoemd dat de competentieverdeling tussen burgerlijke en bestuursrechter er door een onderscheid in avv's niet helderder op wordt<sup>1</sup>. Een ander argument is dat avv's – ongeacht hun inhoud (arbeidsvoorwaarden) of hun wijze van totstandkoming (overeenstemmingsvereiste) – moeten voldoen aan hogere regelgeving of aan de regels voor de totstandkoming ervan. In het verleden zijn arbeidsvoorwaardelijke of sociale-zekerheidsafspraken in strijd bevonden met bijvoorbeeld het gelijkheidsbeginsel, als er ongerechtvaardigd onderscheid werd gemaakt tussen mannen en vrouwen (bijv. in de AWW-uitspraken). Voorts brengt het aanbrengen van onderscheid in avv's als moeilijkheid met zich dat daarvoor objectieve criteria zouden moeten worden ontwikkeld. Welke criteria ook zouden worden gekozen, het zal de indruk wekken dat waar aan de ene kant gekozen wordt voor verruiming van de rechtsbeschermingsmogelijkheden, die mogelijkheden aan de andere kant weer worden verengd. Een onderscheid tussen avv's is bovendien moeilijk vol te houden als in de vorm van exceptief verweer dan wel bij de burgerlijke rechter wél de rechtmatigheid van *elke* avv kan worden betwist.

Evenmin als destijds voelt het kabinet voor het maken van onderscheid tussen allerlei avv's. Een belangrijk argument voor het bepleiten van beroep tegen avv's is immers de duidelijkheid van de systematiek van rechtsbescherming tegen de overheid. Door het aanbrengen van onderscheid tussen avv's wordt aan die duidelijkheid weer afbreuk gedaan.

## 5.2 Bezwaarschriftprocedure

Eén van de belangrijkste vernieuwingen die de Awb met zich heeft gebracht, is de in beginsel algemene introductie van de verplichting tot het volgen van de bezwaarschriftprocedure (artikel 7:1 Awb) voorafgaande aan het beroep op de bestuursrechter. Deze verplichting kent slechts enkele uitzonderingen, waaronder die voor de situatie dat een zgn. uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure aan het besluit is vooraf gegaan. Is voor de voorbereiding van een besluit gebruik gemaakt van die procedure (afdeling 3:5 Awb) dan wordt een bezwaarschriftprocedure als dubbelop beschouwd, die tot weinig nieuwe inzichten kan leiden om tot een andere (politieke) besluitvorming te komen. In paragraaf 4.1 is al uiteengezet dat de bezwaarschriftprocedure van belang is voor het inschatten van de gevolgen voor het openbaar bestuur en de rechterlijke organisatie.

<sup>1</sup> Kamerstukken II 1992–1993, 22 495, nr. 10, blz. 23.

Bij het maken van de keuze tussen het wel of niet laten vervallen van de verplichting tot het volgen van de bezwaarschriftprocedure ten aanzien van avv's en beleidsregels zijn de volgende argumenten tegen elkaar afgewogen. Voor het handhaven van de procedure pleit het volgende.

De bezwaarschriftprocedure biedt het bestuursorgaan de mogelijkheid tot heroverweging alvorens de rechter zich er over buigt. Door het bieden van de mogelijkheid tot heroverweging wordt recht gedaan aan het primaat van het bestuur wat de politieke belangenafweging betreft. Van de bezwaarschriftprocedure gaat tevens een zeefwerking uit naar het aantal beroepen dat op de rechter wordt gedaan. Hierdoor wordt de toename van de werklast voor de rechter beperkt.

Voor het overslaan van de verplichte bezwaarschriftprocedure pleit het versnellen van de procedure. Voorts is veelal aan de totstandkoming van bijvoorbeeld een gemeentelijke verordening een uitgebreide procedure van consultatie, vooroverleg en inspraak vooraf gegaan. Het opnieuw overwegen van de (politieke) besluitvorming – dat bovendien bij staten- of raadsverordeningen extra tijd vergt vanwege de te volgen procedures – zal doorgaans door de *recente* afronding van de besluitvorming niet tot andere resultaten c.q. andere besluitvorming leiden. Het volgen van de bezwaarschriftprocedure brengt bovendien met zich dat alle belanghebbenden in de gelegenheid moeten worden gesteld om te worden gehoord. De bezwaarschriftprocedure voor het beroep tegen avv's wordt ook als dubbelop beschouwd, omdat appellant nadien ook nog de bezwaarschriftprocedure moet volgen als hij tegen het uitvoeringsbesluit gebaseerd op het avv in beroep wil gaan. Uit de eerste ervaringen met het nieuwe bestuursprocesrecht blijkt dat bepaalde bestuursorganen zich nog duidelijk in een gewenningsfase bevinden wat het horen van belanghebbenden betreft.

Indien gekozen wordt voor het overslaan van de bezwaarschriftprocedure, heeft het bestuursorgaan bovendien op elk moment van de procedure bij de bestuursrechter nog de mogelijkheid tot wijziging, intrekking of het opnieuw nemen van een (ander) besluit op grond van de artikelen 6:18 en 6:19 van de Awb<sup>1</sup>. Bij deze mogelijkheid moet wel worden aangetekend, dat door de te volgen totstandkomingsprocedures voor avv's bestuursorganen niet altijd op korte termijn van die mogelijkheid gebruik zullen kunnen maken. Door het gebruik maken van de mogelijkheden van 6:18 en 6:19 Awb kan het bestuursorgaan evenwel alsnog het primaat over de besluitvorming houden. In het geval dat een wijziging tegemoet komt aan de bezwaren van appellant, zal het beroep bij de bestuursrechter doorgaans worden ingetrokken; de toename van de werklast van de rechter wordt hierdoor beperkt.

In het kader van de evaluatie van de Awb zal de verplichte bezwaarprocedure nader worden bezien, met name de toegevoegde waarde, indien in de procedure voorafgaande aan de totstandkoming van het besluit belanghebbenden de mogelijkheid hebben gehad hun bedenkingen in te brengen. Het algemene systeem van de rechtsbescherming tegen besluiten dat uiteindelijk gekozen wordt, zal ook moeten gelden voor het beroep tegen avv's. Voor het beroep tegen avv's zal dus geen ander systeem gelden. Daardoor zal de eenvormigheid van het procesrecht op dit punt worden gehandhaafd. Op de besluitvorming over de verplichte bezwaarprocedure wil het kabinet evenwel nu nog niet vooruitlopen.

### *5.3 Bezwaar- en beroepstermijnen en het rechtens onaantastbaar worden van een regeling*

De termijn voor het indienen van een bezwaar- of beroepschrift tegen besluiten bedraagt zes weken (artikel 6:7 Awb). Deze termijn vangt aan met ingang van de dag na die waarop het besluit op de voorgeschreven

<sup>1</sup> R. M. van Male, «Een onsje minder stroperigheid kan!» in: Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht 95/9/10, p. 307.

wijze is bekendgemaakt (artikel 6:8, eerste lid, Awb). In het geval van avv's zou de termijn eveneens aanvangen na bekendmaking, dat wil zeggen na plaatsing in het Staatsblad of de Staatscourant voor avv's van de rijksoverheid en na plaatsing in de gemeentelijke resp. provinciale publicatiebladen voor gemeenten resp. provincies. In paragraaf 4.1 is reeds gewezen op de vragen die spelen rond de beroepstermijn. Alvorens die vragen te behandelen, gaat het kabinet in op de formele rechtskracht van regelingen.

Het rechtens onaantastbaar worden van een regeling

In het bestuursprocesrecht is na het verstrijken van de beroepstermijn een besluit rechtens onaantastbaar geworden, of in andere woorden, heeft het formele rechtskracht gekregen. Dit betekent dat na die termijn geen beroep meer kan worden gedaan op mogelijke gebreken: het besluit geldt rechtens als juist, ook al is duidelijk dat een tijdig ingesteld beroep wel tot vernietiging zou hebben geleid. Een belanghebbende heeft dus maar een beperkte tijd om zich op de onrechtmatigheid van een besluit te beroepen.

Is deze regeling voor het beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels minder geschikt? Kan van belanghebbenden in het algemeen worden verlangd dat zij aanstonds beroep tegen een regeling instellen op straffe van verval van de mogelijkheid later een beroep op de onverbindendheid ervan te doen? Veelal zullen zij de regeling niet kennen voordat zij met de uitvoering ervan worden geconfronteerd, en zelfs al zou dat anders zijn dan zouden zij vaak nog in het onzekere kunnen verkeren of de regeling op hen zal worden toegepast.

Ook om andere redenen is het niet mogelijk een regeling rechtens onaantastbaar te laten worden na het verstrijken van een beroepstermijn. Het kan immers voorkomen dat een bepaalde persoon eerst geruime tijd na inwerkingtreding ervan belanghebbende bij die regeling wordt, bijvoorbeeld doordat men na verhuizing naar een andere gemeente met een daar geldende verordening wordt geconfronteerd. Ook kan het zijn dat de onverbindendheid van een regeling niet van de aanvang af bestaat, maar eerst later intreedt, bijvoorbeeld doordat een hogere wet in werking treedt waarmee de lagere regeling achteraf in strijd komt. Om deze redenen kan het verstrijken van een eventuele beroepstermijn niet tot gevolg hebben dat de regeling voortaan als rechtmatig moet gelden. Om die reden is reeds bij de beraadslaging over het amendement Jurgens/Biesheuvel gesteld dat een andere benadering noodzakelijk zou zijn.

In overeenstemming hiermee gaan ook de buitenlandse rechtsstelsels er vanuit dat het achterwege blijven van een beroep tegen een regeling de belanghebbende niet verhindert de onverbindendheid van de verordening in te roepen bij gelegenheid van een beroep tegen een concrete beschikking. Opmerking verdient dat ook in de spaarzame gevallen waarin het Nederlandse recht een beroep tegen een algemeen verbindend voorschrift kent – bij het beroep tegen bestemmingsplannen en de daarin voorkomende regelingen – datzelfde geldt: men kan ook in een procedure over een bouwvergunning het standpunt innemen dat het bestemmingsplanvoorschrift in strijd met het recht is.

De conclusie moet derhalve zijn dat bij het openstellen van beroep tegen avv's en beleidsregels het niet gebruik maken van de mogelijkheid beroep tegen de regeling in te stellen de belanghebbende niet belet de onverbindendheid daarvan in te roepen bij een beroep tegen de uitvoering ervan. Dit betekent dat hij bij een beroep tegen een uitvoeringsbesluit, of als verweer tegen handhavingsmaatregelen van bestuursrechtelijke of strafrechtelijke aard de onverbindendheid kan inroepen. Nader zal onderzocht moeten worden of en op welke wijze een en ander

in de Awb moet worden geregeld. Met dit laatste hangt ook samen de regeling van de bezwaar- en beroepstermijn.

#### De bezwaar- en beroepstermijn

Zoals in paragraaf 2.2 is weergegeven varieert de beroepstermijn in het buitenland tussen twee maanden en geen beroepstermijn. In Duitsland, waar geen beroepstermijn wordt gehanteerd, worden de gevolgen daarvan voor de rechtszekerheid enigszins gecompenseerd door een strikte toepassing van de leer van «procesverwerking». In Frankrijk, waar men een beroepstermijn van twee maanden hanteert, worden de gevolgen daarvan voor de mate van rechtsbescherming gecompenseerd door de volgende mogelijkheden. Indien na het verlopen van de beroepstermijn er zich een wijziging in omstandigheden voordoet die de rechtmatigheid van een regeling rechtens veranderen, kan men een verzoek tot wijziging of intrekking van de regeling indienen bij het betreffende bestuursorgaan. Een besluit tot weigering of een weigering te besluiten is vervolgens appellabel. Een tweede mogelijkheid is om in het geval van een nieuwe juridische situatie (bijv. als gevolg van nieuwe, hogere regelgeving), binnen twee maanden na publicatie van die nieuwe regelgeving in beroep te gaan tegen de eerdere regeling<sup>1</sup>.

Voor het hanteren van een beroepstermijn in Nederland pleit de eerdergenoemde versnelling van de procedure, hetgeen wordt ingegeven door de behoefte aan rechtszekerheid, zowel voor de burger (degenen die in beroep gaan en degenen die niet in beroep gaan) als voor het openbaar bestuur. Bovendien zullen de meeste beroepen nieuwe avv's of gewijzigde avv's betreffen, waardoor de situatie dat een beroepstermijn (van reeds bestaande avv's) al is verlopen in de praktijk zich minder snel zal voordoen. Hierbij zij aangetekend dat bij gewijzigde avv's – uiteraard met inachtneming van de vormgeving van de voorliggende regeling – alleen nog kan worden opgekomen tegen de wijziging. Een ander argument voor een beroepstermijn hangt samen met hetgeen in paragraaf 5.1 als voordeel voor het niet beperken van de kring van beroepsgerechtigden is aangevoerd, te weten de verschuiving van de procesvoering naar voren en een concentratie in procedureel opzicht. Waarom zou men meteen beroep instellen als er toch geen termijn geldt?

Het handhaven van een beroepstermijn zou mogelijk als gevolg hebben dat na het verlopen van de beroepstermijn voor het beroep op de bestuursrechter, alsnog een vordering kan worden ingesteld bij de burgerlijke rechter. Het afschaffen van de beroepstermijn voor beroep tegen avv's zou dit eventuele probleem dan kunnen voorkomen. Immers, zonder beroepstermijn voor avv's kan te allen tijde bij de bestuursrechter worden opgekomen tegen avv's en zal de burgerlijke rechter – uitgaande van de jurisprudentie ter zake – in voorkomende gevallen tot niet-ontvankelijkheid moeten concluderen.

Het kabinet is van mening dat ook voor het beroep tegen avv's de beroepstermijn moet gelden en dat geen wijziging hoeft te worden aangebracht in de duur van de beroepstermijn. Het is niet helemaal uit te sluiten dat in Nederland na het verlopen van de beroepstermijn voor het beroep tegen avv's bij de bestuursrechter alsnog bij de burgerlijke rechter op grond van een actie uit onrechtmatige daad alsnog geageerd zou kunnen worden tegen een avv (mits aan de eiser niet verweten kan worden niet (eerder) bij de bestuursrechter in beroep te zijn gegaan). Het is echter zeer waarschijnlijk dat de burgerlijke rechter eiser niet-ontvankelijk in zijn vordering zal verklaren, omdat er een met voldoende waarborgen omgeven procedure voor rechtsbescherming openstaat of heeft opengestaan voor de belanghebbende. Overigens kan nog de onverbindendheid van een regeling worden gevraagd door middel

---

<sup>1</sup> R. M. van Male, *Rechter en bestuurswetgeving*, Zwolle, 1988, p. 54, 55.



van exceptief verweer of kan aan het bestuursorgaan worden gevraagd een besluit in te trekken of te wijzigen<sup>1</sup>. De weigering daarvan levert (weer) een appellabel besluit op (art. 1:3, tweede lid, Awb). De thans geldende beroepstermijn van zes weken kan ook voor avv's blijven gelden.

#### 5.4 *Relatieve competentie*

Voor de relatieve competentie maakt de Awb onderscheid tussen de besluiten van de rijksoverheid enerzijds en besluiten van gemeenten, provincies, waterschappen of andere openbare lichamen anderzijds. Voor besluiten van de laatste groep geldt als uitgangspunt voor de relatieve competentie de vestigingsplaats van het bestuursorgaan. Ingeval van besluiten van de rijksoverheid wordt de relatieve competentie bepaald door de woonplaats van de belanghebbende.

Het kabinet zou willen voorstellen om de beslechting van geschillen over avv's van de rijksoverheid te concentreren bij één en dezelfde rechtbank. Voor het maken van die uitzondering op het algemene systeem van het bestuursprocesrecht pleiten naar de mening van het kabinet de volgende redenen. Zouden we bij de avv's van de rijksoverheid blijven uitgaan van de woonplaats van belanghebbenden dan kan door de landelijke werking van die avv's elke rechtbank zich bevoegd verklaren. Een en ander zou tot gevolg hebben dat een grote diversiteit in uitspraken kan ontstaan over een en dezelfde avv. Dit acht het kabinet onwenselijk. Door het beroep te concentreren wordt voorts «forumshopping» voorkomen (belanghebbenden bij een amvb zouden die rechtbank kunnen uitzoeken, die al vaker amvb's heeft vernietigd).

De door het kabinet voorgestelde concentratie kan worden bewerkstelligd, door voor het beroep tegen avv's van de rijksoverheid eveneens uit te gaan van de vestigingsplaats van het bestuursorgaan. Hierdoor zouden de beroepen tegen avv's van de rijksoverheid geconcentreerd worden bij de Haagse rechtbank.

#### 5.5 *Schorsende werking*

De mogelijkheid van schorsende werking zoals die bij de beroepsmogelijkheid tegen besluiten niet zijnde avv's wordt gehanteerd, is als volgt: het beroep schorst (tenzij anders bepaald) niet de werking van een besluit waartegen het is gericht (art. 6:16 Awb). Schorsende werking kan wel als voorlopige voorziening aan de president van de rechtbank worden gevraagd. Die zal hier slechts toe overgaan indien onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen, dat vereist (art. 8:81, eerste lid, Awb).

Het kabinet ziet geen reden om af te wijken van deze systematiek voor het beroep tegen avv's. Zou de schorsende werking niet aan het beroep worden onthouden, dan zou dit waarschijnlijk een aanzuigende werking hebben op het aantal beroepen. Immers, door het enkele feit van het indienen van een beroepsschrift zou de werking van een avv al worden opgeschort. Aan de samenhang tussen een vernietiging van een avv en de gevolgen voor reeds genomen uitvoeringsbesluiten, zal aandacht worden besteed in subparagraaf 5.9.

#### 5.6 *Hoger beroep*

Wat de mogelijkheid van hoger beroep tegen avv's betreft, zijn eveneens argumenten voor en tegen op te sommen. Voor het beperken van de procesgang tot een beroepsinstantie en dus tegen het handhaven van het hoger beroep pleit de gewenste snelheid van die procesgang. Daarmee hangt natuurlijk samen de (snel) gewenste zekerheid over de rechtsgeldigheid van de regels, voor zowel het bestuur als de burgers.

Voor het handhaven van het hoger beroep pleit dat hierdoor geen

<sup>1</sup> Zie bijvoorbeeld in die zin de Rb Utrecht 10 mei 1996, JB 1996, afl. 11, nr. 195: «Indien de rechtmatigheid van een besluit van algemene strekking na het verstrijken van de beroepstermijn niet meer ter beoordeling van de rechter zou staan, zou dit derhalve tot gevolg hebben dat de rechtsbescherming tegen dergelijke besluiten zwakker is dan voor de invoering van de beroepsmogelijkheid per 1 januari 1994. (...) Het niet instellen van rechtsmiddelen kan eiseres in het onderhavige geval niet worden tegengeworpen.»

uitzonderingen op het stelsel van de Awb worden aangebracht. Het handhaven van twee instanties voor beroep doet bovendien het meeste recht aan de verhouding tussen het openbaar bestuur en de rechterlijke macht. Indien namelijk gekozen zou worden voor slechts één beroepsinstantie, dan kan één rechtsprekende instantie een avv vernietigen, zonder dat aan het bestuur de mogelijkheid wordt geboden die uitspraak aan te vechten in hoger beroep. Daarnaast zou in het geval van één beroepsinstantie een scheve verhouding ontstaan tussen enerzijds de mogelijkheid van het voeren van exceptief verweer voor diverse rechters op verschillende niveaus en op verschillende rechtsgebieden (burgerlijk-, straf- en bestuursrecht) en anderzijds de mogelijkheid van rechtstreeks beroep tegen avv's bij slechts één rechtscollege.

De argumenten voor het maken van een uitzondering op de algemene systematiek hebben het kabinet uiteindelijk niet kunnen overtuigen. Een snelle procesgang ten behoeve van de rechtszekerheid is belangrijk, maar een goede, inhoudelijke rechtsgang, dat wil zeggen een toets door twee rechtsprekende instanties acht het kabinet belangrijker. Met dien verstande dat, daar waar nu gekozen is voor bestuursrechtspraak in eerste en enige aanleg (bijv. in het milieurecht), dit ook zal gelden voor de regeling op grond waarvan dat besluit wordt genomen. Anders zou een situatie kunnen ontstaan waarin tegen een uitvoeringsbesluit rechtstreeks beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State kan worden ingesteld en tegen de aan dat besluit ten grondslag liggende avv eerst beroep bij de rechtbank moet worden ingesteld. Los van de ratio die achter het beroep in eerste en enige aanleg schuilgaat is dit niet zinvol vanwege het risico van tegenstrijdige jurisprudentie.

Van het aanbrengen van onderscheid tussen regelgeving van de rijksoverheid en andere overheden, zoals bijvoorbeeld in Frankrijk, is het kabinet geen voorstander. Ook al is het bereik van regelgeving van de rijksoverheid groter, doet dit niet af aan de gevolgen c.q. de «impact» die vooral ook regelgeving van provincies en gemeenten voor burgers met zich mee kunnen brengen.

Voor de situatie dat een avv in eerste aanleg wordt vernietigd en die uitspraak in hoger beroep wordt vernietigd, waardoor de avv weer rechtskracht krijgt, is het kabinet van mening dat de huidige bevoegdheden van de rechter toereikend zijn. Momenteel kan de rechter in geval van het vernietigen van een besluit bepalen dat de rechtsgevolgen van het (gedeelte van het) vernietigde besluit geheel of gedeeltelijk in stand blijven (art. 8:72 Awb). De rechter heeft in geval van vernietiging van een avv in eerste aanleg de mogelijkheid om de rechtsgevolgen van de vernietigde avv in stand te laten blijven. De rechter die uitspraak doet in hoger beroep kan bepalen of de uitspraak wel of niet terugwerkende kracht krijgt.

#### *5.7 Rechterlijke beslistermijn*

Om ondanks het handhaven van de twee beroepsinstanties toch de snelheid in de beroepsgang tegen avv's te houden zou nagedacht kunnen worden over het wijzigen van de beslistermijn voor de rechter. Momenteel is de beslistermijn voor schriftelijke uitspraken van de rechter zes weken na de sluiting van het onderzoek. De beslistermijn vanaf het sluiten van het onderzoek kan bovendien in bijzondere omstandigheden worden verlengd met zes weken. Tussen de indiening van een beroepsschrift en de openbare behandeling ter zitting zit veelal een groot aantal weken, waarin o.m. om het verweerschrift wordt verzocht, extra informatie van beide partijen kan worden gevraagd, etc.

Een beslistermijn die aan het beroep tegen avv's zou kunnen worden verbonden, zou kunnen gaan lopen op het moment van indiening van het

beroepschrift in plaats van het moment van afronding van het onderzoek. Het kabinet is echter van mening dat de termijn voor beroep tegen andere besluiten en de termijn voor het beroep tegen avv's aan elkaar gelijk moeten zijn. In het kader van de evaluatie van de Awb komt de beslistermijn voor beroepen tegen besluiten ook aan de orde. De beslissing over een rechterlijke beslistermijn (met een mogelijkheid van verlenging) voor beroep tegen avv's zou het kabinet dan ook willen laten afhangen van de besluitvorming naar aanleiding van de eerste evaluatie van de werking van de Awb. Daarbij zij wel al aangetekend dat een lange beslistermijn in strijd kan komen met eis van een redelijke termijn van artikel 6 EVRM en aan de andere kant een korte termijn evenzeer strijd kan opleveren met een goede procesvoering, omdat bijvoorbeeld motivering van een uitspraak niet meer goed mogelijk zou kunnen zijn.

### *5.8 Toetsingsmaatstaven*

Uit het rechtsvergelijkende onderzoek blijkt dat in bijna alle landen geen onderscheid wordt gemaakt tussen de toetsingsmaatstaven voor concrete besluiten en de toetsingsmaatstaven voor avv's. Zowel toetsing aan het geschreven als aan het ongeschreven recht vindt plaats, hetgeen ook overeenstemt met de Nederlandse praktijk van toetsing van avv's door de burgerlijke rechter. Toetsingsmaatstaven in Nederland zijn momenteel de Grondwet, internationale (mensenrechten-) verdragen, regelgeving van de Europese Unie, wetten, waaronder m.n. de Gemeente- en Provinciewet ((aanvullende) verordeningbevoegdheid) en andere hogere regelingen, de vereisten voor de totstandkoming van een besluit, zoals opgenomen in de Awb, en algemene rechtsbeginselen.

Zoals in paragraaf 4.1 al is aangegeven ziet het kabinet geen noodzaak tot het maken van een uitzondering – zo dit al mogelijk is – op de toetsingsmaatstaven voor avv's. De burgerlijke rechter hanteert dezelfde maatstaven als de bestuursrechter. Een bestuursorgaan is bovendien gehouden aan de toetsingsmaatstaven, ongeacht de vorm waarin een bestuursorgaan zijn bestuurshandelingen giet.

### *5.9 De vernietiging en de gevolgen van de vernietiging*

In paragraaf 5.1 is gewezen op het verschil in uitspraak van de burgerlijke rechter en de bestuursrechter. In deze subparagraaf wordt bekeken of van de algemene systematiek van uitspraken over besluiten (art. 8:72 Awb) moet worden afgeweken.

#### *Vernietiging ex tunc of ex nunc*

In Nederland wordt aan de vernietiging van besluiten terugwerkende kracht verbonden. Vernietiging van een besluit of een gedeelte van een besluit brengt vernietiging van de rechtsgevolgen van dat besluit of van het vernietigde gedeelte daarvan mee (art. 8:72, tweede lid, Awb). De rechter heeft echter de bevoegdheid te bepalen dat de rechtsgevolgen geheel of gedeeltelijk in stand blijven (art. 8:72, derde lid, Awb). In alle in paragraaf 3 besproken landen kan de vernietiging worden uitgesproken van een avv of van een gedeelte van de avv. De vernietiging werkt daar eveneens terug tot het moment van inwerkingtreding van het betreffende avv (ex tunc). De uitspraak van de Nederlandse burgerlijke rechter heeft eveneens ex tunc werking, de rechter beziet of de avv een onrechtmatige daad van de overheid was. De wettelijke rente begint dan ook te lopen vanaf het moment dat de onrechtmatige daad werd begaan.

Sommige rechtswetenschappelijke schrijvers zijn van mening dat – vanwege het rechtszekerheidsbeginsel – de vernietiging van een avv alleen voor de toekomst gevolgen zou moeten hebben (werking ex nunc),

zodat het nemen van nieuwe uitvoeringsbesluiten niet meer mogelijk is. Bestaande besluiten waarvan de beroepstermijn is verstreken zouden hun rechtskracht behouden<sup>1</sup>.

Zou een uitspraak alleen ex nunc werking hebben dan zou dit tot gevolg kunnen hebben dat het beroepsrecht voor de burger illusoir wordt, doordat hetgeen wat onrechtmatig was niet ongedaan hoeft te worden gemaakt. Dit zou bovendien een verslechtering betekenen ten opzichte van de bevoegdheden die de burgerlijke rechter nu reeds heeft. Zou een uitspraak alleen maar ex tunc werking hebben dan kan dit voor het betreffende bestuursorgaan de nodige uitvoeringsproblemen met zich brengen, doordat al hetgeen is uitgevoerd weer ongedaan moet worden gemaakt.

Het kabinet is dan ook van oordeel dat van tevoren niet hoeft te worden vastgelegd dat een uitspraak alleen werking voor de toekomst heeft (ex nunc). De rechter kan immers de rechtsgevolgen van zijn uitspraak beperken (art.8:72, derde lid, Awb). De mogelijkheid voor de rechter om per geval te bekijken wat de precieze rechtsgevolgen van zijn uitspraak moeten zijn, doet volgens het kabinet het meeste recht aan de inhoud van het betreffende avv en daarmee aan de bedoelingen van het betreffende bestuursorgaan.

Een vernietiging van een avv heeft naar de mening van het kabinet geen gevolgen voor de uitvoeringsbesluiten die reeds op basis van die avv zijn genomen. Dergelijke besluiten zullen veelal in rechte onaantastbaar zijn geworden en dientengevolge hun rechtskracht behouden<sup>2</sup>. Een belanghebbende heeft wel de mogelijkheid om de intrekking van een dergelijk besluit te verzoeken. Indien een bestuursorgaan dit weigert levert dit weer een toetsbaar besluit op in de zin van artikel 1:3, tweede lid, Awb.

Het kabinet zou op grond van het bovenstaande willen voorstellen geen wijzigingen aan te brengen in de desbetreffende artikelen.

#### Gehele of gedeeltelijke vernietiging

Zoals hierboven al is weergegeven kan in Nederland momenteel een rechter een besluit geheel of gedeeltelijk vernietigen. Datzelfde geldt ook voor de bevoegdheid van de rechters (onafhankelijk van hun rechtsgebied) wat het uitspreken van de onverbindendheid betreft. Uiteraard zal de rechter alleen die bepalingen onverbindend verklaren die onrechtmatig zijn, tenzij dit door de onderlinge samenhang niet goed mogelijk is. In dat geval zal de rechter de gehele regeling onverbindend verklaren. Ook kan de rechter een (onderdeel van een) regeling buiten toepassing verklaren in een bepaalde situatie, bv. als een regeling over het geheel genomen niet onrechtmatig is, maar in een bepaalde situatie wegens strijd met hogere regels niet kan worden toegepast. Ook kan de bestuursrechter bepalen of de rechtsgevolgen geheel of gedeeltelijk in stand blijven (art. 8:72, derde lid, Awb).

Gezien de Nederlandse praktijk van de gedeeltelijke onverbindend-verklaring en gezien ook de praktijk in de ons omringende landen acht het kabinet het uitsluiten van de mogelijkheid van gedeeltelijke vernietiging niet wenselijk.

#### Rechter zelf in de zaak laten voorzien

De rechter kan na vernietiging van een besluit overeenkomstig artikel 8:72, vierde lid, Awb zelf in de zaak voorzien. Deze bevoegdheid, die uit de Wet Arob is overgenomen, is bedoeld om een effectieve en doelmatige geschillenbeslechting mogelijk te maken, namelijk door de procedure niet langer te laten duren dan strikt noodzakelijk is. Uitgangspunt daarbij is dat de rechter alleen in de zaak zelf voorziet indien rechtens slechts één beslissing overblijft. Moet op die regel een uitzondering worden gemaakt ingeval de vernietiging een algemeen verbindend voorschrift betreft?

<sup>1</sup> A. J. Bok (a.w.), p. 288–290 en J. M. Polak (a.w.), p. 190.

<sup>2</sup> In die zin ook de Hoge Raad, 16 oktober 1992, AB 1993, 40 en A.J. Bok (a.w.), p. 289.

Het zelf in de zaak laten voorzien door de rechter zou volgens sommigen moeten worden uitgesloten, omdat de rechter daarmee te zeer op de stoel van de wetgever zou kunnen plaatsnemen. Hierdoor zou de teveel aan de rechter worden overgelaten wat de omvang van zijn rechtsvormende taak is. Anderen daarentegen vrezen dat het vernietigen van een avv kan leiden tot de onaanvaardbare situatie waarin – zolang het bestuursorgaan geen ander avv heeft kunnen uitvaardigen – helemaal niets is geregeld op een bepaald terrein, hetgeen de nodige rechtsonzekerheid met zich brengt.

Uit de eerste evaluatie van het bestuursprocesrecht blijkt, dat de rechter deze bevoegdheid zelden hanteert. Dit heeft enerzijds te maken met het feit dat slechts in een minderheid van gevallen rechtens één beslissing overblijft en anderzijds is veelal nader feitenonderzoek of nadere berekeningen nodig<sup>1</sup>. Ook de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft in hoger beroep bevestigd dat de rechter bij de toepassing van artikel 8:72, vierde lid, het bestuurlijke besluitvormingsprimaat behoort te respecteren<sup>2</sup>. Op basis van deze informatie ligt het weinig voor de hand dat de rechter deze bevoegdheid wel zal hanteren bij de vernietiging van avv's: meestal zal het gaan om een regeling waarbij het bestuursorgaan een grote mate van beleidsvrijheid bezit.

In de gevallen dat de regelgever geen keuze heeft, zal het gebruik van de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien niet onjuist behoeven te zijn. Er kunnen zelfs – conform de doelstellingen van deze bevoegdheid – voordelen aan verbonden zijn. Zo kan een geschil definitief worden beslecht en is er geen tijdverlies, omdat het bestuur geen nieuw besluit behoeft te nemen. Indien bijvoorbeeld bij verordening een heffing wordt opgelegd, terwijl deze heffing volgens een hogere regeling een bepaald bedrag niet te boven mag gaan. De rechter kan dan het maximale bedrag in de plaats stellen van het vernietigde bedrag. Hierdoor wordt veel administratieve rompslomp voor het bestuursorgaan voorkomen.

#### 5.10 Samenvatting

Boven weergegeven gedachten over een mogelijke procesrechtelijke vormgeving van het beroep tegen avv's kunnen in het kort als volgt worden samengevat.

De toegang tot de procedure voor de bestuursrechter zou niet behoeven te worden gewijzigd, noch door wijziging van het belanghebbende-begrip in de Awb, noch door het uitsluiten van bepaalde avv's en beleidsregels van het beroepsrecht. De bezwaarschriftprocedure, zoals die momenteel verplicht vooraf gaat aan het beroep op de bestuursrechter, zou opnieuw moeten worden gezien in het licht van de eerste evaluatie van de werking van de Awb. De regels voor de relatieve competentie van de bestuursrechter voor beroepen tegen avv's en beleidsregels van de rijksoverheid zouden naar de mening van het kabinet kunnen worden gewijzigd, in die zin dat de beroepsmogelijkheid geconcentreerd wordt bij één rechtbank.

De beroepstermijn van zes weken hoeft niet te worden gewijzigd, aan het beroep op de rechter zou geen schorsende werking worden verbonden en de mogelijkheid van hoger beroep zou gehandhaafd blijven. Daarentegen zouden de rechterlijke beslistermijnen kunnen worden heroverwogen in het kader van de evaluatie van de Awb. De toetsingsmaatstaven voor het beroep tegen avv's zouden gelijk kunnen blijven aan de toetsingsmaatstaven voor besluiten. Doordat de rechter in Nederland de rechtsgevolgen van een vernietiging kan beperken tot de toekomst, zou het kabinet de terugwerkende kracht aan de uitspraak van een vernietiging niet willen ontnemen. Gezien de huidige praktijk van de rechter met de gehele of gedeeltelijke onverbindendverklaring van avv's ziet het kabinet evenmin aanleiding om de mogelijkheid van gedeeltelijke vernietiging aan te passen. Hetzelfde geldt voor de mogelijkheid voor de rechter om in geval van vernietiging zelf in de zaak te voorzien.

<sup>1</sup> J.B. J. M. ten Berge e.a., «Ervaringen met de Awb – Het bestuursprocesrecht», Deventer, 1996, p. 243.

<sup>2</sup> Jur. Bestuursrecht, 1996, nr. 188.

Uit het voorgaande volgt dat als het beroep tegen avv's en beleidsregels per 1 januari 1999 zonder meer zou worden ingevoerd, het bestuursprocesrecht op onderdelen zal moeten worden gewijzigd. In welke zin die wijzigingen moeten plaatsvinden, daartoe heeft het kabinet hierboven al voor een deel voorstellen gedaan. In samenhang met het recent uitgebrachte eerste evaluatierapport van de werking van het bestuursprocesrecht sinds 1994 zal verder onderzoek naar en overleg met de overheden en vertegenwoordigers van de rechterlijke macht nodig zijn voor een goede procesrechtelijke vormgeving van het beroep tegen avv's.

## **6. Overwegingen bij het tijdstip van invoering**

In deze uitgebreide notitie heeft het kabinet de vormgeving van het beroepsrecht in enkele West-Europese landen beschreven alsmede de argumenten voor en tegen het rechtstreekse beroep op de bestuursrechter weergegeven. Daarnaast zijn enige gedachten naar voren gebracht over een mogelijke vormgeving van het beroepsrecht in Nederland, rekening houdend met de bezwaren van tegenstanders van het beroepsrecht en met de gevolgen voor het openbaar bestuur en de rechterlijke organisatie. Uitgaande van het kamerbreed aanvaarde amendement-Jurgens/Biesheuvel is aan de hand van de te verwachten gevolgen van inwerkingtreding van het amendement met ingang van 1 januari 1999 nagegaan hoe het beroepsrecht zou moeten worden vormgegeven.

Een andere vraag die nog onder ogen moet worden gezien is of de beoogde datum van inwerkingtreding van 1 januari 1999 wel het geschikte moment is om in Nederland het beroep tegen avv's in plaats van bij de burgerlijke rechter bij de bestuursrechter mogelijk te maken. De overgangstermijn van vijf jaar die door de indieners aan het amendement werd verbonden nadert zijn einde en het is naar de mening van het kabinet de vraag of die termijn van vijf jaar niet te kort is geweest en eventueel zou moeten worden verlengd. De volgende overwegingen over ontwikkelingen binnen het openbaar bestuur en de rechterlijke organisatie nopen tot bevestigende beantwoording.

Uit de eerste evaluatie van de Awb blijkt dat bij het openbaar bestuur nog sprake is van een proces van gewenning aan de Awb, en de wijze waarop de procedures bij de rechter verlopen. Niet alleen de bezwaarschriftprocedure en alle procedurevoorschriften die daarmee samenhangen, maar ook het omgaan met de nieuwe terminologie, met de procedures voor totstandkoming van besluiten e.d. vergen nog de nodige gewenning en aanpassing van de bestuursorganen. De organisatie en werkwijze van vele bestuursorganen zijn nog onvoldoende ingesteld op de eerste twee tranches van de Awb. En daar komt binnenkort nog de derde tranche van de Awb bij, waarin de onderwerpen zoals mandaat, dwangsom, beleidsregels en subsidies eveneens voor de bestuursorganen aanleiding zullen geven tot aanpassingen. Het evaluatieverslag van de Awb bevat een aantal aanbevelingen voor wetgever, bestuur en rechter. Verschillende van deze aanbevelingen zien op het flexibeler en doelmatiger omgaan met de Awb en met hoor- en bezwaarprocedures. In het – naar verwachting zomer 1997 uit te brengen – kabinetstandpunt over het evaluatieverslag zal nader worden ingegaan op die aanbevelingen.

Daarbij komt dat de afgelopen periode onder meer vanuit het decentraal bestuur een discussie wordt gevoerd over het onderwerp jurisdisering. «Juridisering» wordt wel gedefinieerd als «de toenemende mate van het juridisch vormgeven van de relaties tussen bestuur en burger»<sup>1</sup>. Aldus bezien zou jurisdisering in beginsel als een positief verschijnsel kunnen worden beschouwd: de wet is immers het democratisch gelegitimeerde instrument bij uitstek om aan de samenleving gezaghebbende normen te

<sup>1</sup> G. S. A. Dijkstra, «Juridisering», Pre-advies voor de Raad voor het binnenlands bestuur, Leiden, 1996, p. 3.

kunnen opleggen. Juridisering heeft echter een negatieve connotatie als daarmee bedoeld wordt dat het juridische aspect een te zware wissel trekt op de relatie overheid burger, maar ook op de relatie tussen overheden onderling. Daarmee is de term «juridisering» een begrip geworden voor een aantal problemen waarvoor in toenemende mate vanuit met name het decentrale bestuur aandacht wordt gevraagd, zoals: de omvang en inhoud van regelgeving (regeldichtheid) de omvang van de rechtsbescherming: met name de opeenstapeling van procedures bij het realiseren van bestuurlijke activiteiten en grote (bestuurlijke of particuliere) projecten; het evenwicht tussen bestuur en rechter, en de juridische kwaliteit van het bestuurshandelen. «Juridisering» speelt aldus ook een rol in de onderlinge verhouding tussen overheden, wanneer bestuurlijke conflicten moeten worden opgelost en deze voor de rechter worden gebracht.

Consequentie van deze juridisering is volgens het decentrale bestuur aantasting van de slagvaardigheid van het bestuur. Verder wordt gevreesd voor uitholling van de politieke democratie doordat aan de onafhankelijke rechter in toenemende mate het resultaat van politieke afwegingen van de democratisch gekozen organen ter toetsing worden voorgelegd. Het gaat in deze discussie uitdrukkelijk niet om de rechtsbescherming op zich en ook niet om het feit dat de rechter doet waarvoor hij in ons staatsbestel is aangesteld, te weten het bieden van (individuele) rechtsbescherming tegen o.a. de bestuursorganen, maar om het evenwicht in bevoegdheden van rechter en bestuur.

In deze discussie wordt ook gewezen op het openstellen van de beroepsmogelijkheid tegen avv's bij de bestuursrechter. Vanuit het decentraal bestuur wordt dit gezien als een extra beroepsmogelijkheid bij de bestuursrechter die als een uitbreiding kan worden beschouwd ten opzichte van de huidige situatie van exceptief verweer en de mogelijkheden bij de burgerlijke rechter. Gevreesd wordt dat hiermee 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. Er wordt dan ook voor gepleit om artikel 8:2 Awb (vooralsnog) niet te laten vervallen.

Het kabinet meent dat hier sprake is van een signaal, dat bij de overwegingen of het beroep tegen avv's reeds met ingang van 1 januari 1999 moet worden ingevoerd moet worden meegewogen. Een uitvoerige analyse en beoordeling van hetgeen onder de noemer «juridisering» wordt gebracht, zouden echter het bestek van deze notitie te buiten gaan.. Het kabinetsstandpunt over het advies van de Raad voor het binnenlands bestuur («Besturen op de tast») dat voor het zomerreces kan worden verwacht, vormt het juiste kader om met een visie hierop te komen.

Wat de ontwikkelingen binnen de rechterlijke organisatie betreft, kan gesteld worden dat de rechterlijke organisatie niet alleen te maken heeft met de gewenning aan de (derde tranche van de) Awb en de integratie van de bestuurssectoren bij de rechtbanken, maar evenzeer met de ontwikkelingen rond de huidige gedachtevorming over bestuur en beheer van de rechtspraak.

Mede gelet op het feit dat – zoals uit de evaluatie van de Awb blijkt – er nog sprake is van een gewennings-situatie aan de Awb en het nieuwe bestuursprocesrecht, niet alleen bij bestuursorganen, maar ook bij de rechter, is effectuering van het amendement naar het oordeel van het kabinet op dit moment in ieder geval niet verstandig. Dit laatste, gevoegd bij de onzekerheid die er nog steeds bestaat over de precieze gevolgen van de invoering, zoals beschreven in deze notitie, hebben bij het kabinet de gedachte doen postvatten dat het verstandiger is om de invoering van

het beroepsrecht uit te stellen. De termijn van uitstel kan gebruikt worden om in overleg met de betrokken overheden en met vertegenwoordigers van de rechterlijke macht te kijken naar de mogelijkheden voor een zodanige vormgeving van het beroep tegen avv's dat onevenredige bestuurslasten zoveel mogelijk worden voorkomen en tot welke aanpassingen van het bestuursprocesrecht dat zou moeten leiden. De volgende evaluaties van de Awb kunnen daarbij worden betrokken.

Het kabinet stelt ten slotte dan ook voor met beide Kamers der Staten-Generaal van gedachten te wisselen over zijn voornemen om een wetsvoorstel in te dienen, waarin zal worden geregeld dat artikel 8:2 Awb op een later tijdstip zal vervallen.

De Minister van Justitie,  
W. Sorgdrager

De Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken,  
J. Kohnstamm



bij notitie aan de Eerste en Tweede Kamer der Staten-Generaal over het rechtstreeks beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels bij de bestuursrechter

### **Rechtsbescherming tegen avv's in andere West-Europese landen**

Bij het maken van de keuze uit de West-Europese landen is gelet op de mate van gelijkenis met het Nederlandse rechtsstelsel en op de praktische vormgeving van het beroepsrecht in het betreffende land. Dit heeft geleid tot de volgende selectie: Frankrijk, Duitsland, Italië, Portugal en Zweden<sup>1</sup>. De beschrijving van de vormgeving van het beroep omvat de volgende onderdelen: tegen welke avv's is beroep mogelijk, welke rechtsgang staat er open, wie is beroepsgerechtigd, wat is de beroepstermijn, welke toetsingsgronden hanteert de rechter, tot welke uitspraak kan de rechter overgaan, of een beroep schorsende werking heeft en ten slotte wat de gevolgen zijn van een eventuele vernietiging. De beschrijving van de rechtsstelsels in Frankrijk en Duitsland is het meest uitgebreid.

#### **1. Frankrijk**

In Frankrijk behoort de beslechting van geschillen tussen bestuur en burger in beginsel tot het monopolie van de administratieve rechter; de gewone rechter heeft in uitzonderingsgevallen een taak (bijv. als de overheid op privaatrechtelijke titel optreedt, in geval van onteigening, bij indirecte belastingen, voor sociale zekerheidsgeschillen en de onrechtmatige toepassing van bestuursdwang). In Frankrijk staat het vernietigingsberoep niet alleen open tegen concrete beschikkingen («actes individuelles»), maar ook tegen algemene regels, die het bestuur heeft vastgesteld («actes réglementaires» of «règlements»). Algemene regels worden niet zozeer gezien als daden van materiële wetgeving, maar vooral als een vorm van bestuurlijke rechtshandelingen. En tegen alle vormen van bestuurshandelen staat beroep open op de administratieve rechter. Onder de «règlements» vallen onder meer:

- decreten van algemene strekking vastgesteld door de President of de premier van Frankrijk;
- règlements die door afzonderlijke ministers worden vastgesteld;
- verordeningen van een prefect van een departement of van de burgemeester, en
- verordeningen die door vertegenwoordigende organen op departementaal en gemeentelijk niveau zijn uitgevaardigd.

Het beroep staat dus open tegen alle algemeen verbindende regels met een lagere rang dan wet in formele zin. Toetsing van wetten in formele zin is voorbehouden aan de Conseil Constitutionnel (deze beroepsmogelijkheid komt evenwel niet aan alle burgers toe). Daarbij zij aangetekend dat de organen op gemeentelijk niveau minder vrijheid hebben ten aanzien van de vaststelling van algemeen verbindende voorschriften. Decentrale regelgeving heeft in Frankrijk een meer gebonden karakter.

Wat de lagere règlements betreft kan men in eerste aanleg in beroep gaan bij de Tribunaux administratifs, vervolgens kan men in hoger beroep bij de Cours administratives d'appel, waarna ten slotte cassatieberoep openstaat bij de Conseil d'Etat. Tegen règlements die zijn vastgesteld door de President, de premier of de afzonderlijke ministers kan men rechtstreeks in beroep gaan bij de Conseil d'Etat, die dan in eerste en enige aanleg optreedt<sup>2</sup>. Deze versnelde rechtsgang wordt ingegeven door het gewicht van de juridische vragen die zich bij die règlements voordoen.

Aangezien het vernietigingsberoep vooral gezien wordt als het handhaven van het objectieve recht, wordt al snel aangenomen dat iemand beroepsgerechtigd is. Er is evenwel geen actio popularis mogelijk, men dient in een persoonlijk belang geraakt te zijn om beroep te kunnen

<sup>1</sup> Andere landen die in enigerlei vorm beroep tegen avv's kennen zijn: België, Griekenland, Denemarken, het Verenigd Koninkrijk en Ierland.

<sup>2</sup> L. Prakke, C. A. J. M. Kortmann, «Het staatsrecht van de landen der Europese Gemeenschappen», Deventer, 1993, p. 230.

instellen. Ook immateriële belangen en toekomstige belangen, mits voldoende bepaald, kunnen worden gehonoreerd. De Conseil d'Etat hanteert wel een strikte beroepstermijn: twee maanden vanaf het moment van publicatie van de regeling.

Règlements mogen niet in strijd zijn met hogere regels van het geschreven recht. Daarnaast wordt elke bestuurshandeling (ook een règlement) getoetst aan regels van het ongeschreven recht («principes généraux du droit»). Hiertoe behoren met name het gelijkheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht. De rechter toetst aan het ongeschreven recht om tegenwicht te kunnen bieden aan het feit dat de wetgever steeds minder uitputtende regelingen kan treffen voor het bestuursoptreden. Daardoor vindt de rechter in steeds mindere mate in het geschreven recht de toetsingscriteria voor de controle van het bestuur.

Het beroep heeft in Frankrijk geen schorsende werking. Een dergelijke schorsende werking wordt een inbreuk geacht op het prerogatief van het bestuur om zijn beschikkingen – zonder rechterlijke tussenkomst – ten uitvoer te leggen. Wel bestaat de mogelijkheid om, hangende het beroep, een verzoek tot schorsing in te dienen bij de rechter. Er wordt in Frankrijk zelden geschorst; er wordt alleen geschorst indien een onherstelbaar nadeel dreigt voor de verzoeker.

De vernietiging werkt in Frankrijk ten opzichte van een ieder en heeft bovendien terugwerkende kracht (ex tunc). Dit laatste in tegenstelling tot een onverbindendverklaring, die slechts gevolgen heeft voor de procespartijen. Vernietiging houdt in dat de regel(ing) wordt geacht nooit te hebben bestaan.

Hoe wordt er vervolgens omgegaan met de reeds genomen uitvoeringsbeschikkingen? Indien de beroepstermijn tegen dergelijke beschikkingen is verstreken, hebben deze formele rechtskracht gekregen en kunnen zij niet meer worden aangevallen voor de administratieve rechter. In feite werkt de vernietiging dan ook ex nunc. Hierdoor worden de gevolgen van een vernietiging gerelativeerd. Indien geen belangen van derden in het geding zijn kunnen de beschikkingshouders verzoeken de beschikkingen door het bestuur te laten intrekken. Een dergelijk verzoek verplicht het bestuur in beginsel tot intrekking<sup>1</sup>.

Aangezien in Frankrijk het beroep tegen avv's niet wordt onderscheiden van het beroep tegen besluiten is er geen afzonderlijke registratie van beroepen tegen avv's of van beroepen tegen besluiten. Gegevens over aantallen beroepen zijn dan ook niet bekend.

## 2. Duitsland

Onder de noemer van het «Normenkontrollverfahren» kan in een beperkt aantal gevallen rechtstreeks het oordeel van de administratieve rechter worden ingewonnen over de verenigbaarheid van lagere regelgeving met hogere regelgeving, en wel van (lager) Landsrecht aan (hoger) Landsrecht en Bondsrecht. In geval van strijd kan de rechter de lagere regel nietig verklaren.

De bestuursrechtspraak wordt in Duitsland uitgeoefend door de gerechten van de (algemene) Verwaltungsgerichtbarkeit, en door (speciale) administratieve rechters op het terrein van de sociale verzekeringen en de belastingen. De Verwaltungsgerichtbarkeit kan worden onderverdeeld in: Verwaltungsgerichte als gerechten in eerste aanleg, Oberverwaltungsgerichte als appèlrechter en het Bundesverwaltungsgericht als administratieve cassatierechter.

Het vernietigingsberoep staat in Duitsland open tegen regelingen met een lagere rang dan Landswet en tegen gemeentelijke bestemmings- en stadsvernieuwingsplannen.

Het Normenkontrollverfahren is alleen mogelijk indien een deelstaat dit uitdrukkelijk heeft mogelijk gemaakt. Voor een beroep tegen een

<sup>1</sup> A. J. Bok, «Rechterlijke toetsing van regelgeving», Deventer, 1991, p. 232–253.

algemene regeling hoeft niet een beroep in eerste aanleg te worden ingesteld bij de Verwaltungsgerichten, maar kan dit direct bij de Oberverwaltungsgerichten. Tegen de uitspraak van het Oberverwaltungsgericht kan men niet in cassatie («Revision») gaan bij het Bundesverwaltungsgericht. Wel dient het Oberverwaltungsgericht een prejudiciële beslissing te vragen van het Bundesverwaltungsgericht, als het stuit op een principiële vraag van uitleg van het Bondsrecht of als het wil afwijken van een eerdere uitspraak van het Bundesverwaltungsgericht.

Beroepsgerechtigd ter zake van het Normenkontrollverfahren in Duitsland is iedere natuurlijke of rechtspersoon die door de aangevallen regeling of de toepassing daarvan nadeel heeft geleden of binnen afzienbare tijd te verwachten heeft. Daarnaast kunnen ook overheidsorganen die de regeling moeten toepassen of met de uitvoering ervan geconfronteerd worden, een verzoek tot Normenkontrolle indienen. De kring van beroepsgerechtigden is in Duitsland dus kleiner dan in Frankrijk. Dit laatste is te verklaren uit het feit dat in Duitsland het vernietigingsberoep gezien wordt als een vorm van individuele rechtsbescherming, terwijl in Frankrijk het vooral benaderd wordt vanuit de optiek van het handhaven van het objectieve recht.

Er geldt geen beroepstermijn voor het vernietigingsberoep, omdat een algemene regeling in beginsel een permanent karakter heeft. Een beroepsgerechtigde kan wel zijn beroepsrechten verwerken, door niet binnen redelijke termijn na het ondervinden van het nadeel in beroep te gaan (dit leidt tot niet-ontvankelijkheid).

De toetsing vindt plaats aan de hogere en geschreven regels. Dit zijn zowel de hogere regels van de deelstaat als van de Bondsrepubliek. Een toetsing aan het ongeschreven recht ontbreekt. Er wordt getoetst aan rechtsbeginselen voorzover die zijn opgenomen in bepalingen van de Grondwet, bijvoorbeeld het gelijkheidsbeginsel. De rechter mag bij de toetsing overigens niet ultra petita gaan, d.w.z. dat de rechter niet buiten de door partijen aangegeven gronden van het geschil kan treden.

Het Normenkontrollverfahren heeft geen schorsende werking. Een beroepsgerechtigde kan dit via het vragen van een voorlopige maatregel wel trachten te bewerkstelligen. De rechter treft een voorlopige maatregel (zoals bijvoorbeeld schorsing) slechts bij zwaarwegende nadelen. De ratio hiervan is dat een schorsing van een regeling niet alleen geldt ten opzichte van de procespartijen, maar – door de algemene werking van een regeling – jegens een ieder.

Een vernietiging werkt jegens een ieder en ex tunc. Voor reeds genomen uitvoeringsbeschikkingen op basis van de regeling geldt het volgende. Indien de beroepstermijn is verstreken is de uitvoeringsbeschikking onaantastbaar geworden. Het bestuur mag de beschikkingen echter niet meer ten uitvoer leggen. Dit betekent dat bijvoorbeeld bestuursdwang of andere sancties ter handhaving niet meer mogen worden toegepast<sup>1</sup>.

Het Duitse ministerie van Justitie heeft ons laten weten dat in 1994 584 procedures in het kader van het Normenkontrollverfahren werden gevoerd bij de Oberverwaltungsgerichten (appèlrechters). De ervaring leert dat zo'n 25 % daarvan succesvol is. Cijfers over de aantallen beroepen bij de andere bevoegde rechtscolleges waren bij het ministerie niet beschikbaar.

### **3. Portugal**

In Portugal kan tegen de vaststelling van sommige reglementen van bestuursorganen een vernietigingsberoep worden ingesteld bij de algemene administratieve rechter of – in geval van fiscale regelingen – bij de speciale belastingrechter. Tegen hun beslissingen staat beroep open bij

---

<sup>1</sup> Idem, p. 253–266.

het hoogste administratieve gerecht, het Supremo Tribunal Administrativo<sup>1</sup>. Dit laatste geldt niet voor reglementen van de landsregering of de meer zelfstandige diensten van de centrale overheid. Deze reglementen vallen onder het toezicht van het Constitutionele Gerecht, die deze regelingen toetst op hun grondwettigheid en rechtmatigheid. Dit gerecht kan echter niet door een burger worden benaderd, maar slechts door de President, de voorzitter van het parlement, de premier, de (nationale) ombudsman of een tiende deel van het aantal parlementsleden.

Voor het beroep tegen reglementen geldt geen beroepstermijn. Om ontvankelijk te worden verklaard hoeft iemand slechts een voorzienbaar nadeel binnen een redelijke korte tijd aan te tonen. De rechter kan ook ambtshalve overgaan tot het toetsen van de regelgeving in een bepaald geding. De rechter toetst zowel aan ongeschreven als aan geschreven recht. De vernietiging geldt jegens een ieder. De rechtsgevolgen van de vernietiging werken in beginsel *ex nunc*, tenzij de rechter anders bepaalt. Het bestuur is wel gehouden alle maatregelen te nemen ter uitvoering van de vernietigingsuitspraak, d.w.z. dat concrete uitvoeringshandelingen moeten worden ingetrokken<sup>2</sup>.

#### 4. Italië

In Italië kan men tegen zelfwerkende (d.w.z. zonder tussenkomst van een uitvoeringsbesluit van het bestuur) algemene rechtsregels binnen 60 dagen in beroep komen bij de administratieve rechter. Tegen preliminaire (d.w.z. voorlopige) algemene rechtsregels kan men alleen in beroep bij de administratieve rechter tegelijk met het uitvoeringsbesluit.

Voor beide vormen van algemene rechtsregels geldt dus een beroepstermijn van 60 dagen, te berekenen vanaf het moment van publicatie. Iemand is beroepsgerechtigd indien hij of zij een direct, actueel en persoonlijk belang heeft. De administratieve rechter kan de rechtsregel vernietigen, de vernietiging werkt *ex tunc* en werkt jegens een ieder. In principe vernietigt de rechter alleen die bepalingen die onrechtmatig zijn, tenzij dit door onderlinge samenhang niet mogelijk is. In dit laatste geval vernietigt de rechter de regeling helemaal. Onherroepelijk geworden uitvoeringsbeschikkingen worden door de vernietiging niet geraakt<sup>3</sup>.

#### 5. Zweden

Zweden kent net als Nederland de mogelijkheid van administratief beroep (bij een hoger bestuursorgaan). Daarnaast is in de beginjaren '70 bewust gekozen voor het invoeren van administratieve rechtspraak in drie lagen: de regionale administratieve gerechten («länsrätt»), de administratieve gerechten voor (hoger) beroep («kammarrätt») en het Hoger administratief Hof («Regeringsrätten»). Bij de länsrätt kan men in beroep tegen besluiten van de lokale en regionale overheden. Bij de kammarrätt kan men in hoger beroep tegen besluiten van de länsrätt, en in beroep tegen besluiten van bestuursorganen van regionaal en centraal niveau. Tegen besluiten van deze bestuursorganen kan men niet in beroep bij de gewone rechter. Bij de Regeringsrätten kan men appelleren tegen uitspraken van de kammarrätt. Sinds 1988 kan de Regeringsrätten de besluiten van de regering, en tegen besluiten van andere bestuursorganen die zij hebben genomen in het kader van administratief beroep vernietigen, indien deze in strijd zijn met het recht. De aanleiding voor deze bevoegdheid was de uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak «Allan Jacobsson»<sup>4</sup>. Het Hof concludeerde dat de mogelijkheid van administratief beroep tegen gemeentelijke bouwplannen – eindigend bij de regering in hoogste instantie – in strijd was met artikel 6 EVRM, omdat geen sprake was van een onafhankelijk en onpartijdig tribunaal.

De administratieve rechter kan *avv's* alleen onverbindend verklaren, in

<sup>1</sup> L. Prakke, C.A.J.M. Kortmann, «Het staatsrecht van de landen der Europese Gemeenschappen», Deventer, 1993, p. 607.

<sup>2</sup> R.M. van Male, «Rechter en bestuurswetgeving», Zwolle, 1988, p. 190–192.

<sup>3</sup> *Idem*, p. 179–182.

<sup>4</sup> EHRM 25–10-89, Series A, Publ. Court, no. 163, eveneens opgenomen in het NJCM-bulletin 14–8 (1989), p. 1033 e.v..

het geval dat er strijd is met (hogere) regelgeving of als de totstandkomingsprocedures niet zijn gevolgd. In geval van beroep tegen besluiten zijn de bevoegdheden van de administratieve rechter en het hogere bestuursorgaan in geval van administratief beroep daarentegen gelijk aan de bevoegdheden van het orgaan dat het betreffende besluit heeft genomen: het besluit mag vernietigd worden, gewijzigd of zelfs worden vervangen door een nieuw besluit.

De beroepstermijn is drie maanden. Om in beroep te gaan tegen een besluit dient men een rechtstreeks en individueel belang te hebben bij het besluit. Tegen besluiten met een meer algemene werking (zoals besluiten van algemene strekking) kan men in beroep gaan, zij het dat het belanghebbende-begrip stringenter wordt gehanteerd<sup>1</sup>.

In hoofdstuk 10 van de Zweedse Gemeentewet is voorts een aparte voorziening gecreëerd voor vernietigingsberoep tegen besluiten, waaronder verordeningen, van gemeenten en regiobesturen (het «kommunalbesvär»). Iedere inwoner van de gemeente of regio kan binnen drie weken een beroep instellen bij de kammarrätt om de besluiten te laten toetsen op rechtmatigheid (art. 1). Als een appellant in het ongelijk wordt gesteld kan alleen hij in beroep gaan bij de Regeringsrätten. Wordt daarentegen een besluit vernietigd dan staat het hoger beroep open voor (leden van) het gemeentebestuur of de regiobestuur (art. 14). De bestuursrechter kan een dergelijk besluit «slechts» vernietigen, hij heeft niet de bevoegdheid het besluit te wijzigen of zelf in de zaak te voorzien<sup>2</sup>.

Van het aantal beroepen op basis van hoofdstuk 10 van de Zweedse Gemeentewet zijn geen cijfers bekend bij het ministerie van Justitie in Zweden. Het ministerie deelde ons wel mede, dat rond de wijziging van de Grondwet in 1994 de mogelijkheid van vernietigingsberoep tegen avv's van de centrale overheid en de mogelijkheid van constitutionele toetsing uitgebreid is bediscussieerd in het parlement. Er is van invoering van beide rechten afgezien vanwege het argument dat door invoering van die rechten de rechter te veel op de stoel van het bestuur zou gaan zitten (zie ook par. 3.2, van de notitie, het Trias Politica-argument).

---

<sup>1</sup> Lena Marcusson, «Administrative procedure» in: H. Tiberg, F. Sterzel, P. Cronhult, Swedish Law, Stockholm, 1994, p. 545-556.

<sup>2</sup> Idem, blz. 555.