



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## **Kroniek bestuursprocesrecht**

Voermans, W.J.M.

### **Citation**

Voermans, W. J. M. (1999). Kroniek bestuursprocesrecht. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3456>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3456>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

In deze aflevering van de jaarlijkse kroniek bestuursrecht, die de tweede helft van 1998 en het begin van 1999 beslaat, worden weer de voor de procespraktijk nuttige high-lights aangestipt. Onder invloed van de jonge Algemene wet bestuursrecht is er zoveel nieuwe wetgeving, literatuur en jurisprudentie ontstaan dat een – soms enigszins subjectieve – selectie noodzakelijk is. Net als vorig jaar<sup>1</sup> bestaat de kroniek uit bestuursprocesrecht (dit nummer) en materieel bestuursrecht (volgend nummer).

**Vakgroep Staats- en bestuursrecht**

Katholieke Universiteit Brabant<sup>2</sup>

Het nieuwe bestuursprocesrecht en de hantering daarvan door bestuursrechters heeft nogal wat klachten van de zijde van het openbaar bestuur teweeg gebracht. De nieuwe regeling zou er toe leiden dat de rechter steeds meer op de stoel van het bestuur zou gaan zitten, zo heette het, en het nieuwe bestuursrecht zou 'juridiseren', waardoor de mogelijkheden tot slagvaardig bestuur in de verdrukking kwamen. Ook de Awb-bezwaarschriftprocedure moest het ontgelden<sup>3</sup>. In bepaalde soorten ambtenarenzaken, zoals bij functionerings- en reorganisatiebesluiten, verwordt die procedure tot een rituele dans, omdat ambtenaren bij de voorbereiding van dergelijke besluiten al beden-

voorgesteld. De commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht is om advies gevraagd over een regeling voor mogelijke uitzonderingen op de Awb-bezwaarschriftprocedure (Standpunt van het kabinet over de evaluatie van de Awb, kamerstukken II 1997, 98, 25 600 VI nr. 46). Wel zullen de Awb-hoorplichten wat worden versoepeld door de wijzigingen die met het wetsvoorstel Eerste evaluatiewet, Algemene wet bestuursrecht worden aangebracht (kamerstukken II 1998/99, 26 523, nr. 1-3).

Wie geruime tijd in de veronderstelling ver-

keerde dat de bezwaarschriftprocedure een lang en breed uitgekauwd onderwerp betrof, kunnen we naar bovenstaande paragraaf en enkele recente dissertaties verwijzen voor diens ongelijk. De Groningse onderzoeker K.H. Sanders (*De heroverweging getoetst*, diss. RUG, Deventer 1998) onderzocht het functioneren van bezwaarschriftprocedures. Hij concludeert onder (veel) meer dat de (te) lange duur ervan een voornaam knelpunt vormt. Ongeveer tegelijkertijd boog J.H.W. Notten zich aan het andere uiteinde van het land over enkele zwaartepunten van de bestuurlijke voorprocedure in de Awb en het maken van bezwaar (diss. UM, Den Haag 1998).



ft 99  
af: rituele dans

kingen in hebben kunnen brengen. Ook in andere gevallen is de Awb-bezwaarschriftprocedure wat overdadig. Net zoals de bezwaarschriftprocedure achterwege blijft indien reeds een uitgebreide openbare Awb-voorbereidingsprocedure (afd. 3.5 Awb) is gevolgd, gaan stemmen op de bezwaarschriftfase links te laten liggen wanneer slechts de openbare voorbereidingsprocedure (afd. 3.4 Awb) is doorlopen. Vooralsnog is het kabinet er nog niet toe overgegaan de Awb-procedure in enigerlei vorm alternatief te maken, zoals wel is

**Prorogatie bezwaarschriftverplichting?**

De strikte jurisprudentie ten aanzien van het in beginsel uit den boze geachte overslaan van de wettelijk voorgeschreven bezwaarschriftprocedure, begint toch scheurtjes te vertonen. De CRvB toont zich onder omstandigheden bereid het beroep te behandelen hoewel bezwaar ten onrechte is overgeslagen (CRvB 21 januari 1999, *RAwb* 1999, 101, m.a. A.M.L. Jansen, CRvB 25 maart 1999, *JB* 1999, 112 en *RAwb* 1999, nr. 135,

1 In *Advocatenblad* 1998-17, 1998-18 en 1999-2  
 2 Deze kroniek werd geschreven door mr F.W. (Willemijn) van Blommestein, prof. dr Ph. (Philip) Eijlander, mr M.C.D. (Meniam) Embregts, mr A.M.L. (Sandee) Jansen, mr C.J.A.M. (Karin) Merks, mr drs B.M.J. (Bernd) van der Meulen, mr W.M.C.J. (Wilma) Rutten, prof. mr B.P. (Ben) Vermeulen en dr W.J.M. (Wim) Voermans. Willemijn van Blommestein, Philip Eijlander en Wim Voermans vormden de redactie.  
 3 Rapport van de werkgroep van Komenade *Bestuur in geding* 1997, p. 34

m.a. Voermans). Het betrof o.a. verzoek of instemming partijen, belang partij(en), proceseconomie, standpunten partijen reeds uiteengezet. Wellicht speelt ook het eerder genoemde op stapel staande wetsvoorstel (kamerstukken II 1997-1998, 25 600, VI, nr. 46) in dezen mee. Daarmee wordt ook iets gezegd over het karakter van de *prima facie* toch dwingend geformuleerde doorzendplicht van art. 6:15 Awb. Onder bepaalde omstandigheden kan doorzending (van rechter richting bestuursorgaan) kennelijk achterwege blijven. Wij wijzen er voorts op dat de prorogatie waarvan hier sprake is, zich voordoet in twee-partijengeschillen. Goed voorstelbaar is dat naarmate meer partijen en belanghebbenden zijn betrokken, zij niet snel de voorkeur zullen geven aan prorogatie van bezwaar.

### Bezwaar- en beroepschriftencommissies

De ene commissie is de andere niet. Bezwaaradviescommissies kunnen niet zelf beslissen op het bezwaar (o.a. CRvB 25 februari 1999, *RAwb* 1999, nr. 127, m.a. Voermans). Dat zou in strijd komen met art. 7:1 Awb. Anders ligt het bij besliscommissies in administratief beroep. Mits er een wettelijke grondslag is kan daaraan wel de bevoegdheid worden overgedragen zelfstandig in administratief beroep te beslissen (ABRvS 25 september 1998, *RAwb* 1999, 33 m.a. TB). De ABRvS acht op 3 december 1998 (*RAwb* 1999, 67 m.a. TB) een enkelvoudige adviescommissie in administratief beroep niet in strijd met art. 7:19 Awb. Bezwaaradviescommissies zullen meestal door het tot besluiten bevoegde bestuursorgaan worden ingesteld, maar ook andere organen, dan het bevoegde bestuursorgaan, mogen een dergelijke commissie – zo ze daartoe de bevoegdheid hebben – instellen (CRvB 11 februari 1999, *RAwb* 1999, nr. 124 m.a. Voermans).

### Horen in bezwaar

In bezwaar moet de appellant worden gehoord. Echter, indien dat horen achterwege wordt gelaten zal de rechter zulks niet ambts-halve toetsen. Het was bekend van de ABRvS, maar nu ook in die zin CRvB 7 april 1999 (nr. 97/3125 + 98/4693 AKW). In bezwaar wordt in principe *ex nunc* getoetst. Toch is dit vraagstuk nog aanleiding voor

jurisprudentiële perikelen, getuige o.a. ABRvS 24 maart 1998 en 1 oktober 1998 (*Gst.* 7098, 5 en 6, m.nt. Teunissen). Zie ook ABRvS 11 maart 1999 (*Gst.* 7098, nr. 3 m.nt. HH) waarin het er verdacht veel op lijkt dat de Afdeling het bestuur een *ex tunc*-toetsing laat uitvoeren, nu de Afdeling ten aanzien van het bezwaar de vraag stelde of 'het primaire besluit indertijd op juiste gronden was genomen'.

### Ontvankelijkheid van beroep

Om ontvankelijk te zijn dient een appellant aan een aantal formele vereisten te voldoen. Ook moet hij belang hebben. Zeker vermeldenswaard in dit verband is ABRvS 30 juli 1998 (*JB* 1998, 203) waarin een politieke partij ontvankelijk is, aangezien het een *actio popularis* betreft ('een ieder') en ook ABRvS 18 januari 1999 (*AB* 1999, 161 m.nt. AvH) waar werd bepaald dat geen geschil (meer) betekent dat er geen procesbelang (meer) is.

Hoger beroep is overigens, onder de Awb, niet voorbehouden aan natuurlijke personen en rechtspersonen. Ook bestuursorganen kunnen in hoger beroep opkomen (art. 37 lid 1, WrvS). In ABRvS 8 september 1998 (nr. H01.98.0345) beslist de Afdeling dat het processueel belang evenwel ontbreekt indien de rechtbank het beroep ongegrond heeft verklaard. Om ontvankelijk te zijn en te blijven dient terughoudendheid te worden betracht bij intrekking van (hoger) beroep. Het uitgangspunt is dat ongedaanmaking van de intrekking niet mogelijk is, tenzij van dwaling of bedrog blijkt (o.a. CRvB 28 augustus 1998, *AB* 1999, 242).

We stuiten nog op een verrassende ontvankelijkheid in het ambtenarenrecht: tegen een nog niet goedgekeurd plaatsingsbesluit werd appellant ontvangen op grond van art. 6:10 lid 1, Awb (CRvB 15 oktober 1998, *AB* 1999, 156 m.nt. HH). In het vreemdelingenrecht lijkt zich de lijn af te tekenen dat een asielzoeker die – al dan niet na verloop van tijd – een verblijfsvergunning heeft gekregen die dezelfde materiële rechten geeft als een 'zwaardere' verblijfstitel (bijvoorbeeld de toelating als vluchteling) geen procesbelang (meer) heeft bij een beslissing dat hij recht heeft op die zwaardere titel, en dus in

zijn beroep niet-ontvankelijk verklaard dient te worden. Zie Rb. Den Haag (zp Den Bosch) 26 augustus 1998 (*JV – Jurisprudentie Vreemdelingenrecht* – 1998, 210) Rb. Den Haag (zp Den Bosch) 7 december 1998 (*JV* 1999, 29) en Rb. Den Haag (Den Bosch) 4 januari 1999 (*JV* 1999, 95). Voor de toekomst is dat van groot belang, nu in het ontwerp van een nieuwe Vreemdelingenwet voorgesteld wordt om asielzoekers die voor verblijf in aanmerking komen een titel met dezelfde rechten te geven, ongeacht of ze nu vluchteling zijn of niet. Als deze jurisprudentie vastgehouden wordt, betekent dat dus dat het onder de nieuwe Vreemdelingenwet geen zin meer heeft om door te procederen om vastgesteld te krijgen dat men vluchteling is.



afb. 2. bestuursorgaan

### Bevoegdheid

Om Awb-bezwaar en -beroep aan te tekenen is een besluit in de zin van art. 1:3 Awb vereist. Oordelen en mededelingen van bestuursorganen zijn – naar standaardjurisprudentie van de bestuursrechter – niet voor beroep vatbaar nu ze – zelfs al zijn ze schriftelijk – niet zijn gericht op enig rechtsgevolg. In het geval van uitlatingen of mededelingen van bestuursorganen over wat de wet of het recht op een bepaald punt volgens hen inhoudt (de zgn. rechtsoordelen) betreden we een soort 'grijsgebied'.<sup>4</sup>

De Afdeling bestuursrechtspraak deed enkele uitspraken over de reikwijdte van het beroepsart. 8:4 Awb. Zo leerden we dat 'meta'-besluiten waarbij examen- of beoordelingsbesluiten zelf op hun beurt weer door



bestuursrecht het uitgangspunt. Op de aanvrager die een *bijzonder* belang of recht claimt te hebben rust altijd de bewijslast met betrekking tot de feiten die deze uitzonderingspositie staven. Verder wordt de bewijslast daar gelegd waar die het gemakkelijkst is te dragen. Dit houdt onder meer in dat degene die zich beroept op zijn arbeidsongeschiktheid dit ten minste ook met een begin van het bewijs aannemelijk maakt (CRvB 27 juni 1995, *JABW* 1995, 325). Soms vloekt de bewijslast voort uit een wettelijke bepaling, zo rust op degene die een voorlopige voorziening vraagt de last de onverwijld spoed aan te tonen (art. 8:81 Awb).

Een partij die onzorgvuldig handelt waardoor doorslaggevend bewijsmateriaal verloren gaat draagt het risico hiervoor. Als de poststempel geen duidelijkheid verschaft over de tijdigheid van de verzending, dient de verzender deze aannemelijk te maken. Dit kan echter niet van de verzender gevegd worden als de ontvanger de enveloppe heeft weggegooid. De bewijslast wordt dan omgekeerd, waardoor de ontvanger niet tijdige verzending aannemelijk moet maken (CRvB 29 oktober 1998, *AB* 1999, 24). Omkering van de bewijslast zodat degene die de schijn tegen zich heeft het tegendeel moet aantonen komt met name in het sociale zekerheidsrecht voor. Als het bestuursorgaan aannemelijk heeft gemaakt dat er sprake is van duurzaam samenwonen is het aan de betrokkene(n) om aan te tonen dat zij geen economische eenheid vormen. Op grond van het beginsel van hoor en wederhoor is het mogelijk voor een partij om tegenbewijs te leveren.

Nadat de bewijsomvang is vastgesteld, de bewijslast is toebedeeld en de daaruit voortvloeiende bewijsmiddelen voor de rechter zijn gebracht, komt de belangrijkste fase in zake het bewijsrecht, de bewijswaardering. Deze fase is de kern van de vrij-bewijsleer.

In de waardering van de bewijsmiddelen is de rechter vrij. Het zal echter niet verbazen dat aan het ene bewijsmiddel meer bewijskracht wordt toegekend dan aan een ander. Zo levert een bij notariële akte vastgelegd samenlevingscontract jegens een ieder bindend bewijs op (ABRvS 18 januari 1996, *AB* 1996, 225). Vaak neemt de bestuursrechter genoegen met bewijs dat de betwiste feiten aannemelijk maakt, de mogelijkheid

tot het geven van tegenbewijs heeft immers opengestaan.

Onder de bewijswaardering valt ook de vraag naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs (HR 1 juli 1992, *NJ* 1994, 621 m nt MS, CRvB 28 november 1995, *JABW* 1996, 69, Vz ABRvS 3 oktober 1997, *JB* 1997, 283 m nt MdW, CRvB 27 april 1999, *RAwb* 1999, 151 m nt M C D Embregts)<sup>6</sup>. Deze vraag doet zich met name voor als bewijsmateriaal in een bestuursrechtelijk geding wordt gebracht dat in een strafzaak als onrechtmatig verkregen terzijde was gelegd. De bestuursrechter acht zich niet gebonden aan de door de strafrechter geconstateerde ontoelaatbaarheid van bewijs, omdat dit oordeel is gestoeld op de daarvoor in het strafrecht geldende normen welke de bestuursrechter niet binden (AGvB 1 maart 1990, *JABW* 1990/118, AGvB 21 augustus, *JABW* 1990/265). De bestuursrechter velt een eigen oordeel over de rechtmatigheid en de toelaatbaarheid van het bewijs. Tot het oordeel dat bewijs onrechtmatig is verkregen komt de rechter slechts in uitzonderlijke gevallen. Dit betekent echter niet dat het bewijs dan ook zonder meer wordt uitgesloten. Het bewijs is toch bruikbaar als er geen causaal verband is tussen de onrechtmatige gedraging en het gevonden bewijs (HR 9 september 1992, *BNB* 1992, 366 en 367 m nt P. Den Boer), het niet *jegens* belanghebbende onrechtmatig is verkregen (HR 13 december 1995, *BNB* 1996, 144 m nt Ch J. Langerijs), het bewijs ook op rechtmatige wijze had kunnen worden verkregen (CRvB 30 januari 1996, *JABW* 1996, 62). Het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs is alleen dan niet toegestaan indien de wijze van verkrijgen zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat dit

gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht. Dit is bijvoorbeeld aan de orde als stukken door middel van schending van het (afgeleid) verschooningsrecht zijn verkregen (HR 12 maart 1997, *FED* 1997, 621).

### Object van geschil

Als motto inzake bestuursrechtelijk procederen mag gelden: houd uw kruut niet onnodig lang droog. Om niet gevangen te worden in het zgn. 'rechtmodel' (ook wel – pejoratief – argumentatieve fuik, vgl. Damen, p. 27-33, in *Vijf jaar JB en Awb*, 1999) is het raadzaam gronden in een zo vroeg mogelijke fase van de procedure te berde te brengen. Als de onrechtmatigheid van het besluit al in eerste aanleg werd vastgesteld doet men er geen goed aan pas in hoger beroep schadevergoeding te vragen (ABRvS 19 maart 1999, *AB* 1999, 204 m nt MSV). Kritisch ontvangen werd ABRvS 27 augustus 1998 (*AB* 1999, 61 m nt JV, *JB* 1998, 273 m nt RJNS, *RAwb* 1999, 27 m a BdeW) waarin wordt geoordeeld dat een beperking van het beroepsrecht (art. 20:6 Wv) geen strijdigheid met art. 6:1 EVRM herbergt. Het komt er op neer dat belanghebbenden bij de rechter buitenspel staan met argumenten die zij niet in een non-contentieuze (bedenkingen) fase naar voren hebben gebracht (vgl. voorts ABRvS 21 september 1998, *JB* 1998, 241).

Een andere kwestie is hoe de bestuursrechter nu tegen het niet tijdig beslissen aankijkt. Het komt meer dan eens voor dat bestuursorganen hun beslistermijnen niet halen, waarna art. 6:2, aanhef en onder b, Awb in beeld raakt. Maar wat vormt precies het voorwerp van geschil bij een dergelijk beroep? Het niet tijdig beslissen is volgens de Afdeling een procedurele voorziening en moet niet materieel worden geduid. Een weigering (of andere inhoudelijke inkleuring) wordt niet aangenomen (ABRvS 3 december 1998, *AB* 1999, 107 m nt FM, *JB* 1999, 13 m nt FAMS). Door zelf in de zaak te voorzien kan de rechter via een achterdeur toch naar de inhoud kijken, bovendien kan hij door overwegingen ten overvloede het bestuursorgaan in de goede richting sturen (vgl. ABRvS 24 december 1998, *RAwb*, 1999, 71 m a Widdershoven).

<sup>6</sup> Vgl. M. C. D. Embregts. Een onrechtmatig overheidsdruid in het strafrecht en het bestuursrecht: een onderzoek naar de bewijsuitsluitingsregel. *NIB* 1999, p. 19.

### Intensiteit rechterlijke toetsing en uitspraakbevoegdheden

Als we naar de intensiteit van rechterlijke toetsing kijken, zijn de 21 april-uitspraken<sup>7</sup> inmiddels tamelijk berucht. In art. 8.10 en 8.11 Wm leest de Afdeling bestuurlijke beoordelingsvrijheid, die haar tot terughoudende toetsing noopt. Daar staat tegenover dat de ABRvS de smaak van de punitieve sanctie goed te pakken heeft. En dat heeft gevolgen voor de indringendheid en wijze van toetsing. Zij heeft een reeks uitspraken gewezen waarin verminderingen van rijksbij-

nig. Alleen in situaties als rechtens maar één besluit mogelijk zal zijn, is zelf voorzien door de rechter aangewezen, aldus benadrukt nog eens ABRvS 4 juni 1999 (*NJB* 1999, p. 1163, nr. 27).

### Proceskosten

Ook bestuursrechtelijk procederen kost geld. De civiele rechter zet de deur op een wijder kier dan de bestuursrechter als het gaat om vergoeding van kosten gemaakt in de bezwaarschriftfase. Om deze divergentie een halt toe te roepen, heeft op 17 september 1998 een voorontwerp van wet het licht gezien dat kort samengevat de bestuursrechter ter zake exclusief bevoegd maakt en aansluit bij de rechtspraak van de bestuursrechter. Zie verder N.S.J. Koeman, *NTB* 1998, 9, p. 290-293.

Het Besluit proceskosten bestuursrecht levert af en toe uitspraken op waarvan het nuttig kan zijn om weet van te hebben. De CRvB besliste op 7 januari 1999 (*AB* 1999, 132 m.nt. HH, *RAwb* 1999, 99 m.a. A.J. Bok) dat het verrichten van ongeveer dezelfde werkzaamheden i.v.m. verschillende beroepschriften, geen 'samenhangende zaken' oplevert in de zin van art. 3 van het Besluit.

### Schadevergoeding

De ontwikkelingen in het bestuurlijk schadevergoedingsrecht zijn nog bepaald niet tot rust, laat staan tot voltooiing gekomen;<sup>8</sup> rechtseenheid is nog ver te zoeken. De recente ontwikkelingen betreffen in hoofdzaak vragen van rechtsingang. Vorig jaar is in deze kroniek<sup>9</sup> uiteen gezet dat er thans drie wegen kunnen leiden tot een rechterlijke beslissing inzake de verplichting van een overheidslichaam om onrechtmatig veroorzaakte schade te vergoeden.

1. De rechtsvordering bij de burgerlijke rechter.
2. De accessoire vordering op basis van art. 8:73 Awb in een procedure bij de bestuursrechter, gericht op vernietiging van een besluit.
3. Het beroep bij de bestuursrechter gericht tegen een besluit inzake schadevergoeding (een zogenaamd *zelfstandig of zuiver schadebesluit*).

De mogelijkheid om vergoeding te krijgen van schade die een bestuursorgaan op rechtmatige wijze heeft veroorzaakt (*bestuurscompensatie of nadeelcompensatie*) kent eveneens drie ingangen.

1. Een zelfstandig schadebesluit gebaseerd op een specifieke regeling.<sup>10</sup>
2. Een zelfstandig schadebesluit gebaseerd op het beginsel van *égalité devant les charges publiques*.
3. Een compensatie-component in een belastend besluit (*onzelfstandig of onzuiver schadebesluit*).

### Door de rechter veroorzaakte schade

In geval van overschrijding door de bestuursrechter in eerste aanleg van de *redelijke termijn* in de zin van art. 6 EVRM, kan slechts de burgerlijke rechter schadevergoeding toekennen en niet de bestuursrechter in hoger beroep. Zie de uitspraken CRvB 13 november 1997 (*TAR* 1998, 8 en annotatie *TAR* 1998 p. 269-272, *AB* 1998, 58) en CRvB 24 december 1997 (*ABkort* 1998, 108, *USZ* 1998, 42 en *RSV* 1998, 101).

### Zelfstandige schadebesluiten

De CRvB heeft het onderscheid van de hand gewezen dat de ABRvS maakt tussen materiele connexiteit en processuele connexiteit.

IK HEB HET POSTSTEMPEL  
SPECIAAL UITGEKNIPT,  
RECHTER



afb. 3 bewijslast

dragen wegens overtreding van de TWAO als zijnde punitief werden beoordeeld, met als gevolg dat de eisen waaraan een *criminal charge* van art. 6 EVRM heeft te voldoen worden gesteld (proportionaliteit en evenredigheid, onschuldpresumptie, legaliteitsbeginsel). We noemen ABRvS 25 maart 1999 (*AB* 1999, 229 m.nt. BPV) en 15 april 1999 (nr. E04.98.0150).

Tussenuitspraken en incidenteel appel kent de Awb niet (aldus ook ABRvS 4 augustus 1998, *AB* 1998, 421 m.nt. MSV en CRvB 15 oktober 1998, *AB* 1999, 89 m.nt. HH). Maar de CRvB lijkt in 27 mei 1998 (*RAwb* 1998, 146 m.a. BdeW) een opening te bieden. Het ging daar wel om een specifieke situatie waarin de bedrijfsvereniging verzocht het geding uit te strekken tot de aanvankelijk in het besluit gehanteerde weigeringsgrond. De (hoogste) bestuursrechter accepteert het zelf in de zaak voorzien door de rechter in eerste aanleg niet lichtzin-

7 Zie de 3 uitspraken van ABRvS 21 april 1998, nt. E03.97.0115, *AB* 1998, 199 m.nt. GJ, *JB* 1998, 133 m.nt. FAMS, *RAwb* 1999, 4 m.nt. Klap, *Gst.* 7078, 5 m.nt. H.J.A.M. van Geest, *AA* 1998, p. 893-900 m.nt. FM; nt. E03.94.1697AB 1998, 200, *Gst.* 7078, 6 m.nt. H.J.A.M. van Geest, *M&R* 1998, 70 m.nt. Backes, *AA* 1998, p. 893-900 en nr. E03.96.0623, *AA* 1998, p. 893-900.

8 Een handzaam overzicht van de rechtspraak inzake het bestuurlijk schadevergoedingsrecht is B.J. van Eetkoven en A.R.E. Schiame, *Jurisprudentie Schadevergoeding in het bestuursrecht*, W.E.J. Tjeenk Willink Deventer 1998. Voorts kan worden gewezen op de losbladige uitgave van Elsevier, *Bestuursrechtelijke Schadevergoeding*.

9 Zie *Advocatenblad* 1998, p. 969-971.

10 Zie voor de vraag of ook ter zake van onrechtmatig veroorzaakte schade specifieke regelingen kunnen worden getroffen: B. van der Meulen, '(Ver)ordening van zelfstandige schadebesluiten', *Gst.* 1999, 7101, p. 365 e.v. Tegen de weigering op een verzoek een nadeelcompensatie-regeling vast te stellen, staat bezwaar en beroep open volgens ABRvS 17 augustus 1998, *JB* 1998, 206 (Hilalides/It Marnelán). Dit geldt uiteraard alleen wanneer die regeling niet zou zijn neergelegd in een algemeen verbindend voorschrift of beleidsregel.

De Afdeling stelt zich op het standpunt dat een beslissing van een bestuursorgaan – en dus niet van de verzekeraar (Rb. Groningen 2 oktober 1998, *JB* 1998, 248, *Awb-katern* 1998, 78) – omtrent vergoeding van schade een besluit is in de zin van art. 1:3 Awb indien het schade betreft die het bestuursorgaan (volgens de verzoeker) heeft veroorzaakt bij de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid (*materiële connexiteit*). Tegen zo'n besluit staat echter, volgens de Afdeling, niet in alle gevallen beroep open bij de bestuursrechter. Dat laatste is volgens de Afdeling pas het geval wanneer de eerder bedoelde uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid, het nemen betreft van een besluit waartegen bij die bestuursrechter beroep kan worden ingesteld (*processuele connexiteit*).<sup>11</sup>

De consequentie van deze opvatting van de Afdeling is dat er twee soorten zelfstandige schadebesluiten bestaan. Besluiten waartegen geen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen open staan en waarover dus uitsluitend de burgerlijke rechter kan oordelen en besluiten waartegen wel bestuursrechtelijke rechtsmiddelen open staan.

De Centrale Raad van Beroep kent maar één soort zelfstandige schadebesluiten. Als er connexiteit bestaat met een beroepbaar besluit, dan is de schadebeslissing ook een beroepbaar besluit. Bestaat deze connexiteit niet, dan is er in het geheel geen besluit. Dat sprake is van een door regels van publiekrecht beheerste rechtsbetrekking, betekent nog niet dat een beslissing ter regeling van de gevolgen als een publiekrechtelijke rechtshandeling kan worden beschouwd, aldus de CRvB 24 september 1997 (*JB* 1997, 240).

Het is nog niet duidelijk geworden of het onderscheid dat de ABRvS maakt in twee verschillende soorten zelfstandige schadebesluiten, materiële gevolgen heeft. Of dit het geval is, hangt af van de burgerlijke rechter. Indien deze bereid is de opvatting van de Afdeling te volgen, zal hij de afwijzing van een verzoek om schadevergoeding (dus de afwijzing van aansprakelijkheid) desgevorderd moeten toetsen aan de materiële regels van bestuursrecht, m.n. inzake (kenbare) vaststelling van de feiten, zorgvuldige voorbereiding en motivering. Een zodanige toetsing zou de

eiser zeer ten goede komen in zijn bewijsvoering.

Wanneer de burgerlijke rechter de Afdeling niet volgt, dan lijkt het verschil in opvatting tussen de Afdeling en de CRvB geen consequenties te hebben. In dat geval verdient de benadering van de raad vanwege haar eenvoud de voorkeur.

### Bestuurlijk nalaten

In een uitspraak van begin 1998 (ABRvS 15 januari 1998, *JB* 1998, 36, m.nt. EvdL) heeft de Afdeling zich op het standpunt gesteld dat het nalaten om op grond van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren op

IK WOU MAAR EVEN EEN  
VERZOEK DOEN OM DAAD-  
WERKELIJK NIET NALATEN  
VAN HET UITKEREN VAN  
MIJN UITKERING, ZIET  
U WEL



afb. 4 burgerlijke nauwgezetheid in het licht van bestuurlijk nalaten.

te treden tegen een illegale lozing is te kwalificeren als feitelijk handelen. Een beslissing omtrent vergoeding van schade die is veroorzaakt door dit nalaten, levert weliswaar een besluit op (materiële connexiteit met de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid tot handhaving), maar niet een beroepbaar besluit (wegens het ontbreken van processuele connexiteit met een beroepbaar besluit).

Ruim een jaar later oordeelde de Afdeling dat nalaten in de vorm van niet beslissen op

een verzoek om handhaving ingevolge art. 6:2 Awb voor wat betreft de mogelijkheid rechtsmiddelen in te stellen, met een besluit gelijk wordt gesteld (ABRvS 30 maart 1999, *JB* 1999, 107, m.nt. RJNS). In geval van een beslissing omtrent vergoeding van schade die zou zijn veroorzaakt door dit nalaten, is volgens de Afdeling wel voldaan aan het vereiste van processuele connexiteit. Die beslissing is derhalve een beroepbaar zelfstandig schadebesluit. Het verschil tussen beide uitspraken is te verklaren uit het ontbreken in de eerste zaak van een aanvraag om een handavingsbesluit te nemen en de aanwezigheid van zulk een aanvraag in de tweede zaak. In deze zin ook ABRvS 21 september 1998 (*JB* 1998, 241 m.nt. HJS).

Het CBB stelt zich op 4 november 1998 (*JB* 1999, 32) op het standpunt dat een veroordeling tot vergoeding van schade die is ontstaan door het uitblijven van een besluit, alleen met toepassing van art. 8:73 Awb kan worden uitgesproken in een procedure (op basis van art. 6:2 Awb) tegen dat uitblijven, niet in een procedure tegen het uiteindelijk alsnog afgekomen besluit. Het CBB stelt voor een zelfstandig schadebesluit een strengere materiële connexiteitseis dan de Afdeling. De schade dient veroorzaakt te zijn door een publiekrechtelijke *rechtshandeling*. Het niet of niet tijdig nemen van een besluit is geen rechtshandeling, al is zij beroepbaar. De beslissing op een verzoek om schadevergoeding is dan geen zelfstandig schadebesluit en is dan ook niet appellabel. Zie de uitspraken van CBB 10 oktober 1995 (*JB* 1995, 281, *AB* 1996, 33), CBB 19 februari 1997 (*JB* 1997, 47 m.nt. HJS) en CBB 18 december 1998 (*JB* 1999, 74). Zie ook CRvB 22 april 1997

11 De standaard uitspraak is ABRvS 6 mei 1997 inzake Van Vlodrop. Deze uitspraak is gepubliceerd in alle gezaghebbende bestuursrechtelijke rechtspraak-periodieken (*JB* 1997, 118 HJS, *AB* 1997, 229 PvB, *Gr* 7060.4 HH, *RAwb* 1997, 96 B.J. Schueler, *BR* 1997, p. 599 B.P.M. van Ravels, *AA* 1997, p. 602 I.C. van der Vliet) en uitvoerig besproken in Rechtspraak Bestuursrecht 1996-1997, *De annotaties*, VUGA Den Haag 1998. De Afdeling spreekt van de *gestelde* schade oorzaak. In afwijking daarvan onderzocht de Rb. Breda (9 maart 1998, *JSV* 1998, 222) bij de beoordeling van de ontvankelijkheid of het besluit dat de verzoeker als schade oorzaak had aangewezen, die schade wel werkelijk kon hebben veroorzaakt

(AB 1997, 294) Het ziet er naar uit dat de Afdeling op de burger een *schadebeperkingsplicht* legt, in die zin dat een beroep op overschrijding van de redelijke termijn (al dan niet in het kader van een vordering tot schadevergoeding) niet wordt gehonoreerd wanneer de burger heeft nagelaten daartegen in het geweer te komen op basis van art. 6:2 Awb. Zie de uitspraak ABRvS 14 september 1997 (RAwb 1998, 23 m a. Widdershoven). Ook de CRvB neemt de gedragingen van de klager in aanmerking bij de beoordeling van klachten over overschrijding van de redelijke termijn (CRvB 13 maart 1997, RAwb 1997, 121 m a. Widdershoven). Meer in het algemeen geldt dat uit een oogpunt van *schadebeperkingsplicht* betekenis wordt toegekend aan het voortvarend procederen en vragen van een voorlopige voorziening (vgl. ARRvS 31 juli 1979, AB 1980, 398 m nt. JHvdV, CBB 26 februari 1988, UCB 1988, 88 m nt. HJS/BvM, Rb. Den Haag 4 december 1996, JB 1997, 36. Zie ook ABRvS 15 juni 1998, JB 1998, 181. Anders HR 9 mei 1986, AB 1986, 429, Hof Den Haag, 12 november 1998, Rechtspraak Vreemdelingenrecht 1998, 59).

### Keuzevrijheid?

Eveneens onvoltooid is de ontwikkeling inzake de vraag in hoeverre de bestuursrechtelijke mogelijkheden om schadevergoeding te verkrijgen, gevolgen hebben voor de mogelijkheid om langs civiele weg vergoeding te vorderen. Velen verwachten<sup>12</sup> dat de Hoge Raad in afwijking van zijn oude rechtspraak maar in overeenstemming met de bedoeling van de Awb wetgever aan de eiser de keuze zal laten tussen de bestuurlijke en de civiele

rechtsingang. In deze zin Rb. Groningen 28 november 1997 (AB 1998, 226 m nt. PvB) en Rb. Breda 11 augustus 1998 (NJKort 1998, 70). Zeker is dat echter alleminst De Rb. Roermond bijvoorbeeld heeft op 19 september 1996 (TAR 1996, 214) in andere zin geoordeeld. Zie ook CRvB 1 december 1994 (TAR 1995, 33). Het begint er steeds meer naar uit te zien dat een eiser zijn keuzevrijheid verspeelt wanneer hij eenmaal een keuze maakt en dat een zelfstandig schadebesluit formele rechtskracht kan krijgen.

De Rb. Den Haag wees op 20 januari 1999 (JB 1999, 59) een vordering tot schadevergoeding af omdat de eiser een procedure bij de ABRvS waarin hij op basis van art. 8:73 Awb een verzoek om schadevergoeding had gedaan, had ingetrokken.

De rechtbank overwoog: 'De rechtbank stelt ( ) vast dat de stichting in haar beroepschrift [bij de ABRvS, red.] verzoekt heeft om vergoeding van schade ( ). Door het beroep daarna in te trekken ( ) heeft de stichting de door haarzelf gekozen administratiefrechtelijke weg waarlangs zij (een rechtelijke uitspraak omtrent deze) schadevergoeding kon verkrijgen voortijdig verlaten. Daarmee heeft zij voor zichzelf tevens de mogelijkheid afgesneden in een procedure bij de burgerlijke rechter dezelfde schade te vorderen, in dit opzicht dient er geen onderscheid te worden gemaakt tussen degene die de administratiefrechtelijke weg voortijdig heeft verlaten en degene die deze weg wel tot het einde, maar zonder succes, heeft afgelegd.'

De CRvB heeft op 12 november 1996 (JB 1997, 10, reeds genoemd in de vorige kroniek) een vordering ex art. 8:73 Awb niet toegewezen geoordeeld voorzover hetzake van de desbetreffende schade al een onherroepelijke zelfstandig schadebesluit voorlag.

### Bevoegdheid

In de literatuur bestond verschil van inzicht ten aanzien van de vraag welk bestuursorgaan bevoegd is een zelfstandig schadebesluit te nemen, en bij welk orgaan dus een aanvraag om zo'n besluit kan worden ingediend. Is dit het orgaan dat het schadeveroorzakende besluit heeft genomen of is dat het orgaan dat bevoegd is over de financiële middelen van de desbetreffende overheid te beschikken? De

ABRvS heeft op 10 april 1998 (Gst 1999, 7101 2 m nt. B. van der Meulen) dit punt tot klaarheid gebracht. In een besluit op bezwaar was een college van burgemeester en wethouders niet ingegaan op een verzoek om vergoeding van schade ten gevolge van het primaire besluit. In beroep werd ter verdediging aan gevoerd dat op dit punt niet het college maar de gemeenteraad bevoegd was. De Afdeling overwoog dat het college wel bevoegd is en vernietigde het besluit. De halve is in elk geval het orgaan bevoegd dat het schadeveroorzakende besluit heeft genomen.

### Bestuurshulp

In een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtsspraak is een nieuwe categorie besluiten opgedoken op het grensvlak van het schadevergoedingsrecht en het subsidierecht (ABRvS 11 mei 1998, Gst 7081 4 m nt. HH, JB 1998, 197 m nt. HJS)<sup>13</sup>. Het betreft beslissingen op een verzoek aan een bestuursorgaan om vergoeding van (c.q. tegemoetkoming in) schade die niet is veroorzaakt door het desbetreffende bestuursorgaan of door de rechtspersoon waartoe het behoort. Er is dan geen sprake van een zelfstandig schadebesluit omdat iedere connexiteit met de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid ontbreekt. Er is evenmin sprake van bestuurscompensatie. Deze rechtsfiguur vereist weliswaar geen onrechtmatig handelen, maar wel bestuurshandelen dat de schade veroorzaakt. Het ging hier om schade veroorzaakt door een andere overheidslaag. Om die reden werd het verzoek afgewezen. De Afdeling oordeelde dat indien het verzoek zou zijn toegewezen, de bevoegdheid tot deze toewijzing zou zijn gebaseerd op de algemene bestuursbevoegdheid die in de Gemeentewet wordt toegekend (van een privaatrechtelijke grondslag was de Afdeling niet gebleken). Die beslissing zou een besluit zijn, waartegen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen open staan. Daarmee is ook de afwijzende beslissing een beroepbaar besluit (vgl. art. 1:3 lid 2 Awb, zie ook art. 6:2).

De aanvaarding van de mogelijkheid dit soort beslissingen – bij gebrek aan een algemeen aanvaarde noemer en ter onderscheiding van bestuurscompensatie hier als 'bestuurshulp' aangeduid – voor te leggen aan de rechter zou een belangrijke eerste stap

12. Al is de literatuur verdeeld met name ook over de wenselijkheid van deze uitkomst.

13. Zie over deze uitspraak ook H. Ph. J. A. M. Hannekens, De gemeente als rechtspersoon, C 7081 1.

kunnen zijn in een rechtsontwikkeling die antwoord geeft op de vraag of en zo ja in hoeverre de overheid in de verzorgingsstaat (of wat daar nog van over is) in het algemeen gehouden is steun te bieden in situaties van

IK BEN VAN DE BESTUURSHULP -  
WE KOMEN VOOR DE LEEDTELLING;  
KUNT U AANGEVEN HOEVEEL  
MAATSCHAPPELIJKE TEGEN-  
SPOED U GEHAD HEB IN HET AF-  
GELOPEN LEEDJAAR?



afb. 5 verzorgingsstaat

meer dan gemiddelde maatschappelijke tegenspoed. Tot op heden worden tegemoetkomingen in schade bijvoorbeeld ten gevolge van natuurgeweld of extreme weersomstandigheden op basis van ad hoc regelingen geboden.

In de vorige aflevering van de kroniek is reeds gewezen op de bevoegdheid om in een voorlopige-voorzieningsprocedure onmiddellijk uitspraak te doen in de hoofdzaak en op de hoofd- en knelpunten van deze in art. 8:86 Awb neergelegde optie. Wordt niet onmiddellijk na de zitting (van art. 8:83 lid 1, waarnaar art. 8:86 verwijst) uitspraak gedaan maar pas nadat – na de behandeling ter zitting – nadere gegevens waren ontvangen, dan ontbreekt de situatie die art. 8:86 nu juist verlangt. De president had de behandeling van het zittingsonderzoek geschorst en nadere gegevens gevraagd en vervolgens drie maanden later ex art. 8:86 uitspraak gedaan. Daar dat niet meer 'onmiddellijk' is, ont-

beerde de president de bevoegdheid tot dergelijke kortsluiting (CRvB 14 januari 1999, *AB* 1999, 170 m.nt. HH<sup>14</sup>). Een gewone voorlopige voorziening op grond van art. 8:81Awb is van herziening (8:88) uitgesloten, een onmiddellijke uitspraak o.g.v. art. 8:86 daarentegen niet (ABRvS 10 juni 1998, *RAwb* 1999, 42 m.a. BdeW).

Tegenover de in dezen rekkelijke CRvB (o.a. 30 januari 1996, *JB* 1996, 74) staan ABRvS, wet en wetsgeschiedenis die als vertrekpunt nemen dat vernietiging van het besluit in primo door de rechter in principe niet mogelijk is; het is de beslissing op bezwaar die kan worden vernietigd. Maar de voorlopige-voorzieningsprocedure lijkt zich wel te lenen voor vernietiging van het besluit in primo, aangezien art. 8:72 lid 1 en 4, Awb niet toepasselijk zijn verklaard in titel 8.3 (Pres. CRvB 26 februari 1999, *RAwb* 1999, 112 m.a. A.J. Bok, KG 1999, 154).

Ook in appel komen we het administratief kort geding tegen. Betreft het een verzoek om voorlopige voorziening in hoger beroep dan wil de president CRvB de ene keer de 'mate van waarschijnlijkheid dat de aangevalen uitspraak in stand zal blijven' uitdrukkelijk meewegen (Pres. CRvB 13 mei 1998, *AB* 1998, 243 m.nt. HH, vgl. ook Vz. ABRvS 17 februari 1998, Gst. 7084, 4, met name het kritisch naschrift van Hennekens), de andere keer daar minder belang aan hechten (Pres. CRvB 4 mei 1998, *AB* 1998, 242). Kennelijke niet-ontvankelijkheid was het lot dat beschoren was aan het verzoek van de Minister van OCW (in zijn hoedanigheid van besluitnemend bestuursorgaan) om een voorlopige voorziening nu hij uitvoering had gegeven aan de uitspraak in eerste aanleg. Van een situatie als bedoeld in art. 21

Beroepswet juncto 8:81 Awb is dan geen sprake, volgens Pres. CRvB 23 april 1998 (*AB* 1998, 250 m.nt. HH).

Tot slot wijzen we er nog op dat art. 6:18 en 6:19 Awb in spoedprocedures niet gelden. Over de extra complicaties die dat gegeven met zich brengt in het geval dat hangende een voorlopige voorziening wel een nieuw besluit wordt genomen, schrijft P.M. Langbroek in *TAR* 1998, p. 409 e.v.

14 Overigens kun je daar ook anders over denken: schorsing doet de zitting nog niet eindigen, dus na drie maanden schorsing van de zitting uitspraak doen is wel degelijk 'onmiddellijk' na zitting. Dat is echter kennelijk (en heel begrijpelijk) niet wat de CRvB onder onmiddellijk in art. 8:86 verstaat. Zie ook Hennekens' annotatie.

*De onorthodoxe werkwijze van de Rechtseenheidskamer staat op gespannen voet met de wet en levert niet in alle opzichten een fair trial op. Is de prijs voor rechtseenheid te hoog of mogen de praktische voordelen zwaarder wegen? Frits Koers over leerzame experimenten waarbij advocaten nogal eens het nakijken hebben.*

### Frits Koers

Advocaat te Amsterdam

In juni 1999 verscheen het jaarverslag 1998 van de vreemdelingenkamers Rechtbank Den Haag.<sup>1</sup> Het is een fraai, haast glossy uitgevoerd boekwerkje van 32 pagina's, dat ons een blik gunt in de keuken van de vreemdelingenrechtspraak. Dit kijkje in de keuken is niet alleen interessant voor vreemdelingenadvocaten, maar ook voor anderen omdat enerzijds het werk van de vreemdelingenrechter niet fundamenteel verschilt van dat van welke rechter ook, en anderzijds de vreemdelingenkamers in een aantal opzichten een eigen receptuur hebben ontwikkeld die een interessante vergelijking met de rechtspraak in het algemeen oplevert.

In afwijking van de gebruikelijke bevoegdheidsregels zijn in de vreemdelingen- en asielprocedure de arrondissementen praktisch afgeschaffd. De Rechtbank Den Haag is uitsluitend bevoegd. Deze opmerkelijkheid vindt zijn oorsprong in de uitsluiting van het hoger beroep in vreemdelingenzaken waartoe bij de vervaardiging van de in 1994 in werking getreden 'nieuwe' vreemdelingenwet was besloten. Om toch rechtseenheid te bewaren werd gekozen voor de ene bevoegde Haagse rechtbank. Tegelijkertijd werd dat logistiek weer niet helemaal praktisch gevonden, zodat de Haagse rechtbank vier nevenzittingsplaatsen kreeg toegewezen: Amsterdam, Haarlem, Den Bosch en Zwolle. Rechters van deze vier rechtbanken fungeren in vreemdelingenzaken als Haagse rechter. Maar aangezien dit weer afbreuk zou kunnen doen aan de beoogde rechtseenheid creëerde de Haagse rechtbank het instituut Rechtseenheidskamer (de REK). De REK is belast met de afdoening van zaken die moeten leiden tot de vorming van richtinggevende jurisprudentie.

Het jaarverslag vermeldt een voor de rechtbank frustrerend voorval. De REK kreeg ter beoordeling of de Staatssecretaris van Justitie aan etnische Albanezen uit Kosovo een voorwaardelijke vergunning tot verblijf (vvtv) kon weigeren. De bestreden besluiten (er waren twee zaken naar de REK verwezen) dateerden van eind 1996 en de zaken kwamen begin 1998 bij de REK terecht. Al direct werd door het secretariaat van de REK bedacht dat het gelet op de ontwikkelingen in Kosovo, gewenst was ook een meer recente zaak te behandelen. Aan de nevenzittingsplaatsen werd gevraagd de voorraad op recentere geschikte beroepszaken te onderzoeken en aldus werd vanuit Haarlem een zaak aangeleverd van eind 1997. Aan een (eind-)uitspraak kwam de REK echter in die zaak niet toe. Want na de sluiting van het onderzoek ter zitting bleek (het verslag meldt niet hoe) dat

<sup>1</sup> *Vreemdelingenkamers rechtbank Den Haag, Jaarverslag 1998*, redactie en organisatie Rechtbank Den Haag, juni 1999.



Foto Jiri Buzler

De zaal in de Haagse Rechtbank waar de REK meestal zitting houdt

de vreemdeling in vreemdelingenbewaring was gesteld en daarbij had verklaard dat hij een 'echte' Albanees was niet uit Kosovo maar uit Albanie! De rechtbank heropende het onderzoek en vroeg de gemachtigde van de Albanees om een toelichting. De gemachtigde had kennelijk niets toe te lichten en trok het beroep in. Pech voor de rechtbank. De rechtbank was intussen inventief genoeg om in de zaken uit 1996 toch op 17 november 1998 een uitspraak te doen met actuele betekenis. (Zie kader)

2. Rechtbank 's Gravenhage, Rechtszekerheidskamer 17 11 98 nr AWB 98/2947 VRW1 I JV 1998 nr 217 m nr 1 P. Spijkerboer. Inmiddels werd als gevolg op deze uitspraak door de zittingsplaats Den Bosch overwogen dit verweiders beslissing om op 13 maart 1998 wel een uitspraak van vertrekbeleid te gaan voeren maar niet tot uitvoering van een vvtv-beleid over te gaan de rechtbank houdende - rechtelijke toets niet ken doorstaan (Rb 's Gravenhage zitt pl Den Bosch (mcciv) 15 06 99 AWB 98/4755 JV 1999 nr 182)

'De rechtbank constateert dat, op het moment van deze uitspraak, verweider ten aanzien van etnische Albanezen uit Kosovo reeds acht maanden "op beleidsmatige gronden" een uitstel van vertrek-beleid voert. Reeds gelet op de lange duur van dit 'beleidsmatige' uitstel van vertrek-beleid, rijst de vraag of, bezien in het licht van verweiders eigen uitgangspunten, inmiddels niet veelter het voeren van een vvtv-beleid (voorwaardelijke vergunning tot verblijf) is geïndiceerd. Verweider zal dan ook in voor komende zaken nader dienen te motiveren waarom de afweging tussen de verschillende indicatoren ook nu nog zou kunnen leiden tot het weigeren van voorwaardelijke vergunningen tot verblijf aan etnische Albanezen uit Kosovo.'

Dit obiter dictum roept overigens wel enkele vragen op. Duidelijk is dat de REK zich daarmee niet slechts positioneert als rechtszekerheidsbewaker maar ook nadrukkelijk als rechtsvormend college, door de Staatssecretaris van Justitie een schot voor de boeg te geven over nog te voeren beleid.

### Nadelen te lijf

Het gegeven voorbeeld vormt een illustratie van de blijkens het jaarverslag intensieve aandacht van de vreemdelingenkamers voor consistentie en eenheid in de vreemdelingenrechtspreek. Het verslag geeft reden tot lof voor die intensieve aandacht en voor de inspanningen om die aandacht het gewenste effect te geven.

Naast het REK-instituut zijn vooral overleg en coördinatie de wapens waarmee de vreemdelingenkamers de nadelen van de eigen bijzondere positie te lijf gaan. Er is 'vreemdelingenberaad' waarin centraal staat 'de bespreking van onderwerpen van algemene en inhoudelijke aard, die nadere afstemming tussen de verschillende zittingsplaatsen vergen', er is overleg tussen de landelijke coördinator en de plaatselijke coördinatoren met de rechtbankpresidenten van de zittingsplaatsen, er is een studiegroep van minstens één rechter uit elke zittingsplaats die lastige of netelige juridische kwesties bestudeert, er is jurisprudentie-overleg, er werd gecongresseerd over 'de kwaliteit van de vreemdelingenrechtspreek', er is gestuurd overleg met partijen met de landsadvocaat, de Immigratie- en Naturalisatiedienst en

– toch in iets mindere mate – de vertegenwoordigers van de rechtshulp. Dan is er ook een landelijk stafbureau vreemdelingenzaken met onder andere een documentatieafdeling die de rechters kan bijstaan met landendocumentatie en met literatuur en jurisprudentieonderzoek.

Tussen de regels van het verslag – maar soms ook wel crop – is te lezen dat de vreemdelingenkamers in de nadelen van de eigen bijzondere positie juist motivatie vinden om te streven naar niet alleen 'zorgvuldige rechtspraak van een kwalitatief hoog niveau, waarbij snelheid een belangrijk element van die kwaliteit is' (zo staat het in het Ten geleide), maar ook naar een zo volledig mogelijke compensatie van het ontbreken van hoger beroep.

*Van de nood een deugd maken* zou het motto voor het jaarverslag 1998 kunnen zijn en hopelijk kan dat ook voor 1999 gezegd worden.

#### Rechtsverscheidenheid

Maar hoe lovenswaardig het streven ook is, de vraag kan niet uitblijven: wordt het motto ook waargemaakt? De vreemdelingenkamers gaan die vraag ook zelf niet uit de weg. In 1998 is mede op hun verzoek (en op dat van de Tweede Kamer) een onderzoek gestart naar de mate waarin rechtseenheid in vreemdelingenzaken wordt gerealiseerd.

Rechtseenheid is in dit onderzoek als volgt gedefinieerd:

- uniformiteit in uitspraken van de vreemdelingenkamers; dit betekent een eenduidige interpretatie van juridische begrippen; en
- een adequate belangenafweging; enerzijds betekent dit dat dezelfde belangen worden gewogen, anderzijds dat een consistente weging van die belangen plaatsvindt.

Het resultaat van dit onderzoek is in boekvorm onder de titel *Rechtseenheid in de vreem-*

*delingenrechtspraak* vers van de persen gerold.<sup>3</sup> Ook dit boek verdient bredere belangstelling dan alleen van specialisten, bij wie het niet op de plank mag ontbreken. Het onderzoek steunt op een verkenning van de jurisprudentie en op een inventarisatie (door enquête, interviewronde en expertbijeenkomst) van meningen en oordelen van direct betrokkenen, rechters, advocaten en rechtshulpverleners, medewerkers van justitie en belangenorganisaties.

## De vreemdeling is slechter af bij nieuw hoger beroep als er dan minder wordt gewerkt aan rechtseenheid en kwaliteit

De onderzoekers beoordelen de rechtseenheid in vreemdelingenzaken voorzichtig negatief. Oorzaken daarvoor lijken te moeten worden gevonden in het ontbreken van hoger beroep; de onduidelijkheid en complexiteit van regelgeving en beleid; de (onoverzichtelijke) systematiek van het rechtsgebied; de gepolitiseerdheid van het rechtsterrein. In mindere mate zou de rechtsverscheidenheid worden veroorzaakt door leeftijd, ervaring of specifieke hoedanigheden van de individuele rechters en door cultuurverschillen tussen de verschillende zittingsplaatsen.

De onderzoekers hebben ook gekeken naar de effectiviteit van de verschillende instrumenten die worden ingezet om de rechtseenheid te bevorderen. Daarbij blijkt de REK hoog te scoren bij alle respondenten. Het vreemdelin-

genberaad scoort bij de rechters ook hoog, bij de rechtshulp lager. Dat lijkt logisch, de rechtshulp heeft geen zicht op dat beraad en ervaart het zelfs wel als bedreigend vanuit de gedachte dat uitspraken in achterkamertjes worden voorgekookt zonder dat de rechtshulpverlener daar enige invloed in het debat kan doen gelden. Dit probleem doet zich overigens ook tot op zekere hoogte voor bij de REK. Aan de beraadslagingen van de REK wordt deelgenomen door rechters die niet achter de tafel zitten, maar in de zaal. De onderzoekers wijzen er m.i. terecht ook op dat de werkwijze van de REK op gespannen voet staat met de wet RO. Hierover straks meer.

#### Hoger beroep geen garantie voor rechtseenheid

Terwijl het onderzoek gaande was kwam nieuwe wetgeving in voorbereiding: de 'Vreemdelingenwet 2000'. Met dit wetsvoorstel, dat inmiddels voorzien van advies van de Raad van State klaarligt om bij de Tweede Kamer te worden ingediend, indien de regering althans overeenstemming weet te bereiken over de wijze waarop de kritiek van de Raad van State verwerkt moet worden, zal weer hoger beroep worden ingevoerd, zij het wellicht in meer of minder beperkte vorm. In het onderzoek bleek dat zowel de rechters als de rechtshulp van hoger beroep meer rechtseenheid verwachten dan van de REK. Even unaniem was overigens de afwijzing van beperkingen in de mogelijkheden van hoger beroep. Dat zou de rechtseenheid juist weer schaden. Opmerkelijk is dat velen het zouden betreuren als de invoering van hoger beroep het einde van de REK inluidt; de rechters zouden vooral het landelijk stafbureau missen.

Bij de nogal eensgezinde opvatting dat door invoering van hoger beroep de rechtseenheid beter gediend zal worden dan door de REK zou ik een vraagteken willen plaatsen. Is dat een reële verwachting? Uit de door de onderzoekers verrichte verkenning van jurisprudentie valt dit allerminst te concluderen.

Weliswaar stellen de onderzoekers vast dat de REK er niet geheel in slaagt de rechtseenheid tot stand te brengen, maar zij wijten dat niet aan een minder gezag van de REK, al is

3 M.L. Thieme e.a., *Rechtseenheid in de vreemdelingenrechtspraak*, Thela Theses, 1999.

dat gezag informeel. Zij wijten dat naar mijn mening terecht aan factoren waar ook een appelrechter weinig aan zal kunnen veranderen, zoals de al eerder genoemde vaagheid en complexiteit van regelgeving en beleid, de lastig te hanteren normen van internationaal recht, de sterk wisselende en vaak moeilijk te waarderen mensenrechtensituatie in herkomstlanden en ten slotte is het rechterlijk oordeel in veel gevallen zeer sterk afhankelijk van de waardering van de onderliggende feiten van het individuele geval.

Wanneer ik deze factoren in aanmerking neem en bovendien de huidige praktijk van de vreemdelingenrechtspraak spiegel aan de tijd vóór 1994<sup>4</sup> durf ik de stelling aan dat het herinvoeren van hoger beroep geen meetbaar effect zal hebben op het peil van rechtseenheid in vreemdelingenzaken. Sterker nog: wanneer de instelling van hoger beroep ertoe zal leiden dat de huidige inspanningen gericht op zowel rechtseenheid als op kwaliteit, verminderen, dan zou de rechtzoekende vreemdeling wel eens slechter af kunnen zijn.

Met deze constatering betreed ik een arena waarin al enige tijd strijd gevoerd wordt onder twee oppositionele vaandels: 'Overlegrechtspraak = legitimiteitsstekort' tegenover 'Pragmatisme!' Zijn al die 'stapzaten in de vreemdelingenrechtspraak'<sup>5</sup> in strijd met de wet, met de grondwet en met het EVRM en, zo ja, is dat erg?

D'Oliveira legt de vinger op enkele zere plekken: de onafhankelijkheid van de rechter komt in het geding door (al is het maar informele) binding aan beslissingsbeleid dat buiten de zitting door meerdere rechters wordt vastgesteld. Soms liggen die afspraken er al voordat de zaak begint. Waar haal je als advocaat de overtuigingskracht vandaan om die afspraken, die je vaak niet eens kent, bij de rechter die jouw zaak behandelt, uit het hoofd te krijgen? In de REK-situatie wordt door een drietal rechters, die geen deel uitmaken van de formeel behandelende kamer en de behandeling ter zitting volgen vanuit de zaal, meegeraadkamerd en meebevest. 'Een van de garanties voor een onpartijdig oordeel, zoals het wrakingsrecht, wordt illusoir,' stelt D'Oliveira terecht.<sup>6</sup>

Anderen geven weliswaar toe dat er op

zijn minst spanning bestaat met de wetgeving maar hechten meer belang aan de praktische voordelen, hetgeen D'Oliveira de uitdrukking 'beginselloze pragmatiek' ontlokt.

Ik stap snel van de arena naar de tribune waar je, zonder dat je een bal kunt trappen, verstand van voetbal kunt hebben. Een paar zaken zijn voor mij als toeschouwer glashelder.

van hoger beroep. Het gaat ook om herbeoordeling en die functie kan juist in de vreemdelingenpraktijk node gemist worden. Ik hoop dat dit betreft maar te wijzen op de eerdergenoemde factoren die de rechtseenheid dwarszitten. Uit het jaarverslag blijkt dat per rechter zo'n 600 vreemdelingenzaken per jaar worden behandeld. Het kan niet anders – rechters zijn ook mensen – dan dat daar een aantal minder juiste uitspraken uit voortkomt.

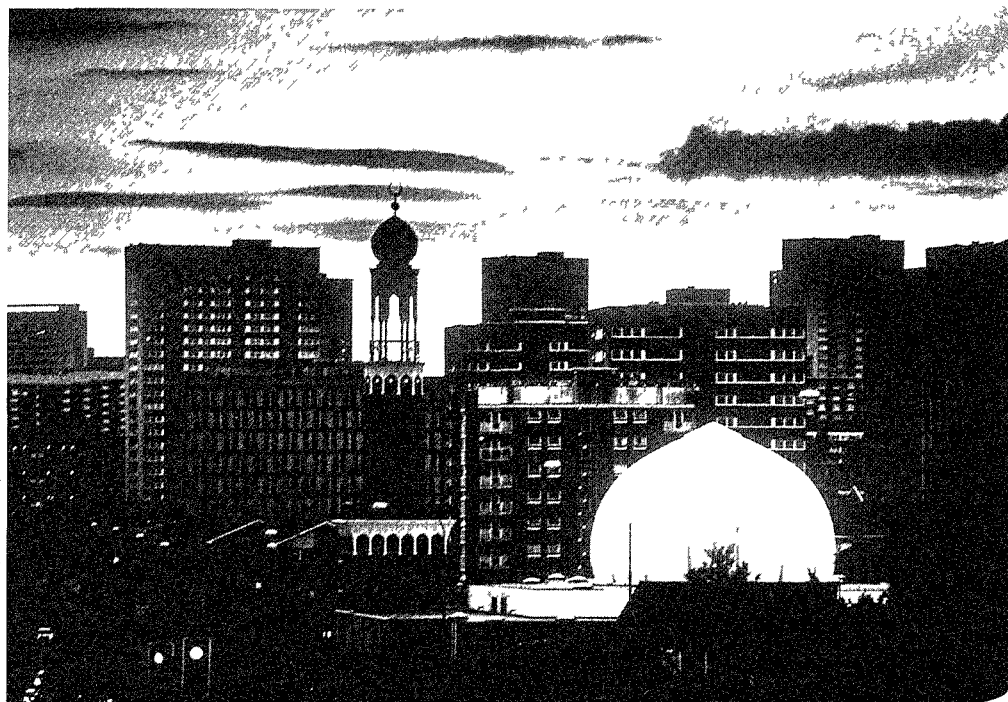


Foto: John Reardon (Trouwfoto)

Welcome to Europe

- \* Rechtseenheid in eerste aanleg is geen hoogste waarde waarvoor alles moet wijken. Zoals een aantal gesprekspartners van de onderzoekers het stelde: 'tijdelijke divergentie in uitspraken kan een voorwaarde zijn voor rechtseenheid. Met de invoering van het hoger beroep kunnen rechters zich, in de wetenschap dat een hogere rechter corrigerend kan optreden, in eerste aanleg eerder een afwijkende uitspraak veroorloven.' Ik meen dat hier weliswaar niet zozeer de rechtseenheid als wel de rechtsontwikkeling aan de orde is, maar inderdaad, het recht kan niet zonder beweging.
- \* Rechtseenheid is niet de enige en misschien ook niet de belangrijkste functie

<sup>4</sup> Toen stond er nog beroep bij de Raad van State open in de bodemprocedure en beroep bij het gerechtshof respectievelijk beroep in cassatie bij de Hoge Raad in het uitzettingskort-geding

<sup>5</sup> De omschrijving van al het onderling afstemmen, overleggen en meedelen in de vreemdelingensector, is van Jessurun d'Oliveira 'Rechters die afstemmen en afhouden', *NJB* 1999 3, p. 377 c.v.

<sup>6</sup> I.a.p. p. 379, met verwijzing naar HR 18 december 1998, *NJB* 1999, p. 131

Appel dus, en uiteraard zonder beperking en zeker zonder beperking zoals de regering in gedachten had (heeft?), te weten dat de Staatssecretaris van Justitie door de wijze van beslissen in een individuele zaak de mogelijkheid van appel kan beïnvloeden.

- \* Maatregelen van de vreemdelingenkamers ter bevordering van de rechtseenheid kunnen niettegenstaande bezwaren van principiële aard hun nut hebben. Maar de advocaat, de vertegenwoordiger van de procespartij, behoort in het debat, leidend tot de eenheidsbeslissing, betrokken te zijn. Dit klinkt tamelijk ferm en moet dan ook gerelativeerd worden. Want laten we wel wezen; ook buiten geïnstitutionaliseerde kaders vindt bij rechters opinievorming plaats die bij de behandeling van een zaak als vooroordeel kan werken zonder dat partijen daar greep op hebben.
- \* Maatregelen van de vreemdelingenkamers ter bevordering van de kwaliteit van de rechtspraak zijn mooi. Maar ook hier staat de individuele vreemdelingenadvocaat op achterstand. Van de toevoegingscenten kan hij geen stafbureau met documentaristen en rechtspraak-analisten betalen. Evenmin kunnen de advocaten de juistheid van de analyses en documentatie (over herkomstlanden bijvoorbeeld), die de rechter van het stafbureau ontvangt,

beoordelen en ter discussie stellen, simpelweg omdat zij die niet kennen. Kortom, de producten van het stafbureau zouden toegankelijk moeten zijn voor de rechtshulp. Hetzelfde geldt voor (de resultaten van) het vreemdelingenberaad, het *Vreemdelingenbulletin* en andere kookboeken die de vreemdelingenrechters met elkaar hebben samengesteld voor algemeen keukengebruik.

- \* Wanneer (ter wille van kwaliteit of rechtseenheid) de rechter over een concrete zaak in intercollegiaal overleg treedt, dienen de daarin gewisselde standpunten aan partijen voor commentaar te worden voorgelegd.
- \* De REK is een mooie instelling. Maar waarom zitten niet alle aan de raadkamer

deelnemende rechters achter de tafel? Het geeft de pleitende advocaat ter zitting een onprettig kriebelend gevoel dat niet alleen de rechters die hij in het gelaat ziet en op wie hij zijn mimiek richt en die hem zo nu en dan een vraag stellen als ze zijn betoog niet direct begrijpen, over de zaak beslissen, maar ook drie in burger geklede, zwijgende rechters, wier ogen hem vanuit de zaal in de rug priemen. Laat ze tenminste allemaal achter de tafel plaatsnemen. De strijd met de wet wordt dan weliswaar naar de letter meer evident, maar naar de geest geringer.

Het vreemdelingenrecht – nomen est omen – is een buitenbeentje in het Nederlandse rechtsbestel. Dat geldt zeker ook voor het vreemdelingenprocesrecht. De vreemdelingenkamers spannen zich gezamenlijk in om de effecten van die uitzonderingspositie zoveel mogelijk te minimaliseren. Dat verdient lof. Maar waakzaamheid is geboden als de middelen die worden ingezet weer andere uitzonderingsituaties creëren. Niet in het minst omdat daarmee ook een kweekvijver kan ontstaan voor procesrechtelijke curiositeiten die ook naar andere rechtsterreinen hun weg kunnen vinden.