

Strategisch procederen in het bestuursrecht

V A R V E R E N I G I N G V O O R B E S T U U R S R E C H T

Preadviezen Jonge VAR 2017

mr. R. Stolk, mr. L. van der Meulen,
mr. M. Wolfrat & mr. K. de Meulder

16

Strategisch procederen in het bestuursrecht

Preadviezen uitgebracht door

mr. R. Stolk

mr. L. van der Meulen

mr. M. Wolfrat

mr. K. de Meulder

Voor de bijeenkomst

van de Jonge VAR

17 november 2017

© 2018 VAR Vereniging voor Bestuursrecht

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6290-483-5

ISBN 978-94-6274-851-4 (e-book)

NUR 823

www.boomjuridisch.nl

Inhoud

Voorwoord	7
De legitimiteit van strategisch procederende belangenorganisaties Mr. R. Stolk	9
Strategisch procederen: het bevoegd gezag aan het roer Mr. L. van der Meulen	65
Proefprocessen en rechtsvorming – ook de bestuursrechter maakt strategische keuzes Mr. M. Wolfrat en mr. K. de Meulder	95
Verslag van de Jonge VAR op 17 november 2017 over strategisch procederen in het bestuursrecht Mr. J. Kennis	133

De legitimiteit van strategisch procederende belangenorganisaties

Mr. R. Stolk*

I	Inleiding	II
2	Procesrechtelijke mogelijkheden en belemmeringen	15
2.1	Juridische procedure als onderdeel van een bredere strategie	15
2.2	Naar de bestuursrechter?	16
2.2.1	Mogelijkheden	17
2.2.2	Beperkingen	19
2.2.3	Informele route van het proefproces	21
2.2.4	Amicus curiae	22
2.2.5	Tussenconclusie	22
2.3	Naar de civiele rechter?	23
2.3.1	Mogelijkheden	24
2.3.2	Beperkingen	25
2.3.3	Ontvankelijkheid in procedures die zich niet richten tegen algemene regels	29
2.3.4	Voorgestelde wijzigingen van het collectieve actierecht	32
2.3.5	Tussenconclusie	33
3	Huidig legitimiteitsdebat	35
3.1	Bestuursrecht	35
3.1.1	Ratio bestuursrecht	35
3.1.2	Wetsgeschiedenis met betrekking tot artikel 1:2 lid 3 Awb	36
3.1.3	Jurisprudentie met betrekking tot artikel 1:2 lid 3 Awb	37
3.1.4	Discussie over artikel 1:2 lid 3 Awb in de literatuur	38
3.2	Civil recht	45
3.2.1	Ratio civil recht	46
3.2.2	Wetsgeschiedenis met betrekking tot artikel 3:305a BW	46
3.2.3	Jurisprudentie met betrekking tot artikel 3:305a BW	48
3.2.4	Discussie over artikel 3:305a BW in de literatuur	49
3.2.5	Tussenconclusie	53

* Rowie Stolk is werkzaam als promovenda bij de afdeling Staats- en Bestuursrecht van de Universiteit Leiden. Zij dankt Ymre Schuurmans, Jerfi Uzman, Robert Jan Koopman, Nicolien van den Biggelaar en Amy Elzackers voor hun opmerkingen bij een eerdere versie van dit preadvies.

4	Noodzaak tot herziening debat over strategische procedures	55
4.1	Veranderende rol belangenorganisaties binnen de maatschappij	55
4.1.1	Digitalisering	55
4.1.2	Toenemend belang van kennis tegen de achtergrond van kennisasymmetrie	56
4.1.3	Veranderend politiek landschap	57
4.2	Reactie op het huidige debat	58
4.2.1	Onderscheid collectieve en algemene belangen moeilijk te maken	59
4.2.2	Meer dan alleen het milieu	59
4.2.3	Civiele lessen	59
4.2.4	Effectieve rechtsbescherming waar democratisch proces faalt?	60
4.2.5	Procesrechtelijke puzzel maskeert reële geschillen en leidt tot arbitraire uitkomsten	61
5	Conclusie	63

I Inleiding

In de jaren zeventig van de vorige eeuw schreef de Amerikaanse professor Chayes een baanbrekend artikel over wat hij noemde ‘public law litigation’.¹ In tegenstelling tot de ‘traditionele’ procedure waarin een individueel geschil centraal staat, gaat het bij dit nieuwe type proces om publiekrechtelijke procedures met een bovenindividuele insteek. Chayes constateert dat Amerikaanse rechters in toenemende mate worden geconfronteerd met procedures waarbij de inzet maatschappelijke, sociale, politieke of juridische verandering betreft.² Deze procedures zijn vaak toekomstgericht van aard, betreffen bredere belangen dan die van de bij het geding betrokken partijen, leggen de nadruk op ideële aspecten en worden vaak gevoerd door of met steun van belangenorganisaties.³ De opkomst van public interest litigation beperkt zich niet tot Amerika, maar is wereldwijd zichtbaar.⁴

Het Nederlandse rechtsstelsel focust zich echter – volgens sommigen in toenemende mate – primair op individuele geschillenbeslechting, juist ook waar het procedures tegen de overheid betreft.⁵ Karakteristiek hiervoor zijn de uitsluiting van bestuursrechtelijk beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels, het grondwettelijk toetsingsverbod en de afwezigheid van een constitutioneel hof. Toch wordt ook de Nederlandse rechtspraak in toenemende mate geconfronteerd met strategische procedures. Zo startte het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten (NJCM) in 2014 met het Public Interest Litigation Project (PILP), een vijfjarige pilot om de mogelijkheden van strategisch procederen op het gebied van mensenrechten in Nederland te verkennen.⁶ De dossiers van PILP zijn veelzijdig: van Afghaanse 1F’ers, het uitsterfbeleid woonwagenkampen en treinen zonder toilet tot wapenexport en de controversiële Sleepwet. Een ander

1 A. Chayes, ‘The Role of the Judge in Public Law Litigation’, *Harvard Law Review* (89) 1976, p. 1281-1316.

2 Chayes 1976, p. 1288 e.v.

3 Chayes 1976, p. 1288 e.v.; J. Uzman & G. Boogaard, ‘Make it a Better Place: Transnational Public Interest Litigation and the Separation of Powers’, in: H.M. ten Napel & W. Voermans (eds.), *The Powers that be: Rethinking the Separation of Powers*, Leiden: Leiden University Press 2015, p. 295-318; L. Enneking & E. de Jong, ‘Reguleren van onzekere risico’s via public interest litigation?’, *NJB* 2014/1136, p. 1543-1551.

4 Zie bijv. m.b.t. Zuid-Afrika S. Budlender, G. Marcus & N. Ferreira, *Public Interest Litigation and Social Change in South Africa: Strategies, tactics and lessons*, The Atlantic Philanthropies 2014; m.b.t. India C.D. Cunningham, ‘Public interest litigation in Indian Supreme Court: a study in the light of American experience’, *Journal of the Indian Law Institute* (29) 1987, p. 494-523.

5 Zie bijv. B.J. Schueler, ‘Tussen te veel en te weinig: Subjectivering en finaliteit in de bestuursrechtspraak’ (preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht), in: B.J. Schueler, B.J. van Ettehoven & J. Hoekstra, *Rechtsbescherming in het omgevingsrecht*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2009.

6 Zie pilpnjcm.nl. Alle websites waarnaar wordt verwezen zijn op het laatst geraadpleegd op 31 oktober 2017.

voorbeeld is het Proefprocessenfonds Clara Wichmann, onder andere bekend van de SGP-zaken,⁷ die principiële en proactieve rechtszaken ondersteunt om de rechtspositie van vrouwen te verbeteren.⁸ Andere bekende strategische procedures zijn voorbeeld de Zwarte Pieten-zaak,⁹ de Urgenda-zaak¹⁰ en de kortgedingprocedure van de Vereniging Milieudefensie en Stichting Adem in Rotterdam.¹¹ Belangenorganisaties proberen, kortom, ook in Nederland de rechtsgang te gebruiken als een middel om maatschappelijke, sociale, politieke of juridische veranderingen te realiseren. Dit doen zij niet alleen door zelf als formele procespartij een strategische procedure te initiëren, maar ook ‘informeel’ door achter de schermen een proefproces van een individuele burger aan te sturen of te ondersteunen.¹² Belangenorganisaties die strategisch willen procederen, worden daarin bovendien mede gesteund door initiatieven als Pro Bono Connect, dat het NJCM eind 2015 lanceerde om maatschappelijke organisaties in contact te brengen met advocatenkantoren.¹³

Strategische procedures wijken af van het ‘traditionele’ geding. Natuurlijk zal procederen vanuit het perspectief van partijen, hun gemachtigden of advocaten vrijwel per definitie een strategische aangelegenheid betreffen. Welke gronden en bewijsstukken worden ingediend en op welk moment, en wat is een optimale framing van de feiten? Meestal zal een dergelijke strategie gericht zijn op het zo snel, goedkoop en efficiënt mogelijk beslecht krijgen van het onderhavige geschil, natuurlijk in het voordeel van de desbetreffende partij. Deze ‘traditionele’ strategische overwegingen zien primair op de procedure die het gevolg is en een juridische vertaling betreft van een specifiek geschil tussen partijen. Bij strategische procedures in de zin van dit preadvies gaat het om het strategisch (ofwel bewust en planmatig) gebruik van juridische procedures om op die manier maatschappelijke, sociale, politieke of juridische veranderingen proberen teweeg te brengen. Dit ‘individu-overstijgende’ geschil moet vaak nog wel worden vertaald naar een bij de (bestuurs- of civiele) rechter ontvankelijk en ‘kansrijk’ geschil. Zo schrijft het PILP op zijn website:

‘Het traject voor strategisch procederen begint dan ook meestal niet met een cliënt die een advocatenkantoor binnenkomt met een probleem. Het begint ver daarvoor: er wordt eerst gekeken naar waar het “pijn doet”, waar NGO’s, het maatschappelijk middenveld, grassroots groepen, activisten, wetenschappers of advocaten denken dat er een probleem is waar wat aan gedaan zou moeten worden. Na het signaleren en bestuderen van dit probleem wordt nagedacht over de vraag of een procedure zou kunnen helpen, en zo ja, wat voor soort procedure, op welk moment, met welke cliënt(en) en met welke eis dat zou moeten zijn.’¹⁴

7 ABRvS 5 december 2007, AB 2008/35, m.nt. R.J.B. Schutgens & J.J.J. Sillen; HR 9 april 2010, AB 2010/190, m.nt. F.J. van Ommeren.

8 Zie clara-wichmann.nl/overzicht-alle-proefprocessen?page=3 voor een overzicht van de ruim dertig proefprocessen waarin Clara Wichmann betrokken is (geweest).

9 ABRvS 12 november 2014, AB 2015/55, m.nt. J.G. Brouwer & A.E. Schilder.

10 Rb. Den Haag 24 juni 2015, AB 2015/336, m.nt. Ch.W. Backes.

11 Rb. Den Haag 7 september 2017, AB 2017/335, m.nt. Ch.W. Backes.

12 Y.E. Schuurmans & R. Stolk, ‘Het proefproces als collectieve actie’, NTB 2017/2.

13 probonoconnect.nl.

14 pilpnjcm.nl/strategisch-procederen.

Kenmerkend voor strategische procedures (ook wel bekend als *public law litigation* of *public interest litigation*) is dat het winnen van de procedure niet de enige manier is om het (daadwerkelijke) probleem opgelost te krijgen. Het gaat vaak ook juist om de maatschappelijke of politieke impact van de juridische procedure, die ook bij een verloren procedure een grote bijdrage kan leveren aan het oplossen van het reële probleem. Daarom wordt in de literatuur naast *strategic litigation* ook wel gesproken over *impact litigation*.¹⁵

Uiteraard zijn niet alle strategische procedures hetzelfde, en kunnen sommige procedures meer gevoelig liggen dan andere. Bij de SGP-zaak speelde bijvoorbeeld de vraag in hoeverre deze procedure van de Clara Wichmann Stichting wel legitiem is, aangezien veel SGP-vrouwen zelf het vrouwenstandpunt van de SGP onderschrijven. De Zwarte Pieten-zaak betrof een zeer gevoelige kwestie waarover grote verdeeldheid in de maatschappij heerste en de emoties hoog opliepen. In de Urgenda- en Milieudefensiezaak ging het dan weer over het dwingen van de Staat zich aan zijn eigen klimaatafspraken of (Europese) milieuregels te houden. Het volledig overdoen van een politieke belangenafweging is dan ook niet per definitie de inzet van een strategische procedure. Zo werd in de Paspoortzaak¹⁶ niet zozeer aangevoerd dat de Staat in het geheel geen vingerafdrukken mag eisen bij een paspoortaanvraag, maar vooral dat áls de Staat dat doet, de opslag van deze vingerafdrukken zorgvuldig en veilig dient plaats te vinden.

Ondanks de bovenindividuele insteek kunnen strategische procedures hun basis vinden in zeer reële problemen van burgers. Een strategisch procederende belangenorganisatie richt zich dan wel niet (primair) op een individueel probleem, maar kan juist structurele fouten en bovenindividuele gebreken in de besluitvorming blootleggen en effectief aanvechten.¹⁷ Zo waakt de FNV over een eerlijke beloning voor arbeid door werknemers en volgt de vakbond kritisch de tewerkstelling van bijstandsgerechtigden als tegenprestatie voor de uitkering.¹⁸ Of denk aan de organisatie Ieder(in), die zich inspande om een proefproces op te zetten over de vergoeding van de huishoudelijke hulp onder de nieuwe Wmo 2015.¹⁹ Een ander voorbeeld is Boerenorganisatie ZLTO, een vereniging voor ondernemers in de groene ruimte in Noord-Brabant, die een varkenshouder ondersteunde vlak bij 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.²⁰

15 Zie bijv. A.D. Freeman & J.E. Farris, 'Grassroots Impact Litigation: Mass Filing of Small Claims', *U.S.F. L. Rev.* 1992, p. 261-282; M. Lowry, 'Derring-Do in the 1980's: Child Welfare Impact Litigation after the Warren Years', *Fam. L.Q.* (20) 1986, p. 255-280.

16 HR 22 mei 2015, JB 2015/125, m.nt. J.J.J. Sillen (*Privacy First*).

17 Schuurmans & Stolk 2017, p. 7-8.

18 'FNV neemt procedure bijstandsgerechtigde over', *ravage-webzine.nl/2015/12/28/proefproces-wegens-dwangarbeid*.

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

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

Bij strategische procedures is een potentieel belangrijke rol weggelegd voor belangenorganisaties, als procederende partij dan wel achter de schermen bij een proefproces.²¹ Belangenorganisaties hebben immers vaak beter zicht op structurele problemen, kunnen grote groepen burgers vertegenwoordigen en beschikken doorgaans over meer kennis en middelen dan individuele burgers. Hoewel strategische procedures zich ook tegen bedrijven kunnen richten, focust dit preadvies zich op strategische procederende belangenorganisaties tegen de overheid. Aangezien strategische procedures tegen de overheid zich vaak niet (enkel) richten tot beschikkingen, wordt naast de bestuursrechter juist ook de civiele rechter met dit type procedure geconfronteerd.

Het fenomeen van strategisch procederende belangenorganisaties roept veel vragen op. Deze kunnen helaas niet allemaal in dit preadvies worden behandeld. Daarom beperk ik me tot een belangrijk startpunt van de discussie over de wenselijke vormgeving dan wel obstructie van strategische procedures door belangenorganisaties, namelijk de legitimiteit van dergelijke procedures. In dit preadvies onderzoek ik hoe strategische procedures zich verhouden tot de ratio van het bestuurs- en burgerlijk (proces)recht. Dat plaats ik vervolgens binnen de democratisch-rechtsstatelijke spanning tussen enerzijds democratische waarden die door strategische procedures mogelijk in het gedrang kunnen komen, en anderzijds de effectieve rechtsbescherming tegen de overheid die gediend kan zijn met strategische procedures. Daartoe brengt dit preadvies in kaart met welke mogelijkheden en obstakels strategisch procederende belangenorganisaties worden geconfronteerd in het bestuurs- respectievelijk het civiele (proces)recht, hoe deze uiteenlopende procesmogelijkheden zich tot elkaar verhouden en met welke argumenten deze wel of niet legitiem worden geacht. Tot slot wordt onderzocht in hoeverre aanleiding bestaat om het huidige legitimiteitsdebat met betrekking tot het beroepsrecht voor belangenorganisaties te herzien in het licht van strategische procedures.

21 Schuurmans & Stolk 2017.

2 Procesrechtelijke mogelijkheden en belemmeringen

Bij de vormgeving van rechtsbescherming tegen de overheid kan er een spanning ontstaan tussen individuele en collectieve rechtvaardigheid. Deze spanning heeft gevolgen voor de mogelijkheden van belangenorganisaties om strategisch te procederen in het kader van collectieve rechtvaardigheid. Zo is bij de invoering van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) gekozen voor individuele rechtsbescherming (*recours subjectif*) als hoofdfunctie van het bestuursprocesrecht. Bovendien staat op grond van artikel 8:3 Awb tot op heden geen beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels (algemene regels) open. Het bestuursrecht, met zijn focus op individuele uitvoeringsbesluiten en afbakening van de beroepsgerechtigden tot belanghebbenden, blijkt ondanks artikel 1:2 lid 3 Awb niet ingericht om procedures met een bovenindividuele insteek, die vaak betrekking hebben op wet- en regelgeving, te faciliteren.

De civiele rechter treedt bij procedures tegen de overheid op als restrechter. Het ligt daarom voor de hand dat belangenorganisaties die strategisch willen procederen, maar in het bestuursrecht niet-ontvankelijk zijn, hun geluk bij de civiele rechter beproeven. Artikel 3:305a BW biedt immers zeer ruime mogelijkheden voor bovenindividuele procedures. Toch levert de procesrechtelijke puzzel met betrekking tot de rechtsmachtsverdeling een belangrijke beperking op voor strategische procedures. Zo wijst de civiele rechter uit het oogpunt van rechtseenheid belangenorganisaties regelmatig de deur indien (desnoods via een omweg) een individuele procedure bij de bestuursrechter mogelijk is.

2.1 Juridische procedure als onderdeel van een bredere strategie

In een preadvies voor de Jonge VAR ligt de nadruk natuurlijk op de juridische aspecten van strategisch procederen. Toch is het van belang om, alvorens de juridische mogelijkheden en beperkingen in kaart te brengen, op deze plaats kort stil te staan bij de bredere context. Strategisch procederen maakt immers deel uit van het bredere fenomeen van belangenbehartiging, waar bijvoorbeeld ook lobbyen onder valt. In zijn oratie stelt Timmermans dat tegenwoordig stil lobbyen bij politici en ambtenaren vaak niet meer voldoende is, en belangenorganisaties door de druk van sociale media hardop moeten investeren in hun relaties met de samenleving

en media.²² Belangenorganisaties moeten kortom zoeken naar nieuwe strategieën en *venues* voor belangenbehartiging. Een van die mogelijke *venues* betreft de juridische arena. Hoewel deze in de sociale wetenschappen weinig aandacht krijgt, wordt deze *venue* in de praktijk juist in toenemende mate gekozen.

Strategische procedures staan kortom vaak niet op zichzelf, maar maken onderdeel uit van een bredere strategie van belangenbehartiging. Procederen als strategie ligt ook niet in alle gevallen voor de hand. Alvorens bij de rechter aan te kloppen, doet een belangenorganisatie er goed aan om de voor- en nadelen van verschillende *venues* voor belangenbehartiging tegen elkaar af te wegen. Zo kan lobbyen als strategie in bepaalde gevallen misschien succesvoller zijn dan de keuze voor een juridische procedure. Een juridische procedure kan ook het sluitstuk vormen, waar lobbyen onsuccesvol bleek. Tegelijkertijd kan door middel van een juridische procedure druk worden uitgeoefend om een (tot dan toe) onsuccesvolle lobby nieuw leven in blazen. Ook het opzoeken van de media of het mobiliseren van de achterban via sociale media kan onderdeel uitmaken van de bredere strategie waar de juridische procedure deel van uitmaakt. Tot slot is een onderdeel van de strategie steeds vaker het opzoeken van samenwerking tussen belangenorganisaties.²³

Een complicerende factor bij strategische procedures is het gegeven dat individuo-verstijgende vraagstukken niet altijd een 'kant-en-klaar' juridisch geschil betreffen dat past binnen de (ontvankelijkheids)eisen van het procesrecht. Dit hoeft niet te betekenen dat er geen reëel probleem is, maar wel dat het procesrecht niet altijd de ruimte biedt om dat reële geschil direct en zo effectief mogelijk aan de rechter voor te leggen. Wanneer wordt gekozen voor de rechterlijke arena als *venue* voor belangenbehartiging, zal een van de strategische afwegingen de vraag betreffen aan welke rechter de belangenorganisatie het geschil wil of kan voorleggen. In traditionele, individuele geschillen met de overheid zal die verdeling vaak duidelijk zijn, maar in het geval van een bovenindividueel geschil zijn diverse procesrechtelijke routes met bijbehorende mogelijkheden en obstakels denkbaar.

2.2 Naar de bestuursrechter?

Voor bestuursrechtjuristen ligt bij procedures tegen de overheid de bestuursrechter waarschijnlijk voor de hand. Ook vanuit het perspectief van belangenorganisaties biedt deze rechter diverse voordelen ten opzichte van zijn civielrechtelijke collega. Het bestuursrechtelijke proces is doorgaans sneller en goedkoper, procesvertegenwoordiging is niet verplicht en de bestuursrechter is minder lijdelijk dan de civiele rechter. In deze paragraaf wordt uiteengezet hoe het bestuurs(proces)recht met artikel 1:2 lid 3 Awb en de informele route van het proefproces inderdaad een *venue* voor belangenbehartiging door belangenorganisaties kan zijn. Tegelijkertijd kent het bestuursrecht een aantal belangrijke obstakels die het lastig

22 A. Timmermans, *On speaking terms: Public affairs en de dialoog tussen wetenschap en praktijk* (oratie Leiden), Leiden 2014.

23 Timmermans 2014, waarin het begrip (belangen)coalitie wel 42 keer voorkomt.

kunnen maken om daadwerkelijk strategisch te procederen. Zo is beroep tegen algemene regels niet mogelijk (artikel 8:3 Awb), en kwalificeren belangenorganisaties bij een individuele zaak vaak niet als belanghebbende.

2.2.1 Mogelijkheden

De bestuursrechtelijke route staat enkel open indien sprake is van een beschikking.²⁴ Als een dergelijk individueel uitvoeringsbesluit aanwezig is, bijvoorbeeld in de vorm van een vergunning, biedt artikel 1:2 lid 3 Awb het bestuursrechtelijke kader voor de belanghebbendheid van belangenorganisaties. Op basis van deze bepaling worden ten aanzien van rechtspersonen als hun belangen mede beschouwd de algemene en collectieve belangen die zij krachtens hun doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen.

Vanwege het vereiste van rechtspersoonlijkheid is het voor individuele burgers niet mogelijk om gebruik te maken van de mogelijkheid die artikel 1:2 lid 3 Awb biedt. In de praktijk zijn het met name stichtingen en (informele) verenigingen die op grond van deze bepaling algemene en collectieve belangen behartigen. Deze belangenbehartiger dient het algemene of collectieve belang in het bijzonder te behartigen, wat betekent dat het een voldoende specifiek belang moet betreffen.²⁵ Zo kwalificeren bijvoorbeeld politieke partijen als algemeen-belangenbehartigers niet als belanghebbenden op grond van artikel 1:2 lid 3 Awb.²⁶ Dat het een voldoende specifiek belang betreft moet blijken uit de statutaire doelstellingen en feitelijke werkzaamheden. Deze eisen staan als communicerende vaten met elkaar in verbinding.²⁷

Uit de wettekst en wetsgeschiedenis volgen geen te onderscheiden vereisten voor algemeen-belangacties of collectieve acties.²⁸ Toch is het onderscheid wel degelijk relevant, omdat in de jurisprudentie de eisen wel verschillend uitvallen voor algemeen-belangacties respectievelijk collectieve acties. Collectieve belangen, ofwel groepsbelangen, betreffen ‘de gezamenlijke belangen van (bijna) alle leden van een groep personen’.²⁹ Waar het bij collectieve acties dus vaak gaat om meer concrete belangen van een feitelijk gesloten groep personen die dezelfde hoedanigheid gemeen hebben (zoals buurtbewoners of werknemers van een bepaald bedrijf), kennen algemeen-belangacties juist een individu-overstijgend karakter dat een facet vormt van vrijwel ieders bestaan (bijvoorbeeld milieu en kunst en

24 Of van een concretiserend besluit van algemene strekking.

25 J.C.A. de Poorter & L.A. van Heusden, ‘Bovenindividuele belangenbehartiging: Naar een aanscherping van het beroepsrecht voor belangenorganisaties door een vereiste van representativiteit’, *JBplus* 2017/0, par. 3.1.

26 Kamerstukken II 1988/89, 21221, 3, p. 35 (MvT).

27 De Poorter & Van Heusden 2017, par. 3.1.

28 Kamerstukken II 1988/89, 21221, 3, p. 34-35 (MvT).

29 L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht 1: Systeem, bevoegdheid, bevoegdheidsuitoefening, handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, p. 123; zie ook W. Konijnenbelt & R. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 76.

cultuur).³⁰ Aangezien niet alle algemeen-belangacties ook daadwerkelijk hét algemeen belang (pretenderen te) betreffen, wordt ook wel van ideële acties gesproken.³¹ Het onderscheid tussen algemene en collectieve belangen is soms lastig te maken, waardoor ook wel wordt gesproken van een gradueel onderscheid.³²

2.2.1.1 Algemene belangen

In 2008 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS; hierna: de Afdeling) in een reeks van uitspraken de eisen aangescherpt met betrekking tot algemeen-belangacties.³³ Zo is de Afdeling strenger op het vereiste van de statutaire doelstellingen gaan letten. Het statutaire doel mag niet zo veelomvattend en onvoldoende onderscheidend zijn dat geen sprake is van een rechtstreeks betrokken belang. De statutaire doelstellingen dienen (in samenhang gezien) functioneel en territoriaal te zijn begrensd.³⁴ Ook de eis van ‘feitelijke werkzaamheden’ is aangescherpt. Het voorbereiden en het voeren van gerechtelijke procedures gelden niet langer als feitelijke werkzaamheden. Het doen van onderzoek, het overleggen met burgers, bestuurders en andere belangenorganisaties, het organiseren van bijeenkomsten en acties, het bijhouden van een website, het bijhouden van registers, het verspreiden van geschriften en nieuwsbrieven bijvoorbeeld wel.³⁵

2.2.1.2 Collectieve belangen

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 de enkele bundeling van de individuele belangen al als de vereiste feitelijke werkzaamheid.³⁶ Daardoor heeft zij iets gemakkelijker toegang tot de bestuursrechtelijke procedure. Ook het vereiste ‘bovenindividuele belang’ bij collectieve acties lijkt door de Afdeling steeds verder te worden losgelaten. Eerder oordeelde de Afdeling nog dat het bij collectieve belangen dient te gaan om:

‘een aan de statutaire doelstelling ontleend collectief belang, dat door een besluit direct wordt of dreigt te worden aangetast, waarbij het belang los kan worden gezien van dat van individuele leden, en waarvan de behartiging trekken dient te vertonen van behartiging van bovenindividuele belangen’.³⁷

30 Damen e.a. 2013, p. 123; J. de Poorter, *De belanghebbende: Een onderzoek naar de betekenis van het belanghebbende-begrip in het bestuurs(proces)recht* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 117.

31 De Poorter 2003, p. 116.

32 Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 47 e.v.; R.J.N. Schlössels, *De belanghebbende* (Monografieën Awb), Kluwer 2004, p. 112 e.v.

33 ABRvS 28 mei 2008, AB 2008/238, m.nt. A.G.A Nijmeijer; ABRvS 1 oktober 2008, JB 2008/239, m.nt. R.J.N. Schlössels.

34 De Poorter & Van Heusden 2017, par. 3.1.

35 De Poorter & Van Heusden 2017, par. 3.1.

36 ABRvS 24 juni 2009, AB 2009/336, m.nt. A.T. Marseille; ABRvS 23 juni 2010, AB 2010/247, m.nt. K.J. de Graaf & A.T. Marseille.

37 ABRvS 25 mei 2005, AB 2005/234, m.nt. A. van Hall.

Het onderscheid tussen belangen van individuele of enkele leden en een boven-individueel belang valt lastig te maken. Sinds 2006 is de lijn van de Afdeling daarom dat:

‘een belangenorganisatie die voor het belang van haar leden opkomt, daarmee opkomt voor een collectief belang, tenzij het tegendeel blijkt’.³⁸

Hiermee is volgens De Poorter en Visser niet zozeer de eis van bovenindividueel belang losgelaten, maar wel het bewijs van die eis.³⁹ Van Ettekoven concludeert op basis van latere jurisprudentie dat het er echter op lijkt dat het vereiste van bovenindividueel belang steeds verder wordt losgelaten.⁴⁰

2.2.1.3 Belang hoeft niet gerechtvaardigd te zijn

Voor de vraag of een rechtspersoon als belanghebbende kwalificeert, is irrelevant of het groeps- of ideële belang ‘gerechtvaardigd’ is.⁴¹ In 2003 werd een stichting door het bestuursorgaan niet-ontvankelijk verklaard in haar bezwaar omdat het handhaven van een bepaald ziekenhuis op de huidige locatie en het tegengaan van een verhuizing ervan geen rechtens te respecteren belang zou zijn. De Afdeling ging hier niet in mee en oordeelde dat de vergunning voor nieuwbouw van het ziekenhuis op een andere locatie een besluit is dat het in de statuten neergelegde collectieve belang aantast.⁴² De vraag of deze belangenbehartiging redelijk kan worden geacht, is irrelevant bij de toets aan artikel 1:2 lid 3 Awb.⁴³ De bestuursrechter beoordeelt kortom niet wat als algemeen belang kwalificeert; ook eenzijdige of niet-realistische belangen vallen onder de reikwijdte van artikel 1:2 lid 3 Awb.⁴⁴

2.2.2 Beperkingen

Hoewel de Awb op het eerste gezicht ruimschoots mogelijkheden lijkt te bieden voor de behartiging van algemene en collectieve belangen in het bestuurs(proces) recht, is desalniettemin sprake van een aantal reële beperkingen van de beroeps-mogelijkheden voor belangenorganisaties die strategisch willen procederen. Zo staat in het bestuurs(proces)recht de beschikking als individueel uitvoeringsbesluit centraal. Hoewel algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels ook onder de definitie van het besluit (artikel 1:3 Awb) vallen, zijn zij op basis van artikel 8:3 Awb uitgezonderd van bezwaar en beroep. Het gegeven dat enkel de

³⁸ ABRvS 23 augustus 2006, AB 2006/365, m.nt. A. van Hall; B.J. van Ettekoven, ‘Bestuursrecht-spraak voor Jan & Alleman? Op weg naar een stelsel van subjectieve rechtsbescherming’ (pread-vies voor de Vereniging voor Bouwrecht), in: B.J. Schueler, B.J. van Ettekoven & J. Hoekstra, *Rechtsbescherming in het omgevingsrecht*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2009, p. 90.

³⁹ J.C.A. de Poorter & M.N. Visser, ‘Het belanghebbendebegrip in beweging’, Gst. 2008/7, p. 29 e.v.

⁴⁰ Van Ettekoven 2009, p. 91.

⁴¹ Damen e.a. 2016, p. 126.

⁴² ABRvS 20 augustus 2003, AB 2004/278, m.nt. F.R. Vermeer.

⁴³ ABRvS 20 augustus 2003, AB 2004/278, m.nt. F.R. Vermeer, r.o. 2.4.2.

⁴⁴ Zie het derde onderdeel van de annotatie van F.R. Vermeer bij ABRvS 20 augustus 2003, AB 2004/278.

beschikking een geldig toegangsticket tot de bestuursrechtelijke arena vormt,⁴⁵ maakt het voor belangenorganisaties in de praktijk lastig om optimaal gebruik te maken van het bestuursrecht als *venue* voor strategische procedures. Meer dan individuele uitvoeringsbesluiten zullen vaak algemene regels of vaste uitvoeringspraktijken typische veroorzakers van maatschappelijke ophef zijn, waarmee artikel 8:3 Awb een doorn in het oog is van menig belangenorganisatie.⁴⁶ In de woorden van Schutgens:

‘Juist bij algemene regels kunnen belangenorganisaties (...) bij uitstek een zinvolle rol spelen. Regels raken open categorieën personen en de argumenten voor onverbindend verklaring luiden voor grote groepen betrokkenen hetzelfde.’⁴⁷

Hoewel exceptieve toetsing het voor de bestuursrechter mogelijk maakt om over de band van een individuele beschikking de achterliggende regel te toetsen, biedt dit vaak geen uitkomst voor belangenorganisaties die de rechtmatigheid van wetten regelgeving of beleid aan de rechter willen voorleggen. Naast dat exceptieve toetsing lastig valt af te dwingen, kwalificeren belangenorganisaties in veel gevallen niet als belanghebbende bij de individuele beschikking over de band waarvan zij de exceptieve toets zouden willen uitlokken. Artikel 1:2 lid 3 Awb ziet immers op de ‘klassieke’ situatie waarbij bijvoorbeeld een milieuvereniging wil procederen tegen een omgevingsvergunning voor een ‘mega varkensstal’. In dat geval is het belang van de milieuorganisatie contrair aan dat van de varkensboer en kan de belangenorganisatie als belanghebbende kwalificeren. Het is echter niet mogelijk om als belangenorganisatie te procederen tegen een beschikking waarbij de belangenorganisatie een belang heeft dat parallel loopt aan dat van de geadresseerde van het besluit, om op die manier een exceptieve toets uit te lokken. Dit zal ik verder duidelijk maken aan de hand van een aantal voorbeelden uit de jurisprudentie.

De eerste betreft een verzoek tot voeging van de Nederlandse Vereniging voor Pleeggezinnen in een zaak over de afwijzing van een door de pleegouders gewenste financiële vrijstelling.⁴⁸ De vereniging voerde aan dat het willen bevorderen van een landelijk uniforme uitleg van de Wet op de jeugdhulpverlening een rechtstreeks bij het besluit op bezwaar betrokken (collectief) belang is. De Afdeling oordeelde echter dat:

‘van een – van het individuele belang van de pleegmoeder te onderscheiden – collectief belang (...) niet [kan] worden gesproken, aangezien het uitsluitend betreft de vaststelling van de individuele aanspraken van de moeder’.⁴⁹

⁴⁵ Of concretiserende besluiten van algemene strekking.

⁴⁶ De stichting Privacy First heeft een gebrek aan effectieve collectieve rechtsmiddelen en een pleidooi voor afschaffing van art. 8:3 Awb op de derde plaats staan in haar top 7 van ‘issues’ die zij wilde agenderen bij het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, dat bezig was met een inventarisatie van de Nederlandse grondrechtensituatie: privacyfirst.nl/aandachtswelden/wetgeving/item/660-input-privacy-first-bij-nederlandse-staat-van-de-grondrechten.html.

⁴⁷ R.J.B. Schutgens, ‘Rechtsbescherming tegen algemene regels: Tijd om de Awb te voltooien’ (preadvies voor de VAR), in: W.J.M. Voermans, R.J.B. Schutgens & A.C.M. Meuwese, *Algemene regels in het bestuursrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 114.

⁴⁸ ABRvS 28 februari 2000, AB 2000/188, m.nt. M. Schreuder-Vlasblom.

⁴⁹ ABRvS 28 februari 2000, AB 2000/188, m.nt. M. Schreuder-Vlasblom, r.o. 2.5.

In de woorden van Schreuder-Vlasblom kan uit deze uitspraak worden afgeleid dat de Afdeling van oordeel is dat er in een procedure over een beschikking naast een individueel niet ook een eigenstandig collectief belang aanwijsbaar kan zijn:

‘Wil men een 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.’⁵⁰

Kortom, het belang van de Nederlandse Vereniging voor Pleeggezinnen betreft het geheel van wetstoepassingen, waardoor het naar zijn aard niet rechtstreeks betrokken is bij een concreet geval.

Zo liep ook de Vereniging Vluchtelingenwerk Nederland, die zich inzet voor de bescherming van asielzoekers en vluchtelingen, tegen dit onderscheid aan.⁵¹ Zo was zij wel belanghebbende in de zin van artikel 1:2 lid 3 Awb bij een besluit tot verlenging van een besluitmoratorium voor asielzoekers uit Noord-Irak, juist vanwege het algemene karakter van een dergelijk besluit. De vereniging was echter weer geen belanghebbende bij de afwijzing van een verzoek om de zaak van een bepaalde vreemdeling opnieuw te bezien en alsnog een verblijfsvergunning te verstrekken, vanwege het individuele karakter van die beslissing.⁵² Ook de Vereniging Officiële Coffeeshops te Maastricht stuitte op dichte deuren bij de bestuursrechter, omdat de sluiting van één coffeeshop niet aan de collectieve doelstellingen van de belangenorganisatie raakt.⁵³

2.2.3 Informele route van het proefproces

De enige mogelijkheid die een belangenorganisatie dan nog in bestuursrechtelijke procedures heeft, is het optreden als gemachtigde of het achter de schermen ondersteunen van een individuele belanghebbende. Zo kan via de informele route van het proefproces worden geprobeerd de rechter ertoe te bewegen de achterliggende regel of uitvoeringspraktijk te toetsen die de maatschappelijke gemoederen bezighoudt.⁵⁴ Aangezien het geen Awb-constructie betreft, heeft een belangenorganisatie hierbij weinig tot geen (proces)rechten. Dat maakt een belangenorganisatie afhankelijk van veel onzekere factoren.

Zo is de belangenbehartiger afhankelijk van de griffie bij de zaakstoedeling en -selectie, bijvoorbeeld om te zorgen dat het zorgvuldig geplande proefproces ook de eerste zaak is die op zitting komt.⁵⁵ Voorkomen moet worden dat een andere individuele procedure, waarin de feiten of aangevoerde gronden misschien tot een minder gunstige uitspraak leiden, zijn schaduw vooruitwerpt over het proefproces. Verder is onzeker of de rechter bereid is de bovenindividuele insteek te volgen,

⁵⁰ ABRvS 28 februari 2000, AB 2000/188, m.nt. M. Schreuder-Vlasblom.

⁵¹ Zie ook de annotatie van H. Peters bij ABRvS 29 maart 2017, AB 2017/192.

⁵² ABRvS 22 november 2005, AB 2006/18, m.nt. I. Sewandono.

⁵³ ABRvS 18 juni 2014, JB 2014/166, m.nt. L.J.M. Timmermans.

⁵⁴ Schuurmans & Stolk 2017.

⁵⁵ Schuurmans & Stolk 2017, p. 12.

bijvoorbeeld door in de motivering ook individu-overstijgende overwegingen op te nemen. Een belangenorganisatie kan hier natuurlijk invloed op proberen uit te oefenen door het gerecht te informeren over haar strategie. Waar het vanuit het perspectief van de rechter misschien prettig is om te weten wat er ‘achter de schermen’ speelt bij een individuele procedure,⁵⁶ brengt deze informatie vanuit het perspectief van de belangenorganisatie het risico met zich mee dat de rechter zich juist voorzichtiger zal opstellen om niet het ‘verwijt’ te krijgen een ‘activistische rechter’ te zijn. Ook kan het prettig zijn als de overheid bereid is mee te werken aan een proefproces. In sommige gevallen zal het bestuursorgaan er belang bij hebben om zelf ook duidelijkheid te krijgen over een bepaalde uitvoeringspraktijk en bereid zijn bijvoorbeeld een symbolische boete op te leggen.⁵⁷ Tot slot is de belangenorganisatie afhankelijk van de individuele burger, die de ‘last’ van een proefproces moet kunnen en willen dragen. Een belangenorganisatie is ervan afhankelijk dat deze individuele belanghebbende de hele rit uitzit (dus ook een eventueel hoger beroep) en mee wil gaan met de principiële insteek. Succes is kortom bij een proefproces niet gegarandeerd.

2.2.4 Amicus curiae

Opmerkelijk is dat de Afdeling recentelijk de zogenoemde *amicus curiae* in het bestuursrecht introduceerde door iedereen de mogelijkheid te geven te reageren op vragen over de bestuurlijke waarschuwing die aan de staatsraad advocaat-generaal zijn gesteld.⁵⁸ Zo wordt door de bestuursrechter actief om input gevraagd, om te voorkomen dat soorten waarschuwingen in bepaalde deelgebieden van het bestuursrecht over het hoofd worden gezien. Hierdoor kunnen dus ook anderen dan partijen die direct bij de zaak zijn betrokken reageren, zoals belangenorganisaties. Deze mogelijkheid biedt belangenorganisaties een nieuwe manier om bovenindividuele aspecten deel uit te kunnen laten maken van een procedure, zij het dan op uitnodiging van de rechter. De toekomst zal uitwijzen hoe met dergelijke input wordt omgegaan en of deze mogelijkheid vaker zal worden geboden.

2.2.5 Tussenconclusie

Hoewel artikel 1:2 lid 3 Awb op zichzelf genomen de bestuursrechtelijke deur voor algemene en collectieve belangenacties behoorlijk wijd open lijkt te zetten, maakt de in artikel 8:3 Awb geregelde beperking van de beroepsmogelijkheden tot beschikkingen het voor belangenorganisaties vaak lastig – zo niet onmogelijk – om strategische procedures in de bestuursrechtelijke arena te voeren. Deze betreffen immers per definitie individu-overstijgende vraagstukken, die vaak worden geregeld in wet- en regelgeving of beleid. Een algemene of collectieve procedure over

56 Zie voor het rechtersperspectief ook het preadvies van M. Wolfrat & K. de Meulder, *Proefprocessen en rechtsvorming – ook de bestuursrechter maakt strategische keuzes* (preadvies voor de Jonge VAR 2017).

57 Zie voor het overheidsperspectief ook het preadvies van L. van der Meulen, *Strategisch procederen door het bevoegd gezag* (preadvies voor de Jonge VAR 2017); Schuurmans & Stolk 2017, p. 11.

58 raadvanstate.nl/pers/persberichten/tekst-persbericht.html?id=1081&summary_only=&category_id=8.

de band van een individuele beschikking om zo de achterliggende, onwelgevallige regel aan te vechten zal vaak stranden op de ontvankelijkheid, nu het rechtstreekse belang van de belangenorganisatie bij dat individuele besluit in veel gevallen ontbreekt. Zo bezien staat de deur naar de bestuursrechtelijke arena, met zijn focus op individuele rechtsbescherming en individuele uitvoeringsbesluiten, bepaald niet ver open voor strategisch procederende belangenorganisaties.

2.3 Naar de civiele rechter?

Het civiele recht biedt diverse voorbeelden van succesvolle strategische procedures tegen de overheid, zoals de klimaatzaak van Urgenda.⁵⁹ Er kunnen verschillende strategische redenen zijn om als belangenorganisatie de civiele arena te betreden. Dit kan gedwongen zijn, omdat het bestuursrecht het in veel gevallen onmogelijk maakt om strategisch te procederen. Voor procedures tegen algemene regels, feitelijk overheidshandelen of -nalaten zal de civiele rechter als restrechter doorgaans de meer aangewezen rechter lijken. Vanwege de objectum litis-leer is immers niet het publiek- of privaatrechtelijke karakter van het geschil, maar het te beschermen recht bepalend voor de vraag of sprake is van een geschil over een burgerlijk recht.⁶⁰ Een burger is ontvankelijk in vorderingen tegen de overheid die zijn gebaseerd op een onrechtmatige daad wegens niet-nakoming van publiekrechtelijke verplichtingen,⁶¹ tenzij een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang openstaat.⁶² Een ander voordeel van de civiele rechtsgang is dat de civiele rechter ruimere uitspraakbevoegdheden heeft dan de civiele rechter, waardoor het ook mogelijk is om een bevel, verbod of verklaring voor recht te vorderen. Nadelen aan de civiele rechtsgang betreffen de doorgaans hogere kosten, langere doorlooptijden, procedures in drie instanties en de meer lijdelijke rol van de rechter. Voor strategische procedures geldt als belangrijk obstakel bovendien de jurisprudentie van de Hoge Raad, waarbij belangenorganisaties (kort gezegd) omwille van de rechtseenheid niet-ontvankelijk zijn bij de civiele rechter als individuele bestuursrechtelijke rechtsbescherming mogelijk is.

Een opvallend verschil tussen het bestuursrecht en civiele recht is dat het civiele recht geen (expliciet) onderscheid maakt tussen algemene en collectieve belangen. Dit kan bij de bestuursrechtjurist tot enige terminologische verwarring leiden. Artikel 3:305a Burgerlijk Wetboek (BW) regelt het ‘collectieve actierecht’, waarmee civilisten dus doelen op zowel algemene als collectieve acties. Deze bepaling maakt het mogelijk om individuele vorderingen uit onrechtmatige daad als belangenorganisatie te bundelen. Een bundeling is kortom alleen mogelijk als een individuele vordering mogelijk is. Ook waar het gaat om ideële acties (bijvoorbeeld ter

59 Rb. Den Haag 24 juni 2015, AB 2015/336, m.nt. Ch.W. Backes (Urgenda).

60 HR 31 december 1915, NJ 1916, p. 407 (Guldemondd/Noordwijkerhout); in tegenstelling tot de fundamenteum petendi-leer, waarbij de door gedaagde gestelde en door de rechter vastgestelde grondslag van het gevorderde bepalend is voor de bevoegdheid van de civiele rechter: het moet gaan om een echt privaatrechtelijk geschil, dat volledig aan de hand van het Burgerlijk Wetboek moet kunnen worden beantwoord.

61 HR 20 november 1924, NJ 1925, p. 89 (Ostermann).

62 HR 25 november 1977, AB 1978/1, m.nt. J.R. Stellingma (Plassenschap Loosdrecht).

bescherming van het milieu) is dus het idee dat deze een bundeling van (weliswaar lastig in te stellen) individuele vorderingen betreffen.

2.3.1 Mogelijkheden

Op grond van het in 1994 ingevoerde artikel 3:305a BW kan een belangenorganisatie ‘een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen’. De bepaling betreft (grotendeels) een codificatie van het in de jurisprudentie van de Hoge Raad ontwikkelde collectieve actierecht.⁶³ Hiervoor moet sprake zijn van een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid, die ingevolge haar statuten bepaalde belangen van anderen behartigt. Deze belangen moeten gelijksoortig zijn, ofwel zich voor bundeling lenen. In het begrip ‘behartigen’ wordt het vereiste van feitelijke werkzaamheden gelezen. Met deze bundeling wordt doorgaans al voldaan aan het vereiste van feitelijke werkzaamheden dat in het begrip ‘behartigen’ wordt gelezen.⁶⁴ In de praktijk levert dit vereiste zelden een probleem op, omdat hier doorgaans al aan wordt voldaan met de bundeling van belangen die zich slecht voor individuele rechtsvorderingen lenen.⁶⁵

Artikel 3:305a lid 2 BW vereist dat belangenorganisaties in de gegeven omstandigheden voldoende dienen te hebben getracht het gevorderde door overleg met gedaagde te bereiken. Ofaan het overlegvereiste is voldaan, hangt af van het concrete geval. Als de wederpartij bijvoorbeeld al op voorhand aangeeft het standpunt niet te willen herzien, hoeft geen overleg te worden gevoerd.⁶⁶ Een termijn van twee weken na ontvangst door gedaagde van een verzoek tot overleg onder vermelding van het gevorderde is in ieder geval voldoende.⁶⁷

Met de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM) is aan lid 2 een passage toegevoegd. Een rechtspersoon is niet-ontvankelijk indien met de rechtsvordering de belangen van de personen, ten behoeve van wie de rechtsvordering is ingesteld, onvoldoende gewaarborgd zijn. Dit doet zich bijvoorbeeld voor wanneer de rechter twijfelt aan de motieven voor het instellen van de vordering.⁶⁸ In het concrete geval dient te worden beoordeeld in welke mate betrokkenen uiteindelijk baat hebben bij toewijzing van het gevorderde. Ook speelt een rol in hoeverre erop mag worden vertrouwd dat de belangenorganisatie over voldoende kennis en vaardigheden

63 Zie bijv. HR 27 juni 1986, NJ 1987/743, m.nt. W.H. Heemskerk (*De Nieuwe Meer*).

64 Kamerstukken II 1991/92, 22486, 3, p. 20.

65 L.F. Wiggers-Rust, ‘Collectieve’ acties: Een interne rechtsvergelijking tussen privaatrecht en bestuursrecht, WODC 2014, p. 20; 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’, *R.M.Themis* 2002/2, p. 46, onder verwijzing naar HR 18 december 1992, AB 1994/396 (*Kuunders*) en HR 17 januari 1997, AB 1997/265, m.nt. Th.G. Drupsteen (*Covra*).

66 Zie bijv. Rb. Groningen 6 juni 1997, *De Praktijkids* 1997/4808; A.W. Jongbloed, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:305a BW, aant. 21 (online, bijgewerkt 15 september 2013).

67 Stb. 2000, nr. 178; zie bijv. art. 5 lid 1 van Richtlijn nr. 98/27/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen.

68 Kamerstukken II 2011/12, 33126, 3, p. 5 (MvT); Wiggers-Rust 2014, p. 31.

beschikt om de procedure te voeren, waarbij onder andere wordt gekeken naar de overige werkzaamheden, de mate waarin haar doelstellingen in het verleden zijn gerealiseerd en het aantal aangesloten benadeelden.⁶⁹ Hoewel uit de wetsgeschiedenis volgt dat artikel 3:305a lid 2 BW zich met name richt op groepsacties, vallen ook ideële acties onder de reikwijdte van deze bepaling.⁷⁰

Een actie ex artikel 3:305a BW kan op grond van lid 3 niet strekken tot een schadevergoeding in geld. Wel kan gedaagde worden veroordeeld tot het openbaar maken van de uitspraak. De Hoge Raad legt de bepaling in bepaalde gevallen welwillend uit. Zo kan een stichting die in de aanloop naar de procedure veel kosten heeft gemaakt in verband met het inwinnen van deskundig advies en juridische bijstand, deze kosten claimen als zij dienstig zijn aan het doel van de collectieve actie.⁷¹ De ontwikkelingen op het gebied van massaschadeclaims staan overigens niet stil in het civiele recht: met de WCAM is het mogelijk geworden om (kort gezegd) collectief te schikken, en met het wetsvoorstel Collectieve schadevergoedingsactie wordt beoogd collectieve schadevergoedingsacties mogelijk te maken.⁷²

In de afweging om een strategische procedure aanhangig te maken bij de bestuursrechter of de civiele rechter kan bovendien een belangrijke rol spelen dat de civiele rechter ruimere uitspraakbevoegdheden heeft dan de bestuursrechter. Zo kan bijvoorbeeld worden gevraagd om een bevel, verbod of verklaring voor recht.⁷³

2.3.2 Beperkingen

Artikel 3:305a BW biedt op papier zeer ruime mogelijkheden voor strategisch procederende belangenorganisaties. In de praktijk vormt de ‘lokettenkwestie’ echter een belangrijk obstakel voor strategische procedures.⁷⁴ Dit betreft de procesrechtelijke puzzel aangaande de rechtsmachtsverdeling tussen de bestuursrechter en de civiele rechter bij procedures over algemene regels. Hoewel artikel 3:305a BW volgens de memorie van toelichting het gat in de rechtsbescherming bij de bestuursrechter met betrekking tot beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels dicht, blijkt dit in de praktijk de mogelijkheid tot parallelle procedures met zich mee te brengen. Het is immers denkbaar dat de civiele rechter in het kader van een collectieve actie over de rechtmatigheid van dezelfde algemene regel dient te oordelen als de exceptief toetsende bestuursrechter in een individuele procedure. Dit was bijvoorbeeld het geval bij de SGP-procedures, waar de hoogste bestuursrechter tot een andere overweging kwam dan de civiele rechter. Om de rechtseenheid te bewaken kiest de civiele rechter er daarom voor om belangenorganisaties de deur te wijzen, als individuele bestuursrechtelijke rechtsbescherming mogelijk is.

⁶⁹ Kamerstukken II 2011/12, 33126, 3, p. 12 (MvT).

⁷⁰ Kamerstukken II 2011/12, 33126, 4, p. 3 (Advies RvS en nader rapport).

⁷¹ HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2080, NJ 2008/528, m.nt. C.C. van Dam (Vie d’Or).

⁷² Kamerstukken II 2016/17, 34608, I (Voorstel tot Wet Collectieve schadevergoedingsactie).

⁷³ Wiggers-Rust 2014, p. 33.

⁷⁴ Zie ook onderdeel vijf van de annotatie van R.J.B. Schutgens bij HR 9 juli 2010, JB 2010/174 (Staat/Vreemdelingenorganisaties).

Schutgens heeft in zijn VAR-preadvies de jurisprudentie over de ontvankelijkheid inzake civiele procedures tegen algemene regels uitvoerig beschreven.⁷⁵ Op dat vlak raken onze preadviezen elkaar. Bij civiele wetgevingsprocedures, die ‘ingewikkeld, kostbaar en omslachtig’⁷⁶ zijn, zijn in de woorden van Schutgens immers ‘niet voor niets (...) doorgaans belangenorganisaties betrokken’. Waar Schutgens de jurisprudentie van de civiele rechter besprak op basis van het onderscheid tussen direct en indirect werkende regelingen, wil ik op deze plaats de jurisprudentie op chronologische volgorde bespreken. Dit laat de ontwikkeling zien van *Staat/VAJN* en *NJCM* (waarin een belangenorganisatie ondanks de mogelijkheid van een individuele bestuursrechtelijke procedure ontvankelijk was) tot *SCAU* (waarin een belangenorganisatie niet-ontvankelijk was, aangezien individuele bestuursrechtelijke rechtsbescherming via een omslachtige route mogelijk was).

Staat/VAJN en NJCM

In het arrest *Staat/VAJN en NJCM* oordeelde de Hoge Raad precies zoals op basis van de memorie van toelichting bij artikel 3:305a BW zou mogen worden verwacht.⁷⁷ Hoewel voor individuele vluchtelingen bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat, achtte de Hoge Raad deze individuele beroepsmogelijkheden niet van belang voor de vraag of *VAJN* en *NJCM* ontvankelijk zijn in hun vordering over de onrechtmatigheid van de 48-uursprocedure in het vreemdelingenrecht.⁷⁸ Voor deze organisaties zelf staat immers geen met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang open, waardoor hun ontvankelijkheid bij de civiele rechter gegeven is.

Staat/Vreemdelingenorganisaties

Zes jaar later oordeelt de Hoge Raad in de zaak *Staat/Vreemdelingenorganisaties* anders. Deze vreemdelingenorganisaties zijn naar het oordeel van de Hoge Raad niet-ontvankelijk, aangezien voor individuele vreemdelingen een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang bestaat.⁷⁹ Waar in *Staat/VAJN en NJCM* de bestuursrechtelijke ontvankelijkheid van individuele vreemdelingen niet relevant werd geacht voor de ontvankelijkheid van de belangenorganisaties, is dit in *Staat/Vreemdelingenorganisaties* wel het geval. De Hoge Raad koppelt kortom de ontvankelijkheid van de vreemdelingenorganisaties aan de mogelijkheid van haar individuele ‘leden’ om bestuursrechtelijk te procederen. Het verschil met *Staat/VAJN en NJCM* is volgens de Hoge Raad gelegen in het eigen belang van *VAJN*, die in haar eigen activiteiten werd beperkt door de 48-uursprocedure. Voor dit eigen belang kan *VAJN* niet opkomen bij de bestuursrechter, omdat geen beroep tegen

⁷⁵ Schutgens 2017, p. 113.

⁷⁶ Y.E. Schuurmans & W.M.J. Voermans, ‘Artikel 8:2 Awb: Weg ermee!’, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 810.

⁷⁷ HR 3 september 2004, AB 2005/74, m.nt. G.A. van der Veen (*Staat/VAJN en NJCM*).

⁷⁸ Na aanmelding bij een aanmeldcentrum wordt binnen 48 uur beslist of iemand in aanmerking zou kunnen komen voor een asielaanvraag. De asiel aanvragende vreemdeling dient hiervoor niet alleen documenten (als geboorteaktes en dergelijke) te overleggen, maar ook een consistent vluchtverhaal.

⁷⁹ HR 9 juli 2010, JB 2010/174, m.nt. R.J.B. Schutgens (*Staat/Vreemdelingenorganisaties*), r.o. 4.7.

algemeen verbindende voorschriften openstaat. Uit de motivering van Staat/VAJN en NJCM blijkt echter niet dat dit een (doorslaggevende) rol speelde bij de beoordeling van de ontvankelijkheidsvraag.

Privacy First

De Hoge Raad bevestigt de harde lijn van Staat/*Vreemdelingenorganisaties* in het arrest *Privacy First*.⁸⁰ *Privacy First* meent dat de in de Paspoortwet opgenomen voorwaarde dat bij de aanvraag en afgifte van een reisdocument twee vingerafdrukken dienen te worden afgestaan, een bedreiging vormt voor de privacy. De Hoge Raad acht *Privacy First* niet-ontvankelijk. De lijn uit Staat/*Vreemdelingenorganisaties* geldt ook als een belangenorganisatie niet slechts opkomt voor de gebundelde belangen van een bepaalbaar aantal individuen, maar tevens voor het algemeen belang van de bescherming van de rechten van een veel grotere groep van personen, die diffuus en onbepaalbaar is (namelijk een inbreuk op de privacy van aanvragers van reisdocumenten en daarmee potentieel alle Nederlandse burgers). Ook hier is voorzien in individuele bestuursrechtelijke rechtsbescherming, nu de weigering op een paspoortaanvraag zonder vingerafdrukken kwalificeert als een appellabele beschikking.

SCAU/Universiteiten

In het arrest *SCAU/Universiteiten* werd niet alleen *Privacy First* bevestigd, maar bovendien de relevantie geïntroduceerd van het onderscheid tussen direct en indirect werkende regels. Aspirant-studenten wilden via de Stichting Collectieve Actie Universiteiten opkomen tegen de hoogte van het instellingscollegegeld,⁸¹ maar werden door de Hoge Raad niet-ontvankelijk verklaard.⁸² Op grond van artikel 7.66 Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW) zou immers voor de individuele studenten een met voldoende waarborgen omgeven bestuursrechtelijke rechtsgang bij het College van Beroep voor het Hoger Onderwijs⁸³ openstaan.

Een beroep op *Leenders/Ubbergen* kan de aspirant-studenten ook niet helpen. Ook hier lijkt sprake van een breuk met eerdere jurisprudentie. In *Leenders/Ubbergen* oordeelde de Hoge Raad immers dat als het bestreden algemeen verbindend voorstel in een vergunningsstelsel voorziet, niet van *Leenders* kon worden gevergd dat hij:

‘(...) uitsluitend teneinde de vraag of de regeling onverbindend is, aan het oordeel van de rechter te kunnen onderwerpen, de vergunning voor zover nodig en onder aantekening van zijn zienswijze omtrent de verbindendheid van de regeling aanvraagt, vervolgens tegen de beschikking waarbij de vergunning wordt verleend, een bezwaarschrift indient en zo nodig tegen de beslissing daarop beroep instelt bij de bestuursrechter. Met het oog op een doeltreffende, waarborgen tegen misverstanden biedende regeling

⁸⁰ HR 22 mei 2015, JB 2015/125, m.nt. J.J.J. Sillen (*Privacy First*).

⁸¹ Zie bijv. ook CBHO 22 juli 2011, nr. 2011/45, chbo.nl.

⁸² HR 3 juni 2016, AB 2016/268, m.nt. F.J. van Ommeren & C.N.J. Kortmann.

⁸³ Een bij art. 7.64 Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek ingestelde onafhankelijke bestuursrechter.

van rechtsbescherming tegen de overheid moet worden aangenomen dat ook het openstaan van deze weinig voor de hand liggende weg blokkering van de toegang tot de burgerlijke rechter niet kan rechtvaardigen.⁸⁴

In SCAU voegt de Hoge Raad hier een criterium aan toe: een beroep op *Leenders/Ubbergen* slaagt niet in geval van indirect werkende regelingen. Indirect werkende regelingen, zoals subsidieregelingen, socialezekerheidsvoorzieningen en belastingregelingen, scheppen pas afdwingbare rechten en plichten via een uitvoeringsbesluit.⁸⁵ Alleen bij direct werkende regelingen zijn belangenorganisaties dus ontvankelijk, omdat dan het uitlokken van een appellabel besluit als onevenredig bezwarend wordt beschouwd.

Vraagtekens bij bovengenoemde jurisprudentie

Bovengenoemde jurisprudentie laat zien dat belangenorganisaties die strategisch willen procederen tegen de overheid in procedures tegen algemene regels (die typisch grote, onbepaalde groepen burgers treffen) vaak lastig, zo niet onmogelijk, effectieve rechtsbescherming kunnen krijgen als individuele bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat. Dit lijkt allereerst haaks te staan op de bedoelingen van de wetgever.⁸⁶ Artikel 3:305a BW biedt immers volgens de memorie van toelichting expliciet een procesingang tegen overheidshandelingen waar geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen openstaat, zoals algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels.

Uit het arrest SCAU/*Universiteiten* volgt dat alleen bij direct werkende regelingen een gebundelde vordering op grond van artikel 3:305a BW mogelijk is. Bij indirect werkende regels geldt echter als regel dat belangenorganisaties niet-ontvankelijk zijn indien individuele bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat. De rechtvaardiging voor dit onderscheid is dat burgers bij direct werkende regels rechtstreeks in hun rechten worden beperkt, zonder dat hier een eigen handeling voor nodig is. Wel moet ook:

‘in het oog worden gehouden dat indirect werkende regelingen soms hun schaduw vooruitwerpen, omdat nog te verwachten uitvoeringsbesluiten betrokkenen al in het heden tot gedragsverandering kunnen dwingen’.⁸⁷

Hiervan biedt het arrest *Toeristenbelasting Schiphol* een voorbeeld. Van Schiphol kan niet worden gevergd dat het bedrijf de eerste aanslag toeristenbelasting afwacht, omdat daarvoor al kostbare aanpassingen in de software noodzakelijk zijn.⁸⁸ Onhoudbare kosten of het voorkomen van onnodige investeringen kunnen reden zijn om toch toegang te krijgen tot de civiele rechter. Hoewel dat wenselijke uitzonderingsgronden zijn, kan bijvoorbeeld SCAU hier geen beroep op doen. Toch ben ik van mening dat ook in het geval van bijvoorbeeld SCAU de regeling haar schaduw

84 HR 11 oktober 1996, NJ 1997/165, m.nt. M. van der Scheltema (*Leenders/Ubbergen*), r.o. 3.4.4.

85 Schutgens 2017, p. 99, 102-105.

86 T. Barkhuysen, ‘Ruim baan voor belangenorganisaties’, NJB 2012/646, p. 725.

87 Schutgens 2017, p. 101.

88 HR 17 september 1999, NJ 1999/736 (*Toeristenbelasting Schiphol*); Schutgens 2017, p. 101.

voorstel door van grote invloed te kunnen zijn op de keuze om al dan niet te gaan studeren. Hiermee valt het onderscheid tussen direct en indirect werkende regels arbitrair uit. Het houdt immers weinig rekening met het relatieve gewicht van het belang dat bij de regel is betrokken of met de impact van de desbetreffende regel. Sommige indirect werkende regels kunnen immers grote gevolgen hebben, bijvoorbeeld bij de aanvraag van een verblijfsvergunning, of dus het beïnvloeden van de keuze om wel of niet te gaan studeren. Tegelijkertijd kunnen direct werkende regels ook een eenmalige bestuurlijke boete van relatief kleine omvang betreffen. Daarmee lijkt het onderscheid tussen direct en indirect werkende regels mij een te arbitrair en lastig te rechtvaardigen bepalende factor bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van strategisch procederende belangenorganisaties.

Bovendien oordeelt de Hoge Raad wel erg snel dat individuele rechtsbescherming niet onevenredig bezwarend is. Met Schutgens ben ik van mening dat bijvoorbeeld in de *Privacy First*-zaak het maandenlang zonder paspoort zitten wel degelijk als onevenredig bezwarend kan worden gezien.⁸⁹ Daarmee had *Privacy First* op basis van het arrest *Leenders/Ubbergen* wel degelijk ontvankelijk moeten zijn bij de civiele rechter.

Een individuele rechtsgang is ook niet altijd evident. Dit blijkt bijvoorbeeld uit *SCAU/Universiteiten*, waarin de bestuursrechtelijke individuele rechtsgang via een bestuurlijk rechtsoordeel wordt geconstrueerd. Kan daadwerkelijk van burgers worden verwacht dat zij zich in allerlei (kunstmatige) bochten wringen om met een omweg en op indirecte wijze bestuursrechtelijke rechtsbescherming te verkrijgen? Deze ‘lokettenkwestie’ bij bovenindividuele vraagstukken is uiteindelijk een procesrechtelijk probleem, waar belangenorganisaties en groepen burgers die rechtsbescherming zoeken voor reële problemen de dupe van lijken te worden.

Tot slot gaat deze jurisprudentie wel erg makkelijk voorbij aan de vraag of er een principieel verschil bestaat tussen een individueel en een individu-overstijgend probleem. Het is niet vanzelfsprekend dat ieder algemeen probleem in een individueel geschil kan worden ‘geperst’ en vervolgens op een net zo effectieve wijze aan de rechter kan worden voorgelegd.

2.3.3 Ontvankelijkheid in procedures die zich niet richten tegen algemene regels

Bovengenoemde jurisprudentie is niet van toepassing op alle strategische procedures. Zo richten sommige strategische procedures zich bijvoorbeeld niet tegen algemene regels, maar tegen feitelijk handelen of nalaten van de overheid. Met name op het gebied van milieu biedt het civiele recht een aantal spraakmakende en succesvolle voorbeelden van strategische procedures. Hieronder volgt een aantal voorbeelden.

⁸⁹ Schutgens 2017, p. 100.

Urgenda

Internationaal heeft het Nederlandse collectieve actierecht de nodige aandacht (en kritiek) gekregen vanwege de klimaatzaak van Urgenda, waarin de rechter de Staat opdroeg om de uitstoot van broeikasgassen in 2020 met 25% te verminderen ten opzichte van 1990.⁹⁰ Hiermee vormt de Urgenda-zaak een inspiratie voor andere klimaatorganisaties om wereldwijd soortgelijke procedures te initiëren. In de klimaatzaak speelden nauwelijks ontvankelijkheidsvraagstukken ten aanzien van Urgenda zelf.⁹¹ De vordering valt volgens Urgenda, de rechter en onbestreden door de Staat nu juist onder het type vordering dat de wetgever met artikel 3:305a BW mogelijk heeft willen maken. In de memorie van toelichting wordt immers expliciet vermeld dat milieuorganisaties die een vordering instellen ter bescherming van het milieu, zonder dat een aanwijsbare groep van personen bescherming behoeft, onder artikel 3:305a BW ontvankelijk zijn.

Milieudefensie

Een ander recent voorbeeld biedt de luchtkwaliteitszaak van de Vereniging Milieudefensie en Stichting Adem in Rotterdam.⁹² In deze procedure speelde de ontvankelijkheidsvraag wel. De Staat stelde zich in de kortgedingprocedure op het standpunt dat Milieudefensie niet-ontvankelijk is. Het is namelijk mogelijk om verzoeken in te dienen bij het bevoegde gezag tot het treffen van maatregelen op het gebied van luchtkwaliteit, waarbij tegen een weigering van het bevoegd gezag om dat te doen bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat bij de bestuursrechter. De voorzieningenrechter oordeelde echter dat dit standpunt eraan voorbij gaat:

‘(...) dat deze zaak niet ziet op het oplossen van één of meerdere individuele gevallen waarin grenswaarden worden overschreden. Het maken van een (deugdelijk) luchtkwaliteitsplan kan niet het onderwerp zijn van bestuursrechtelijk bezwaar en beroep.’⁹³

Deze overweging kan de vraag oproepen hoe deze formulering zich verhoudt tot de lijn uit onder andere *Privacy First*. Als individuele bestuursrechtelijke rechtsbescherming mogelijk is, zou dat dan niet ook in de luchtkwaliteitszaak de aangewezen route moeten zijn? Waarschijnlijk is echter bedoeld dat op lokaal niveau een dergelijk verzoek kan worden ingediend, maar dat dat slechts zou zien op de luchtkwaliteitsoverschrijding in dat gebied. Om het nationale luchtkwaliteitsplan aan te kunnen vechten moet kortom de civiele route worden gevolgd.

Afghaanse 1F'ers

Recentelijk werd het NJCM door de rechtbank Den Haag ontvankelijk geacht in zijn collectieve vordering uit onrechtmatige rechtspraak. Het NJCM en een individuele Afghaanse 1F'er voerden aan dat de Staat aansprakelijk is voor onrechtmatige rechtspraak van de Afdeling. De Afdeling zou structureel hebben nagelaten de

90 Rb. Den Haag 24 juni 2015, AB 2015/336, m.nt. Ch.W. Backes.

91 Dergelijke vragen speelden overigens wel ten aanzien van de 886 individuele volmachtgevers voor wie Urgenda tevens opkomt.

92 Rb. Den Haag 7 september 2017, AB 2017/335, m.nt. Ch.W. Backes.

93 Rb. Den Haag 7 september 2017, AB 2017/335, m.nt. Ch.W. Backes, r.o. 4.2.

vereiste individuele beoordeling toe te passen op de Afghaanse rF'ers, en bovendien ten onrechte geen prejudiciële vragen hebben gesteld aan het Hof van Justitie. De Staat betoogde dat het NJCM niet-ontvankelijk is omdat een vordering uit onrechtmatige rechtspraak zich naar haar aard niet leent voor een collectieve actie. Hoewel de rechtbank erkent dat een vordering uit onrechtmatige rechtspraak onlosmakelijk verbonden is met de zaak waarop die vordering betrekking heeft, is het NJCM ontvankelijk omdat het gaat om een bestendige lijn in de rechtspraak van de Afdeling:

‘Noch de tekst, noch de kennelijke strekking van artikel 3:305a BW staat eraan in de weg dat een collectieve actie een gebundeld belang kan dienen van partijen ten aanzien van wie, op grond van dezelfde overwegingen ten aanzien voor hen gelijke feiten en omstandigheden, een rechterlijk oordeel is geveld.’⁹⁴

Hoewel het hier volgens de rechter gaat om een gebundeld belang, namelijk dat van alle individuele rF'ers die menen dat de Afdeling in hun zaken een onrechtmatige uitspraak heeft gedaan, kan men zich afvragen in hoeverre deze bundeling niet juist ook noodzakelijk is om (inhoudelijk) het punt te kunnen maken dat het gaat om ‘rechterlijk beleid’ waarbij geen individuele beoordeling plaatsgevonden zou hebben. Hoewel de ontvankelijkheid van het NJCM een ‘succes’ was, is het daadwerkelijke doel achter deze procedure niet behaald. De rechter stelde het NJCM en de individuele rF'er op procedurele gronden in het ongelijk, met als gevolg dat de Afghaanse rF'ers na ongeveer twintig jaar nog steeds geen inhoudelijk rechterlijk oordeel hebben weten te krijgen over hun principiële issue.

Wapenexportzaak

Een andere zaak die ook een lange adem vereist betreft de wapenexportzaak, waarbij PILP-NJCM en vredesorganisaties PAX en Stop Wapenhandel procederen tegen de verstrekking van een wapenexportvergunning door de Nederlandse regering voor militair materieel naar Egypte. Deze vergunning had niet mogen worden verleend volgens deze organisaties, omdat de regering niet of onvoldoende heeft gekeken naar de mensenrechten en de betrokkenheid van Egypte bij de oorlog in Jemen. Hoewel hier geen sprake is van algemene regels, blijkt opnieuw een loket-tenkwestie zich voor te doen. De belangenorganisaties kregen van de civiele rechter in 2002 te horen dat zij niet-ontvankelijk zijn en bij de bestuursrechter moeten aankloppen.⁹⁵ De bestuursrechter oordeelde echter dat belangenorganisaties de wapenvergunning niet mogen aanvechten omdat zij volgens de Douanewet van de EU niet ‘rechtstreeks en individueel geraakt worden’ door de levering.⁹⁶ Bij invoering van de EU-regels zou de Nederlandse wet buiten werking zijn gesteld. Recentelijk verklaarde het gerechtshof het beroep ongegrond.⁹⁷ De belangenorganisaties zijn niet-ontvankelijk bij de bestuursrechter, en moeten dus toch naar de civiele rechter. Wordt vervolgd dus...

94 Rb. Den Haag 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11809, r.o. 5.4.

95 Rb. Den Haag 29 mei 2002, ECLI:NL:RBSGR:2002:AE3271.

96 Rb. Noord-Holland 25 augustus 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:7024.

97 pilpnjcm.nl/2e-hb-wapenhandel.

2.3.4 Voorgestelde wijzigingen van het collectieve actierecht

Waar de ontwikkelingen rondom artikel 1:2 lid 3 Awb zich al bijna een decennium in rustig vaarwater lijken te begeven, geldt dat zeker niet voor artikel 3:305a BW. Met het wetsvoorstel Collectieve schadevergoedingsactie is beoogd ‘een efficiënte en effectieve collectieve afwikkeling van massaschade te bevorderen’, waarbij wordt gestreefd naar ‘een balans tussen het belang van gedupeerden om hun rechten te kunnen verwezenlijken en het belang van de aangesproken partijen om beschermd te worden tegen ongefundeerde of lichtvaardige claims’.⁹⁸ Hoewel het huidige artikel 3:305a BW juist geen onderscheid maakt tussen collectieve en algemene belangen, zal dit in het voorgestelde artikel 3:305a BW anders worden.

Opvallend is de tegengestelde beweging in het civiele recht ten opzichte van het bestuursrecht. In het bestuursrecht wordt doorgaans gepleit voor strengere (representativiteits)eisen aan ideële organisaties, terwijl het civiele recht juist op het punt staat dergelijke eisen in te voeren voor collectieve belangenbehartigers en een uitzondering mogelijk te maken voor ideële belangenbehartigers. Deze verzwaarde vereisten moeten dienen als waarborg tegen claimstichtingen en moeten de belangen van de achterban beschermen.

Aangezien het wetsvoorstel een opsomming van ruim twintig elementen betreft die relevant zijn bij de ontvankelijkheid van belangenorganisaties, kan in het bestek van dit preadvies enkel kort worden ingegaan op de meest relevante vereisten. Het voorgestelde lid 2 vereist dat een belangenorganisatie voldoende representatief moet zijn om de belangen van de ‘achterban’ voldoende te waarborgen. Deze representativiteit moet volgens de wettekst blijken uit de achterban en omvang van de vertegenwoordigende vordering, waarbij de belangenorganisatie dient te beschikken over:

- a. een toezichthoudend orgaan;
- b. passende en doeltreffende mechanismen voor deelname aan of vertegenwoordiging bij de besluitvorming van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt;
- c. voldoende middelen om het instellen van de rechtsvordering te dragen;
- d. een internetpagina met daarop:
 1. de statuten;
 2. bestuursstructuur;
 3. jaarlijks vastgestelde verantwoording op hoofdlijnen van het toezichthoudend orgaan;
 4. laatst vastgestelde bestuursverslag;
 5. de bezoldiging van bestuurders en de leden van het toezichthoudend orgaan;
 6. de doelstellingen en werkwijzen van de rechtspersoon;
 7. een overzicht van de stand van zaken in lopende procedures;

⁹⁸ Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 1 (MvT).

8. indien een bijdrage wordt gevraagd van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt: inzicht in de berekening van deze bijdrage;
 9. een overzicht van de wijze waarop personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt zich kunnen aansluiten bij de rechtspersoon en de wijze waarop zij deze aansluiting kunnen beëindigen;
- e. voldoende ervaring en deskundigheid ten aanzien van het instellen en voeren van de rechtsvordering.

Het voorgestelde lid 3 Awb vereist verder dat bestuurders van de belangenorganisatie geen rechtstreeks of onmiddellijk winstoogmerk mogen hebben dat via de rechtspersoon wordt gerealiseerd en dat de vordering voldoende nauwe band heeft met de Nederlandse rechtssfeer. Het overlegvereiste blijft in de huidige vorm gelden. Op grond van het voorgestelde lid 5 moet de belangenorganisatie een bestuursverslag en jaarrekening opstellen en deze binnen acht dagen na vaststelling op de website publiceren. Op basis van lid 7 komt er een centraal register dat alle collectieve vorderingen gaat bijhouden. De collectieve vordering moet binnen twee dagen na indiening van de procesinleiding worden geregistreerd in dit voor iedereen eenvoudig raadpleegbare register. Vervolgens worden andere belangenorganisaties in de gelegenheid gesteld om een collectieve vordering in te stellen voor dezelfde gebeurtenis over soortgelijke feitelijke en rechtsvragen, waarna de rechter uit hun midden de meest geschikte eiser als exclusieve belangenbehartiger kan aanwijzen.⁹⁹

Deze fikse toename aan eisen is op grond van het voorgestelde lid 6 niet per definitie van toepassing op organisaties met een ideële rechtsvordering en een zeer beperkt financieel belang. Hetzelfde geldt als de aard van de vordering daartoe aanleiding geeft. Hierdoor lijken de zwaardere eisen waarschijnlijk niet te gelden voor veel strategische procedures met een ideële insteek. Volgens de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel – waarin overigens verder niet wordt ingegaan op algemeen-belangacties – is het uiteindelijk aan de rechter om ambtshalve te bepalen of een organisatie wel of niet aan de ontvankelijkheidsvereisten uit de leden 2, 3 en 5 hoeft te voldoen.

2.3.5 Tussenconclusie

De meeste voorbeelden van strategische procedures in Nederland ontleen we aan het civiele recht. Dit kan te maken hebben met het feit dat strategische procedures in het op individuele geschillenbeslechting gerichte bestuursrecht lastig zijn en er

⁹⁹ Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 8-9 (MvT). Hierbij kijkt de rechter onder andere naar (a) de omvang van de groep personen voor wie de eiser opkomt, (b) de grootte van het door deze groep vertegenwoordigde financiële belang, (c) andere werkzaamheden die de eiser verricht voor de personen voor wie hij opkomt in of buiten rechte, en (d) eerdere door de eiser verrichte werkzaamheden of ingestelde collectieve vorderingen. De belangenorganisatie die als exclusieve belangenbehartiger wordt aangewezen, treedt in deze procedure op voor de belangen van alle personen in de door de rechter omschreven groep. De collectieve procedure wordt met voorrang behandeld op individuele procedures die betrekking hebben op dezelfde feiten of rechtsvragen.

geen beroep tegen algemene regels openstaat. Daarom zullen sommige belangenorganisaties die strategisch willen procederen noodgedwongen de civiele rechter opzoeken. Ook andere redenen zijn mogelijk, zoals de ruimere uitspraakbevoegdheden van de civiele rechter, die soms beter kunnen aansluiten bij het doel van strategische procedures. Artikel 3:305a BW regelt het civielrechtelijke collectieve actierecht, dat behoorlijk ruime toegang verleent aan belangenorganisaties. In de praktijk vormt de jurisprudentie van de civiele rechter inzake procedures tegen algemene regels wel een flink obstakel: waar individuele bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat, zijn belangenorganisaties niet-ontvankelijk bij de civiele rechter.

3 Huidig legitimizeitsdebat

Strategisch procederende belangenorganisaties die de juridische arena gebruiken om maatschappelijke, sociale, politieke of juridische verandering teweeg te brengen, hebben als zodanig weinig aandacht gekregen in de Nederlandse juridische literatuur. Om een antwoord te vinden op de vraag in hoeverre dergelijke procedures als legitiem worden beschouwd, zullen de relevante argumenten met name moeten worden afgeleid uit de wetsgeschiedenis, jurisprudentie en literatuur met betrekking tot artikel 1:2 lid 3 Awb respectievelijk artikel 3:305a BW.

3.1 Bestuursrecht

Het bestuursrechtelijke debat over de legitimiteit van beroepsrecht voor belangenorganisaties ziet met name op het ‘traditionele’ artikel 1:2 lid 3 Awb-geschied. Aangezien in het bestuursrecht veel strategische procedures niet mogelijk zijn, zullen de argumenten met betrekking tot hun legitimiteit moeten worden afgeleid uit de bovenindividuele acties die op grond van artikel 1:2 lid 3 jo. 8:3 Awb wel mogelijk zijn. De meeste aandacht in het bestuursrechtelijk debat gaat uit naar algemeen-belangacties, waarbij bijvoorbeeld een milieuvereniging opkomt (of beweert op te komen) voor het (anders) stemloze milieubelang in een procedure over de omgevingsvergunning van een milieuvervuilende fabriek. Dit type actie ligt gevoelig in het op individuele geschillenbeslechting geënte bestuurs(proces)recht, en kan dan ook op de nodige weerstand rekenen. Aangezien collectieve acties in principe een optelsom van (potentiële) individuele procedures betreffen, worden zij doorgaans als legitiem beschouwd. Het gaat dan bijvoorbeeld om buurtbewoners die zich organiseren in een wijkvereniging en als collectief procederen over een ingrijpend verkeersbesluit.

3.1.1 Ratio bestuursrecht

Bij de vormgeving van het beroepsrecht voor belangenorganisaties geldt als normatief vertrekpunt in de eerste plaats de functie van het bestuurs(proces)recht. Voor de invoering van de Awb werd deze met name gevonden in de handhaving van het objectieve recht (*recours objectif*). Het bestuursrecht diende het algemeen belang, waarbij de bestuursrechter op aangeven van een belanghebbende toezicht uitoefende op de rechtmatigheid van een bepaalde rechtshandeling van een bestuursorgaan. In 1994 maakte de wetgever echter de principiële keuze voor individuele rechtsbescherming (*recours subjectif*) als hoofdfunctie van het

bestuurs(proces)recht.¹⁰⁰ Vanuit deze gedachte biedt de Awb bestuursrechtelijke rechtsbescherming, daar waar overheidshandelen de burger direct treft. Het traditionele bestuursrechtelijke geding beperkt zich kortom tot een individuele belanghebbende die een geschil heeft met een bestuursorgaan over een hem rechtstreeks in zijn belangen rakende onwelgevallige beschikking.¹⁰¹

Strategische procedures zijn per definitie niet (primair) individueel van aard. Zij passen dan ook niet naadloos in deze 'Awb-mal'. Met name bij ideële acties rijst de vraag hoe zij zich verhouden tot het uitgangspunt van het *recours subjectif*.¹⁰² Er is immers een maatschappelijk, sociaal, politiek of juridisch issue dat door een groep binnen de samenleving of zelfs de samenleving als geheel wordt gevoeld en dat een belangenorganisatie aan de rechter wil voorleggen. Bij groepsacties speelt dit probleem minder, omdat deze doorgaans worden beschouwd als individuele acties die met het oog op efficiëntie en doelmatigheid worden gebundeld.

3.1.2 Wetsgeschiedenis met betrekking tot artikel 1:2 lid 3 Awb

Toch kent het Nederlandse, op individuele geschillenbeslechting gerichte bestuurs(proces)recht een beroepsrecht voor belangenorganisaties. Opmerkelijk is dat over de ratio achter het opnemen van artikel 1:2 lid 3 in de primair op het *recours subjectif* gestoelde Awb in de memorie van toelichting niets wordt vermeld.¹⁰³ Weliswaar vangt de memorie aan met een algemene uiteenzetting van de doelen van de Awb, maar daarin komen belangenorganisaties en hun beroepsmogelijkheden niet voor. In de toelichting bij artikel 1:2 lid 3 Awb wordt volstaan met een uiteenzetting van de criteria die gelden om als algemene of collectieve belangenbehartiger als belanghebbende te worden aangemerkt.

Een mogelijke verklaring hiervoor is dat ook voor de invoering van de Awb grote delen van het bestuurs(proces)recht beroepsmogelijkheden kenden voor belangenorganisaties, zoals artikel 79 Wet algemene bepalingen milieuhygiëne.¹⁰⁴ Tot het midden van de jaren zeventig van de vorige eeuw was dit overigens wel anders en waren belangenorganisaties in de regel niet-ontvankelijk.¹⁰⁵ Zo strandden bijvoorbeeld algemeen-belangacties van milieuorganisaties in beroep tegen milieuvergunningen. Een organisatie als de Vereniging tot Behoud van de Waddenzee was niet-ontvankelijk.¹⁰⁶ Ook collectieve belangenbehartigers hadden het lastig. Zo waren middenstandsorganisaties niet-ontvankelijk in hun collectieve acties.¹⁰⁷

¹⁰⁰ Kamerstukken II 1991/92, 22495, 3, p. 35 (MvT); Damen e.a. 2016, p. 101-102, 122-123.

¹⁰¹ Hoewel het besluitbegrip juist gezien wordt als een kenmerk van het *recours objectif*.

¹⁰² Damen e.a. 2016, p. 122-123.

¹⁰³ Kamerstukken II 1991/92, 22495, 3, p. 35 (MvT).

¹⁰⁴ Dit artikel luidt: 'In deze wet en de daarop berustende bepalingen worden ten aanzien van personen of colleges met enig openbaar gezag bekleed, de hun als zodanig toevertrouwde belangen, en ten aanzien van privaatrechtelijke organisaties de belangen met het oog waarop zij in het leven zijn geroepen, als hun belangen beschouwd.'

¹⁰⁵ R.M. van Male, 'Enkele aspecten van het begrip belanghebbende in de Algemene wet bestuursrecht', VAR-reeks 108, Alphen aan den Rijn 1992, p. 55.

¹⁰⁶ KB 9 januari 1969, AB 1969, p. 444.

¹⁰⁷ CBb 25 november 1965, SEW, p. 165.

Dit leidde tot hevige kritiek vanuit zowel de wetenschap als de politiek.¹⁰⁸ Daarom werd artikel 85 Wet inzake luchtverontreiniging aangepast, zodat rechtspersonen de belangen waarvoor zij in het leven zijn geroepen als hun belangen kunnen beschouwen. Bij de behandeling van het wetsvoorstel Arob deed de toenmalige minister van Justitie toezeggingen aan het parlement over de ontvankelijkheid van belangenorganisaties.¹⁰⁹ Als gevolg hiervan achtte de Kroon het gelegitimeerd om voortaan belangenorganisaties in hun beroep te ontvangen, mits zij door de bestreden beschikking rechtstreeks zijn getroffen in een belang dat zij blijkens hun statuten en feitelijke werkzaamheden beogen te behartigen.¹¹⁰ In de woorden van Heldeweg, Schlössels en Seerden bestond met de komst van artikel 7 Wet Arob – ook buiten de *actio popularis* – redelijkerwijs geen twijfel meer over de toelaatbaarheid van de algemeen-belangactie in het bestuursprocesrecht.¹¹¹

Toen in 2005 de in het omgevingsrecht nog geldende (getrapte) *actio popularis* werd afgeschaft om aansluiting te zoeken bij het algemene bestuursrecht,¹¹² ontstond toch weer twijfel over de toelaatbaarheid van de algemeen-belangactie in het bestuurs(proces)recht. Volgens sommige politici ging deze beperking van het beroepsrecht voor milieuorganisaties niet ver genoeg. Zo zocht de VVD-fractie in 2002 steun voor haar initiatiefwetsvoorstel op grond waarvan belangenorganisaties geen beroepsmogelijkheden hebben indien er bij een zaak ook al individuele belanghebbenden zijn.¹¹³ Ook het Kamerlid Spies pleitte voor een beperking van de beroepsmogelijkheden voor milieuorganisaties.¹¹⁴ In 2007 diende het toen nog Tweede Kamerlid Rutte een motie in om ‘niet direct belanghebbenden’ het beroepsrecht te ontnemen. In de woorden van De Poorter en Van Heusden redde deze motie het ‘mede door de niet erg omfloerste kwalificatie van “beroepsmatige probleemmakers” (...) ternauwernood niet’.¹¹⁵ Artikel 1:2 lid 3 Awb bleef ongewijzigd.

3.1.3 Jurisprudentie met betrekking tot artikel 1:2 lid 3 Awb

De Afdeling vindt de rechtvaardiging van collectieve belangenbehartigers met name in effectieve rechtsbescherming. Uit de standaardoverweging leid ik echter af dat de legitimiteit volgens de Afdeling met name ligt in efficiënte in plaats van effectieve rechtsbescherming. De vaste formulering is namelijk dat de belangenorganisatie:

¹⁰⁸ Van Male 1992, p. 55, onder verwijzing naar het preadvies van Hoogendijk-Deutsch. Zie daarvoor S.V. Hoogendijk-Deutsch, ‘Groepsacties en algemeen belang in de administratiefrechtelijke procedure’, in: *Handelingen der Nederlandse Juristen Vereniging deel 1, eerste stuk*, Zwolle: H.D. Tjeenk Willink 1976, p. 35.

¹⁰⁹ J.H. van Kreveld & M. Scheltema, *Parlementaire geschiedenis van de Wet Arob*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1976, p. 269.

¹¹⁰ KB 8 september 1975, AB 1975/275 (Kerncentrale Borssele).

¹¹¹ Heldeweg, Schlössels & Seerden 2002, p. 44.

¹¹² Kamerstukken II 2003/04, 29421, 3, p. 3-5 (MvT).

¹¹³ *Handelingen II* 3 september 2002, p. 93-5559.

¹¹⁴ Kamerstukken II 2002/03, 28600 XI, 73.

¹¹⁵ De Poorter & Van Heusden 2017; Kamerstukken II 2007/08, 31200, 19.

‘(...) door haar optreden in rechte een bundeling van rechtstreeks bij het bestreden besluit betrokken individuele belangen tot stand brengt waarmee effectieve rechtsbescherming gediend kan zijn, in vergelijking met het afzonderlijke optreden van een groot aantal individuele natuurlijke personen dat door het bestreden besluit rechtstreeks in hun belangen wordt getroffen’.¹¹⁶

Hoewel goed kan worden betoogd dat de effectieve rechtsbescherming gediend is bij bundeling van gelijksoortige individuele krachten (‘samen staat men sterker’), lijkt het argument van de Afdeling eerder te slaan op de efficiëntie van het bundelen van vergelijkbare bezwaren van een grote groep personen in één juridische actie om vele losse (individuele) procedures te voorkomen.

Opmerkelijk is dat de Afdeling – voor zover ik heb kunnen vinden – in procedures van ideële belangenbehartigers niet op vergelijkbare manier ingaat op de achterliggende ratio. Wel is duidelijk dat de Afdeling (zeker sinds 2008) rechtspersonen wil weren indien zij te vage of te ruime doelstellingen hebben, of die enkel procederen tegen overheidsbesluiten tot doel hebben. Om deze zogenoemde ‘procedeeclubs’ te weren vallen de eisen voor ideële acties in het bestuursrecht wat zwaarder uit dan die voor collectieve acties. De rechtvaardiging hiervoor betreft het voorkomen dat in strijd met de bedoelingen van de wetgever feitelijk nog altijd sprake zou zijn van een (verkapte) *actio popularis*. Hoewel aanvankelijk werd gevreesd dat de afschaffing van de *actio popularis* in combinatie met de scherpere eisen in de jurisprudentie de beroepsmogelijkheden van ideële belangenorganisaties wel degelijk zouden beperken, wordt dat beeld tegenwoordig genuanceerd. Belangenorganisaties blijken in de praktijk goed in staat in te spelen op de veranderde jurisprudentiële en zorgen over het algemeen dat hun statutaire doelstellingen voldoende zijn afgebakend en zij voldoende feitelijke werkzaamheden verrichten.¹¹⁷

3.1.4 Discussie over artikel 1:2 lid 3 Awb in de literatuur

Artikel 1:2 lid 3 Awb heeft in de literatuur de nodige kritiek ondervonden, waarbij de discussie met name oplaaide rondom het afschaffen van de *actio popularis* in het omgevingsrecht en de verscherpte eisen die de Afdeling per 2008 aan algemeen-belangacties stelt. Hoewel deze literatuur dus niet (primair) ziet op de legitimiteit van strategische procedures, kunnen uit deze discussie over de ‘klassieke’ toepassing van artikel 1:2 lid 3 Awb wel argumenten worden gedestilleerd met betrekking tot de (on)wenselijkheid van procederende belangenorganisaties. Aangezien in de literatuur anders wordt aangekeken tegen collectieve acties dan tegen algemeen-belangacties, worden zij hieronder apart besproken.

¹¹⁶ Zie bijv. ABRvS 30 mei 2012, AB 2012/219, m.nt. K.J. de Graaf en A.T. Marseille; ABRvS 8 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX3969; ABRvS 24 juni 2009, AB 2009/336, m.nt. A.T. Marseille; ABRvS 15 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1626; ABRvS 30 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU7017; ABRvS 1 oktober 2008, AB 2008/348, m.nt. F.C.M.A. Michiels (Stichting Openbare Ruimte). Met deze formulering sluit de Afdeling uitdrukkelijk aan bij HR 17 juni 1986, NJ 1987/743, m.nt. W.H. Heemskerk (*De Nieuwe Meer*).

¹¹⁷ Zie bijv. Van Ettekovén 2009, p. 94; De Poorter & Van Heusden 2017, par. 3.

3.1.4.1 *Collectieve acties*

Collectieve acties worden in de literatuur doorgaans als legitiem beschouwd. Ze betreffen immers een bundeling van individuele belanghebbenden die gelijksoortige problemen hebben met een bepaalde beschikking. De leden van de groep waarvoor de collectieve belangenbehartiger opkomt, zouden ook individueel op grond van artikel 1:2 lid 1 Awb kunnen procederen. Een enkele bundeling van deze belangen levert niet direct problemen op vanuit het op individuele geschillenbeslechting gerichte bestuursprocesrecht. De rechtvaardiging voor collectieve actiemogelijkheden is gelegen in proceseconomische overwegingen: het gebundeld instellen van beroep legt minder beslag op de schaarse rechterlijke capaciteit dan losse individuele procedures.¹¹⁸ Het is kortom efficiënter. Volgens Van Ettekoven zou om die reden het bestuursrecht wat betreft collectieve acties niet langer vast hoeven te houden aan de eis van rechtspersoonlijkheid.¹¹⁹

3.1.4.2 *Algemeen-belangacties: democratisch-rechtsstatelijke stromingen*

In vergelijking met collectieve acties leveren algemeen-belangacties aanzienlijk meer debat op. Heldeweg, Schlössels en Seerden onderscheiden in de discussie over de democratisch-rechtsstatelijke legitimiteit van belangenorganisaties grofweg drie stromingen.

1. *De klassiek-liberale stroming*

Binnen de klassiek-liberale opvatting dient de behartiging van het algemeen belang bij de politiek te liggen. De klassiek-liberale opvatting is gebaseerd op ‘het democratische denkbeeld van een onvervreemdbaar en ondeelbaar publiek doelstellingsprimaat van de wetgever’.¹²⁰ Het nastreven van deelbelangen vormt een bedreiging voor het evenwichtige publieke belangenafwegingsproces. Belangenorganisaties pretenderen immers op te komen voor het algemeen belang, waarbij het feitelijk gaat om hun visie op het algemeen belang. Vaststelling van hét algemeen belang behoort tot het primaat van de wetgever. De rechter dient enkel naar aanleiding van een individuele zaak subjectieve rechtsbescherming te bieden, en mag dus:

‘gevoed door dergelijke intermediaire maatschappelijke machtsstructuren, (...) juridisch noch *de facto* een overheersende invloed krijgen op de vaststelling van wat het algemeen belang meebrengt’.¹²¹

2. *De sociaal-pluralistische stroming*

De sociaal-pluralistische opvatting laat meer ruimte voor belangenorganisaties, omdat deze individuen steunen bij de behartiging van het algemeen belang.¹²² Met name ‘stemloze waarden’, zoals het milieu, dienen te worden beschermd. Waar procederende belangenorganisaties in de klassiek-liberale opvatting een bedreiging en onwenselijk zijn, waardeert de sociaal-pluralistische opvatting ze juist om

¹¹⁸ Van Ettekoven 2009, p. 91.

¹¹⁹ Van Ettekoven 2009, p. 92.

¹²⁰ Heldeweg, Schlössels & Seerden 2002, p. 54.

¹²¹ Heldeweg, Schlössels & Seerden 2002, p. 54.

¹²² Heldeweg, Schlössels & Seerden 2002, p. 46.

hun spreekbuisfunctie en mogelijkheden tot het bieden van tegenwicht aan het bestuur. Dat de rechter ook in politieke kwesties rechtsprekt, is geen bedreiging. Het is juist wenselijk dat een concurrerende staatsmacht tegenwicht biedt aan de politieke macht van wetgever en bestuur. Binnen de sociaal-pluralistische opvatting wordt, in tegenstelling tot de klassiek-liberale opvatting, geen scherp onderscheid gemaakt tussen enerzijds de overheid als exclusieve behartiger van het algemeen belang en anderzijds natuurlijke personen en hun rechten. Belangenorganisaties worden beschouwd als een (rechts)sociologische realiteit waarvan de door hen geclaimde belangen kunnen worden onderzocht op hun eventuele bescherming door het recht.¹²³

3. De postmodern-pragmatische stroming

Het credo ‘Everything goes!’ karakteriseert de postmodern-pragmatische opvatting,¹²⁴ waarin ten principale wordt ontkend dat rechtsontwikkeling zich dient te voltrekken binnen vaste structuren en op gezag van vaststaande instituties of fundamentele beginselen.¹²⁵ Op pragmatische wijze wordt gezocht naar de meest rechtvaardige oplossing voor een bepaald probleem die de andere verhoudingen zo veel mogelijk ongemoeid laat.¹²⁶ Aangezien de overheid slechts een van de actoren binnen de publieke ruimte vormt, is van exclusieve belangenbehartiging door de overheid geen sprake. Het enige wat de overheid onderscheidt van andere maatschappelijke actoren is haar specifieke taakstelling.¹²⁷ De kwalificatie van een actor als overheid, belangenorganisatie of burger is irrelevant voor de toegang tot de rechter; slechts de inhoud van de argumentatie die de actor voert is bepalend. Belangenorganisaties dienen kortom in beginsel toegang tot de rechter te hebben, waarbij het democratisch gelegitimeerde politieke primaat van de wetgever niet wordt erkend.

3.1.4.3 Algemeen-belangacties: discussiepunten

Volgens Heldeweg, Schlössels en Seerden is Nederland, in ieder geval in vergelijking met het Duitse, Franse en het Europese stelsel, het meest ruimhartig en toont Nederland daarmee ‘een postmodernistisch-pragmatische rekkelijkheid’.¹²⁸ Artikel 1:2 lid 3 Awb en artikel 3:305a BW bieden inderdaad – naar de tekst van de wet bezien – ruime toegang tot de juridische arena voor belangenorganisaties. Deze rekkelijkheid wordt echter vanuit het perspectief van belangenorganisaties die strategisch willen procederen, aanzienlijk beperkt door de bestuursrechtelijke focus op de beschikking als individueel uitvoeringsbesluit en de civielrechtelijke jurisprudentie als *Privacy First* en *SCAU*. De bestuursrechtelijke literatuur over de legitimiteit van algemeen-belangacties vertoont evenmin de ‘postmodernistisch-pragmatische rekkelijkheid’. Ik identificeer grofweg drie vraagstukken waaromheen de Nederlandse bestuursrechtelijke discussie over de legitimiteit van ideële belangenbehartigers zich centreert. Hoewel deze discussiepunten hieronder apart worden gepresenteerd, zijn zij natuurlijk sterk met elkaar verweven.

¹²³ Heldeweg, Schlössels & Seerden 2002, p. 54-55.

¹²⁴ Heldeweg, Schlössels & Seerden 2002, p. 55.

¹²⁵ Heldeweg, Schlössels & Seerden 2002, p. 55.

¹²⁶ Heldeweg, Schlössels & Seerden 2002, p. 55.

¹²⁷ Heldeweg, Schlössels & Seerden 2002, p. 55.

¹²⁸ Heldeweg, Schlössels & Seerden 2002, p. 57.

1. Past een (breed) beroepsrecht voor ideële belangenorganisaties binnen de uitgangspunten van het bestuurs(proces)recht?

Het is niet verwonderlijk dat in een bestuurs(proces)rechtelijk stelsel dat individuele rechtsbescherming (*recours subjectif*) als hoofddoel heeft, vragen rijzen over de legitimatie van algemeen-belangacties. Volgens Van Ettehoven past het slecht in een stelsel dat op weg is naar (verdere) subjectivering ‘dat zelf uitgeroepen algemeen-belangbehartigers toegang krijgen tot de bestuursrechter’.¹²⁹ Met name Teunissen heeft herhaaldelijk bepleit dat algemeen-belangacties niets te maken hebben met rechtsbescherming c.q. bescherming van subjectieve rechtsbelangen, zij dus niet verenigbaar zijn met het *recours subjectif*, en daarmee hun onwenselijkheid gegeven is.¹³⁰ Ook Schreuder-Vlasblom is kritisch: algemeen-belangacties scheppen overspannen verwachtingen omdat de bevoegdheid op te komen voor algemene belangen zou suggereren dat de rechter veel verder kan treden in de afweging van belangen door het bestuur dan zijn positie toelaat.¹³¹ Schueler daarentegen meent dat ook algemeen-belangacties binnen een op het *recours subjectif* gestoeld bestuursprocesrecht passen:

‘Het moet voldoende duidelijk zijn voor welk belang de belangenorganisatie opkomt. Als aan die voorwaarde is voldaan, kan dat gespecificeerde algemene belang worden beschouwd als het eigen belang van de organisatie. Het daaraan verbonden beroepsrecht is in een subjectief model goed in te passen.’¹³²

2. Is een (breed) beroepsrecht voor ideële belangenorganisaties in strijd met de uitgangspunten van de democratische rechtsstaat?

Inherent aan de rechtsstaat is dat ook – juist – de overheid gebonden is aan het recht. Belangenorganisaties kunnen een belangrijke rol spelen bij het corrigeren van juridische fouten van het bestuur.¹³³ Belangenorganisaties maken het bovendien mogelijk dat ieder belang, ook als het niet op adequate wijze door individuele belanghebbenden in rechte kan worden behartigd, in de samenleving vertegenwoordigd kan worden.¹³⁴ Dit noemde Van Buuren in zijn proefschrift een van de belangrijkste redenen voor het toekennen van beroepsrecht aan belangenorganisaties: de kring van beroepsgerechtigden moet ten opzichte van een beschikking zodanig worden getrokken dat voor elk van de bij die beslissing betrokken belangen iemand bevoegd zou zijn om te appelleren.¹³⁵ Volgens Schlössels functioneren beroepsmogelijkheden voor belangenorganisaties als staatsrechtelijke bliksem-

¹²⁹ Van Ettehoven 2009, p. 92, onder verwijzing naar Schueler 2009, p. 3.

¹³⁰ J.M.H.F. Teunissen, ‘De algemeen belangorganisatie als bestuursrechtelijk (pseudo-) Openbaar Ministerie? Pleidooi voor afschaffing van de *actio popularis* en van het actierecht van algemeen belangorganisaties en bestuursorganen ex artikel 1:2 Awb’, *Gst.* 2003/17, nr. 4.

¹³¹ M. Schreuder-Vlasblom, ‘Kronieken Bestuursprocesrecht’, *NTB* 2003, p. 182-183.

¹³² Schueler 2009, p. 24-25.

¹³³ M. Jongsma & L. Michiels, ‘Het beroepsrecht van milieuorganisaties moet blijven!’, *NJB* 2002, p. 2238-2239.

¹³⁴ 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 e.a., *Goed verdedigbaar: Vernieuwing van bestuursrecht en omgevingsrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 152.

¹³⁵ P.K.K. van Buuren, *Kringen van belanghebbenden: In het bijzonder in procedures tegen de overheid* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1978, p. 112 e.v.; zie ook Scheltema 2011, p. 152.

afleider: meer algemeen-belangacties naarmate het politieke proces minder functioneert.¹³⁶

Teunissen daarentegen heeft meermaals bepleit dat beroepsrecht voor ideële organisaties niet berust op democratische legitimatie.¹³⁷ Behartigen van het algemeen belang is de exclusieve taak van de overheid. Belangenorganisaties, die vaak een gesloten organisatiestructuur kennen, kunnen nooit pretenderen ‘het’ algemeen belang te behartigen. Hoewel belangenorganisaties in de voorfase een belangrijke bijdrage kunnen leveren aan de kwaliteit van de besluitvorming, is het in ons rechtsbestel de bestuurlijke – en democratisch gelegitimeerde – overheid die de eindbeslissing neemt. Bovendien speelt wat Schlössels het legitimatiedeficit noemt: belangenbehartiging door organisaties steunt niet op (formele) democratische legitimatie.¹³⁸ Een ander klassiek-liberaal bezwaar tegen procederende belangenorganisaties betreft het risico van pseudo-overheden.¹³⁹

‘Een rechtsstelsel dat aan algemeen belangacties door private organisaties een belangrijke rol toebedeelt en deze in rechte toelaat, accepteert strikt genomen óók dat deze belangenorganisaties tot op zekere hoogte “verantwoordelijkheden” van de “echte” overheid waarnemen. Weliswaar opereren zij niet *formeel* als (mede)overheid, maar feitelijk vervullen zij deels vergelijkbare functies.’¹⁴⁰

Hierbij gaat het om belangenorganisaties die bijvoorbeeld richting geven aan de invulling van deelaspecten van het algemeen belang en de handhaving van deze aspecten, zij het door tussenkomst van de rechter.¹⁴¹

Volgens Van Ettekoven kan het beroepsrecht voor belangenorganisaties enkel worden afgeschaft als er voldoende tegenwicht is en gegarandeerd kan worden dat anderen kunnen opkomen voor kwetsbare belangen als natuur- en milieubelangen.¹⁴² Hierbij kan worden gedacht aan een openbaar ministerie voor natuur en milieu, of een onafhankelijk zelfstandig bestuursorgaan waaraan de zorg voor handhaving en naleving van de betrokken materiële normen wordt opgedragen, inclusief de mogelijkheid om in beroep te gaan.

Gegeven dat dit tegenwicht er op dit moment niet is, moeten enkel voldoende representatieve ideële belangenorganisaties toegang tot de rechter kunnen krijgen, aldus Van Ettekoven.¹⁴³ Dit pleidooi voor aanscherping van de representativiteits-eisen wordt door diverse auteurs gehouden.¹⁴⁴ Striktere eisen zouden ertoe leiden dat de serieuze behartigers van algemene natuur- en milieubelangen vanwege hun nuttige functie in onze rechtsstaat kunnen blijven, terwijl allerlei zelfbenoemde

¹³⁶ R.J.N. Schlössels, ‘Wie beschermt de beschermelingen tegen hun beschermers? Enige publiek-rechtelijke kanttekeningen bij algemeen belangacties’, in: A.W. Jongbloed (red.) *Samen Sterk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 125.

¹³⁷ Teunissen 2003, par. 6.

¹³⁸ Schlössels 2002, p. 120.

¹³⁹ Teunissen 2003, par. 8.

¹⁴⁰ Schlössels 2002, p. 119.

¹⁴¹ Schlössels 2002, p. 119.

¹⁴² Van Ettekoven 2009, p. 94-95.

¹⁴³ Van Ettekoven 2009, p. 95.

¹⁴⁴ De Poorter & Van Heusden 2017, par. 6; Schlössels 2002, p. 121.

algemeen-belangbehartigers van wie het onduidelijk is wie erachter schuilgaan en wie zij vertegenwoordigen, worden geweerd.¹⁴⁵ Hierbij wordt onder andere inspiratie geput uit het Duitse recht, waarin het beroepsrecht voor milieuorganisaties is gekoppeld aan erkenning door het Umweltbundesamt (het ministerie voor milieuzaken).¹⁴⁶ Een andere optie is de door Schlössels voorgestelde (preventieve) toets door de rechter aan de eisen van leden- en/of sympathisantensubstraat en een beperking van algemeen-belangacties tot publiekrechtelijke belangen die in het democratisch proces in ieder geval als ‘behartigenswaardig’ zijn aangemerkt.¹⁴⁷

Waar critici van een breed beroepsrecht menen dat belangenorganisaties niet democratisch gelegitimeerd zijn, menen voorstanders juist dat de rol van belangenorganisaties als belangrijke ‘*countervailing power*’ binnen het stelsel van *checks and balances* een van de belangrijke argumenten is voor het toekennen van een zelfstandig actierecht aan belangenorganisaties.¹⁴⁸ Belangenorganisaties kunnen immers democratische tekortkomingen compenseren door het initiëren van een rechterlijke toets. Naast organen waarbij de democratische controle zowel in theorie als in praktijk nagenoeg ontbreekt, zoals bij zelfstandige bestuursorganen, is met de toegenomen regeldruk en uitdijende taakstelling van de overheid ook sprake van organen die in theorie wel, maar in de praktijk nauwelijks democratisch gelegitimeerd zijn.¹⁴⁹ Het parlement en de gemeenteraad komen in de praktijk soms nauwelijks toe aan het controleren van alle gedelegeerde wet- en regelgeving of uitvoering hiervan.¹⁵⁰ Belangenorganisaties kunnen hier (tot op zekere hoogte) tegenwicht aan bieden door snel op incidenten of juridische gebreken te reageren. Door middel van beroep bij de bestuursrechter kan een meer algemene (rechtmatigheids)controle worden uitgeoefend op (het proces of de uitkomst van) de belangenbehartiging door de overheid.

3. Zorgen (brede) beroepsmogelijkheden voor ideële belangenorganisaties voor politisering van rechtspraak en juridisering van het openbaar bestuur?

Tot slot bestaat de vrees dat algemeen-belangacties leiden tot politisering van de rechtspraak en juridisering van het openbaar bestuur, waarbij relaties en conflicten tussen burgers en bestuur uitsluitend dreigen te worden beheerst door juridische instrumenten en procedures (eventueel ook als politiek pressiemiddel).¹⁵¹ In het kabinetsstandpunt ‘Juridisering in het openbaar bestuur’ valt hierover te lezen:

‘De emancipatie en ontplooiing van de burger hebben daarnaast geleid tot het ontstaan van een georganiseerde behartiging van groeps- en maatschappelijke belangen door belangenorganisaties. Individuele belangen en collectieve of groepsbelangen komen scherper tegenover elkaar te staan. Emancipatie van de burger heeft voorts ertoe geleid

¹⁴⁵ Van Ettekoven 2009, p. 95; De Poorter & Van Heusden 2017, par. 6; Schlössels 2002, p. 121.

¹⁴⁶ Van Ettekoven 2009, p. 95; De Poorter & Van Heusden 2017, par. 6.

¹⁴⁷ Schlössels 2002, p. 107, 121.

¹⁴⁸ De Poorter 2003, p. 122.

¹⁴⁹ J.C.A. de Poorter & F. Capkurt, ‘Rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften’, NTB 2017/10, p. 86; E.M.H. Hirsch Ballin, ‘Dynamiek in de bestuursrechtspraak’, in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter (VAR preadviezen reeks 154)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 47, 53; Barkhuysen 2012; T. Barkhuysen, ‘Inpraak en rechtsbescherming bij avv’s’, NJB 2015/1949, p. 2729; Schlössels 2002, p. 114.

¹⁵⁰ Schuurmans & Voermans 2010, p. 817.

¹⁵¹ Schlössels 2002, p. 124; De Poorter 2003, p. 115.

dat de burger meer gebruik weet te maken van de hem geboden juridische instrumenten in zijn omgang met de overheid. Er is sprake van een toenemende verzakelijking van de relatie tussen burger en bestuur. Deze relatie wordt gekenmerkt door een vanzelfsprekend en soms welhaast uitsluitend gebruik van formele en juridische instrumenten en procedures.¹⁵²

Schlössels beschrijft hoe belangenorganisaties soms over de ware specialiteit beschikken om de besluitvorming jaren te vertragen door op deskundige wijze gebruik te maken van de bestuursrechtelijke procedures.¹⁵³ Schueler relateert het beeld van 'obstructie plegende milieuorganisaties' door derden-belanghebbenden als aan het bestuursproces inherente lastpakken te duiden. Het bestuur of de vergunninghouder kan niet naar de rechter stappen, dus in een conflict zal het altijd de derde-belanghebbende zijn die naar de rechter moet stappen als beide opposanten hun hakken in het zand blijven zetten.¹⁵⁴ Desalniettemin brengt volgens Schlössels het gegeven dat belangenorganisaties juridische procedures aanwenden (mede) als politiek pressiemiddel, het risico van politisering van rechtspraak met zich mee.¹⁵⁵ Volgens Heldeweg, Schlössels en Seerden wordt het risico van politisering van rechtspraak in Nederland wel erkend, maar ook als onvermijdelijk aanvaard.¹⁵⁶

Tegelijkertijd wordt betoogd dat belangenorganisaties ook voordelen voor de overheid zelf bieden.¹⁵⁷ Zo zijn er intermediaire machtsstructuren ontwikkeld tussen de overheid en maatschappelijke actoren die door die overheid als pressie- of gesprekspartner worden erkend, waaronder dus belangenorganisaties. Zo is in de woorden van Schlössels sprake van 'de "georganiseerde" maatschappij als partner voor de overheid'.¹⁵⁸ Ook met betrekking tot procedures bij de bestuursrechter is het voor de overheid prettig om een overzichtelijk beeld van procespartijen te hebben.

3.1.5 Tussenconclusie

Zoals De Poorter en Van Heusden recentelijk constateerden, lijkt niet alleen de bestuursrechtelijke jurisprudentie omtrent het beroepsrecht voor belangenorganisaties grotendeels uitgekristalliseerd, maar lijkt het sinds het tweede decennium van deze eeuw ook in de wetenschap nauwelijks nog een onderwerp van discussie.¹⁵⁹ Collectieve acties hebben, vanwege de optelsom van individuele geschillen nooit veel kritiek te verduren gehad. Dit ligt anders bij de algemeen-belangacties, waarmee met name wordt bedoeld op milieuacties. Milieuclubs worden doorgaans met het nodige wantrouwen bezien. De meeste bezwaren gaan over de vraag hoe het beroepsrecht van ideële belangenbehartigers zich verhoudt tot het *recours subjectif*, of het past binnen de uitgangspunten van de democratie en in hoeverre het tot

¹⁵² Kamerstukken II 1998/99, 26360, I, p. 12.

¹⁵³ Schlössels 2002, p. 124.

¹⁵⁴ Schueler 2009, p. 3.

¹⁵⁵ Schlössels 2002, p. 124.

¹⁵⁶ Heldeweg, Schlössels & Seerden 2002, p. 54; Kamerstukken II 1998/99, 26360, I, p. 7.

¹⁵⁷ Schlössels 2002, p. 113.

¹⁵⁸ Schlössels 2002, p. 113.

¹⁵⁹ De Poorter & Van Heusden 2017, par. 5.

politisering en juridisering leidt. Bij strategische procedures gaat het echter om veel meer dan enkel milieubelangen, en is het bovendien lastig om een precies onderscheid te maken tussen algemene en collectieve belangen. Daarom wordt in hoofdstuk 4 onderzocht in hoeverre aanleiding bestaat om het debat in het kader van strategische procedures te herzien. Eerst wordt echter nog ingegaan op het civielrechtelijke debat over de legitimiteit van bovenindividuele procedures, waar juist de collectieve acties worden geconfronteerd met strengere eisen en wantrouwen.

3.2 Civiel recht

Hoewel in de woorden van Wiggers-Rust ‘politiek aan een maximale onderlinge afstemming van de behartiging van “collectieve”¹⁶⁰ belangen volgens privaatrecht en bestuursrecht groot belang werd gehecht, is er tussen beide regelingen toch van enige verschillen sprake’.¹⁶¹ Deze verschillen kunnen (in ieder geval gedeeltelijk) worden verklaard vanuit een verschillende manier van kijken naar bovenindividuele procedures. Zo maakt artikel 3:305a BW (in ieder geval in zijn huidige vorm)¹⁶² niet het artikel 1:2 lid 3 Awb typerende onderscheid tussen algemene en collectieve belangen, maar opent het enkel vorderingsmogelijkheden voor ‘bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen’. Waar artikel 1:2 lid 3 Awb het mogelijk maakt om algemene belangen te beschermen die individuele burgers bij een gebrek aan belanghebbendheid vaak niet kunnen beschermen (zoals klimaat), vormt artikel 3:305a BW volgens de memorie van toelichting uitdrukkelijk geen uitbreiding van aansprakelijkheden. Voor iedere vordering onder artikel 3:305a BW is in het civiele recht immers ook een individuele vordering uit onrechtmatige daad mogelijk. Artikel 3:305a BW biedt enkel de mogelijkheid die individuele claims te bundelen, wat uit oogpunt van efficiënte maar ook juist effectieve rechtsbescherming wenselijk wordt geacht.

Bij gebrek aan een (principieel) onderscheid tussen collectieve en algemene belangen wordt in het civielrechtelijke debat doorgaans gesproken over collectieve acties. Om terminologische verwarring in het kader van dit preadvies te voorkomen wordt in deze paragraaf het (met name bestuursrechtelijke) onderscheid tussen collectieve en algemene belangen aangehouden. Alleen waar wordt gesproken over ‘collectief actierecht’ wordt het overkoepelende begrip bedoeld.

¹⁶⁰ Hiermee doelt Wiggers-Rust op zowel algemene als collectieve belangen.

¹⁶¹ Wiggers-Rust 2014, p. 15, onder verwijzing naar *Kamerstukken II 1992/93*, 22486, 8, p. 2 en de annotatie van M. Scheltema bij HR 18 december 1992, NJ 1994/139.

¹⁶² Met het wetsvoorstel *Collectieve schadevergoedingsactie* wordt beoogd hier verandering in te brengen: *Kamerstukken II 2016/17*, 34608, 1.

3.2.1 Ratio civiel recht

Het burgerlijk procesrecht heeft diverse functies.¹⁶³ Voor dit preadvies is met name de rechtsverschaffingsfunctie van belang. Het gaat hierbij primair om het effectueren van subjectieve rechten in gedingen tussen particulieren, maar ook om handhaving van het objectieve recht. Vergelijkbaar met het bestuursprocesrecht heeft het burgerlijk procesrecht ook een rechtsontwikkelingsfunctie en een rechtseenheidsfunctie. Het grote verschil is dat in het burgerlijk procesrecht procespartijen in beginsel gelijk worden geacht, terwijl in het bestuursprocesrecht een principiële verschil bestaat tussen het bestuursorgaan en de individuele burger.

Waar met name algemeen-belangacties in het op het *recours subjectif* gebaseerde bestuursprocesrecht kritisch worden benaderd, lijkt dit in het burgerlijk procesrecht minder het geval. Alle bovenindividuele belangen (collectieve én algemene belangen) kunnen immers worden herleid naar individuele belangen en individuele vorderingen. Zo zijn met collectieve acties de belangen (of subjectieve rechten) van de individuele leden (of vergelijkbare gevallen) gediend, en gaat het bij algemeen-belangacties om belangen die zich slecht lenen voor individuele procedures (niet om principiële, maar om praktische redenen), maar waar individuele burgers wel degelijk mee gebaat zijn, juist omdat deze een facet vormen van ieders bestaan. Zo bezien bestaan er ook weinig principiële verschillen tussen bovenindividuele procedures tegen de overheid of tegen bedrijven.

3.2.2 Wetsgeschiedenis met betrekking tot artikel 3:305a BW

Tot 1 juli 1994 was het collectief actierecht in diverse bijzondere wetten geregeld. Om tot een algemene privaatrechtelijke regeling te komen is artikel 3:305a toegevoegd aan het BW. Hiermee is aansluiting gezocht bij de jurisprudentie van de Hoge Raad.¹⁶⁴ De Adviescommissie Burgerlijk Procesrecht achtte een algemene regeling onwenselijk, onder andere omdat de materie nog te veel in beweging zou zijn.¹⁶⁵ Hoewel de commissie de 'beweegredenen voor erkenning van groepsacties op zichzelf valabel' acht, zou het beter zijn om de verdere ontwikkelingen in de jurisprudentie af te wachten en deze ook de ruimte te geven. Aangezien de wetgever – in ieder geval op afzienbare termijn – geen volledige consensus verwachtte, maar wel voldoende overeenstemming zag, werd besloten tot invoering van artikel 3:305a BW. De Sociaal-Economische Raad (SER) sloot zich hier in zijn advies bij aan: het zou meer op de weg van de wetgever dan de rechter richten om het collectief actierecht van belangenorganisaties vorm te geven.¹⁶⁶

163 Zie voor een overzicht bijv. H.J. Snijders, *Inleiding Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 5-10.

164 *Kamerstukken II 1991/92*, 22486, 3, p. 2-3 (MvT).

165 Adviescommissie Burgerlijk Procesrecht, *Vorderingsrecht belangenorganisaties* (advies), 1990, p. 13-14; *Kamerstukken II 1991/92*, 22486, 3, p. 16 (MvT).

166 Sociaal-Economische Raad, *Advies vorderingsrecht belangenorganisaties* (adviesnr. 1990/01), 1990, p. 8-9; *Kamerstukken II 1991/92*, 22486, 3, p. 4 (MvT).

De ervaringen met collectieve acties op basis van specifieke wetten, zoals de Wet Misleidende Reclame, waren positief. Aangezien ook hierbuiten behoefte bestond aan collectief actierecht, werd het niet gerechtvaardigd geacht om de mogelijkheden hiertoe te beperken tot de rechtsgebieden waarin specifieke wetgeving dit mogelijk maakte. Ook vanuit het oogpunt van deregulering verdient één algemene regeling de voorkeur boven een groot aantal onderling verschillende regelingen.¹⁶⁷ Verder verwachtte de wetgever dat een algemene regeling belangenorganisaties een sterkere positie zou bieden om ook buiten rechte op te komen voor de belangen die zij behartigen, waardoor de gelijkwaardigheid van marktpartijen bij zelfregulering wordt vergroot.

De voordelen van collectieve acties liggen volgens de wetgever in effectievere en efficiëntere rechtsbescherming.¹⁶⁸ Ook de SER pleit in zijn advies uitdrukkelijk voor erkenning van een algemeen vorderingsrecht voor belangenorganisaties. Vooropgesteld wordt, zowel door de SER als door de wetgever, 'dat het in principe juist is dat een belangenorganisatie onder bepaalde voorwaarden kan opkomen voor belangen die anders onvoldoende worden beschermd'.¹⁶⁹ Hiervoor worden praktische, maatschappelijke en processuele argumenten aangevoerd. Zo zouden belangenorganisaties vaak meer deskundigheid bezitten dan particulieren, en zijn zij daarmee beter 'in staat om een vordering (...) voor te bereiden en de algemene werking en betekenis van zulk een vordering en van de daarop te verwachten rechterlijke uitspraak te overzien'.¹⁷⁰ Bovendien kunnen belangenorganisaties in rechte optreden in aangelegenheden waar per individu geringe, maar in hun totaliteit aanzienlijke belangen op het spel staan die, indien het initiatief aan ieder individu zelf wordt overgelaten, niet of onvoldoende worden beschermd.¹⁷¹ Anderzijds kunnen juist vele gelijkkluidende individuele vorderingen worden gebundeld in één vordering, waarin tegelijkertijd de draagwijdte en het algemene karakter van de procedure duidelijk worden. Verder kan van artikel 3:305a BW een preventieve werking uitgaan.¹⁷² Ook beschikken belangenorganisaties vaak over meer financiële draagkracht dan individuen, waardoor organisaties meer procesrisico kunnen nemen:

'processen die ter wille van gebundelde belangen worden gevoerd, hebben vaak een principieel karakter en zijn mede daardoor ook vaak juridisch gecompliceerd, met als gevolg dat proceskosten kunnen oplopen'.¹⁷³

Tot slot acht de SER van belang dat een collectief actierecht voor belangenorganisaties past in de rol die zij in de huidige maatschappij spelen.

¹⁶⁷ Kamerstukken II 1991/92, 22486, 3, p. 16 (MvT).

¹⁶⁸ Kamerstukken II 1991/92, 22486, 3, p. 22-23 (MvT).

¹⁶⁹ Sociaal-Economische Raad 1990, p. 8.

¹⁷⁰ Sociaal-Economische Raad 1990, p. 8.

¹⁷¹ Kamerstukken II 1991/92, 22486, 3, p. 2 (MvT).

¹⁷² Kamerstukken II 1991/92, 22486, 3, p. 18 (MvT).

¹⁷³ Sociaal-Economische Raad 1990, p. 8.

De gevreesde toename van procedures wordt volgens de wetgever gecompenseerd door de preventieve werking van het collectief actierecht.¹⁷⁴ Naast algemene (financiële) drempels die gepaard gaan met procederen zullen ook de specifiek voor belangenorganisaties geldende drempels het risico van te lichtvaardig gebruik van het collectief actierecht beperken. Nu geen nieuwe materiële aansprakelijkheidsnorm wordt gecreëerd, maar slechts een processuele verbetering van de mogelijkheid om iemand (in rechte) aan te spreken op schending van reeds bestaande normen, werd per saldo geen significante toename van procedures verwacht.¹⁷⁵

Sinds 1994 hebben de ontwikkelingen niet stilgestaan. Met de WCAM is het mogelijk geworden om (kort gezegd) collectief te schikken, en met het wetsvoorstel Collectieve schadevergoedingsactie wordt beoogd collectieve schadevergoedingsacties mogelijk te maken.¹⁷⁶ Opnieuw is het streven de rechtsbeschermingsmogelijkheden nog efficiënter en effectiever vorm te geven, niet alleen voor belangenorganisaties, maar juist ook voor hun (individuele) achterban.¹⁷⁷

3.2.3 Jurisprudentie met betrekking tot artikel 3:305a BW

Het in 1994 ingevoerde artikel 3:305a BW betreft (grotendeels) een codificatie van de jurisprudentie van de Hoge Raad. Van Mierlo telde in 1983 en 1984 in totaal 61 collectieve acties, waarvan 53 ontvankelijk waren.¹⁷⁸ In een van deze arresten overwoog de Hoge Raad in een zaak waarin de organisatie van medische specialisten een in het nadeel van deze beroepsgroep krachtens de Prijzenwet genomen beschikking buiten werking trachtte te stellen dat:

‘het noch in het belang van de Staat, noch in het belang van een goede rechtspleging zou zijn, wanneer allerhande individuele medische specialisten omtrent de beschikking eigen procedures aanhangig zouden maken (...).’¹⁷⁹

Het bekende arrest *De Nieuwe Meer* vormde een belangrijke mijlpaal in de ontwikkeling van het collectieve actierecht, omdat toen voor het eerst een rechtspersoon in een rechtsvordering in het algemeen belang door de Hoge Raad ontvankelijk is verklaard.¹⁸⁰ De Hoge Raad overwoog hiertoe dat de betrokken (milieu)belangen zich lenen tot een bundeling:

‘bij gebreke van de mogelijkheid van een zodanige bundeling zou integendeel een efficiënte rechtsbescherming tegen een dreigende aantasting van deze belangen – die in de regel grote groepen burgers te zamen raken, terwijl de gevolgen van een eventuele aantasting ten aanzien van ieder van die burgers zich vaak moeilijk laten voorzien – niet onaanzienlijk kunnen worden bemoeilijkt’.¹⁸¹

¹⁷⁴ Kamerstukken II 1991/92, 22486, 3, p. 18 (MvT).

¹⁷⁵ Kamerstukken II 1991/92, 22486, 3, p. 19 (MvT).

¹⁷⁶ Kamerstukken II 2016/17, 34608, 1.

¹⁷⁷ Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3 (MvT).

¹⁷⁸ Ch. van Mierlo, ‘Acties van belangenorganisaties in het civiele geding’, AA 1985, p. 188.

¹⁷⁹ HR 1 juli 1983, NJ 1984/360 (Staat/LSV).

¹⁸⁰ HR 27 juni 1986, NJ 1987/743, m.nt. W.H. Heemskerk (*De Nieuwe Meer*).

¹⁸¹ HR 27 juni 1986, NJ 1987/743, m.nt. W.H. Heemskerk (*De Nieuwe Meer*), r.o. 3.2.

Met efficiënte rechtsbescherming doelt de Hoge Raad niet enkel op overwegingen van proceseconomische aard, maar ook juist op het belang van verbeterde rechtsbescherming voor burgers.¹⁸² Opvallend is overigens dat de Hoge Raad het voor de ontvankelijkheid van de belangenorganisatie van belang acht dat artikel 79 Wet algemene bepalingen milieuhygiëne bezwaar en beroep voor eenieder mogelijk maakt, en zo ‘deze stap [maakt] van wettelijk gewaarborgde inspraak in het administratieve recht naar procesbevoegdheid in een burgerlijk geding’.¹⁸³ Indien een dergelijk administratief recht ontbroken had, dan hadden volgens de Hoge Raad vereisten van representativiteit en feitelijke werkzaamheden een rol gespeeld in het oordeel over de ontvankelijkheid.

Hoewel in latere jurisprudentie belangenorganisaties de deur wordt gewezen indien individuele bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat, lijkt dat niet veroorzaakt door een veranderend idee over de legitimiteit van dergelijke acties. Hoewel deze jurisprudentie in de praktijk een groot obstakel vormt voor belangenorganisaties die strategisch willen procederen, zijn het volgens de Hoge Raad belangen van rechtseenheid en rechtszekerheid die gediend zijn met een rechtsmachtsverdeling waarin dezelfde toetsingsvragen niet aan twee verschillende rechters kunnen worden voorgelegd.¹⁸⁴

3.2.4 Discussie over artikel 3:305a BW in de literatuur

Literatuur over artikel 3:305a BW is in overvloed beschikbaar. Het collectieve actierecht krijgt, in tegenstelling tot in het bestuursrecht, vanuit civiele hoek volop de aandacht. Dit geldt met name voor collectieve acties, en in mindere mate voor algemeen-belangacties. Het civielrechtelijke debat betreft echter niet zozeer de vraag in hoeverre bovenindividuele geschillen legitiem zijn, maar lijkt zich met name te focussen op de vervolgvraag: gegeven dat collectief actierecht wenselijk is, wat is de wenselijke vormgeving hiervan? Aangezien hier volop over gepubliceerd is in het civiele recht, en deze discussie bovendien buiten de reikwijdte van dit preadvies valt, wordt hieronder slechts een korte analyse van de meest relevante argumenten gegeven.

3.2.4.1 *Collectieve acties*

De civiele literatuur over het collectieve actierecht gaat met name over groepsacties, en minder over ideële acties. Collectieve acties worden doorgaans als wenselijk beschouwd, met dezelfde argumenten die de Hoge Raad en de wetgever aanvoerden. Collectieve acties zorgen voor betere effectieve rechtsbescherming, omdat belangenorganisaties vaak deskundiger zijn, financieel meer draagkrachtig zijn en op kunnen komen voor collectieve schendingen van rechten waarbij de schade per individu vaak te klein is om het procederen de moeite waard te maken

¹⁸² Zie ook de annotatie van W.H. Heemskerk bij HR 27 juni 1986, NJ 1987/743 (*De Nieuwe Meer*).

¹⁸³ HR 27 juni 1986, NJ 1987/743, m.nt. W.H. Heemskerk, nr. 7 (*De Nieuwe Meer*).

¹⁸⁴ HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1296, JB 2015/125, m.nt. Sillen (*Privacy First*), r.o. 3.3.4-3.3.5. Vgl. bijv. ABRvS 5 december 2007, AB 2008/35, m.nt. R.J.B. Schutgens & J.J.J. Sillen (SGP) en HR 9 april 2010, AB 2010/190, m.nt. F.J. van Ommeren (SGP), waarbij beide hoogste rechters tot verschillende overwegingen kwamen.

(de zogenoemde strooischade).¹⁸⁵ Bovendien kan een procederende belangenorganisatie vanuit proceseconomisch perspectief efficiënter zijn dan een openstapel van individuele vorderingen.¹⁸⁶

Waar in het bestuursrechtelijke debat over het algemeen enkel wordt geconstateerd dat collectieve acties wenselijk zijn, begint daar onder de civilisten de discussie pas echt. Zo wordt veel aandacht besteed aan het weren van zogeheten 'claimstichtingen' die om 'oneigenlijke redenen' collectieve acties instellen,¹⁸⁷ de claimcode,¹⁸⁸ de bescherming van de achterban,¹⁸⁹ de financiering van collectieve acties,¹⁹⁰ de voor- en nadelen van een opt in- versus een opt out-stelsel, de afwikkeling van massaschade,¹⁹¹ enzovoort.

De lange lijst criteria waar procederende belangenorganisaties op basis van de voorgestelde wijziging van artikel 3:305a BW aan moeten voldoen, illustreert de civielrechtelijke afwegingen: enerzijds wordt het wenselijk geacht collectieve actiemogelijkheden te versterken door schadevergoeding mogelijk te maken, terwijl anderzijds barrières worden opgeworpen om bijvoorbeeld claimstichtingen en *entrepreneurial lawyering* buiten de deur te houden.¹⁹² In de literatuur vrezen bijvoorbeeld Bauw en Voet dat de verzwaarde eisen tot een handhavingstekort en verminderde effectieve rechtsbescherming leiden, waarbij collectieve acties afhankelijk zullen zijn van de financiële bereidheid van mogelijkheden van een beperkt aantal spelers.¹⁹³ Ook Van Boom en Weber zijn kritisch en menen dat het nieuwe artikel 3:305a BW veel te zwaar is opgetuigd voor gewone collectieve verbods- en gebodsacties en 'verklaring voor recht'-procedures.¹⁹⁴

¹⁸⁵ I.N. Tzankova, *Toegang tot het recht bij massaschade* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2007; M.G. Faure & L.T. Visscher, 'Een rechtseconomische visie op collectieve actie', in: *Collectieve acties* (preadviezen voor de Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2015.

¹⁸⁶ Zie voor een rechtseconomische analyse Faure & Visscher 2015.

¹⁸⁷ I. Tillemans, 'Commerciële motieven in privaatrechtelijke collectieve acties: olie op het vuur van de claimcultuur?', *Ars Aequi* 2016, p. 337-346.

¹⁸⁸ B.J. de Jong, 'Een Claimcode voor stichtingen die collectieve acties initiëren?', *Ondernemingsrecht* 2010/46; T.M.C. Arons, 'Bescherming achterban claimorganisaties en collectief verhaal door toezichthouders', *WPNR* 2017/7152, p. 429-440; E. Bauw & T. van der Linden, 'Claimorganisaties tussen wildgroei en regulering', *Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk* 2016/564, p. 26-33.

¹⁸⁹ Zie bijv. de affaire rond de Stichting Loterijverlies.nl, waarbij de oprichter 80% van het inleggeld van de bijna 200.000 spelers van de Staatsloterij wegsloot: Rb. Noord-Holland 30 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5331; Hof Amsterdam 31 januari 2017, ECLI:NL:GHDAMS:2017:210, r.o. 3.15 (later werd deze collectieve actie alsnog succesvol ingesteld door stichting Staatsloterij-schadeclaim); Arons 2017, p. 429-440.

¹⁹⁰ Zie bijv. J.J. Dammingh & L.M. van den Berg, 'Procesfinanciering door derden: een oplossing of een probleem? Verslag van de najaarsvergadering 2016 van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht', *TCR* 2017/2, p. 78-87.

¹⁹¹ G. van Dijck, K. van Doorn & I. Tzankova, 'Reguleren van de afwikkeling van massaschade', *NJB* 2011/1087, p. 1383-1389.

¹⁹² Zie bijv. *Kamerstukken II* 2012/13, 33126, 7, p. 6.

¹⁹³ E. Bauw & S. Voet, 'Van stok achter de deur tot keurslijf? Een eerste verkenning van het wetsvoorstel tot invoering van een collectieve schadevergoedingsactie', *NJB* 2017/206, p. 244.

¹⁹⁴ W.H. van Boom & F. Weber, 'Collectief procederen – ontwikkelingen in Nederland en Duitsland', *WPNR* 2017, afl. 7145, p. 297.

3.2.4.2 Algemeen-belangacties

Wat betreft algemeen-belangacties zijn de civilisten over het algemeen minder kritisch dan hun bestuursrechtelijke collega's. Algemeen-belangacties laten zich in het civiele recht immers ook vertalen naar individuele belangen, waarbij geldt dat deze niet op individuele basis effectief in rechte kunnen worden beschermd en het daarom gerechtvaardigd is dat belangenorganisaties dit doen. Hiermee is ook het onderscheid tussen algemeen-belangacties en collectieve acties minder aanwezig in het civiele recht. Bovendien wordt de overheid in het civiele recht in het algemeen niet als principieel andere actor beschouwd dan bijvoorbeeld een bedrijf. In de woorden van Van Boom en Weber:

‘Onder het huidige art. 3:305a worden “gelijksoortige belangen van andere personen” ruim genomen: het maakt per saldo niet uit of een Bewonersvereniging Havenstraat een verbod vordert ten behoeve van de bewoners van de Havenstraat tegen een bedrijf dat verkeersoverlast geeft of dat Stichting Urgenda een gebodsactie jegens de Staat instelt om klimaatmaatregelen te treffen ten behoeve van ons nageslacht.’¹⁹⁵

Waar in de bestuursrechtelijke discussie veelal wordt gepleit voor ofwel afschaffing, ofwel verdergaande (representativiteits)eisen aan belangenorganisaties die opkomen voor algemene belangen, maakt het voorgestelde lid 6 van artikel 3:305a BW het juist mogelijk voor belangenorganisaties met ideële vorderingen om niet aan de (representativiteits)eisen uit het nieuwe artikel 3:305a BW te voldoen.

Deze uitzondering voor ideële acties is wel bekritiseerd, maar niet met als reden dat aan hen ook de voorgestelde eisen zouden moeten worden gesteld. Het probleem zou juist zijn dat het voorgestelde lid 6 de procedeermogelijkheden voor algemeen-belangacties niet voldoende beschermt. Het begrip ‘ideel belang’ wordt namelijk in de wettekst noch in de memorie van toelichting omschreven. Waar het oorspronkelijke artikel 3:305a BW geen onderscheid maakt tussen collectieve en algemene belangen, zal met dit wetsvoorstel gedwongen een onderscheid moeten worden gemaakt. Volgens Van Boom en Weber gaat het hierbij om het onderscheid tussen vermogensrechtelijke en ideële belangen.¹⁹⁶ Bauw en Voet formuleren het als volgt:

‘Streeft bijvoorbeeld een vereniging als Q-uestion, een stichting voor mensen met Q-koorts, een ideel doel na als zij een verklaring voor recht vordert? De erkenning van een dergelijk vonnis zou inhouden kan helpen bij het verwerken van het leed, maar op de achtergrond speelt wel degelijk een (substantieel) financieel belang.’¹⁹⁷

Onduidelijkheid over dit precieze onderscheid, en een rechter die dit begrip volgens de memorie van toelichting op discretionaire wijze moet invullen, brengt het risico van rechtsonzekerheid met zich mee.¹⁹⁸

¹⁹⁵ Van Boom & Weber 2017, p. 298.

¹⁹⁶ Van Boom & Weber 2017, p. 297.

¹⁹⁷ Bauw & Voet 2017, p. 244.

¹⁹⁸ Bauw & Voet 2017, p. 244.

Toch zijn er ook kritische geluiden te horen over de ruime mogelijkheden voor ideële belangenorganisaties in het civiele recht. Interessant is dat deze kritiek ook vanuit staats- en bestuursrechtelijke hoek komt. Heldeweg, Schlössels en Seerden vatten de discussie samen met de vraag ‘of men het privaatrecht geschikt acht om algemene belangen te beschermen’.¹⁹⁹ Teunissen vindt van niet en pleit voor het schrappen van de algemeen-belangactie uit artikel 3:305a BW. De wetgever zou met de invoering hiervan ‘de in een democratische rechtsstaat inherente grenzen aan zijn bevoegdheid’ hebben miskend.²⁰⁰ Het democratisch-rechtsstatelijke onderscheid tussen publieke en private rechtssfeer, tussen staat en maatschappij, tussen overheid en niet-overheid en tussen algemene en private belangen wordt vergeten.²⁰¹ Nu de wetgever beslist welke belangen moeten worden beschouwd als (door de overheid te behartigen) algemene belangen en welke regels hiervoor moeten worden gesteld, is de democratische legitimatie voor eventuele beperkingen van de private rechtssfeer gegeven. Belangenorganisaties kunnen vooraf in het besluitvormingsproces of wetgevingsproces participeren door bijvoorbeeld te lobbyen, maar het is onwenselijk als zij door achteraf procederen via de civiele rechter de uitkomst van dit proces proberen te beïnvloeden.²⁰² Ook voor Brunner geldt de behartiging van het algemeen belang als een exclusieve taak van de overheid.²⁰³ Van der Grinten gaf zelfs een onvoldoende aan het voorontwerp van wet: ‘Behartiging van het algemeen belang is een taak van de overheid, niet van particuliere organisaties. (...) Of het een gelukkige ontwikkeling is om organisaties die zich behartiging van algemene belangen ten doel stellen actiebevoegdheid bij de burgerlijke rechter te verlenen, acht ik hoogst twijfelachtig. De organisatie gaat zich daarmee opwerpen als een pseudo-overheid, een pseudo-Openbaar Ministerie.’²⁰⁴ Volgens Teunissen verhoudt het collectieve actierecht zich bovendien slecht tot het in het privaatrecht erkende uitgangspunt van subjectieve individuele rechtsbescherming.²⁰⁵

Uit het gegeven dat er weinig civielrechtelijke literatuur beschikbaar is over de legitimiteit van algemeen-belangacties in het civiele (proces)recht kan mogelijk worden afgeleid dat men dit in het algemeen niet problematisch acht. Het idee dat er geen principieel verschil bestaat tussen groepsacties en ideële acties lijkt dominant en wordt door Frenk als volgt verwoordt:

‘Waarom zou een kollektieve aktie wél mogelijk zijn indien daarmee wordt opgekomen voor een belang dat slechts een bepaalde groep aangaat, en niet indien het een belang betreft dat een ieder raakt?’²⁰⁶

199 Heldeweg, Schlössels & Seerden 2002, p. 48.

200 Teunissen, ‘De ironie van de SGP-vrouwenzaak: Schrap de algemeen belang-actie uit 3:305a BW!’, *NJB* 2008/1220, p. 1530.

201 Teunissen 2008, p. 1525.

202 Teunissen 2008, p. 1525.

203 Annotatie van C.J.H. Brunner bij HR 18 december 1992, *NJ* 1994/139 (Kuunders).

204 W.C.L. van der Grinten, ‘Vorderingsrecht belangenorganisaties; collectieve acties’, *Naamloze Vennootschap* 1990, p. 172-174.

205 Teunissen 2008, p. 1527-1528.

206 N. Frenk, *Kollektieve akties in het privaatrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1994.

3.2.5 Tussenconclusie

In het bestuursrecht lijkt zich in vergelijking met het collectieve recht een tegen-gestelde beweging voor te doen. Waar in het bestuursrecht wordt gepleit voor verdergaande (representativiteits)eisen voor ideële belangenorganisaties, worden in het civiele recht juist die hogere eisen geïntroduceerd, maar dan in het kader van groepsacties. Aangezien in het civiele recht de staat doorgaans niet als een principieel andere actor wordt beschouwd dan bijvoorbeeld een bedrijf, worden algemeen-belangacties doorgaans als minder controversieel beschouwd dan in het bestuursrecht. De vrees in de civiele literatuur is zelfs dat de verdergaande eisen die worden gesteld in het kader van massaschadeclaims, onwenselijke belemmeringen zullen inhouden voor algemeen-belangacties. Algemeen-belangacties zorgen vanuit civielrechtelijk perspectief niet enkel voor betere bescherming van stemloze waarden als het milieu, maar in het algemeen voor betere effectieve rechtsbescherming van individuele burgers.

4 Noodzaak tot herziening debat over strategische procedures

Het beroepsrecht voor belangenorganisaties lijkt in het bestuurs(proces)recht behoorlijk uitgekristalliseerd. Waar de discussie in de literatuur zich (met name in het eerste decennium van deze eeuw) richtte op het ‘klassieke’ Awb-geding, kunnen we anno 2017 niet meer om het verschijnsel van strategisch procederende belangenorganisaties heen. Dit zijn organisaties die, vaak ver over de grenzen van het traditionele (Awb-)geschil heen, proberen maatschappelijke, sociale, politieke en juridische vraagstukken aan de rechter voor te leggen. Waar belangenorganisaties vanwege procesrechtelijke drempels niet zelf als formele partij kunnen optreden, proberen zij regelmatig als ‘informele partij’ een proefproces te ondersteunen of coördineren. Deze praktijk van direct of indirect procederende belangenorganisaties vormde de aanleiding voor dit preadvies over de legitimiteit van een dergelijk gebruik van de juridische arena. In lijn met literatuur over algemeen-belangacties op grond van artikel 1:2 lid 3 Awb zou kunnen worden bepleit dat dergelijke procedures geen plaats hebben in het op individuele geschillenbeslechting georiënteerde bestuurs(proces)recht. Een ander veelgehoord bezwaar is dat deze procedures in strijd zijn met de trias politica, nu deze de rechter dwingen om plaats te nemen op de stoel van de overheid. In dit hoofdstuk betoog ik dat dergelijke standpunten niet zonder meer steekhoudend zijn met betrekking tot de legitimiteit van strategisch procederende belangenorganisaties. Dit hoofdstuk betreft een verkennend onderzoek naar aanknopingspunten om het debat over de legitimiteit van beroepsrecht voor belangenorganisaties nieuw leven in te blazen, waarbij specifiek wordt gekeken naar de categorie strategisch procederende belangenorganisaties.

4.1 Veranderende rol belangenorganisaties binnen de maatschappij

Veranderende tijden kunnen een veranderende rol voor belangenorganisaties in de samenleving met zich meebrengen. Ontwikkelingen die de maatschappij beïnvloeden kunnen daarom een veranderende visie op de legitimiteit van procederende belangenorganisaties met zich meebrengen. In dat kader identificeer ik met betrekking tot de legitimiteit van strategische procedures in ieder geval drie relevante (onderling verweven) ontwikkelingen.

4.1.1 Digitalisering

De eerste ontwikkeling die een veranderende rol voor belangenorganisaties met zich meebrengt betreft digitalisering. In 2016 beschreef het Sociaal en Cultureel

Planbureau in het rapport *De toekomst tegemoet* hoe de sociale structuur invloed heeft op de wijze waarop burgers in het publieke domein gezamenlijke doelen nastreven.²⁰⁷ Verwacht werd dat ‘verdunnende netwerken’ en individualisering afbreuk zouden doen aan de bereidheid tot collectieve acties (in de breedste zin van het woord). Toch blijkt de bereidheid van burgers om zich samen in te zetten voor gemeenschappelijke doelen niet te dalen (en mogelijk zelfs te stijgen). Dit verklaart het Sociaal en Cultureel Planbureau door veranderingen in de manier waarop burgers zich organiseren. Een belangrijke drijvende kracht achter deze veranderingen is de digitalisering. In een tijdperk waarin vrijwel iedereen internettoegang heeft en met elkaar in contact kan komen via sociale media, vormt lokale binding niet langer de basis voor het organiseren van initiatieven. Digitalisering vergemakkelijkt nieuwe vormen van zelforganisatie en helpt belangenorganisaties met het aanpakken van problemen die puur individuele belangen overstijgen. Internet en sociale media stellen ons kortom in staat om uitgebreide gemeenschappen over (bijvoorbeeld geografische) grenzen te creëren. Bovendien zorgt digitalisering voor een snelle toename van ad-hocacties en kunnen collectieve identiteiten worden gecreëerd waar de ontevredenheid van velen een gemeenschappelijke deler wordt.

4.1.2 Toenemend belang van kennis tegen de achtergrond van kennisasymmetrie

Een tweede relevante ontwikkeling betreft het toegenomen belang van kennis binnen de maatschappij, en de daarmee gepaard gaande toegenomen kennisongelijkheid in de relatie tussen overheid en burger. De overheid heeft vanwege haar enorme middelen en toegang tot (feitelijke, wetenschappelijke en juridische) kennis doorgaans een sterk voordeel ten opzichte van individuele burgers in juridische procedures. Belangenorganisaties kunnen een belangrijke rol spelen bij het compenseren voor deze kennisasymmetrie, bijvoorbeeld door het verzamelen (en combineren) van gegevens uit verschillende bronnen en door het publiek te mobiliseren.²⁰⁸ Dit is des te belangrijker omdat kennis in de huidige samenleving zo belangrijk is geworden en zich zo snel ontwikkelt dat er vaak niet (meer) op één plaats over alle kennis wordt beschikt.

Deze kennisongelijkheid is een van de redenen voor Vluchtelingenwerk om de Commissie Strategisch Procederen in het leven te roepen, waarin wordt samengewerkt met wetenschappers en advocaten. Groenendijk juicht deze aanpak vanuit het perspectief van *equality of arms* 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.

²⁰⁷ Sociaal en Cultureel Planbureau, *De toekomst tegemoet: Leren, werken, zorgen, samenleven en consumeren in het Nederland van later* (Sociaal en Cultureel Rapport 2016), Den Haag 2016, p. 155-156.

²⁰⁸ Scheltema 2011, p. 153.

Voor een eerlijke rechtsstrijd met gelijke kansen moet je een beroep kunnen doen op specifieke expertise en ervaring.²⁰⁹

De ongelijkheid in kennis tussen de overheid en individuele burgers wordt vergroot door het gebruik van data science door de overheid. De overheid maakt immers in besluitvormingsprocedures in toenemende mate gebruik van bijvoorbeeld voorspellende algoritmen. Deze zijn voor (individuele) burgers vaak ontoegankelijk en onbegrijpelijk. Op basis van de snelle (vaak exponentiële) ontwikkelingen op big data-gebied valt te verwachten dat steeds meer deskundigheid en expertise vereist zijn om deze data-applicaties te kunnen begrijpen, laat staan om ze juridisch aan te vechten. Daarom pleit bijvoorbeeld de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid voor meer juridische mogelijkheden voor belangenorganisaties:

‘Veel grote dataverwerkingsprojecten overstijgen het individu in aard en omvang. Daarom is het belangrijk om, naast een inzet op toezicht en transparantie, ook de positie van NGO’s en burgerrechtenorganisaties in juridische procedures te versterken. (...) In de huidige situatie is het klachtrecht sterk verbonden aan individuele schade en zijn er zeer beperkte mogelijkheden voor collectieve procedures bij de rechter.’²¹⁰

Volgens Moerel en Prins kunnen belangenorganisaties bovendien een belangrijke rol spelen als het gaat om handhaving van bijvoorbeeld de toepassing van privacy-normen door de overheid:

‘Veel meer nog dan nu het geval is, zou een beroep op de (...) rechter gedaan kunnen worden door maatschappelijke organisaties die een rechterlijke uitspraak benutten als breekijzer voor een scherpere demarcatie van de grenzen van gegevensgebruik. Een dergelijke stap zou passen bij de opkomst van zogeheten *public interest litigation*, waarbij acties (...) worden ingesteld omdat publieke belangen in het geding zijn.’²¹¹

Belangenorganisaties kunnen kortom de *equality of arms* in procedures tussen de overheid en burgers versterken, en daarmee bijdragen aan betere effectieve rechtsbescherming.

4.1.3 Veranderend politiek landschap

Een derde ontwikkeling die van belang is voor de legitimiteit van belangenorganisaties is het veranderende politieke landschap. Deze ontwikkeling is tweeledig. Allereerst gaat het om de in de literatuur veelvuldig gemaakte constatering dat onze zeer gereguleerde samenleving leidt tot verminderde democratische legitimiteit van wetten en voorschriften. Hierbij kan worden gedacht aan het (nagenoeg) ontbreken van democratische controle op bijvoorbeeld zelfstandige be-

209 T. Sillevius Smitt 2014, ‘Strategisch procederen’, *Advocatenblad* 2014/3, p. 32, met citaat van K. Groenendijk.

210 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Big Data in een vrije en veilige samenleving*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2016, p. 13.

211 E.M.L. Moerel & J.E.J. Prins, ‘Privacy voor de homo digitalis’ (NJV-preadvies), in: E.M.L. Moerel e.a. (red.), *Homo Digitalis*, Den Haag: Wolters Kluwer 2016, p. 115.

stuursorganen.²¹² Bovendien worden beleidskeuzes in toenemende mate gemaakt door indirect democratisch gelegitimeerde organen, waarbij het maar de vraag is in hoeverre er daadwerkelijk democratische controle plaatsvindt:

‘(...) het niveau waarop in avv’s de belangrijkste beleidskeuzes worden gemaakt verschuift. In het verleden was dat nog vaak het niveau van een democratisch gelegitimeerd orgaan zoals de formele wetgever of de gemeenteraad. Nu is er in veel gevallen sprake van gedelegeerde bestuursregelgeving waarbij bijvoorbeeld een minister, een college van B&W of een zelfstandig bestuursorgaan deze keuzen maakt.’²¹³

Waar de democratisch gelegitimeerde organen, vanwege gebrek aan tijd of expertise, er niet aan toekomen deze gedelegeerde bestuursregelgeving te controleren, zouden belangenorganisaties een belangrijke rol kunnen spelen. Als *countervailing power* kunnen zij door het initiëren van een rechterlijke toets compenseren voor dergelijke democratische tekortkomingen.²¹⁴

Hiernaast wordt in de literatuur een tendensesignaleerd ‘om voorschriften die in het verleden in op maatwerk gerichte individuele beschikkingen werden neergelegd om efficiencyredenen in avv’s op te nemen’.²¹⁵ Aangezien de reikwijdte van een dergelijk algemeen verbindend voorschrift veel breder is dan een individuele beschikking, en daarmee grote groepen burgers kan raken, zouden belangenorganisaties ook hier voor effectievere rechtsbescherming kunnen zorgen.

Ten tweede kunnen het veranderende politieke landschap en de mogelijke verspreiding van populisme het belang van effectieve rechtsbescherming tegen de overheid vergroten, met name in het geval van minderheden.²¹⁶ Zo zag bijvoorbeeld Vluchtelingenwerk zich gedwongen om strategisch te gaan procederen, omdat de traditionele lobby voor vluchtelingenbelangen onsuccesvol was in het huidige politieke klimaat.²¹⁷

4.2 Reactie op het huidige debat

Het huidige bestuursrechtelijke debat over de wenselijke vormgeving van het beroepsrecht voor belangenorganisaties, zoals beschreven in de vorige paragraaf, is aan een upgrade toe. In deze paragraaf wil ik daartoe een eerste aanzet doen door belangrijke aspecten van deze discussie in de bredere context van strategisch procederende belangenorganisaties te trekken.

212 De Poorter & Capkurt 2017, p. 86; Hirsch Ballin 2015, p. 47, 53; Barkhuysen 2012; Barkhuysen 2015.

213 Barkhuysen 2015.

214 De Poorter 2003, p. 122.

215 Barkhuysen 2015; zie ook B.J. Schueler, ‘De verschuivende functies van de Awb’, *RegelMaat* 2015/6, p. 435.

216 Zie bijv. K. Abts & S. Rummens, ‘Populism versus Democracy’, *Political Studies* 2007, p. 409.

217 Sillevius Smitt 2014, p. 31.

4.2.1 Onderscheid collectieve en algemene belangen moeilijk te maken

Het in artikel 1:2 lid 3 Awb, de jurisprudentie en literatuur gehanteerde onderscheid tussen collectieve en algemene belangen is vaak moeilijk toepasbaar op strategische procedures. Als het bij collectieve belangen om een bundeling van individuele belangen van een afgebakende groep gaat, en het bij algemene belangen gaat om (stemloze) belangen die een aspect vormen van ieders bestaan, dan heb ik moeite met het indelen van bijvoorbeeld de Paspoortzaak in één van deze twee categorieën. Het gaat in deze zaak immers om een groep burgers die menen dat de opslag van hun eigen biometrische gegevens een inbreuk op hun subjectieve recht op privacy vormt, maar ook om het meer ‘abstractere’ belang dat Privacy First in het algemeen hecht aan het fundamentele recht op privacy (van alle Nederlanders). Strategische procedures passen daarmee makkelijker binnen het civielrechtelijke kader, waar dit onderscheid tussen collectieve en algemene belangen (in ieder geval op dit moment) nauwelijks een rol speelt. Bij maatschappelijke vraagstukken spelen in de regel individuele belangen (die in het kader van efficiency kunnen worden gebundeld), maar juist ook bovenindividuele belangen een grote rol.

4.2.2 Meer dan alleen het milieu

In het bestuursrecht wordt als voorbeeld van een algemeen belang vaak milieu genoemd. De discussie over de wenselijkheid van algemeen-belangacties betreft in feite dan ook een discussie over de wenselijkheid van milieuacties. Dit is vanuit de huidige opzet van de Awb te begrijpen. Milieu vormt een van de weinige belangen waar individuen niet voor kunnen opkomen omdat zij ofwel geen belanghebbende zijn, ofwel het relativiteitsvereiste krijgen tegengeworpen. Vanuit de bredere context lijkt mij dit een te eenduidige visie op ideële belangenorganisaties. Zo is het een belangenorganisatie die opkomt voor privacybelangen waarschijnlijk primair te doen om het fundamentele recht op privacy dat moet worden gewaarborgd. Hiermee richten zij zich op meer dan de optelsom van een aantal schendingen van subjectieve, individuele privacyrechten.

4.2.3 Civiele lessen

Een interessant verschil tussen het bestuursrecht en het civiele recht betreft de wijze waarop deze rechtsgebieden kijken naar het collectieve actierecht. Binnen het bestuursrecht wekken groepsacties relatief weinig wantrouwen en wordt vooral gepleit voor strengere eisen aan algemeen-belangacties. In het civiele recht is het tegenovergestelde zichtbaar: de eisen aan groepsacties lijken in de toekomst aanzienlijk te worden verzwagd, terwijl ideële acties juist niet aan deze eisen hoeven te voldoen. Dit kan mogelijk worden verklaard door de (toekomstige) civielrechtelijke mogelijkheid van collectieve schadevergoeding, die met name bij collectieve acties zal spelen. Dit kan het financieel interessant maken om dergelijke acties in te stellen, waarbij financiële belangen van organisaties boven de belangen van de achterban kunnen worden gesteld. Toch zou dit enkel het stellen van verdergaande (representativiteits)eisen aan groepsacties kunnen rechtvaardigen, en niet de open houding naar algemeen-belangacties. Het idee dat algemene belangen juist

een facet vormen van ieders bestaan, en het vaak lastig is om hier individueel over te procederen, vormt de civiele rechtvaardiging van dergelijke acties. Hoewel hiermee weinig lijkt te worden stilgestaan bij mogelijke democratisch-rechtsstatelijke spanningen (waarmee toch aan een aantal fundamentele vragen uit de bestuursrechtelijke discussie wordt voorbijgegaan), is het in de kern wel een redenering die goed past bij het argument van effectieve rechtsbescherming.

4.2.4 Effectieve rechtsbescherming waar democratisch proces faalt?

Opvallend is dat in het bestuursrechtelijke debat juist weinig aandacht wordt besteed aan het argument dat strategisch procederende belangenorganisaties voor betere effectieve rechtsbescherming kunnen zorgen. In het bestuursrechtelijke debat lijken democratische argumenten te overheersen ten opzichte van rechtsstatelijke argumenten. Algemeen-belangacties worden problematisch gevonden omdat zij (kort gezegd) een inbreuk zouden vormen op het idee dat de democratisch gelegitimeerde overheid de exclusieve behartiger van het algemeen belang is. De juridische arena is niet de plek om politieke keuzes te bestrijden. De politieke belangenafweging vormt echter lang niet altijd de insteek van strategische procedures. Deze kunnen zich bijvoorbeeld ook richten tegen de technische uitwerking, structurele gebreken in de uitvoering of gebrekkig feitelijk onderzoek. Het materiële onrechtmatigheidscriterium kan in een procedure van een belangenorganisatie dus ook goed hetzelfde zijn als in een individuele procedure (die wel legitiem wordt gevonden).

Daar waar strategische procedures hun pijlen wel degelijk richten op politieke belangenafwegingen, is het bovendien maar de vraag of democratische argumenten de doorslag zouden moeten geven. Tegenover de mogelijk gebrekkige democratische legitimiteit van belangenorganisaties kan immers het rechtsstatelijk argument worden aangedragen dat ook – juist! – de overheid zich heeft te houden aan het recht, waarbij belangenorganisaties verbeterde effectieve rechtsbescherming kunnen realiseren. Het argument dat onze democratische rechtsstaat óók om grondrechtenwaarborgen en effectieve rechtsbescherming vraagt, is met name te vinden in het (internationale) mensenrechtendebat. Zo vroeg Duffy in haar oratie aandacht voor strategische (internationale) mensenrechtenprocedures en de effecten daarvan op de daadwerkelijke mensenrechtensituatie.²¹⁸ Waar de rechten van minderheden gevaar lopen in het democratisch proces, kan het als belangenorganisatie initiëren van rechterlijke controle heilzaam zijn.

Het argument van verbeterde effectieve rechtsbescherming vormt overigens een van de drijvende krachten achter de civielrechtelijke mogelijkheid om individuele zaken te bundelen. In het bestuursrecht wordt dit argument in het kader van collectieve acties vrijwel niet genoemd. Er wordt alleen aandacht besteed aan het argument dat het proceseconomisch efficiënter is om dergelijke zaken te bundelen. Hiermee wordt bestuursrechtelijk een grote potentiële meerwaarde van beroeps-

²¹⁸ H. Duffy, *Strategic Human Rights Litigation: 'Bursting the Bubble on the Champagne Moment'* (oratie Leiden), 2017.

recht voor belangenorganisaties over het hoofd gezien. Belangenorganisaties beschikken doorgaans niet alleen over meer kennis en middelen, maar ook over het vermogen om het structurele probleem achter 'lichte' inbreuken die individueel het procederen niet waard zijn toch effectief aan de rechter te kunnen voorleggen. Ook ideële acties kunnen bijdragen aan effectieve rechtsbescherming, niet alleen voor het collectief, maar ook uiteindelijk voor het individu. Als algemene belangen immers een facet vormen van ieders bestaan, dan kan ook iedereen gediend zijn met een dergelijke procedure.

4.2.5 Procesrechtelijke puzzel maskeert reële geschillen en leidt tot arbitraire uitkomsten

Het in kaart brengen van de procesrechtelijke mogelijkheden en beperkingen voor strategische procedures leidt tot interessante procesrechtelijke puzzels en dogmatische discussies. Tegelijkertijd vertroebelen deze het zicht op bovenindividuele geschillen met de overheid. Een van de procesrechtelijke puzzels waar strategische belangenorganisaties mee te maken krijgen betreft die van de rechtsmachtsverdeling. Uit oogpunt van rechtseenheid en specialisatie kiest de civiele rechter ervoor om bovenindividuele zaken, waar individueel over kan worden geprocedeerd bij de bestuursrechter, zo veel mogelijk buiten de deur te houden. Het lijkt me goed om de boodschap van bijvoorbeeld Schutgens, die al meermaals heeft opgeroepen om deze 'lokettenkwestie' in het belang van effectieve rechtsbescherming op te lossen, hier te herhalen. Van een procesrechtelijke puzzel die de juristerij nog niet heeft weten op te lossen, wordt op dit moment de rekening bij belangenorganisaties (en dus de belangen waar zij voor staan) neergelegd. Dat kan toch niet de bedoeling van het procesrecht zijn, dat dienend zou moeten zijn aan de realisatie van materiële rechten waar een inbreuk op wordt gevoeld.

Procesrechtelijke keuzes zijn vanuit de specifieke juridische structuur misschien nog wel te begrijpen, maar kunnen vanuit het bredere, maatschappelijke fenomeen van strategische procedures soms heel arbitrair aanvoelen. Want valt nu echt nog uit te leggen en te rechtvaardigen waarom Urgenda, die het Nederlandse klimaatbeleid via de rechter wil beïnvloeden, wel ontvankelijk en succesvol is in een juridische procedure tegen de overheid, maar Privacy First, die de opslag van biometrische gegevens door de overheid verbeterd wil zien, niet eens toegang heeft tot de juridische arena? En waarom zou een proefproces over de Paspoortwet, formeel aangespannen door een individuele burger (die daarvoor overigens eerst een paspoort heeft moeten aanvragen, wetende dat deze aanvraag tot afwijzing leidt als hij weigert zijn vingerafdrukken af te staan), maar informeel volledig vormgegeven en gefinancierd door een belangenorganisatie, dan weer wel moeten kunnen?

Dit preadvies richt zich op de legitimiteit van strategisch procederende belangenorganisaties, als vraag die zal moeten worden beantwoord in aanloop naar de eventuele vervolgvraag hoe hun beroepsrecht zou moeten worden vormgegeven. Indien de conclusie inderdaad is dat strategisch procederende belangenorganisaties (onder bepaalde voorwaarden) legitiem worden geacht, dan kunnen de procesrechtelijke barrières op verschillende manieren worden weggenomen. Het valt buiten

de reikwijdte van dit preadvies om ook die vraag al te beantwoorden. Ik volsta hier daarom met het kort benoemen van een aantal procesrechtelijke wijzigingen die het voor belangenorganisaties makkelijker zouden maken om hun bovenindividuele geschil aan de rechter voor te leggen. Zo zou met het openstellen van beroep tegen algemene regels (en dus afschaffing van artikel 8:3 Awb) de ‘lokettenkwestie’ voor een groot deel worden opgelost, en zou bovendien de mogelijkheid worden geopend om reële, bovenindividuele geschillen, die niet passen binnen de huidige ‘Awb-mal’ waarin het individuele uitvoeringsbesluit centraal staat, effectief aan de rechter te kunnen voorleggen.²¹⁹ Een andere mogelijkheid om belangenorganisaties meer invloed te geven in juridische zaken waarin bovenindividuele aspecten spelen is de figuur van *amicus curiae*. In tegenstelling tot afschaffing van artikel 8:3 Awb verkrijgt een belangenorganisatie als *amicus curiae* niet de positie van formele procespartij, met bijbehorende rechten (en plichten). Hoewel de Awb wel bepalingen bevat voor de rechter in rechtsvormende zaken (bijvoorbeeld de grote kamer en de conclusie), bevat de Awb geen bepalingen voor partijen die een bovenindividuele insteek kiezen. Ook daar zou over kunnen worden nagedacht.

²¹⁹ Schuurmans & Voermans 2010; Barkhuysen 2015; Schutgens 2017; W.J.M. Voermans, ‘Besturen met regels, volgens de regels’ (preadvies voor de VAR), in: W.J.M. Voermans, R.J.B. Schutgens & A.C.M. Meuwese, *Algemene regels in het bestuursrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2017.

5 Conclusie

De Nederlandse rechter wordt in toenemende mate geconfronteerd met strategische procedures. De juridische procedure vormt daarbij een strategisch middel om maatschappelijke, politieke, sociale of juridische verandering teweeg te brengen. Belangenorganisaties spelen hierbij een belangrijke rol, als procespartij of achter de schermen bij een proefproces. Zo verkent het PILP expliciet de mogelijkheid tot strategisch procederen op het gebied van mensenrechten in Nederland, brengt Pro Bono Connect belangenorganisaties in contact met advocatenkantoren, en kiezen ook belangenorganisaties als Clara Wichmann, Urgenda en Privacy First voor de juridische arena als *venue* voor bovenindividuele belangenbehartiging.

Wat betreft de juridische mogelijkheden en beperkingen voor strategische procedures kan worden geconcludeerd dat de bestuursrechtelijke arena in veel gevallen geen optimale *venue* voor bovenindividuele belangenbehartiging is. De ingang die artikel 1:2 lid 3 Awb biedt aan belangenorganisaties wordt grotendeels tenietgedaan door artikel 8:3 Awb, dat beroep tegen algemene regels uitsluit. Als belangenorganisatie procederen over een individuele beschikking om zo de achterliggende regel exceptief te laten toetsen biedt vaak ook geen uitkomst, omdat de belangenorganisatie niet rechtstreeks in haar belangen wordt geraakt door die beschikking. Een belangenorganisatie kan er wel voor kiezen om een proefproces van een individuele belanghebbende te steunen, of als gemachtigde op te treden, maar is dan afhankelijk van diverse factoren (zoals de welwillendheid van de griffie, de rechter en het bestuursorgaan, en het vermogen en de wil van de individuele burger om de hele rit uit te zitten). Het civiele recht kent meer mogelijkheden, en biedt daardoor ook diverse voorbeelden van (succesvolle) strategische procedures. Een belangrijke beperking wordt gevormd door de jurisprudentie op basis waarvan belangenorganisaties vaak niet-ontvankelijk zijn bij de civiele rechter indien individuele bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat.

Het bestuursrechtelijke debat over de legitimiteit van beroepsrecht voor belangenorganisaties beperkt zich vooral tot de wenselijkheid van milieuorganisaties die procederen in het algemeen belang. Hierin wordt met name aandacht besteed aan de vraag of een dergelijk beroepsrecht past binnen het *recours subjectif*, de gebrekkige democratische legitimiteit van dergelijke procedures en het risico op juridisering en politisering. In het civiele recht richt de discussie zich juist op groepsacties. Hierbij wordt gestreefd naar verbeterde effectieve en efficiënte rechtsbescherming door middel van massaschadeclaims, maar wordt tegelijkertijd geprobeerd voldoende waarborgen in te bouwen om claimstichtingen die niet daadwerkelijk opkomen voor de belangen van hun achterban te weren. Hiermee vallen strategische procedures grotendeels buiten het bereik van zowel de bestuurs- als de civielrechtelijke discussie.

In het laatste deel van dit preadvies heb ik betoogd dat het daarom van belang is om de discussie over de legitimiteit van beroepsrecht voor belangenorganisaties in een breder perspectief te plaatsen. Diverse ontwikkelingen, zoals digitalisering, toenemende kennisongelijkheid in de relatie tussen overheid en burger, en een veranderend politiek landschap, maken het des te belangrijker om nu stil te staan bij de fundamentele vraag welke positie het (bestuurs)procesrecht toekent aan strategisch procederende belangenorganisaties. Hierbij zal over de grenzen van het ‘traditionele’ artikel 1:2 lid 3 Awb-geschil moeten worden gekeken en kritisch moeten worden gereflecteerd op bestaande assumpties over de legitimiteit van procederende belangenorganisaties. Hierbij zal bovendien een balans dienen te worden gezocht tussen enerzijds democratische bezwaren en anderzijds de rechtsstatelijke winst in de vorm van verbeterde effectieve rechtsbescherming.