



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Artikel 8:2 Awb: weg er mee!

Schuurmans, Y.E.; Voermans, W.J.M.; Barkhuysen, T.; Ouden, W. den; Polak, J.E.M.

Citation

Schuurmans, Y. E., & Voermans, W. J. M. (2010). Artikel 8:2 Awb: weg er mee!. In T. Barkhuysen, W. den Ouden, & J. E. M. Polak (Eds.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb* (pp. 809-832). Den Haag: Boom Juridische uitgevers. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/15840>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/15840>

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

Artikel 8:2 Awb: weg ermee!

Y.E. Schuurmans & W.J.M. Voermans*

I **Waarom we in Nederland de rechter op afstand van het bestuur houden: een lang verhaal**

Het zal de meesten van ons wel eens zijn overkomen. Je bent op een internationaal congres, seminar of iets dergelijks en een deelnemer uit een ander land krijgt hoogte van de Nederlandse situatie: geen constitutionele toetsing en geen rechtstreeks bestuursrechtelijk beroep tegen algemeen verbindende voorschriften. Grote ogen, onbegrip.¹ Hoe kan dat toch dat een betrekkelijk goed georganiseerd land, een gearriveerde rechtsstaat, het niet toestaat dat een rechter oordeelt over de grondwettigheid, of zelfs maar de rechtmatigheid van algemene regels. Is die Nederlandse wetgever alwetend en onfeilbaar? Hoe zit dat eigenlijk? Tja, ... een lang verhaal.

Een verhaal waar we misschien zelf te weinig en te kort bij stilstaan. Het toetsingsverbod en de niet rechtstreekse beroepbaarheid van algemeen verbindende voorschriften bij de bestuursrechter zijn in wezen loten aan een en dezelfde stam: die van de coalitiedemocratie. In een land waarin – als in geen ander land – coalities op dagelijkse basis moeten handelen en ruilen om tot werkbare compromissen te komen, gaat het niet aan dat de rechter een streep kan zetten door moeizaam tot stand gekomen afspraken, die vaak deel uitmaken van een totaalpakket van uitruil. De huiver om de kern van politieke resultaten aan de rechter voor te leggen zit diep in de Nederlandse politieke traditie en ons rechtstelsel ingebakken. 'Van oudsher bestaat in ons land een zekere ambivalentie in het denken over de verhouding tussen bestuur en rechter',² stelt Van der Hoeven onderkoeld vast.

Die ambivalentie zie je ook terug in de zwalkende ontwikkeling die de Algemene wet bestuursrecht (verder: Awb) op dit punt doormaakte. Eind jaren tachtig van de vorige eeuw ontstaat er in rechtswetenschappelijke kring massa voor het openstellen van rechtstreeks bestuursrechtelijk beroep tegen algemeen verbindende voor-

* Dr. mr. Y.E. Schuurmans is universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht bij de gelijknamige afdeling van de juridische faculteit van de Universiteit Leiden. Prof. dr. W.J.M. Voermans is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.

1 Vgl. het redactioneel van W. Konijnenbelt, *RegelMaat* 1991, p. 121 en 122.

2 J. van der Hoeven, 'Bestuur en rechter', in: *Recht op scherp; beschouwingen over handhaving van publiekrecht aangeboden aan prof. mr. W. Duk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1984, p. 307.

schriften.³ Die bescherming is gewenst omdat er steeds meer bestuurswetgeving tot stand komt, waarbij geen openbaar debat is gevoerd (bijvoorbeeld via de medewerking van een volksvertegenwoordiging) of waarbij geen extern orgaan heeft geadviseerd. Bestuurswetgeving onttrekt zich op deze manier aan iedere vorm van extern toezicht. Bovendien is de scheidslijn tussen beroepbare individuele bestuursbeslissingen en niet direct beroepbare bestuursbeslissingen met een algemene strekking betrekkelijk willekeurig.⁴ Bestuursrecht wordt daarmee zonder een echte inhoudelijke argumentatie rechtsbescherming onthouden tegen een groep bestuursbeslissingen.⁵ De burgerlijke rechter verleent dan wel als restrechter aanvullende rechtsbescherming, maar deze rechtsgang is voor burgers minder toegankelijk dan het bestuursrechtelijke beroep.⁶ De civiele procedure is kostbaarder, de positie van derde-belanghebbenden is minder goed gewaarborgd en de civiele rechter beschikt over een beperkt instrumentarium. De inleiding via dagvaarding maakt het daarnaast ingewikkelder om een zaak aanhangig te maken. Is de zaak eenmaal aanhangig, dan dient de belanghebbende bij een onrechtmatige daadactie ook nog eens onrechtmatigheid, toerekening en causaliteit te stellen en aannemelijk te maken. Kortom: ingewikkeld, kostbaar en omslachtig. Een vloed van principiële (met name rechtssystematische) en praktische argumenten pleit daarom voor de mogelijkheid van rechtstreeks bestuursrechtelijk beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels en verzwelgt veel van de relatief kleinsoortiger, voornamelijk praktische tegenwerpingen, zoals we hierna nog zullen bespreken.⁷ En toch kwam en komt het rechtstreekse beroep er maar niet van. Na een aanvankelijke kleine opening in 1993,⁸ waarbij het er even naar uitzag dat per 1 januari 1999 alsnog de mogelijkheid van bestuursrechtelijk

- 3 De Nederlandse Juristen-Vereniging vergaderde in 1987 over het thema 'Onrechtmatige wetgeving'. Preadviseurs Van Buuren en Polak betoogden aan de hand van jurisprudentie en de groei en dynamiek van bestuurswetgeving dat er veel te zeggen zou zijn om ook tegen wetgeving bestuursrechtelijk beroep open te stellen. De vergadering volgde in overgrote meerderheid hun voorstellen. Zie Verslag van de op 12 juni 1987 gehouden algemene vergadering over: 'Onrechtmatige wetgeving' en 'Is het wenselijk wettelijke maatregelen te treffen tot beperking van de aansprakelijkheid van beoefenaren van vrije beroepen?', *Handelingen 1987 der Nederlandse Juristen-Vereniging*, deel 2. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1988. Een jaar later brak van Male in zijn proefschrift eveneens een lans voor bestuursrechtelijk rechtstreeks beroep tegen bestuursbeslissingen, dit mede op grond van inzichten en argumenten ontleend aan rechtsvergelijking. Zie R.M. van Male, *Rechter en bestuurswetgeving* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1988. Ook A.J. Bok voegde zich in dit koor: A.J. Bok, *Rechterlijke toetsing van regelgeving* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1991.
- 4 Vgl. A.A.J. Munneke, 'De moeilijke grens tussen algemeen verbindende voorschriften en concretiserende besluiten van algemene strekking; een pleidooi voor minder samenhang', *NTB* 2008, p. 11-19.
- 5 Niet alle algemeen verbindende voorschriften kunnen via de weg van het beroepen van een nader uitvoeringsbesluit door de bestuursrechter alsnog – exceptief – worden getoetst.
- 6 Zie J.E.M. Polak, *Burgerlijke rechter of bestuursrechter?* (diss. Amsterdam, UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 128-133.
- 7 Zie o.a. J.E.M. Polak, 'Rechtstreeks beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels bij de bestuursrechter: voorlopig van de baan?', *Trema* 1997, p. 269-272.
- 8 Ten gevolge van het amendement Biesheuvel/Jurgens (*Kamerstukken II* 1992/93, 22495, nr. 19) werd een artikel IVa toegevoegd aan de Wet voltooiing eerste fase herziening rechterlijke organisatie dat – als een soort horizonbepaling – tot gevolg zou hebben dat artikel 8:2 Awb na vijf jaar zou vervallen (i.e. per 1 januari 1999).

beroep tegen algemene regels zou worden geïntroduceerd, trok de regering, om hierna te noemen redenen, in mei 1997 alsnog de stekker uit dit voornemen.⁹

1.1 Inhoud van deze bijdrage

In deze bijdrage willen wij de discussie rond de wenselijkheid van het directe beroep tegen besluiten van algemene strekking opnieuw onder de aandacht brengen, waarbij we oproepen tot heroverweging. Daarbij zullen we niet, psychologiserend noch speculerend, de precieze toedracht proberen te achterhalen waarom het maar niet wil lukken met het rechtstreekse beroep. Niet omdat de Echternachse proces-sie van het bestuursrechtelijke beroep in Nederland niet nog eens goede motie-venstudie zou verdienen, maar simpelweg omdat dat het bestek van de bijdrage te buiten zou gaan. Wat we wel willen doen is de maat nemen na 15 jaar – omstre-den – uitsluiting van het bestuursrechtelijke beroep tegen algemeen verbindende voorschriften, bekijken of de argumenten voor en tegen nog steeds dezelfde zijn en of er wellicht ontwikkelingen zijn geweest die reden vormen om de kwestie in een ander licht te zien.

We zullen daarvoor eerst kijken naar de ontwikkeling die artikel 8:2 Awb heeft doorgemaakt, waarbij het bestuursrechtelijke beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels is uitgesloten (par. 2). Daarna kijken we naar recente ontwikkelingen in Nederland op het gebied van het bestuursprocesrecht en regelgeving (par. 3). Vervolgens wordt de blik gericht op de Europese Unie, omdat met de wijziging van de verdragen het eenvoudiger wordt EU-regels bij het Hof van Justitie aan te vechten via rechtstreeks beroep (par. 4). Daarna kijken we naar ontwikkelingen in de Verenigde Staten. In dat land vormt de juridische normering van regelgeving een van de kernelementen van het bestuursrecht (par. 5). Afslui-tend wordt een nieuwe tussenbalans opgemaakt (par. 6).

Onze bijdrage loopt niet nogmaals een voor een alle voors en tegens na van recht-streeks beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels (kortweg ‘regels’). Dat deden anderen al en we vermoeden dat dat niet veel nieuwe inzichten oplevert. Wat wij proberen na te gaan is of het bewijs, de ondersteuning van de uit-sluiting van rechtstreeks bestuursrechtelijk beroep, ook na vijftien jaar nog steek-houdend is. Dat geeft ons stuk daarmee wellicht een – onbedoeld – essayistisch ka-rakter, hier en daar zelfs het karakter van een pleidooi. Nu is dat karakter eigen aan veel juridisch onderzoek, maar het is misschien toch goed als caveat voor de lezer te melden dat wij onszelf daarvan bewust waren bij het schrijven van het stuk.

2 De zwalkende ontwikkeling van artikel 8:2 Awb

2.1 Introductie uitsluiting rechtstreeks beroep

Artikel 8:2 Awb bepaalt dat geen direct beroep bij de bestuursrechter kan worden ingesteld tegen algemeen verbindende voorschriften (verder avv’s) en beleidsregels.

⁹ Zie de brief van 13 mei 1997 inzake het rechtstreeks beroep tegen algemeen verbindende voor-schriften en beleidsregels bij de bestuursrechter, *Kamerstukken II* 1996/97, 25383, nr. 1.

Deze keuze die in 1992 door de Awb-wetgever werd gemaakt past op het eerste oog goed binnen de Nederlandse politieke en staatsrechtelijke traditie, waarin rechterlijke beoordeling van regels afkomstig van democratisch gelegitimeerde organen al heel lang gevoelig ligt. Ook voor die tijd kenden we in het Nederlandse bestuursprocesrecht geen rechtstreeks beroep tegen regels.

Toch is de uitsluiting van artikel 8:2 Awb van aanvang af omstreden geweest. Het past bijvoorbeeld slecht in de opzet van de Awb. Bij invoering van de Awb werd de bestuursrechtspraak geüniformeerd. Met de koppeling van de rechtsmacht van de bestuursrechter aan het besluitbegrip beoogde men een heldere taakverdeling te bewerkstelligen tussen de civiele rechter en de bestuursrechter. 'Het stelsel van bestuursrechtspraak wordt eenvoudiger, doorzichtiger en beter, indien de administratieve rechter in de regel bevoegd is een aldus gedefinieerd besluit van een bestuursorgaan op zijn rechtmatigheid te toetsen.'¹⁰ Op dat eenheidsstreven maakt artikel 8:2 Awb duidelijk een inbreuk. Directe beroepen ten einde de rechtmatigheid van regels aan de kaak te stellen, kunnen enkel bij de civiele rechter als restrechter worden ingesteld. De bestuursrechter kan zich ook over die rechtmatigheid van regels uitspreken, maar dan enkel over de band van de zogenaamde 'exceptieve toetsing'. Bij de beoordeling van de bestreden beschikking toetst de bestuursrechter dan tevens de verbindendheid van de achterliggende regel. Deze 'dubbele' rechtsmacht past lastig in ons geüniformeerde stelsel.

De wetgever was zich daar destijds ten volle van bewust. De systeembreuk werd indertijd vooral aan de hand van praktische argumenten verdedigd.¹¹ De regering benadrukte dat bij invoering van de Awb de tijd nog niet rijp was voor deze flinke verschuiving in rechtsmacht. De invoering ging gepaard met een grote reorganisatie binnen de rechterlijke macht. Rechters afkomstig uit verschillende bestuursrechtelijke culturen moesten met een nieuwe algemene wet een uniform stelsel van bestuursrechtspraak op poten zetten. Daar moesten inderdaad alle hensen voor aan dek, zoals ook was ingeschat. De organisatie was daarmee niet direct gereed voor ook nog eens een uitbreiding van de rechtsmacht. Bovendien vreesde men voor een aanzuigende werking van de openstelling van direct beroep tegen regels bij de bestuursrechter. De ervaring had geleerd – zo betoogde de regering – dat de burgerlijke rechter in het voorliggende decennium steeds vaker was geadieerd. Het meer laagdrempelige bestuursrechtelijke proces zou waarschijnlijk meer burgers over de streep trekken om de rechtmatigheid van regels te bestrijden. Ook daar was de organisatie niet klaar voor.

De Kamer had wel begrip voor deze praktische beren op de weg, maar wenste uiteindelijk tot een helder uniform systeem te komen, waarbij rechtsbescherming voor de burger centraal staat. Jurgens en Biesheuvel dienden een amendement in, inhoudende dat vijf jaar na de inwerkingtreding van de Awb artikel 8:2 zou komen te vervallen.¹² Blijkt de regering dan alsnog succesvol in het waarzeggen van de toekomst, dan kan altijd nog van schrapping van artikel 8:2 worden afgezien. 'Wij kunnen geen van beiden de toekomst voorspellen. (...) Het voordeel van het amendement is dus dat op degene die dan minister is, een soort omgekeerde bewijslast

¹⁰ PG Awb II, p. 377.

¹¹ PG Awb II, p. 377-380.

¹² Kamerstukken II 1992/93, 22690, nr. 19.

rust.¹³ De motie werd aangenomen. Beroep tegen regels zou per 1 januari 1999 werkelijkheid worden.

Wilde de regering dit automatisme stoppen dan moest de Kamer er voor die datum van worden overtuigd dat rechtsbescherming bij de bestuursrechter tegen regels tóch onwenselijk was. Een echte *cliffhanger*.¹⁴

2.2 De notitie 'Rechtstreeks beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels bij de bestuursrechter' 1997

De regering slaagde er in het tij te keren. In 1997 stuurde de Minister van Justitie een notitie naar de Kamer, waarin het destijds gevoerde debat in de Kamer en het wetenschappelijke debat op een rij wordt gezet.¹⁵ Na opmaak van de balans tussen de argumenten pro en contra, lukt het de regering de Kamers ervan te overtuigen dat artikel 8:2 op een later tijdstip dan 1 januari 1999 zou moeten vervallen. Waarom lagen de kaarten nu ineens zo anders dan vijf jaar voordien? In de notitie worden argumenten voor en tegen nog eens in kaart gebracht langs de lijnen van de rechtsmachtverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter, de veranderende rol van de wetgever en de rechtsvergelijking.

In de discussie over de rechtsmachtverdeling wordt in de notitie het bekende debat gevoerd: het rechtssystematische argument pleit voor direct beroep tegen regels bij de bestuursrechter, die wat expertise betreft meer geschikt is om bestuurs-handelingen te beoordelen. Om dat argument kan eigenlijk niemand heen. Daartegenover worden in de notitie dan weer de praktische bezwaren gesteld: angst voor de aanzuigende werking en overbelasting van de rechterlijke macht. Voorts leidt het directe beroep tot nieuwe lastige vragen in de praktische vormgeving van het procesrecht. Wie zijn belanghebbenden bij algemene regels? Wat als iemand pas jaren na de inwerkingtreding van de regel belanghebbende wordt? Moet de vaste keten van rechtsbescherming worden doorlopen van bezwaar, beroep, hoger beroep? Kan de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in hoger beroep oordelen, als zij ook al heeft geadviseerd bij de totstandkoming van algemeen verbindende voorschriften? Krijgt een regel formele rechtskracht na afloop van de beroepstermijn, waardoor exceptieve toetsing verdwijnt? Zijn met het oog op de rechtszekerheid andere, kortere termijnen nodig als beroepstermijn en rechterlijke beslistermijn? Duidelijk wordt dat invoering van het beroepsrecht tegen regels nadere eisen stelt aan de vormgeving van het bestuursprocesrecht.¹⁶ De prille ervaringen met de Awb leren in een eerste evaluatie dat de bestuursrechters nog alle zeilen moeten bijzetten om met het huidige procesrecht uit de voeten te kunnen. Wederom is volgens de notitie de tijd niet rijp voor stelselwijzigingen.

Naast deze wat conservatieve toon van de notitie valt ook de tobberige inschatting op, van allerlei soorten mogelijke problemen rond de praktische uitwerking van

13 PG Awb II, p. 388.

14 Zie voor een uitgebreide behandeling van het parlementaire debat rond artikel 8:2 Awb paragraaf 2 van de bijdrage van Hans-Martien ten Napel in deze bundel.

15 Kamerstukken II 1996/97, 25383, nr. 1.

16 Zie ook H.G. Lubberdink, *Beroep tegen algemeen verbindende voorschriften*, Preadvies Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1996.

openstelling van het beroepsrecht. De vraag waarom inhoudelijk gezien rechtsbescherming tegen regels bij de bestuursrechter wenselijk zou zijn, komt in veel mindere mate aan bod. De bespreking van de veranderende rol van de wetgever en de rechtsvergelijking met andere landen in de notitie is weliswaar van veel inhoudelijker aard, maar naar omvang véél beperkter. Over de rechtsvergelijking waarover de notitie rapporteert valt niet veel meer te zeggen dan dat uit een landenstudie blijkt dat Nederland een uitzonderingspositie inneemt. In veel andere Europese landen is het mogelijk tegen regels beroep in te stellen bij de bestuursrechter.¹⁷ In welke mate de verwachte hindernissen in die rechtsstelsels ook daadwerkelijk tot problemen leiden, wordt in de notitie evenwel niet duidelijk.

De notitie stelt weinig vertrouwen in een rechter die corrigerend op kan treden ten opzichte van regelende, maar niet democratisch gelegitimeerde bestuursorganen. In het compenseren van democratische leemte met rechterlijke controle achteraf ziet de notitie niet veel. Wie de moeizame totstandkoming van algemene bestuursrechtspraak kent, de invloedrijke stukken van Struycken en het gevoelige debat rond marginale toetsing, zal het weinig verbazen dat deze argumenten pro toetsing langjarig slecht wortel schieten in de Nederlandse bestuursrechtelijke cultuur. De angst dat de rechter op de stoel van het bestuur of de wetgever gaat zitten, kleurt al lang onze bestuursrechtspraak. Het bestuur heeft veel beleidsvrijheid nodig om efficiënt de bestuurlijke taak te kunnen verrichten. Onzekerheid over de geldigheid van regelgeving kan voorts de slagkracht van het bestuur belemmeren, zo majoreert ook de notitie op dit punt.

Uit de slotoverwegingen van de regering blijkt dat deze trias politica argumenten zwaar wegen. Daarbij speelt dat juist in die periode de juridiseringsdiscussie hoogtij vierde. Vanuit het bestuur kwam een luide roep dat de bestuursrechter onder de Awb zich (te) intensief met de besluitvorming bemoeide en dat de bestuurlijke taak door een overvloed aan juridische regels ernstig werd belemmerd.¹⁸ 'Gevreesd wordt dat hiermee [de openstelling van direct beroep tegen regels] de juridisering juist zou worden versterkt, omdat het risico van uitholling van de politieke democratie groter zou worden waar avv's bij uitstek de weerslag vormen van politieke afwegingen.'¹⁹ In die tijdsgeest viel de angst voor 'de aanzuigende werking' van het directe beroep in vruchtbare bodem.

In 1997 was voorts nog zo weinig ervaring met de Awb opgedaan, dat het 'de tijd is niet rijp'-argument nog steeds op ging. 'Mede gelet op het feit dat – zoals uit de evaluatie van de Awb blijkt – er nog sprake is van een gewenningssituatie aan de Awb en het nieuwe bestuursprocesrecht, niet alleen bij bestuursorganen, maar ook bij de rechter, is effectuering van het amendement naar het oordeel van het kabinet op dit moment in ieder geval niet verstandig.'²⁰ Uit de notitie valt ook op dat men nog volop bezig is met het eenheidsstreven in het bestuursrecht. Waar men de praktische knelpunten in kaart brengt, gaat men sterk uit van het thans geldende stelsel en wordt afwijking al snel onwenselijk bevonden (bijvoorbeeld bij

17 *Kamerstukken II* 1996/97, 25383, nr. 1, par. 2.2 en de bijlage.

18 *Bestuur in geding*, Rapport van de werkgroep inzake terugdringing van de juridisering van het openbaar bestuur (Van Kemenade), Haarlem 2007.

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

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

de verplichte bezwaarfase of bij de gewenste beroepstermijn). In die periode wordt weinig los gedacht van het toentertijd geldende systeem. Het verbaast dan ook nauwelijks dat onder die omstandigheden al snel de conclusie wordt getrokken dat het beschikkingenprocesrecht minder geschikt is voor een toekomstig avv-procesrecht.

2.3 Evaluatiecommissie Algemene wet bestuursrecht

Uitstel, afstel? De voorgestelde automatische vervallenverklaring van artikel 8:2 Awb leek in Den Haag na het aanvankelijke enthousiasme in 1992 weinig populair. De Minister van Justitie gaf zelfs persoonlijk te kennen liever een geheel afstel van de invoering van rechtstreeks beroep voor te staan.²¹ Zover kwam het echter niet. Nog een keer kwam de uitsluiting van de rechtstreekse beroepbaarheid van regels aan de orde. In het kader van de tweede evaluatie van de Awb werd – naar aanleiding van de onderzoeksresultaten uit verschillende deelevaluatierapporten – wederom aandacht gevraagd voor het beperkte beroepsrecht. De Evaluatiecommissie, onder leiding van Boukema, constateerde dat de argumenten vóór en tegen beroep tegen regels uitvoerig zijn geïnventariseerd. ‘Het komt nu aan op een weging van de argumenten,’ aldus de Evaluatiecommissie. Het kabinet deelde deze opvatting en maakte van de gelegenheid gebruik om een standpunt over dit onderwerp in te nemen. Veel nieuws leverde dat niet op. Het kabinet verwachtte allereerst, in lijn met de opstelling in de notitie van 1997, een doorbreking van het evenwicht tussen bestuur en rechter als de mogelijkheden voor de rechter om regelgeving te toetsen worden verruimd. De controle op deze regelgeving dient in de eerste plaats toe te komen aan vertegenwoordigende lichamen als de Staten-Generaal, provinciale staten of de gemeenteraad. Ten tweede verwachtte het kabinet dat de voortgang van het bestuurshandelen wordt belemmerd door onzekerheid over de daadwerkelijke inwerkingtreding van de algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels. Ten derde wijst het kabinet – wederom – op de te verwachten toename van het aantal beroepen bij de rechter, in een tijd waarin de bestuursrechter toch al overbelast is.²² Vijftien jaren lang hetzelfde liedje. Zijn er redenen om thans de genoemde argumenten anders te wegen?

3 Recente ontwikkelingen

3.1 Herbezinning?

In de vorige paragraaf hebben we ons tussen de regels door al een beetje bekend. Wij vinden dat er reden is de categorische uitsluiting van het bestuursrechtelijke beroep tegen regels te heroverwegen. Niet alleen omdat wij de argumenten die er destijds voor zijn aangevoerd weinig valide achten (waarover zodadelijk meer), maar ook omdat er in de laatste vijftien jaar relevante ontwikkelingen zijn geweest die de uitsluiting minder houdbaar maken.

21 *Kamerstukken II* 1996/97, 25383, nr. 2, p. 10 en 17.

22 *Kamerstukken II* 2003/04, 29279, nr. 16, p. 13.

Zo is er reden tot heroverweging van het argument dat de uitsluiting van rechtstreeks beroep tegen regels goed past bij onze politieke en staatsrechtelijke traditie, die veel vertrouwen stelt in het beoordelingsvermogen van de democratisch gelegitimeerde wetgever. Die traditie is geen statisch gegeven. Ten eerste al omdat we niet langer het soort coalitiedemocratie zijn, zoals we lang geleden waren: een tot op zekere hoogte politiek gepolariseerde, verzuilde samenleving. Met het wegvallen van de zuilen worden we een steeds 'normalere' democratie, waarbij meerderheden elkaar afwisselen en beleid maken, zonder dat dat over de jaren – vanwege onoverbrugbare tegenstellingen – tot langdurige politieke verlamming leidt, zoals dat het geval was bijvoorbeeld in aanloop op 1917. Dat heeft ook gevolgen voor fenomenen die sterk zijn verbonden met de verzuilde coalitiedemocratie: toetsingsverbod en een rechter die maar mondjesmaat wordt toegestaan wettelijke regels te toetsen.

Dat verklaart naar onze overtuiging ook waarom de laatste jaren de argumentatie voor het behoud van het staatsrechtelijke toetsingsverbod en de uitsluiting van bestuursrechtelijk beroep tegen regels minder overtuigend is geworden. De mogelijkheid van toetsing van wetgeving in formele zin aan allerlei voorschriften uit verdragen, die sterke gelijkenis vertonen met grondwettelijke voorschriften waaraan niet mag worden getoetst, knaagt aan de argumentatie voor het toetsingsverbod en aan de daarmee nauw verbonden niet-beroepbaarheid van regels. Het in eerste lezing aangenomen voorstel Halsema,²³ waarin grondwettelijke toetsing van wetten beperkt wordt toegestaan, getuigt van dat afkalven. Tel daarbij op dat de Nederlandse bestuursrechter door het toetsingsverbod kopschuw lijkt te zijn geworden – ten gevolge van een institutionele opvatting van artikel 120 Grondwet²⁴ – om ook bepaalde vormen van uitvoering van formele wetgeving te toetsen, dan blijft er nog minder reden over tot tevredenheid over het functioneren van dat toetsingsverbod en de daarmee nauw verbonden uitsluiting van rechtstreeks

23 Initiatiefvoorstel-Halsema 'Constitutionele toetsing door de rechter', *Kamerstukken I en II* 28331, nrs. 1 en 2.

24 Zie W.J.M. Voermans, 'De bestuursrechter en artikel 120 Grondwet', *JB-plus* 2003, p. 142-151. Naar ons oordeel gaat Schutgens (*Onrechtmatige wetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009) ten onrechte voorbij aan de institutionele opvatting van artikel 120 Grondwet zoals die duidelijk uit de jurisprudentie blijkt en komt zo tot een veel te positieve duiding van de huidige werking van het toetsingsverbod. Schutgens meent dat de rechter wetgeving in formele zin best kan toetsen daar waar het omstandigheden betreft die de wetgever niet heeft verdisconteerd. Hij ziet daarbij over het hoofd dat de rechter, ook bij de vraag wat de wetgever wel en niet heeft meegenomen, in zijn afweging zich al snel een oordeel moet aanmatigen of de wetgever wel of niet bepaalde omstandigheden of belangen mee had moeten nemen. Verder laat de recente rechtsontwikkeling zien dat de bestuursrechter vaak zelfs geen ruimte ziet voor een allerminhaalste marginale beoordeling (dus ook de vraag wat wel en niet is meegenomen) van wetgeving in formele zin. Uit recente – door Schutgens buiten zijn onderzoek gehouden – jurisprudentie blijkt dat de bestuursrechter een institutionele opvatting ten aanzien van artikel 120 Grondwet huldigt. De rechter ziet artikel 120 Grondwet als norm die – heel in het algemeen – zijn constitutionele positie ten opzichte van de wetgever bepaalt. Zie o.a. de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 10 juli 2002, *JB* 2002/270 m.nt. AHW en die van 24 juli 2002, *JB* 2002/272 m.nt. LV. en ook A.E. Alkema, 'Gedifferentieerde rechtsvinding door de rechter in veranderende staatkundige verhoudingen', *NJB* 2000, p. 1053-1058. Die institutionele opvatting zorgt ervoor dat de rechter zich nog minder vrij voelt wetgevingscomplexen te toetsen dan de letter van artikel 120 Grondwet verbiedt.

beroep tegen regels. Immers, als we de rechter toe gaan staan wetten te toetsen, waarom kan dat dan niet via een rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter, maar alleen via een omslachtige onrechtmatige daadactie bij de burgerlijke rechter? En waarom zou de bestuursrechter bestuurswetgeving – die meestal gelaagd is – niet als complex kunnen toetsen?

Verder moet het – wellicht terechte – vertrouwen in het corrigerend vermogen van een democratisch gelegitimeerde wetgever, en het rechterlijke respect dat dat verdient, niet worden verhaspeld met het vertrouwen dat we kunnen stellen in niet democratisch gelegitimeerde bestuursorganen die regels stellen. Volksvertegenwoordigingen zijn niet in staat om regelende bestuursorganen afdoende te controleren, zo blijkt steeds weer. Gemeenteraden, provinciale staten, noch de Staten-Generaal komen eraan toe – als er niet iets bijzonders zoals een voorhang-procedure is geregeld – om in delegatie vastgestelde uitvoeringsbesluiten van besturen na te lopen. Ze ontberen de tijd, de expertise en het gevoel van urgentie. Aan het bekijken van beleidsregels komen volksvertegenwoordigingen al helemaal niet toe. Rechterlijke controle en correctie van het regelend optreden van het bestuur is zeer gewenst. Nu bestaat er een controlevacuüm. Regelgeving is – aan de andere kant – ook steeds meer een integraal onderdeel van de taak van het bestuur gaan vormen en kan steeds minder als een echte daad van wetgeving worden gezien.²⁵ Er is daarom minder reden om regelend optreden van het bestuur als wetgeving te behandelen. Dat ontkracht ook grotendeels de aan de trias politica ontleende argumenten die de regering in 1997 bezigde om de uitsluiting van het rechtstreeks beroep in de Awb te handhaven.

Ook het meer praktische argument dat bestuur noch rechter gereed is voor rechtstreeks beroep gaat inmiddels steeds minder op. De Awb is inmiddels een meer rustig bezit, de geluiden over de juridisering van het openbaar bestuur lijken verstomd, dan wel van karakter veranderd (nu spreken we over een té regelzuchtige overheid), en de vrees voor een aanzuigende werking van het beroep is al even ongewis en van de koudwatersoort als die dat was midden jaren negentig.²⁶ Het is maar de vraag hoe je het moet lezen, maar een korte rondgang langs de databank rechtspraak.nl (LJN) leert dat in de Nederlandse rechtspraak de verbindendheid van regels maar weinig aan de orde wordt gesteld. Van de 157.459 uitspraken, vonnissen en arresten die sinds december 1999 zijn gepubliceerd op rechtspraak.nl komt in 5641 keer de mogelijke onverbindendheid van een regeling aan de orde.²⁷ Dat lijkt neer te komen op 3% van het totaal, maar daar past wel een belangrijke kanttekening bij. De berekening is in die zin erg ‘over de duim’ nu de gegevens niet zijn ontdubbeld. Het kan dus best zijn dat in één uitspraak zowel wordt gesproken over de onverbindendheid van de regeling (hier werd op gezocht) en de onverbin-

25 Zie o.a. Van Male 1988 en P.J.J. van Buuren, *Onrechtmatige wetgeving*, Preadvies voor de Nederlandse Juristen-Vereniging, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987.

26 Zie hierover ook P. Eijlander, ‘De discussie over het beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels’, *NTB* 1999, p. 143-149.

27 In 1381 gevallen de onverbindendheid (gezocht als verbindend*) van een ‘regeling’, in 888 die van een ‘verordening’, in 706 gevallen die van een ‘wettelijk voorschrift’, in 667 gevallen die van een ‘algemeen verbindend voorschrift’, in 1999 gevallen die van een ‘wet’. Met dank aan de buitengewoon behulpzame helpdesk Bistro die rechtspraak.nl mede beheert. Binnen een uur antwoord.

dendheid van de wet. In onze berekening geeft dat echter twee scores. Verder is alleen gekeken naar het voorkomen van de term 'onverbindend' en equivalenten. De vraag of de onverbindendheid ook is vastgesteld, is niet onder ogen gezien. Hoe je deze gegevens moet lezen en waarderen blijft natuurlijk een apart vers. Wordt er zo weinig werk gemaakt van bezwaren tegen regels *vanwege*, dankzij of *ondanks* de uitsluiting van de beroepbaarheid? En ten tweede: kunnen we er voorspellende waarde aan hechten? Wordt Nederland juist door de openstelling van het beroep tegen regels wakker gekust? Dat is niet duidelijk, hoewel... Een ding is wel duidelijk. Ook als we de mogelijkheid van rechtstreeks beroep tegen regels openstellen, zal het voor burgers vaak nog steeds efficiënter en goedkoper zijn om een exceptief beroep in te stellen tegen regels. Het zal lang niet altijd zoveel zin hebben om apart beroep in te stellen tegen een avv en daarna nog eens in een aparte procedure het gelijk proberen binnen te halen over de uitvoeringsbeslissing.²⁸ Naar alle verwachting zullen belangengroeperingen een beperkt gebruik gaan maken van bestuursrechtelijk beroep tegen regels, zoals ze dat nu al wel eens doen bij de burgerlijke rechter. Dat kan wellicht hinderlijk zijn en een korte periode van rechtsonzekerheid veroorzaken aan de ene kant,²⁹ aan de andere kant voorkomen dergelijke acties wellicht juist een reeks bezwaren en beroepen tegen de uitvoeringsbesluiten.

Wat er ook van deze argumenten zij, we moeten in ieder geval over de afgelopen periode van 15 jaar vaststellen dat het debat over de uitsluiting van artikel 8:2 in wezen verrommeld is geraakt. De kabinetsnotitie uit 1997 bestreed principiële argumentaties met enkele praktische argumenten met slechts een tijdelijke geldigheid. Het kabinetsstandpunt uit 2002 deed daaraan niets toe of af. Slechts een enkeling stelde dat standpunt uit 1997 onder kritiek³⁰ waarna in wezen een periode van oorverdovende stilte volgde.

3.2 Ontwikkelingen in het bestuurs(proces)recht

Ruim 15 jaar ervaring met de toepassing van de Awb heeft tot een geüniformeerd systeem van bestuursrechtspraak geleid. Waar in het begin nog de lijnen voor omvang en intensiteit van de rechterlijke toetsing moesten worden uitgezet, is inmiddels een werkelijk stelsel ontstaan. Aanvankelijk vrij sterke smaakverschillen tussen de verschillende appelcolleges, zijn goeddeels weggewerkt.³¹ Wie bestuursorgaan en belanghebbende is, is in de grote meerderheid van de gevallen duidelijk, evenals het antwoord op de vraag of een beslissing een besluit is. Wat betreft de kernbepalingen van de Awb is het bestuurs(proces)recht geüniformeerd en in rus-

28 Dat heeft bijvoorbeeld wel zin als de regel tot forse investeringen dwingt en de bestuurde de rechtmatigheid van de regel betwist.

29 In de conclusie bespreken we een voorstel tot bestuursrechtelijke beroepbaarheid van regels waarin het bezwaar van de rechtsonzekerheid gedeeltelijk wordt weggenomen, door slechts gedurende een korte periode beroep open te stellen.

30 O.a. Eijlander 1999, Polak 1997, en D. Allewijn, 'Artikel 8:2 Awb: een voorlopig blijvende uitzondering', *NJB* 1998, p. 787-788.

31 Vgl. de bijdrage in deze bundel van B.J. van Ettehoven.

tiger vaarwater terechtgekomen.³² 'De tijd is niet rijp' vormt niet langer een daadkrachtig argument. Daarmee ontkennen we niet dat er nog volop dynamiek zit in het bestuursrecht. De bestuursrechter zoekt naar een betere en snellere dossierafhandeling en naar mogelijkheden om het geschil definitief te beslechten. Maar zal die dynamiek eindigen? Blijven veranderende maatschappelijke ontwikkelingen en veranderende inzichten niet altijd aanpassingen aan het systeem vergen? Naar ons oordeel staat het stelsel van bestuursrechtspraak thans zo stevig op zijn fundering, dat ruimte bestaat voor een verschuiving in de rechtsmacht.

Voorts is het streven naar uniformiteit in rangorde verschoven. Werd zij lang als hoogste wens gekoesterd, inmiddels gaan stemmen op om enige differentiatie in het systeem aan te brengen.³³ De eenheidsworst van het beschikkingenprocesrecht doet niet aan alle materiële rechtsvragen evenveel recht.³⁴ Dat geeft, anders dan in de kabinetsnota van 1997, ruimte om buiten het huidige stelsel te denken. Over sommige praktische kanttekeningen bij een uniforme beslistermijn en rechtsgang kan worden heengestapt: gewoon het avv-procesrecht wat anders regelen dan het beschikkingenprocesrecht.

Met deze praktische foefjes wordt natuurlijk niet de echte weerzin weggenomen die bestond tegen het beroepsrecht voor regels. Die weerzin lag voornamelijk in de lastige relatie tussen rechter en bestuur. Bestaan er anno 2010 redenen om daar anders tegenaan te kijken? Wij neigen ernaar die vraag bevestigend te beantwoorden. De regelmatig uitgesproken angst dat de bestuursrechter onder de Awb op de stoel van het bestuur gaat zitten, is irreëel gebleken. 'Bestuursrechters houden zich zeer strikt aan de regel dat zij door het gebruik van de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien of de rechtsgevolgen in stand te laten de bestuurlijke keuzevrijheid niet mogen doorkruisen', zo wordt in de derde evaluatie van de Awb geconcludeerd.³⁵ In de bekende zaak *Praxis en Maxis* heeft de Afdeling geen misverstand laten bestaan: met de invoering van artikel 3:4 lid 2 Awb is niet beoogd de rechter intensiever te laten toetsen dan onder de oude Wet Arob en daar houdt de Afdeling flink toezicht op.³⁶ De rechter heeft zoveel respect voor de bestuurlijke discretie getoond, dat onder maatschappelijke druk de bestuursrechter de laatste tijd wordt aangespoord wat meer actief te zijn en het geschil finaal te beslechten.

Rechtstreeks bestuursrechtelijk beroep voegt mogelijk een dimensie toe aan bestuursrechtspraak. De bestuursrechter is al gespecialiseerd in het beoordelen van bestuurlijke besluitvorming. Via het rechtstreekse beroep tegen regels kan hij een soort stofzuigerwerking ten opzichte van uitvoeringsbeslissingen bewerkstelligen, omdat met een beoordeling van de onderliggende regel beroepen tegen uitvoeringsbeslissingen kunnen worden voorkomen. Verder is de bestuursrechter ook steeds beter in staat de schadeaspecten ten gevolge van onverbindend geachte

32 J.E.M. Polak, 'Vijftien jaar geschillenbeslechting onder de Algemene wet bestuursrecht', *Trema* 2009, p. 378-383.

33 E.J. Daalder, '10 jaar Awb en bestuur: over teveel eenheid en onvoorspelbaarheid', *NTB* 2004, p. 169-171; W. Konijnenbelt, 'Jozefs rok?', *NTB* 2003, p. 1-4; Polak 2009, p. 379.

34 Denk bijvoorbeeld aan discussies rond de geschiktheid van het algemene bestuursprocesrecht voor het beoordelen van punitieve besluiten.

35 B.J. Schueler e.a., *Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 116.

36 ABRvS 9 mei 1996, *AB* 1997, 93.

regels, of niet toepasbare regels, te beoordelen. Hij heeft door zijn vernietigingsbevoegdheid een breder instrumentarium tot zijn beschikking en hij heeft zich de afgelopen jaren meer als schaderechter gespecialiseerd. Rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter maakt afdoening in een hand mogelijk, wat kan leiden tot een snelle behandeling van alle aspecten van een zaak.

Huiver voor een te gouvernementele houding van de bestuursrechter en een daarmee samenhangend groot vertrouwen in de burgerlijke rechter lijkt ons niet terecht. De burgerlijke rechter lijkt niet systematisch indringender of beter te toetsen en lijkt niet strenger of milder voor regelgevers dan de bestuursrechter, voor zover wij kunnen overzien. Het relevante verschil tussen de beide rechters is voornamelijk gelegen in het procesrechtelijke instrumentarium, niet in de houding.

Andersom hoeft ook niet direct voor een overenthousiaste bestuursrechter te worden gevreesd. Vanuit wetenschappelijke bestuursrechtelijke hoek zijn in het laatste decennium vrijwel geen geluiden vernomen dat de bestuursrechter zich te actief met besluiten is gaan bemoeien. De kritiek is veeleer andersom gericht geweest: de bestuursrechter is (te) passief, blijft (te vaak) steken bij een formele vernietiging en slaagt er (te) weinig in het geschil daadwerkelijk voor de burger op te lossen.³⁷ Die kritiek is gevaarlijk, omdat zij kan leiden tot een zeker cynisme over het bestuurs(proces)recht en de effectiviteit van individuele rechtsbescherming. Dat betekent niet dat die kritiek niet mag worden geuit; wél dat als meerdere professionals zorgen uiten, de wetgever diep over de gegrondheid van de kritiek na zou moeten denken. Door invoering van een bestuurlijke lus en doortastende rechters zal het geschil vaker tot een einde kunnen worden gebracht. Stofzuigerwerking van rechtstreeks beroep tegen regels kan het bestuursrecht mogelijk nog effectiever maken.

Hier past nog wel een vraag. Lossen die processuele constructies tot versnelling van de bestuursrechtelijke procedure (lus en effectieve geschilbeslechting) ook de inhoudelijke bezwaren van de burger op? Ons stelsel van bestuursprocesrecht is sterk gericht op individuele geschilbeslechting. De toepassing van de algemene regel in het concrete geval staat daarbij centraal. Maar daar ligt voor de burger niet altijd de kern van zijn bestuursrechtelijke geschil. Richten bezwaren zich tegen keuzes neergelegd in het wettelijk voorschrift of het beleid, dan zijn de kansen dat zijn bezwaren slagen bijzonder beperkt. Kritiek op het geringe probleemoplossende vermogen van de bestuursrechtspraak is niet enkel gelegen in het systeem van vernietigen en opnieuw voorzien. Het geringe probleemoplossende vermogen ligt er ook in dat sommige problemen – die met de algemene regel – lastig in het proces een plaats vinden. De abstracte toetsing van wettelijke regels en beleid is weinig van de grond gekomen en leidt nauwelijks tot een rechterlijke kanttekening.³⁸ In ons rechtsstelsel wordt de totstandkoming van regels weinig beheerst door juridische normen.

37 Zie o.a. L.J.A. Damen, 'Is de burger beter af onder het bestuursrecht van 2004 dan onder dat van 1993?', *NTB* 2004, p. 155-162; A.Q.C. Tak, 'Het bestuursprocesrecht in de mechanische mierenmaatschappij', *AA* 2005, p. 564-571 en zijn 'Balans', in: *Het Nederlands bestuursprocesrecht in theorie en praktijk* (deel 2), Nijmegen: Wolf Legal publishers 2008, p. 1899-1917.

38 Zie noot 25 en bijv. A.P. Klap en B.K. Olivier, 'Beleidsregels', *NJB* 1998, p. 772-779.

3.3 Ontwikkelingen in regelgeving

Ook uit een oogpunt van de ontwikkelingen in Nederlandse regelgeving bestaat aanleiding om uitsluiting van beroep tegen regels te heroverwegen. De afgelopen vijftien jaar hebben een doorzetting van de trend laten zien waarbij het bestuur per regeling bestuurt. Er zijn in absolute zin – in ieder geval tot aan 2004 – meer regels gekomen, die meer dan ooit door het bestuur in delegatie worden vastgesteld. Controle daarop door vooraf meekijkende volksvertegenwoordigers of verplichte consultatie vooraf neemt eerder af dan toe. Waar het bijvoorbeeld steeds gebruikelijker wordt wetsvoorstellen te onderwerpen aan een *ex ante* evaluatie (wat moderner: een *impact assessment*), doen we dat niet steeds bij gedelegeerde regelgeving of regels die in medebewind worden vastgesteld door decentrale overheden. *Impact assessments* bij beleidsregels kennen we niet, al zullen ze misschien een hoogst enkele keer voorkomen. Nu zou je vol kunnen houden dat zo lang er maar een gedegen toets op de basis (de wet) heeft plaatsgevonden, dat voor de uitvoeringsregelingen minder dringend is. Die redenering klopt echter alleen indien het werkelijk zo was dat besturen in Nederland in delegatie tot een soort mechanische detaillering worden geroepen van de normen die de parlementaire wetgever maakt, maar dat is in de praktijk niet zo. De belangrijkste inhoudelijke keuzen in een regelingscomplex worden tegenwoordig meestal gemaakt door de gedelegeerde regelgever (meestal het bestuur).³⁹ Wie niet overtuigd is leze de uitvoeringsregelingen bij de Wet milieubeheer, de Wegenverkeerswet, de Wet ruimtelijke ordening, de Arbeidsomstandighedenwet 1998, de Woningwet, de Vreemdelingenwet, etc. Wetten krijgen steeds meer een raamwerkarakter waarna het aan het bestuur is overgelaten de nadere keuzes te maken, met een theoretische vorm van controle achteraf via de werking van de politieke verantwoordelijkheid die voor bestuurshandelen geldt. Van Buuren heeft in 1987 al gewezen op het steeds beleidsmatiger karakter van regelgeving.⁴⁰

Besturen per regeling is, meer dan 15 jaar geleden misschien, controversiëler geworden. Ten eerste is er meer aandacht gekomen voor de gevolgen en druk die – met name – bestuurlijke wetgeving teweeg brengt. De laatste twee kabinetten Balkenende hebben de vermindering van lasten ten gevolge van regels tot een centraal punt in het kabinetsprogramma gemaakt. In de eigen analyse geeft de regering in feite toe dat er de afgelopen jaren ook wel regels zijn vastgesteld die onwenselijke neveneffecten hebben en voor lasten zorgen.^{41 42} Een andere wijze van voorbereiding had dat kunnen voorkomen. Zo'n zelfbekentenis trekt een wissel op de uitsluiting van beroep tegen regels. Defecten in regelgeving kunnen via vormen

39 Vgl. H.A. van den Berg, 'Toetsing van bestuurswetgeving door de administratieve rechter', *NJB* 1992, p. 1233-1238, die toen al compensatie voor vage en vergaande delegatie van regelgevende bevoegdheid als de grote meerwaarde van direct beroep tegen regels zag.

40 Van Buuren 1987, p. 12 en 13. Ook Eijlander 1999 noemt dit argument op p. 147 van zijn bijdrage.

41 Zie uit de vele voorbeelden onder andere paragraaf IV van het regeerakkoord van het kabinet Balkenende IV 'Samen werken, samen leven' van 2007.

42 Zie over de voortgang van het project vermindering regeldruk de website van het Ministerie van Justitie <http://www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/vermindering-regeldruk/>, laatst geraadpleegd op 4 januari 2010.

van rechtstreekse beroepbaarheid van algemene regels worden voorkomen, zelfs al is dat dan misschien niet het primaire motief om ze beroepbaar te maken.

In de omgekeerde richting probeert het bestuur de laatste jaren haast geïrriteerd, zo lijkt het, door de juridische obstakels die het ervaart, beleid door te drukken via algemene aan bijzondere regels derogerende wetten. De recente Crisis- en herstelwet⁴³ vormt een, maar zeker niet het enige,⁴⁴ voorbeeld van bestuurlijk doorpakken per wet. Uitsluiting van beroep tegen regels voedt daarmee wellicht, onbedoeld, een bepaalde vorm van bestuurlijke kippendrift waarin het recht als eender welke onnodige hindernis voor een daadkrachtig bestuur wordt ervaren. En dat is niet goed.

Verder valt ook te wijzen op de trend waarbij in de laatste jaren vergunningenstelsels worden ingeruild voor stelsels van algemene regels.⁴⁵ Naast zegeningen voor burgers en bedrijven, die zich niet meer hoeven te bekreunen over vergunning-aanvragen en afhandeling, zijn er ook voor het bestuur zonnige kanten. Door een vergunningenstelsel in te ruilen voor algemene regels wordt burgers en bedrijven wel de pas afgesneden naar de laagdrempelige bestuursrechter in geval die problemen met die regels zouden hebben.

4 Beroepbaarheid in de Europese Unie: de veranderingen onder het verdrag van Lissabon

Van verschillende kanten is er al op gewezen dat Nederland met de uitsluiting van beroep tegen regels uit de pas loopt bij andere lidstaten in de EU. Dat kun je op verschillende manieren duiden overigens. Nederland heeft zijn eigen problematiek en context en dat zie je terug in de eigenheid van ons stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Een voorbeeld uit een ander rechtstelsel dwingt niet als vanzelf tot Nederlandse navolging. Wat echter wel een relevante ontwikkeling betreft, is de wijziging die het Verdrag van Lissabon aanbrengt in de rechtsmacht van het Hof van Justitie. Dat verdrag brengt een verandering in de beroepbaarheid van algemeen verbindende voorschriften van Europese herkomst die – volgens ons – ook betekenis heeft voor de Nederlandse situatie. Het Verdrag van Lissabon wijzigt

43 Het persbericht van juli 2009 vereenzelvigd het wetsvoorstel met de dadendrang van de regering. 'Kabinet stelt Crisis- en herstelwet vast' zo luidt de kop. Zie http://www.regering.nl/Actueel/Persberichten_ministerraad/2009/juli/03/Kabinet_stelt_Crisis_en_herstelwet_vast. Zover was het toen natuurlijk nog niet. De regering deed niet meer dan het voorstel om die wet samen met het parlement vast te stellen. Laten we het maar houden op een Freudiaanse verschrijving. Het echte wetsvoorstel Regels met betrekking tot versnelde ontwikkeling en verwezenlijking van ruimtelijke en infrastructurele projecten (Crisis- en herstelwet, *Kamerstukken* 32127) wachtte ten tijde van het bezorgen van dit artikel (januari 2010) nog op behandeling in de Eerste Kamer.

44 Zie bijvoorbeeld de Wet tot wijziging van de Spoedwet wegverbreding en de Tracéwet in verband met de vereenvoudiging van de onderzoekslast (Wet versnelling besluitvorming wegprojecten). Deze wet vervangt het zo geplaagde wetsvoorstel van 2 juni 2003, houdende regels ter bespoediging en vereenvoudiging van procedures met het oog op het zo spoedig mogelijk vergroten van de capaciteit van een aantal hoofdwegen door middel van een betere benutting en verbreding van die wegen (Spoedwet wegverbreding).

45 Zie *Voortgangsrapportage Regeldruk Bedrijven*, november 2009. Den Haag: Regiegroep Regeldruk. http://www.ez.nl/pv_obj_cache/pv_obj_id_571704DFE758B96C1E7324FB6537692B5E900500.

namelijk het oude artikel 230 EG-Verdrag door er een nieuw vierde alinea aan toe te voegen. In de nieuwe nummering wordt dat de vierde alinea van artikel 263 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU, het oude EG-Verdrag). Dat luidt voortaan als volgt:

‘Iedere natuurlijke of rechtspersoon kan onder de in de eerste en tweede alinea vastgestelde voorwaarden beroep instellen tegen handelingen die tot hem gericht zijn of die hem rechtstreeks en individueel raken, alsmede tegen *regelgevingshandelingen* die hem rechtstreeks raken en die geen uitvoeringsmaatregelen⁴⁶ met zich meebrengen.’

Het cursief is van ons. Rechtstreeks beroep dus tegen regelgevingshandelingen. Nu is dit vierde lid wel een wat raadselachtige bepaling omdat nog niet geheel en al duidelijk is wat nu precies een ‘regelgevingshandeling’ is. De term past namelijk niet in de systematiek van de artikelen 289 tot en met 291 van het VWEU, die spreken van wetgevingshandelingen en niet-wetgevingshandelingen. Is hier sprake van een bewust aangebracht verschil in terminologie en heeft dat ook gevolgen? Barents houdt het er op dat met regelgevingshandelingen alleen gedelegeerde richtlijnen en verordeningen worden bestreken, zoals die – ook straks nog ongetwijfeld in comitologie – door de Commissie kunnen worden vastgesteld.⁴⁷ Anderen zijn daar, met de bijzondere totstandkomingsgeschiedenis van het voorschrift in het achterhoofd, wat voorzichtiger over.⁴⁸ het zou zo maar kunnen zijn dat met regelgevingshandeling zowel de wetgevingshandelingen als de niet-wetgevingshandelingen worden aangeduid.

Het bijzondere aan de nieuwe alinea is dat aan een ieder met niet meer dan een ‘rechtstreeks belang’ een recht van beroep wordt gegeven tegen regelgevingshandelingen. Daarmee wordt de deur naar beroepbaarheid van regelingen (daar mag je ook best – met Nederlandse bril beschouwend – algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels onder verstaan) bij het Hof van Justitie ver opengezwaaid. Wat heeft dat nu te betekenen voor het Nederlandse bestuursrecht? Nu wel, ten eerste dat we nog verder dan voorheen uit de pas lopen met de blokkade van artikel 8:2 Awb, maar ook dat er straks regels zijn die wel beroepbaar zijn onder het EU-recht, maar niet onder het nationale recht. Denk bijvoorbeeld aan een richtlijn die in Nederland een-op-een is geïmplementeerd in een algemene maatregel van bestuur, of een gedelegeerde EU-verordening. Niet beroepbaar in Nederland, wel op EU-niveau. De vraag is wat het Hof van Justitie daarvan gaat vinden.

46 We laten de bespreking van ‘uitvoeringsmaatregelen’ even achterwege in het verdere verloop van deze bijdrage. Besluiten die uitvoeringsmaatregelen behoeven zijn in de ogen van de verdragswetgever nog niet rijp voor beroep. Bij uitvoeringsmaatregelen moet je denken aan maatregelen die nog moeten worden genomen om een richtlijn waarvan de omzettingstermijn nog niet is verstreken, om te zetten. Zijn die maatregelen nog niet genomen dan kan de rechter in beroep de richtlijn nog niet beoordelen omdat die in wezen nog ‘onvollendet’ is.

47 Zie R. Barents, *Het Verdrag van Lissabon. Achtergronden en commentaar*, Deventer: Kluwer 2008, p. 508.

48 C. Koch, ‘Locus standi of private applicants under the EU Constitution: reserving gaps in the protection of individuals’ rights to an effective remedy’, 30 *E.L. Rev.* 512 (2005), p. 511 en p. 520-52.

5 De Verenigde Staten

Er is al op gewezen dat Nederland met de uitsluiting van beroep tegen regels een uitzonderingspositie inneemt. Het rechtsvergelijkende onderzoek in Nederland is met name gericht geweest op andere lidstaten in de EU.⁴⁹ Ook een vergelijking met de VS kan een inspirerende blik opleveren. Wie een handboek *Administrative law* openslaat of een blik werpt op publicatielijsten van gerenommeerde professoren ziet waar bestuursrecht voor Amerikanen voor een groot deel om draait: *rulemaking*. Rechterlijke controle op regelgeving is in de VS ver ontwikkeld. Voorts is interessant dat de Amerikanen een direct beroep tegen regels bijzonder efficiënt vinden, wat ongetwijfeld in Den Haag belangstelling trekt.

De ontwikkeling van het Amerikaanse bestuursrecht en de opkomst van regelgeving gaan hand in hand. De kern van het huidige bestuursrecht in de VS is tot stand gekomen in de periode na de *New Deal*. Om de grote sociale en economische problemen van die tijd het hoofd te kunnen bieden, richtte de wetgever vele 'agencies' op, waaraan hij bijzonder breed omschreven bevoegdheden verleende; veel breder dan voorheen gebruikelijk was. Deze ruime delegatie van regelgevende bevoegdheid aan organen die democratische legitimatie ontberen, stuitte op groot verzet. Zij past slecht binnen het traditionele model van *separation of powers* en de grote waarde die men hecht aan burgerlijke rechten als vrijheid en eigendom.⁵⁰ Ten einde de grote macht van het bestuur te begrenzen, werd enkel een beroep op de rechter tegen (veelal individueel gericht) overheidshandelen niet langer voldoende geacht. Ook de procedure waarin besluiten als beschikkingen en regels tot stand komen, moest wettelijk worden vastgelegd en met waarborgen worden omkleed. De sterke opkomst van gedelegeerde regelgeving in de *New Deal* vormde de concrete aanleiding om in 1946 een algemene wet bestuursrecht te creëren.⁵¹ *Administrative Procedure Act* (APA).⁵²

APA bevat onder andere een procedure voor het maken van besluiten van algemene strekking en beschikkingen en regels voor de rechterlijke toetsing. *Rulemaking* is in beginsel de aangewezen procedure voor het maken van besluiten van algemene strekking en *adjudication* voor beschikkingen, maar die categorieën vallen niet helemaal samen. Het bestuursorgaan heeft in beginsel een keuzerecht en kan ook aan de hand van individuele beschikkingen regels ontwikkelen via *adjudication*,⁵³ waarbij door precedentwerking in de loop van de tijd een regel kan ontstaan. Zowel

49 Zie Van Male 1988, Bok 1991 en *Kamerstukken II* 1996/97, 25383, nr. 1, par. 2.2 en de bijlage.

50 J.O. Freedman, 'Crisis and Legitimacy in the Administrative Process', 27 *Stan L. Rev.* 1041 (1974-75), p. 1046 e.v.

51 Zie ook Anne Meuwese, Ymre Schuurmans & Wim Voermans, 'Towards a European Administrative Procedure Act', *REALaw* 2009, vol. 2, p. 3-35.

52 5 U.S.C.A. §§ 551-706. Zie ook Y.E. Schuurmans, 'Amerikaanse lessen in bestuursrechtelijk bewijsrecht', *NTB* 2009, p. 101-102. Een beknopt overzicht van het bestuursrechtelijke proces vindt men o.a. bij Ernest Gellhorn & Ronald M. Levin, *Administrative Law and Process in a Nutshell* (5th ed.), St. Paul, MN: Thomson/West 2006 en Philip Harter, 'Administrative Law in the United States', in: René Seerden (ed.), *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States: A Comparative Analysis* (2nd ed.), Antwerpen: Intersentia 2007, p. 351-399.

53 Richard J. Pierce, Sidney A. Shapiro & Paul R. Verkuil, *Administrative Law and Process* (4th ed.), New York: Foundation Press 2004, p. 285-289.

bij *rulemaking* als bij *adjudication* komen belanghebbenden procesrechten toe, zoals het recht om zienswijzen en gegevens in te brengen. Als uitgangspunt geldt dat tegen elke bestuurshandeling rechtsbescherming openstaat, ook tegen regelgeving.⁵⁴

Ter beteugeling van de overheidsmacht wordt groot belang gehecht aan normering van de procedure van regelgeving. In zekere zin zelfs méér belang dan aan de normering van beschikkingen. Regels bepalen in vergaande mate de uiteindelijke rechtspositie van de burger, waardoor juist de totstandkoming van regels met voldoende waarborgen moet worden omgeven. Dát was de reden om APA in te voeren. Zowel de federale wetgever als de rechter hebben bestuursorganen in toenemende mate gestimuleerd om algemene regels te maken en niet via individuele besluitvorming regels en beleid te creëren. Aan regelgeving zijn verschillende voordelen verbonden, die onder meer zijn gelegen in kwaliteit, efficiency en 'fairness'.⁵⁵ Zo vindt men daar dat beleidsmatige keuzes, vanuit het oogpunt van kwaliteit, beter in regels kunnen worden vastgelegd, in plaats van in de beschikking. Regelgeving biedt burgers meer bescherming, omdat keuzes niet worden weggemoffeld in de beoordeling van de individuele omstandigheden van het geval. De beleidsmatige keuze is in regels dus meer expliciet. Bovendien kunnen burgers zich organiseren ter bestrijding van de regel. Anders dan bij exceptieve toetsing verdedigt het bestuursorgaan de regel niet ten opzichte van een (soms wat willekeurig) individu, maar vaak ten opzichte van een groep van getroffen en. Het bestuur krijgt daardoor weerwoord van een vaak hoger niveau. Dat gebundelde beroep van getroffen en maakt tevens dat het beroep tegen regels bijzonder efficiënt wordt geacht. Doorstaat de regel de rechterlijke toets, dan zullen veel minder procedures worden gevoerd tegen uitvoeringsbeschikkingen. De gereguleerde groep zal spoedig duidelijkheid hebben over de rechtmatigheid van de regel, wat een snelle en uniforme naleving van regels bevordert. Direct beroep tegen regels acht men bijzonder efficiënt; vele beroepen tegen individuele beschikkingen leiden tot grote versnippering van rechterlijke controle en een verminderde graad van naleving van de regel. *Adjudication* tegen beschikkingen wordt eigenlijk alleen echt geschikt geacht om geschillen over de specifieke feiten van de zaak te beslechten.⁵⁶

Zou men niet direct beroep tegen regels in kunnen stellen, dan wordt dat in de VS in beginsel als 'unfair' beoordeeld.⁵⁷ Burgers kunnen op heel verschillende momenten met de uitvoeringsbeslissing worden geconfronteerd. Het zou oneerlijk zijn als de volgorde van uitvoering door het bestuursorgaan bepalend is voor het moment van rechtsbescherming voor de belanghebbende. De ene partij blijft dan veel langer in onzekerheid verkeren over de geldigheid van de regel dan de andere. Bovendien is in het beschikkingenproces de kwaliteit van de beroepsgrond van de belanghebbende, waardoor de rechter zich bij de exceptieve toetsing zal laten leiden, te bepalend. Bij regelgeving acht men die afhankelijkheid van die individuele grond niet eerlijk. Natuurlijk kan elke getroffene zijn eigen procedure starten,

54 § 702 APA.

55 S.G. Breyer e.a., *Administrative Law and Regulatory Policy: problems, texts and cases* (6th ed.), New York: Aspen Publishers 2006, p. 499; Pierce, Shapiro & Verkuil 2004, p. 286.

56 Pierce, Shapiro & Verkuil 2004, p. 285.

57 Vgl. Pierce, Shapiro & Verkuil 2004, p. 288.

maar het rechterlijk oordeel dat in het eerste proces over de regel is gevormd, zal uiteraard zijn invloed hebben. De rechter zal in latere procedures niet snel afwijken van zijn eerdere oordeel en alsnog de regel onrechtmatig achten.⁵⁸ Eerlijker is het wanneer alle partijen die door de regel worden getroffen tegelijkertijd en in gelijke mate de mogelijkheid hebben om de rechtmatigheid van de regel te bestrijden.

In het Amerikaanse bestuursrecht geldt als hoofdregel dat de rechtmatigheid van regels kan worden beoordeeld, zowel in direct beroep als via exceptieve toetsing.⁵⁹

Op die hoofdregel gelden uitzonderingen. Ten eerste staat niet altijd direct beroep open. Regels waarvan het rechtsgevolg nog te onbepaald is en die daardoor burgers niet direct in hun belang raken, kunnen niet aan de rechter worden voorgelegd. De zaak is dan nog niet 'rijp', waardoor alleen door middel van exceptieve toetsing de rechter een oordeel kan vellen over de rechtmatigheid van de regel.⁶⁰

Heeft wél direct beroep opengestaan, dan heeft dat belangrijke gevolgen voor de exceptieve toetsing in *adjudication*. In het proces tegen de uitvoeringsbeschikking kan dan de regel niet steeds weer ter discussie worden gesteld. Op die wijze worden bestuursorganen beloond voor een zorgvuldig voorbereide en goed gemotiveerde regel, die het directe beroep heeft overleefd. Die beloning komt zowel van de wetgever als van de rechter. De wetgever heeft in veel materiële wetten de termijn voor beroep tegen regels nadrukkelijk beperkt, bijvoorbeeld tot 60 dagen. Uit de openstelling van direct beroep voor een beperkte periode, wordt doorgaans door de rechter afgeleid dat een later beroep tegen regels is uitgesloten, ook via exceptieve toetsing.⁶¹ Daarop bestaat echter weer een uitzondering. Blijkt bijvoorbeeld later bij de uitvoering van de regel dat aan de regel een andere toepassing is gegeven dan vooraf in direct beroep was voorzien, dan bestaan wel weer mogelijkheden tot exceptieve toetsing. Ook wanneer de toepassing van de regel vragen oproept, die niet in het directe beroep aan bod zijn gekomen, staat nog rechtsbescherming open.⁶²

Daarnaast beperken regels (die via *rulemaking* zijn gemaakt en niet in direct beroep zijn gesneuveld) de omvang van het geding in *adjudication*. Zoals gezegd is het beschikkingenprocesrecht vooral geschikt om de individuele omstandigheden van het geval uit te pluizen. In dat kader komen belanghebbenden diverse procesrechten toe, als het recht om gehoord te worden en bewijsmateriaal te overleggen. De specifieke (individuele) feiten van de zaak kunnen tot de omvang van het geding behoren, maar meer algemene feiten die aan de regel ten grondslag liggen slechts

58 In het Nederlandse bestuursrecht kan de vraag naar de verbindendheid van regelgeving steeds weer opnieuw worden opgeworpen (buiten het leerstuk van het gezag van gewijsde, dat eiser verplicht om tegen hem bindende rechtsoordelen te appelleren). Een eerder oordeel van de bestuursrechter dat de regel de exceptieve toetsing doorstaat, bindt niet in een andere procedure. Vgl. M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, derde druk, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 227.

59 Tot 1967 toetste de rechter regels hoofdzakelijk exceptief. Na de zaak *Abbot Laboratories v Gardner*, 387 U.S. 136 (1967) wordt een direct beroep in de regel toegestaan; Harter 1997, p. 377.

60 Het beroepsrecht hangt mede af van de 'ripeness' van de zaak, zie o.a. Pierce, Shapiro & Verkuil 2004, p. 200 e.v.

61 Interpretatie van materiële wet en jurisprudentie is hiervoor benodigd. Zie Pierce, Shapiro & Verkuil 2004, p. 129-132 en 210.

62 Pierce, Shapiro & Verkuil 2004, p. 131 en 209-210.

bij uitzondering.⁶³ Stel dat in het kader van de WAO in een zorgvuldig voorbereide en gemotiveerde regel is vastgelegd dat een persoon met een bepaalde medische aandoening A in aanmerking komt voor functies X, Y en Z. Belanghebbende A hoeft in het beschikkingenproces niet in de gelegenheid te worden gesteld om die algemene bevinding (A kan X, Y en Z doen) te bestrijden. De procedure is gereserveerd voor de bijzondere individuele omstandigheden van A. Het bestuursorgaan kan daardoor met een minder uitgebreide procedure volstaan en bijvoorbeeld een hoorzitting en mogelijkheden tot bewijsvoering ten aanzien van de algemene feiten achterwege laten. Algemene feitenvaststellingen in de regel zijn in beginsel onaantastbaar. Bij de voorbereiding van de regel heeft het bestuursorgaan vaak nog vele andere algemene feiten vergaard (zoals bijvoorbeeld ook de invloed van de leeftijd op het ziektepatroon). Ook als die kennis niet expliciet in een regel is verwerkt (bij leeftijd B komt men niet in aanmerking voor X, Y en Z), dan nog kan het bestuursorgaan daarvan profiteren bij de uitvoering. Van onderzochte algemene feiten kan het *official notice* geven. Die mededeling leidt tot een vermoeden dat het algemene feit correct is vastgesteld. De belanghebbende heeft nog wel de mogelijkheid om tegenbewijs te leveren, maar zo lang hij niet in actie komt mag het bestuursorgaan gemakkelijk van zijn expertise gebruik maken. Een goed voorbereide regel levert zodoende voor het bestuursorgaan aanzienlijke voordelen op. Door de opkomst van *rulemaking* heeft het beschikkingenprocesrecht in zekere zin aan belang verloren.

De verdere praktische procedurele uitwerking van het directe beroep tegen regels is lastig te beschrijven. APA bevat weliswaar heldere hoofdregels, maar deze wet heeft niet tot een sterk geüniformeerd bestuursrecht geleid. Sommige onderwerpen van een algemeen karakter, zoals beroepstermijnen, hebben in de wet geen regeling gevonden. Van andere wél in de wet geregelde onderwerpen, is veelvuldig in de bijzondere wet afgeweken. Daardoor wordt het Amerikaanse bestuursrecht door een grote diversiteit gekenmerkt.

Beroep tegen regels vormt een essentieel onderdeel van het Amerikaanse bestuursrecht. Belangrijk om te realiseren is dat de inhoud van die rechterlijke toets aanzienlijk verschilt van onze Nederlandse variant. Zij omvat meer dan een strikte toetsing op de verenigbaarheid met hoger recht. Essentieel verschil is dat bij de totstandkoming van regels in beginsel een vaste procedure moet worden gevolgd.⁶⁴ Van een voorgestelde regel wordt kennis gegeven in een federaal register. Belanghebbenden mogen vervolgens schriftelijk hun visie daarop naar voren brengen en kunnen tegenbewijs organiseren en overleggen. Het bestuursorgaan neemt dat mee in zijn beoordeling. De toelichting op de uiteindelijk vastgestelde regel bevat mede naar aanleiding daarvan een beknopte verklaring waarin de basis en het doel van de regel worden toegelicht. De rechter toetst zodoende ook de totstandkomingprocedure en de feitelijke basis van de regel. Beginselen als

63 Gellhorn & Levin 1996, p. 294-298; Pierce, Shapiro & Verkuil 2004, p. 302-304 en 344.

64 In de praktijk wordt voornamelijk de procedure van *informal rulemaking* van §553 APA gebruikt. In dat artikel wordt een uitzondering gemaakt voor interpreterende regels en algemene beleidsuitingen.

zorgvuldig onderzoek en motivering zijn daardoor ook ten aanzien van regels tot ontwikkeling gekomen.

Door maatschappelijke ontwikkelingen, een groter wantrouwen tegen de overheid en de veranderde aard van regelgeving, is de rechter in de VS in de loop van de tijd regels intensiever gaan toetsen. De jaren '60 en '70 van de vorige eeuw hebben tot een omslag geleid.⁶⁵ Vooral de toenemende technische aard van regels leidde tot de ontwikkeling van *evidence based rulemaking*.⁶⁶ De rechter toetst sindsdien niet enkel of de hogere wet een voldoende basis biedt voor gedelegeerde regelgeving, maar ook de rationaliteit van regels. Rationele regels lossen een geïdentificeerd probleem op, waarbij onderzoek is gedaan naar de aard van het probleem, de belangen die spelen, de personen die door de regel zullen worden geraakt en de verschillende mogelijkheden om het probleem op te lossen.⁶⁷ Is bijvoorbeeld een regel gebaseerd op wetenschappelijke informatie, dan dient het bestuursorgaan inzicht te verschaffen in de gebruikte studies, de daarbij gehanteerde onderzoeksmethoden, de representativiteit daarvan en de overige wijze waarop het informatie heeft vergaard. In feite komt het er op neer dat de regel op een onderzoeksdossier dient te berusten.⁶⁸ De beleidsmatige keuze wordt marginaal getoetst, maar dat laat onverlet dat het onderzoek naar en de motivering van de keuze aan bepaalde rechtsbeginselen dient te voldoen. Deze toets op rationaliteit wordt mede nodig geacht om tegenwicht te bieden tegen de delegatie van vaag omschreven regelgevende bevoegdheden.⁶⁹ '[W]hile most of us simply take that right for granted, foreigners express amazement.'⁷⁰

Of het directe beroep tegen regels tot juridisering heeft geleid in de VS, is een lastig te beantwoorden vraag. De rechter is zoals gezegd een steeds strengere toets gaan aanleggen. Al hoewel het directe beroep en een toets op rationaliteit vrij vanzelfsprekend wordt geacht en wordt gewaardeerd, is er forse kritiek op de toetsingsintensiteit. Deze zou hebben geleid tot een verstarring van de regelgevingsprocedure.⁷¹ Daarbij past wel de kanttekening dat de Amerikaanse rechter over de hele linie een veel grotere en meer progressieve rol heeft gespeeld in de ontwikkeling van het bestuursrecht dan zijn Nederlandse collega. Discussie kan bestaan of de intensieve toets tot enkel 'rationalisatie' of ook tot 'juridisering' heeft geleid. In ieder geval zet de procedure een forse rem op het al te gemakkelijk afkondigen van nieuwe regels. Het bestuursorgaan heeft behoorlijk wat onderzoek te verrichten voordat noodzaak en nut van de nieuwe regel in beeld is. Die rem levert naast 'rationalisatie/juridisering' in ieder geval óók een bijdrage aan 'deregulering'.

65 Shapiro 1996.

66 In een periode als de Koude Oorlog en de ontwikkeling van de kernbom, waarin wetenschap werd gewantrouwd.

67 M. Shapiro, 'Codification of Administrative Law: The US and the Union', 2 *European Law Journal* 26 (1996), p. 33-38.

68 Breyer e.a. 2006, p. 520 e.v.

69 S.A. Shapiro & R.E. Levy, 'Heightened Scrutiny of the Fourth Branch: Separation of Powers and the Requirement of Adequate Reasons for Agency Decisions', 1987 *Duke L.J.* 387.

70 P.J. Harter, 'The APA at Fifty: A Celebration, Not a Puzzlement', 48 *Admin.L.Rev.* 309 (1996), p. 310.

71 Breyer e.a. 2006, p. 565-570; Pierce, Shapiro & Verkuil 2004, p. 397-403.

6 Beroepbaarheid algemeen verbindende voorschriften gewogen

Ondanks de algemene bevoegdheid van de bestuursrechter om over besluiten te oordelen, zijn algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels (regels) nog steeds aan zijn rechtsmacht onttrokken. Al bij invoering van de Awb werd deze stelselbreuk onwenselijk geacht. De bestuursrechter is de gespecialiseerde rechter om over bestuursrechtelijke rechtsbetrekkingen te oordelen, waarbij voor de burger een goedkope en gemakkelijk in te stellen procedure openstaat. Dat uitgangspunt wordt breed onderschreven, waardoor afschaffing van artikel 8:2 Awb lang in het vooruitzicht is gesteld. Desondanks is 15 jaar na invoering van de Awb geen letter aan het artikel gewijzigd. In deze bijdrage hebben we de destijds gevoerde discussie kort weergegeven en ontwikkelingen in het bestuursprocesrecht en in regelgeving geduid, die onzes inziens een hernieuwd debat rechtvaardigen. Zo passeerden een verandering in de coalitiedemocratie en toenemend draagvlak voor wijziging van het toetsingsverbod (artikel 120 Gw) de revue, net als de tendens van vergaande gedelegeerde regelgeving en de klaagzang op te grote regeldruk. Voorts kunnen burgers met het nieuwe EU-verdrag gemakkelijker direct beroep instellen tegen regels op Europees niveau. Die divergentie vraagt om rechtvaardiging. En in spiegelbeeld: die divergentie ontkracht de bewijsvoering voor behoud van uitsluiting.

Aanvankelijk werd die invoering van het direct beroep nog *even* uitgesteld, omdat bestuursrechters aan de nieuwe Awb moesten wennen en men voor een aanzuijgende werking vreesde. Later verplaatste de discussie zich – zo leek het – meer naar de principiële taakverdeling tussen rechter en bestuur en naar de juridiseringsdiscussie. Op al deze vlakken is, zo denken wij, 15 jaar later werkelijk een nadere discussie nodig: het bestuursrecht is inmiddels vergaand geüniformeerd en in rustiger vaarwater gekomen, angst voor een bestuursrechter die teveel op de stoel van het bestuur zou gaan zitten is, zo leren de ontwikkelingen, irreëel en de juridiseringsdiscussie is voor een groot deel verdrukt door discussie over de geringe effectiviteit van het bestuursrechtelijke proces en over regeldruk.

Het kan ook anders. Een blik op het Amerikaanse bestuursrecht laat een stelsel zien waarin normering van regelgeving een kernelement van het bestuursrecht vormt. In de ogen van een Amerikaanse bestuursrechtjurist leidt de uitsluiting van direct beroep tegen regels tot een inefficiënt en oneerlijk systeem. Een soort kneuterbestuursrecht. Het beschikkingenprocesrecht leidt tot een enorme versnippering van rechterlijke controle op het bestuur. Voorts is oneerlijk dat niet alle door een regel getroffen en gelijktijdige mogelijkheden hebben om de regel aan rechterlijke toetsing te onderwerpen. Daarnaast is het individu in het beschikkingenproces meestal een te gemakkelijke en zwakke tegenspeler voor het bestuur. De rechter respecteert de bestuurlijke afweging in de regel en toetst deze marginaal. Maar de rechter ziet een regel niet enkel als één groot politiek compromis. Daarnaast moet een regel ook aan juridische maatstaven voldoen, als een zorgvuldige voorbereiding en een dragende motivering. Daarvoor dienen regels te voldoen aan eisen van rationaliteit, waarbij probleem en mogelijke oplossingen voldoende in beeld zijn gebracht.

Wij vinden dat de discussie rond artikel 8:2 Awb een nieuw leven verdient. Naast hierboven reeds genoemde argumenten, denken wij dat de kwaliteit van regelgeving wordt verhoogd indien – nog meer dan nu het geval is – regels worden getoetst op overeenstemming met rechtsnormen als het zorgvuldigheids- en motiveeringsbeginsel. Dat kan ook een forse rem op juridisering zetten doordat onder de dreiging van toetsing nieuwe regels in een minder hoog tempo het daglicht zien. Cynisme over de beperkte rechtsbeschermingsmogelijkheden in het bestuursrecht krijgt voorts tegenwicht. We zijn er niet van overtuigd dat de burgerlijke rechter als vanzelf beter of indringender regels toetst en hechten belang aan het bredere instrumentarium van de bestuursrechter. Zolang de rechtsgang tegen regels ongeregeld blijft, zal de bestuursrechter bij de toetsing van regelgeving grote terughoudendheid betrachten, omdat hij de consequenties van zijn negatieve oordeel lastig kan overzien.

Terugkerend vraagtken blijft hoe een beroepsrecht tegen regels gaat uitpakken. Daarop kan enkel een zinnig antwoord worden gegeven door het gewoon eens te proberen. Net zoals ons beschikkingenprocesrecht tot stand is gekomen door geleidelijke openstelling van het bestuursrechtelijke beroep, stellen wij voor door ‘enumeratie’ op beperkte schaal ervaring op te doen met een beroepsrecht tegen regels. Daarvoor komt primair regelgeving in aanmerking waarbij op de normstelling weinig politieke controle wordt uitgeoefend, omdat zij in gedelegeerde regelgeving plaatsvindt. Ook regels met een hoog technisch gehalte staan in de rij, omdat politieke controle op dergelijke regels van zeer bescheiden aard is. De koudwatervrees kan worden ingeperkt door slechts een korte termijn te bieden voor het instellen van rechtsmiddelen (bijvoorbeeld vier maanden), waarbij de duur van en de rechtsgang zelf beperkt blijven (bijvoorbeeld beroep in eerste en enige aanleg en een korte rechterlijke beslistermijn). Over de modaliteiten valt hier zeker te twisten, maar een viermaandentermijn zou wel goed in koor zingen met het per 1 januari 2010 geldende systeem van ‘Vaste verandermomenten voor alle wet- en regelgeving’. Twee keer per jaar nog maar mogen regelingen afkomstig van de centrale overheid in werking treden, vier keer per jaar voor decentrale overheden.⁷²

Het middel van rechtstreeks beroep moet efficiënt zijn, maar ook voldoende rechtsbescherming bieden. Direct beroep zou, naar ons gevoel, net als in de VS de naleving van de regel kunnen bevorderen en tot minder procedures tegen de uitvoeringsbeschikkingen kunnen leiden. Dat moeten we dan maar meten. Is het directe beroep ongegrond verklaard, dan zouden we kunnen werken met een vermoeden. De regel wordt vermoed rechtmatig te zijn; bij exceptieve toetsing moet de belanghebbende voldoende en onderbouwde gronden naar voren brengen om twijfel te zaaien. Dat zal overigens gemakkelijker gaan dan nu, omdat meer gegevens beschikbaar zullen zijn bij een regel die nadrukkelijker aan het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel is getoetst. Voor het leerstuk van de formele rechtskracht bij regels lijken weinigen te voelen. Het directe beroep beoogt tot een hogere graad van rechtsbescherming te leiden en niet burgers in een processuele val te laten vastlopen. Het vermoeden biedt een mildere tussenvorm. Men zou

72 Zie http://www.regering.nl/Actueel/Persberichten_ministerraad/2009/december/11/Vaste_verandermomenten_voor_alles_wet_en_regelgeving (laatst geraadpleegd 10 januari 2010).

er ook voor kunnen kiezen om na een bepaalde periode de regel formele rechtskracht toe te kennen, onder de voorwaarde dat het leerstuk minder rigide wordt toegepast dan in de huidige praktijk; exceptieve toetsing van uitvoeringsbesluiten voor wat betreft punten die nog niet in een beroep tegen de regel zelf aan de orde zijn geweest, moet ons inziens wel mogelijk blijven. Zo kan worden voorkomen dat rechtsbescherming voor onwetende belanghebbenden wordt uitgehold.

Tot slot: we realiseren ons dat bijna honderdvijftig jaar huiver voor een rechter die moeizaam bereikte politieke compromissen teniet zou kunnen doen, niet direct is weg te nemen met verwijzingen naar de integriteit van een systeem, theoretische beschouwingen of willekeurige buitenlandse voorbeelden. Aan de andere kant: de ervaring heeft geleerd dat, in slechts vijftien jaar, het ons gelukt is een solide stelsel van algemeen bestuursrechtelijke rechtsbescherming te wrochten en dat we daarbij de rechterlijke organisatie succesvol hebben gereorganiseerd. Geen van de doemscenario's die werden geschetst, heeft zich voltrokken. Dat moet toch enig vertrouwen geven in de robuustheid van ons stelsel van rechtsbescherming.

