

De Awb en de bijzondere delen van het bestuursrecht

B.J. Schueler*

I Inleiding

Aan de Awb ligt de gedachte ten grondslag dat het zin heeft om algemene regels van bestuursrecht in de wet vast te leggen. Die gedachte is ook verwoord in artikel 107 van de Grondwet: 'De wet stelt algemene regels van bestuursrecht vast.' Deze bepaling is in 1983 in de Grondwet opgenomen. De formulering maakt duidelijk dat de bepaling niet doelt op het gehele bestuursrecht, maar op algemeen geldende bepalingen die een ruimer toepassingsbereik hebben dan alleen een van de deelgebieden.

Het is ondenkbaar dat het gehele bestuursrecht met al zijn deelgebieden in één wetboek zou worden vastgelegd. Het is zelfs ondenkbaar dat de 'belangrijkste' regels van bestuursrecht bij elkaar in één wetboek worden neergelegd. Want wat in het ene deelgebied belangrijk is speelt in het andere deelgebied vaak geen enkele rol. In het sociale zekerheidsrecht, bijvoorbeeld, zijn de regels over het recht op en de omvang van een uitkering 'belangrijker' dan de regels over het horen van derde-belanghebbenden. Het eerste is niet in de Awb geregeld, het tweede wel. De Awb is er niet voor de belangrijkste maar voor de meest algemene regels van bestuursrecht.

In deze bijdrage staat de volgende vraag centraal: is er behoefte aan algemeen bestuursrecht naast de bijzondere delen en heeft de Awb in die behoefte voorzien?

Ter beantwoording van deze vraag zal ik eerst het belang van samenhang in het bestuursrecht bespreken (par. 2). Daaruit zal blijken dat die samenhang een aantal doelen dient: coherentie, toegankelijkheid en efficiëntie. In paragraaf 3 wordt uiteengezet dat de Awb bijdraagt aan het behoud en de versterking van de waarborgfunctie van het bestuursrecht. In paragraaf 4 wordt beschreven hoe de Awb een goede naleving van Europees en internationaal recht bevordert. De Awb draagt ook bij aan de rechtsontwikkeling en de verbetering van het bestuursrecht (par. 5). Dat alles neemt niet weg dat er ook tegenkrachten zijn die – vaak op goede gronden – naar meer differentiatie toe willen gaan (par. 6).

* Prof. mr. B.J. Schueler is hoogleraar bestuursrecht, in het bijzonder het omgevingsrecht, aan de Universiteit Utrecht.

2 Samenhang in het bestuursrecht

2.1 Het nut van samenhang in het bestuursrecht

In de toelichting bij artikel 107 van de Grondwet komt de overweging voor dat het om *rechtsgelijkheid* en *rechtszekerheid* gaat: 'Een zodanige wet zou de rechtsgelijkheid en rechtszekerheid dienen en in het algemeen een goede bestuurspraktijk bevorderen.'¹ En daar wordt aan toegevoegd: 'Juist nu de «*openheid*» van bestuur van velerlei zijde wordt bepleit zal deze grondwettelijke opdracht tot het vaststellen van algemene regels van bestuursrecht weerklink vinden.'

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel voor de Awb werd de nadruk gelegd op het gebrek aan *systematiek* en de onderlinge afstemming tussen de verschillende deelterreinen van het bestuursrecht, die in de loop van de twintigste eeuw in hoog tempo tot ontwikkeling waren gekomen. Daardoor was de bestuursrechtelijke wetgeving *onsamenhangend* en *onoverzichtelijk* geworden. Daardoor was het bestuursrecht niet *toegankelijk* genoeg, hetgeen nog werd verergerd doordat verschillende organen in de loop der tijd waren belast met rechtsbescherming en een eigen procesrecht. Doordat een hoogste rechter voor het gehele bestuursrecht ontbrak, was er onvoldoende *rechtseenheid*: verschillende rechters vormden uiteenlopende jurisprudentie en op veel punten was het zelfs niet bekend of de jurisprudentie van de verschillende rechters uiteenliep.

Tot zover gaat het om overwegingen die er op neerkomen dat er meer samenhang tussen de onderdelen van het bestuursrecht tot stand komt indien algemene regels van bestuursrecht in de wet worden vastgelegd. Die samenhang bevordert de toegankelijkheid (kenbaarheid), de rechtszekerheid en de rechtseenheid. In de visie die aan de Awb ten grondslag ligt betreft het hier voordelen voor de rechtstoepassers (bij bestuursorganen, in de rechtshulp en in het bedrijfsleven) en de rechtzoekenden.² Algemene regels besparen de wetgever en de rechter werk en tijd, omdat het minder vaak nodig is een zelfde onderwerpen op verschillende deelterreinen opnieuw te regelen.

Daarnaast komt men ook overwegingen tegen waarin het nut van algemene regels van bestuursrecht wordt gevonden in de mogelijkheden die zij bieden voor een goede rechtsontwikkeling. En bij 'goed' moet men dan volgens de memorie van toelichting bij de Awb vooral denken aan *efficiënt*. In de memorie van toelichting wordt benadrukt dat het samenbrengen van algemene wettelijke regels van bestuursrecht ertoe bijdraagt dat de jurisprudentie over die regels efficiënter tot stand kan komen doordat niet voor elke bijzondere wet afzonderlijk een interpretatie behoeft te worden gegeven. Hetzelfde geldt voor de rechtsgeleerde en de praktijkgerichte commentaren op die wetgeving en jurisprudentie. Ook hier gaat het om samenhang binnen het bestuursrecht en het nut daarvan, een efficiënte rechtsontwikkeling, komt ten goede aan de gehele samenleving.

In de hiernavolgende paragrafen 2.2 tot en met 2.4 zal ik nader ingaan op de genoemde voordelen die bij de totstandkoming van de Awb werden toegedicht aan

1 *Kamerstukken II 1977/78*, 15 046, nr. 3, p. 6.

2 *Kamerstukken II 1988/89*, 21 221, nr. 3, p. 5.

de samenhang die algemene regels in het bestuursrecht kunnen aanbrengen. Ik heb die voordelen enigszins gegroepeerd (coherent systeem, toegankelijkheid en efficiëntie).

2.2 Het bestuursrecht als coherent systeem

De coherentie van het recht als samenhangend systeem wordt bevorderd door een algemeen wetboek als de Awb.

Als een nieuwe bijzondere wet wordt opgesteld is de systematiek van het bestuursrechtelijke instrumentarium (zoals algemene regels, beschikkingen, handhaving) en de waarborgen (zoals zorgvuldige besluitvorming en rechtsbescherming) al bij voorbaat gegeven. Het wiel behoeft niet steeds opnieuw te worden uitgevonden. Daardoor is de kans op inconsistenties, die bij nieuwe wetgeving op deelterreinen bedoeld of onbedoeld kunnen optreden, kleiner.

Als in een bepaald geval twee of meer bijzondere wetten tegelijk van toepassing zijn, bijvoorbeeld de Wet ruimtelijke ordening en de natuurbeschermingswetgeving, is het mogelijk de besluitvorming op basis van die wetten te coördineren, dankzij het feit dat de verschillende wetten gebruikmaken van een aantal identieke basisbegrippen en bovendien op hoofdlijnen dezelfde systematiek van besluitvormingsprocedures en rechtsbescherming gebruiken. Als bijzondere wetten verschillende basisbegrippen en wezenlijk verschillend opgezette procedures zouden gebruiken, zou coördinatie van de besluitvorming veel moeilijker zijn. Men ziet dan ook dat in de wetgeving van deze mogelijkheden gebruik wordt gemaakt. De regeling voor de coördinatie van besluitvorming en rechtsbescherming in afdeling 2.5 Awb (samenhangende besluiten) heeft haar transparantie en begrijpelijkheid (en haar relatieve eenvoud) mede te danken aan het bestaan van een algemeen gebruikt begrippenapparaat en een algemeen gebruikte hoofdstructuur voor procedures van besluitvorming en rechtsbescherming.³

Desalniettemin komt complexiteit nog zeker voor als een gevolg van pogingen tot coördinatie en integratie. De Wabo is daarvan een voorbeeld. Maar daarbij moet worden bedacht dat deze wet, waarin een groot aantal vergunningstelsels is samengevoegd, nog veel ontoegankelijker zou zijn geweest als in de diverse vergunningstelsels niet al gebruik zou zijn gemaakt van de uniforme begrippen en de procedurele hoofdstructuur van de Awb.

2.3 Toegankelijkheid van het bestuursrecht

Scheltema ziet de toegankelijkheid van het bestuursrecht als 'een van de meest wezenlijke problemen van het bestuursrecht'. In de bijzondere delen kunnen de regels worden afgestemd op het beleid, de praktijk en de kenmerken van de betrekkingen tussen actoren op het desbetreffende terrein. Maar regels moeten wel toegankelijk zijn, aldus Scheltema. Algemene regels zijn beter toegankelijk 'omdat zij voor meer

³ A.B. Blomberg, 'Van ongecoördineerde coördinatie naar harmonisatie', *NTB* 2007, p. 344-354.

gevallen gelden, dus ook voor meer mensen uit verschillende deelgebieden van het recht gekend moeten worden'.⁴

In deze benadering komt naar voren dat algemene regels de toegankelijkheid van het bestuursrecht kunnen bevorderen. Maar zij doen dat mijns inziens niet om de enkele reden dat zij algemeen zijn. Een algemene regel kan het recht ook complexer en moeilijker kenbaar maken. Een algemene regel is vaak noodgedwongen vager en abstracter geformuleerd dan een bijzondere regel. Daardoor kan de interpretatie ervan met meer onzekerheid omgeven zijn. En de gelaagdheid, die ontstaat door de afzonderlijke plaatsing van algemene regels die doorwerken in de bijzondere delen, maakt het recht voor niet-ingewijden moeilijker te begrijpen. Voor wie bijvoorbeeld wil bouwen is het redeneren langs de route Woningwet–Wro–Wabo–Awb lastig. En dan laat ik de Crisis- en herstelwet, die op allerlei manieren ingrijpt in regelingen die men op die route tegenkomt, nog even buiten beschouwing. Het afleggen van zo'n route vereist juridische ervaring op de desbetreffende terreinen. Ook de niet-gespecialiseerde jurist zou wellicht beter af zijn met een wet waarin alles met betrekking tot bouwen expliciet met elkaar in verband wordt gebracht. Als er in een concreet geval ook nog de Wet milieubeheer, de Natuurbeschermingswet of de Waterwet bij komen, wordt het al snel te ingewikkeld.

De Awb wordt op zulke terreinen soms als een extra complicerende factor ervaren. Maar dan vergeet men dat het niet realistisch is om te verwachten dat zoveel verschillende beleidsterreinen en maatschappelijke vraagstukken in een wet zouden kunnen worden samengebracht. Niet voor niets is een recente poging daartoe, de Wabo, uitgelopen op een gedeeltelijke mislukking omdat men om begrijpelijke redenen niet verder kwam dan hoofdzakelijk procedurele coördinatie en het resultaat uiteindelijk minstens even gecompliceerd is als de oude situatie waarin verschillende bijzondere omgevingsrechtelijke wetten naast elkaar bestonden en naar elkaar verwezen. Een situatie waarin alle regels die op een bepaald geval van toepassing zijn bij elkaar in een wet te vinden zijn, is principieel onhaalbaar. Want er doen zich in de praktijk steeds gevallen voor die zich op verschillende deelreinen van het bestuursrecht bevinden, bijvoorbeeld projecten waarvoor omgevingsrechtelijke besluitvorming over milieu, natuur en water nodig is en waarbij bovendien ook subsidies en staatssteun een rol spelen. De Awb geeft houvast doordat zij uniforme basisbegrippen en procedures biedt. Zou die eenheid ontbreken, dan zou de betekenis van het bestuursrecht zelfs op dat basale niveau steeds opnieuw gezocht en geformuleerd moeten worden. Dat de Awb, ondanks de beperkingen die inherent zijn aan algemene regels in een gelaagd systeem, toch de toegankelijkheid van het bestuursrecht bevordert komt mijns inziens vooral doordat zij het principiële kader van begrippen, procedures en enkele beginselen biedt. Een interessante opzet voor een meer omvattend bestuursrechtelijk wetboek is door De Haan in 2002 geschetst. Daarin komen bijvoorbeeld ook de hoofdstukken planning, financiering en uitvoering voor. In dat laatste zouden bijvoorbeeld ook

4 M. Scheltema, 'De Awb en het bijzondere bestuursrecht', in: M. Lurks e.a. (red.), *De grootste gemene deler, opstellen aangeboden aan prof. mr. Th.G. Drupsteen*, Deventer: Kluwer 2002, p. 19-27.

vergunningen en overeenkomsten een plaats krijgen.⁵ Maar ook zo'n wetboek zou niet ontsnappen aan de complicerende effecten van een gelaagd systeem.

Er zullen deelterreinen blijven, ook al wordt er op allerlei manieren naar coördinatie en integratie gestreefd. Zelfs binnen grote deelterreinen zullen er verdelingen moeten blijven bestaan om het geheel van het deelgebied begrijpelijk te houden. Ruimtelijke ordening, milieukwaliteitseisen en bouwvoorschriften hebben wel iets met elkaar te maken, maar moeten ook uit elkaar worden gehouden. Ze kunnen in theorie nog wel in een wet worden geregeld (teneinde de gebruiker de zekerheid te bieden dat hij geen wet over het hoofd ziet). Maar dan zal zo'n wet toch uit verschillende delen bestaan die in hoge mate een op zichzelf staand systeem vormen. Het is niet mogelijk om tot een alomvattend systeem te komen zonder het omgevingsrecht ingewikkelder te maken in plaats van eenvoudiger. Een ander voorbeeld is het sociale zekerheidsrecht. Het ligt niet voor de hand dat er een soort uitkering of voorziening tot stand komt die voorziet in zekerheid voor alle inkomensrisico's waarop de sociale zekerheid betrekking heeft.

De Awb geeft dus houvast aan de jurist die tot een bestuursrechtelijk probleem wil doordringen. Dat heeft voordelen als nieuwe deelterreinen tot ontwikkeling komen. Een voorbeeld daarvan was de snelle opkomst van het telecommunicatierecht eind jaren negentig en de eerste jaren van het nieuwe millennium. Hoewel er bij de beoefenaren van het telecommunicatierecht niet alleen enthousiasme te bespeuren was over de toepasselijkheid van de Awb, heeft deze plaatsing in het bestuursrecht er wel degelijk toe bijgedragen dat de juridische problemen bij de toepassing van de nieuwe wetgeving snel in een bestaand kader konden worden belicht en met gebruikmaking van bestaande bestuursrechtelijke rechtsfiguren konden worden opgelost. De Awb kanaliseert de ontwikkeling van nieuwe rechtsgebieden. Daarmee is niet gezegd dat de Awb voor de problemen in het (destijds) nieuwe telecommunicatierecht steeds de optimale oplossing bood, maar zonder algemeen bestuursrechtelijk kader zou de rechtsonzekerheid groter zijn geweest en zouden oplossingen langer op zich hebben laten wachten.⁶ Dan had bijvoorbeeld het begrippenapparaat (art. 1:1, 1:2 en 1:3 Awb) van de grond af aan opgebouwd moeten worden en hadden vragen over bijvoorbeeld de omvang van de rechterlijke toetsing (art. 8:69 Awb), de procedurele gevolgen van nieuwe besluiten hangende beroep (art. 6:18-20 Awb) of het niet tijdig beslissen (art. 6:2 Awb) allemaal vanuit het niets of met behulp van lacuneuze wettelijke regelingen beantwoord moeten worden.⁷

5 P. de Haan, 'Coördinatie en harmonisatie binnen het bijzonder bestuursrecht, dan wel binnen de Awb', in: M. Lurks e.a. (red.), *De grootste gemene deler, opstellen aangeboden aan prof. mr. Th.G. Drupsteen*, Deventer: Kluwer 2002, p. 3-18.

6 A.T. Ottow, *Telecommunicatietoezicht, De invloed van het Europese en Nederlandse bestuursrecht (proces recht)*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006. Kritischer over de toepasselijkheid van de Awb was haar VAR-preadvies in *Toezicht op markten*, VAR-reeks 130, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

7 J.E.M. Polak, *Interventie in de VAR-vergadering over het in de vorige noot genoemde preadvies van Ottow*, VAR-reeks 131, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 55-56. Ook: J.E.M. Polak en W. den Ouden, 'Harmonisatie van bestuursrecht. De verschuivende horizon van het algemeen bestuursrecht en het subsidierecht in Nederland', *Preadvies voor de vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Deventer: Kluwer 2004, p. 21-24.

De Awb geeft houvast, althans voor wie het kader kent en begrijpt. Als ik zijn in het begin van deze subparagraaf geciteerde woorden goed begrijp, zegt Scheltema ook dat algemene regels toegankelijk *behoren* te zijn omdat zij door een brede groep moeten kunnen worden gekend en toegepast. De wetgever moet ze zo vaststellen dat al die mensen er mee kunnen werken. Die opdracht aan de wetgever lijkt mij juist.

Daarom moet de Awb zo worden ingevuld dat zij de relatie tussen de algemene regels en de bijzondere delen van het bestuursrecht niet te ingewikkeld maakt. In 1994 was die relatie nog redelijk eenvoudig. De Awb introduceerde een uniform begrippenkader (besluit, bestuursorgaan, belanghebbende) en een aantal uniforme procedures (voorbereidingsprocedures, bezwaar en beroep). Bij de derde en de vierde tranche zijn daar onderwerpen aan toegevoegd die de relatie tussen de Awb en de bijzondere rechtsgebieden compliceren. Daarbij kan men denken aan de regeling van de subsidies. Den Ouden heeft beschreven hoe de gelaagdheid die daardoor in de regulering van subsidies is ontstaan de rechtszekerheid voor subsidieverleners en -ontvangers bedreigt.⁸ Kortmann heeft (onder meer) kritiek op de complicaties van de Awb in relatie tot andere algemene wetten, zoals de Grondwet, de Gemeentewet en de Provinciewet. Hij wijst bijvoorbeeld op de gebrekkige aansluiting van de regeling van delegatie en mandaat in de Awb op de systematiek van en de praktijk onder die andere wetten.⁹

Ik denk ook aan de regeling van de bestuurlijke geldschulden. Om de consequenties daarvan te bepalen moet men niet alleen onderzoeken of deze regeling van de Awb van toepassing is op het bijzondere deel van het bestuursrecht waar men zich bevindt (sociale zekerheid, belastingrecht, subsidies, schadevergoeding, tegemoetkomingen). Men moet ook onderzoeken in hoeverre het burgerlijk recht daarbij nog (gedeeltelijk) op het geval van toepassing is. Zo kan een geschil over schadevergoeding zo in elkaar zitten dat uit het burgerlijk recht (al dan niet analoog) de aansprakelijkheid moet worden afgeleid, vervolgens bij bestuursrechtelijk zuiver schadebesluit een geldschuld wordt geschapen, waarop de regeling van de Awb van toepassing is. Het is dan bijvoorbeeld mogelijk dat uit het burgerlijk recht een verplichting tot vergoeding van wettelijke rente moet worden afgeleid over de periode van verzuim naar civielrecht en uit de Awb over de periode vanaf het einde van de aan het bestuursrechtelijke zuiver schadebesluit gekoppelde betalingsplicht.¹⁰

8 W. den Ouden, 'Ieder voor zich en de Awb voor ons allen? Over de verhouding tussen algemeen en bijzonder subsidierecht' in: M. Lurks e.a. (red.), *De grootste gemene deler, opstellen aangeboden aan prof. mr. Th.G. Drupsteen*, Deventer: Kluwer 2002, p. 213-222 en J.E.M. Polak en W. den Ouden, 'Harmonisatie van bestuursrecht. De verschuivende horizon van het algemeen bestuursrecht en het subsidierecht in Nederland', *Preadvies voor de vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Deventer: Kluwer 2004 (i.h.b. de hoofdstukken 2 en 4).

9 C.A.J.M. Kortmann, 'Wie van de drie: de algemene wet, de algemene wet of de bijzondere wet?', in: C.A.J.M. Kortmann, B.P. Vermeulen, P.J.J. Zoontjens, *De Awb en de bijzondere wetgeving*, VAR-preadviezen 2000, VAR-reeks 124, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 7-43, (i.h.b. p. 39). Besproken door S.E. Zijlstra, *De verhouding tussen de Awb en de bijzondere wet*, NTB 2000, p. 94-98. Ook H.Ph.J.A.M. Hennekens, 'De Algemene wet bestuursrecht en de Gemeentewet', in M. Lurks e.a. (red.), *De grootste gemene deler, opstellen aangeboden aan prof. mr. Th.G. Drupsteen*, Deventer: Kluwer 2002, p. 181-190.

10 Meer daarover in B.J. Schueler, 'Geldschulden tussen publiekrecht en privaatrecht', O&A 2005, p. 2-9.

Hier ontaardt het gelaagde systeem in complicaties. Er zijn op zich goede systematische redenen aangevoerd voor de regeling van bestuurlijke geldschulden in de Awb. De memorie van toelichting bij de Vierde tranche geeft daarover een principiële uiteenzetting, die er (te) kort gezegd op neerkomt dat het bestuursrecht het vermogensrecht moet regelen waar dat afwijkt van het burgerlijk recht. Maar een van de oorspronkelijke hoofddoelen van de Awb, de toegankelijkheid van het bestuursrecht te verbeteren, verdwijnt bij de geldschulden achter het toneel.

2.4 Efficiëntie bij de rechtstoepassing

Algemeen bestuursrecht is strikt genomen niet noodzakelijk, want de onderwerpen die erin geregeld worden, kunnen ook per bijzondere wet geregeld worden. Dat zou wellicht als voordeel hebben dat alle wettelijke regels voor dat deelterrein bij elkaar te vinden zijn. Dat lijkt op het eerste gezicht misschien efficiënter dan een gelaagd systeem van algemene regels en bijzondere regels.¹¹

Bovendien bestaat het gevaar dat bij de rechtstoepassing veel aandacht uitgaat naar algemene bestuursrechtelijke vraagstukken, terwijl het belang van het bestuursrecht uiteindelijk moet worden waargemaakt door middel van een juiste rechtstoepassing in de bijzondere delen. Daar komt immers de materiële belangenbehartiging volledig tot ontplooiing.¹²

Maar algemene regels hebben, naast nadelen, ook voordelen boven bijzondere regels. Bijzondere regels staan wel bij elkaar in een wet, maar de vragen die rijzen bij de toepassing ervan moeten voor elk rechtsgebied opnieuw beantwoord worden. Want het is niet vanzelfsprekend dat bijvoorbeeld vragen over beroepstermijnen, beslistermijnen, advisering en belangenafweging, wanneer die onderwerpen in afzonderlijke wetten zijn geregeld, steeds op dezelfde manier moeten worden beantwoord. Door de creatie van een algemene regel, die het niveau van de deelterreinen overstijgt, kunnen de vragen over de interpretatie en toepassing ervan efficiënter worden beantwoord in jurisprudentie, commentaren en literatuur.¹³ In de woorden van Scheltema: 'Bij een even grote maatschappelijke investering zal de kwaliteit van de rechtstoepassing bij een algemeen geldend deel van het recht groter zijn dan wanneer dat deel zou zijn opgesplitst over vele deelterreinen.'¹⁴

De Awb heeft vooral waar het gaat om centrale begrippen een grote stap gezet naar harmonisatie van het bestuursrecht. Heeft dat ook geleid tot een efficiënter bestuursrecht? Die vraag kan niet zonder gedegen empirisch onderzoek worden

11 C.A.J.M. Kortmann in het Verslag van de VAR vergadering 2000, VAR reeks 125, Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2000, p. 33-34. N. Verheij schreef naar aanleiding van opvattingen van Van Poelje dat zo'n argument berust op de 'oude en hardnekkige illusie dat je wetten kunt maken die burgers zelf kunnen lezen.' N. Verheij, A.M. Donner als oerbron van de Awb, *NTB* 2008, p. 131-133.

12 Th.G. Drupsteen, 'Naar een BW?, over codificatie in het bestuursrecht', openingscollege Leiden, 1991.

13 J.E.M. Polak en W. den Ouden, 'Harmonisatie van bestuursrecht. De verschuivende horizon van het algemeen bestuursrecht en het subsidierecht in Nederland', *Preadvies voor de vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Deventer: Kluwer 2004, p. 18-19.

14 M. Scheltema, 'De Awb en het bijzondere bestuursrecht', in: M. Lurks e.a. (red.), *De grootste gemeene deler, opstellen aangeboden aan prof. mr. Th.G. Drupsteen*, Deventer: Kluwer 2002, p. 19-27.

beantwoord. De ontstane eenvormigheid van begrippen en procedures heeft voor- en nadelen uit een oogpunt van efficiëntie.

Een voorbeeld kan laten zien waarin de voordelen schuilen. Een burger schakelt een advocaat in om uit te zoeken of het zin heeft een juridische strijd te gaan voeren over een te nemen besluit, uit te leggen hoe de procedure dan verloopt en eventueel die procedure ook te gaan voeren. Dan zijn de kosten voor deze rechtzoekende lager als de advocaat niet voor elk bijzonder wettelijk systeemje per deelterrein hoeft te onderzoeken waartegen beroep openstaat, hoe de voorbereidingsprocedure in elkaar steekt, welke basale zorgvuldigheidsnormen gelden en hoe de bezwaar- en beroepsprocedure verloopt. De advocaat kan – voor zover het geschil valt binnen de termen van de algemene leerstukken – terugvallen op de algemene regeling en de daarover gevormde jurisprudentie. Voor bijzondere vragen (over milieu, sociale zekerheid of economisch toezicht) moet hij in het bijzondere terrein duiken. Maar het formele kader is alvast voor een groot deel gegeven. Daardoor lijkt de advocaat goedkoper dan wanneer er geen algemeen bestuursrechtelijk wetboek zou zijn.

De uit een oogpunt van efficiëntie nadelige effecten van een algemene regeling laten zich ook illustreren en wel aan de hand van hetzelfde voorbeeld. De advocaat kan weliswaar terugvallen op de algemene regeling en de algemene jurisprudentie, maar om dat goed te kunnen doen zou hij de jurisprudentie over de gehele breedte moeten bijhouden (of alsnog gaan bestuderen), ook al behandelt hij alleen zaken op een bepaald deelterrein. Dat is een kostbare bezigheid, te meer omdat wij in Nederland de deelterreinen ook nog eens hebben verdeeld over vier hoogste bestuursrechters. En als een advocaat – bijvoorbeeld in samenwerking met anderen – er al toe komt om al die jurisprudentie op een bruikbare manier te ontsluiten, dan stuit hij ook nog op verschillen en inconsistenties tussen bestuursrechters die uitspraken hebben gedaan op verschillende deelterreinen. Zo ontstaat een ingewikkeld samenstel van bijzondere regels (van het deelterrein), algemene regels (van de Awb) en jurisprudentie die deels wel en deels niet op het onderhanden deelterrein moet of kan worden toegepast. Nu lijkt de advocaat opeens weer een stuk duurder dan wanneer hij alleen te maken zou hebben met wettelijke regels op zijn eigen deelterrein en een daarop toegespitste jurisprudentie.

We moeten bedenken dat rechtshulpverleners die het gehele bestuursrecht tot hun praktijk rekenen, vrij zeldzaam zijn. Zelfs voor kantoren van enige omvang is het uiterst moeilijk om de kennis van het sociale zekerheidsrecht, ambtenarenrecht, ruimtelijke ordening, milieurecht, vreemdelingenrecht, belastingrecht, economisch publiekrecht *e tutti quanti* bijeen te houden. Voor juristen binnen de overheid geldt hetzelfde. Een jurist die werkzaam is in de ruimtelijke ordening, volgt de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep of het College van beroep voor het bedrijfsleven doorgaans maar zeer op afstand.

Gegeven deze verbrokkeling van de praktijk (positief aangeduid met de term specialisatie) kun je zeggen: goed dat er een Awb is want dan kunnen deze juristen zich beperken tot de algemeen bestuursrechtelijke aspecten van de ver-van-hun-bed-jurisprudentie op andere deelterreinen. Maar om een goede afweging van voor- en nadelen van een algemeen bestuursrecht te kunnen maken, moet je ook nagaan of het voor deze juristen niet veel gunstiger zou zijn als zij zich ieder voor zich kon-

den toeleggen op hun eigen terrein en jurisprudentie op andere terreinen aan zich voorbij zouden kunnen laten gaan.

Het hangt er verder vanaf of we de efficiëntie beoordelen voor een specialist op zijn eigen deelterrein of voor een generalist die een groot deel van het bestuursrecht moet overzien. De generalist heeft baat bij de uniformiteit van begrippen en procedures. Een voorbeeld van iemand uit die laatste groep is de bestuursrechter bij een rechtbank, want die wordt afwisselend geconfronteerd met verschillende (niet alle) deelterreinen. Een ander voorbeeld zijn de bezwaarschriftencommissies bij bestuursorganen en de ambtenaren die deze commissies ondersteunen. Ook komt men op juridische afdelingen van gemeenten wel generalisten tegen.

In de praktijk komt het er op neer dat er bijna niemand is die de ontwikkelingen op alle deelterreinen integraal bijhoudt en dat er een kleine groep van bestuursrechtelijke generalisten is die de algemene bestuursrechtelijke ontwikkelingen op alle deelterreinen overziet. De grote meerderheid van juristen die met de Awb werken heeft er nu eens profijt van, een andere keer last. Profijt heeft hij als hij zich snel moet inwerken op een nieuw deelterrein of als hij wordt geconfronteerd met wetswijzigingen. Last ondervindt hij als hij verkenningstochten moet uitvoeren buiten zijn eigen deelterrein om te zien of zich elders algemene bestuursrechtelijke ontwikkelingen hebben voorgedaan die voor hem van belang kunnen zijn.

Beoordeelt men de keuze tussen algemeen en bijzonder bestuursrecht vanuit het perspectief van de praktijkjurist, dan kan men niet zonder meer zeggen dat de Awb de efficiëntie bevordert. Het is waarschijnlijk dat het voordeel van efficiëntie groter is voor juristen die meer generalistisch te werk gaan, regelmatig met een nieuw deelterrein te maken hebben of regelmatig met wetswijzigingen op een bepaald deelterrein geconfronteerd worden. Die efficiëntie in het werk van de jurist werkt uiteraard door in een voordeel voor anderen, die afhankelijk zijn van het werk van deze juristen.

3 De waarborgfunctie van het algemeen bestuursrecht

De Awb bevat belangrijke waarborgen voor behoorlijk bestuur, vooral in de regeling van de voorbereiding van besluiten. En de Awb bevat waarborgen voor een goede rechtsbescherming. Deze waarborgen hebben een principiële karakter. Men kan zich afvragen waarom ik hier vrij uitgebreid stil sta bij de waarborgfunctie van de Awb. Daar is wel reden toe, want er zijn sterke politieke krachten die de normen voor besluitvorming en rechtsbescherming willen laten vieren. Vanuit de politiek en het bedrijfsleven wordt regelmatig aangedrongen op een beperking van de inspraak en de rechtsbescherming. De bestuursrechtspraak wordt vaak ervaren als een hindermacht die in de weg staat aan een doeltreffende en evenwichtige uitoefening van de publieke taak.¹⁵ De verleiding is daarom groot om bij de vormgeving van bijzondere wetten gaandeweg wat af te snoepen van de inspraak en rechtsbescherming. Het bestaan van de Awb maakt het opzij zetten van de waarborgen

15 Doorgaans wordt het rapport *Bestuur in geding* van de commissie-Van Kemenade (Haarlem 1997) als startpunt van deze tegenbeweging gezien. Recent: Friso de Zeeuw, Henk Puylaert, Henk Wiersma, *Doorbreek de impasse tussen milieu en gebiedsontwikkeling*, TU Delft 2009.

moeilijker dan het geval zou zijn wanneer de bijzondere wetgever de vormgeving van zijn eigen systeem geheel zelf in de hand zou hebben.

3.1 Waarborgen met betrekking tot bijzondere wetgeving

De bestuursrechtelijke waarborgen zijn bedoeld om burgers te beschermen tegen de overheid die veel macht bezit op basis van bijzondere wetten. De bevoegdheid om regels te stellen, uit te voeren en te handhaven wordt aan de overheid toegekend in de bijzondere wetten en een aantal algemene wetten (met name de Grondwet en de organieke wetten). De Awb zelf kent die bevoegdheden niet toe, maar regelt alleen bepaalde aspecten van de uitoefening van die bevoegdheden. Zij normeert die bevoegdheidsuitoefening en beperkt daardoor de macht die de overheid ontleent aan andere wetten.

De relatie tussen de Awb en andere wetten is daarom potentieel gespannen. Het gebruik van de bevoegdheden die de wetgever aan de overheid toekent wordt begrensd door de waarborgen die de Awb daartegenover stelt.

Vaak wordt de bijzondere wetgever daardoor geholpen, omdat hij er doorgaans niet op uit is bevoegdheden toe te kennen die verder gaan dan de waarborgen van het algemeen bestuursrecht toelaten. De bijzondere wetgever weet dan dat de uitoefening van de bevoegdheden die hij formuleert niet excessief kan zijn en zorgvuldig moet verlopen, omdat de waarborgen van de Awb in beginsel gelden indien er niet uitdrukkelijk van wordt afgeweken.

De bijzondere wetgever kan er wel van afwijken, maar in de motivering van die afwijking zal hij redenen moeten geven. Deze waarborg is in zekere zin zwak omdat er geen instantie is die de bijzondere wetgever corrigeert als hij zonder goede motivering afwijkt van de waarborgen die de Awb biedt. Maar dat maakt de waarborgen niet meteen waardeloos. Doordat zij zijn samengebracht in een toegankelijke algemene wet, kan in het wetgevingsproces duidelijk zichtbaar worden in hoeverre de bijzondere wetgever de waarborgen respecteert of niet.

De bijzondere wetgever heeft nogal eens de neiging om aan de overheid ruime bevoegdheden tot sturing en handhaving toe te kennen en na te laten daarbij steeds voldoende instrumenten aan de burger te geven om voor zijn belangen en rechten op te komen. De Awb is een middel waarmee de wetgever die neiging in bedwang houdt. Zij strekt tot zelfbeheersing.

De Awb biedt ook waarborgen tegen bedoelde of onbedoelde lacunes in de rechtsbescherming. Een goed voorbeeld is de mogelijkheid van beroep tegen niet-tijdig beslissen. Omdat die in de Awb is verankerd, weet de rechtzoekende dat hij er steeds een beroep op kan doen, ook als de bijzondere wetgever er niet aan heeft gedacht of het niet heeft willen regelen. Voordat de Awb in werking trad bestonden wat dat betreft bijvoorbeeld lacunes in de sociale zekerheid.

Ten aanzien van bestuurlijke boetes geldt een aantal eisen ter bescherming van de burger. Het was belangrijk een deel van deze eisen in de wet te verankeren, nu de bestuurlijke boete op steeds meer plaatsen in de wetgeving en de praktijk opduikt. De algemene strekking van de Awb maakt het mogelijk deze eisen zo vast te leggen dat zij steeds gelden wanneer op grond van enige bijzondere wet een bestuurlijke boete wordt opgelegd. Dat is gebeurd in hoofdstuk 5 van de Awb, waarin

bijvoorbeeld het nemo tenetur-beginsel en het *ne bis in idem* zijn vastgelegd. Door de verankering in de Awb kunnen burgers ervan uitgaan dat de wettelijke eisen in acht worden genomen, ongeacht welk orgaan de boete oplegt en op grond van welke bijzondere wet.

Het komt erop neer dat de systematische opbouw van het bestuursrecht, uitgaande van de basale principes van de Awb, de waarborgfunctie van het algemeen bestuursrecht versterkt.¹⁶ De bijzondere wetgever kan (door middel van een wet in formele zin) deze waarborgen wel passeren, maar het bestaan van de Awb maakt dat moeilijker.

Daar staat tegenover dat het bestuursrechtelijk systeem ook kan worden gebruikt door de bijzondere wetgever om de waarborgen van de Awb, in het bijzonder de rechtsbescherming, te omzeilen. Dat kan bijvoorbeeld door normstelling, die voor de rechtspositie van burgers onmiddellijk bepalend is, vast te laten leggen in algemeen verbindende voorschriften. Daartegen staat geen beroep open bij de bestuursrechter. Door vergunningstelsels te vervangen door algemene regels, worden de rechtsbescherming van burgers en hun invloed op de normstelling beperkt. Dat is bijvoorbeeld gebeurd toen het vergunningstelsel van de Wet milieubeheer in 2007 voor een groot deel werd vervangen door een algemene maatregel van bestuur (het Activiteitenbesluit).¹⁷ Een ander voorbeeld deed zich voor toen bij de Wet Luchtvaart strategisch gebruik werd gemaakt van de bestaande mogelijkheden door belangrijke besluiten op de negatieve lijst bij de Awb te plaatsen.¹⁸ In dergelijke gevallen faciliteert de Awb juist de beperking van de rechtsbescherming. Want men kan moeilijk stellen dat het de bijzondere wetgever niet is toegestaan bepaalde onderwerpen bij algemeen verbindend voorschrift te regelen. En het is de Awb, niet de bijzondere wet, die daar de consequentie aan verbindt dat er geen beroep bij de bestuursrechter meer openstaat.

3.2 Waarborgen met betrekking tot lagere wetgeving

De waarborgfunctie van de Awb is veel sterker in de relatie tot lagere regelgeving (algemene maatregelen van bestuur, ministeriële regelingen, verordeningen, etc.). Bij die lagere regelingen kunnen de waarborgen van de Awb niet opzij worden gezet. De toegang tot de rechter kan niet bij verordening worden afgesloten. En bij verordening kan ook niet worden bepaald dat voor bepaalde uitvoeringsbesluiten geen onderzoek behoeft te worden gedaan naar de relevante feiten en belangen

16 J.E.M. Polak en W. den Ouden, 'Harmonisatie van bestuursrecht. De verschuivende horizon van het algemeen bestuursrecht en het subsidierecht in Nederland', *Preadvies voor de vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Deventer: Kluwer 2004, p. 4-5. Polak heeft er onlangs in een historische schets van het bestuursrecht op gewezen dat de oefenaren van het algemeen bestuursrecht vooral aandacht hebben voor de waarborgkant en degenen die zich storten op de bijzondere delen vooral de instrumentele kant benadrukken. J.E.M. Polak, 'De ontwikkeling van het algemeen bestuursrecht van 1900 tot heden. Welke kansen zijn er nu?' in: M.N. Boeve en R. Uylenburg, *Kansen in het omgevingsrecht*, Groningen: ELP 2009, p. 369-384.

17 Daarover P. Houweling, *Van vergunning naar algemene regel, een onderzoek naar de vergunningvervangende amvb's op het terrein van het milieurecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

18 A.M.C. Polman, 'Nieuw regime voor Schiphol', *NTB* 2002, p. 273-279.

(art. 3:2 Awb) of bepaalde belanghebbenden niet behoeven te worden gehoord (art. 4:7 en 4:8 Awb). Wij ervaren deze beperking van de mogelijkheden van lagere wetgevers als vanzelfsprekend. Maar zo vanzelfsprekend is het niet en, gesteld voor de vraag naar het nut van het algemeen bestuursrecht, moet men deze waarborgfunctie van de Awb positief waarderen.

4 De functie van de Awb bij de naleving van Europees en internationaal recht

De Awb maakt het mogelijk om op systematische wijze te bewaken dat het Nederlandse bestuurs(proces)recht in overeenstemming is met Europees en internationaal recht.¹⁹ Sinds de invoering van de Awb is regelmatig de vraag gerezen of het nationale recht verenigbaar is met de eisen die voortvloeien uit met name het communautaire recht, het EVRM en enkele andere internationale verdragen zoals het Verdrag van Aarhus. Vaak gaat het dan om onderwerpen die in bijzondere wetgeving worden geregeld, zoals economisch orderingsrecht, sociale zekerheid of milieurecht. Maar met een zekere regelmaat gaat het ook om algemene bestuurs(proces)rechtelijke vragen.

Het ging bijvoorbeeld over de vraag of de omvang van het geding in Nederland ruim genoeg was. Moest de Nederlandse rechter ambtshalve toetsen aan Europees recht? Artikel 8:69, eerste lid, van de Awb beperkt de rechterlijke toetsing tot de twistpunten die partijen aan de rechter voorleggen, behoudens de toepassing van een beperkt aantal regels van openbare orde (*de facto* vrijwel beperkt tot regels van bevoegdheid en ontvankelijkheid). De vraag of deze benadering van de Nederlandse bestuursrechter voldoet aan de gemeenschapsrechtelijke verplichtingen kon voor het gehele bestuursrecht in een keer worden beantwoord. De vraag kon in het algemeen bevestigend worden beantwoord in de zaak Van der Weerd.²⁰ Dat sluit niet uit dat er gevallen kunnen komen waarin de Nederlandse rechter moet aanvaarden dat de Europese rechter oordeelt dat bepaalde gemeenschapsrechtelijke regels ook van openbare orde zijn, ook al gaan zij niet over bevoegdheid of ontvankelijkheid.²¹ Maar duidelijk is wel dat de uitleg van artikel 8:69, eerste lid, van de Awb als hoofdlijn voor de Nederlandse bestuursrechter aanvaardbaar is. Als er niet een bestuursprocesrecht zou zijn, maar een veelheid van naast elkaar staande systemen, zouden verschillende bestuursrechters de vraag of hun eigen benadering van een procesrechtelijk vraagstuk in overeenstemming is met het Europese recht, ieder afzonderlijk kunnen (of moeten) laten beoordelen door de Europese rechter. Er zouden meer prejudiciële vragen nodig zijn om duidelijkheid te verkrijgen voor het gehele bestuursrecht.

19 Zie daarover uitvoerig J.E.M. Polak en W. den Ouden, 'Harmonisatie van bestuursrecht. De verschuivende horizon van het algemeen bestuursrecht en het subsidierecht in Nederland', *Preadvis voor de vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Deventer: Kluwer 2004, p. 86 e.v.

20 HvJ EG 7 juni 2007, gevoegde zaken C-222/05 tot C-225/05 (AB 2007, 228 m.nt. RW).

21 J. Jans in zijn annotatie bij het arrest in *M&R* 2007, 100; R. Ortlep en M.J.M. Verhoeven, 'Het arrest Van der Weerd: voorlopige duidelijkheid over verplichting ambtshalve toetsing aan het EG-recht', *JBplus* 2007, p. 224-236.

Ook waar de toepassing van het Nederlandse bestuurs(proces)recht moet worden bijgestuurd om in de pas te blijven met het gemeenschapsrecht, biedt de systematiek van de Awb de mogelijkheid om daar op adequate wijze gevolg aan te geven. Een voorbeeld is het geval dat zich voordeed in de zaak Kühne & Heitz. Uit het arrest van het Hof blijkt dat een Nederlands bestuursorgaan verplicht kan zijn om een besluit opnieuw te onderzoeken, indien dit besluit definitief is geworden ten gevolge van een uitspraak van een hoogste nationale rechter en daarna is gebleken dat het in strijd is met EG-recht, zoals dat door het Hof van Justitie in een later prejudicieel arrest in een andere, soortgelijke zaak is uitgelegd. Het gaat dan om gevallen waarin de belanghebbende wel de openstaande rechtsmiddelen ten volle heeft benut, maar dit er ten onrechte niet toe heeft geleid dat de nationale rechter de strijd met het EG-recht ongedaan heeft gemaakt.²² In bepaalde gevallen moeten bestuursorganen dus besluiten opnieuw onderzoeken, ook al zijn die besluiten inmiddels definitief geworden in de zin dat zij naar Nederlands recht formele rechtskracht hebben verkregen. Bij de interpretatie en toepassing van artikel 4:6 Awb (bevoegdheid tot afwijzing van een herhaalde aanvraag behoudens nova) moet met dat arrest Kühne & Heitz dus rekening worden gehouden. Die consequentie kan voor het gehele bestuursrecht in een keer worden getrokken, zodat in alle toekomstige gevallen waarin zich de situatie van dat arrest voordoet, duidelijk is hoe aan deze gemeenschapsrechtelijke verplichting moet worden voldaan.²³

Ook de eisen die voortvloeien uit het EVRM kunnen soms door middel van de Awb worden verdisconteerd in het nationale recht. Een goed voorbeeld daarvan is de uit artikel 6 EVRM afgeleide aansprakelijkheid voor immateriële schade bij overschrijding van de redelijke termijn in bestuursrechtelijke procedures. Een (extensieve) EVRM-conforme interpretatie van artikel 8:73 Awb bood ongekende mogelijkheden tot schadevergoeding, zelfs als die schade was veroorzaakt door rechterlijke instanties. De grenzen van de werkelijke betekenis van artikel 8:73 Awb werden weliswaar ver overschreden, maar het voorbeeld laat zien dat een door algemene regels gesystematiseerd bestuursrecht een aanpassing aan internationaal recht gemakkelijk en consequent kan realiseren.²⁴

De Crisis- en herstelwet, waarvoor thans een ontwerp ter behandeling bij de Eerste Kamer ligt, bestaat voor een belangrijk deel uit een poging om de invloed van de bestuursrechter te beperken. Daartoe worden wijzigingen in het bestuursprocesrecht van de Awb aangebracht. De voorstellen omvatten onder meer een relativiteitsvereiste, de uitbreiding van de bevoegdheid om gebreken te passeren en een beperking van de bevoegdheid van lagere overheden om te procederen tegen hogere overheden. De relevantie en de importantie van deze maatregelen is, dankzij het feit dat zij kunnen worden geplaatst in het algemene kader van de Awb, onmiddellijk zichtbaar, ook voor mensen die geen bijzondere kennis van het omgevingsrecht hebben. De discussie erover kan tijdens het wetgevingsproces niet

22 HvJ EG 13 januari 2004, nr. C-453/00 (*JB* 2004, 42 m.nt. N. Verheij, *AB* 2004, 58 en *AB Klassiek* 2009, nr. 42 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven).

23 R.J.G.M. Widdershoven, M.J.M. Verhoeven, S. Prechal, A.P.W. Duijkersloot, J.W. van de Gronden, B. Hessel en R. Ortlep, *De Europese agenda van de Awb*, Derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 181-191.

24 Daarover T. Barkhuysen, 'Kudla. Redelijke termijn', *AB Klassiek* 2009, nr. 34.

uit de weg worden gegaan. Omdat in beginsel iedere jurist die de Awb kent zich ook een oordeel kan vormen over het belang van de voorgestelde ingrepen, kan er een zinvolle discussie worden gevoerd over de aanvaardbaarheid ervan. Daarbij kan gebruik worden gemaakt van uniforme, door een ieder gedragen terminologie. Bovendien kan relatief snel worden beoordeeld hoe de ingrepen zich verhouden tot de eisen die voortvloeien uit het gemeenschapsrecht en het internationale recht. Weliswaar wordt er gediscussieerd over de vraag of het gemeenschapsrecht en het internationale recht zich verzetten tegen de voorgestelde ingrepen. Maar de onzekerheid daarover wordt vooral veroorzaakt doordat het gemeenschapsrecht en het internationale recht voor verschillende uitleg vatbaar zijn. Niet door verschillende interpretaties van het Nederlandse bestuurs(proces)recht en de effecten die de voorgestelde ingrepen daarop hebben. Zou het algemeen aanvaarde kader van de Awb ontbreken, dan zou de discussie veel moeilijker gevoerd kunnen worden en zou de onzekerheid over de verenigbaarheid met bovennationaal recht nog veel groter zijn.

5 Bevordering van de rechtsontwikkeling

Het systeem dat de Awb aanbrengt blijkt nuttig te zijn bij de verdere ontwikkeling van het bestuursrecht. Zowel aanpassingen in de wetgeving als de ontwikkeling van doctrinaire en wetenschappelijke inzichten worden bevorderd doordat vragen over het positieve bestuursrecht kunnen worden geplaatst en beantwoord in een systematisch kader.²⁵

Een aanpassing van bestaande wetgeving aan nieuwe ontwikkelingen is eenvoudiger indien die kan worden aangebracht in de Awb dan wanneer zij moet worden verwerkt in verschillende bijzondere wetten. Dat is een voordeel van efficiëntie bij de wetgeving. Maar het gaat niet alleen om efficiëntie. Het gaat ook om de kwaliteit van wetgeving. Door de aanpassing vorm te geven in een algemene regel, wordt de kans op lacunes en tegenstrijdigheden aanzienlijk beperkt. Daar werd in de memorie van toelichting bij de Awb al op gewezen.²⁶ En de systematiek maakt het mogelijk de aanpassingen op een begrijpelijke wijze in het bestaande systeem in te passen, waardoor door middel van logisch redeneren de consequenties ervan voor uiteenlopende gevallen kunnen worden voorspeld. Zo kon bijvoorbeeld de *lex silencio positivo* op een overzichtelijke en consistente wijze in de Awb worden verwerkt, een aanpassing waar onder meer de Dienstenrichtlijn aanleiding toe gaf.²⁷ Sinds 1994 is bovendien gebleken dat algemene bestuursrechtelijke problemen eerder op de kaart komen doordat zij in jurisprudentie en literatuur benoembaar zijn en direct geplaatst kunnen worden in een algemeen gekend kader. Zo zijn in de afgelopen vijftien jaar belangrijke bestuursrechtelijke problemen op de weten-

25 Hierop wijzen ook J.E.M. Polak en W. den Ouden, 'Harmonisatie van bestuursrecht. De verschuivende horizon van het algemeen bestuursrecht en het subsidierecht in Nederland', *Preadvies voor de vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Deventer: Kluwer 2004 (o.a. op p. 2).

26 *Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 7-8.

27 Ch.W. Backes, 'Much ado about nothing of het begin van een nieuwe bestuurscultuur? De omzetting van de Dienstenrichtlijn', *NTB* 2009, p. 307-317; E. Steyger, 'De implementatie van de Dienstenrichtlijn en het algemeen bestuursrecht', *NTB* 2008, p. 1-10.

schappelijke agenda beland. De evaluaties van de Awb hebben daar een belangrijke bijdrage aan geleverd. Ik noem als voorbeelden:

- de ‘ontdekking’ dat er in het gehele bestuursrecht een duidelijk gebrek aan bewijsrecht bestaat;
- de problematisering van de relatie tussen de verschillende fasen in het proces (bestuurlijke voorprocedure, beroep, appel), ook bekend als het vraagstuk van de trechters;
- de ontdekking kort na de invoering van de Awb dat de aansprakelijkheid voor schade niet goed geregeld was, hetgeen leidde tot pogingen daarin verbetering aan te brengen door de ‘uitvinding’ van het zuivere schadebesluit;
- de constatering dat er meer nodig was dan de Awb aanvankelijk bood aan stimulansen voor tijdige besluitvorming door bestuursorganen (uitmondend in de Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen);
- het duidelijk zichtbaar worden van een gebrek aan finaliteit, hetgeen geleid heeft tot een grondige herbezinning op de taken van de bestuursrechter en de introductie van onder meer de bestuurlijke lus.

Dit zijn voorbeelden van bestuursrechtelijke problemen die ook aan het licht hadden kunnen komen als er geen algemene bestuursrechtelijke wet had bestaan. Maar het gaat ook om problemen die voor het gehele bestuursrecht relevant zijn. De gedachtevorming over de oplossing ervan is enorm bespoedigd doordat de ervaringen en inzichten vanuit verschillende onderdelen van het bestuursrecht met elkaar geconfronteerd konden worden. Zo heeft de in het fiscale recht bestaande regel dat de rechter in beginsel steeds finaal moet oordelen de ontwikkeling naar finale geschilbeslechting bevordert. En de uit het ambtenarenrecht bekende figuur van het zuiver schadebesluit werd door de Centrale Raad van Beroep al kort na de invoering van de Awb ook toegepast in de sociale zekerheid, waarna de Afdeling bestuursrechtspraak en het College van beroep voor het bedrijfsleven genoodzaakt waren om er binnen korte tijd een principiële standpunt over in te nemen. Zij werkten immers allemaal met hetzelfde besluitbegrip.

Het bewijsrecht komt langzaam tot ontwikkeling, maar ook hier zien wij dat de Awb de ontwikkeling bevordert. Het bestuursrechtelijke bewijsrecht is immers opgehangen aan de artikelen 3:2 en 4:2 van de Awb. Die ontwikkeling is te danken aan met name de inzet van Schreuder-Vlasblom en Schuurmans.²⁸ Maar zij zou niet in zo korte tijd een zo consistente uitwerking hebben kunnen krijgen zonder het begrippenkader en het relatief eenvoudige systeem van de Awb, waarin een verdeling van verantwoordelijkheden en risico's tussen bestuur en burger aangaande de bewijsgaring en feitenvaststelling ligt besloten.

Bij de rechtsontwikkeling kan worden geprofiteerd van de mogelijkheden tot vergelijking tussen deelterreinen. De bezwaarschriftprocedure is bij de invoering van de Awb (en deels kort daarna) over de gehele breedte van het bestuursrecht ingevoerd, behoudens uitzonderingen zoals de gevallen waarin de openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 is doorlopen. Die brede toepassing was een

28 M. Schreuder-Vlasblom, *Bestuursrechtelijk bewijsrecht*, Dongen 1998 en *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2008; Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

aanleiding tot het verrichten van onderzoek naar de voor- en nadelen van de bezwaarschriftprocedure. Dat leidde bij de eerste Awb-evaluatie tot de constatering dat de bezwaarschriftprocedure regelmatig een herhaling van zetten opleverde, met name in de sfeer van de ruimtelijke ordening.²⁹ De tweede Awb-evaluatie bracht ook gunstige ervaringen met de bezwaarschriftprocedure aan de oppervlakte en benoemde de omstandigheden die bepalend leken te zijn voor het al dan niet optreden van de herhaling van zetten.³⁰ De ervaring van voor- en nadelen van de bezwaarschriftprocedure leidden tot een wijziging van de Awb, waarbij de mogelijkheid werd geïntroduceerd om de bezwaarschriftprocedure over te slaan: het zogenaamde rechtstreekse beroep. Deze mogelijkheid ziet (globaal gezegd) op gevallen waarin de indiener geen behoefte blijkt te hebben aan de tussenstap van het bezwaar, hij verzoekt om deze stap over te slaan, en het bestuur daarmee instemt. Bij deze verfijning van de algemene regels van de Awb heeft men zich laten inspireren door vergelijkbare constructies die uit het verleden bekend waren, zoals de prorogatie in het belastingrecht. In dit voorbeeld ziet men hoe de komst van algemene regels kan bijdragen aan de rechtsontwikkeling. Vóór de Awb bestond de bezwaarschriftprocedure al, zoals onder de Wet Arob en in het belastingrecht. De algemene regeling ervan in de Awb zette aan tot nader onderzoek, waaruit een behoefte tot rechtsverfijning naar voren kwam.

Ook Scheltema constateert dat de algemene invoering van de bezwaarschriftprocedure een intensieve gedachteswisseling over het nut ervan op gang heeft gebracht. Zelf heb ik bij de eerste evaluatie van de Awb de interviews afgenomen met ambtenaren die bij de bezwaarschriftprocedure waren betrokken op de deel terreinen ruimtelijke ordening, milieuhandhaving en openbare orde. Daarbij is mij opgevallen dat de felste kritiek op de bezwaarschriftprocedure afkomstig was van ambtenaren die betrokken waren bij de milieuhandhaving. Op dat deel terrein had tot aan de Awb geen bezwaarschriftprocedure bestaan. De discussie over de wenselijkheid van de invoering ervan had de collega's op andere deel terreinen, ruimtelijke ordening en openbare orde, ook aan het denken gezet. Zo rees al snel de algemene vraag naar de pro's en contra's, ook op terreinen waar de bezwaarschriftprocedure al lang bestond.

Zou er geen Awb zijn geweest, dan had de discussie over het nut van een bezwaarschriftprocedure, daar waar zij gold, ook gevoerd kunnen worden en dat zou wellicht ook wel gebeurd zijn. Maar ik ben er vrij zeker van dat de discussie in de jaren negentig zo snel op gang kwam, zo doeltreffend werd gevoerd, en zo snel tot een evenwichtige oplossing kon leiden doordat zij zich ontspon tussen mensen met uiteenlopende ervaringen die verschillende waarderingen toekenden aan de ter discussie staande eigenschappen van de bezwaarschriftprocedure.

Het maken en evalueren van algemene regels stimuleert een kritische en tegelijk efficiënte rechtsontwikkeling. De algemeenheid van de regel brengt mee (dwingt er zelfs toe) dat gebruikgemaakt wordt van positieve en negatieve ervaringen op

29 B.J. Schueler, J. Struiksma, F.C.M.A. Michiels, P.J.J. van Buuren en A.R. Neerhof, *Besluiten over ruimtelijke ordening, milieu en standplaatsen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

30 M.V.C. Aalders e.a., *De burger en de Awb. Ervaringen van repeat players met Awb-procedures*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

verschillende deelterreinen. Bovendien kan op het ene deelterrein direct lering worden getrokken uit ervaringen op het andere deelterrein.

6 Terug naar meer differentiatie binnen het bestuursrecht?

Naarmate het algemene bestuursrecht zich verder ontwikkelt en de rechtsverfijning voortgaat, gaan er ook vaker stemmen op die vragen om te differentiëren tussen verschillende soorten rechtsbetrekkingen of tussen verschillende soorten rechtsgebieden. Met name in het bestuursprocesrecht wordt soms gepleit voor onderscheid tussen geschillen met twee partijen en geschillen met meer partijen of tussen ordenend en financieel bestuursrecht.³¹ Konijnenbelt vraagt daarbij ook nog aandacht voor het feit dat op bepaalde terreinen, zoals de sociale zekerheid, de ongelijkheidscompensatie meer aandacht vraagt dan op andere terreinen.³² Dat kan bijvoorbeeld een reden zijn voor een verschillende benadering van het hoger beroep. Het zou kunnen verklaren waarom de Centrale Raad de herkansingsfunctie meer ruimte biedt dan de Afdeling doet. Bij de Afdeling staat meer de controle op de rechtspraak in eerste aanleg voorop.

Deze differentiatie zou leiden tot verscheidenheid *binnen* het algemeen bestuursrecht. Dat is iets anders dan afwijkingen van de Awb op bijzondere deelterreinen. Dat laatste komt veel voor, met name in het vreemdelingenrecht³³ en in het fiscale recht³⁴ en in toenemende mate ook in het omgevingsrecht.³⁵ Maar bij differentiatie *binnen* het algemeen bestuursrecht gaat het om onderscheidingen die in de Awb zelf worden aangebracht of niet in de wet zelf maar bij de toepassing ervan.

Een voorbeeld van differentiatie naar rechtsgebied binnen de tekst van de Awb biedt het Voorontwerp over schadevergoeding in de Awb, dat de rechtsmachtverdeling bij onrechtmatige daad afhankelijk stelt van de vraag of het gaat om kort gezegd financieel bestuursrecht of ordenend bestuursrecht.³⁶

De differentiatie kan zich ook voltrekken doordat rechters in verschillende deelgebieden een regel uit de Awb op uiteenlopende manieren toepassen. Dan hebben we te maken met een uniforme regel die op verschillende manieren wordt toegepast. Een voorbeeld biedt artikel 6:13 Awb. Aan die bepaling heeft men de figuur

31 N. Verheij, *Relatief onaantastbaar* (oratie Maastricht), www.unimaas.nl (met betrekking tot termijnen en de formele rechtskracht); G.T.J.M. Jurgens, 'Schadevergoeding als pilot voor differentiatie in het bestuursrecht', *NTB* 2007, p. 257-259; R.M. van Male, 'Termijnen: het wordt tijd voor differentiatie', *NTB* 2008, p. 129-130.

32 W. Konijnenbelt, 'Bestuursprocesrecht: Jozefs rok?', *NTB* 2003, p. 1-4.

33 Zie bijvoorbeeld E.C.H.J. van der Linden, 'Een vreemdeling in het bestuursrecht?', *NTB* 2003, p. 76-81 en (met betrekking tot de ex nunc toetsing in het vreemdelingenrecht) K.F. Bolt, *Het rechterlijke toetsingsmoment in het bestuursprocesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

34 Zie onder meer R.H. Happe, P.M.F. van Loon en J.P.F. Slijpen, *Algemeen fiscaal bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2005; R.J.G.M. Widdershoven, K.L.H. van Mens, M.B.A. van Hout, C.L. Knijff, R. Ortlep en M.J.M. Verhoeven, *Evaluatie belastingrechtspraak in twee instanties*, Den Haag: Raad voor de Rechtspraak 2006; R.M.P.G. Niessen-Cobben, 'Fiscale rechtspraak: Awb-conform?', *JBplus* 2004, p. 21-32.

35 Een goed voorbeeld is de al genoemde Crisis- en herstelwet.

36 G.T.J.M. Jurgens, 'Schadevergoeding als pilot voor differentiatie in het bestuursrecht', *NTB* 2007, p. 257-259.

van de onderdelentrichter opgehangen: de belanghebbende kan in beroep bij de rechter opkomen tegen de onderdelen van het besluit die hij ook in de bezwaarschriftprocedure of de openbare voorbereidingsprocedure aan de orde heeft gesteld. Tegen andere onderdelen kan hij in beroep niet meer opkomen. Zelfs binnen een groot deelterrein als het omgevingsrecht wordt deze figuur verschillend toegepast. De bouwvergunning wordt gezien als een ondeelbaar besluit. Bestemmingsplannen en milieuvergunningen worden geacht te bestaan uit onderdelen. Op zich zou het best mogelijk zijn om ook binnen een bouwvergunning onderdelen te onderscheiden. Men zou bijvoorbeeld bij een bouwvergunning de bouwtechnische aspecten kunnen onderscheiden van de planologische aspecten, zoals men bij een milieuvergunning de externe veiligheid en de geluidsoverlast onderscheidt als verschillende onderdelen. Op een geheel ander terrein, de sociale zekerheid, wordt bijvoorbeeld de arbeidsongeschiktheidsbeoordeling geacht niet uit verschillende onderdelen te bestaan.³⁷ Het is, uitgaande van alleen de formulering van artikel 6:13 Awb, heel goed mogelijk om daarbinnen te onderscheiden tussen de medische beoordeling en de arbeidskundige beoordeling. Deze vorm van differentiatie is weliswaar lastig voor de rechtstoepasser, want die verkeert regelmatig in het ongewisse over hoe de Awb-regel in een volgend nieuw geval zal worden toegepast. Maar het is een vorm van differentiatie die behoort bij het gelaagde systeem van het bestuursrecht. Een deel van de regels van de Awb is zo algemeen geformuleerd dat er geen toepassing aan kan worden gegeven zonder nadere criteria te hanteren. Dat die criteria per soort besluit verschillen, is niet alleen onvermijdelijk, het is ook goed. Anders zou de Awb een dwangbuis worden voor te zeer uiteenlopende rechtsbetrekkingen en geschillen. Toch heeft de algemene regel haar nut, ook al wordt zij verschillend toegepast. Het bestaan van algemene regels dwingt de bestuursrechters om na te denken over de noodzaak en de consequenties van het feit dat voor een soortgelijk probleem op het ene terrein een andere oplossing is gevonden dan op het andere terrein. Als de noodzaak daarvan ontbreekt is dat een reden om tot verdere uniformering van de rechtstoepassing over te gaan, zeker als dat de consequenties beter aanvaardbaar maakt.³⁸ Als het verschil evenwel goed te rechtvaardigen valt, is het beter het in stand te laten. Dan leidt de algemene en vage norm tot uiteenlopende toepassing, al naar gelang de aard van de rechtsbetrekking waarop zij wordt toegepast.

Op sommige terreinen is differentiatie om principiële redenen aangewezen doordat het bestaan van algemene en (in ieder geval in materiële zin) als superieur bedoelde regels slechts ten dele mogelijk is als gevolg van principiële beperkingen. Een voorbeeld daarvan is het onderwijsrecht, zoals Vermeulen en Zoontjens hebben geschreven. Dat heeft vooral te maken met de dualiteit in het onderwijsbestel, bestaande uit het publiekrechtelijk geordend openbaar onderwijs en privaatrech-

37 CRvB 13 mei 2008, JB 2008, 150.

38 Zo verwacht bijvoorbeeld Van Ettekoven dat verschillen in de toepassing van de onderdelentrichter, die nu bestaan *binnen* het omgevingsrecht, zullen worden gelijkgetrokken. B.J. van Ettekoven, 'Bestuursrechtspraak voor Jan & Alleman?', in: *Rechtsbescherming in het omgevingsrecht*, Publicatie van de Vereniging voor Bouwrecht, nr. 37, Den Haag: IBR 2009, p. 73-128, i.h.b. p. 112.

telijk geordend bijzonder onderwijs. De vrijheid van onderwijs kan zich verzetten tegen een te sterke doorwerking van het bestuursrecht in de privaatrechtelijke structuur van het bijzonder onderwijs.³⁹

7 Conclusie

De centrale vraag in deze bijdrage is: is er behoefte aan algemeen bestuursrecht naast de bijzondere delen en heeft de Awb in die behoefte voorzien? Het eerste deel kan stellig met ja worden beantwoord. Het algemeen bestuursrecht is een noodzakelijk kader voor de bijzondere delen. En de Awb voorziet op verschillende manieren in die behoefte.

De efficiëntie bij de rechtstoepassing is niet helemaal hard te maken. Dat komt doordat de efficiëntie van een gelaagd systeem afhangt van het perspectief dat men kiest (par. 2.4).

De toegankelijkheid van het bestuursrecht wordt door een coherent systeem van algemene regels bevorderd. De Awb voorziet daarin, maar daarbij past wel de waarschuwing dat deze functie in het gedrang komt waar de relatie tussen de Awb en de bijzondere delen ingewikkelder wordt als gevolg van wetswijzigingen (par. 2.3). In de afgelopen vijftien jaren is gebleken dat de Awb, doordat zij het bestuursrecht systematiseert, in nog drie andere behoeften voorziet. Zij versterkt de waarborgfunctie van het bestuursrecht (par. 3). Zij faciliteert de aanpassing van het recht aan eisen van Europees en internationaal recht (par. 4) en zij bevordert de ontwikkeling van oplossingen voor wezenlijke vragen in het bestuurs(proces)recht (par. 5). Inmiddels gaan er wel stemmen op die pleiten voor differentiatie binnen het algemeen bestuursrecht (par. 6). Maar de Awb blijkt voldoende flexibel en multi-interpretabel te zijn om deze differentiatie mogelijk te maken. Ook al ontstaat er differentiatie, dan nog heeft de systematische opbouw van het bestuursrecht op basis van de Awb zin. De afwijkingen moeten immers beredeneerde afwijkingen zijn. Zij kunnen niet als door wildgroei in een jungle ontstaan, want de wetgever moet zich ervoor verantwoorden of kan althans ter verantwoording worden geroepen over de reden om af te wijken van het evenwichtige en duidelijke kader van de Awb en de daarin opgenomen waarborgen.

39 B.P. Vermeulen, P.J.J. Zoontjens, 'Het "algemene" bestuursrecht en het "bijzondere" onderwijsrecht', in: *De Awb en de bijzondere wetgeving*, VAR-pleidvies 2000, VAR-reeks 124, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 45-186. Besproken door S.E. Zijlstra, 'De verhouding tussen de Awb en de bijzondere wet', *NTB* 2000, p. 94-98.