

# Awb en gemeentebestuur

J.W.M. Engels\*

## I Inleiding

De Algemene wet bestuursrecht (Awb) heeft tot doel het overheidsoptreden te binden aan zo eenduidig en herkenbaar mogelijke rechtsregels en burgers optimale rechtsbescherming tegen overheidshandelen te bieden. Daarmee levert deze wet een belangrijke bijdrage aan de rechtsstatelijkheid van het openbaar bestuur. Onze rechtsstaat gaat immers uit van een evenwichtige en naar hoogste maatstaven van publiekrecht vormgegeven verhouding tussen overheid en burgers. De Awb vervult daarmee een belangrijke functie voor de kwaliteit van het openbaar bestuur. Noties van rechtmatigheid als een zorgvuldige voorbereiding, gemotiveerde besluiten en een onpartijdige rechtsbescherming dragen bij aan het maatschappelijk vertrouwen in de overheid.

Het merendeel van het door de Awb bestreken bestuurlijke optreden geschiedt onder verantwoordelijkheid van gemeentebesturen. Juist op het niveau van het lokaal bestuur, dat als 'eerste overheid' het dichtst bij de burger staat, manifesteert zich het spanningsveld met andere kwaliteitsaspecten van bestuurlijk optreden: de slagvaardigheid van besluitvorming en de inhoudelijke kwaliteit van kerntaken van handhaving, zorg en dienstverlening. Hier bevinden wij ons in de wereld van de politiek-bestuurlijke dynamiek en van de democratische processen. In die context gelden andere regels en heerst een andere cultuur.

Mijn bijdrage over de Awb vanuit gemeentelijk perspectief wil ik toespitsen op de al vanaf de invoering van deze wet bespeurbare spanning tussen het belang van slagvaardigheid van bestuur en het belang van een goede rechtsbescherming voor de burger. Op dit snijvlak van bestuur en recht kan van bestuurders en juristen over en weer veel en heftige kritiek worden opgetekend. De Awb neemt in die kritiek een belangrijke plaats in. Nu kan men binnen dit thema een veelheid aan aspecten en ontwikkelingen onderscheiden. In deze bijdrage beperk ik mij tot twee kwesties. In de eerste plaats maak ik enkele opmerkingen over de verhouding tussen de Gemeentewet en de Awb. Vervolgens besteed ik aandacht aan problemen van slagvaardigheid in bestuurlijke besluitvorming en juridische geschilbeslechting. Om de invalshoek van het lokaal bestuur herkenbaar en zichtbaar te maken hanteer

---

\* Prof. mr. J.W.M. Engels is bijzonder hoogleraar gemeenterecht/gemeentekunde (Thorbeckeleerstoel) aan de Universiteit Leiden, tevens werkzaam bij de vakgroep staatsrecht van de Rijksuniversiteit Groningen en lid van de Eerste Kamer (D66). Eerder was hij lid van het Ambtenarenrecht, rechter-plaatsvervanger bij de sector bestuursrecht van de rechtbanken Groningen en Assen, gemeenteraadslid, wethouder, locoburgemeester en lid van provinciale staten.

ik in veel gevallen de term gemeentebestuur als equivalent van de bestuursrechtelijke begrippen bestuur of bestuursorgaan.

## 2 Gemeentewet en Awb (1): de verhouding

Gemeenten hebben historisch en staatsrechtelijk een eigen plaats in onze constitutie. Met rijk en provincies vormen zij binnen onze gedecentraliseerde eenheidsstaat de bestuurlijke hoofdstructuur. Als enige openbare lichamen beschikken zij over taken van algemeen bestuur, voeren zij integraal beleid, en kennen zij bovendien – en in samenhang daarmee – een direct gekozen volksvertegenwoordiging als bepalend onderdeel van hun bestuurlijke inrichting.

Met de Provinciewet behoort de Gemeentewet tot de zogeheten organieke wetten, die de inrichting, taken, bevoegdheden en interne verhoudingen van in de Grondwet genoemde openbare lichamen nader regelen. Daarmee behoort de Gemeentewet tot de categorie algemene wetten, waarvan ook de Awb deel uitmaakt. Algemene wetten zijn wetten met een materieel richtinggevende positie ten opzichte van specifieke wetten. Op grond van het ongeschreven recht wordt al geruime tijd een rechtsplicht voor de bijzondere wetgever aangenomen de in algemene wetten neergelegde systematiek te respecteren.<sup>1</sup> Sinds 1994 is dit ongeschreven beginsel in de Gemeentewet vastgelegd. Artikel 115 bepaalt dat een bijzondere wet, waarbij van gemeentebesturen regeling of bestuur wordt gevorderd, of waarbij in betekende mate wijziging wordt gebracht in taken en bevoegdheden van gemeentebesturen, in beginsel niet mag afwijken van de Gemeentewet. Slechts wanneer een afwijking van de Gemeentewet ‘bijzonder’ aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbare belang, kan gemotiveerd een uitzondering op deze regeling worden gemaakt. Hoewel in beginsel bij *lex specialis* van algemene wetten kan worden afgeweken, heeft de organieke wetgever *in casu* uitdrukkelijk vastgelegd dat de bijzondere wetgever slechts in uiterste noodzaak en op geëxpliciteerde gronden afwijkt van het wettelijke kader van de Gemeentewet. Deze bijzondere status van de Gemeentewet is echter problematisch in de relatie met andere algemene wetten, zoals de ook uit 1994 stammende Awb. Van oorsprong veelal uit het gemeenterecht afkomstige figuren als goedkeuring en vernietiging, toezicht, delegatie en mandaat, bestuursdwang en de bestuurlijke boete hebben in de Awb niet zelden een wat andere betekenis gekregen. Met de door de Awb geïntroduceerde systematisering en vereenvoudiging van rechtsbegrippen zijn als gevolg daarvan hier en daar enige complicaties ontstaan.<sup>2</sup> Bijvoorbeeld omdat in het kader van de subsidieverlening de begrotingsgrondslag is losgelaten en met de daarmee verbonden individuele aanspraak van een burger een beperking van het budgetrecht van de raad moet worden geaccepteerd. Bijvoorbeeld omdat het besluitbegrip van de Awb beperkter van betekenis is dan bepaalde

1 A.H.M. Dölle en D.J. Elzinga, m.m.v. J.W.M. Engels, Handboek van het Nederlandse gemeenterecht, Deventer 2004, p. 41, 167.

2 W. Konijnenbelt, preadvies bij rapport RBB, Advies over organieke wetgeving (1987); E. Brederveld, De Gemeentewet als structuurwet en de Awb, Gemeentestem 1998, nr. 7078, p. 344-345; C.A.J.M. Kortmann, Wie van de drie: de algemene wet, de algemene wet of de bijzondere wet?, Preadvies VAR-reeks nr. 124.

besluitfiguren in de Gemeentewet (zoals de niet-schriftelijke op enig rechtsgevolg gerichte beslissing als bedoeld in art. 268, of besluiten van algemene strekking als bedoeld in art. 139). En bijvoorbeeld omdat het begrip delegatie in de zin van de Awb geen betrekking lijkt te hebben op het gemeentewettelijke begrip 'uitvoering' of het door de raad bij verordening opdragen van taken aan het college. Is hier nu sprake van een ernstig probleem?

De Awb is formeel gezien niet een organieke wet in de hiervoor aangeduide, strikte zin van het woord. Maar ook de Awb kent een wettelijke grondslag (art. 107 Grondwet). In die zin kan de Awb, net als de Gemeentewet, wel degelijk ook als een structuurwet worden aangemerkt. Met deze term pleegt te worden aangeduid dat de richtinggevende elementen in een algemene wet in beginsel een bepalende betekenis hebben voor andere wetgeving.<sup>3</sup> Maar wat betekent dat voor de verhouding tussen Gemeentewet en Awb, die beide structurerende elementen van institutionele en begripsmatige aard bevatten? Voor het bepalen van een rangorde tussen Gemeentewet en Awb zijn in het staatsrecht geen aanknopingspunten te vinden. Het ligt niet voor de hand voor de Gemeentewet een uitzonderingspositie te veronderstellen ten aanzien van het bereik van de Awb. Men kan immers moeilijk volhouden dat in het geval van elkaar overlappende regelingen de gemeentewettelijke voorschriften als specifieke wet voorrang hebben op de bepalingen van de Awb als *lex generalis*. Ook in de praktijk lijkt deze problematiek overigens geen overwegende invloed te hebben op de werking van het gemeentebestuur. Ik wil dat illustreren aan de hand van twee voorbeelden.

### **3 Gemeentewet en Awb (2): twee voorbeelden van bevruchting**

De openbaarheid van het gemeentebestuur is een belangrijke Thorbeckeaanse pijler onder het gemeentebestuur. Niet voor niets is de openbaarheid van raadsvergaderingen grondwettelijk vastgelegd (art. 125 lid 3 GW). In bepaalde gevallen kan het niettemin geboden zijn binnen het gemeentebestuur zaken vertrouwelijk, in beslotenheid of onder geheimhouding te behandelen. Met belangrijke privaatrechtelijke contracten, afspraken over ontslagregelingen, benoemingen, aanbestedingen of financiële transacties kunnen belangen gemoeid zijn die objectief gezien geschaad kunnen worden door openbaarheid.

Artikel 10 van de Wet openbaarheid van bestuur noemt de belangen die het opleggen van geheimhouding rechtvaardigen. De Gemeentewet verwijst daar expliciet naar in artikel 25.<sup>4</sup> Als de raad, als hoofd van het gemeentebestuur, een geheimhoudingsplicht oplegt, dan wel een door het college, de burgemeester of een commissie voorlopig opgelegde geheimhoudingsplicht bekrachtigt, kan schending daarvan tot strafvervolgning leiden wegens overtreding van artikel 272 Wetboek van Strafrecht, waarin schending van een ambtsgeheim als een misdrijf wordt

3 E. Brederveld, *Gemeenterecht* (serie monografieën staats- en bestuursrecht), Deventer: Kluwer 1998, p. 111.

4 Indien op grond van een gemeentewettelijke regel geheimhouding wordt opgelegd, is in het geval het om stukken gaat de Wob niet van toepassing

aangemerkt.<sup>5</sup> Geheimhouding kan niet achteraf worden opgelegd en geldt voor een ieder die in de vergadering aanwezig is en van de stukken en het daaromtrent behandelde kennis draagt, dan wel in verband daarmee eerder als vertrouwelijk aangemerkte stukken heeft ontvangen.

Het gaat mij hier nu uitsluitend om het punt dat individuele ambtsdragers een door een orgaan opgelegde geheimhoudingsplicht niet zelf mogen doorbreken.<sup>6</sup> Helaas komt het voor dat een raadslid meent dat bepaalde gevoelige informatie toch openbaar behoort te zijn en – zonder eerst een besluit van de raad uit te lokken dan wel de bestuursrechter in te schakelen – daarnaar handelt. Een schending van de geheimhoudingsplicht wordt in dat geval gerechtvaardigd op grond van een eigen, individuele opvatting over de aanvaardbaarheid van de opgelegde geheimhouding. De rechter heeft in voorkomende gevallen echter helder aangegeven dat gemeentebestuurders of betrokken ambtenaren de in artikel 10 Wob genoemde belangen niet mogen afwegen tegen eigen interpretaties van het belang van openbaarheid.<sup>7</sup> Naar het oordeel van de rechter kunnen de termen ‘vertrouwelijk’ en ‘geheim’ als identieke begrippen worden beschouwd. De rechter accepteert ook niet het verweer dat met betrekking tot als ‘vertrouwelijk’ aangemerkte stukken pas een wettelijke geheimhoudingsplicht geldt nadat geheimhouding expliciet in een besloten vergadering is opgelegd c.q. bekrachtigd.<sup>8</sup> Raadsleden met geheel eigenstandige opvattingen over democratie, openbaarheid of het algemeen belang kunnen met andere woorden daarop niet met succes een beroep doen.

Hoe valt deze uitleg van de rechter te verklaren? Niet zonder meer door te verwijzen naar de ontwrichtende werking van het bewust ‘lekken’ van vertrouwelijke informatie.<sup>9</sup> Met dit type politiek-bestuurlijke overwegingen kan de rechter niet uit de voeten. Veeleer lijkt hier artikel 2:5 Awb van invloed te zijn. In deze meer algemene bepaling is verwoord dat een ieder die betrokken is bij de uitvoering van de taak van een bestuursorgaan geheimhouding dient te betrachten ten aanzien van gegevens waarvan het vertrouwelijke karakter kan worden gekend dan wel redelijkerwijs vermoed. Nu spreekt het artikel overigens over situaties waarin niet reeds andere wetten een dergelijke geheimhoudingsplicht mogelijk maken. Maar aan de zorgplicht voor het openbaar bestuur die uit dit voorschrift kan worden gedistilleerd om zorgvuldig met informatie om te gaan kan naar mijn smaak zonder veel bezwaren een algemene werking worden toegekend. In die zin is dat vergelijkbaar met de betekenis van artikel 2:4 Awb, dat ervan uitgaat dat bestuursorganen

---

5 Overigens kunnen gemeentebestuurders en anderen die aan de beraadslaging in de raad deelnemen op grond van de immunitetsregeling van art. 22 Gemeentewet niet strafrechtelijk worden vervolgd of civielrechtelijk worden aangesproken over wat zij in de raad hebben gezegd, ook als dat de geheimhouding doorbreekt.

6 Ik laat de meer algemene problematiek m.b.t. de relatie tussen Gemeentewet en Wob in het algemeen hier verder buiten beschouwing. Zie daarover: E.J. Daalder, Toegang tot overheidsinformatie, diss. Leiden, Den Haag, 2005, p. 44-47; en S.A.J. Munneke, Inlichtingenplichten en verschoningsgronden, diss. Groningen, 2006, p. 258-270.

7 Rb. 's-Hertogenbosch, 5 maart 2002, *Gemeentestem* 2002, nr. 7166, 9; en HR 17 mei 2005, *Gemeentestem* 2006, nr. 7244, 13.

8 Hof Amsterdam, 6 juni 2003, 23-002961-01.

9 Ontwrichtend niet in het minst omdat in de praktijk in het bijzonder zogeheten ‘tegenpartijen’ in het lokaal bestuur het lekken bewust als politieke strategie gebruiken en bij elke vorm van juridische disciplinerende in de slachtofferrol duiken.

– en daarmee bestuurders – hun taken zonder vooringenomenheid vervullen. Bestuursorganen moeten ervoor waken dat tot hun orgaan behorende of daarvoor werkzame functionarissen die een persoonlijk belang hebben bij een besluit, de besluitvorming beïnvloeden. Het gaat hier om de zuiverheid van handelen die van personen binnen het openbaar bestuur mag worden gevraagd.

Deze laatste bepaling heeft overigens ook betekenis voor de uitleg van de in artikel 15 Gemeentewet bedoelde verboden handelingen voor gemeentebestuurders en de in datzelfde artikel bedoelde gedragscode die de integriteit van gemeentebestuurders normeert. Met name bij de interpretatie van de term belangenverstrengeling is mede onder invloed van artikel 2:4 Awb dit begrip inmiddels uitgebreid tot ‘schijn van belangenverstrengeling’. In de bekende ‘Winsum-uitspraak’<sup>10</sup> heeft de rechter duidelijk gemaakt dat van het in artikel 2:4 Awb gehanteerde begrip ‘vooringenomenheid’ reeds sprake is als de schijn van belangenverstrengeling wordt of is gewekt.

Deze ontwikkeling wordt overigens niet in alle opzichten gewaardeerd. Er zijn geluiden als zouden wethouders en zeker raadsleden per definitie juist vooringenomen behoren te handelen omdat zij hun werkzaamheden nu eenmaal vanuit een partijpolitieke voorkeur uitoefenen.<sup>11</sup> Mij lijkt echter dat hier sprake is van een misverstand. Artikel 2:4 Awb mag oorspronkelijk zijn geschreven met het oog op ambtelijke functionarissen, de betekenis van de termen (schijn van) belangenverstrengeling moet worden gezien in het licht van staatsrechtelijke en politieke zuiverheid. En deze zuiverheid kan wat mij betreft op een lijn worden gesteld met normen van integriteit in de Gemeentewet en lokale gedragscodes. Men kan hier zelfs, als niet al te dogmatisch wordt geredeneerd, van een beginsel van behoorlijk bestuur spreken.

Bovendien is er een wezenlijk onderscheid tussen juridisch-bestuurlijke partijdigheid en politieke partijdigheid. De juridisch-bestuurlijke onafhankelijkheid van raadsleden en het daarmee verbonden beginsel dat elke schijn van belangenverstrengeling uit een oogpunt van politieke en bestuurlijke zuiverheid behoort te worden voorkomen, heeft betrekking op onacceptabele, immers de betrouwbaarheid van overheidsorganen rakende vermenging van persoonlijke en algemene belangen. Dit aspect van het handelen als raadslid moet goed worden onderscheiden van de meer algemene, voor de burgers herkenbare en zichtbare politieke vooringenomenheid die terug te voeren is op de uiteenlopende partijpolitieke voorkeuren van raadsleden.

Ter afsluiting van dit onderdeel van mijn bijdrage zou ik willen vaststellen dat de in de Gemeentewet en de Awb opgenomen rechtsregels veelal goed naast elkaar kunnen bestaan en dat als gevolg daarvan de betekenis van deze normen door wederzijdse bevruchting juist kan worden verduidelijkt en aanscherpt. Voor de kwaliteit van het lokaal bestuur en meer in het bijzonder voor een vermindering van de kwetsbaarheid van publieke functionarissen lijkt mij dat winst.

10 ABRvS, 7 augustus 2002, *Gemeentestem* 2002, nr. 7173, 2.

11 Bijv. D.J. Elzinga in de *Gemeentestem* 2008, nr. 7295, en in *Binnenlands Bestuur* 6 juni 2008.

#### 4 Problemen van slagvaardigheid (1): vertraagd bestuur

Ik kom nu op het tweede thema van mijn bijdrage: de traagheid van bestuur en van de rechtsbescherming. Eerst het vraagstuk van het vertraagde bestuur.

Een belangrijke functie van de Awb is zoals gezegd het bevorderen van de kwaliteit van het gemeentebestuur. Uiteraard is de inhoud van een besluit zeer bepalend voor het oordeel over de kwaliteit daarvan. De kracht van de motivering, de uitvoerbaarheid en de handhaafbaarheid van besluiten bijvoorbeeld vormen in dat perspectief bepalende criteria. Het gaat mij hier primair om de procedurele kwaliteit van de besluitvorming. Besluiten behoren, uiteraard binnen de grenzen van het recht en met inachtneming van het democratische proces, slagvaardig te worden genomen. Burgers, bedrijven en instellingen willen in het algemeen niet te lang in onzekerheid verkeren en hebben in het merendeel van de gevallen belang bij een zo snel mogelijke beslissing. Meer in het algemeen is slagvaardigheid van bestuur een belangrijke factor voor kostenbeheersing, economisch rendement en het maatschappelijk imago van het gemeentebestuur. Het vertrouwen in bestuursorganen en bestuurders is weliswaar een niet altijd grijpbaar fenomeen, maar de samenhang met beelden over het probleemoplossend vermogen van het lokaal bestuur is evident.

De commissie-Elverding heeft deze problematiek nog niet zo lang geleden nader geanalyseerd.<sup>12</sup> De grote bestuurlijke drukte (mijns inziens op te vatten als de inderdaad vergaande bestuursdichtheid binnen onze publieke besluitvorming) en onvoldoende budgettaire ruimte, het ontbreken van een brede en diepgaande verkenning en instabiele plansituaties dragen bij aan een stagnerende uitvoering van projecten. De commissie meent vervolgens dat een vereenvoudiging van de regelgeving en een verhoging van de processuele en inhoudelijke kwaliteit van de besluitvorming alleen niet zullen bijdragen aan een versnelling van beslissingen en de uitvoering daarvan. Investerings in maatschappelijk draagvlak zijn minstens zo belangrijk.

Nu bevat de Awb op verschillende plaatsen besluitvormingstermijnen met als doel bestuursorganen te bewegen tijdig een besluit te nemen. Deze op zichzelf genomen geenszins onredelijke termijnen worden echter regelmatig overschreden. Vanuit de praktijk van het gemeentebestuur kan daarvoor een aantal oorzaken worden aangewezen. Het begint met het structureel niet aanwezig zijn van adequate bestuurlijke en/of ambtelijke kwaliteiten binnen het gemeentebestuur. In het algemeen kan het in dit verband gaan om gebreken in de ambtelijke deskundigheid, langs elkaar heen werkende of zelfs met elkaar concurrerende ambtelijke afdelingen en adviseurs, een overdreven aantal overlegstructuren, verzet genererende vormen van interactiviteit in de voorbereidende fase, of vastzittende en daarmee de besluitvorming belemmerende politieke tegenstellingen. Deze vormen van politieke en bestuurlijk onvermogen leveren (in politiek-bestuurlijk jargon) leer- en verbeterpunten waarmee gemeentebesturen met voldoende zelfreflectie en zelfcorrectie flinke slagen kunnen maken. Een scherpere politieke prioriteitstelling,

---

<sup>12</sup> Sneller en Beter, Advies Commissie Versnelling Besluitvorming Infrastructurele Projecten, april 2008.

een strakkere bestuurlijke aansturing, een effectievere en efficiëntere inrichting van het ambtelijk functioneren, en intelligente en creatieve vormen van interactiviteit kunnen de daadkracht in beslisprocessen aanmerkelijk verhogen.

De Raad van State heeft er onlangs<sup>13</sup> nog weer eens terecht op gewezen dat voorzover wetgeving zelf een probleem oplevert voor een vlotte aanvang en uitvoering van projecten, dit vooral veroorzaakt wordt door een verkokerde besluitvorming en het naast elkaar bestaan van verschillende toestemmingsstelsels. Veel wetten kennen eigen vormen van bevoegd gezag, indieningsvereisten, inspraakprocedures, beoordelingscriteria, afhandelingstermijnen, legesheffing en bezwaar- en beroepsprocedures. De mogelijkheden om via een aanpassing van wetgeving tot een vereenvoudiging en versnelling van besluiten en uitvoering te komen zijn echter beperkt.<sup>14</sup>

Meer in het bijzonder kan in dit verband worden vastgesteld dat een deel van de beleving van ontbrekende bestuurlijke voortvarendheid te maken heeft met de eisen die de Awb stelt aan het gemeentelijk besluitvormingsproces. De formele eisen van de voorbereidingsprocedure, de verscheidenheid van betrokken belangen en de langzamerhand vele en in cumulatief opzicht verstrekkende inhoudelijke normen en beginselen van rechtmatigheid en behoorlijk bestuur vormen voor gemeenten niet zelden een ingewikkeld regelcomplex. De kleine en minder bestuurskrachtige gemeenten hebben moeite daar zonder externe, en daarmee kostenverhogende en vertragende hulp in alle opzichten aan te kunnen voldoen. Grote en bestuurskrachtige gemeenten, die veelal beschikken over systemen van juridische control en bestuurlijke kwaliteitszorg, vertonen neigingen tot risicomijdend, en daarmee de slagvaardigheid belemmerend gedrag.<sup>15</sup> Hier doemt met andere woorden het beeld op van de rechtmatigheid als vijand van doelmatigheid.

## 5 Problemen van slagvaardigheid (2): vertragende rechtsbescherming

Slagvaardigheidsproblemen doen zich in de tweede plaats voor als uitvloeiing van de rechtsbescherming van belanghebbenden. De in de Awb in dit kader voorgeschreven termijnen hebben als functie burgers, bedrijven en instellingen in staat te stellen goed onderbouwde zienswijzen en bezwaren bij het betrokken bestuursorgaan in te dienen, en zo nodig een gefundeerd beroep in te stellen bij de rechter. Ook de rechtsbescherming heeft echter geen eenduidig imago. Aan de ene kant staan zij die rechtsbescherming zien als een hoognodige, maar nog onvoldoende gewaarborgde bescherming van op voorhand in een nadelige positie verkerende individuele burgers tegen almachtige bestuursorganen, die vaak partijdige en foute beslissingen nemen.<sup>16</sup> Zij passen in een traditie van bepaalde juristen die de Awb, als ik het goed zie, nadrukkelijk duiden als een materieel constitutionele

13 Advies bij het voorstel Crisis- en herstelwet, Kamerstukken 2009-2010, 32 127, nr. 4, p. 8.

14 Met de dit jaar ingevoerde Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) bijvoorbeeld is niettemin een belangrijke stap gezet in de opheffing van juridische belemmeringen om slagvaardiger te kunnen besluiten.

15 Over risicomijdend gedrag, zie nader: D.J. Elzinga, Steeds meer bange bestuurders, Binnenvlands Bestuur, 27 november 2009, p. 34.

16 Bijvoorbeeld L.J.A. Damen, Juridische kwaliteit: de burger centraal, in: M. Herweijer e.a. (red.), Alles in één keer goed, Deventer, 2005, p. 13. e.v.

wet die ten aanzien van de verhouding tussen burger en bestuur het primaat expliciet bij de burger legt, althans behoort te leggen. Zij achten de rechter onontbeerlijk als bewaker van de juridische kwaliteit van het overheidshandelen. Aan de andere kant zien wij hen die bezorgd zijn over te veel en te vergaande rechterlijke interventies in politiek-bestuurlijke processen.<sup>17</sup> Als gevolg van de oprukkende juridificering van het overheidsoptreden vrezen zij een uitholling van het politieke primaat en van de bestuurlijke verantwoordelijkheden. Beducht zijn zij ook voor daarmee gepaard gaande verschijnselen als bureaucratisering, formalisering en juridisering. De rechter dreigt daarnaast door de verstrekkendheid van de rechtmatigheidscriteria en de indringendheid van de toetsing van het bestuurshandelen alsnog op de stoel van het bestuur terecht te komen. Bovendien biedt de overdaad aan niet zelden gestapelde rechtsbeschermingsvoorzieningen assertieve en calculerende burgers de mogelijkheid om te procederen met als doel de vertraging en de ontregeling van voorgenomen besluiten. Dit 'Nimby-gedrag' veroorzaakt extra uitvoeringskosten. Het op individuele leest geschoeide rechtsbeschermingsstelsel kan op macroniveau door overbelasting uiteindelijk zelfs vastlopen.<sup>18</sup> Is deze beleving van het bestuursrecht als hindermacht voor krachtdadig en probleemoplossend overheidsoptreden terecht? Binnen het openbaar bestuur bestaat zoals gezegd bij velen de indruk dat de juridificering van bestuur en beleid te ver is voortgeschreden en dat de marges voor slagvaardig en effectief beleid zijn afgenomen. Gevolgen zijn risicomidend gedrag en een verminderd vermogen voorstellen op politieke en maatschappelijke inhoud, dat wil zeggen door overtuiging geaccepteerd te krijgen.

Op zichzelf genomen vormen rechtsbeschermingsprocedures als zodanig zeker een belangrijke verdragingsfactor in de afronding van bestuursbesluiten. Termijnoverschrijdingen komen met andere woorden niet automatisch en eenzijdig voor rekening en risico van het lokaal bestuur. Dat maakt voor een deel de klachten vanuit gemeentebesturen over een bestuursrechtelijke overregulering en stroperigheid begrijpelijk. Niet geheel ten onrechte vraagt men aandacht voor het aantal beslismomenten en de uitvoeringslasten van voorbereidingsprocedures.

Aan de andere kant lijken gemeentebesturen op hun beurt nog onvoldoende gebruik te maken van preventieve mogelijkheden tot beperking van geschillen. Meer investeren in juridische kwaliteitszorg is nog geen gemeengoed. Ook het leren van bewaar- en beroepsprocedures is nog niet overal doorgedrongen. Maar vooral uit het verhogen van de kwaliteit van de bestuurlijke besluitvorming kan nog veel rendement worden gehaald. Een burgergerichte attitude en vooral het serieus nemen van de inbreng van belanghebbenden en andere geïnteresseerden in daadwerkelijk interactieve voorbereidingsprocessen kan veel onvrede op voorhand wegnemen. Het in bepaalde politieke kringen voorkomende wegzetten van (georganiseerde) moderne en mondige burgers als calculerende querulanten is te gemakkelijk en lijkt overigens tamelijk contraproductief als men de vaart in de besluitvorming wil houden. Ook de in bezwaarprocedures voorkomende herhaling van zetten, bij-

17 J.A. van Kemenade en C.N.J. Verstedden, Bestuur in geding (rapport van de werkgroep terugdringing van de juridisering van het openbaar bestuur), Haarlem, 1997.

18 Zie ook: B. Schueler, Het zand in de machine: over de noodzaak tot beperking van de rechtsbescherming, UvA (oratie), 2003.



voorbeeld door een gebrek aan creativiteit, onvoldoende bemiddelende vaardigheden of zelfs uit prestigeoverwegingen draagt niet wezenlijk bij aan de beëindiging van een geschil.

## 6 Een verschuivende verhouding tussen rechtmatigheid en doelmatigheid?

Het bestuurs(proces)recht is, ondanks de beoogde vereenvoudigingen in systematiek en procedures in kwantitatieve zin verder uitgebreid. Het is niet eenvoudig om kritiek uit te oefenen op de intenties van deze regelgroei. Over het streven naar een beter bestuur en een optimale rechtsbescherming is vrijwel iedereen het immers wel eens. Intussen lijkt er sprake van een ontwikkeling waarin de rechter terughoudender wordt in de toepassing van het arsenaal aan rechtmatigheidscriteria. Hij trekt zich wat meer terug op een formele beoordeling van het beroep en vertoont uit een oogpunt van proceseconomie steeds minder de neiging niet alles wat eerder aan de orde is geweest over te willen doen.<sup>19</sup> Argumenten en bewijzen die niet in de bezwaarfase naar voren zijn gebracht neemt hij niet meer automatisch en volledig mee in zijn beoordeling. Materiële normen zoals het gelijkheidsbeginsel toetst hij in toenemende mate afstandelijker.

Men moet zich hierbij wel realiseren dat een op formele gronden vernietigd besluit opnieuw, en in dat geval met dezelfde inhoud zal worden genomen. Dat pleit voor een actieve bestuursrechter die zich richt op een minder marginale beoordeling van materiële normen van gelijkheid, zorgvuldigheid en rechtszekerheid. In dat verband blijkt de rechter meer gebruik te maken van de in artikel 8:72 lid 3 Awb geboden mogelijkheid rechtsgevolgen van vernietigde besluiten in stand te laten.<sup>20</sup> Ook van de mogelijkheid zelf in de zaak te voorzien (art 8:72 lid 4 Awb) wordt inmiddels meer gebruikgemaakt.<sup>21</sup> Overigens lijkt de rechter ook hier niet al te inhoudelijk van deze bevoegdheden gebruik te maken en vooral ambtshalve uitspraken over procedurele kwesties te doen.<sup>22</sup> Hier ligt dus nog wel enige ruimte voor een actievere opstelling.

De ontwikkeling naar een actievere bestuursrechter<sup>23</sup> duidt er naar mijn mening op dat de bestuursrechter naast zijn primair rechtsbeschermende taak het belang van de voortgang van bestuurlijke processen nadrukkelijker in zijn afweging en oordeel lijkt te betrekken. Dat zou in wezen betekenen dat de rechter het aspect van de doelmatigheid nadrukkelijker een plaats geeft binnen de rechtmatigheidstoetsing. Men moet zich daarbij dan wel realiseren dat doelmatigheid hier niet als

19 M. Herweijer, P.O. de Jong en J. de Ridder, *Oordelen over effecten van bestuursrecht*, Groningen/Den Haag, 2005, p. 71-73.

20 Bijv. ABRvS 10 december 2008, 200802431/1.

21 Bijv. ABRvS 11 februari 2009, 200803828/1.

22 A.T. Marseille en R.R. van der Heide, *De onderbenutting van de mogelijkheden tot finale beslechting door de bestuursrechter*, *JB plus*, 2008, p. 78 e.v.

23 Recentelijk hierover o.a.: B.J. Schueler e.a., *Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2007; A.C. Rop, *Definitieve geschilbeslechting: over schijnbewegingen en de grenzen van de rechterlijke verantwoordelijkheid* (Preadvis Jongs VAR), Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2008.

aanduiding voor een politiek-bestuurlijke beleidsafweging wordt gehanteerd. Dat zou de rechter buiten de grenzen van zijn legitimatie trekken.

In dit verband moet doelmatigheid als een rechtsbeginsel worden aangemerkt.<sup>24</sup> Uit de klassieke notie *government for the people*, dat men met Scheltema<sup>25</sup> het beginsel van de dienende overheid zou kunnen noemen, kan men een rechtsstatelijke eis afleiden dat bestuursorganen en bestuurders hun werkzaamheden doelmatig en doeltreffend behoren in te richten en uit te voeren. Dat is geen exclusief belang van het openbaar bestuur, maar een publiek-maatschappelijk belang en daarmee mijns inziens een opeisbaar recht van de burgers, bedrijven en instellingen. Om de gedachten op dit punt iets nader te bepalen kan men voor een invulling van doelmatigheid als beginsel van behoorlijk bestuur bijvoorbeeld denken aan de plicht om bij een gesignaleerd probleem passende oplossing(en) uit te werken. Dat wil zeggen een integraal, consistent, uitvoerbaar en handhaafbaar voorstel, juridisch en financieel deugdelijk onderbouwd, en steunend op voldoende politiek en maatschappelijk draagvlak.

Door doelmatigheid van bestuur als een rechtsbeginsel c.q. beginsel van behoorlijk bestuur aan te merken en uit dien hoofde onder te brengen bij de rechtmatigheids-catalogus kan meer evenwicht worden aangebracht in de rechterlijke toetsing van bestuurlijk handelen. Minstens zo belangrijk is dat politiek-bestuurlijke doelmatigheid voor (gemeente)besturen meer expliciet als rechtsnorm gaat gelden. On-doelmatig handelen is dan niet alleen een politiek-bestuurlijk probleem, maar als gevolg van de kwalificatie van onrechtmatigheid tevens een juridisch probleem.

Deze benadering werpt uiteraard een bepaald licht op de verhouding tussen rechtmatigheid en doelmatigheid. Zo lang de rechter zelf de grenzen tussen rechtsoordelen en politiek-bestuurlijke, inhoudelijke beleidsoordelen scherp bewaakt – en daartoe blijkt de rechter naar mijn mening zeer wel in staat – kan een meer ‘doelmatige’ rechtmatigheidstoets in termen van slagvaardigheid winst opleveren voor zowel het bestuurlijk handelen als voor de geschilbeslechting, en daarmee uiteindelijk voor de samenleving als geheel.

## 7 Aanpassingen door de wetgever

De wetgever heeft recentelijk een aantal aanpassingen van de Awb gepleegd, die zich richten op de tijdigheid van bestuurlijke besluiten. In de eerste plaats de op 1 oktober 2009 in werking getreden Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen.<sup>26</sup> Indien gemeentebesturen niet tijdig beslissen op een aanvraag kan door belanghebbenden van hen een dwangsom worden geëist. Tegelijkertijd heeft de wetgever wel een aantal wettelijke beslistermijnen verlengd. Artikel 4:15 Awb biedt gemeentebesturen thans de mogelijkheid de termijn voor een beslissing op een

24 Deze benadering komen wij (met dank aan collega A.H.M. Dölle) bijvoorbeeld tegen bij F. Bydlnsky, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wenen/New York, 1982, p. 297 e.v. Naast de gerechtigheid en de rechtszekerheid als centrale elementen van de rechtsidee noemt Bydlnsky uitdrukkelijk de doelmatigheid ('das Zweck im Recht').

25 M. Scheltema, *De rechtsstaat*, in: J.W.M. Engels e.a., *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle, 1989, p. 20/21.

26 Kamerstuk 2005-2006, 29 934.

aanvraag op te schorten. De artikelen 7:10 en 7:13 maken het mogelijk de termijnen voor het beslissen op bezwaarschriften te verlengen. Per 1 oktober 2009 is ook een wijziging van de Awb in werking getreden die het mogelijk maakt bij de rechter op te komen tegen het uitblijven van een besluit. Als laatste in deze reeks noem ik de Wet bestuurlijke lus,<sup>27</sup> die een effectievere bestuursrechtspraak beoogt. In een tussenuitspraak kan de bestuursrechter (gemeente)besturen de mogelijkheid bieden vastgestelde gebreken in besluiten tussentijds te herstellen.

De onlangs in werking getreden Crisis- en herstelwet bevat voor een aantal concreet omschreven projecten aangepaste, eveneens op het boeken van tijdwinst gerichte regels van besluitvorming en rechtsbescherming. Voor een deel lopen deze vooruit op het wetsvoorstel Aanpassing bestuursprocesrecht. Vanuit de bestuursrechtwetenschap worden daar door sommigen vraagtekens bij geplaatst, omdat men de Crisiswet vooral beschouwt als een bruggenhoofd dat de geesten rijp moet maken voor de Aanpassingswet. Mij lijkt dat het uit een oogpunt van wetgevingskwaliteit een voordeel kan zijn ervaringen te hebben opgedaan met deze nieuwe figuren.

Een eerste maatregel is dat decentrale rechtspersonen, en daarmee ook gemeentebesturen, niet meer als derde-belanghebbenden mogen opkomen tegen rijksbesluiten. Dit is een op zichzelf genomen vergaande inperking van de lokale beleidsruimte. Dat deze beperking van het beroepsrecht van decentrale overheden naar het oordeel van de Raad van State niet zo goed past binnen het stelsel van het binnenlands bestuur is een op zichzelf genomen fundamenteel, maar – helaas voor het debat – niet nader toegelicht bezwaar.<sup>28</sup> Ik vermoed dat de Raad bedoeld te zeggen dat het ontnemen van dit recht aan de decentrale overheden inbreuk maakt op een in beginsel aanvaarde gelijkwaardigheid van rijk, provincies en gemeenten alsmede overheden. Ik zou echter menen dat de invulling en bewaking van deze gelijkwaardigheid van bestuurslagen<sup>29</sup> een verantwoordelijkheid van deze lichamen zelf is. Zij beschikken daartoe over de gedecentraliseerde eenheidsstaat vorm gevende constitutionele en wettelijke normen. De aard van de zich op dit punt voordoende geschillen leent zich bovendien minder voor rechterlijke interventies. In het licht van onze bestuurlijke organisatie zou ik met andere woorden juist menen dat overheidslichamen en politieke organen elkaar niet voor de rechter moeten slepen.

Dat het effect van deze ingreep niet moet worden overschat omdat andere belanghebbenden onverminderd in bezwaar en beroep kunnen komen en omdat gemeentebesturen zich nog tot de burgerlijke rechter kunnen wenden is niet onjuist, maar moet wat mij betreft niet worden overtrokken. Ook maatschappelijk belanghebbenden ondervinden als gevolg van deze Crisiswet bepaalde inperkingen van hun beroepsrechten. Bovendien is het sterk de vraag of de burgerlijke rechter nu wel de meeste geëigende rechterlijke instantie is en ook bereid zal zijn zich al te ver op het al gauw beleidsinhoudelijk gekleurde gebied van bestuursgeschillen tussen over-

27 Kamerstuk 2006-2007, 31 352.

28 Kamerstuk 32 127, nr. 4, p. 9.

29 In de fraaie beschouwing in het tweede rapport van de Raad van State inzake de Code interbestuurlijke betrekkingen duidt de Raad terecht op het principe dat wij weliswaar een hiërarchie van normen kennen, maar geen hiërarchie van bestuurslagen.

heden te begeven. Meer in het algemeen rijst de vraag of het procesrecht nu wel zo geschikt is voor het beslechten van geschillen tussen overheden. Met deze bijzondere vorm van geschilbeslechting, waar de politiek-bestuurlijke dynamiek zich bovengemiddeld manifesteert, kan de rechter nauwelijks uit de voeten. De zeer terughoudende opstelling van de rechter in geschillen in het kader van procedures voor gemeentelijke herindelingen illustreert dit genoegzaam. Het beoordelen van ontslagbesluiten voor wethouders is door de wetgever wijselijk zelfs aan een rechterlijk oordeel onttrokken.<sup>30</sup>

Deze Crisiswet verruimt daarnaast de mogelijkheden voor de toepassing van artikel 6:22 Awb, op grond waarvan de rechter voorbij kan gaan aan gebreken in de besluitvorming. Dat kunnen formele gebreken, maar ook geringe materiële tekortkomingen zijn. De voorwaarde dat de eiser daardoor niet benadeeld mag worden geldt niet langer. Verder voert deze wet het *relativiteitscriterium* in, op grond waarvan burgers, bedrijven en instellingen niet langer een beroep mogen doen op wettelijke voorschriften die niet in hun belang zijn uitgevaardigd. Op grond daarvan mogen zij derhalve uitsluitend nog over hun eigen, directe belangen procederen.

Tot slot noem ik nog de zogeheten *lex silencio positivo*. Deze regeling betreft de figuur van de positieve fictieve beschikking. Als gevolg van de implementatie van de Europese Dienstenrichtlijn<sup>31</sup> is in de Awb een fatale beslistermijn voor het bestuur opgenomen, waarvan de overschrijding tot gevolg heeft dat de gevraagde beslissing van rechtswege is verleend.<sup>32</sup> Dit instrument bestond overigens al in het kader van aanvragen voor bouwvergunningen en is thans opgenomen in de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht.<sup>33</sup> Gemeenten en provincies kunnen tot uiterlijk 1 januari 2012 hun decentrale regelgeving hierop aanpassen.

Uit deze recente wetgeving blijkt dat het de overheid ernst is geworden de slagkracht van het bestuur te vergroten. Dat schept verplichtingen voor het openbaar bestuur, en niet in het minst voor het lokaal bestuur. Maar het heeft ook gevolgen voor de wijze van geschilbeslechting. De rechter zal als gevolg van de ingeperkte mogelijkheden om tegen overheidsbesluiten op te komen meer principiële vragen over de ontvankelijkheid van appellanten moeten beantwoorden.

## 8 Bestuurlijke kwaliteitsnormen of rechterlijke toetsingsnormen?

Vanuit het perspectief van het gemeentebestuur is het lang de vraag geweest of het bestuurs(proces)recht zich nu primair richt tot het openbaar bestuur (dat wil zeggen op bestuursorganen, bestuurders, ambtenaren en vooral ook sturende en controlerende raadsleden) en daarmee tot doel heeft de kwaliteit van het bestuurlijk handelen te verhogen, of dat het functionele perspectief toch vooral dat van de rechtsbescherming van de burger is en dat de bestuursrechtelijke normen zich primair tot de rechter richten. Zoals hiervoor aangegeven ben ik van opvatting dat de Awb vanaf het begin een functie heeft gehad voor de normering van zowel de publieke besluitvorming als de geschilbeslechting. Een van de belangwekkendste

30 Art. 49 en 50 Gemeentewet.

31 2006/123/EG.

32 Kamerstukken I, 2008-2009, 31 579, A.

33 Art. 3.9 lid 3 Wabo.

trends in dat verband lijkt mij dat de aanvankelijke primaire focus van de Awb op de rechtsbescherming aan het verschuiven is in de richting van het faciliteren van de overheid bij het slagvaardig nemen van rechtmatige besluiten. Vanuit de perspectieven van zowel recht, bestuur als samenleving lijkt mij dit een gelukkige ontwikkeling.

Het rechtsstatelijke gehalte van de overheid vraagt voor de geschilbeslechting tussen bestuur en burger om rechtsgangen met maximale waarborgen voor onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Niet alleen de rechtszekerheid vraagt in dat kader om een tijdige afwikkeling van gedingen. Ook het beginsel van doelmatigheid van bestuur duidt hierop. Deze als beginsel van behoorlijk bestuur aan te merken norm behoort voor de rechter een onderdeel te zijn van zijn rechtmatigheidstoetsing.

De politiek-bestuurlijke verantwoordelijkheid vraagt van gemeentebesturen het maken van afwegingen op grond van de hen toekomende en toegedeelde beleidsvrijheid. Door verantwoordelijkheid te nemen voor een effectieve en efficiënte besluitvorming draagt het lokaal bestuur in belangrijke mate bij aan vertrouwen en draagvlak in de samenleving. Een scherpere profilering van doelmatigheid van bestuur als rechtsnorm voor democratische processen kan in dit verband een belangrijke stimulans blijken voor een meer slagvaardig gemeentebestuur.

De maatschappelijke dynamiek vraagt dat burgers, bedrijven en instellingen binnen redelijke termijnen weten waar zij met een besluit van gemeentebesturen aan toe zijn. Dat is niet alleen een verantwoordelijkheid voor bestuurders en rechters. Als wij de verhouding tussen bestuur en burger als een wederkerige blijven zien, dan mogen de lokale gemeenschap en het lokaal bestuur vragen om burgerschap. Ik doel daarmee op een maatschappelijke attitude waarin burgers hun eigen verantwoordelijkheid meer nadrukkelijk plaats geven in publieke afwegingen en besluiten. Zowel de burger als het bestuur zijn uiteindelijk immers gediend met een slagvaardige besluitvorming, een tijdige geschilbeslechting en een onverminderd hoge kwaliteit en zorgvuldigheid van de rechtsbescherming.