

Rechtseenheid vanuit het perspectief van de rechtbanken

Over de toekomstige organisatie van de bestuursrechtspraak

B.J. van Ettekoven*

I Terugblik

Bij een bundel over 15 jaar Algemene wet bestuursrecht (Awb) past een terugblik, ook als het gaat om de rechtseenheid in het bestuursrecht. Ik zal daar mee beginnen om dan de balans op te maken en vervolgens vooruit te kijken.¹

Ons stelsel van bestuursrechtspraak is verbrokkeld, we hebben meerdere hoogste bestuursrechtbanken en – behalve hoger beroep – geen institutionele rechtseenheidsvoorziening. Op tal van onderwerpen is er een gebrek aan rechtseenheid, zowel binnen het bestuurs(proces)recht als tussen het bestuursrecht enerzijds en het civiel en strafrecht anderzijds. Dat was ook voor invoering van de Awb al het geval.² Mede uit het oogpunt van rechtseenheid heeft de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie al in 1984 voorgesteld de gewone rechtspraak en de administratieve rechtspraak samen te voegen, ook in cassatie. Daarna is een discussie losgebarsten over nut en noodzaak van samenvoeging. Bloembergen was voor samenvoeging en voor cassatie in de bestuursrechtspraak,³ net als Blaauw, Scheltema,⁴ Duijnstee⁵ en vele anderen; tegen waren onder meer Troostwijk en J.M. Polak.⁶

* Prof. mr. B.J. van Ettekoven is vice-president inhoudelijk adviseur van de Rechtbank Utrecht en hoogleraar staats- en bestuursrecht (in het bijzonder bestuursprocesrecht en overheidsaansprakelijkheidsrecht) aan de Universiteit van Amsterdam.

1 Martijn Scheltema wil ik danken voor het delen van zijn inspirerende gedachten over de toekomst van de bestuursrechtspraak. André Verburg kan ik aanbevelen als mee-lezer.

2 Zie bijv. C.F.J. de Jongh, 'Vakantie: een geldige reden voor overschrijding van de beroepstermijn?', *NJB*, nr. 10, 5 maart 1983, p. 313-315.

3 A.R. Bloembergen, *De rechtspraak en de eenheid van recht*, bundel bij de Studiedag J.M. Polak, p. 59-65, Deventer, Kluwer 1988.

4 M. Scheltema, 'De verwachtingen voor de toekomst', in: *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1988, p. 335-349.

5 J.E.F.F.M. Duijnstee, 'De coördinatie tussen de gewone rechter en de administratieve rechter', *NJB*, nr. 12, 22 maart 1986, p. 375-387.

6 Duijnstee 1986, p. 375.

In het begin van de jaren negentig is werk gemaakt van de herziening van de rechterlijke organisatie. De raden van beroep en de ambtenarengerechten werden opgeheven en ingevoegd in de 19 rechtbanken als onderdeel van de eerste fase van de herziening. Het hoger beroep en cassatie zouden later volgen, in de zogenaamde derde fase. Door J.M. Polak is toen bepleit geen overhaaste beslissingen te nemen en de (hoogste) bestuursrechters de kans te bieden om te laten zien dat zij door zelfregulering in staat waren rechtseenheid te bewerkstelligen. De nieuwe bestuursrechters moest daarvoor zeker zes jaren de tijd worden gegund.⁷ Het toenmalige kabinet heeft in die zin besloten. De in het voorstel van wet opgenomen rechtseenheidsvoorziening, met de mogelijkheid voor de hoogste bestuursrechters om een prejudiciële vraag te stellen aan de Hoge Raad heeft het niet gehaald en is nimmer in werking getreden.⁸ Met die voorziening zou te veel worden vooruitgelopen op de toekomstige inrichting van de bestuursrechtspraak.

Naar aanleiding van de nota 'Keuzen voor de bestuursrechtspraak' van het ministerie van Justitie,⁹ met daarin drie scenario's voor de rechtseenheid in de bestuursrechtspraak, kwam de toenmalige minister Korthals met een vierde scenario, de zogeheten 'nuloptie'. Die hield in dat er niets werd gewijzigd. De minister vond dat er in de bestuursrechtspraak niet zodanige knelpunten waren dat een stelselherziening was geboden. Andere kwesties, waaronder de doorlooptijden en de kwaliteit van de rechtspraak, waren volgens de minister van groter gewicht.

Zo werd de pro-integratie stemming gewijzigd in een pas-op-de-plaatshouding, mede door de juridiseringsdiscussie aangezwengeld door Van Kemenade in de nota 'Bestuur in geding' en door het preadvies van Loeb voor de NJV,¹⁰ waarin hij een lans brak voor gespecialiseerde bestuursrechtspraak. De tijd verstreek, de discussie over de derde fase werd op de lange baan geschoven en de aangekondigde rechtseenheidsvoorziening bleef uit. In 2002 blijkt dat de hoogste bestuursrechters¹¹ de minister hebben geadviseerd over te gaan tot instelling van een gemeenschappelijke rechtseenheidkamer.¹² De toezegging van de ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan de Tweede Kamer¹³ om nog in 2004 een wetsvoorstel ter regeling van de rechtseenheidkamer naar de kamer te zenden, wordt niet nagekomen. Pas in 2006 verschijnt het conceptvoorstel van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht,¹⁴ met daarin een regeling (art. 8:10a van de Awb) van de zogenaamde grote kamer. De Wet aanpassing bestuursproces-

7 J.M. Polak, 'Zelfregulering in administratieve zaken', *NJB* nr. 23, 10 juni 1993, p. 851.

8 Zie art. 107a van de Wet op de rechterlijke organisatie (Wet voltooiing eerste fase herziening rechterlijke organisatie, TK 1992-1993, 22 495, nr. 6).

9 Nota 'Keuzen voor de bestuursrechtspraak' van 18 mei 2001, te vinden op <http://www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/awb/notas>.

10 R.W.L. Loeb, 'Appèl op maat', *Handelingen NJV 1997*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

11 De voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS), de president van de Centrale Raad van Beroep (CRvB) en de president van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (Cbb).

12 TK 2001-2002, 26 352, nr. 61, p. 11.

13 Brief van 19 juli 2004, Rechtsstaat en Rechtsorde, TK 2004-2005, 29 279, nr. 16, p. 17.

14 Zie het wetsvoorstel, versie 25 april 2006, van de Wijziging van de Algemene wet bestuursrecht en aanverwante wetten met het oog op enige verbeteringen en vereenvoudigingen van het bestuursprocesrecht (Wet aanpassing bestuursprocesrecht), te raadplegen via www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/awb/Voorontwerpen.

recht is inmiddels (2009) wel aan de Raad van State voor advies voorgelegd, maar hoewel het advies al geruime tijd binnen is bij het ministerie van Justitie is het wetsontwerp op dit moment (1 januari 2010) nog niet naar de kamer gezonden. Naar verluidt bevat het wetsvoorstel een regeling van de grote kamer, en daarnaast de mogelijkheid om in hoger beroep conclusies te laten nemen.

2 Balans

Als we de balans opmaken dan valt op dat er al 25 jaar wordt gepraat over de afronding (de derde fase) van de herziening van de rechterlijke organisatie, over de integratie van de bestuursrechtspraak in de gewone rechtspraak en over het creëren van een rechtseenheidsvoorziening, maar dat er in de tussentijd weinig tot niets is gebeurd. Ja, er zijn tal van studies verricht, rapporten en nota's uitgebracht en er vindt volop overleg plaats tussen de diverse (bestuurs)rechters in een poging bij te dragen aan rechtseenheid. Maar van een gerichte keuze over de toekomst van de bestuursrechtspraak en van een institutionele voorziening is het (nog) niet gekomen. Zoekend naar de redenen van deze traagheid komen we op factoren als een gebrek aan prioriteit bij de politiek, de afwezigheid van juristen en kennis terzake in de Tweede Kamer en op de bijzondere positie van de Raad van State. Daarnaast is van belang dat de hoogste bestuursrechters redelijk ingenomen zijn met hun eigen bijdrage aan de rechtseenheid in het bestuursrecht. Dit roept de vraag op of er vanuit het perspectief van de rechtbanken aanleiding is tevreden te zijn over de bereikte rechtseenheid in het bestuursrecht.

2.1 Aanleiding voor tevredenheid?

Is het glas halfvol of halfleeg? Het is maar wat je wilt benadrukken. Wat betreft de materiële deelgebieden is er een behoorlijke mate van rechtseenheid. Binnen bijvoorbeeld het sociale verzekeringsrecht of het omgevingsrecht zijn de hoogste rechters in staat gebleken lijnen uit te zetten die voldoende houvast bieden voor de rechtspraak en de rechtbanken. Dat is knap en verdient waardering. Sinds de invoering van de Awb is ook wat betreft de uniforme toepassing van het bestuursprocesrecht vooruitgang geboekt. De Procesregeling bestuursrecht 2008 van de rechtbanken (incl. vreemdelingenrecht) verdient een eervolle vermelding. Ook de drie hoogste bestuursrechters hebben een gezamenlijke regeling tot stand gebracht, de Procesregeling bestuursrechtelijke colleges (excl. vreemdelingen- en belastingrecht).

Verder vindt er op grote schaal overleg plaats tussen de (hoogste) bestuursrechters.¹⁵ Een belangrijk gremium is het Landelijk Overleg Voorzitters Bestuurssectoren (LOVB). Daarnaast kennen we onder meer het Overleg Belastingrechtspraak (OBER 5 en OBER 19), het samenwerkingsverband tussen de belastingsectoren van de hoven (LOVbel), het overleg tussen het dagelijks bestuur van het LOVB, de president van CRvB, de president van het CBb, de vice-president van het Hof

¹⁵ J. van Erp, 'Coördinatie van bestuursrechtelijke uitspraken', *Trema* november 2004, nr. 9, p. 402-406.

's-Hertogenbosch en de voorzitter van de ABRvS, het zogenaamde G8-overleg, en het Extern Voorzittersoverleg (EVO), waaraan ook door de Hoge Raad wordt deelgenomen.

Op onderwerpen lukt het elkaar te vinden. Zo heeft recentelijk tussen de betrokken colleges intensief overleg plaatsgevonden over compensatie bij schending van de redelijke termijn van artikel 6 EVRM. Dat heeft deels geleid tot overeenstemming, deels niet.¹⁶ Als men elkaar weet te vinden dan wordt dat in een enkel geval wereldkundig door verwijzingen in uitspraken. Soms wordt door een medewerker van één van de betrokken colleges een artikel geschreven, waarin wordt uitgedragen hoe vruchtbaar de samenwerking is.¹⁷

Hoewel deze overlegcultuur het meest haalbare is bij gebreke van een institutionele voorziening kleven er ook nadelen aan. Zo is er een totaal gebrek aan transparantie voor de buitenwereld. Ondoorzichtig blijft wanneer er wat wordt besproken en op welke onderwerpen al dan niet overeenstemming wordt bereikt. Belangrijker is dat het ondanks al het overleg niet lukt om onnodige verschillen de wereld uit te helpen. De reden is dat afspraken worden gemaakt op basis van vrijwilligheid en rechtseenheid niet kan worden afgedwongen. De overlegpartners gaan daarom soms noodgedwongen uit elkaar met de afspraak: *let's agree to disagree*. Dan is het vervolgens weer aan de Awb-watchers om uit de uitspraken te destilleren op welke punten de hoogste bestuursrechters uiteen lopen. En er zijn nog steeds tal van verschillen.

2.2 De verschillen

Tussen de CRvB aan de ene kant en de ABRvS aan de andere kant bestaan relevante verschillen. Dat is bij de tweede evaluatie van de Awb pregnant naar voren gekomen.¹⁸ Die verschillen komen bijvoorbeeld tot uitdrukking in de wijze waarop met artikel 8:69 Awb wordt omgegaan, de wijze waarop rechtsgronden worden aangevuld, bij het al dan niet toelaten van (nader) bewijs en (nadere) gronden in hoger beroep, en bij de toepassing van artikel 4:6 Awb.¹⁹ De verschillen zijn doorgaans terug te voeren op verschillende visies over de taak van de bestuursrechter in het algemeen en die van de bestuursrechter in hoger beroep in het bijzonder en kunnen niet steeds worden verklaard door de aard van de te beoordelen rechtsbetrekking. Essentieel is of het college het hoger beroep ziet als herkansingsmogelijkheid voor partijen (CRvB) of dat in hoger beroep wordt getoetst of de rechtbank een juist oordeel heeft gegeven over het bestuursbesluit, het zogenaamde controlemodel (ABRvS). Bij de ABRvS hangt de keuze voor het controlemodel samen met het behandelen van meerpartijengeschillen. De ABRvS hanteert die insteek echter ook in (finan-

16 Onder andere ten aanzien van de lengte van de redelijke termijn (vier of vijf jaar) loopt de rechtspraak onnodig uiteen.

17 A.B.J. van der Ham, 'Kruisbestuiving tussen Centrale Raad van Beroep en Afdeling bestuursrechtspraak werpt vruchten af', in *NJB*, nr. 23, 6 juni 1997, p. 1032-1039.

18 R.J.G.M. Widdershoven e.a., *Hoger beroep*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2001.

19 R.J.N. Schlössels, A.J. Bok, A.G.A. Nijmeijer en L.J.M. Timmermans, 'In Eenheid? Het vraagstuk van rechtseenheid in het bestuurs- en bestuursprocesrecht – een inleiding', in: *In eenheid*, Sdu, Den Haag 2007.

ciële) tweepartijengeschillen. Met name in dergelijke geschillen (o.a. huurtoeslag, subsidie) is het verschil met de andere hoger beroepsrechters groot.

Maar ook tussen de ABRvS en de CRvB enerzijds en de gerechtshoven en de Hoge Raad in belastingzaken anderzijds bestaan aanzienlijke verschillen. We zien dat de belastingrechter alles op alles zet om aan de inhoud van de zaak toe te komen en zich niet te verliezen in (Awb)-formaliteiten.²⁰ Dat is op zichzelf zeer toe te juichen. Maar aan de Awb wordt daarbij terloops wel een geheel eigen invulling gegeven. Een invulling die niet synchroon loopt met die van de andere hoogste bestuursrechters. Zo heeft de Hoge Raad recent de zogeheten 'Brummen'-lijn niet willen accepteren voor belastingzaken,²¹ terwijl die lijn wel door CRvB en ABRvS wordt gehanteerd. Ook heeft de Hoge Raad, anders dan de overige bestuursrechters, de bewijslastverdeling bij een beweerdelijk tijdig ter post bezorgd beroepschrift tegen een boetebesluit zo gewijzigd, dat het nagenoeg onmogelijk is geworden voor de inspecteur om aan te tonen dat het beroepschrift niet tijdig ter post is bezorgd.²² De andere bestuursrechters volgen deze lijn niet.

Voorals het gaat om formele Awb-aspecten, zoals de ontvankelijkheid van het beroep, is dat lastig te verklaren. Het dwingt rechtbanken gelijke rechtsvragen ongelijk te beantwoorden naar gelang de betreffende hoger beroepsinstantie.²³ Voor de interne en horizontale rechtseenheid is dat fnuikend.²⁴ De hoger beroepsrechters, opererend binnen de eigen kolom, hebben daar geen boodschap aan. Zo komt het met grote regelmaat voor dat een rechtbank bij een gegronde motiveringsklacht tegen een overigens juist besluit uitspraak doet en het beroep gegrond verklaard, het besluit vernietigd maar met instandlating van de rechtsgevolgen. Dergelijke uitspraken worden door de ABRS en de CRvB in hoger beroep in stand gelaten, maar door de gerechtshoven in belastingzaken niet.²⁵ Bij veel van dit soort verschillen zal het de meeste rechtbankrechters een zorg zijn welke lijn wordt gekozen, voor beide visies zijn vaak goede argumenten aanwezig, als er maar eenduidigheid is. De interne en horizontale rechtseenheid staat voor de rechtbanken voorop. Helaas niet voor de hoger beroepsrechters. Het wordt problematischer als de verschillen leiden tot ongelijke behandeling. Den Otter heeft uiteengezet dat de wijze waarop de CRvB omgaat met ontvankelijkheid, waarbij de ontvangst van het besluit onderdeel uitmaakt van de bekendmaking ervan,²⁶ leidt tot ongelijke behandeling bij de mogelijkheid om (alsnog) beroep in te stellen. Bij de CRvB krijg de burger alsnog zes weken de tijd, bij de andere bestuursrechters slechts twee weken. Dat is kwalijk en niet uit te leggen aan de rechtzoekenden.

20 Zie ook het artikel van M.W.C. Feteris over '15 jaar Awb en belastingrecht' in deze bundel.

21 HR 4 december 2009, LJN BG7213.

22 HR 10 april 2009, LJN BI0550.

23 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Rotterdam 5 september 2000, LJN AA7311 en Rechtbank Utrecht 13 januari 2009 LJN BG9870, welke uitspraken moeten worden gelezen als een roep om aandacht voor het gebrek aan rechtseenheid.

24 R.P. den Otter, 'Met een pokerface aan de roulettetafel. Verschillen in de beoordeling van de ontvankelijkheid door de hoogste bestuursrechters', *JBplus* 2008, p. 93-101.

25 Zie bijvoorbeeld ABRvS 26 maart 2008, LJN BC7627 en Gerechtshof Amsterdam 19 november 2008, LJN BG5154.

26 Een voor mij niet te begrijpen lijn gelet op het bepaalde in art. 3:41, lid 1, van de Awb.

Genoemde relevante verschillen, waarvoor onvoldoende rechtvaardiging aanwezig is, zijn er niet alleen op het terrein van het algemene bestuursrecht en het bestuursprocesrecht, maar ook op de grensvlakken van het bestuursrecht en het civiele recht en op het snijvlak van het bestuursrecht en het strafrecht. Ik kom daar hieronder nog kort op terug.

3 Het eindmodel

De hiervoor genoemde, wezenlijke en onnodige verschillen brengen mij tot de conclusie dat we het met overleg alleen niet gaan redden bij ons streven naar rechts-eenheid. De zes jaar van Polak zijn reeds lang voorbij en zelfregulering blijkt onvoldoende zoden aan de dijk te zetten. Het is dan ook de hoogste tijd voor een andersoortige voorziening, namelijk een wettelijke voorziening.

Bij de keuze voor een wettelijke voorziening voor rechtseenheid is het noodzakelijk zicht te hebben op het gewenste eindmodel. En dat is meteen het probleem, want daarover lopen de meningen nogal uiteen. Wat mij betreft zijn er maar twee reële eindmodellen denkbaar, die kunnen worden omschreven als het piramidemodel en het tweekolommenmodel.

Het piramidemodel houdt in dat de bestuursrechtspraak volledig integreert met de gewone rechterlijke macht en dat cassatie ook mogelijk wordt over de volle breedte van de bestuursrechtspraak. Dat betekent dat de huidige drie hoogste 'klassieke' bestuursrechters worden opgeheven en ondergebracht in de tweedelijns-rechtspraak. Dat kan door een groot bestuursrechtelijk gerechtshof op te richten. Het kan ook door de verschillende takken van bestuursrechtspraak toe te voegen aan een of meer van de bestaande gerechtshoven, net als bij de belastingrecht-spraak. Beide varianten hebben voor- en nadelen.

Het twee kolommen-model houdt in dat we de gehele bestuursrechtspraak onderbrengen in één aparte kolom en de civiele en strafrechtspraak in de andere kolom. De belastingrechtspraak moet in dat model worden overgeheveld naar de kolom van de bestuursrechtspraak. De drie 'klassieke' hoogste bestuursrechters kunnen blijven bestaan. Wel moet dan worden geregeld op welke wijze de rechtseenheid aan de top tot stand wordt gebracht. Dat kan door één hoogste bestuursrechter in het leven te roepen, maar ook door een gezamenlijke rechtseenheidsvoorziening te creëren, zoals een rechtseenheidkamer. Inspiratie kan worden ontleend aan het Duitse en Franse recht, waar de bestuursrechtspraak in een aparte kolom is ondergebracht.

3.1 De machtsklem

Op dit moment zit de herziening van de rechterlijke organisatie in een machtsklem. De Raad van State, sedert 2001 versterkt met de vreemdelingenrechtspraak, zal niet licht akkoord gaan met het overhevelen van de rechtsprekende taak naar de gewone rechterlijke macht. Anderzijds zal de Hoge Raad niet zo maar de belasting-rechtspraak, met zijn wortels in het privaatrechtelijk bewijsrecht, prijsgeven en wil hij graag in staat zijn de lijnen uit te zetten als het gaat om de toepassing van de grondrechten, het (bestuurs)overeenkomstenrecht, de (overheids)aansprakelijk-

heid, de (bestuurlijke) geldschulden en het bestuursstrafrecht. Bovendien heeft de Hoge Raad laten weten niet deel te zullen nemen aan een rechtseenheidkamer in de bestuursrechtelijke kolom.

Wat het uiteindelijk gaat worden is meer een machtskwestie dan een kwestie van ratio en dienstbaarheid aan het recht en de rechtseenheid. Of de klem zal worden opgeheven en, zo ja, wanneer en met welke uitkomst zal moeten worden afgewacht. Zelf ben ik voorstander van invoering van het piramidemodel, ook al is dat op (langere) termijn, omdat naar mijn oordeel daarmee de belangen van het recht en de rechtseenheid het best worden gediend. Voor mij weegt daarbij zwaar dat niet alleen binnen het bestuursrecht en het bestuursprocesrecht de rechtseenheid moet worden bewaakt, maar vooral ook op de materiële rechtsgebieden die de hoogste (bestuurs)rechters gemeen hebben, dat wil zeggen ook op het bestuursprivaatrecht en het bestuursstrafrecht. En dat kan alleen als de Hoge Raad in staat gesteld wordt aan die rechtseenheid bij te dragen.

3.2 *Wat moeten we in de tussentijd?*

Na jaren van uitstel en inertie lijkt het er nu toch van te komen dat de wetgever gaat bijdragen aan meer rechtseenheid in het bestuursrecht. Welke mogelijkheden staan de wetgever ter beschikking? Allereerst de rechtseenheidkamer, al dan niet met de mogelijkheid van prejudiciële verwijzing. Verder de invoering van een parketfunctie, waardoor in beroepsprocedures bij de (hoogste) bestuursrechters conclusies kunnen worden genomen. Tot slot het invoeren van cassatie in de bestuursrechtspraak. Uiteraard zijn ook combinaties van voorzieningen mogelijk. Hieronder zal ik deze voorzieningen bespreken en daarbij ingaan op de maatregelen zoals die – naar verwachting – in de Wet aanpassing bestuursprocesrecht zijn opgenomen.

3.3 *De rechtseenheidkamer*

Een rechtseenheidkamer kan op verschillende manieren worden vormgegeven. De wetgever heeft aanvankelijk ingestoken op een model met prejudiciële verwijzing. De Wet voltooiing eerste fase herziening rechterlijke organisatie (Wet vef) voorzorg in een artikel 107a, eerste lid, van de Wet op de rechterlijke organisatie dat luidde als volgt:

‘Indien de behandeling van een zaak door de administratieve rechter in hoogste ressort naar diens oordeel noopt tot de beantwoording van een rechtsvraag in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling waarover uiteenlopende rechtspraak van verschillende rechters in hoogste instantie mogelijk is en die niet in cassatie aan de orde kan worden gesteld, beslist de rechter dat die rechtsvraag ter beantwoording wordt voorgelegd aan de Hoge Raad, tenzij:

- a. onverwijld spoed, gelet op de betrokken belangen, zich daartegen verzet, of
- b. over de beantwoording redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan.’

Het ging om een voorziening waarbij de hoogste bestuursrechters mede uit het oogpunt van rechtseenheid rechtsvragen konden voorleggen aan de Hoge Raad. Zoals hiervoor aangegeven werd daarmee naar de smaak van de Tweede Kamer teveel vooruitgelopen op het te kiezen eindmodel. Deze voorziening heeft het dan ook niet gehaald.

Nadat in 2001/2002 de hoogste 'klassieke' bestuursrechters de minister hadden geadviseerd over te gaan tot instelling van een gemeenschappelijke rechtseenheidkamer, schreven de ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties de Tweede Kamer in 2004 het volgende:²⁷

'In de praktijk kan soms een tekortschietende rechtseenheid op het terrein van het bestuursrecht worden waargenomen, met name als het gaat om de verschillen tussen de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State enerzijds en de Centrale Raad van Beroep anderzijds. Het kabinet (...) wil komen tot een rechtseenheidsvoorziening in het algemeen bestuursrecht. Het zal (...) een wetsvoorstel indienen. Het kabinet heeft daarbij een rechtseenheidkamer voor ogen van de hoogste bestuursrechters (de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven), waaraan deze rechters in voorkomende gevallen prejudiciële vragen zullen kunnen stellen.'

Het valt op dat de Hoge Raad niet aan deze kamer deelneemt, waardoor deze kamer niet zal kunnen bijdragen aan rechtseenheid tussen het belastingrecht en het algemene bestuurs(proces)recht, en evenmin tussen het bestuursrecht enerzijds en het straf- en civiele recht anderzijds. Dat is een groot nadeel. Verder wordt de mogelijkheid om vragen te stellen alleen geopend voor de hoogste bestuursrechters (aan zichzelf) en niet voor de rechtbanken. Daarmee wordt een mogelijkheid afgesneden om snel duidelijkheid te krijgen over een rechtsvraag die in eerste aanleg actueel is (bijvoorbeeld over de uitleg van wettelijk overgangsrecht). Daarnaast is een nadeel, maar dat geldt voor elk stelsel met een bevoegdheid prejudiciële vragen te stellen, dat het van de verwijzende rechters afhangt of de juiste vragen de rechtseenheidkamer bereiken. Weliswaar kunnen de procespartijen verzoeken aan de (hoogste) bestuursrechter om een prejudiciële vraag te stellen, maar zij kunnen dat niet afdwingen. Als voordeel van een dergelijke kamer kan worden genoemd dat met een door de rechtseenheidkamer gewezen uitspraak ook voor de buitenwereld kenbaar wordt dat aan die uitspraak gewicht moet worden toegekend. Indien de tijd gemoeid met beantwoording van de prejudiciële vraag beperkt blijft, heeft deze kamer, die niet als een extra instantie kan worden aangemerkt, ook als voordeel dat een voortvarende beslechting van het geschil minder wordt belemmerd dan bij invoering van een derde instantie.²⁸

27 TK 2003-2004, 25 425, nr. 7. Zie ook de brief van 19 juli 2004, Rechtsstaat en Rechtsorde, TK 2004-2005, 29 279, nr. 16, p. 17.

28 J.C.A. de Poorter en E.M.H. Hirsch Ballin, 'Enkele beschouwingen over de toekomst van de rechtspleging, met name in het bestuursrecht', in *Studies over rechtspraak en rechtshandhaving in Nederland*, Kluwer 2006, p. 647-665.

Het ziet er naar uit dat ook deze voorziening niet zal worden ingevoerd. In het civiele recht zal wel worden geëxperimenteerd met de mogelijkheid om prejudiciële vragen te stellen. De Wet collectieve afwikkeling massaschade zal worden uitgebreid met een prejudiciële procedure, waarbij de feitenrechters – ook de rechtbanken – rechtsvragen kunnen stellen aan de Hoge Raad.²⁹ Een interessant experiment. Van de ervaringen met deze voorziening kunnen wij mogelijk later ook in het bestuursrecht voordeel hebben.

Inmiddels is het kabinet voorstander van invoering van de zogenaamde *grote kamer*, of kamer van vijf. Het voorontwerp van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht kent een artikel 8:10a, vierde lid, Awb, dat als volgt luidt:

‘De meervoudige kamer kan een zaak voorts verwijzen naar een grote kamer, indien dit met het oog op de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling geraden voorkomt. De eerste volzin geldt niet, indien de zaak aanhangig is bij het gerechtshof.’

Alleen een meervoudige kamer van de CRvB, de ABRvS of het CBB kan tot verwijzing besluiten. Blijkens de toelichting bestaat de grote kamer uit vijf rechters. De kamer van vijf kan geheel uit rechters van één college bestaan en zo de interne rechtseenheid dienen. Het is echter ook mogelijk een grote kamer samen te stellen met leden van de verschillende hoogste bestuursrechters, zodat de rechtseenheid tussen de colleges kan worden bevorderd.

Mij is op dit moment niet bekend welk voorstel aan de Raad van State is voorgelegd en of naar aanleiding van het advies van de Raad van State nog bijstelling zal plaatsvinden. Voor dit moment ga ik ervan uit dat het kabinet wenst vast te houden aan de hiervoor genoemde voorziening.

Wat van de voorgestelde grote kamer te denken? Zal de grote kamer voor rechtseenheid zorgen over de volle breedte van het bestuursrecht? Ik ben somber gestemd. Ten eerste omdat de Hoge Raad, als belastingrechter, niet meedoet. De Hoge Raad wil niet participeren, omdat hij niet uitgespeeld wil worden. Zijn eerste zorg is rechtseenheid tussen zijn burgerlijke kamer, strafkamer en belastingkamer en niet rechtseenheid binnen het bestuurs(proces)recht. De grote kamer zal daarmee evenmin kunnen bijdragen aan horizontale rechtseenheid op genoemde grensgebieden van bestuursrecht enerzijds en straf- en civiel recht anderzijds. Ook bij de grote kamer is gekozen voor een bevoegdheid tot verwijzing voor de rechter. Partijen kunnen er om verzoeken, maar dit niet afdwingen. De hoogste rechters zullen, zo is mijn inschatting, niet snel geneigd zijn te verwijzen. Aannemelijk is dat verwijzing mondjesmaat zal plaatsvinden en dat aan verwijzing uitgebreid overleg zal voorafgaan. Alleen bij concreet zicht op consensus zal worden verwezen. Voorkomen moet immers worden dat de deelnemers aan de grote kamer er niet uitkomen en dat er een uitspraak volgt waar partijen, het recht en de rechtseenheid weinig mee opschieten. De bijdrage van die kamer aan de rechtseenheid zal naar mijn verwachting dan ook beperkt zijn.

²⁹ Zie het voorstel van de ‘Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad in zaken van massaschade en andere massavorderingen’, te vinden op www.justitie.nl.

3.3 De parketfunctie in het bestuursrecht

Anders dan bij de grote kamer zie ik wel muziek in invoering van een parketfunctie in het bestuursrecht.³⁰ Een daartoe benoemde of aangewezen persoon zou moeten kunnen concluderen in zaken die de rechtseenheid en/of de rechtsontwikkeling raken. Deze gedachte is niet nieuw. Zij is onder meer neergelegd in het Eindrapport van de Commissie verbetervoorstellen bestuursrecht³¹ en in een onderzoek van de Universiteit Groningen naar adequate instrumenten voor afhandeling en rechtsvorming door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.³² Omstreden is dat conclusies van de advocaten-generaal in cassatiezaken de inhoudelijke kwaliteit van rechtspraak verhogen en bijdragen aan rechtsontwikkeling en rechtseenheid. In een conclusie kan, veel meer dan in een uitspraak van de rechter, de zaak in een breder verband worden geplaatst. In een conclusie kan worden ingegaan op verschillende mogelijke antwoorden op de voorgelegde rechtsvraag, op internationaalrechtelijke en Europeesrechtelijke inzichten, op consequenties voor andere dan de voorgelegde gevallen en op de argumenten die voor en tegen pleiten. Als de rechter goed geïnformeerd is, zal hij betere uitspraken doen. Door motivering met meer diepgang zal het recht ontwikkelen en de beslissing transparanter worden. En dat dient uiteindelijk ook de rechtseenheid. Ook als goed onderbouwd wordt aangegeven om welke redenen differentiatie binnen het bestuurs(proces) recht zinvol of noodzakelijk is, is dat vooruitgang.

3.3.1 De modellendiscussie

Hoe zou de parketfunctie kunnen worden vormgegeven? Er zijn grofweg drie modellen mogelijk. In model één krijgt elk college zijn eigen parket met een of meer daartoe aangewezen personen die conclusies kunnen nemen. In model twee krijgen de drie hoogste bestuursrechters, die van de grote kamer, een gezamenlijk parket, waarin algemeen bestuursrechtelijk georiënteerde juristen werken. Model drie houdt in dat een aantal algemeen bestuursrechtelijk georiënteerde advocaten-generaal wordt toegevoegd aan het parket van de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad, welk parket nu al concludeert in zaken bij de belastingkamer van de Hoge Raad.

Op dit moment wordt nagedacht over de wenselijkheid van de parketfunctie in het algemene bestuursrecht. Naar verluidt wordt gedacht aan een regeling waarbij de hoogste bestuursrechters, die van de grote kamer, kunnen bepalen dat een conclusie wordt genomen door een lid van het betreffende college. Als bijvoorbeeld de CRvB in een hoger beroepszaak behoefte heeft aan een conclusie, dan kan hij bepalen dat een (plv.) lid van de CRvB een conclusie neemt. Wat hiervan te denken? Dit model haalt weinig overhoop en is gemakkelijk (intern) te realiseren. Er kan ervaring worden opgedaan met de parketfunctie, om eventueel in een later stadium

30 Zie mijn 'Rechtseenheid en de advocaat-generaal in het bestuursrecht', *NJB* nr. 1, 4 januari 2008, p. 14-18.

31 Rapport van de Commissie verbetervoorstellen bestuursrecht, d.d. 5 oktober 2006 (www.rechtspraak.nl).

32 A.T. Marseille, K.J. de Graaf en A.J.H. Smit, *Ruimte voor rechtsvorming*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2007.

over te schakelen op een meer geïntegreerd model (model twee of drie). Verder is het een voorziening die niet preludeert op het piramide- of het tweekolommenmodel. Het is daarmee politiek ongevaarlijk. De wetgever kan niet langer worden verweten niets te doen aan institutionele rechtseenheid. De werking van deze voorziening zal moeten worden afgewacht, bestudeerd en geëvalueerd. De echte keuzen zullen zo'n 10 jaar vooruitgeschoven kunnen worden. Meer inhoudelijk beoordeeld is het een magere variant. Gevreesd moet worden dat het lid van het college dat wordt aangewezen om de conclusie te nemen, laten we hem 'concluteur'³³ noemen, onvoldoende afstand heeft tot de verwijzende meervoudige kamer en de grote kamer, met daarin directe collega's. De concluteur is niet in een voldoende onafhankelijke positie om ongezoeten kritiek te leveren, als dat nodig is, op een lijn in de rechtspraak die hij mogelijk zelf mede tot stand heeft gebracht en die de concluteur, als de conclusie niet wordt gevolgd, daarna weer mee moet helpen uitdragen.

Een verbetering kan worden aangebracht indien de concluteur niet voor één zaak, maar voor een bepaalde periode (bijvoorbeeld: drie of vijf jaar) wordt aangewezen om, indien het zich voordoet, conclusies te nemen. Een verdere verbetering kan worden aangebracht door plaatsvervangers die lid zijn van een zustercollege tot concluteur te benoemen. Als bijvoorbeeld professor Widdershoven, werkzaam als plaatsvervanger bij het CBb, wordt aangewezen als concluteur bij de ABRvS, dan zit er al wat meer muziek in de constructie. Maar dan naderen we ook model twee. In zijn soberste vorm stelt model één te weinig voor, mede omdat met dit model de kruisbestuiving met het overige bestuursrecht (incl. belastingrecht) en met het straf- en burgerlijk recht node wordt gemist. Ik vrees daarom dat dit model niet tot een substantiële bijdrage aan de gewenste rechtseenheid zal leiden.

Model twee biedt al wat meer perspectieven. De concludenten zouden op de terreinen die de CRvB, het CBb en de ABRvS bestrijken kunnen bijdragen aan een meer gedeelde visie op de taak van de bestuursrechter, op de algemene leerstukken en op het bestuursprocesrecht. Ook in model twee blijft echter een groot nadeel dat het belastingrecht er niet bij kan worden betrokken en dat de kruisbestuiving met het civiele recht en het strafrecht niet tot stand komt.

Het model van mijn voorkeur is model drie. Daarmee kan op meerdere fronten vooruitgang worden geboekt. De advocaten-generaal die nu vooral belastingzaken doen en concluderen over de Awb in relatie tot belastingrechtelijke procedures, kunnen de horizon verbreden door ook andere bestuursrechtelijke zaken te doen. Van bijstands- tot milieuzaken, en van het ambtenarenrecht tot het economisch ordeningsrecht. In tweepartijengedingen maar ook in meerpartijengedingen. Dat zal zonder enige twijfel effect hebben op hun visie op het bestuursrecht, de taak van de bestuursrechter, de functie van het hoger beroep en op de toepassing van de Awb. Uiteindelijk zal dat ook doorklinken in de belastingrechtspraak. Zij kunnen bovendien het oog houden op de eenheid met het civiele recht, het schadevergoedingsrecht en de rechterlijke bevoegdheidsverdeling, en op de eenheid met het bestuursstrafrecht (boetezaken).

33 'Concludent' lijkt me een ongeschikte benaming voor de functie; hopelijk zijn de conclusies dat wel.

De aan het parket toegevoegde bestuursrechtelijk georiënteerde advocaten-generaal zullen vooral concluderen ten behoeve van de CRvB, het CBb en de Afdeling in hoger beroepszaken. Dat zal bijdragen aan meer rechtseenheid tussen die drie colleges. Maar ze concluderen ook in cassatieberoepen in het belastingrecht, waardoor de noties en verworvenheden uit dat rechtsgebied weer kunnen worden ingebracht in het algemene bestuursrecht. Dit model heeft verder als voordeel dat het bestuursrecht kan profiteren van de kennis van de advocaten-generaal die met name zijn georiënteerd op het strafrecht of het civiele recht. Andersom kunnen de strafkamer en de civiele kamer van de Hoge Raad profiteren van de bij het parket aanwezige bestuursrechtelijke kennis. Waarom advocaat-generaal Wortel niet laten concluderen over rechtsvragen rond de bestuurlijke boete? Waarom advocaat-generaal Keus niet gevraagd te concluderen over overheidsaansprakelijkheid in een bestuursrechtelijke hogerberoepszaak, zeker als het de (analoge) toepassing van het BW betreft? Waarom de algemeen-bestuursrechtelijke advocaat-generaal Widdershoven, Vlasblom, J.E.M. Polak of N. Verheij niet laten concluderen over een probleem van formele rechtskracht voor de civiele kamer? Het zal mijns inziens niet alleen bijdragen aan de rechtsontwikkeling, maar tevens aan meer eenheid van recht.

3.3.2 Nadere uitwerking

Voor welk model ook wordt gekozen, veel aspecten zullen nader moeten worden uitgewerkt.³⁴ Ten eerste de vraag in welke zaken om een conclusie zal worden gevraagd. Het ligt voor de hand dat in alle zaken die naar de grote kamer worden verwezen een conclusie wordt genomen. Maar een conclusie kan ook worden genomen in 'gewone' meervoudige kamerzaken. Dan is het nemen van een conclusie niet vanzelfsprekend. Daarvoor zullen spelregels ontstaan. Moet de rechter zijn verzoek om een conclusie motiveren? Wordt het verzoek gedaan in een tussenuitspraak of bij brief? Wat betekent het dat wordt geconcludeerd in een (hoger) beroepsprocedure voor de feitenrechter? Moet de conclusie zich beperken tot rechtsvragen? Moet de concludeur blijven binnen de omvang van het geding (artikel 8:69 Awb) en de ambtshalve te toetsen aspecten of concludeert hij ook buiten de beroepsgronden om? Adviseert hij ook over de inzet van onderzoeksbevoegdheden door de bestuursrechter? Als het geschil in hoger beroep ook over de feiten gaat, wordt dan eerst een (bindende) tussenuitspraak gewezen waarin wordt vastgelegd van welke feiten moet worden uitgegaan? Het is allemaal nieuw en zal moeten worden uitgedacht. Vooralsnog meen ik dat de conclusie uitsluitend betrekking moet hebben op rechtsvragen, dat de conclusie schriftelijk en tijdig voor de zitting moet worden genomen, dat de conclusie met redenen omkleed en openbaar is, dat partijen de gelegenheid moet worden geboden op de conclusie te reageren, dat de concludeur geen deel uitmaakt van de zetel en daarom niet betrokken is bij de beraadslaging in raadkamer en dat de conclusie – net als in de cassatieprocedure – de status heeft van een rechtsgeleerd advies dat de zetel niet bindt.

³⁴ Zie ook A.T. Marseille, K.J. de Graaf en A.J.H. Smit, 'Een advocaat-generaal voor de hoogste bestuursrechters. Over de noodzaak en de vormgeving', *NTB* 2008, nr. 3, p. 67-76.

De introductie van de parketfunctie in het algemene bestuursrecht zal een stap vooruit kunnen betekenen voor de rechtsontwikkeling. Of het nemen van conclusies ook zal bijdragen aan de rechtseenheid hangt af van het gekozen model; bij model één het minst en bij model drie het meest. Model drie heeft verder het voordeel naadloos aan te sluiten bij invoering van cassatie over de volle breedte van de bestuursrechtspraak. Maar ook als uiteindelijk niet de keuze wordt gemaakt voor cassatie over de volle breedte van de bestuursrechtspraak is invoering van de parketfunctie zinvol.

3.4 Cassatie in de bestuursrechtspraak³⁵

Het antwoord op vraag naar nut en noodzaak van cassatie over de volle breedte van de bestuursrechtspraak hangt af van de voorkeur voor het gewenste eindmodel. Voor aanhangers van het piramide-model is cassatie een vanzelfsprekendheid, voor aanhangers van het twee kolommenmodel niet. Overigens is cassatie in de bestuursrechtspraak geen nieuw fenomeen. Nu al bestaat de mogelijkheid om van sommige uitspraken van de CRvB en het CBb cassatieberoep in te stellen bij de Hoge Raad als het de uitleg van een begrip betreft dat ook voorkomt in het belastingrecht (bijvoorbeeld het loonbegrip).³⁶

Tegenstanders van cassatie in de bestuursrechtspraak wijzen op het nadeel van de tijd gemoeid met nog een extra rechtsgang. Dit zou leiden tot rechtsonzekerheid. Verder zou de eigen aard van (sommige delen van) het bestuursrecht, de verwevenheid van feiten en recht, er de reden van zijn dat de mogelijkheid van cassatie niet zinvol is. Tot slot wordt als argument ingebracht dat cassatie vanwege de bestaande gespecialiseerde bestuursrechtspraak (te) weinig toegevoegde waarde zou hebben.

Om met het eerste argument te beginnen, ook ik vind dat we in het bestuursrecht geen behoefte hebben aan verlenging van de procedure door het toevoegen van een derde instantie in alle bestuursrechtelijke zaken. Daarbij is van belang dat in het bestuursrecht is voorzien in een vorm van bestuurlijke heroverweging (zienswijzen of bezwaar). Verder is het algemeen belang gediend met rechtszekerheid binnen relatief korte tijd, reden waarom de wetgever de hoogste algemene bestuursrechter aan uitspraaktermijnen heeft gebonden.³⁷ Hoewel ook in de bestuursrechtspraak het uitgangspunt twee feitelijke rechterlijke instanties is, wordt algemeen aangenomen dat een tweede instantie voor de grote ruimtelijke besluiten (bestemmingsplannen, besluiten op grond van de Tracéwet en de Spoedwet wegverbreding, etc.) tot een onaanvaardbare verlenging van de procedure leidt. Als een tweede

35 Dit gedeelte van mijn opstel is gebaseerd op mijn interventie bij de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht over 'De positie van de Hoge Raad' in juni 2009, waar ik mocht reageren op het betoog van E. Daalder, die tegen cassatie in de bestuursrechtspraak is en voorstander van het tweekolommenmodel. Zie G.J.M. Corstens e.a., *De positie van de Hoge Raad*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2009, p. 41 en p. 49.

36 Zie art. 78, lid 4, van de Wet op de rechterlijke organisatie en bijvoorbeeld art. 53 Algemene Ouderdomswet.

37 In het omgevingsrecht geldt nu nog dat uitspraak moet worden gedaan binnen 12 maanden na ontvangst van het beroepschrift; onder de Crisis- en herstelwet wordt die termijn nog korter. Voor vreemdelingenzaken is de uitspraaktermijn 23 weken.

instantie al te veel is, dan is evident dat geen behoefte bestaat aan een derde instantie (cassatie).

Dat de eigen aard van het bestuursrecht zich zou verzetten tegen cassatie, zie ik niet in. Ook andere rechtsgebieden, zoals het strafrecht, kennen een verwevenheid van feiten en recht en ook het civiele recht kent bij toetsing van overheids-handelen een variatie in de indringendheid van de rechterlijke toetsing. De 'eigen aard' van het bestuursrecht verzet zich dan ook niet tegen integratie en ook niet tegen invoering van cassatie. Wel ben ik van mening dat de bestuursrechtspraak geen behoefte heeft aan cassatie, althans niet bij de toepassing van de materiewetten. Hiervoor kwam al aan de orde dat de hoogste bestuursrechters in staat zijn gebleken afdoende rechtseenheid te scheppen binnen de eigen kolom, de verticale rechtseenheid. De hoogste bestuursrechters hebben aangetoond in zoverre hun eigen boontjes te kunnen doppen. Het heeft dan ook (te) weinig toegevoegde waarde om de Hoge Raad rechtsvragen te laten beantwoorden op het gebied van het sociale zekerheidsrecht, ambtenarenrecht of omgevingsrecht. Cassatie in die deelgebieden zou bovendien alleen mogelijk zijn, maar dat is een praktisch argument, als de benodigde kennis vanuit de betreffende colleges ter beschikking komt voor de Hoge Raad. Bij de toepassing van de materiewetten moeten de nadelen van cassatie, de tijdsduur en (te) weinig toegevoegde waarde, daarom mijns inziens zwaarder wegen.

3.4.1 De grensgebieden

Toch is er mijns inziens wel behoefte aan cassatie in de bestuursrechtspraak met het oog op rechtseenheid, maar dan alleen op de grensgebieden, het recht dat door meerdere rechters wordt gedeeld. Ik noem er vier.

Als eerste het *bestuursstrafrecht*. Zaken die voorheen strafrechtelijk werden afgedaan, worden steeds vaker door de wetgever in een bestuursrechtelijk jasje gestoken. Bij het toetsen van boetebesluiten moeten bestuursrechters invulling geven aan het verdragsrecht en aan het materiële strafrecht. Daarbij dienen (ook) bestuursrechters invulling te geven aan strafrechtelijke begrippen zoals het functioneel ouderschap, de cautie, ne bis in idem, deelnemingsfiguren en de samenloopproblematiek. In titel 5.4 van de Awb (de bestuurlijke boete) worden diezelfde begrippen gehanteerd en worden bepalingen uit de wetboeken van strafrecht en strafvordering van overeenkomstige toepassing verklaard. Die bepalingen moeten op uniforme wijze worden uitgelegd. Met verschillende hoogste boete-rechters is de kans op uiteenlopende rechtspraak reëel. Zo verschilt de wijze waarop de bestuursrechter omgaat met boetebeleid van bestuursorganen aanzienlijk van de wijze waarop de strafrechter omgaat met boeterichtlijnen van het OM, ook als het gaat om dezelfde delicten. Verder kan worden genoemd de uiteenlopende rechtspraak van de bestuurs- en de strafrechter over de mogelijkheid gebruik te maken van onrechtmatig verkregen bewijs. Het betreft onnodige verschillen die moeten worden voorkomen en, waar ze reeds bestaan, uit de weg moeten worden geruimd. Met cassatie in de bestuursrechtspraak zal de Hoge Raad kunnen bijdragen aan rechtseenheid in het bestuursstrafrecht.

Als tweede het *bestuursprivaatrecht*, waaronder geschillen over bestuursovereenkomsten, bestuurlijke geldschulden en overheidsaansprakelijkheid. Titel 4.4 van

de Awb (bestuursrechtelijke geldschulden) verwijst op tal van plaatsen naar begrippen en artikelen uit het BW, die uniform dienen te worden uitgelegd. Voor het schadevergoedingsrecht geldt dat de bestuursrechter tracht zoveel mogelijk aan te sluiten bij het BW en de rechtspraak van de Hoge Raad over de onrechtmatige overheidsdaad. Maar dat lukt niet steeds even goed. Er is uiteenlopende rechtspraak over causaliteit en relativiteit. Bij de uiteenlopende rechtspraak over proceskosten in de bezwaarfase heeft de wetgever moeten ingrijpen om eenheid te realiseren. Ook waar door de hoogste rechter in sociale zekerheidszaken en ambtenarenzaken aansluiting wordt gezocht bij bepalingen en begrippen uit het civiele arbeidsrecht is er behoefte aan een eenvormige uitleg. Cassatie kan er toe bijdragen dat op deze grensgebieden onnodige verschillen worden voorkomen of geredresseerd. Ook hier is een taak voor de Hoge Raad weggelegd.

Dan ons gemeenschappelijk procesrecht in de *Algemene wet bestuursrecht*. De Awb is het gereedschap voor alle bestuursrechters.³⁸ Maar diezelfde Awb wordt niet door alle bestuursrechters op dezelfde wijze toegepast en uitgelegd (zie par. 2.2). Er zijn talloze verschillen. Soms zijn die verschillen te verklaren en te billijken gelet op de onderliggende materie. Maar vaak ook niet. Het wordt pijnlijk als die verschillen leiden tot rechtsongelijkheid bij de toegang tot de rechter. Ook hier is daarom mijns inziens een taak weggelegd voor de cassatierechter.

Tot slot wil ik als het vierde grensgebied noemen de toepassing van de *grondrechten*, zoals die neergelegd in het *EVRM*. Het kost niet veel moeite voorbeelden te vinden van zaken waarin aan grondrechten door de bestuursrechter een andere invulling wordt gegeven dan door andere (hoogste) rechters. Ik denk aan de beoordeling van het ‘vrouwenstandpunt’ van de SGP en aan de rechtspraak, nog volop in ontwikkeling, over compensatie bij schending van de redelijke termijn door de rechter. Coördinatie van rechtspraak op vrijwillige basis door overleg tussen de hoogste rechters biedt hier onvoldoende soelaas. Eén hoogste rechter moet de lijn kunnen bepalen. Daarom is ook op dit punt een taak voor de Hoge Raad weggelegd.

Mijn tussenconclusie is dat de ‘klassieke’ bestuursrechtspraak geen behoefte heeft aan cassatie wat betreft de toepassing van de materiewetten. Wel is er behoefte aan cassatie op de grensgebieden (bestuur-straft, bestuur-civiel), op het gemeenschappelijk procesrecht en bij de toepassing en uitleg van grondrechten.

3.4.2 Cassatie: welk model?

De vervolgvraag is of cassatie in de bestuursrechtspraak zodanig kan worden vormgegeven dat vooruitgang wordt geboekt wat betreft rechtseenheid op genoemde grensgebieden, terwijl anderzijds de nadelen van de extra instantie zoveel mogelijk beperkt blijven. Ik wil een poging wagen en schetsmatig trachten de contouren van een dergelijk model neer te zetten. Net als voor het strafrecht

38 Daaronder begrepen de kantonrechters die de WAHV-zaken afhandelen, met hoger beroep op het gerechtshof te Leeuwarden. Als Awb-rechters zijn ook aan te merken de familierechters die burgemeestersbesluiten genomen op grond van de Wet tijdelijk huisverbod en indicatiebesluiten van de bureaus voor jeugdzorg op grond van de Wet op de jeugdzorg toetsen, met hoger beroep bij respectievelijk de ABRvS (Vz. ABRvS 26 juni 2009, LJN BJ1118) en de CRvB (CRvB 29 april 2008, LJN BD1113).

en – zij het in mindere mate – het burgerlijk recht geldt voor het bestuursrecht dat het wenselijk is een selectie aan de poort toe te passen. Een strenge selectie moet er toe leiden dat alleen zaken ‘die er echt toe doen’ uit het oogpunt van rechts-eenheid inhoudelijk worden behandeld. Ik denk daarbij aan maximaal 40 zaken per jaar. Het ligt voor de hand te werken met een verlofstelsel, gelijk aan of vergelijkbaar met het stelsel dat zal gaan gelden voor civiele, straf- en belastingzaken. Om het mogelijk grote aantal verloffverzoeken te kunnen beoordelen moet in de wet een selectiemogelijkheid worden opgenomen waarmee (een selectiekamer van) de Hoge Raad in staat wordt gesteld een voor cassatierechtspraak ongeschikt cassatieberoep niet-ontvankelijk te verklaren.³⁹ De wettelijke eis dat alleen gekwalificeerde advocaten⁴⁰ cassatieberoep kunnen instellen, zal er toe bijdragen het aantal verloffverzoeken te beperken. Indien verloff beperkt blijft tot enkele tientallen zaken per jaar behoeft geen vierde kamer te worden geformeerd, maar kunnen de cassatieberoepen worden afgedaan door een combikamer of rechtseenheidkamer. Deze kamer wordt bemenst door de meest aangewezen raadsheren naar gelang de rechtsvraag. Uit alle drie de huidige kamers wordt een aantal raadsheren aangewezen, die tevens inzetbaar zijn in de rechtseenheidkamer. Aan het werk van deze kamer wordt tevens deelgenomen door raadsheren in buitengewone dienst, te weten daartoe aangewezen leden van de hoogste bestuursrechtelijke colleges, die de expertise inbrengen benodigd om de rechtsvraag gelet op de onderliggende materie adequaat te kunnen beantwoorden. Deze raadsheren i.b.d. participeren ook in de beoordeling van verloffverzoeken, ook dat in het belang van de rechtseenheid.

Indien de mogelijkheid van cassatie wordt geopend in de bestuursrechtspraak zullen de advocaten-generaal van het parket bij de Hoge Raad ook kunnen concluderen in algemeen bestuursrechtelijke zaken. Net als bij het hiervoor uiteengezette model drie is het wenselijk dat aan het parket enkele gezaghebbende bestuursrechtjuristen worden toegevoegd. Omdat het aantal zaken dat voor inhoudelijke behandeling in aanmerking komt gering is, telt het argument van het tijdsverloop gemoeid met een derde instantie niet of minder. Maar voor de procespartijen in zaken waarin verloff is verleend, kan de duur van de cassatieprocedure wel belastend zijn, net als in andere cassatieprocedures. Gestreefd moeten worden naar een arrest uiterlijk 12 maanden nadat verloff is verleend. Naast cassatieberoep met een verloffstelsel kan ook in de bestuursrechtspraak worden gewerkt met de mogelijkheid van cassatie in het belang der wet. Bij een kritische selectie zal het aantal zaken zeer beperkt kunnen blijven (maximaal 10 per jaar).

4 Tot slot

Hiervoor heb ik betoogd dat het er met de rechtseenheid in het bestuursrecht niet goed voorstaat. De overlegcultuur heeft er niet toe geleid, althans niet vanuit het perspectief van de rechtbanken, dat de noodzakelijke rechtseenheid tot stand is

³⁹ ‘Versterking van de cassatierechtspraak’, Rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad, Den Haag, februari 2008.

⁴⁰ Met gekwalificeerd doel ik niet op de huidige Haagse cassatiebalie, maar op elke advocaat die het cassatie-examen heeft gehaald en die de vereiste praktijkervaring heeft opgedaan.

gebracht. Per kolom bekeken is er geen aanleiding aan de alarmbel te trekken. Maar daar waar het de horizontale rechtseenheid binnen het bestuurs(proces) recht en met de overige rechtsgebieden betreft, valt er een wereld te winnen. Het is tijd voor een wettelijke rechtseenheidvoorziening, anders dan hoger beroep en cassatie in de belastingrechtspraak. Het ziet er naar uit dat het kabinet de Tweede Kamer gaat voorstellen om een grote kamer in te voeren, tezamen met de mogelijkheid conclusies te nemen in de hogerberoepsprocedure. Naar mijn inschatting is de voorgestelde grote kamer niet de voorziening die we nodig hebben om de gewenste rechtseenheid te bewerkstelligen. De parketfunctie kan wel een positieve bijdrage leveren aan de rechtsontwikkeling in het bestuurs(proces)recht. De variant waarbij ieder college een eigen lid kan aanwijzen een conclusie te nemen, is echter de meest magere uit het oogpunt van kruisbestuiving en rechtseenheid. De voorstanders van het tweekolommenmodel zullen vermoedelijk een voorkeur hebben voor het gezamenlijk parket ten behoeve van de drie hoogste bestuursrechtshouders. De voorstanders van het piramidemodel zullen willen koersen op het onderbrengen van algemeen bestuursrechtelijk georiënteerde advocaten-generaal bij het parket van de P-G bij de Hoge Raad. Dit keuzeprobleem wordt opgelost als cassatie wordt ingevoerd in de overige delen van het bestuursrecht. Dan zullen conclusies kunnen worden genomen in de cassatieberoepen waarvoor verlof is verleend, waarmee het niet meer nodig lijkt om conclusies te nemen in hoger beroepszaken. Hiervoor heb ik enkele hoofdlijnen geschetst van een mogelijk stelsel van cassatie in de bestuursrechtspraak. Op alle onderdelen is discussie mogelijk en wenselijk. Belangrijk is dat met een dergelijk stelsel wordt tegemoetgekomen aan een aantal bezwaren die in het verleden zijn geuit tegen cassatie in de bestuursrechtspraak. Bovendien kan dit stelsel worden ingevoerd ook als de hoogste bestuursrechtshouders hun huidige plek in het rechtsbestel blijven innemen. Voorop staat echter dat de Hoge Raad met een dergelijk stelsel in staat wordt gesteld bij te dragen aan rechtseenheid in het bestuurs(proces)recht en op genoemde grensgebieden. Dat is geen luxe, maar noodzaak.