

Een leerstellig cliché

CLICHÉ

In het juridische onderwijs, doch niet minder in de rechtspraktijk worden sommige stellingen of uitspraken zo vaak herhaald, dat ze als cliché een rol gaan spelen. Ik heb een hekel aan deze clichés, omdat hun gebruik een verwijzing inhoudt naar denkwerk dat in het verleden heeft plaatsgevonden en een legitimatie vormen om dat denkwerk nu niet meer over te doen. Clichés werken op die manier conserverend, hoewel de rechtsontwikkeling als deel van de maatschappelijke ontwikkelingen die conservering van vroegere denkbeelden vaak niet verdraagt. Met het neerschrijven van deze algemeenheden heb ik uit pure weerszin weten te voorkomen om het cliché hier neer te schrijven, dat ik ter ere van het afscheid van Willem Konijnenbelt als hoogleraar administratief recht aan de Universiteit van Amsterdam wil bespreken. Nu moet ik ermee voor de draad komen: 'De rechter mag niet op de stoel van het bestuur gaan zitten'. Deze primitieve beeldspraak vormt voor mij een steen des aanstoots. Er is nog een ander cliché over de taak van de rechter waar ik evenzeer aanstoot aan neem, een cliché dat in het burgerlijk procesrecht opgeld doet: 'de rechter is lijdelijk.' Ter ere van Willem Konijnenbelt zal ik schrijven over het bestuursrechtelijke cliché, maar ik sluit niet uit dat beide clichés iets met elkaar te maken hebben.

De rechter mag niet op de stoel van het bestuur gaan zitten

De uitspraak dat de rechter niet op de stoel van het bestuur mag gaan zitten, vormt een verwijzing naar de uitkomst van een discussie die aan het eind van de vorige eeuw en het begin van deze eeuw gevoerd

is.¹ Ik ga die discussie niet herhalen, omdat dat een afgegrazen terrein vormt.² De titel van het opstel van Struycken, *Administratie of rechter*³ vormde wellicht de ontknoping van het verhaal: onafhankelijke bestuursrechtspraak is gelet op de eigen taak van het bestuur moeilijk te verdedigen. 'De rechter zou op de stoel van het bestuur gaan zitten.'

In de bibliotheek van de Faculté de droit te Parijs⁴ is in de kaartenbak met 'thèses' een indrukwekkend aantal geschriften te vinden waarin een uitvoerige bespreking plaatsvindt van de theorie van de 'séparation des pouvoirs'. Het zijn allemaal met carbonpapier vermenigvuldigde, of gestencilde werkstukken die uit wetenschappelijk oogpunt vaak een cliché inhouden. Ongeveer hetzelfde cliché als het door mij besprokene en hier niet weer herhaalde. Ook in veel Franse hand- en studieboeken wordt expliciet aandacht geschonken aan deze specifiek Franse benadering van de verhouding tussen rechter en bestuur.⁵ Het leerstuk van de 'séparation des pouvoirs' houdt voor het Franse bestuursrecht in dat de eigen taak van het bestuur eraan in de weg staat dat de gewone rechter een oordeel geeft over de juistheid van bestuurshandelingen.⁶ Slechts wanneer sprake is van schending van een grondrecht, ontstaat - bij wijze van uitzondering - recht op toegang tot de gewone rechter. Daarom is er in Frankrijk afzonderlijke bestuursrechtspraak, die vanwege de toestroom van zaken steeds verder geregionaliseerd is, doch met aan de top de Conseil d'Etat. De rechtsprekende taak van de Conseil d'Etat vindt zijn oorsprong en legitimatie in de theorie van de séparation des pouvoirs zoals die in het Franse staats- en bestuursrecht opgeld doet.

-
- 1 J van der Hoeven, De drie dimensies van het bestuursrecht, VAR-reeks 100, Alphen a/d Rijn 1989 en MvT bij de herziening van de rechterlijke organisatie, TK 1991-1992, 22 495, nr. 3, p 15
 - 2 M Schreuder-Vlasblom, De macht der kritiek, Zwolle 1987 en J P. de Jong, Bestuursrecht van vreemde herkomst, Zwolle 1988
 - 3 A A H. Struycken, Arnhem 1910, Verzamelde werken, deel I, Arnhem 1924
 - 4 Achter Bld. St Michel, waar ik met een aanbevelingsbrief van Willem Konijnenbelt 'accès aux rayons' kreeg, hetgeen betekende dat ik ongestoord door de kelders met boeken en tijdschriften mocht dwalen.
 - 5 R M van Male, Rechter en bestuurswetgeving, Zwolle 1988
 - 6 M Gjidara, La fonction administrative contentieuse, Parijs 1972, P. Banda, Administratief procesrecht, Zwolle 1989

Tevens kan de vraag gesteld worden of de Conseil d'Etat als onafhankelijke rechter te gelden heeft. In de Franse optiek is dat ook niet zonder meer de bedoeling.⁷

Een boeiende parallel: het beroep op de Kroon en de theorie van de *séparation des pouvoirs*. Het beroep op de Kroon hield enerzijds een eerbiediging in van de theorie van de *séparation des pouvoirs* (in Franse zin), omdat het niet de onafhankelijke rechter is die oordeelt over bestuurshandelingen, doch het bestuur zelf. Anderzijds vormde een van de kenmerken van het beroep op de Kroon het in ruime mate zelf in de zaak voorzien door de Kroon.⁸ In die zin kan worden gezegd dat de Kroon op de stoel van het oorspronkelijk beslissende bestuursorgaan kon gaan zitten. Het beroep op de Kroon is te licht bevonden bij de toetsing aan artikel 6 EVRM en als reactie daarop is de Tijdelijke wet Kroongeschillen ingevoerd. De inmiddels weer opgeheven TwK-rechter (de Afdeling voor de geschillen van bestuur van de Raad van State) heeft de Kroontraditie wat betreft het zelf in de zaak voorzien in belangrijke mate gevolgd.⁹ Anders gezegd, de Afdeling voor de geschillen van bestuur ging bij het vervullen van haar rechtsprekende taak vaak op de stoel van het bestuur zitten. Dat is historisch gezien niet zo verwonderlijk. De staatsraden die destijds in het kader van het beroep op de Kroon functioneerden vervulden een soortgelijke taak in het kader van de rechtspleging op grond van de TwK. Bovendien waren de voorzitter en de leden van de Afdeling voor de geschillen van bestuur voor een belangrijk deel zelf afkomstig uit het bestuur.

De herziening van de rechterlijke organisatie geeft mede een definitieve oplossing voor het probleem van het beroep op de Kroon. Bij de Raad van State is een Afdeling bestuursrechtspraak gevormd, die voor een belangrijk deel¹⁰ als tweede instantie functioneert voor die rechtsgebieden die onder de jurisdictie van de Afdelingen voor de geschillen van bestuur en rechtspraak van de RvS vielen. Bij die gelegenheid is tevens een oplossing gevonden voor het probleem dat

7 A. Mestre, *Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'administration*, Parijs 1974.

8 R.J.G.M. Widdershoven e.a., *Bestuursrechtspraak milieugeschillen*, Zwolle 1991, p. 213 e.v. en T. ter Brugge e.a. *Kroongeschillen en het nieuwe bestuursprocesrecht*, Deventer 1991, p. 290 e.v.

9 R.J.G.M. Widdershoven a.w. en Ter Brugge a.w.

10 Voor een aantal zaken wordt (blijft) de Afdeling rechter in eerste aanleg.

bij de Afdeling voor de geschillen van bestuur ook en in niet onbelangrijke mate niet-juristen werkzaam waren. Artikel 29 van de Wet op de Raad van State bepaalt onder meer dat de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak, de voorzitter van een meervoudige kamer, alsmede de meerderheid van degenen die zitting hebben in een meervoudige kamer 'jurist' moeten zijn. Artikel IIA, regelende het overgangsrecht, ontkracht deze bepaling echter: staatsraden en staatsraden in buitengewone dienst die bij inwerkingtreding van de herziening RO geen jurist waren, worden 'gelijkgesteld met de staatsraden en de staatsraden in buitengewone dienst die daaraan (dat is: jurist zijn) wel voldoen.' Over de wijsheid van die gelijkstelling van niet-juristen met juristen valt te twijfelen.

DE ALGEMENE WET BESTUURSRECHT

Wat betreft de taak van de rechter en de verhouding tussen rechter en bestuur geeft hoofdstuk 8 van de Awb een procesregeling die op veel punten expliciet aangeeft wat de bevoegdheden van de rechter zijn. In die zin kan worden gezegd dat het procesrecht enige duidelijkheid geeft over de verhouding tussen rechter en bestuur. 'Enige duidelijkheid' en geen volledige duidelijkheid. De wet bepaalt niet dat de rechter niet op de stoel van het bestuur mag gaan zitten; integendeel, de rechter krijgt op grond van artikel 8:72 (8.2.6.6), vierde lid, Awb de bevoegdheid om te bepalen dat haar uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit. Dit is een in de wet ongeclausuleerde bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien. De Mvt geeft echter de beperkingen aan.¹¹ De rechter moet terughoudend van deze bevoegdheid gebruik maken. Wanneer het gaat om een gebonden bevoegdheid, dan vormt het zelf in de zaak voorzien geen probleem. Wanneer het bestuursorgaan echter keuzevrijheid¹² heeft dan zou de

11 p. 143 e.v.

12 Ik gebruik het begrip keuzevrijheid als een ruime noemer. Het onderscheid tussen beleidsvrijheid en beoordelingsvrijheid zoals Duk dat heeft bepleit heeft mij niet kunnen imponeren. Soms ligt de keuzevrijheid besloten in een al dan niet expliciet in de wet gegeven beleidsvrijheid, soms vloeit die keuzevrijheid voort uit de hantering van een vaag nader te interpreteren begrip. Zie W. Duk, Beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid, R.M. Themis 1988, p. 156 e.v.

rechter niet de keuzevrijheid die het bestuursorgaan heeft, mogen invullen. In dit verband wordt ook wel de wat gezwollen Duitse terminologie gehanteerd: De rechter zou slechts zelf in de zaak mogen voorzien wanneer er na de vernietiging rechtens maar één beslissing mogelijk is, anders gezegd wanneer er sprake is van 'Reduzierung der Ermessensfreiheit auf Null'.¹³ Met een hoofdletter geschreven en met een dubbele 'l' aan het eind klinkt het woord 'Null' nogal apodictisch. Op deze wijze wordt vrij gemakkelijk aansluiting gezocht bij het door mij gewraakte cliché. De schrijver van de memorie van toelichting lijkt echter ook bezorgd over een te zware belasting van de rechter.¹⁴ Hoewel dit een niet onbelangrijk aspect vormt, is bij mij echter twijfel gerezen. Zeker nu de Awb op zoveel punten een consistente basis voor de verdere vorming van het bestuursrecht geeft, is er reden om clichés als hier aan de orde nog eens te toetsen.

Mijn twijfel heeft zowel een praktische als theoretische grondslag.

Het zelf in de zaak voorzien door de rechter vormt in de praktijk een snelle en maatschappelijk gezien vaak bevredigende oplossing. In plaats van een terugverwijzing naar het bestuursorgaan en de opdracht om opnieuw te beslissen, waarmee geruime tijd en niet verwaarloosbare kosten gemoeid kunnen zijn, beslist de rechter direct. Daarmee worden verdere procedures uitgesloten, omdat tegen de beslissing die de rechter neemt - behoudens eventueel hoger beroep of herziening - geen rechtsmiddel openstaat, ook voor eventueel bij het besluit betrokken derden. Dit kan natuurlijk ook als nadeel gezien worden, doch wellicht zijn die nadelen ook te ondervangen.¹⁵ Bovendien geldt dat een terugverwijzing naar het bestuursorgaan ook weer een aanknopingspunt kan vormen voor nadere procedures of zelfs chicane. Wie enigszins thuis is in de jurisprudentie, weet dat onnodig vaak doorgeprocedeerd wordt in twee of meer rondes. Bovendien doet zich in de bestuurspraktijk de situatie voor dat een (eventueel op formele gronden) vernietigde beschikking zonder meer omgezet wordt in een voor de insteller van het beroep gunstige beschikking.¹⁶

Theoretisch gezien rijst bij mij twijfel op verschillende gronden.

13 TK 1991-1992, 22 495, nr. 3, p. 36 en p. 143 e.v.

14 Mvt p. 146.

15 Vgl. Widdershoven a.w. p. 259 e.v.

16 P.J.J. van Buuren e.a., Kroonberoep en Arob-beroep, Deventer 1981.

In de eerste plaats geldt voor de Awb als een - niet in de wet vastgelegd - uitgangspunt het begrip rechtsbetrekking. Ook in situaties dat het bestuursorgaan op grond van de wettelijke regeling die een bepaalde bevoegdheid verschafft keuzevrijheid heeft, is het goed mogelijk dat ten tijde van een procedure over een besluit vrij duidelijk is binnen de context van de rechtsbetrekking welke beslissing in bestuursrechtelijke zin 'de juiste' is. Dat wil zeggen dat de marges van de keuzevrijheid voor het bevoegde bestuursorgaan uiteindelijk smaller kunnen blijken te zijn dan op basis van de onderliggende wettelijke regeling op het eerste gezicht zou moeten worden aangenomen.

'Reduzierung der Ermessensfreiheit auf Null' kan in die zin wellicht een heel betrekkelijke maatstaf zijn. Op welk normeringsniveau heeft die reducering plaats? Ik ken processuele situaties waarin het bestuursorgaan weliswaar keuzevrijheid had, doch waarin uiteindelijk mede in het licht van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur geoordeeld moet worden dat een bepaalde beslissing genomen moet worden. Hiermee dient zich ook de tweede grond voor twijfel aan. Traditioneel wordt de grens tussen rechter en bestuur waar het gaat om de uitoefening van discretionaire bevoegdheden getrokken met een verwijzing naar het verbod van willekeur. De keuzevrijheid van een bestuursorgaan vindt bescherming in de beperking van de toetsing door de rechter tot de vraag of (meestal dubbel negatief geformuleerd) 'het administratieve orgaan bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot de beslissing heeft kunnen komen.' Deze in AROB-land als 'c-grond' aangeduide toetsingsmaatstaf wordt ook wel omschreven als toetsing op 'kennelijke onredelijkheid'. Wat is de plaats van deze toetsing in de Awb? Zeker is dat deze toetsingsmaatstaf zo geformuleerd niet terug te vinden is in die wet. Wel de bepaling dat besluiten geen onevenredige gevolgen mogen hebben. Bovendien hebben de algemene beginselen van behoorlijk bestuur onder de Awb een andere betekenis gekregen. In plaats van toetsingsmaatstaven voor de rechter, zijn het geworden tot eisen van behoorlijkheid die in positieve zin geformuleerd direct voor het bestuur gelden. Vloeit hieruit niet mede voort dat wellicht de toetsing door de rechter zich onder de Awb zal ontwikkelen in de richting van een verdergaande toetsing dan die op 'kennelijke onredelijkheid' alleen?

Een derde grond voor twijfel betreft de definitie van het begrip besluit in de Awb en in verband daarmee de omvang van de toetsingsbevoegdheid van de rechter gelet op de aard van het besluit.

Een en ander zal ik nader uitwerken en ik zal daarbij onvolledig zijn, omdat het een heel boeiend en uitgestrekt onderwerp is waarover andere schrijvers hopelijk ook nog veel te melden zullen hebben. Deze zin komt in de plaats van het cliché dat ik vanwege de mij slechts beperkt toegewezen ruimte ...

HET BEGRIIP RECHTSBETREKKING

Het begrip beschikking vormde mede dankzij de Wet Arob, waarin dat begrip een sleutelrol speelt, een belangrijk aanknopingspunt voor bestuursrechtelijke juridische dogmatiek.¹⁷ De definitie van het begrip beschikking - besluit van een bestuursorgaan gericht op rechtsgevolg - is minder abstract dan het begrip rechtsbetrekking. Daaronder zou ik willen verstaan *een door rechtsnormen gevormde betrekking tussen twee of meer subjecten*. De totstandkoming van een beschikking is relevant voor de inhoud van een bepaalde rechtsbetrekking, doch valt niet volledig samen met de rechtsbetrekking. Bij de aanstelling van een ambtenaar of de toekenning van een uitkering is voor de inhoud van de rechtsbetrekking het gehele bouwwerk van verdragsrecht (bij voorbeeld de grondrechten in het EVRM), Grondwet (de bevoegdheidsbepalingen en ook de grondrechten), wet in formele zin (bij voorbeeld de Ambtenarenwet 1929 of de WAO), alsmede lagere regelgeving (bij voorbeeld een ambtenarenreglement zoals het ARAR of de WAO-dagloonregelen) van betekenis. Er kunnen expliciet bepaalde beleidsregels gelden of er kan sprake zijn van een constante bestuurspraktijk die uit een oogpunt van gelijkheid van betekenis is. Voorts kan het zijn dat correspondentie heeft plaatsgevonden, of dat tijdens een persoonlijk gesprek bepaalde toezeggingen zijn gedaan. Is bij voorbeeld tijdens een sollicitatieprocedure door het bevoegde gezag aangegeven dat de voorkeur uitgaat naar een man, dan is niet alleen relevant de motivering in de weigeringsbrief aan een vrouwelijke kandidaat dat zij 'niet geschikt' werd geacht, maar ook het wellicht discriminatoire uitgangspunt van het bevoegde gezag. De weigering van de benoeming¹⁸ heeft gelet op deze context mede als motivering dat de kandidaat een vrouw was en niet een man en die

17 R.M. van Male, Onvoltooid recht, oratie EUR Zwolle 1993.

18 Daargelaten de vraag of de weigering vatbaar is voor beroep.

motivering kan een grond voor vernietiging vormen.

De jurisprudentie van de verschillende bestuursrechters - maar ook van de burgerlijke rechter - laat zien dat voor de beoordeling van de rechtmatigheid van bestuurshandelingen niet alleen de wetmatigheid van de bevoegdheidsuitoefening van belang is. In het kader van de behoorlijkheid van bestuur is veel meer relevant dan alleen het al dan niet bevoegd nemen van een besluit. Kon bij voorbeeld in vroeger tijden een uitvoeringsorgaan een foutief te hoog vastgesteld dagloon wijzigen, nu zijn op grond van eisen van behoorlijk bestuur in de jurisprudentie grenzen getrokken. Is de fout bij eerdere verificaties niet ontdekt en is gedurende lange tijd uitgekeerd, dan kan het zijn dat geen correctie meer mogelijk is. In andere gevallen kan een afbouw noodzakelijk zijn.¹⁹

De geleding van de bestuursrechtelijke normstelling²⁰ (verdrag, Grondwet, wet, regeling, besluit) laat zien dat in de tijd gezien de concretisering van de rechtsbetrekking sterker wordt. Aanvankelijk is er alleen een algemene regel, na voltooiing van de bestuurlijke besluitvorming is precies vastgesteld welke aanspraken een rechtssubject heeft. De toegang tot de rechter in het bestuursrecht is traditioneel, voor zover het om specifieke bestuursrechtspraak gaat, beperkt tot de fase van het besluit of de beschikking en wel gedurende een beperkte beroepstermijn. Is de burgerlijke rechter bevoegd, dan gelden geen - korte - beroepstermijnen, doch - naar verhouding lange - verjaringstermijnen. Naar mate op grond van de Awb beroep ook mogelijk wordt²¹ tegen algemene normstelling, verschuift het toetsingsmoment naar voren in de tijd. Vaak in absolute zin, doch ook relatief: de mate van concretisering van de rechtsbetrekking is nog niet zo sterk.

De Awb zal een belangrijke invloed hebben bij de ontwikkeling van een bestuursrechtelijke dogmatiek. Hoewel deze wet niet expliciet het begrip rechtsbetrekking introduceert, valt wel te verwachten dat

19 CRvB 25 januari 1989, RSV 1989, 284 en CRvB 18 maart 1992, RSV 1993, 91.

20 Een begrip dat fraai uitgewerkt is in het bestuursrechtelijke handboek van Willem Konijnenbelt, Hoofdstukken van administratief recht, Utrecht 1990, p. 179.

21 Volgens de stand van zake thans is in het overgangsrecht een wijziging opgenomen die strekt tot uitbreiding van het beroepsrecht.

dit begrip als achterliggende gedachte aanknopingspunten biedt voor verdere theorievorming.

Waar het mij hier om gaat is dat wanneer een bestuursorgaan tot een onjuiste concretisering van een rechtsbetrekking is gekomen, de vraag kan worden gesteld of de rechter bij de gegrondverklaring van het beroep tot de juiste concretisering kan komen. Dit is - anders geformuleerd - het probleem waarop ons cliché een antwoord lijkt te geven. Uitgaande van de benadering van de rechtsverhoudingen in het bestuursrecht als rechtsbetrekkingen is er eerder voor de rechter grond om de juiste bestuursbeslissing vast te stellen, ook wanneer de onderliggende regelgeving aan het bestuursorgaan keuzevrijheid heeft gegeven. Wordt gekeken naar het complex van norm- en regelgeving dat de rechtsbetrekking mede normeert, alsmede naar de bestuurlijke en feitelijke context waarbinnen de rechtsbetrekking geplaatst moet worden en de eisen van behoorlijkheid die (mede) op grond van de Awb gelden, dan zal ook wanneer de onderliggende regelgeving geen 'reduzierung auf Null' inhoudt na afloop van het proces duidelijk kunnen zijn welk besluit juist is.

In de koffiekamer van de CRvB raak ik in gesprek met een collega over het zelf in de zaak voorzien. Een uitvoeringsorgaan heeft wegens een onjuiste toekenning van een te hoge uitkering teveel genoten uitkering teruggevorderd, doch op grond van de eisen van behoorlijkheid (ook het uitvoeringsorgaan had fouten gemaakt) is de rechter van oordeel dat een volledige terugvordering niet juist is. Traditioneel vernietigt dan de CRvB het besluit en het uitvoeringsorgaan moet maar uitzoeken of het opnieuw beslist tot terugvordering en tot welk bedrag. Ter voorkoming van onnodige nadere procedures wil de Raad ten overvloede nog wel aangeven dat een terugvordering van 2/3 van het teveel genotene niet onjuist zal zijn. Ik verdedig de stelling: beslis dat dan direct, bepaal in het dictum dat de terugvordering beperkt dient te worden tot 2/3. Nee luidt het weerwoord en het gehanteerde argument is het door mij gewraakte cliché. Eventueel wordt er nog aan toegevoegd, dat het uitvoeringsorgaan alsnog kan beslissen om in het geheel niet terug te vorderen en dat het zelf in de zaak voorzien deze 'vrijheid' zou beperken - ten nadele van de justitiabele. Mijn weerwoord luidt dan dat vast staat dat van de terugvorderingsbevoegdheid gebruik wordt gemaakt, doch dat slechts een rechtsvaststelling nodig is - gelet op eisen van behoorlijk bestuur - ten aanzien van de hoogte van de terugvordering.

Ook wanneer het gaat om bij voorbeeld sancties in de WW of andere bestuursrechtelijke sancties, maar ook om bij voorbeeld voorschriften bij vergunningen zou ik willen pleiten voor - zo mogelijk - toepassing van de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien. Dit 'zo mogelijk' is niet primair en alleen afhankelijk van de bevoegdheidsomschrijving in de algemene normstelling, doch van het gehele complex van factoren dat van betekenis is voor de inhoud van een rechtsbetreiking.

Op dit punt aangekomen maak ik een overstap naar een ander element van mijn argumentatie. Onder de Awb wordt ook beroep mogelijk tegen andere besluiten dan beschikkingen. Daarnaast geldt de bevoegdheid van de burgerlijke rechter om bij uitsluiting van toegang tot de bestuursrechter²² op basis van Rv. kennis te nemen van geschillen over onder meer besluiten, beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften inbegrepen. Wat betreft de wet in formele zin geldt vooralsnog als enige uitzondering het toetsingsverbod in de Grondwet. Deze ruime toegang tot de rechter waar het gaat om overheidshandelingen heeft invloed op de taak van de rechter. Aanvankelijk was de toetsing beperkt tot de wetmatigheid van beschikkingen. In de loop der tijd is de rechtmatigheid en daarmee ook de behoorlijkheid van het overheidshandelen voorwerp van toetsing door de rechter en is iedere vorm van overheidshandelen in beginsel aan het oordeel van de rechter onderworpen. De rechter is niet alleen bevoegd om een oordeel te geven over de rechtmatigheid van beschikkingen, maar ook van de onderliggende regelgeving, zelfs in het stadium dat er nog geen beschikking is. Deze ruime toetsingsbevoegdheid zal ook invloed hebben op de blikrichting van de rechter. In die zin is het verklaarbaar dat de rechter ten dele wetgever-plaatsvervanger is geworden.²³ Is het begrip 'wetgever-plaatsvervanger' niet markant naast het hier besproken cliché? Wanneer de rechter soms ten dele de taak van wetgever vervult, ligt het dan niet meer nog in de rede dat de rechter soms de taak van het bestuur vervult? Het antwoord op deze vraag moet mede in verband met de betekenis van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur gezien worden.

22 Het overgangsrecht bij de herziening rechterlijke organisatie per 1 januari 1994 bepaalt dat slechts gedurende 5 jaar de uitzondering in artikel 8:2 Awb in stand blijven.

23 Vgl. HR 30 september 1992, NJCM-Bulletin 1993, p. 550.

DE BEHOORLIJKHEID

De kern van de Awb kan worden samengevat met de uitspraak dat de uitoefening van bevoegdheden door bestuursorganen zowel procedureel als inhoudelijk behoorlijk dient te zijn. De Awb heeft voor de betekenis van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur grote invloed. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn in de loop van de eeuw in de jurisprudentie ontwikkeld als *toetsingsmaatstaven* die de rechter hanteert bij de beoordeling van overheidshandelingen. In die zin hadden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur primair een *negatieve* betekenis. In de Awb zijn veel beginselen van behoorlijkheid echter als positieve eisen voor het bestuurshandelen opgenomen. Hoewel op het eerste gezicht dit als een niet zo wezenlijk verschil kan worden beschouwd - is er wel een verschil in rechtsgevolg? - blijkt met name voor enkele inhoudelijke algemene beginselen van behoorlijk bestuur het verschil wel van wezenlijke betekenis. Veel formele beginselen van behoorlijkheid hebben hun directe vertaling gekregen in de voorschriften in de Awb betreffende de wijze van totstandkoming van besluiten. Het formele zorgvuldigheidsbeginsel vindt zo mede vertaling in een verplichting om belanghebbenden te horen. Uit de Mvt bij - onder andere - het materiële zorgvuldigheidsbeginsel blijkt dat het negatief geformuleerde willekeurverbod niet aansloot bij de opzet van de Awb. Daarom is in de wet een andere benadering gekozen. Artikel 3:4 luidt:

1. Het bestuursorgaan weegt de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af, voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit.
2. De voor een of meer belanghebbende nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.

Volgens de Mvt wordt in het tweede lid het willekeurverbod, het materiële zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel gecodificeerd. Deze beginselen kunnen volgens de MvT niet scherp ten opzichte van elkaar worden afgegrensd.²⁴ Opmerkelijk van deze bepaling is dat hierin niet de negatieve formulering van het willekeurverbod (de 'c-grond') is terug te vinden. Overeenkomstig de filosofie

24 TK 21 221, nr. 3, p. 69.

van de Awb is hier een positieve norm voor het bestuur gegeven. Deze norm geldt niet alleen voor beschikkingen, maar ook voor andere besluiten, eventueel inhoudende algemeen verbindende voorschriften 'voor zover de aard van de besluiten zich daartegen niet verzet'.²⁵ Hoewel deze laatste toevoeging niet zonder betekenis is, is toch opmerkelijk dat ook voor beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften geldt dat de rechter een oordeel mag geven over de belangenafweging en met name over de evenredigheid van de uitkomst van die belangenafweging. Wanneer de rechter op het abstracte niveau van de algemene regel mag toetsen of een juiste, of een evenredige belangenafweging heeft plaatsgevonden, dan is het oordeel welke beslissing eventueel wel evenredig is, nabij gelegen. In het debat tussen partijen tijdens het proces en tussen partijen en de rechter zal zich vaak ook aftekenen dat de marges voor de besluitvorming uiteindelijk smal zijn geworden. In die zin kan de opeenvolging van algemene normstelling, beslissen op de aanvraag, beslissen op bezwaar en het betrekken van stellingen in het proces voor de rechter gezien worden als het concretiseren van de rechtsbetrekking, waarbij uiteindelijk het smalle deel van een trechter bereikt wordt. Bovendien moet bedacht worden dat een rechtsvaststelling door de rechter waarbij in zekere mate invulling wordt gegeven aan de keuzevrijheid die het bevoegde orgaan heeft op zich ook weer kan berusten op een belangenafweging, waarbij het rechtszekerheidsbelang van degene die door een onjuist bestuursbesluit getroffen was, een niet onbelangrijke rol speelt. Ook bij onzekerheid over de feiten kan het zinnig zijn wanneer de rechter de knoop doorhakt.²⁶

De Mvt bij de Awb geeft indirect nog een ander argument voor een ruimere toepassing van de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien. Wanneer de rechter zelf in de zaak voorziet, zou dat ex nunc dienen plaats te vinden en niet ex tunc.²⁷ In de beoordeling ex tunc schuilt nu juist een element van rechterlijke terughoudendheid. Rekening houden met nieuwe feiten en omstandigheden is in de traditionele visie op het bestuursrecht bij uitstek een bestuurlijke taak die niet aan de rechter toekomt. De opdracht om ex nunc te oordelen bij het zelf in de zaak voorzien - daargelaten de vraag of de toetsing

25 Artikel 3:1.

26 CRvB 13 augustus 1992, RS 1993, 62.

27 p. 36.

door de bestuursrechter hoe dan ook verschuift in de richting van een ex nunc toetsing - wijst ook in de richting van een andere taakstelling van de bestuursrechter.

DE PRAKTISCHE KANT VAN DE ZAAK

Een voorbeeld uit de praktijk. Iemand die een WAO-uitkering heeft, die wegens afgenomen arbeidsongeschiktheid ingetrokken moet worden, moet op de hoogte gesteld worden van de arbeidsmogelijkheden en krijgt in beginsel een uitlooptermijn (op basis van het materiële zorgvuldigheidsbeginsel) van drie maanden. Wanneer een uitvoeringsorgaan ten onrechte een kortere termijn heeft aangehouden, omdat de aanzegging van de afschatting niet of te laat heeft plaatsgevonden, dan wordt de intrekking vernietigd. Het uitvoeringsorgaan kan vervolgens correct aanzeggen en alsnog afschatten. Als 'aanzeggingsdatum' kan eventueel ook de datum van bekend worden van de uitspraak van de rechter gelden. De CRvB weigert in dergelijke gevallen zelf in de zaak te voorzien door tegen een latere datum de afschatting in te laten gaan. Deze gang van zaken leidt ertoe dat in sommige gevallen aanzienlijke tijd de uitkering doorloopt. Zeker wanneer in hoger beroep de vernietiging plaatsvindt dan kan dat gedurende jaren zijn.

Uit dit voorbeeld blijkt dat het de vraag is of het oordeel van de bestuursrechter waarbij een besluit vernietigd wordt, voldoet aan de eisen die vanuit het maatschappelijk verkeer gesteld kunnen worden. Een rechtssubject dat opkomt tegen een overheidshandeling, is niet altijd gebaat bij een vernietiging. In de praktijk blijken zaken vaak onnodig 'rond te zingen' tussen bestuursorganen en rechter voordat uiteindelijk - na jaren - een definitieve uitkomst gevonden is. Ook omgekeerd kan de uitoefening van de bestuurstaak bemoeilijkt worden door een vernietiging, die weer tot nadere besluitvorming moet leiden.

Er zijn bijzondere onderwerpen van bestuursrecht aan te wijzen waarvoor thans het zelf in de zaak voorzien nog geen of geringe betekenis heeft, doch waarvoor definitieve besluitvorming door de rechter wel voor de hand ligt. Ik noem hier de vele vormen van sanctierecht. In het strafrecht is uitgangspunt dat de rechter de straf vaststelt. In het kader van de wet Mulder is voor de onder die wet vallend overtredingen een meer bestuursrechtelijk schema tot stand

gebracht. De boete wordt bestuurlijk vastgesteld en daartegen staat bezwaar en beroep open. Uiteindelijk is het toch de kantonrechter die de strafmaat kan bepalen. Hier is sprake van zelf in de zaak voorzien.²⁸

In het bestuursrecht komen ook sanctiemogelijkheden voor. Als voorbeeld kan worden genoemd het disciplinaire ambtenarenrecht, het sanctiestelsel in de WW, andere sociale verzekeringswetten en de ABW en de intrekking van vergunningen of de sluiting van een inrichting in het milieurecht. Uitgangspunt bij de rechterlijke toetsing is voor het ambtenarenrecht - de Ambtenarenwet 1929 voorzag niet in de mogelijkheid zelf in de zaak te voorzien - dat het bevoegde gezag uiteindelijk de passende straf moet vaststellen. Ook in de WW worden sancties door het uitvoeringsorgaan vastgesteld en vooralsnog laat de jurisprudentie zien dat de rechter hier - ondanks het feit dat de Beroepswet wel de bevoegdheid gaf om zelf in de zaak te voorzien - ook niet zelf de juiste straf vaststelt wanneer de door het uitvoeringsorgaan vastgestelde straf onevenredig wordt geoordeeld. Voor wat betreft met het fiscale recht overeenkomende sancties in de premiesfeer (Coördinatiewet Sociale Verzekering) voorziet de CRvB - net als de rechter in fiscale zaken - zelf in de zaak. Dit laatste is niet zo verwonderlijk, omdat de fiscale rechter in beginsel gehouden is om zelf in de zaak te voorzien. Slechts wanneer de rechter niet op de hoogte is van alle relevante feiten zal hij hiervan afzien.

De bevoegdheid om straffen en sancties vast te stellen impliceert bestuursrechtelijk gezien keuzevrijheid. Vergelijking tussen strafrecht en bestuursrecht leert dat het zelf in de zaak voorzien terzake van straffen en sancties eigenlijk meer in de rede ligt dan een abtinerende houding van de rechter, ondanks het feit dat de bestuursrechtelijke traditie haaks op dit inzicht staat.

Een ander voorbeeld betreft ook het ambtenarenrecht: het ontslagrecht.²⁹ De keuze voor een bepaalde ontslaggrond is discretionair, mits maar een feitensubstraat aangewezen kan worden op basis waarvan de bevoegdheid uitgeoefend kan worden. In dezelfde casus kan een disciplinair ontslag, een ongeschiktheidsontslag, een ontslag wegens 'incompatibilité d'humeur' en eventueel een ontslag wegens

28 L. Rogier, De Wet-Mulder, Arnhem 1992, p. 96 e.v.

29 M.A.A. Mondt-Schouten, Gedektverklaring van de nietigheid onder toekenning van schadevergoeding - een goede mogelijkheid om een conflict definitief op te lossen, TAR 1990, p. 457 e.v.

een veroordeling door de strafrechter mogelijk zijn.³⁰ Vaste jurisprudentie leert dat wanneer ten onrechte voor een bepaalde ontslaggrond is gekozen niet de rechter een andere ontslaggrond voor de onjuist gekozen ontslaggrond in de plaats mag stellen. Ook hier zou voor een zelf in de zaak voorzien gepleit kunnen worden. Daarmee zou het ambtenarenrecht meer aansluiten bij het arbeidsrecht waar de rechter niet gefixeerd is op de juistheid van de gekozen grond voor ontslag, doch op de gevolgen van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

In het ruimtelijk bestuursrecht en in het milieurecht rijzen vaak geschillen over voorschriften verbonden aan vergunningen. De TwK-rechter placht vaak zelf in de zaak te voorzien terwijl de AROB-rechter zeer terughoudend was, ook al was inmiddels de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien ook in de wet vastgelegd. Ook op deze terreinen zie ik weinig bezwaren tegen het zelf in de zaak voorzien, omdat vaak zich in de loop van het proces aftekent welke voorwaarden juist zijn.

De opstelling van partijen in het proces kan ook van invloed zijn. De procesvoering in het bestuursrecht draagt vaak een onnodig formeel karakter door de fixatie op de beschikking. Tijdens een comparitie - een niet onbelangrijk element van het komende procesrecht - kan de rechter aan partijen toch de vraag voorleggen welk besluit wel juist zou zijn ingeval een beroep op een bepaalde rechtsregel gegrond is? De opstelling van bestuursorganen in het proces is thans vaak erg defensief, het eerder genomen besluit moet hoe dan ook in stand blijven en iedere discussie of overleg is uitgesloten, alsof de uitoefening van de bestuursstaak langs een ellenlange lineaal plaatsvindt. Het past echter meer in de filosofie van de Awb dat belanghebbenden en bestuursorganen overleggen over - rekening houdend met eventuele belangen van derden - een evenredige uitkomst. Dat overleg vindt - door de Awb - gestructureerd plaats in de fase van bestuurlijke besluitvorming, doch kan ook in de fase van bezwaar en tijdens het proces voor de rechter plaatsvinden. Niets staat er een bestuursorgaan aan in de weg om ter zitting de rechter suggesties te doen voor eventueel juiste oplossingen voor het geval het beroep gegrond is.

30 Het strafbare feit (bij voorbeeld verduistering) kan plichtverzuim inhouden, maar kan ook aannemelijk maken dat de ambtenaar ongeschikt is anders dan wegens lichaams- of zielsgebreken. Volgt er een onherroepelijke veroordeling tot een vrijheidsstraf dan is een andere in veel ambtenarenreglementen genoemde ontslagbevoegdheid toepasbaar.

De Awb opent bovendien de mogelijkheid voor het bestuursorgaan om hangende bezwaar of beroep een nieuwe beslissing te nemen. Op grond van de artikel 6:18 Awb is procedurele inpassing van dat nieuwe besluit mogelijk, doordat het bezwaar of het beroep mede dat nieuwe besluit omvat. Wijst de schriftelijke voorbereiding van het proces uit dat wellicht het beroep op bepaalde punten gegrond is, dan kan eventueel ook langs die weg een reparatie van het besluit plaatsvinden, waardoor na afloop van het proces een definitieve rechtsvaststelling plaatsvindt.

HET CIVIELE PROCESRECHT

Hoe verhoudt zich het cliché dat de rechter niet op de stoel van het bestuur mag gaan zitten tot het civielrechtelijke cliché dat de rechter lijdelijk moet zijn?³¹ Dat de rechter niet op de stoel van het bestuur mag gaan zitten, vormt een uitgangspunt dat de discretionaire bevoegdheden - anders uitgedrukt: de autonomie - van het bestuur beoogt te beschermen. De lijdelijkheid van de civiele rechter vervult - op andere wijze - een gelijke rol ten aanzien de autonomie van partijen in het privaatrechtelijke rechtsverkeer. Daargelaten het feit dat de lijdelijkheid van de burgerlijke rechter als dogma ter discussie staat, valt niet te ontkennen dat rechtssubjecten in het privaatrecht vaak ruime discretionaire bevoegdheden, keuzevrijheid, hebben. Wanneer de rechter in het proces deze discretionaire bevoegdheden - de autonomie van partijen - zou aantasten, dan wordt afbreuk gedaan aan de vrijheid die rechtssubjecten krachtens de wet hebben. Dit neemt echter niet weg dat het BW naar aanleiding van eerdere jurisprudentie vele bevoegdheden voor de rechter introduceert om in meerdere of mindere in te grijpen in de autonomie van partijen. Afgezien van expliciete grenzen aan de partijautonomie gesteld, zoals bij voorbeeld ten aanzien van de hantering van algemene voorwaarden, kan onder invloed van eisen van redelijkheid en billijkheid een uitkomst gevonden worden die afwijkt van hetgeen partijen bij voorbeeld schriftelijk waren overeengekomen. Ook langs de weg van conversie kan een oplossing gevonden worden. Voorts heeft de rechter bij voorbeeld de bevoegdheid om op verzoek van een partij bij onvoorziene omstandig-

31 J.E. Bosch-Boesjes, *Lijdelijkheid in geding*, diss. RUG, Deventer 1991.

heden wijziging te brengen in een overeenkomst. De rechter kan bij het vervullen van deze ruimere rechtsprekende taak niet volstaan met een lijdelijke opstelling zoals die in klassieke zin wel is voorgeschreven. De civiele rechter heeft ten aanzien van de inhoud van de rechtsbetrekking tussen partijen een veel actievere rol dan het cliché van de lijdelijkheid van de rechter zou doen vermoeden.

De introductie van het nieuwe bestuursprocesrecht met de bevoegdheid voor de rechter om zelf in de zaak te voorzien in het kader van de herziening van de rechterlijke organisatie zal leiden tot discussies tussen rechters die ook vertrouwd zijn met het strafproces en met het civiele proces. Voor civilisten vormt het zelf in de zaak voorzien door de rechter geen enkel probleem en bestuursrechters zullen hun beroep op het cliché dat de rechter niet op de stoel van het bestuur mag gaan zitten alsnog moeten motiveren. Voorspelbaar is dat de integratie van de rechtspraak bij de rechtbank op den duur tot een zeer vruchtbare uitwisseling tussen rechters van verschillende herkomst zal leiden. De civiele rechter kan van de bestuursrechter leren hoe op processueel verantwoorde wijze - dat is behoorlijk³² - de rechter zich actief opstelt in het proces. De bestuursrechter kan van de strafrechter (sancties) en van de burgerlijke rechter leren hoe hij zelf knopen moet doorhakken. Als uitgangspunt dient daarbij te gelden dat het de taak van ook de bestuursrechter is om geschillen te beslechten en dat is niet hetzelfde als besluiten vernietigen. Verwacht kan worden dat de initiatieven tot vernieuwing van de taak van de bestuursrechter zullen uitgaan van de rechtspraak in eerste aanleg. De appelrechters zijn in dit stadium van de herziening van de rechterlijke organisatie noodgedwongen meer gefixeerd op de bijzondere hun toebedeelde bestuursrechtelijke rechtsgebieden, zodat uitwisseling met het strafrecht en het burgerlijke recht voor hen minder in de rede ligt.

EEN GEMEENSCHAPPELIJKE NOEMER

Voor een gedachtenwisseling tussen bestuursrechtjuristen en civilisten over de taak van de rechter, in het perspectief van lijdelijkheid en het al dan niet zelf in de zaak voorzien kan een belangrijke gemeenschappelijke noemer aangewezen worden: het aanvullen van de rechtsgron-

32 Vgl. mijn rede, Burgerlijk procesrecht als publiekrecht, Zwolle 1993.

den. In het ontwerp boek I Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering komt een bepaling te staan die letterlijk overeenstemt met artikel 8:69, tweede lid Awb: 'De rechtbank vult ambtshalve de rechtsgronden aan.' In de jurisprudentie van de civiele rechter is inhoud gegeven aan de betekenis van de ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden.³³ Voor het bestuursrecht is nog niet uitgemaakt wat de inhoud van deze bepaling is voor de taak van de rechter. Op het eerste gezicht zijn bestuursrechtjuristen geneigd bij de aanvulling van de rechtsgronden te denken aan de aanvulling door de rechter van de beroepsgronden. Dat betekent dat de bestuursrechter ambtshalve alle gronden die het ingestelde beroep kunnen schragen, toepast. De vraag kan echter worden opgeworpen of de rechter niet ook ambtshalve de rechtsgronden van het bestuursbesluit zal kunnen aanvullen. Een ontslag van een ambtenaar op onjuiste grond wordt door de rechter in stand gelaten omdat dat ontslag op een andere grond kon berusten, de weigering van een vergunning op onjuiste grond wordt in stand gelaten omdat er een andere grond was die vergunning te weigeren. De terugvordering van een op publiekrecht gebaseerde financiële prestatie blijft in stand op basis van een andere terugvorderingsbevoegdheid.

Interessant bij de aanvulling van rechtsgronden in het bestuursrecht is de vraag hoe de verhouding is tussen de rechtsgronden van een besluit en de motivering ervan. Een besluit houdt in een vaststelling of wijziging of het teniet doen van een rechtsbetrekking. Het besluit moet zijn gemotiveerd. De ontoereikende of zelfs onjuiste motivering behoeft de rechtsgeldigheid van het besluit als zodanig niet te raken. De Awb schept in art. 6:22 ook de mogelijkheid om een motiveringsgebrek te passeren. Op die wijze valt theoretisch een grens te trekken tussen een besluit en de motivering van een besluit. Een besluit moet berusten op een niet onrechtmatige rechtsgrond, die al dan niet juist is vastgelegd in de motivering van het besluit.

In het verlengde hiervan kan nog het volgende worden opgemerkt. Wanneer in het geding voor de bestuursrechter de rechter eventueel onder aanvulling van de rechtsgronden zich uitspreekt over de rechtmatigheid van het besluit als zodanig dan ontstaat meer een tweepar-

33 J.J. Vriezendorp, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden in het burgerlijke geding*, Zwolle 1979.

tijengeding tussen gelijkwaardige partijen. Het bestuursproces waarbij slechts de rechtmatigheid van het besluit in geschil is en de rechter slechts komt tot vernietiging van een onrechtmatig besluit draagt een eenzijdig karakter dat correspondeert met het eenzijdige karakter van het bestuursrecht. Beoordeelt de rechter niet alleen de rechtmatigheid van het besluit als zodanig, maar spreekt de rechter zich - al dan niet onder aanvulling van de rechtsgronden - tevens uit over de houdbaarheid van het besluit gelet op de aan een bestuursorgaan toekomende bevoegdheden dan verschuiven de verhoudingen. Het ontslagbesluit van een ambtenaar wordt niet alleen op het bestuursrechtelijke toetsingsschema gelegd, nee tevens wordt de houdbaarheid beoordeeld. Op deze wijze beschouwd gaat een geschil over een ontslag van een ambtenaar meer lijken op het ontslag op grond van het BW beoordeeld door de kantonrechter. Een onrechtmatig disciplinair ontslag wordt onder aanvulling van de rechtsgronden (van het ontslag als zodanig, in de zin van verbreking van de arbeidsverhouding) onder toekenning van een schadevergoeding. In het civiele arbeidsrecht zou de inzet van het geding vormen een ontslag op staande voet, dat resulteert in een 1639w BW ontbinding, onder vaststelling van een schadevergoeding. Deze uitwerking in de richting van het ambtenarenrecht zou kunnen worden aangevuld met vele andere voorbeelden.

BESLUIT

Het cliché dat de rechter niet op de stoel van het bestuur mag gaan zitten, kan niet langer leerstellige betekenis hebben. Onder invloed van de Awb komt er een wijziging in de taak van de rechter die aansluit bij een bredere rechtsontwikkeling. Rechtspraak vervult een belangrijke maatschappelijke functie en uit dat oogpunt geldt de eis dat de taakvervulling door de rechter maatschappelijk gezien zo effectief mogelijk moet zijn. Daarom ben ik een voorstander van het zelf in de zaak voorzien door de rechter. Doch ook theoretisch is zeer goed te onderbouwen dat de rechter ook wanneer de onderliggende regelgeving keuzevrijheid aan het bestuursorgaan laat uiteindelijk in de fase van rechterlijke beoordeling het rechtsgeschil definitief beslist door invulling te geven aan de aanvankelijk geldende keuzevrijheid.