

Het proefproces als collectieve actie

NTB 2017/2

1. Inleiding

Processen zijn er in soorten en maten: als voorlopige maatregel of bodemzaak, als pressiemiddel of eindoplossing, als individueel geschiloplossend of als richtinggevend voor een grote groep vergelijkbare gevallen. In dat laatste geval spreekt de deskundige incrowd veelal van een rechtsvormende uitspraak; in het publieke debat krijgt de zaak vaak het stempel 'proefproces' mee. Dit type proces lijkt de laatste jaren meer voor te komen dan voorheen, of is, in het minste geval, beter herkenbaar. Zo liet de Raad van State in 2009 een rapport opstellen met aanbevelingen voor het nader motiveren van rechtsvormende uitspraken² en introduceerde de wetgever nieuwe instrumenten in de Awb om de rechtsvormende taak van de hogerberoepsrechter te faciliteren. Afdeling 8.1.2 werd uitgebreid met de mogelijkheid een grote kamer in te stellen, waarin ook leden van de andere rechtscolleges vertegenwoordigd zijn en om een conclusie te vragen aan een advocaat-generaal.³ In dit type zaken neemt het rechtcollege het initiatief om aan de hand van een individuele rechtszaak een rechtsregel of leerstuk te duiden en vorm te geven.

Het proefproces wordt in het woordenboek gedefinieerd als het 'proces om een principiële gerechtelijke uitspraak te verkrijgen over een onzeker punt in de wetgeving'.⁴ Een rechtsvormende uitspraak en een proefproces kunnen dus heel goed samenvallen, nu met beide type procedures een principiële uitspraak wordt nagestreefd. De term 'proefproces' lijkt vooral te worden gebezigd als niet het gerecht, maar de procespartijen voor die principiële insteek kiezen. Waar de Awb de rechter instrumenten biedt om de rechtsvormende uitspraak een bijzondere behandeling te geven en de wetenschappelijke aandacht voor rechtsvormende uitspraken groot is, moeten partijen die een proefproces wensen het zonder bijzondere instrumenten stellen. Het concept van een proefproces past ook lastig in de structuur én geest van de Awb, waarin de beroepsgang in het bijzonder geënt is op de definitieve beslechting van het individuele geschil over één enkele beschikking.

Welke plaats neemt het proefproces in het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming in? Dit artikel onderzoekt aan de hand van rechtspraak en mediaberichten wie bestuursrechtelijke proefprocessen voeren (paragraaf 2) en hoe regels over toegang tot en participatie in het proces

(paragraaf 3) en zaakselectie (paragraaf 4) het proefproces faciliteren dan wel belemmeren. Uit dat onderzoek volgt dat entiteiten die zelf geen beroep kunnen instellen tegen het bestreden besluit, zoals collectieve en ideële belangbehartigers en bestuursorganen, in werkelijkheid een aanzienlijk aandeel hebben in proefprocessen. Dat kunnen zij doen door een individuele beroepszaak te 'adopter' of door de benodigde processtukken voor die belanghebbende te doen opstellen. Die informele praktijk is weinig transparant en lastig te beheersen, bijvoorbeeld omdat partijen een proces lastig als (eerste) proefproces geagendeerd krijgen. Dat leidt tot de vervolgvraag of het proefproces nader gefaciliteerd moet worden. Bij de beantwoording van die vraag betrekken wij de legitimatie van het proefproces in de democratische rechtsstaat (paragraaf 5). De bijdrage sluit af met een conclusie (paragraaf 6).

2. Wie wil er een proefproces?

2.1 Collectieve en ideële organisaties als behartigers van het bovenindividuele belang

Wie vanuit de structuur van de Awb naar het fenomeen proefproces kijkt, ziet vooral de ideële en collectieve belangenorganisatie als voor de hand liggende entiteit om een principiële uitspraak te bewerkstelligen die richtinggevend is voor een grote groep van gevallen. Waar belanghebbenden, genoemd in het eerste lid van artikel 1:2 Awb, opkomen voor een *eigen* belang, kunnen rechtspersonen onder bepaalde voorwaarden ook opkomen voor een bovenindividueel belang. Onder *collectieve acties* of groepsacties vallen beroepen van rechtspersonen die opkomen voor de gebundelde belangen van een bepaalde groep mensen die allen dezelfde hoedanigheid bezitten, zoals de bewonersvereniging of een werknemersverband. De Poorter benadrukt dat het groepsbelang niet simpelweg de optelsom is van de individuele belangen, alleen al omdat die belangen veelsoortig kunnen zijn.⁵ De collectieve actie agendeert een (juridisch) probleem dat door een groot aantal personen met eenzelfde hoedanigheid wordt gedeeld. Het *algemene of ideële belang* heeft een zodanig individu-overstijgend karakter dat het een facet vormt van vrijwel ieders bestaan.⁶ Een dergelijke organisatie kan opkomen voor een schoon milieu, een evenwichtig ecosysteem of een discriminatievrije samenleving en in dat licht regelgeving, beleid en uitvoeringsbesluiten bestrijden.

Het onderscheid tussen collectieve en ideële belangacties is relevant omdat de eisen die het derde lid van artikel 1:2 Awb stelt verschillend uitvallen. Waar de ideële belangenorganisatie door middel van feitelijke werkzaamheden moet laten zien dat zij het geclaimde algemeen belang daadwerkelijk behartigt, geldt voor de collectieve belangenorganisatie

1 Ymre Schuurmans en Rowie Stolk zijn verbonden aan de Afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden, als hoogleraar respectievelijk onderwijs- & onderzoeksm medewerker.

2 J.C.A. de Poorter & H.J.Th.M. van Roosmalen, *Motivering bij rechtsvorming. Over de motivering van uitspraken met een rechtsvormend element door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*, Den Haag: Raad van State 2009.

3 Artikel 8:10a en 8:12a Awb.

4 www.vandale.nl. Alle websites waarnaar wordt verwezen zijn op zijn laatst geraadpleegd op 6 december 2016.

5 J.C.A. de Poorter, *De belanghebbende. Een onderzoek naar de betekenis van het belanghebbende-begrip in het bestuurs(proces)recht* (diss. Tilburg), Den Haag: Bju 2003, p. 117.

6 Definitie ontleend aan De Poorter 2003, p. 118.

de enkele bundeling van de individuele belangen al als de vereiste feitelijke werkzaamheid.⁷ Daardoor heeft zij iets gemakkelijker toegang tot de bestuursrechtelijke procedure. De rechtvaardiging is gelegen in het belang van effectieve rechtsbescherming, dat gebaat is bij een gebundelde klacht in plaats van vele losse individuele beroepen. Hoewel er enig verschil is in toepassing van de eisen van artikel 1:2 Awb, valt een *strikt* theoretisch onderscheid tussen collectieve en ideële acties lastig te maken. Veel algemene belangen kunnen in zekere zin ook worden aangemerkt als een privébelang van bepaalde personen.⁸ Ook in werkelijkheid kunnen algemeen en individueel belang behoorlijk door elkaar lopen. Waar een *organisatie* beroep instelt, is het in werkelijkheid regelmatig een individuele burger die uit grote betrokkenheid voor de algemene zaak opkomt⁹ en waar een particulier procedeert, kan deze zijn geworven door een belangenvereniging. Achter de officiële procespartij gaat soms een andere entiteit schuil, zo zal hierna blijken.

2.2 Wie je ziet, is niet wie procedeert

Wie via jurisprudentie proefprocessen bestudeert, ziet een klein deel van de werkelijkheid. Voor de oratie *Van bestuursrechtelijke detailhandel naar maakindustrie* is onder andere in de database van rechtspraak.nl op 'proefproces' gezocht.¹⁰ Slechts drie bestuursrechtelijke zaken worden door de rechtspraak zelf als 'proefproces' aangeduid.¹¹ In deze procedures vormt een enkele beschikking het toegangsticket tot het proces, maar zien de argumenten van partijen en de beoordeling door de rechter (alleen) op de achterliggende regeling en het beleid. In alle uitspraken treden één à twee belanghebbenden, in de zin van artikel 1:2, lid 1 Awb, op tegen een uitvoeringsbesluit en moet de zaak symbool staan voor een grotere groep. Soms benoemt de uitspraak voor hoeveel identieke gevallen de uitkomst van het proefproces leidend zal zijn of voor hoeveel van de cliënten van de gemachtigde de uitspraak gevolgen heeft. Dat kan variëren van de gehele sector Detailhandel en ambachten¹², 500 politieambtenaren¹³, 100 interviewers van het CBS¹⁴, vele muzikanten¹⁵, tot enkele adellijke familieleden.¹⁶ In geen van de proefprocessen op rechtspraak.nl treedt een rechtspersoon op die opkomt voor een ideëel of collectief belang.

Een verklaring daarvoor is dat algemene en collectieve belangenverenigingen lang niet altijd als belanghebbende worden aangemerkt bij uitvoeringsbesluiten. Artikel 1:2 lid 3 Awb faciliteert collectieve acties in het geval het rechtsmiddel is gericht tegen een beschikking, die verleend is aan iemand *buiten* de groep. Buurtbewoners ageren dan bijvoorbeeld via een buurtplatform tegen de omgevingsvergunning die aan een projectontwikkelaar is verleend.¹⁷ Bij proefprocessen ligt dit anders en procederen entiteiten doorgaans om de *eigen* rechten van de leden zeker te stellen. Dat doen zij niet omdat een individuele fout is gemaakt, maar omdat zij menen dat er een structureel of bovenindividueel gebrek aan de besluitvorming kleeft. Zo waakt, bijvoorbeeld, de FNV over een eerlijke beloning voor arbeid door werknemers en volgt zij kritisch de tewerkstelling van bijstandsgerechtigden als tegenprestatie voor de uitkering. Wil zij een bestuursrechtelijk proefproces, dan kan zij niet de Participatiewet aanvechten, maar zou zij beroep moeten instellen tegen het besluit tot korting van de bijstandsuitkering van een bepaalde burger, die weigert 'gratis arbeid' te verrichten. Hoewel zij dan een rechtsmiddel instelt 'in het belang van haar leden', zal zij in de praktijk niet-ontvankelijk worden verklaard omdat haar belang niet rechtstreeks bij dat individuele uitvoeringsbesluit is betrokken.¹⁸ Dat zorgt er in de praktijk voor dat belangenorganisaties een individueel geschil 'adopter' om over de band van dat individuele beroep structurele probleempunten aan de kaak te stellen. Het voorbeeld van de FNV¹⁹ staat niet op zich. Zo spande de organisatie leder(in) zich in om een proefproces op te zetten over de vergoeding van huishoudelijke hulp onder de nieuwe Wmo 2015.²⁰ Boerenorganisatie ZLTO, een vereniging voor ondernemers in de groene ruimte in Noord-Brabant, ondersteunde een varkenshouder vlakbij de Peel bij het uitlokken van een proefproces. Door een uitbreidingsvergunning aan te vragen die als gevolg van verscherpt provinciaal beleid inzake de uitstoot van stikstof hoogstwaarschijnlijk zal worden geweigerd, kan een principiële discussie over nieuwe regelgeving worden gestart.²¹

Maar, ook de Bond voor Belastingbetalers²², de Stichting Autobelangen²³, de Stichting Belangenbehartiging Nederlandse Gepensioneerden in het Buitenland²⁴, de Nederlandse

7 ABRvS 24 juni 2009, AB 2009/336, m.nt. Marseille.

8 De Poorter 2003, p. 118.

9 Zie bijvoorbeeld ABRvS 30 mei 2012, AB 2012/219, m.nt. De Graaf & Marseille.

10 Dat levert op www.rechtspraak.nl (slechts) 19 relevante bestuursrechtelijke uitspraken op, zie nader Y.E. Schuurmans, *Van bestuursrechtelijke detailhandel naar maakindustrie* (oratie Leiden), Leiden: Universiteit Leiden 2015, p. 12 e.v. (ook te raadplegen op <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/36990>).

11 CRvB 16 augustus 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BN2788, RSV 2010/275; USZ 2010/286; NJB 2010/1846. Rb. Roermond 29 april 2008, ECLI:NL:RBROE:2008:BD2002; Rb. Breda 4 april 2006, ECLI:NL:RBBRE:2006:AV8798, RSV 2006/144; USZ 2006/155, m.nt. Barentsen.

12 Rb. Roermond 29 april 2008, ECLI:NL:RBROE:2008:BD2002.

13 CRvB 16 augustus 2010, r.o. 2, ECLI:NL:CRVB:2010:BN2788, RSV 2010/275; USZ 2010/286; NJB 2010/1846.

14 Rb. Roermond 29 april 2008, ECLI:NL:RBROE:2008:BD2002 (helft van de 200 interviewers in vaste dienst).

15 Hof Arnhem 23 januari 1997, ECLI:NL:GHARN 1997:AA1191, FED 1997/292.

16 ABRvS 17 augustus 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU1108.

17 ABRvS 24 juni 2009, AB 2009/336, m.nt. Marseille.

18 Vgl. ABRvS 28 februari 2000, AB 2000/188, m.nt. Schreuder-Vlasblom.

19 'FNV neemt procedure bijstandsgerechtigde over', www.ravage-webzine.nl/2015/12/28/proefproces-wegens-dwargarbeid/.

20 'Wmo-oordeel rechter nodig', *Gelders Dagblad*, 3 februari 2015.

21 "Economie gaat op slot door nieuwe stikstofregels provincie", boer Deurne lokt proefproces uit', *Omroep Brabant* 23 juli 2015.

22 Tegen de vermogensrendementsheffing, www.bondvoorbelastingbetalers.nl/nav5092#nav731=6883.

23 Tegen de afschaffing van de vrijstelling van de motorrijtuigenbelasting voor oldtimers, www.vrijstellingoldtimer.nl/nieuws/nieuwsbrieven/302-nieuwsbrief-57-22-september-2014.

24 Over zorgkosten in de Lidstaten, www.ncaportugal.com/wp/2014/10/23/oproep-sbngb/.

Vereniging van Journalisten²⁵ en vakbonden van ambtenaren²⁶ vormen voorbeelden van organisaties die zich actief met proefprocessen inlaten. Dat kan niet worden afgeleid uit de uitspraken, maar uit de mediaberichten die over rechtszaken verschijnen. Wie beide bronnen over proefprocessen met elkaar vergelijkt (zonder te selecteren naar rechtsgebieden), ziet een groot verschil in maatschappelijke en juridische werkelijkheid.²⁷ Waar de jurisprudentie nauwelijks blijk geeft van gevoerde proefprocessen, bieden mediaberichten een andere kijk op dit fenomeen. Zij komen veelvuldig voor, waarbij de persoon die in de rechtszaal staat, lang niet altijd de entiteit is die het proces bepaalt en betaalt.

| Jaar | Aantal verwijzingen naar proefproces in Nederlandstalige kranten | Aantal verwijzingen naar proefproces in uitspraken op rechtspraak.nl |
|------|--|--|
| 2006 | 422 | 4 |
| 2007 | 543 | 6 |
| 2008 | 366 | 7 |
| 2009 | 287 | 12 |
| 2010 | 197 | 9 |
| 2011 | 393 | 5 |
| 2012 | 384 | 6 |
| 2013 | 466 | 8 |
| 2014 | 413 | 4 |
| 2015 | 342 | 9 |

Het beeld dat belangenverenigingen niet alleen lobbyen voor en tijdens de totstandkoming van regelgeving en beleid, maar ook achteraf het resultaat aan de rechter willen voorleggen, ontstond eerder in interviews.²⁸ Procesgemachtigden gaven aan dat belangenverenigingen soms onder de leden een oproep doen om zaken aan te brengen, die symbool staan voor een door de organisatie geagendeerd bovenindividueel probleem. Zij leggen dan een dossier van zaken voor, waaruit de advocaat een selectie maakt. Deze

vertegenwoordigt het individu, maar beoogt met zijn beroepsgronden een algemene correctie te bewerkstelligen, waarbij hij of zij wordt betaald door de belangenvereniging. Collectieve belangenverenigingen zullen doorgaans gemakkelijk onder de leden een geschikt proces werven, waarbij soms via internet specifiek wordt aangegeven aan welke kenmerken de zaak van het individu dient te voldoen.²⁹ Ook ideële belangenverenigingen laten zich actief in met proefprocessen. Een proefproces kan een effectief middel zijn om door de politiek verwaarloosde of aan de kant geschoven belangen via het proces hun wettelijke status te doen verkrijgen. Vooral op het gebied van de mensenrechten worden dergelijke proefprocessen geagendeerd en geworven, zoals bijvoorbeeld gebeurt door Stichting Privacy First³⁰, VluchtelingenWerk³¹, Stichting Proefprocessenfonds Clara Wichman³², het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten³³ of het European Network of Rights Advice Centres.³⁴ Zij agenderen doelbewust proefprocessen en roepen soms via internet belangstellenden op om een proefproces aan te brengen.

2.3 Het bestuursorgaan als initiator

Wie vermoedt dat alleen collectieve en algemene belangenverenigingen en assertieve burgers proefprocessen agenderen, heeft een onjuist beeld van de praktijk. Bestuursorganen kunnen er een groot belang bij hebben dat snel duidelijk wordt of omstreden en/of recent ingevoerde (beleids)regels de rechterlijke toets doorstaan en of zij met volle kracht de uitvoeringspraktijk kunnen doorzetten. Sommige bestuursorganen zijn zeer bereidwillig om aan een proefproces mee te werken, of nemen daartoe zelfs het initiatief, zo blijkt soms uit de uitspraak³⁵ of uit berichtgeving in de media. Zo entameerde de gemeente Oirschot een proefproces over lokaal verscherpt geurbeleid, door vergunningaanvragen op basis van dat nieuwe beleid eerder te weigeren.³⁶ In Amsterdam trad het bestuur handhavend op tegen een roze geverfde gevel in beschermd stadsgezicht. De beroepsgrond van de aangeschrevene dat alleen tegen hem werd opgetreden en daarmee het gelijkheidsbeginsel werd geschonden, wezen bestuur en rechter van de hand. Het rechterlijk oordeel in deze zaak diende als *testcase*, waarmee rekening kon worden gehouden bij de nieuwe, in de maak zijnde, welstandsnota.

“Verweerder ziet de onderhavige procedure in die zin ook als een proefproces om te bezien of hij de juiste

25 ‘NJV lokt proces uit over drones’, *NRC Handelsblad* 14 april 2015 en <https://kesselsadvocaten.nl/kessels-blogt-proefproces-vliegen-met-drones-door-journalisten/>, waarbij een journalist zonder de benodigde provinciale vergunning gaat vliegen teneinde een boete uit te lokken; nadien zijn de regels gewijzigd.

26 Over tegemoetkomingen voor reis-, huisvestings- en voedingskosten, <http://marechassevereniging.nl/inhoud/nieuws/proefproces-eigen-huishoudingupdate-5-juli-verzoek-afgewezen>.

27 Het aantal verwijzingen naar proefprocessen in Nederlandstalige kranten komt uit de databank van LexisNexis. In de resultaten is niet gecorrigeerd voor proefprocessen waar meerdere kranten of artikelen aan gewijd zijn. Bovendien dient bij het vergelijken van mediaberichten met rechtspraak rekening te worden gehouden met vertraging in de rechtspraak. Waar mediaberichten vaak proefprocessen aankondigen, hoeft het daadwerkelijke proefproces (nog) niet voor de rechter te zijn geweest, bijvoorbeeld omdat tot een schikking gekomen is. Desondanks laten de cijfers een andere werkelijkheid zien dan de informatie in uitspraken.

28 Schuurmans 2015, p. 15. Zie voor deze ontwikkeling op Europees niveau P. Bouwen & M. McCown (2007), ‘Lobbying versus litigation: political and legal strategies of interest representation in the European Union’, *Journal of European Public Policy* 14/3, 422-443.

29 Zie de oproepen van de Stichting Autobelangen en de Stichting Belangenbehartiging Nederlandse Gepensioneerden in het Buitenland in de voetnoten 23 en 24.

30 www.privacyfirst.nl/rechtszaken-1.html.

31 Commissie Strategisch Procederen, zie T. Sillivis Smitt, ‘Strategisch procederen’, *Advocatenblad* 2014, p. 30-32.

32 www.clara-wichmann.nl/proefproces-aanvragen.

33 Public Interest Litigation Project, <http://pilpnjcm.nl/over-pilp/>.

34 <http://ecase.org/services/eu-rights-clinic/introduction/>.

35 Rb. Amsterdam 14 juli 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BB0246; Rb. Roermond 29 april 2008, ECLI:NL:RBROE:2008:BD2002; Rb. Almelo 25 juni 2008, ECLI:NL:RBALM:2008:BD5487.

36 ‘Gemeente mag geurbeleid niet aanscherpen’, *Eindhovens Dagblad* 5 oktober 2015.

stappen heeft gezet, dan wel, of zijn handhavingsactiviteiten bij volgende gevallen op onderdelen aanpassing behoeven.”³⁷

Een ander interessant voorbeeld biedt de wijziging van het Besluit kwaliteitseisen en monitoring water ter implementatie van de Europese Kaderrichtlijn Water. Kennelijk had het bestuur (waaronder de regelgever) de behoefte om aan de hand van een concreet geschil het ontwerp van het algemeen verbindend voorschrift aan een rechterlijke exceptieve toets te onderwerpen. Op initiatief van het Ministerie van VROM en het Ministerie van Verkeer en Waterstaat werd een fictief proefproces georganiseerd met als doel te bezien welke argumenten procespartijen zouden aanvoeren en hoe de bestuursrechter zou oordelen over de rechtmatigheid van de regelgeving.³⁸ Zo functioneert het proefproces in wezen als *impact assessment* van de voorgenomen regeling. Bovenstaande voorbeelden hebben gemeen dat het bestuursorgaan nieuwe regels en beleid toepast of ontwikkelt en daarover spoedig een rechterlijk oordeel wenst.

2.4 Tussenconclusie

Afgaande op de gepubliceerde jurisprudentie zijn proefprocessen nauwelijks herkenbaar. In de uitspraak wordt een proces bijna nooit als proefproces geduid en uit de identiteit van eiser kan niet worden afgeleid dat hij of zij voor een grotere groep procedeert. Afgaande op berichtgeving in de media is veel vaker sprake van proefprocessen. Daaruit blijkt dat vooral collectieve of ideële belangenbehartigers en bestuursorganen het initiatief tot het bestuursrechtelijk proefproces nemen.

3. Toegang tot en participatie in het proefproces

3.1 De belangenorganisatie als partij

Belangenorganisaties die aan de zijde van een van hun leden willen procederen om een bovenindividueel vraagstuk aan de orde te stellen, kunnen niet zelf als partij aan het geschil deelnemen, omdat zij aanlopen tegen de grenzen van artikel 1:2 Awb. Voeging als derde op grond van artikel 8:26 Awb biedt geen oplossing voor dit probleem, omdat ook dat artikel als eis stelt dat deze derde belanghebbende is. De belangenorganisatie kwalificeert in beginsel niet als belanghebbende, omdat haar belang niet rechtstreeks betrokken wordt geacht bij individuele uitvoeringsbesluiten. Schreuder-Vlasbom verwoordt het als volgt:

“Wil men rechtstreeks belang hebben bij een beschikking dan moet dat belang, net als de rechtstoepassing in de beschikking, lopen via de casus waarom het gaat. Het belang moet dus primair bij het geval betrokken zijn.”³⁹

In de betreffende zaak kon de Nederlandse Vereniging voor Pleeggezinnen niet mee procederen over de afwijzing van een door pleegouders gewenste financiële vrijstelling.

“Van een – van het individuele belang van de pleegmoeder te onderscheiden – collectief belang kan niet worden gesproken aangezien het uitsluitend betreft de vaststelling van de individuele aanspraken van de pleegmoeder. Evenmin vloeit uit de (dreigende) aantasting van de individuele belangen van de leden van appellante voort dat tevens haar belang als organisatie in het geding is. Het door appellante gestelde belang van het bevorderen van een landelijk uniforme uitleg van de Wet op de jeugdhulpverlening vormt geen eigen rechtstreeks bij het besluit op bezwaar betrokken belang.”⁴⁰

Op deze wijze is het vrijwel onmogelijk om over de band van één uitvoeringsbesluit voor het collectieve belang op te komen, zeker niet als dat belang parallel loopt aan het belang van het individuele lid.⁴¹

Recentelijk poogde Stichting Privacy First, nadat zij in de civiele procedure niet-ontvankelijk was verklaard⁴², alsnog als derde deel te nemen aan de bestuursrechtelijke procedure op grond van artikel 8:26 Awb. Bij de Afdeling liepen verschillende beroepen van burgers tegen besluiten waarin hun aanvraag voor een paspoort buiten behandeling was gesteld omdat zij weigerden vingerafdrukken af te geven. Privacy First had soortgelijke bezwaren tegen de nieuwe Paspoortwet. Opvallend is dat Privacy First buiten de procedure wordt gehouden, niet omdat zij als belangenorganisatie opkomt voor een belang dat niet rechtstreeks bij de individuele besluiten betrokken zou zijn, maar omdat haar wordt verweten dat zij zich niet eerder tot de bestuursrechter heeft gewend.⁴³ Het is de vraag of de motivering in die griffiersbrief weloverwogen verwoord is, nu die, anders dan in bovenstaand voorbeeld van de pleeggezinnen, de mogelijkheid van voeging als belangenorganisatie niet categorisch uitsluit.

Het is de vraag in welke mate artikel 1:2 en 8:26 Awb, en de uitleg die de rechtspraak daaraan geeft, van invloed zijn op de hoeveelheid en type geschillen die aan de bestuursrechter worden voorgelegd. Selecteren deze artikelen daadwerkelijk beroepen uit, waardoor een meer efficiënte geschilbeslechting mogelijk is? Onze indruk is dat dat zeer beperkt het geval is. Artikel 1:2 Awb zal met name in het meerpartijenbestuursrecht met veelsoortige belangen een ordenende functie hebben. Voor proefprocessen stuurt het

37 Rb. Amsterdam 14 juli 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BB0246.

38 Zie J.H.G. van den Broek, A.G.A. Nijmeijer & H.F.M.W van Rijswijk, ‘Kan de bouw bouwen op de AMvB Doelstellingen’, *TBR* 2008/152 en de conceptuitspraak in het fictieve proefproces *TBR* 2008/172.

39 Noot bij ABRvS 28 februari 2000, *AB* 2000/188.

40 ABRvS 28 februari 2000, *AB* 2000/188, r.o. 2.5.

41 Clara Wichmann e.a. werden door de ABRvS in de SGP-zaak op basis van artikel 8:26 lid 1 Awb wel als partij toegelaten tot het geding in hoger beroep, ABRvS 8 februari 2008, *JB* 2008/24, *AB* 2008/35. Zij hadden een aan de SGP tegengesteld belang.

42 HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1296, *JB* 2015/125, m.nt. Sillen (*Privacy First*).

43 Beslissing van de meervoudige kamer van de ABRvS 15 oktober 2015, www.privacyfirst.nl/images/stories/PDFs/besluit_RvS_15oktober2015_ext.pdf en ABRvS van 29 oktober 2015, www.privacyfirst.nl/images/stories/PDFs/besluit_RvS_29oktober2015_ext.pdf.

artikel beperkt de praktijk, nu belangenorganisaties op informele wijze een proefproces werven en het individuele toegangsticket van een getroffen burger voor de rechtsgang gebruiken. De griffiersbrief in de Privacy First-zaak geeft ook deze praktische handreiking:

“Het staat u vrij om zich te wenden tot [appellante, zaak 201105172/2/A3] om haar desgewenst te vergezellen dan wel bij te staan ter zitting.”⁴⁴

De belangenorganisatie kan als gemachtigde ter zitting optreden. Dat is in deze zaak niet gebeurd, maar de trouwe volger van het Paspoortdossier zal zijn opgevallen dat de gronden van het bestuursrechtelijk beroep in hoge mate overeenkomen met wat in de civiele procedure door de belangenorganisatie naar voren is gebracht. De belangenorganisatie doet ook zelf verslag van de mate waarin zij zich in het bestuursrechtelijke beroep mengt:

“Privacy First is de laatste jaren reeds inhoudelijk betrokken geweest bij de bestuursrechtelijke zaken tegen de Paspoortwet die nu bij de Raad van State dienen. Naar aanleiding van de uitspraak van de Hoge Raad zal Privacy First bovendien het gehele Paspoortproces-dossier integraal (door de advocaat in één van deze zaken) laten indienen bij de Raad van State. Dit ter versterking van de argumenten van de betreffende burger tegen centrale opslag van vingerafdrukken onder de Paspoortwet.”⁴⁵

Een belangenorganisatie die wil optreden voor een ideëel of collectief belang (in dit voorbeeld het belang van privacy), roept wellicht het beeld op dat het beroep alleen gericht is op de door de wetgever en het bestuur gemaakte belangenafweging. Een dusdanig ingestoken beroep heeft weinig kans van slagen, nu die belangenafweging primair een politiek vraagstuk betreft dat de rechter marginaal toetst. Uiteraard probeert de stichting in bovenstaand voorbeeld de belangenafweging bij te stellen. Dat doet zij evenwel niet zozeer aan de hand van doelmatigheidsargumenten, maar aan de hand van feitelijke informatie, waarbij zij uitlegt hoe de vingeropslag in andere Europese landen is geregeld, hoe het verstrekkingenregime van data feitelijk werkt, wat de beveiliging van biometrische gegevens vergt en hoe databanken aan elkaar worden gekoppeld.⁴⁶ De belangenorganisatie brengt ook technische informatie in. Daarmee vervult zij in zekere zin de rol van een *amicus curiae* die het gerecht van relevante informatie voorziet.

3.2 De belangenorganisatie als *amicus curiae*

Het instrument van de *amicus curiae* is onder meer bekend uit het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens

(EVRM) en het Amerikaanse recht en biedt derden, die geen partij zijn bij het geschil, de mogelijkheid om hun standpunt in te brengen.⁴⁷ In de praktijk bij het EHRM zijn het vooral NGO's die uit eigen beweging het Hof van informatie voorzien.⁴⁸ In Nederland zien we niet alleen in de Privacy First-zaak, maar ook in vreemdelingenrechtelijke procedures informeel een *amicus curiae* optreden. In 2013 heeft VluchtelingenWerk het initiatief genomen tot oprichting van de Commissie Strategisch Procederen, bestaande uit advocaten en wetenschappers. Die commissie gaat actief op zoek naar zaken met een principieel karakter die geschikt zijn om voor de Europese rechter te brengen.⁴⁹

“Inspiratie voor het initiatief vormde de zaak X, Y en Z tegen Nederland, over het zogeheten discretie-vereiste. De Immigratie- en Naturalisatiedienst vond dat je van homo's en lesbiennes kon verwachten dat ze zich terughoudend opstelden bij het uiten van hun geaardheid als ze daarmee in hun land van herkomst vervolging konden voorkomen. De Nederlandse rechter stelde daarover prejudiciële vragen aan het Europees Hof van Justitie. Belangenvereniging voor homo's COC, VluchtelingenWerk en hoogleraar migratierecht aan de Vrije Universiteit Thomas Spijkerboer verleenden gezamenlijk ondersteuning. Op 18 december 2013 oordeelde het hof dat het eisen van discretie in strijd is met de Definitierichtlijn. De samenwerking tussen wetenschap, advocatuur en belangenorganisaties had haar nut bewezen.”⁵⁰

De Commissie kan niet zelf als belanghebbende procederen, maar vervaardigt notities waarvan de advocaat van de vreemdeling gebruik kan maken. In de twee grote rechtsvormende uitspraken die de Afdeling in de eerste helft van 2016 wees over de gevolgen van de Procedurerichtlijn voor de omvang en intensiteit van de rechterlijke toetsing, maakten de vreemdelingen gebruik van de notities van de Commissie Strategisch Procederen.⁵¹ Dat zal ongetwijfeld een enorme impuls hebben gegeven aan de kwaliteit en diepgang van de argumentatie van de beroepsgronden. De notitie kan evenwel ook worden gezien als een deskundige bijdrage (mede) afkomstig van een NGO, die het gerecht van informatie voorziet om tot evenwichtige besluitvorming te kunnen komen. In feite is dat wat de *amicus curiae* doet.⁵² Opvallend is dat in een andere recente rechtsvormende uitspraak (over de kwalificatie van een veilig land van herkomst) de Afdeling zelf, op aanraden van de advocaat-generaal, de UNHCR heeft uitgenodigd om aan de procedure

44 Beslissing van de meervoudige kamer van de ABRvS 15 oktober 2015, www.privacyfirst.nl/images/stories/PDFs/besluit_RvS_15oktober2015_ext.pdf.

45 www.privacyfirst.nl/component/k2/item/951-hoge-raad-schuift-paspoortproces-door-naar-raad-van-state.html?Itemid=144.

46 Alle processtukken zijn te vinden op www.privacyfirst.nl/rechtszaken-1/item/178-actuele-informatie-en-downloads-ivm-paspoortproces.html.

47 Zie o.a. J.C.A. de Poorter, 'Het belang van de *amicus curiae* voor de rechtsvormende taak van de hoogste bestuursrechter. Naar een regeling van de *amicus curiae* in de Awb', *NTB* 2015, p. 40-49.

48 L. van den Eynde, 'An empirical look at the *amicus curiae* practice of human rights NGOs before the European Court of Human Rights', *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 31/3, 2013, p. 271-313.

49 Sillivis Smitt 2014, p. 30-32.

50 Sillivis Smitt 2014, p. 31.

51 ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:891, onder 4; ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:890, onder 4 (volle *ex nunc* toets); en ABRvS 22 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1759, onder 4 (ne bis-beoordelingskader onder artikel 4:6 Awb).

52 Zie o.a. Van den Eynde 2013.

deel te nemen.⁵³ Buiten de Awb om krijgt de organisatie de mogelijkheid om stukken in te brengen en aan de procedure deel te nemen. Reden daarvoor is dat het begrip veilig land van herkomst in een groot aantal asielzaken bij de staatssecretaris en bij de gerechten aan de orde is en de te wijzen uitspraak de rechtseenheid, rechtsontwikkeling en rechtsbescherming in algemene zin beoogt te bevorderen.⁵⁴

De idee dat de amicus curiae een nuttige functie binnen het bestuursprocesrecht kan vervullen, lijkt breed te worden gedragen.⁵⁵ In het onlangs verschenen Rapport van de Commissie rechtseenheid bestuursrecht wordt voorgesteld om bij grote rechtsvormende zaken inspraak door een amicus curiae mogelijk te maken.⁵⁶ Juist in zaken waarin boven-individuele belangen een rol spelen en de uitspraak grote gevolgen kan hebben voor vervolgbesluiten, kan de inbreng van de derde relevante informatie ontsluiten, die de individuele belanghebbende niet heeft. En soms zal die informatie ook voor het gerecht minder toegankelijk zijn, zeker als het gaat om meer feitelijke informatie, om gevolgen voor belangen die niet in het proces zijn vertegenwoordigd of om informatie over een zeer specialistisch rechtsgebied. De amicus kan verschillende gedaanten aannemen, variërend van onafhankelijke deskundige tot belangenbehartiger.

“De amicus curiae zal in veel gevallen echter, zoals ook in de common lawlanden, veeleer de gedaante aannemen van een derdebelanghebbende die zich voegt in een procedure waarin hij belang heeft bij de gevolgen die de uitkomst van deze procedure zal hebben voor toekomstige gevallen.”⁵⁷

De amicus heeft overigens niet de status van partij met bijbehorende procesrechten, zoals de mogelijkheden om gronden te formuleren en aan de zitting deel te nemen. Hij verkrijgt doorgaans enkel de mogelijkheid om per brief het gerecht van informatie te voorzien. Dat is ook wat de Commissie rechtseenheid bestuursrecht voorstelt. Ook anderen dan partijen krijgen de mogelijkheid om schriftelijk te reageren op aan de rechtseenheidskamer voorgelegde rechts-

vragen.⁵⁸ Een dergelijke voorziening zou belangenorganisaties niet veel meer macht geven dan zij thans informeel aanwenden. Hun inbreng in procedures wordt wel beter zichtbaar. Bij rechtsbescherming tegen individuele uitvoeringsbesluiten heeft de constructie van de amicus curiae, vergeleken met het toekennen van belanghebbendheid aan die organisaties, het voordeel dat een belangenorganisatie zich niet het geschil van een individu kan toe-eigenen, zonder dat het individu daar prijs op stelt. Aan de andere kant kan de belangenorganisatie als partij meer volwaardig meedoen aan het proces en zo op meer effectieve wijze het bovenindividuele vraagstuk uitprocederen.

3.3 *Het bestuursorgaan als verkapte eiser*

Het door het bestuursorgaan geëntameerde proefproces (zie paragraaf 2.3) past gemakkelijker in de Awb, maar niet geheel naadloos.⁵⁹ Het bestuursorgaan neemt een besluit dat een geschil opwekt tussen hem en de belanghebbende. Uiteraard bepaalt de opstelling van het bestuursorgaan mede hoe snel, hoe groot en hoe principieel dat geschil aan de rechter wordt voorgelegd. Zo draagt het bestuursorgaan bij aan het ontstaan van een proefproces, al is het formeel nog steeds de belanghebbende die op grond van artikel 8:1 Awb een daadwerkelijk geschil aan de rechter voorlegt. Die belanghebbende moet wel ‘toehappen’ en de principiële opstelling van het bestuur aan de orde willen stellen. Soms is er wel wat rek nodig in de toepassing van rechtsregels om het ‘geschil’ als proefproces door te kunnen zetten. Zo kan het bestuursorgaan over ontvankelijkheidsdrempels heen stappen, bijvoorbeeld door stellingen van de belanghebbende niet te betwisten en een besluit aan te nemen⁶⁰, of door een symbolische boete van € 1,- in rechte te handhaven, zodat de belanghebbende procesbelang heeft. Het verschildt per zaak of de rechter ook in die rekkelijkheid mee wil gaan.⁶¹ In het voorbeeld van de symbolische boete stapte de Afdeling over een schending van het ‘ne bis in idem-beginsel’ heen (de belanghebbende kreeg een tweede boete voor dezelfde overtreding), omdat de belanghebbende graag een inhoudelijk oordeel wilde over de mogelijkheid tot sanctioneren.⁶² De wettelijke regels worden wat opgerekt om het

53 ABRvS 14 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2474, JV 2016/271, m.nt. Boeles. In de uitspraak wordt de UNHCR niet als partij aangemerkt, maar wel uitgenodigd om stukken in te brengen en op zitting het woord te voeren.

54 ABRvS 14 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2474, r.o. 1.1, JV 2016/271, m.nt. Boeles.

55 Positief zijn o.a. J.C.A. de Poorter, *Het overbruggen van de kloof tussen recht en samenleving. Over rechtsvorming door de bestuursrechter en hoe de samenleving daarbij te betrekken* (oratie Tilburg), 2013, p. 32-35; De Poorter 2015, p. 40-49, T. Barkhuysen, ‘Betere bestuursrechtelijke rechtsvorming met een amicus curiae’, *NJB* 2014, p. 633 en M. Scheltema, ‘De Hoge Raad en het algemeen belang’, in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 810-811.

56 Rapport van de Commissie rechtseenheid bestuursrecht, *Rechtseenheid tussen de Hoge Raad en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*, augustus 2016, aangeboden aan de Tweede Kamer bij Kamerbrief van 5 september 2016. Zie m.n. p. 19-20 en 30-31. In het voorgestelde artikel 8:118m, derde lid, sub c Awb krijgen ook anderen dan partijen de mogelijkheid om schriftelijk te reageren op aan de rechtseenheidskamer voorgelegde rechtsvragen.

57 De Poorter 2013, p. 34.

58 De voorgestelde bepaling luidt: ‘de Afdeling stelt vervolgens partijen en anderen in de gelegenheid om binnen een door de Afdeling te bepalen termijn schriftelijke opmerkingen te maken; de aankondiging hiervan aan anderen dan partijen geschiedt op een door de Afdeling te bepalen wijze’, Rapport Commissie rechtseenheid bestuursrecht 2016, p. 41.

59 Overigens is het idee dat ook bestuursorganen procederen om collectieve belangen zeker te stellen niet wezensvreemd. Artikel 3:305b BW maakt het (theoretisch) mogelijk dat publiekrechtelijke rechtspersonen als de Staat of de gemeente een collectieve actie bij de burgerlijke rechter instellen, zie Jan van der Grinten, ‘De collectieve overheidsactie verdient nadere verkenning’, *VAR-column* 10 januari 2014, <http://verenigingbestuursrecht.nl/2014/01/doorgeefcolumn-de-collectieve-overheidsactie- verdient-nadere-verkenning/>.

60 Rb. Amsterdam 12 juli 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:4209, r.o. 3.1.1, ‘Omwille van het ‘proefproces’ is verweerder er echter vanuit gegaan dat eiseres in genoemde maanden een iets lager bedrag aan operationele toelage heeft ontvangen dan gemiddeld’, zodat er een gewijzigde salarisspecificatie voorligt en er een besluit kan worden aangenomen.

61 In noot 60 wilden bestuur en rechter dat wel, in ABRvS 28 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3302 wensten bestuursorgaan noch rechter een rechtsoordeel als besluit te kwalificeren.

62 ABRvS 12 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM4162, r.o. 2.3.2, JB 2010/162.

door het bestuur gewenste proefproces te faciliteren. Daar staan wij kritischer tegenover, omdat die rekkelijkheid het gezag van rechtsregels (van openbare orde) aantast en tot rechtsongelijkheid leidt.⁶³

4. Selectie en agendering van het proefproces⁶⁴

Zaaktoedeling en zaakselectie zijn in de Nederlandse rechtsorde overgelaten aan de rechtspraak. Doorgaans zal 'first in, first out' de praktijk op de griffie zijn.⁶⁵ De eerst binnenvallende zaak op de griffie is niet per definitie de zaak die de belangenorganisatie of het bestuur voor het proefproces op het oog heeft. Maar ook in die eerste toevallig binnenvallende zaak kan dezelfde principiële vraag spelen, waarbij mogelijk die zaak als rechtsvormend wordt aangegrepen. Hoe krijgen bestuur en belangenorganisatie hun zaak tot proefproces gepromoveerd en als eerste op de zittingsagenda?

Gaat het om een gewenst proefproces teneinde de handhavingspraktijk van het bestuursorgaan aan een rechterlijke toets te onderwerpen, dan valt een dergelijk proefproces voor het bestuursorgaan vrij gemakkelijk te regisseren. Het bestuursorgaan kan een zaak selecteren waarin het als eerste tot handhaving overgaat.⁶⁶ Bij besluiten op aanvraag of periodieke heffingen is meer regie nodig om 'de juiste zaak' als eerste aan de rechter voorgelegd te krijgen.⁶⁷ Het bestuursorgaan neemt dan bijvoorbeeld alleen in die betreffende zaak een beslissing op bezwaar en houdt andere zaken aan, totdat een rechterlijke uitspraak is verkregen. Daarvoor zijn onderhandelingen nodig, want met de invoering van de dwangsom bij niet tijdig beslissen is het voor bestuursorganen lastig geworden om een cohort van besluiten aan te houden. Kan tot een schikking worden gekomen, wie draagt de kosten van het proces, hoe gaat het bestuur met vervolgbesluiten om?⁶⁸ Die regie is mogelijk als het bestuursorgaan een uitvoeringstaak op rijksniveau uitvoert (en betrokken belanghebbenden een soortgelijk belang hebben en goed georganiseerd zijn in een belangenvereniging). Bij gedecentraliseerde besluitvorming kan het gerecht gemakkelijk een besluit van een orgaan van een andere gemeente of provincie aangrijpen om een rechtsvormende uitspraak te doen. Waarschijnlijk kan dan alleen informeel overleg tussen bestuur en gerecht verzekeren dat 'de juiste zaak' als eerste als proefproces wordt geagendeerd. De mogelijkheden van het bestuur tot agendering en selectie van het proefproces zijn aanzienlijk groter dan de mogelijkheden vanuit het maatschappelijk veld.

Is de selectie van het proefproces bij het bestuursorgaan goed verlopen, dan doen zich in de rechterlijke fase beperkt problemen voor. De geselecteerde zaak zal in beginsel als eerste binnenvallen en kan daarmee de functie van pilot vervullen. Heeft de bestuurlijke fase niet tot een selectie geleid of kunnen overige zaken niet worden aangehouden, dan is het lastiger om een proces als proefproces geagendeerd te krijgen. Het is dan primair het gerecht dat bepaalt welke zaak eerst wordt behandeld en of de rechtsoverwegingen zeer op de casus worden geënt dan wel worden geformuleerd als richtinggevend voor de bredere uitvoeringspraktijk. Wil de belangenorganisatie invloed hebben, dan moet zij weten welke zaak van welke eiser als eerste dient. Dat is geen gemakkelijk toegankelijke informatie.

Een proefproces, of deelname daaraan, valt niet af te dwingen. Uitgesloten belanghebbenden kunnen dat als onrechtvaardig ervaren. Zo beklagde een partij zich erover dat het UWV alleen met de grotere accountantskantoren aan tafel wilde zitten en niet met eisers accountantskantoor een proefproces wilde starten over de wijze van berekening van het premieloon. Dat achtte zij onder meer in strijd met het gelijkheidsbeginsel en het verbod van détournement de procedure. Zo had zij nagenoeg geen invloed uit kunnen oefenen op de discussie rond de rechtmatigheid van het beleid. De rechtbank brandt er haar vingers niet aan en overweegt alleen dat 'niet is gebleken dat eiseres is beknot in de mogelijkheden van rechtsbescherming die de (...) Awb haar biedt'.⁶⁹ Een wrakingsverzoek, teneinde deelname aan een proefproces te bewerkstelligen, is evenmin een begaanbare weg. De zaakselectie vormt een aangelegenheid van rechterlijk beleid bij de planning van behandeling en agendering van zaken. Omdat een klacht daarover geen betrekking heeft op de persoon van de rechter, kan zij niet tot wraking leiden.⁷⁰ Een verzoek om de eigen zaak naar een meervoudige, grote (of toekomstige rechtseenheids-)kamer door te verwijzen, is evenmin een krachtig middel. Die procesbeslissing is de verantwoordelijkheid van het gerecht.⁷¹ De belanghebbende die zijn zaak niet als proefproces behandeld krijgt, rest niet veel anders dan zich daarbij neer te leggen.

Het is begrijpelijk dat de rechtspraak hierbij regie voert, om de eigen rechtsvormende taak goed te kunnen vervullen. Bij die regie en zaakselectie zou de rechtspraak de representativiteit van de zaak moeten betrekken. Zo benadrukt ook de Afdeling advisering van de Raad van State in zijn advies bij de invoering van massaal bezwaar (met proefproces) in het belastingrecht:

"De Raad wijst erop, dat er bij massaal bezwaar geen twijfel moet bestaan aan de representativiteit van het aan de rechter voorgelegde geval en aan de wijze waarop de rechtsvraag aan de rechter is voorgelegd en toegevoegd. Het voorstel zal derhalve moeten worden aange-

63 Zie Schuurmans 2015, p. 16.

64 Deze paragraaf is grotendeels ontleend aan de oratie van Schuurmans 2015, i.h.b. p. 13.

65 Zie daarover nader M.L. van Emmerik, J.P. Loof & Y.E. Schuurmans, *Systeemwaarborgen voor de kernwaarden van de rechtspraak*, Research Memoranda Nummer 2/2014, par. 3.3.

66 Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 14 juli 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BB0246.

67 Dit is nader uitgewerkt en geïllustreerd aan de hand van casus in Y.E. Schuurmans, 'Massale procedures in het bestuursrecht', *NJB* 2013, p. 1314-1323.

68 Zie nader Schuurmans 2013.

69 Rb. Breda 6 oktober 2004, ECLI:NL:RBBRE:2004:AR7399, r.o. 2.4.

70 CRvB 7 juni 2001, ECLI:NL:CRVB:2001:AB2487, AB 2001/262, m.nt. Pennings; JB 2001/218, m.nt. A.W. Heringa; *USZ* 2001/196.

71 ABRvS 8 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2148, AB 2015/279, m.nt. Koenraad; CRvB 31 juli 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2593.

vuld met een regeling inzake de selectie van de aan de rechter voor te leggen gevallen, waarbij de organisaties van belastingadviseurs betrokken kunnen worden (...).⁷²

De betrokkenheid van de belangenorganisatie kan die representativiteit vergroten. De ene eiser is veel beter in staat met expertise en kracht van argumenten een bepaalde wijze van regeltoepassing te bestrijden dan de andere eiser. Collectieve belangenorganisaties hebben meer expertise én een grotere legitimatie om voor het bovenindividuele belang op te komen dan die ene toevallige eiser.⁷³

Het belang van zaakselectie neemt overigens af als een *amicus curiae* regeling wordt ingevoerd. De belanghebbende of belangenorganisatie die de eigen zaak niet als proefproces geagendeerd krijgt, verkrijgt dan wel de mogelijkheid om inspraak te hebben op het bovenindividuele vraagstuk. Een andere manier om de gevoeligheden rond zaakselectie weg te nemen biedt het clusteren van rechtszaken die een identieke rechtsvraag opwerpen. Dat gebeurde onlangs in zaken over de Wmo 2015, de volledige *ex nunc*-toets in het asielrecht en de vingerafdrukkenopslag onder de nieuwe Paspoortwet. In dat geval geschiedt de rechtsvorming over de band van meerdere casus en aan de hand van de argumentatie van verschillende belanghebbenden. Inbreng van de belangenorganisatie is daar echter nog niet mee gewaarborgd.

5. De legitimatie van het proefproces

5.1 Proefprocessen van belangenorganisaties in een democratisch-rechtsstatelijk perspectief

Nu proefprocessen vooral door belangenorganisaties lijken te worden ingezet, komt de vraag naar de legitimatie van dat proefproces voor een groot deel neer op de legitimatie van het beroepsrecht van dergelijke organisaties. Daarover is al het nodige geschreven.⁷⁴ Van Buuren stelt dat de wenselijkheid van beroepsrecht voor belangenorganisaties primair een rechtspolitieke vraag is, aangezien het antwoord in grote mate wordt bepaald door de visie op wat een democratische rechtsstaat in essentie inhoudt.⁷⁵ Procederende belangenorganisaties kunnen worden beschouwd als een

bedreiging voor het primaat van bestuur en wetgever, die als exclusieve behartigers van het algemeen belang hebben te gelden.⁷⁶ Voor de rechter is dan slechts een rol weggelegd in het kader van subjectieve rechtsbescherming. Het debat is de laatste jaren evenwel verbreed, waarbij ook aandacht bestaat voor de rechtsvormende taak van de bestuursrechter in zaken met individu-overstijgende belangen.⁷⁷ Belangenorganisaties kunnen vanwege hun spreekbuisfunctie, kennis en ervaring tegenwicht bieden aan het bestuur en hiermee de controlerende rol van de bestuursrechter binnen het stelsel van *checks and balances* mede faciliteren. In plaats van belangenorganisaties neer te zetten als 'oneigenlijke procesdeelnemers' die het bestuur frustreren⁷⁸, kunnen zij ook worden gezien als entiteiten die de controlerende rol van de rechter versterken.

Hoewel belangenorganisaties democratische legitimatie ontberen, in die zin dat zij niet gekozen zijn, kunnen zij een belangrijke bijdrage leveren aan de democratische legitimiteit van rechtsvorming door rechters.⁷⁹ Diverse auteurs onderscheiden de concepten van inclusie en onafhankelijkheid als de kern van de democratisch-rechtsstatelijke legitimiteit van rechterlijke rechtsvorming.⁸⁰ Bij uitstek belangenorganisaties kunnen in procedures met grote sociale, politieke en economische gevolgen – die ver boven de belangen van de procespartijen uitstijgen – de inclusie vergroten. Simmons verwoordt dit als volgt:

“In the judicial context, democratic inclusion provides that persons impacted by decisions should participate in the lawmaking process. The routinization characteristic of modern *amicus* participation creates the impression, whether actual or perceived, that groups have the opportunity to weigh in on judicial decisions that broad social and political ramifications”.⁸¹

In het bijzonder kunnen belangenorganisaties een belangrijke rol spelen voor gemarginaliseerde groepen in de samenleving, die hun belangen in de politieke arena of voor een rechter moeilijker weten te behartigen dan goed bedoelde en georganiseerde groepen. Dat is bijvoorbeeld een van de drijfveren voor VluchtelingWerk om strategisch te procederen, als aanvulling op de politieke lobby:

“Steeds meer regelgeving komt uit Brussel, en Nederland legt die regelgeving zo restrictief mogelijk uit. Wij betogen bijvoorbeeld al jaren dat Nederland een te zware bewijslast legt op de asielzoeker, maar in het huidige politieke klimaat is het moeilijk om de politiek daarvan te

72 Kamerstukken II 2001/02, 28349, B, p. 5.

73 In dat licht wordt ook de mogelijkheid van inspraak van belangenorganisaties bij het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad breed gewaardeerd, zie I. Giesen e.a., *De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad: een tussentijdse evaluatie in het licht van de mogelijke invoering in het strafrecht* (Onderzoek verricht in opdracht van het WODC), Utrecht 2016, p. 137.

74 Zie o.a. M. Scheltema, 'Het beroepsrecht van organisaties die voor het algemeen belang opkomen: Wensen voor een goede vormgeving van deze zelfstandige actie', in: A.A.J. de Gier, G.T.J.M. Jurgens, H.F.M.W. van Rijswijk, J. Robbe & B.J. Schueler, *Goed verdedigbaar: Vernieuwing van bestuursrecht en omgevingsrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 149-157; De Poorter 2003; M.A. Heldeweg, R.J.N. Schlössels & R.J.G.H. Seerden, 'De kwadratuur van de algemeen belangactie: Over de legitimiteit van algemeen belangacties in democratisch-rechtsstatelijk en rechtsvergelijkend perspectief', *Themis* 2002, p. 43-58; R.J.N. Schlössels, 'Wie beschermt de beschermelingen tegen hun beschermers? Enige publiekrechtelijke kanttekeningen bij algemeen-belangacties' in: A.W. Jongbloed (red.), *Samen sterk*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2002; P.K.K. van Buuren, *Kringen van belanghebbenden: In het bijzonder in procedures tegen de overheid* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1978.

75 Van Buuren 1978, p. 116.

76 Heldeweg, Schlössels & Seerden 2002, p. 54.

77 Zie bijv. De Poorter 2015, p. 40 en Scheltema 2015.

78 Wat mogelijk mede ten grondslag ligt aan de aanscherping van de vereisten voor belanghebbendheid van ideële belangenorganisaties in ABRvS 1 oktober 2008, AB 2008348, m.nt. Michiels, JB 2008/239, m.nt. Schlössels, vgl. K.J. de Graaf, J.H. Jans & H.D. Tolsma, 'Milieuorganisaties door de mangel. De wetgever gepasseerd?', *NJB* 2009, p. 80-87.

79 Vgl. De Poorter 2015, p. 42.

80 Zie bijv. De Poorter 2015, p. 43; O.S. Simmons, 'Picking Friends from the Crowd: Amicus Participation as Political Symbolism', (2009) 42 Connecticut Law Review 185, p. 198.

81 Simmons 2009, p. 198.

overtuigen. De echt stevige manier om de rechten van vluchtelingen en asielzoekers te effectueren is dan om de kwestie voor te leggen aan de Europese rechter.”⁸²

Deze politieke verwaarlozing van belangen vormt ook voor de *MOBilisation for the Environment* een reden om besluitvorming, in het bijzonder vergunningverlening aan de agrarische sector, te bestrijden. Zij komt actief op voor de Nederlandse natuur dat als ‘politiek weeskind’ weinig gewicht heeft in een politiek landschap van stedelijk georiënteerde partijen.

“De woordvoerders natuur en milieu van enkele politieke partijen zijn structureel mensen afkomstig uit de veehouderijsector. (...) De meeste andere partijen hebben amper binding met het platteland. Het zijn overwegend stedelijk georiënteerde partijen, met weinig achterban en inzicht in het buitengebied. De verschillen tussen plattelandspolitiek en stedelijke politiek zijn aanzienlijk. In de plattelandspolitiek domineert agrarische belang, met een zwakke stem voor natuurbelangen. (...) Meer stedelijk georiënteerde politieke partijen tonen zich volstrekt incompetent in deze politieke retoriek, en laten hun politieke dossier ‘overheid en plattelandsbestuur’ veelal versloffen.”⁸³

Waar het algemene belang weinig wordt opgepakt door politieke partijen, kan procederen bij de bestuursrechter uitkomst bieden. Uit de mediaberichten blijkt ook dat dit voor belangenorganisaties daadwerkelijk een incentive is om van het bestuursrechtelijk proces gebruik te maken. Door belangenorganisaties ingestoken en gestuurde processen zijn hiermee een rechtssociologische realiteit. De door hun behartigde belangen kunnen vervolgens door de bestuursrechter worden onderzocht op mogelijke bescherming door het recht.⁸⁴ Dat belangenorganisaties betogen op te komen voor het algemeen belang, terwijl zij feitelijk opkomen voor een (gepretendeerd) deelbelang, hoeft niet problematisch te zijn. Het zijn immers de bestuursrechters, en niet de belangenbehartigers, die uiteindelijk een afgewogen beslissing nemen.

5.2 Proefprocessen van belangenorganisaties en equality of arms

De overheid neemt met haar beschikbare middelen en kennis vaak een sterkere positie in dan de individuele belanghebbende in een bestuursrechtelijk proces. Belangenorganisaties kunnen voor dit verschil in procespositie compenseren. Kennis is in deze tijd zo belangrijk en ontwikkelt zich dusdanig snel dat er vaak niet (meer) op één plaats – ook niet bij de overheid – over alle kennis wordt beschikt. Belangenorganisaties kunnen een belangrijke rol spelen door kennis uit verschillende bronnen samen te brengen en draagvlak vanuit de samenleving voor bepaalde belan-

gen te vergroten.⁸⁵ Deze organisaties volgen dossiers op hun beleidsgebied vaak al gedurende lange tijd op de voet. Daarmee beschikken zij over meer feitelijke en/of juridische kennis dan de burger die vaak plotseling met een voor hem negatieve uitwerking van bepaalde wet- en regelgeving wordt geconfronteerd. Vanuit het perspectief van *equality of arms* juicht emeritus hoogleraar Kees Groenendijk de aanpak van de Commissie Strategisch Procederen van VluchtelingenWerk toe:

“De Staat laat zich in zo’n zaak vertegenwoordigen door een gespecialiseerde afdeling bij het ministerie van Buitenlandse Zaken, terwijl de gemiddelde vreemdelingenadvocaat misschien maar één keer in zijn carrière in Straatsburg of Luxemburg komt. Voor een eerlijke rechtsstrijd met gelijke kansen moet je een beroep kunnen doen op specifieke expertise en ervaring.”⁸⁶

Kortom, met hun expertise kunnen belangenorganisaties als vriend van eiser bijdragen aan een gelijkwaardig proces. Die rol is terug te vinden in de mediaberichtgeving: in proefprocessen procederen belangenorganisaties vaak mét in plaats van tegen de burger.

Naast eiser kan ook de bestuursrechter gediend zijn met de informatie die de belangenorganisatie inbrengt, omdat dit de informatiepositie van de rechter vergroot. Het is vervolgens aan de bestuursrechter om deze informatie te wegen en, zoals hij eigenlijk van nature doet, zich bewust te zijn van het feit dat informatie partijdig of gekleurd kan zijn.⁸⁷

6. Slot

In proefprocessen wordt vanuit de maatschappij gevraagd om een principiële uitspraak te doen, die richtinggevend kan zijn voor een groot aantal gevallen. In het bestuursrecht gaat het dan vaak om bovenindividuele vraagstukken die spelen bij de invoering of wijziging van regelgeving en beleid. De rechtspraak identificeert weinig processen als proefproces, afgaande op jurisprudentie. Dat is weinig verrassend nu het proefproces een sociaal fenomeen is en geen wettelijk begrip. Mediaberichten werpen daar meer licht op en laten zien dat belangenorganisaties en bestuursorganen proefprocessen entameren. Belangenorganisaties agenderen een bovenindividueel vraagstuk en gaan op zoek naar een individuele rechtszaak die geschikt is om dat vraagstuk uit te procederen. Zij kunnen niet zelf bij de bestuursrechter procederen, nu geen beroep tegen regelgeving en beleid openstaat en zij bij individuele uitvoeringsbesluiten (met een parallel belang aan het individu) geen belanghebbende zijn. Bestuursorganen kunnen bij de aanvang van de uitvoering van nieuwe (beleids)regels een zaak principiële insteken en zo een proefproces uitlokken. De onthouding van beroepsrecht aan belangenorganisaties (en bestuursorganen tegen hun eigen besluiten) lijkt er niet toe te leiden dat min-

82 Sillevs Smitt 2014 p. 31.

83 www.mobilisation.nl/index.php?id=9.

84 Heldeweg, Schlössels & Seerden 2002, p. 54-55.

85 Scheltema 2011, p. 154.

86 Sillevs Smitt 2014, p. 32.

87 Barkhuysen 2014; Giesen e.a. 2016, p. 138.

der procedures voor de bestuursrechter worden gevoerd. Artikel 1:2 en 8:26 Awb vormen een processuele belemmering, die belangenorganisaties door informele 'zaakadoptie' kunnen ontwijken. De praktijk van zaaktoedeling en zaakselectie maakt het voor partijen lastig om hun proefproces als eerste in de rij gepositioneerd te krijgen. Heeft de bestuurlijke fase niet tot de selectie van een proefproces geleid, dan is afstemming met de rechtspraak nodig.

Het maatschappelijk veld loopt dus tegen verschillende belemmeringen aan wanneer het rechtsvorming door de bestuursrechter wenst. Die belemmeringen kunnen op verschillende wijzen worden weggenomen. De grootste belemmering is gelegen in de beperkte rechtsmacht van de bestuursrechter. Omdat niet direct tegen regelgeving en beleid beroep kan worden ingesteld, moeten bovenindividuele vraagstukken over de band van individuele uitvoeringsbesluiten bij de bestuursrechter worden uitgediscussieerd. Dat systeem maakt zaakselectie zeer belangrijk en beperkt de toegang van belangenorganisaties tot het proces. De meest rigoureuze oplossing zou zijn om het directe beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels alsnog open te stellen. Het is geen geheim dat wij daar voorstander van zijn.⁸⁸ Mocht dat ook de komende jaren een stap te ver blijken te zijn, dan kunnen andere oplossingen worden gezocht om bovenindividuele vraagstukken beter uit te laten procederen, waarbij wij een aanzienlijke rol voor belangenorganisaties zien. Zij versterken de democratisch-rechtsstatelijke legitimiteit van rechterlijke rechtsvorming. Met hun inbreng van informatie zorgen zij voor deskundigheid, versterken ze de controlerende taak van de rechter, geven zij groepen in de samenleving die geen partij zijn (maar wel een belang hebben) een stem en bevorderen ze de *equality of arms*. Bovendien zijn zij meer gelegitimeerd om het bovenindividuele vraagstuk uit te procederen dan de belanghebbende wier zaak toevallig als eerste dient.

Binnen de kaders van het huidige stelsel verdient het wat ons betreft de voorkeur om de (nu al bestaande) invloed van organisaties meer transparant te maken. Dat kan door hen als derde-partij tot het proces toe te laten, dan wel voor hen de mogelijkheid open te stellen als *amicus curiae* informatie in te brengen. Toekenning van belanghebbendheid geeft belangenorganisaties de meeste procesmogelijkheden om het bovenindividuele belang uit te procederen, maar heeft als nadeel dat zij het proces van een individuele burger zich ongevraagd toe kunnen eigenen. Toekenning van het recht om uit eigen beweging als *amicus curiae* informatie in het proces te brengen, maakt hun invloed transparant. Zaakselectie is daarbij een minder gevoelig punt omdat niet per se één bepaalde zaak, waaraan de belangenorganisatie zich heeft geëngageerd, als eerste behandeld hoeft te worden. In dat licht heeft binnen het huidige kader van de Awb een *amicus curiae* regeling onze voorkeur.

88 Zie Y.E. Schuurmans & W.J.M. Voermans, 'Artikel 8:2 Awb: weg er mee!', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden, J.E.M. Polak (Eds.) *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2010, p. 809-832 en Schuurmans 2015.