

## Hoogleraar Tak blijft Afdeling bestuursrechtspraak bekritisieren 'Advocaten, verwacht niets van de bestuursrechter'

Anneke Groenewoud en Michel Knapen,  
redactielid, respectievelijk journalist

**Onverstoorbaar gaat prof. Twan Tak (Universiteit Maastricht) door met zijn onderzoek naar én kritiek op het Nederlandse bestuursprocesrecht. Ook in de nieuwe druk van zijn standaardwerk worden krasse kwalificaties niet geschuwd. Zijn advies aan advocaten: blijf zo veel mogelijk weg bij de bestuursrechter – maar voor hen die toch gaan, heeft hij nog wel een tip.**

Het stoort hem dat de wetenschap aan de eerste druk van zijn lijvige studie *Het Nederlands bestuursprocesrecht* zonder fundamentele reacties is voorbijgegaan. Daarvoor mag het volgens hem geen excuus zijn hij niet positief is – en dat is een understatement – over de wijze waarop bestuursrechters, en met name die van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de belangen van burgers beschermen. Die boodschap wordt overigens breed gedragen, want hoe vaak zeggen wetenschappers en advocaten niet: 'Ergens heeft Tak wel een punt.' Maar om dat op te schrijven in juridische commentaren, dat doen ze niet. Volgens Tak omdat ze niet durven: hoogleraren bestuursrecht willen nu eenmaal maar al te graag in 'het walhalla' komen – lees: staatsraad worden – en dan ga je je toekomstige nest niet vooraf bevuilen.

Dit alles was voor Tak geen belemmering om met een tweede druk te komen. Geheel herzien, geactualiseerd met de meest recente regelgeving en jurisprudentie, meer op de rechtspraktijk gericht. Bij iedere bestuursrechtadvocaat zou het op het bureau moeten staan.

### TOMBOLA VOOR ADVOCATEN

*Hoe komt het dat u de laatste jaren nog feller bent geworden over de praktijk van het bestuursprocesrecht?*  
'Mijn studie is voor een belangrijk gedeelte gebouwd op praktijkervaring. Helaas is de praktijk van het bestuursprocesrecht schokkend. Dat vraagt om wetenschapskritiek. Mijn leeropdracht is het staats- en bestuursrecht. Het staatsrecht is dus steeds mijn klankbord als ik schrijf over het bestuursrecht. Ik zoek daarin

de verklaring voor het falen van het bestuursrecht en het bestuursprocesrecht in ons land. De staatsmachten moeten in functies zo zuiver mogelijk blijven, maar dat gebeurt niet. Als een rechter het besluit vernietigt, stelt hij zich op als bestuurder. De behandeling van bezwaarschriften deugt ook niet, omdat bestuurders zich dan weer opstellen als rechters. Ook is over het besluitbegrip onvoldoende nagedacht. Een beslissing van de overheid werkt immers *erga omnes*: ook anderen zijn erbij betrokken wanneer een geschil voor de rechter wordt uitge-

*'Rechters kennen nog geen ton per jaar toe aan schadevergoedingen als gevolg van onrechtmatige overheidsbesluiten!'*

### ONGEREMD

Tak (1942), meer dan twintig jaar hoogleraar staats- en bestuursrecht te Maastricht en raadsheer in de Centrale Raad van Beroep, houdt er niet van om de hete brij heen te draaien. Zijn boek is dan wel een wetenschappelijk werk, maar waardevrij is het allerminst. 'Ik ben objectief', zegt hij zelf, 'maar de wetenschapsconceptie van de schrijver speelt er toch in door.' En die conceptie luidt, kort gezegd dat het in het recht om de burger moet gaan. Voor de rechtzoekende burger is er echter nauwelijks meer sprake van een daadwerkelijke rechtsbescherming tegen de overheid. En sinds zijn vorige druk is 'de situatie alleen maar verergerd'. Er is, in de woorden van Tak, een 'totalitaire staat' en een 'dictatuur van de gevestigde orde' ontstaan. Dat zijn kwalificaties waarmee je je niet geliefd maakt.

'Tak heeft ontzettend veel kennis van de jurisprudentie en de bestuursrechtelijke doctrine. Ook heeft hij originele en behartigenswaardige ideeën over het bestuursrecht', zegt mr. dr. Bert Marseille, universitair hoofddocent Rijksuniversiteit Groningen. 'Een probleem is echter dat hij in zijn presentatie vaak nogal ongeremd is. Daarmee dreigt hij het kind met het badwater weg te gooien en zich buiten de discussie te plaatsen. Zijn wel erg ongenueanceerde kritiek op de Afdeling bestuursrechtspraak doet afbreuk aan zijn andere ideeën.'

Vanuit de Radboud Universiteit Nijmegen kan een soortgelijke visie worden opgetekend. 'Tak redeneert vanuit z'n eigen paradigma', zegt prof. mr. Bruno van Ravels, hoogleraar Overheid en onderneming en advocaat bij AKD Prinsen Van Wijmen. 'Daaraan toetst hij het huidige wettelijke stelsel en de wijze waarop dat wordt uitgevoerd. Uitgaande van dit paradigma concludeert hij dat het anders moet. Vanuit wetenschappelijk oogpunt is die benadering, of je het er mee eens bent of niet, zeker verdedigbaar. Daaraan doet niet af dat het voor de dagelijkse praktijk niet altijd even relevant is. Het wettelijk stelsel deugt naar zijn mening fundamenteel niet. Dat lot deelt het wettelijk systeem met opvattingen die van de zijne afwijken en met de personen die deze verkondigen.'

foto's: Erik van der Burgt





JOOST BEVERSLUIS

*‘De rechter vindt dat de uitleg van een regel  
aan de overheid is, en dan verlies je als  
advocaat die een justitiabele bijstaat’*

vochten, ook al zijn ze geen partij. Het bestuursprocesrecht is daarom de laatste jaren puur formalistisch geworden.

Het algemeen belang, zoals dat wordt ervaren door de bestuurders zelf, staat boven de volkswil en de wet. Democratie voor bestuurders is dat het volk moet doen wat de overheid wil; voor mij is het nog steeds dat de overheid moet doen wat het volk wil. Om dat bloot te leggen is mijn toon harder geworden, zelfs bewust provocerend.’

*Vindt u in uw kruistocht tegen de Afdeling bestuursrechtspraak medestanders in de advocatuur?*

‘Ik krijg van advocaten veel reacties, omdat ze soortgelijke ervaringen hebben. Je hebt in een zaak gelijk, maar je zult het dus niet krijgen. Advocaten krijgen ook te maken met rechters met slappe knieën. Die rechters kennen nog geen ton per jaar toe aan schadevergoedingen als gevolg van onrechtmatige overheidsbesluiten. Nog geen ton, over heel Nederland! Nu de overheid zelf partij is in deze zaken, wordt een rem gezet op de toekenning van schadevergoedingen.’

*Waarom zijn rechters zo karig?*

‘Dat heeft te maken met hun levensbeschouwing. Bestuursrechters zien de overheid als een eerbiedwaardige instantie; niet zelden zelfs als een soort vertegenwoordiger van de Almachtige op deze aardkloot. De overheid maakt dus aanspraak op gezag en respect uit eigen oorsprong, en die overheid behoor je als burger niet te kapitelen. Daarom pakken bestuursrechters de overheden niet aan zoals ze burgers aanpakken.’

*De burger verliest het altijd bij de bestuursrechter?*

‘De burger wint ook wel eens, maar doorgaans alleen als hij inzet op formele aspecten, zoals bij termijnoverschrijdingen door de overheid. Of als de overheid loopt te traineren, dat wil de rechter wel eens afstraffen. Trouwens, als de burger pseudo-overheid speelt, bijvoorbeeld in procedures waar wordt verzocht om handhaving, dan heeft hij wél kans op inhoudelijk succes. Maar meestal zijn het pyrrusoverwinningen. Om die reden zijn er grote advocatenkantoren – ik noem geen namen – die geen bestuursrechtzaken meer doen als ze moeten optreden aan de kant van de justitiabele. Dat verliezen ze geheid, en dat is slecht voor hun reputatie.’

*Wat vindt u van de inbreng van advocaten in bestuursrechtzaken?*

‘Over het algemeen vind ik dat ze zich goed voorbereiden. Hun schriftuur is zeer verzorgd. Ze selecteren goed de toepasselijke regels en ook de feiten worden goed op een rij gezet. Vooral dat laatste doen ze als een detective en daarvoor heb ik veel respect. Advocaten voelen zich dan ook terecht geschoffeerd wanneer een rechter er niet naar kijkt. Juist deze advocaten haken op een gegeven moment af, want ze vinden het niet langer verantwoord tegenover hun cliënten.’

## Débredineren

Anderhalf jaar geleden was ik door omstandigheden drie keer in een paar maanden, mét het gezin, in het dorp Saint Menoux, departement Allier, Frankrijk. Naar het cliché wil, is de streek lieflijk en zijn de mensen er gastvrij en aardig. Dit laatste en anders dan een Haagse minister ooit wilde doen geloven, *ondanks* de vele Nederlanders die er wonen.

Saint Menoux heeft een oude kerk. De laatste trip wilden wij niet afsluiten zonder deze te bezoeken. *Il ne manque rien à notre culture*. Een bijzondere stenen bouwsel in de kerk bevatte wat resten van Saint Menoux, volgens een destijds bekend patroon uit Ierland overgekomen voor kerstening op het continent, daarom vermoord en daarom weer heilig verklaard. In één zijkant van het bouwsel zat een groot gat. Een folder over de kerk lichtte toe dat zwakken van geest daar hun hoofd in kunnen steken en dan, door tussenkomst van de heilige, weer helder worden. Het was een *débredinoire*. Een ‘ontgekker’, zouden wij zeggen.

Het viel op dat wij de enige bezoekers waren. Het geloof aan de werking van de ontgekker is breed noch diep daar in de Allier. Een paar weken eerder evenwel, tijdens een ‘5-minutengesprek’, noemde een leraar mijn dochter *meerdere keren* ‘zwak in wiskunde’. In het duister van de kerk, staande naast de ontgekker waar ik zelf niet aan wilde, bedacht ik dat mijn spruit mogelijk aan een vorm van *débrin* leed waar Saint Menoux raad mee zou weten. Gehoorzaam stak zij haar hoofd in het gat. Inderdaad ging het gemiddelde voor wiskunde het volgende kwartaal 0,5 punt omhoog. Het ding werkte! Koortsachtige visioenen kwamen in mij op.

Ook een kantooruitje was richting Saint Menoux. We bezochten de kerk, waaruit ik het foldermateriaal had laten verwijderen. Met een smoesje liet ik alle advocaten hun kop in het gat steken. Grote hilariteit. Niemand bevroedde mijn bedoelingen. Gedurende het jaar 2005 heb ik nauwgezet hun verrichtingen gevolgd. Wat bleek. Het percentage schikkingen in en buiten procedures steeg, met 5. Die vijf is kennelijk een soort kwantumgetal waarin wordt *gedébredineerd*. De omzet van het kantoor in het afgelopen jaar daalde evenwel scherp.

Welke conclusies zijn hier nu uit te trekken? In overeenstemming met wat veelal wordt gedacht – eigenlijk voortdurend wordt gedacht op het departement – hebben advocaten iets zwakzinnigs. Nieuw zal zijn – voor het publiek in het algemeen én voor de minister – dat advocaten via *débredinage* met succes ontgekt kunnen worden. Een reisje naar Saint Menoux volstaat. Evenwel is duidelijk dat de kantoren nooit vrijwillig zullen meewerken aan het ontgekken van de *fee-earners*; op mij hoeft in elk geval niet te worden gerekend. En als voorwaarde voor inschrijving bij de Raad voor Rechtsbijstand lijkt mij het *débredineren* wat ver gaan en misschien zelfs in strijd met het EVRM.

Andere groepen of personen, bij wie omzet niet of minder speelt, of die alleen zwak in wiskunde zijn, kan ik een bezoek aan de kerk van Saint Menoux alleen maar aanbevelen. En hoe komt het nu dat ik wéér aan het departement van Justitie en zijn aanvoerder moet denken?



*Hoe komt het dat deze advocaten toch steeds hun zaak verliezen?*

‘Advocaten denken te kunnen winnen op basis van feiten en op die feiten toepasselijke normen. Ze onderbouwen hun standpunt met in hun ogen relevante uitspraken over die normen. Maar ze schatten niet in dat de bestuursrechter een andere maatstaf hanteert, namelijk de uitleg die het bestuursorgaan in de zaak aan die normen geeft. Daarmee worden uitspraken voor hen een tombola. De rechter vindt dat de uitleg van een regel aan de overheid is, en dat is natuurlijk dodelijk in het bestuursrecht. En dan verlies je als advocaat die een justitiabele bijstaat. Dat advocaten zich goed voorbereiden maakt dus eigenlijk voor het succes in een zaak niet veel uit.’

*Wat moet je als advocaat wel doen om te winnen?*

‘Allereerst proberen inhoudelijke in plaats van formele uitspraken te krijgen. Dat is niet eenvoudig, omdat niet het eigenlijke besluit maar de beslissing op bezwaar onderwerp is van rechterlijke vernietiging. Ik zou advocaten daarom willen adviseren om standaard een prorogatieverzoek in te dienen. Onder bepaalde voorwaarden is het immers mogelijk om met wederzijds goedvinden rechtstreeks beroep in te stellen bij de rechtbank en dus de bezwaarschriftenprocedure buiten toepassing te laten, zie art. 7:1a en art. 8:54a Awb. Door zo’n prorogatie bereik je in elk geval dat je een rechterlijk oordeel over het primaire besluit krijgt en voorkom je dat in de procedure alleen de beslissing op bezwaar ter discussie staat en je aan het einde van de rit nog met lege handen staat.

Een beter advies is: voorkom dat je bij de bestuursrechter terecht komt. Blijf daar in godsnaam weg, er valt doorgaans niks te halen. Het is vele malen voordeliger om het geschil met een arbiter op te lossen. Arbiters hanteren andere maatstaven en ze geven een inhoudelijke

**A.Q.C. Tak, *Het Nederlands bestuursprocesrecht in theorie en praktijk*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers. ISBN 90 5850 134 5, 1400 pagina’s, € 85. Advocaten kunnen, onder vermelding van ‘interview Tak Advocatenblad’ het boek met 10 procent korting bestellen (013 – 5821366, www.wolfpublishers.nl).**

## *‘Dat advocaten zich goed voorbereiden maakt dus voor het succes in een zaak niet veel uit’*

lijke beoordeling van het geschil. De overheid heeft voor deze vorm van buitengerechtelijke geschillenbeslechting echter geen interesse, en maakt er dan ook nauwelijks werk van.’

*Arbitrage is niet altijd mogelijk. Wat dan, als we uw advies om de bestuursrechter te vermijden serieus moeten nemen?*

‘Naast arbitrage en mediation bij geschillen kun je ook denken aan gentlemen’s agreements en publiek-private samenwerkingen bij buitengerechtelijke contacten in plaats van eenzijdige overheidsbeslissingen. Maak dus als private partij vooraf afspraken met het bestuursorgaan. Worden die niet nageleefd, dan kun je het op contractbreuk gooien, waarover de civiele rechter zich zal buigen. Wel moet een advocaat goede kennis hebben van het bestuursprocesrecht en steeds waken voor formele valkuilen en formele rechtskracht, maar indien enigszins mogelijk moet je bij de bestuursrechter proberen weg te blijven.’

*Welke rol spelen de rechtsbijstandverzekeraars in dit geheel?*

‘Ze spelen een zeer dominante, zo niet beslissende rol in het proces van bestuursrechtelijke procedures. Het is een illusie dat een justitiabele zelf nog in staat is zijn bestuursrechtelijke procedure te voeren. De burger kan niet meer zonder rechtsbijstandverzekering. Met een advocaat verhoog je absoluut je winstkansen. Een advocaat heb je gewoon nodig, hij kan je door de ingewikkelde bestuursrechtprocedures leiden.

Advocaten zouden ook met rechtsbijstandverzekeraars moeten onderhandelen en bedingen dat ze al mogen optreden voordat een besluit door de overheid is genomen en voordat het geschil dus echt ontstaat: anders is het al verloren voordat het besluit wordt genomen, als gevolg van de fuiken. Zo kunnen problemen zonder lang slepende en kostbare bestuursrechtprocedures worden voorkomen of buitengerechtelijk opgelost door advocaten. Uiteindelijk zijn de rechtsbijstandverzekeraars daar goedkoper mee uit.

Ook met schadeverzekeraars van overheden zou de Orde eens moeten onderhandelen. Overheden zouden geen beroep op hun aansprakelijkheidsverzekering moeten kunnen doen als zij niet vooraf hebben getracht met die burgers via mediation of arbitrage tot een vergelijk te komen.’

*Is er nog toekomst voor het bestuursprocesrecht?*

‘Toch wel. Ik denk dat advocaten GCN/Nieuwegein<sup>1</sup> en Van Gog/Nederweert<sup>2</sup> meer moeten uitbuiten. In GCN/Nieuwegein II heeft de Hoge Raad geoordeeld dat contracten van de overheid, zelfs publiekrechtelijke, gewoon aan de civielrechtelijke criteria moeten worden getoetst, en dat nakoming kan worden gevorderd, zonder dat het (beweerde) algemeen belang een vrijbrief vormt. In Van Gog/Nederweert heeft de Hoge Raad geoordeeld dat bij schadeacties tegen een overheidsorgaan na een wegens strijd met de wet of beginselen van behoorlijk bestuur vernietigd besluit, de onrechtmatigheid en de schuld van dat orgaan daarbij in beginsel zijn gegeven. De burgerlijke rechter oordeelt dus nog alleen over de overige vereisten voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, dus causaliteit, relativiteit en omvang van de schade. Ik weet wel dat de criteria voor onrechtmatigheid en toerekenbaarheid in het bestuursrecht en het privaatrecht fundamenteel verschillen, maar toch is de benadering van de Hoge Raad niet onjuist. Er blijven wel kenmerkende verschillen. Zo is bij overheidsbesluiten, die vanuit hun aard erga omnes gelden, de relativiteit, naar mijn stellige overtuiging gegeven met de belanghebbendheid en dus geen aparte toetsingsnorm.’

### NOTEN

- 1 HR 23 juni 1989, NJ 1991, 673, AB 1989, 551.
- 2 HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112, AB 1992, 290.

Vrijdag 3 maart organiseert de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden een studiebijeenkomst rond het wetenschappelijk oeuvre van prof. mr. A.Q.C. Tak, waaronder het handboek *Het Nederlands bestuursprocesrecht in theorie en praktijk*. Informatie: y.e.schuurmans law.leidenuniv.nl