

4

**BESLECHTING VAN BESTUURSGESCHILLEN:
RECHTER OF BESTUUR?**

BESLECHTING
VAN BESTUURSGESCHILLEN:
RECHTER OF BESTUUR?

COLOFON

Reeks

Juridische Kwaliteitszorg Lokaal Bestuur

Samenstelling

Vereniging Juridische Kwaliteitszorg Lokaal Bestuur

Vereniging JuristenRijk

In samenwerking met:

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

Ministerie van Verkeer en Waterstaat (Rijkswaterstaat)

Ontwerp en vormgeving

Transparant, Den Haag

Vereniging Juridische Kwaliteitszorg Lokaal Bestuur

p/a Gemeente Leiden

Afdeling BJZ

Postbus 9100

2300 PC Leiden

E-mail: vjk@leiden.nl

Website: www.vjk.nl

Realisatie

Sdu Uitgevers, Den Haag, 2009

www.sdu.nl

© VJK, Leiden, 2009

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Hoewel de auteur en de uitgever het boek met de uiterste zorg hebben samengesteld, kunnen zij geen enkele aansprakelijkheid aanvaarden voor een eventuele onvolledigheid of onjuistheid, dan wel de gevolgen daarvan. Aan de tekst van deze publicatie kunnen geen rechten worden ontleend.

INHOUD

	VOORWOORD	7
1	INLEIDING	9
2	ENIGE HISTORISCHE ACHTERGROND VAN DE BESLECHTING VAN BESTUURSGESCHILLEN	17
3	HEDENDAAGSE BESLECHTING VAN BESTUURSGESCHILLEN DOOR HET BESTUUR	21
4	HEDENDAAGSE BESLECHTING VAN BESTUURSGESCHILLEN DOOR DE RECHTER	23
5	HET BESTUURSGESCHIL EN DE INTERBESTUURLIJKE BELANGENAFWEGING	29
6	ALTERNATIEVEN VOOR RECHTERLIJKE BESLECHTING VAN BESTUURSGESCHILLEN?	37
7	SLOTBESCHOUWING	43

VOORWOORD

Op 28 mei 2009 vond te Utrecht in het 'LEF future center' van Rijkswaterstaat het congres 'Bestuursgeschillen, noodzakelijk kwaad of vermijdbaar?' plaats.

Het congres was een gezamenlijk initiatief van de vereniging JuristenRijk en onze vereniging, en werd mede mogelijk gemaakt door het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) en Rijkswaterstaat. Het werd georganiseerd met het oogmerk de juristen van diverse overheidslagen met elkaar in contact te brengen en zo de onderlinge bekendheid en samenwerking te vergroten.

Vanuit verschillende perspectieven werd het fenomeen 'bestuursgeschillen' besproken. Daarbij kwamen het theoretische kader, wetgevingskwaliteit en persoonlijke vaardigheden van de overheidsjurist om bestuursgeschillen beter te laten verlopen of zelfs te voorkomen aan de orde.

7

Ter gelegenheid van het congres verscheen het preadvies van mr. M. (Maarten) de Voogd. Het bestuur stelt het bijzonder op prijs dat hij bereid was om, binnen een korte tijdspanne, dit preadvies te schrijven. Als blijk van waardering daarvoor besloot het bestuur om dit preadvies uit te brengen als deel 4 in de VJK-reeks dat nu voor u ligt.

Het preadvies geeft een goed beeld van diverse relevante aspecten die verbonden zijn aan het fenomeen bestuursgeschillen. In het bijzonder gaat het in op de mogelijkheden om een alternatieve regeling te treffen voor de beslechting van bestuursgeschillen.

Verheugend is te constateren dat in de reactie (nader rapport van 8 juli 2009) van de minister van BZK op de '2^e periodieke beschouwingen over interbestuurlijke verhoudingen over de periode 2006 tot 2009'¹ wordt verwezen naar het preadvies. Het komt niet vaak voor dat een publicatie zo snel na het uitkomen ervan wordt vermeld in een Kamerstuk.

¹ Raad van State: *Decentraal moet, tenzij het alleen centraal kan* (juni 2009).

De aspecten die in het preadvies in ogenschouw worden genomen, dienen te worden geplaatst binnen de gezamenlijke opdracht die Rijk en decentrale overheden hebben om goede interbestuurlijke verhoudingen na te streven. Dat kan alleen op basis van een onderlinge verstandhouding die gebaseerd is op het besef van wederzijdse afhankelijkheid, gemeenschappelijke verantwoordelijkheid en individuele aanspreekbaarheid op het uiteindelijke gemeenschappelijke resultaat.

8

Goede interbestuurlijke verhoudingen zijn geen vanzelfsprekendheid en moeten soms bevochten worden. Dat vraagt inzet, betrokkenheid en passie van de verantwoordelijke bestuurders, om hieraan bij voortduring te werken. Niet vanuit een hiërarchisch vertrekpunt maar vanuit het perspectief van gelijkwaardigheid. Het in artikel 10 van het EG-verdrag neergelegde beginsel van de gemeenschapstrouw zou ook binnen de nationale context daarbij leidend moeten zijn.

Wij wensen u veel leesplezier en hopen dat deze uitgave bijdraagt aan het verhogen van de kwaliteit van uw organisatie.

Voor meer informatie over de vereniging en juridische kwaliteitszorg in het lokaal bestuur verwijzen wij u graag naar onze website www.vjk.nl.

Het bestuur van de Vereniging Juridische Kwaliteitszorg Lokaal Bestuur

John Olivier
Tjen Beljaars
Anton Arnold
Carina Geerdink
Jan Lanenga
Elly Poldervaart
Max Waaning
Ronald Westerhof

1 INLEIDING

*Maarten de Voogd*¹

9

Van oudsher gaat veel van de wetenschappelijke aandacht voor het bestuursrecht uit naar het stelsel voor rechtsbescherming. Een belangrijke impuls voor de ontwikkeling die leidde tot het huidige stelsel van het bestuursprocesrecht was het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in de zogenoemde Benthemzaak.² Daarin oordeelde het EHRM dat de Nederlandse Kroon niet kon worden beschouwd als een onafhankelijke instantie die met rechtspraak is belast. Dit oordeel leidde tot een ingrijpende herziening van het bestuursprocesrecht met – na de tussenstap van de Tijdelijke wet kroongeschillen – als resultaat de inwerkingtreding in 1994 van het nieuwe bestuursprocesrecht van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). In deze ontwikkeling stond telkens de vormgeving van een stelsel voor rechtsbescherming voor de particulier tegen handelingen van het bestuur centraal. De wetgever heeft in dat kader weinig aandacht besteed aan de vraag hoe de bestuursrechtelijke rechtsbescherming voor overheden tegen handelingen van het bestuur eruit zou moeten zien. Dit waarschijnlijk omdat zulke geschillen maar weinig voorkwamen. Uitgangspunt voor de Awb-wetgever is dat het stelsel van rechtsbescherming in de Awb ook geldt voor geschillen waarbij de ene overheid zich keert tegen een besluit van een andere overheid. Dit komt met name tot uitdrukking in het feit dat (ook) bestuursorganen en rechtspersonen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld belanghebbende als bedoeld in artikel 1:2, eerst lid, Awb kunnen zijn.

Vervolgens regelt artikel 1:2, tweede lid, Awb dat bestuursorganen ten aanzien van de belangen waarvan de behartiging aan hen is opgedragen ten aanzien van die belangen ook als belanghebbende moeten worden beschouwd. Naast de aanvullende rechtsbescherming die de burgerlijke rechter sowieso biedt, lijkt met deze relatief eenvoudige regeling te zijn

1 Maarten de Voogd is managing director bij Berenschot te Utrecht en tevens verbonden aan de Vrije Universiteit te Amsterdam. Hij bereidt een proefschrift voor over bestuurlijke beslechting van bestuursgeschillen.

2 EHRM 23 oktober 1985, AB 1986, 1 m.nt. E.M.H. Hirsch Ballin.

voorzien in een passende regeling voor beslechting van geschillen tussen overheden, de zogenoemde bestuursgeschillen.

De werkelijkheid toont bij nadere beschouwing echter een ander beeld. Met enige regelmaat treffen we in de rechtspraak bestuursgeschillen aan. Regelmatig zijn dat procedures bij de bestuursrechter, soms bij de burgerlijke rechter. Met name als het gaat om procedures bij de burgerlijke rechter, trekken deze bestuursgeschillen ook de aandacht van de media.

10

Een actueel voorbeeld is de recente uitspraak van de Afdeling in de zogenoemde Landsbankizaak. In deze zaak kwamen verschillende decentrale overheden in beroep tegen het besluit van de regering tot spontane vernietiging van de beslissingen van deze overheden om een rechtsgeding te starten tegen de IJslandse bank Landsbanki om zich te kunnen verhalen op tegoeden van de bank in Noorwegen. Dit omdat Landsbanki in financiële problemen terecht was gekomen en de tegoeden van deze decentrale overheden niet kon uitbetalen. De regering beschouwde dit handelen van de decentrale overheden onder meer als een doorkruising van haar pogingen om via diplomatiek overleg met de IJslandse overheid op te komen voor de belangen van Nederlandse spaarders bij Landsbanki. Om die reden vernietigde de regering de beslissingen van deze overheden om een rechtsgeding te starten tegen Landsbanki.³

Een ander bekend voorbeeld is de kort gedingprocedure uit 2005 bij de burgerlijke rechter tussen de gemeente Haarlemmermeer en de staat der Nederlanden. In deze procedure kwam Haarlemmermeer op tegen het besluit van de regering tot spontane schorsing van onder meer het besluit van het college van Haarlemmermeer tot intrekking van de gebruiksvergunning van de staat voor het detentiecentrum op Schiphol. Tot deze intrekking had B&W van Haarlemmermeer besloten omdat de staat – in de periode na de fatale brand in het detentiecentrum – zich niet zou houden aan de voorschriften die aan de vergunning waren verbonden. De regering kon daardoor de bolletjesslikkers die op Schiphol werden aange-

3 ABRS 22 april 2009, 200809196/1.

houden niet meer onderbrengen in het detentiecentrum en besloot daarop tot spontane schorsing van de besluiten van Haarlemmermeer.⁴

Maar er zijn ook andere voorbeelden.

Een minder bekend voorbeeld is de procedure bij de bestuursrechter tussen de staat en het college van Hengelo. Hier ging het om een besluit waarin het college van Hengelo de staat had gelast op straffe van een dwangsom maatregelen te treffen ter reductie van de geluidsbelasting ten gevolge van een rijksweg. Dit omdat de staat een voorschrift uit het bestemmingsplan niet zou nakomen. Tegen dit besluit kwam de staat in bezwaar en beroep en uiteindelijk met succes in hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling).⁵

11

Een vierde – wat minder bekend – voorbeeld betrof een bijzondere procedure voor de burgerlijke rechter over een doorkruising van het voorkeursrecht van de gemeente Bleiswijk door de gemeente Zoetermeer. De gemeente Zoetermeer had met enkele grondeigenaren overeenkomsten gesloten die primair tot doel hadden de eigendom van bouwgrond, in de gemeente Bleiswijk, over te dragen aan de gemeente Zoetermeer. Omdat de gemeente Bleiswijk op die percelen een regionaal bedrijventerrein wilde realiseren en de regie daarover in handen wilde hebben, riep de gemeente op grond van de Wet voorkeursrecht gemeenten de nietigheid van deze overeenkomsten in.⁶

Dit soort bestuursgeschillen zijn aanleiding voor met enige regelmaat terugkerend commentaar vanuit de praktijk en vanuit de wetenschap op het verschijnsel dat overheden hun onderlinge geschillen voor de rechter kunnen en mogen uitvechten. Zeker in tijden waarin juridisering een slechte connotatie heeft en de druk op de rechter onverminderd hoog is, zouden overheden hun onderlinge geschillen niet voor de rechter moeten uitvechten. Sterker nog, er lijkt soms zelfs te worden gesuggereerd dat

4 Rb. Den Haag 23 december 2005, Gst. 2006, 57, m.nt. J.M.H.F. Teunissen.

5 ABRS 19 december 2001, JB 2002, 49.

6 HR 10 november 2000, NJ 2001, 288.

overheden hun onderlinge geschillen niet ter beslechting aan de rechter zouden mogen voorleggen.

De idee om overheden te verbieden hun onderlinge geschillen aan de rechter voor te leggen lijkt op het eerste gezicht misschien wel aantrekkelijk, maar is minder eenvoudig te realiseren dan het lijkt. In de eerste plaats druist dit idee in tegen een aantal heersende opvattingen over rechtsbescherming voor overheden. Zoals we hiervoor al zagen heeft de Awb-wetgever er bewust voor gekozen om overheden ook als belanghebbende te kunnen kwalificeren en om hen zodoende de gelegenheid te bieden in bezwaar en beroep te komen tegen besluiten van bestuursorganen. Bovendien acht de Hoge Raad het *'in een rechtsstaat passend dat uit een oogpunt van rechtsbescherming, die ook aan gemeenten in geval van een geschil met de centrale overheid niet mag worden onthouden, bevredigender dat gemeenten tegen niet bij de bestuursrechter appellabele besluiten bij de burgerlijke rechter opkomen dan dat gemeenten ter zake van dergelijke besluiten van een beroep op de rechter uitgesloten zouden zijn.'*⁷ In de tweede plaats is het maar de vraag of er overtuigende argumenten zijn om overheden hun recht tot toegang tot de rechter voor de beslechting van hun onderlinge geschillen te onthouden en om hen te dwingen hun onderlinge geschillen aan een bestuurlijke instantie voor te leggen. Is het feit dat overheden hun onderlinge geschillen aan de rechter mogen voorleggen wel een fout in ons staatkundig systeem en zijn er zo veel bestuursgeschillen dat de rechter daardoor overbelast raakt?

12 Dit preadvies onderzoekt of er in juridische zin behoefte bestaat aan of een noodzaak is om de beslechting van bestuursgeschillen te onttrekken aan de rechter en om een regeling voor bestuurlijke beslechting van bestuursgeschillen te treffen.

Om uitspraken te kunnen doen over de wijze van beslechting van bestuursgeschillen is het van belang duidelijkheid te hebben over het begrip bestuursgeschil. Wat moeten we verstaan onder een bestuursgeschil? In het kader van dit preadvies gaan we ervan uit dat een bestuursgeschil in ieder geval voldoet aan de volgende kenmerken:

7 HR 5 februari 1993, NJ 1995, 716, m.nt. M. Scheltema (Rotterdams welzijnsconvenant).

- Het betreft een verschil van inzicht over een bestuurlijk handelen of nalaten;
- Het verschil van inzicht bestaat tussen bestuurlijke rechtssubjecten;
- Het verschil van inzicht komt tot uitdrukking doordat een van de betrokken bestuurlijke rechtssubjecten een door de wet geboden procedure voor geschilbeslechting voert.

Onder bestuurlijk handelen of nalaten verstaan we in de eerste plaats de beslissing tot uitoefening van openbaar gezag, dat wil zeggen het nemen van besluiten of het verrichten van feitelijke handelingen waarvoor een wettelijke bevoegdheid is gegeven (denk aan handhavingstoezicht) en het nalaten om besluiten te nemen of deze feitelijke handelingen te verrichten. Het kan in de tweede plaats ook gaan om privaatrechtelijke (rechts)handelingen die strekken tot de uitvoering van een bestuurszaak. Een voorbeeld hiervan is de beslissing tot aankoop van percelen grond om een natuurgebied te creëren of om de aanleg van een spoorlijn mogelijk te maken. Het kan in de derde plaats ook gaan om handelingen die het bestuur als zodanig niet heeft beoogd, maar die wel aan het bestuur moeten worden toegerekend. Denk aan de gemeentelijke vuilniswagen die per ongeluk een geparkeerde auto ramt. Hieraan gaat echter geen beslissing vooraf.

13

Een rechtssubject behoort in dit kader tot het bestuur als het is belast met een overheidstaak, niet zijnde het vaststellen van wetten in formele zin of het plegen van onafhankelijke rechtspraak. Onder de term *bestuurlijk rechtssubject* vallen vervolgens verschillende soorten rechtssubjecten.⁸

Onder deze term rekenen we in de eerste plaats *bestuursorganen*.

In de tweede plaats rekenen we tot de term bestuurlijk rechtssubject ook een specifieke categorie van rechtspersonen, namelijk die rechtspersonen die tot het bestuur moeten worden gerekend.

De afbakening van deze categorie is overigens geen eenvoudige. Voor dit preadvies beperken wij ons daarom tot de navolgende – vereenvoudigde – afbakening. Het betreft dan in ieder geval *rechtspersonen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld*, zoals de staat, gemeenten, provincies, water-

⁸ Omwille van eenvoud van spraakgebruik gebruik ik de termen 'overheid' en 'bestuur' in dit preadvies als synoniemen voor de juridische zuiverdere term 'bestuurlijk rechtssubject'.

schappen en bijvoorbeeld zelfstandige bestuursorganen (zbo's) die krachtens het publiekrecht orgaan zijn van een krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersoon. Een voorbeeld van deze laatste categorie is de Informatiebeheergroep. Deze rechtspersonen behoren altijd tot het bestuur. Het kan daarnaast ook gaan om rechtspersonen die krachtens het privaatrecht zijn ingesteld en die slechts in bepaalde gevallen tot het bestuur gerekend mogen worden. Het gaat dan om rechtspersonen die krachtens het privaatrecht zijn ingesteld (met name stichtingen en b.v.'s) en die voor zover zij handelen in het kader van de behartiging van een bepaalde bestuurszaak of waarvoor geldt dat het handelen of nalaten van een bestuursorgaan aan hen moet worden toegerekend. Een voorbeeld hiervan is de B.V. die een garage drijft met een erkende APK-keurder (zbo) die aansprakelijk wordt gesteld voor schade ten gevolge van een fout bij een APK-keuring.

- 14 Onder het voeren van een door de wet geboden procedure voor geschilbeslechting verstaan we in dit verband het instellen van bezwaar en van beroep bij de bestuursrechter en het voeren van een procedure bij de burgerlijke rechter.

Het is goed om hier op te merken dat we met deze omschrijving van het begrip bestuursgeschil niet hebben aangegeven of bestuursgeschillen over een bepaald soort onderwerpen gaan of dat in het kader van bestuursgeschillen vooral of alleen bepaalde soorten argumenten gebruikt worden. Het bestuursgeschil onderscheidt zich dan ook alleen van de geschillen tussen het bestuur en particulieren ten aanzien van de aard van de betrokken partijen.

In het vervolg van dit preadvies staan we allereerst stil bij enkele aspecten van de historie en achtergronden van het bestuursgeschil (hoofdstuk 2). Vervolgens onderzoeken we de huidige praktijk van beslechting van bestuursgeschillen door de rechter (hoofdstuk 3) en de huidige praktijk van beslechting van bestuursgeschillen door het bestuur (hoofdstuk 4). In hoofdstuk 5 trekken we vervolgens enkele tussenconclusies over het specifieke karakter van het bestuursgeschil. In hoofdstuk 6 bespreken we

enkele nog niet gebruikte mogelijkheden voor beslechting van bestuurs-
geschillen door het bestuur. Hoofdstuk 7 bevat ten slotte de slotbeschou-
wing voor dit preadvies.

2 ENIGE HISTORISCHE ACHTERGROND VAN DE BESLECHTING VAN BESTUURSGESCHILLEN

De totstandkoming van de Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden in 1814 vestigde een gedecentraliseerde eenheidsstaat. Indachtig de complexe verhoudingen en geschillen tussen met name de provincies in de voormalige republiek streefde de grondwetgever naar eenheid van bestuur, een krachtig centraal bestuur en naar verhoudingsgewijs minder macht bij de provincies en gemeenten. Uit die tijd stamt ook een regeling voor geschillen tussen overheidslichamen, een regeling die nog steeds is verwoord in het huidige artikel 136 van de Grondwet. Dit artikel heeft de status van een restvoorziening die kan worden gebruikt als het bestuursgeschil niet op een andere wijze (waaronder met name door de rechter) kan worden beslecht. Dit artikel luidt als volgt:

17

De geschillen tussen openbare lichamen worden bij koninklijk besluit beslist, tenzij deze behoren tot de kennisneming van de rechterlijke macht of hun beslissing bij de wet aan anderen is opgedragen.

De regeling van artikel 136 Grondwet en zijn voorgangers heeft de staats- en bestuursrechtelijke rechtelijke gemoederen geruime tijd bezig gehouden. In 1903 wees Van Geleijn Vitringa op de bedenkelijke inbreuk die het artikel zou hebben op de autonomie van publiekrechtelijke corporaties: 'Bij beslechting van belangengeschillen gaat de zelfstandigheid van partijen, die een rechter in rechtsgeschillen principieel niet kan aantasten, te niet om plaats te maken voor de willekeur van hem die beslist.'⁹ Stellinga is het met Van Geleijn Vitringa niet eens. Analooq aan de praktijk in het

9 J. Van Geleijn Vitringa, Eene staatsrechtelijke antiquiteit, RMT 1903, p. 546.

volkenrecht kan er in de ogen van Stellinga weinig tegen beslechting door de Kroon zijn indien het een kwestie betreft die meerdere gemeenten raakt en die dus aan de autonomie der afzonderlijke gemeenten is onttrokken.¹⁰

18 De Commissie Monchy zag in het artikel weer wel het risico van een inbreuk op de autonomie van lagere lichamen. De Commissie voorzag met name problemen bij de beslechting van de zo-even al genoemde belangengeschillen, de geschillen die betrekking hebben op de wijze waarop een bepaald belang door een lager orgaan moet worden behartigd. Het zou in strijd met de meest elementaire begrippen van autonomie zijn indien de Kroon over deze geschillen zou kunnen oordelen, alleen op grond dat een ander lager dan wel hoger orgaan het daarmee niet eens is.¹¹ Hennekens wees er in zijn inaugurele rede uit 1986 op dat het feit dat artikel 136 Grondwet geen betrekking heeft op geschillen waarbij het rijk partij is, ertoe leidt dat geschillen tussen decentrale overheden en het rijk niet tot een oplossing kunnen worden gebracht. Dit zou een min of meer onaantastbare positie van het rijk in de hand kunnen werken die in een tijd van toenemende spanning tussen de centrale overheid en decentrale overheden de verhoudingen binnen de overheid geen goed doet.¹² Ten Berge zag in 1989 in de toepassing van artikel 136 Grondwet geen bedreiging voor de autonomie van decentrale openbare lichamen. Hij meende dat het motief van de grondwetgever voor het opnemen van (de voorganger van) artikel 136 Grondwet is gelegen in de behoefte aan het bij bindende beslissing kunnen opheffen van een bestuurlijke impasse, die kan ontstaan indien twee bestuurslagen een conflict hebben, zonder dat een der partijen een publiekrechtelijke bevoegdheid jegens de ander bezit.¹³

10 J.R. Stellinga, *Proeve eener vergelijking van publiekrechtelijke rechts- en belangengeschillen in het volkenrecht en in het Nederlandse rijksstaatsrecht* (diss.), N.V. Boek- en kunst drukkerij v/h Mouton & Co, Den Haag, 1930, p. 85-87. Idem, R. Crinice le Roy, *Geschillen van bestuur*, in *Bestuurswetenschappen*, 1963, p. 98. Crinice le Roy merkte in dat verband op dat het opvallend is dat de tegenstanders van het artikel wel ruimte zien voor bijzondere regelingen op grond waarvan de Kroon in bepaalde gevallen bestuursgeschillen zou mogen beslechten.

11 Verslag van de Commissie van Advies inzake verhoogde rechtsbescherming, Commissie de Monchy, ingesteld bij beschikking van de minister binnenlandse Zaken en van Justitie van 10 december 1946, p. 47.

12 H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Spelregels of rechtsregels tussen overheden?* (inaug. rede), Uitgeverij VNG, Den Haag, 1986, p. 15.

13 B.J.M. ten Berge, A.F. Gaastra, H.T. Kernkamp en E. Poortinga, *Bestuursgeschillen, Kroon of rechter*, W.E.J. Tjeenk Willink in samenwerking met het Nederlands Instituut voor Sociaal en Economisch Recht NISER, Zwolle, 1989, p. 95-96.

Naast de vraag of de grondwettelijke regeling voor beslechting van bestuursgeschillen een inbreuk op de autonomie van decentrale overheden zou kunnen opleveren riep deze regeling nog een andere vraag op. Het betrof de vraag naar het belang van het onderscheid tussen de al genoemde rechtsgeschillen en belangengeschillen. In de 19e eeuw stelde Buys dat, hoe ver men de administratieve rechtspraak ook zou uitbreiden, geschillen over vraagstukken van doelmatigheid, openbaar nut en publiek belang daartoe nooit zouden kunnen behoren, omdat dat geen rechtsgeschillen zijn. 'Deze geschillen dienen dus bij de administratie te blijven en in hoogsten aanleg door het hoofd van de uitvoerende macht te worden beslist', aldus Buys.¹⁴ In 1930 wees Stellinga erop dat een volstreekte tegenstelling tussen rechts- en belangengeschillen niet bestaat, daar alle geschillen in wezen botsingen van belangen zijn. Het verschil tussen rechts- en belangengeschillen bestaat er echter in dat bij rechtsgeschillen de belangen op voorhand door het recht zijn gewaardeerd, terwijl dat bij belangengeschillen nog niet is geschied. Het onderscheid tussen rechts- en belangengeschillen dankt zijn oorsprong aan het feit dat geen enkel rechtssysteem volledig kan zijn, aldus Stellinga.¹⁵ Hij concludeerde dat de belangengeschillen aan de Kroon blijven onderworpen.¹⁶ In 1989 stelde Ten Berge in zijn onderzoek naar de beslechting van bestuursgeschillen dat in de moderne opvatting van de rechtspraak rechts- en belangengeschillen in elkaar overvloeien en dat de omvang van het toetsingskader door de ontwikkeling van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur enorm is uitgebreid. Ten Berge meende dat zich horizontale bestuursgeschillen kunnen voordoen waarin omtrent het door partijen aangedragen object van geschil geen enkel aanknopingspunt in de wet voorhanden is. Bij dat soort geschillen zal de geschilbeslechtende instantie minder als rechter, maar meer als wetgever of bestuursorgaan optreden. De geschilbeslechtende instantie zal dan nieuwe regels maken, bestuurlijke oplossingen verzinnen, uiteraard in het verlengde van en strokend met het juridische kader dat geldt voor de betrokken partijen, maar overigens toch los daarvan. Toch is dit geen wezenlijk kenmerk van horizontale bestuursgeschillen, aldus Ten Berge, en kunnen we ons afvragen of er nog wel typische belangengeschillen

14 J.T. Buijs, *De Grondwet, Toelichting en kritiek van de wijzigingen in 1887 ingevoerd*, Derde Deel, P. Gouda Quint, Arnhem 1888, p. 116.

15 Stellinga, p. 5.

16 Stellinga, p. 51

bestaan waarvan we moeten zeggen dat die typisch bij de administratie en niet bij de rechter thuishoren.¹⁷ In 1990 stelde Drupsteen in zijn preadvies voor de VAR over de beslechting van bestuursgeschillen dat het onderscheid tussen rechtsgeschillen en belangengeschillen samenhangt met het scherpe onderscheid dat traditioneel gemaakt werd tussen administratieve rechtspraak en administratief beroep en het daarmee verbonden onderscheid tussen de volledige doelmatigheidstoetsing en de beperktere rechtmatigheidstoetsing. Hij wees erop dat pas de laatste twintig jaar het onderscheid administratieve rechtspraak – administratief beroep en rechtmatigheidstoetsing – doelmatigheidstoetsing weer zou worden gerelativeerd.¹⁸ In 1999 stelden Van der Vlies en Widdershoven dat het zeer wel mogelijk is om ook belangengeschillen te formuleren in termen van onrechtmatige daad en aldus de bevoegdheid van de burgerlijke rechter te activeren.¹⁹ In zoverre zou het onderscheid tussen rechts- en belangengeschillen nog maar van weinig betekenis zijn.

Inmiddels is op artikel 136 Grondwet in de afgelopen decennia geen (geslaagd) beroep meer gedaan en is het artikel een dode letter. In de volgende paragraaf staan we stil bij de hedendaagse praktijk van beslechting van bestuursgeschillen door het bestuur.

17 Ten Berge, p. 51-57, 75 en 172-173.

18 Th.G. Drupsteen, K.J. Kraan, De beslechting van bestuursgeschillen (preadviezen), VAR-reeks 104, Samsom H.D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn, 1990, p. 36. Drupsteen verwijst hierbij naar onder meer naar P.J.J. van Buuren, H. Bolt en M. Scheltema, Kroonberoep en Arob-beroep, Deventer 1981. Zie in het bijzonder p. 296-298 waar zij betogen dat het vooral een verschil in invalshoeken (een juridische invalshoek van de Afdeling versus een beleidsmatige invalshoek van de Kroon) is, zonder dat gezegd kan worden dat de een verdergaand toetst dan de ander.

19 I.C. van der Vlies, R.J.G.M. Widdershoven e.a., Bestuursgeschillen, Een onderzoek naar de beslechting van interbestuurlijke geschillen, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer in samenwerking met G.J. Wiarda Instituut, Utrecht, 1999, p. 36.

3 HEDENDAAGSE BESLECHTING VAN BESTUURSGESCHILLEN DOOR HET BESTUUR

De hedendaagse praktijk van de bestuurlijke beslechting van bestuursgeschillen is er een van geringe betekenis. Er zijn maar weinig gevallen waarin overheden hun onderlinge conflicten via een procedure door een (ander) bestuursorgaan (kunnen) laten beslechten.

Een eerste verklaring hiervoor is dat er nog maar weinig bijzondere procedures resteren op basis waarvan een bepaald bestuursorgaan bepaalde bestuursgeschillen mag beslechten.

21

Een voorbeeld van een nog bestaande regeling van een bijzondere procedure voor beslechting van een bepaald soort bestuursgeschil biedt artikel 99 WGR. Op basis van dit artikel kan het bestuur van een gemeente gedeputeerde staten verzoeken andere gemeenten aan te wijzen waarvan het bestuur ter behartiging van bepaalde belangen een gemeenschappelijke regeling dienen te treffen, indien een zwaarwegend openbaar belang dat vereist.

Daarnaast heeft de wetgever met de introductie van de algemene regeling van bezwaar als bestuurlijke voorprocedure de meeste regelingen voor administratief beroep geschrapt en zijn – voor zover het daarbij om bestuursgeschillen zou kunnen gaan – daardoor de mogelijkheden voor bestuurlijke beslechting van bepaalde bestuursgeschillen ook verder ingeperkt.

Een tweede verklaring voor de geringe praktijk van de bestuurlijke beslechting van bestuursgeschillen is dat artikel 136 Grondwet – dat een restvoorziening voor de beslechting van bestuursgeschillen zou zijn – zijn functie volledig lijkt te hebben verloren. Van oudsher kende het artikel al de beperking dat het – zie de redactie van het artikel – alleen betrekking had op geschillen tussen openbare lichamen.

Geschillen tussen *besturen* van openbare lichamen vielen strikt genomen sowieso al buiten het bereik van dit artikel.²⁰ Daarnaast had het artikel geen betrekking op bestuursgeschillen waarbij de staat betrokken was. Bovendien had het artikel geen functie voor geschillen over eenzijdige publiekrechtelijke gezagsuitoefening (de zogenoemde verticale geschillen), maar alleen op horizontale geschillen, dat wil zeggen geschillen waarbij de betrokken openbare lichamen in een gelijkwaardige verhouding tot elkaar staan. Daarmee was de betekenis van het artikel al beperkt. De betekenis van artikel 136 Grondwet werd gaandeweg nog verder beperkt. Op het artikel kon alleen een beroep worden gedaan als het bestuursgeschil niet aan de burgerlijke rechter kon worden voorgelegd of het ter beslissing aan een andere instantie was opgedragen. Met name doordat de bevoegdheid van de burgerlijke rechter in de 20e eeuw in de jurisprudentie aanmerkelijk werd verruimd en het artikel alleen betekenis had indien de burgerlijke rechter niet bevoegd was, werd de functie van het artikel als aanvullende voorziening steeds geringer.

Het voorgaande neemt niet weg dat overheden natuurlijk mogelijkheden hebben om hun onderlinge bestuursgeschillen zelf te beslechten. De bestuurlijke heroverweging in bezwaar, mediation en het ambtshalve wijzigen van een conflict opwekkend besluit of andere handeling zijn mogelijkheden om opkomende bestuursgeschillen te beslechten, zij het dat dit geschiedt zonder de tussenkomst van een ander bestuursorgaan. Hierop gaan we in hoofdstuk 6 nader in.

Iets anders is dat er voorzieningen zijn die mede kunnen bijdragen aan het voorkomen van mogelijke bestuursgeschillen. In het algemeen geldt natuurlijk de eis van zorgvuldige voorbereiding van bestuurlijke besluitvorming, ook in interbestuurlijke verhoudingen.

In sommige wetten is zelfs hiervoor een bijzondere voorziening getroffen. Denk aan het voorschrift dat spontane vernietiging van een besluit niet mag plaats vinden dan nadat het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen gelegenheid tot overleg is geboden (artikel 10:41, eerste lid, Awb).

20 In enkele KB's uit de jaren negentig van de 20e eeuw dacht de Kroon daar overigens opeens anders over. Zie bijvoorbeeld KB 19 februari 1996, AB 1996, 254 m.nt. P.J. Stolk.

4 HEDENDAAGSE BESLECHTING VAN BESTUURSGESCHILLEN DOOR DE RECHTER

In de jurisprudentie kunnen we met enige regelmaat en in een ruime verscheidenheid bestuursgeschillen aantreffen. Dat is niet vreemd als we bedenken dat veel wetten interbestuurlijke rechtsverhoudingen in het leven roepen, dat overheden in hun dagelijkse werkzaamheden veel met elkaar te maken hebben en er zodoende een intensief onderling rechtsverkeer op na houden. De wet mag de interbestuurlijke verhoudingen op een aantal hoofdpunten hebben vastgelegd, overheden wijzigen hun onderlinge verhoudingen door het aangaan van rechtshandelingen met grote regelmaat. In die verhoudingen en met dat verkeer gaat niet altijd alles goed of naar de wens van alle betrokkenen. De wet is niet in staat om voor iedere opkomende kwestie in het interbestuurlijk verkeer op voorhand een oplossing paraat te hebben. Conflicten liggen dan ook om de hoek. In die zin is het bestaan van bestuursgeschillen dan ook meer logische consequentie van onze overheidsorganisatie dan een vreemde eend in de bijt. Verreweg de meeste bestuursgeschillen doen zich voor bij de bestuursrechter, slechts in een beperkt aantal gevallen wordt over bestuursgeschillen geprocedeerd bij de burgerlijke rechter. In het commentaar op de jurisprudentie van de bestuursrechter wordt slechts in een enkel geval stil gestaan bij het feit dat het om een geschil tussen overheden gaat dat bij de rechter is aangebracht. In het merendeel van de gevallen wordt dat als normaal beschouwd.

In paragraaf 1 kwamen we al twee voorbeelden tegen van bestuursgeschillen bij de bestuursrechter. Het betrof het beroep van gedeputeerde staten van Noord-Holland en verschillende andere decentrale overheden tegen het vernietigingsbesluit van de Kroon in de Landsbankizaak en het beroep van de staat tegen een door B&W van Hengelo opgelegde dwangsom.

Een ander voorbeeld van een bestuursgeschil bij de bestuursrechter is dat tussen een waterschap en de Minister van Verkeer en Waterstaat over de grensafbakening tussen twee waterschappen. Het waterschap was van mening dat de met de besluiten van de minister bepaalde gebiedsafbakening tussen twee waterschappen in strijd was met het aan de Waterschapswet ten grondslag liggende begrip waterstaatkundige eenheid en bovendien uit waterstaatkundige optiek onlogisch was. Ofschoon de Afdeling met het waterschap van mening was dat een andere begrenzing uit waterstaatkundige oogpunt de voorkeur zou hebben, was de Afdeling er niet van overtuigd geraakt dat in dit geval strikt had moeten worden vastgehouden aan het uitgangspunt van waterstaatkundige eenheid. Naar de mening van de Afdeling had de minister bij de beslissing tot goedkeuring doorslaggevende betekenis kunnen toekennen aan het belang van afronding van een langdurig reorganisatieproces dat was gericht op een doelmatig en samenhangend beleid ten aanzien van het kwantitatieve en kwalitatieve waterbeheer in die regio.²¹

Verder treffen we bijvoorbeeld bestuursgeschillen aan over de financiering van decentrale overheden,²² over de subsidiering van een bedrijfsverplaatsing,²³ over de verlening van milieuvergunningen²⁴ en bijvoorbeeld interbestuurlijk Wobben.²⁵ In alle gevallen gaat het om verticale bestuursgeschillen, dat wil zeggen bestuursgeschillen over een besluit, althans de uitoefening van openbaar gezag. In de meeste gevallen betrof het bestuursgeschillen tussen besturen van gemeenten, provincies, waterschappen, gemeenschappelijke regelingen en van het rijk. Bestuursgeschillen met zbo's als partij zijn niet aangetroffen, al is het zeker in de relatie tussen de verantwoordelijke minister en het zbo denkbaar dat de gezagsuitoefening binnen die relatie tot een bestuursgeschil kan leiden.

21 ABRS 21 januari 1999, AB 1999, 175.

22 ABRS 2 juli 2008, kenmerk 200707833/1.

23 ABRS 6 januari 2000, JB 2000, 25.

24 ABRS 3 november 2000, JB 2000, 348.

25 Rb. Maastricht 31 januari 1995, JB 1995, 209, m.nt. F.A.M. Stroink; ABRS 16 januari 1997, JB 1997, 26 m.nt. H. Koning; ABRS 25 april 2000, Rawb 2001, 5 m.nt. B.M.J. van der Meulen.

Het aantal bestuursgeschillen dat bij de burgerlijke rechter dient is – als gezegd – in verhouding tot het aantal bestuursgeschillen bij de bestuursrechter gering. In paragraaf 1 kwamen het kort geding van de gemeente Haarlemmermeer tegen de staat inzake de spontane schorsing van besluiten inzake het detentiecentrum op Schiphol en de procedure tegen de gemeente Zoetermeer inzake het voorkeursrecht van de gemeente Bleiswijk al aan de orde.

Een ander – ouder – voorbeeld is een kort gedingprocedure van de gemeente Delft tegen de staat. Het betrof een vordering van de gemeente om de staat te bevelen een ministeriële circulaire die leidt tot vermindering van inkomsten uit het Gemeentefonds in te trekken dan wel deze buiten toepassing te laten en de uitvoering op te schorten totdat tussen partijen overleg heeft plaats gevonden over de gevolgen van de ombuigingsoperatie. De rechtsgrond voor deze vordering was onder meer dat de verlaging van de uitkering in strijd met de in de Gemeentewet gewaarborgde autonomie en de Financiële Verhoudingenwet is en dat door de late verschijning van de circulaire de rechtszekerheid wordt geschonden. Van een schending van de desbetreffende rechtsnormen was naar het oordeel van de president geen sprake.²⁶

25

Onder de bestuursgeschillen bij de burgerlijke rechter komen zowel verticale bestuursgeschillen voor (bijvoorbeeld de Landsbankizaak en de zaak Delft – Staat), als horizontale geschillen (Bleiswijk – Zoetermeer).

Uit onderzoek van de jurisprudentie van de bestuursrechter en van de burgerlijke rechter blijkt dat beide rechters bestuursgeschillen noch in procedurele noch in materiële zin anders behandelen of beoordelen dan geschillen tussen het bestuur en particulieren. Dat geldt ook voor de marginale toetsing door de rechter van de bestuurlijke belangenafweging en voor de mate waarin de geschillen finaal kunnen worden beslecht. Een

26 Pres. Rb. Den Haag 8 september 1981, AB 1981, 532, m.nt. J.R. Stellinga.

behandeling en beoordeling van de bestuursgeschillen die zou afwijken van de behandeling van de gewone bestuursrechtelijke geschillen is uit een oogpunt van gelijke behandeling ook niet goed te begrijpen als we bedenken dat de Awb-wetgever wat betreft de behandeling door de rechter geen onderscheid heeft willen maken tussen de particulier en de overheid als belanghebbende. Dat klemmt te meer als we bedenken dat in een aantal gevallen de overheid als belanghebbende zich feitelijk in dezelfde positie kan bevinden als particulieren. Ook overheden moeten bijvoorbeeld om te mogen bouwen bouwvergunningen aanvragen en kunnen te maken krijgen met handhavingsbesluiten. Een voorbeeld van dat laatste betreft het al eerder besproken bestuursgeschil over de dwangsom die aan de staat was opgelegd wegens vermeende overtreding van een bestemmingsplan. Het voorgaande neemt niet weg dat de bestuursgeschillen die we uit de jurisprudentie kennen zich juist op enkele punten ook onderscheiden van de geschillen tussen bestuur en particulier. Deze onderscheidingen hebben met name betrekking op de specifieke aard van sommige interbestuurlijke verhoudingen tussen de bij het bestuursgeschil betrokken overheden.

In de eerste plaats zijn er bestuursgeschillen die voortvloeien uit in de wet geregelde verhoudingen van interbestuurlijk toezicht. Voor deze bestuursgeschillen geldt dat de wetgever uitdrukkelijk heeft beoogd dat deze bestuursgeschillen aan de rechter kunnen worden voorgelegd. Het gaat dan bijvoorbeeld om bestuursgeschillen tussen gemeenteraden en colleges van gedeputeerde staten over de geheel of gedeeltelijke onthouding van goedkeuring van bestemmingsplannen (geregeld in de oude Wro) en om de al meer genoemde beroepsprocedures van onder toezicht gestelde bestuursorganen tegen besluiten tot spontane vernietiging van besluiten van de onder toezicht gestelde bestuursorganen. In de tweede plaats zijn er interbestuurlijke verhoudingen waarbij het ene bestuursorgaan belanghebbende is bij het besluit van een andere bestuursorgaan omdat aan het eerste bestuursorgaan een bepaald belang ter behartiging is toevertrouwd (artikel 1:2, tweede lid, Awb). Voorbeelden hiervan zijn het beroep van de Staatssecretaris van OCW tegen de verlening van een

sloopvergunning door een college van B&W en het beroep van een inspecteur voor de ruimtelijke ordening tegen een gedoogbesluit van een college van B&W.²⁷

Een voorbeeld waarin de Afdeling uitdrukkelijk bepaalde dat een bestuursorgaan geen belanghebbende als bedoeld in artikel 1:2, tweede lid, Awb was, betrof de interbestuurlijke verhouding tussen de korpschef en de Minister van Justitie bij de verlening van wapenvergunningen. Het feit dat de korpschef de bevoegdheid had om in primo te besluiten, maakte niet dat de korpschef in beroep kon komen tegen het besluit dat de minister had genomen in het administratief beroep dat was gericht tegen het primaire besluit van de korpschef.²⁸

Beide categorieën van interbestuurlijke verhoudingen hebben met elkaar gemeen dat alleen overheden in deze interbestuurlijke verhoudingen tot elkaar kunnen staan. Particulieren staan immers niet onder interbestuurlijk toezicht en vallen ook niet onder de werking van artikel 1:2, tweede lid, Awb.

27

Dat we ons bij de hiervoren beschreven voorbeelden hebben beperkt tot bestuursgeschillen waarbij uitsluitend overheden betrokken zijn, betekent niet dat particulieren geen partij kunnen zijn bij een bestuursgeschil. Juist de situatie dat ook particulieren partij bij een bestuursgeschil kunnen zijn, heeft geleid tot de onderscheiding in drie soorten bestuursgeschillen:

- Zuivere bestuursgeschillen. Dit zijn de bestuursgeschillen waarbij alleen overheden betrokken kunnen zijn en waarbij particulieren rechtens geen belang kunnen hebben. Een voorbeeld hiervan is het

27 Zie bijvoorbeeld ABRS 12 september 2001 (JB 2001, 274) waarin onder meer werd bepaald dat de staatssecretaris van OC&W belanghebbende als bedoeld in art. 1:2 lid 2 Awb is bij de verlening door B&W van Roerdalen van een vergunning voor de afbraak van een monument als bedoeld in de Monumentenwet. Dit omdat de staatssecretaris de bij de wet toegekende bevoegdheid heeft om monumenten als beschermd monument aan te wijzen. Zie verder ook bijvoorbeeld ABRS 5 maart 1999, AB 1999, 418 m.nt. de Gier (Weerselo) waarin werd overwogen dat de inspecteur van de VROM-inspectie de mogelijkheid heeft als belanghebbende als bedoeld in art. 1:2 lid 2 Awb op het terrein van de ruimtelijke ordening handhavingsbesluiten uit te lokken en tegen gedoogbesluiten in bezwaar en beroep te komen.

28 ABRS 6 november 2002, JB 2003, 5.

beroep van het bestuur van een deelgemeente tegen de intrekking door B&W van een besluit tot delegatie van een besluitbevoegdheid aan dat deelgemeentebestuur. Deze categorie van bestuursgeschillen komt in de praktijk niet veel voor.

- Onzuivere bestuursgeschillen. Dit zijn bestuursgeschillen waarbij naast de betrokken overheden ook particulieren betrokken zijn, een meerpartijengeschil derhalve. Een voorbeeld hiervan betreft het beroep van B&W tegen de spontane vernietiging door de Kroon van een door B&W verleende bouwvergunning, waarbij ook de vergunninghouder beroep heeft ingesteld.²⁹ Deze categorie van bestuursgeschillen komt in de praktijk regelmatig voor.
- Pseudo-zuivere bestuursgeschillen. Dit zijn bestuursgeschillen waarbij alleen overheden betrokken zijn, maar waarbij ook belangen van particulieren betrokken kunnen zijn, zij het dat deze particulieren zich niet als partij bij het geschil hebben gevoegd.

28

Een voorbeeld hiervan is betreft het beroep van B&W tegen de spontane vernietiging door de Kroon van een door B&W verleende bouwvergunning, waarbij de vergunninghouder heeft afgezien van het instellen van beroep. Ook deze categorie van bestuursgeschillen komt in de praktijk met de nodige regelmaat voor.

Het belang van deze onderscheiding schuilt in de mogelijkheden en beperkingen om bepaalde soorten bestuursgeschillen aan beslechting door de rechter te onttrekken. Voor bestuursgeschillen waarbij particulieren betrokken zijn, is dat niet toegestaan. Particulieren hebben immers ingevolge artikel 6, eerste lid, EVRM het recht om de bestuursgeschillen waarbij zij betrokken zijn aan een onafhankelijke rechter te kunnen voorleggen. In hoofdstuk 6 komen we hierop terug.

²⁹ ABR5 20 november 2002, AB 2003, 1 & 2.

5 HET BESTUURSGESCHIL EN DE INTERBESTUURLIJKE BELANGENAFWEGING

In de vorige paragraaf hebben we gezien dat de rechter bestuursgeschillen niet anders beoordeelt dan gewone geschillen met de overheid. Dat lijkt ook voor de hand te liggen als we ons bijvoorbeeld bedenken dat de Awb-wetgever hierin geen onderscheid heeft willen maken. En toch ligt dat minder voor de hand. In de eerste paragraaf is al opgemerkt dat er wel eens wordt verzucht dat de beslechting van bestuursgeschillen anders moet worden geregeld, althans niet aan de rechter zou moeten worden opgedragen. Die verzuchting staat niet op zich zelf, maar leidt in een gedecentraliseerde eenheidsstaat wel vaker tot pogingen om overheden een beroep op de rechter te onthouden.

29

Een eerste voorbeeld hiervan betrof een zaak in de jaren negentig van de twintigste eeuw, het Rotterdams welzijnsconvenant. In die zaak zag de Hoge Raad zich kennelijk genoodzaakt te overwegen, in een procedure tussen de gemeente Rotterdam en de staat over een besluit tot spontane vernietiging, dat zolang ter zake van deze besluiten niet in een met voldoende waarborgen omklede bijzondere rechtsgang is voorzien, met een procedure bij de burgerlijke rechter een – in een rechtsstaat passend – resultaat wordt verkregen dat uit een oogpunt van rechtsbescherming, die ook aan gemeenten in geval van geschil met de centrale overheid niet mag worden onthouden, bevredigender is dan een stelsel waarin gemeenten ter zake van deze besluiten van een beroep op de rechter uitgesloten zouden zijn.³⁰

³⁰ HR 5 februari 1993, NJ 1995, 716, m.nt. M. Scheltema (Rotterdams welzijnsconvenant).

Een tweede betrof de al eerder genoemde Landsbanki-zaak. Hier ging het uitdrukkelijk om het – via spontane vernietiging – ontnemen door de Kroon van overheden om gebruik te maken van een hen door de wet geboden rechtsgang. De Afdeling was in deze zaak van oordeel dat het besluit tot spontane vernietiging er geen blijk van geeft dat in de besluitvorming is meegewogen de inbreuk die is gemaakt op de rechtszekerheid van de rechtspersonen waartoe de bestuursorganen behoren wat betreft de daadwerkelijke beschikbaarheid van een hun door de wet geboden rechtsgang. De Afdeling acht dit belang zeer zwaarwegend.³¹

30

We hadden al gezien dat de rechter bestuursgeschillen niet anders behandelt dan geschillen tussen de overheid en particulieren. Uit de zaak van het Rotterdams welzijnsconvenant en de Landsbankizaak blijkt dat het niet eenvoudig is te beargumenteren dat overheden het recht tot toegang tot de rechter kan worden onthouden. Het is dan misschien niet ten principale uitgesloten dat overheden toegang tot de rechter kan worden onthouden en overheden kunnen dan wel geen beroep doen op grondrechten,³² het uitgangspunt is dat ook overheden toegang tot de rechter hebben. Ook voor de beslechting van hun onderlinge geschillen. Dit betekent echter niet dat bestuursgeschillen over de gehele linie vergelijkbaar zijn met ieder ander geschil met de overheid. Er is ook een relevant verschil tussen de bestuursgeschillen en geschillen tussen de overheid en een particulier.

Dat verschil schuilt in een bijzondere element van het karakter van het bestuursgeschil.

In een democratische rechtsstaat is de overheidsorganisatie er uitsluitend om binnen de grenzen van het recht het algemeen belang te behartigen. Dit betekent dat op ieder onderdeel van de overheid, op ieder bestuurlijk rechtssubject te allen tijde, dat wil zeggen bij iedere te nemen beslissing of te verrichten handeling, onverkort de rechtsplicht rust om het algemeen belang te behartigen. Dit betekent ook dat het optreden van de overheid niet mag strekken tot de verwezenlijking van louter de

³¹ ABRS 22 april 2009, 200809196/1.

³² Zie bijvoorbeeld CRvB 30 mei 2000, JB 2000, 206, ABRS 19 november 2003, AB 2004, 196 en ABRS 21 april 2004, JB 2004, 230.

belangen van particulieren.³³ Voor de uitoefening van openbaar gezag spreekt deze plicht tot behartiging van het algemeen belang voor zich. De bevoegdheid om het desbetreffende openbaar gezag uit te oefenen is specifiek gegeven ter behartiging van een bepaald onderdeel van het algemeen belang; alleen de rechtstreeks betrokken belangen mogen worden betrokken bij de beslissing tot uitoefening van dat openbaar gezag (specialiteitsbeginsel). Maar ook indien de overheid een privaatrechtelijke rechtshandeling verricht (bijvoorbeeld het sluiten van een koopovereenkomst) of een feitelijke handeling verricht (denk aan onderhoudswerkzaamheden van eigendommen) kan en mag zij dat alleen doen ter behartiging van het algemeen belang. Datzelfde geldt ook voor de situatie dat de overheid beslist om in te spreken op of zienswijzen in te brengen in besluitvormingsprocedures, in bezwaar of beroep te komen of een procedure te starten bij de burgerlijke rechter. Hierbij kunnen we onderscheid maken tussen belangen *van* de overheid en aan een bestuursorgaan *ter behartiging opgedragen* belangen. Bij belangen van de overheid gaat het om de eigen belangen van de overheid. Het betreft dan in bestuursrechtelijke zin de situatie waarin de overheid een rechtstreeks belang heeft bij een bepaald besluit (artikel 1:2, eerste lid, Awb) en voor wat betreft de toegang tot de burgerlijke rechter om de situatie dat de overheid een rechtens te beschermen belang heeft bij een handeling van een andere overheid. Bij aan een bestuursorgaan ter behartiging opgedragen belangen gaat het om de belangen als bedoeld in artikel 1:2, tweede lid, Awb. Hiertoe behoort het al eerder genoemde geval dat de staatssecretaris van OCW omwille van de behartiging het belang van het behoud van monumenten in bezwaar en beroep kan komen tegen de verlening van een sloopvergunning voor een monument. Daarnaast kan de overheid (in de hoedanigheid van rechtspersoon) zich blijkens de jurisprudentie het belang van de naleving van bepaalde rechtsplichten door particulieren aantrekken en op die grond een procedure bij de burgerlijke rechter starten om de desbetreffende particulier te doen dwingen deze rechtsplicht na te leven.³⁴ Welke betekenis hebben deze regels inzake de belangen van en de opdracht tot behartiging van belangen aan de overheid nu voor het bijzondere karakter van het bestuursgeschil?

33 Of de overheid bepaalde belangen rechtens heeft en of aan een bestuursorgaan de behartiging van bepaalde belangen is opgedragen, zijn vragen van rechtsvinding die buiten het bestek van dit preadvies vallen.

34 Zie HR 18 februari 1994, AB 1994, 415, m.nt. G.A. van der Veen (Kabayel).

In hoofdstuk 1 hebben we het bestuursgeschil gedefinieerd als een verschil van inzicht tussen bestuurlijke rechtssubjecten over een bestuurlijk handelen of nalaten, dat tot uitdrukking komt doordat een van de betrokken bestuurlijke rechtssubjecten een door de wet geboden procedure voor geschilbeslechting heeft gestart. In combinatie met het voorgaande kunnen we het bestuursgeschil ook als volgt omschrijven:

Een verschil van inzicht van twee of meer overheden over de wijze van behartiging van het algemeen belang dat tot uitdrukking komt doordat een van de betrokken bestuurlijke rechtssubjecten een door de wet geboden procedure voor geschilbeslechting heeft gestart om zich te verzetten tegen een bepaald handelen of nalaten van de andere betrokken overheid dat strekt tot behartiging van het algemeen belang.

32

Deze omschrijving van het bestuursgeschil brengt tot uitdrukking dat het bestuursgeschil erop duidt dat er in dat concrete geval het risico bestaat dat het algemeen belang niet optimaal is of wordt gerealiseerd. Het specifieke daarbij is dat het een andere overheid is die – gezien vanuit zijn taak tot behartiging van het algemeen belang – op dat risico wijst. De vraag is vervolgens wat hieraan nu zo bijzonder is?

Op zich is ieder geschil tussen een particulier en de overheid te kwalificeren als een risico dat het algemeen belang niet optimaal wordt behartigd. Bij een bestuursgeschil doet zich echter de bijzondere situatie voor dat het algemeen belang zoals dat moet worden behartigd door de ene overheid komt te staan tegenover het algemeen belang zoals dat moet worden behartigd door de andere overheid. In zo'n geval moet een van beide visies over de behartiging van het algemeen belang wijken en is het des te belangrijker om zeker te stellen dat het algemeen belang daadwerkelijk optimaal wordt behartigd.

Voor sommige te nemen overheidsbeslissingen schrijft de wet dwingend voor hoe de inhoud van deze overheidsbeslissing moet luiden (gebonden bevoegdheden en besluitvorming). Voor de beslechting van bestuursgeschillen die hun oorsprong in een gebonden bevoegdheid vinden, biedt de desbetreffende wet de rechter in de regel voldoende aanknopingspunten voor beslechting van het geschil.

Een voorbeeld hiervan betrof het al genoemde bestuursgeschil over een subsidie voor een bedrijfsverplaatsing in Sassenheim.³⁵ Het hoger beroep van B&W was uitsluitend gericht tegen de wijze waarop de rechtbank zelf in de zaak had voorzien. De Afdeling vernietigde de uitspraak omdat de rechtbank met het geven van een billijkheidsoordeel was afgeweken van een dwingende regeling die in dit geval slechts tot één bepaald besluit kon leiden. Vervolgens voorzag de Afdeling zelf in de zaak door de volledige bijdrage toe te kennen.

In veel andere gevallen voorziet de wet in discretionaire bevoegdheden die nopen tot een afweging van belangen. Met name de bestuursgeschillen die hun oorsprong vinden in een overheidsbeslissing waarbij een afweging moest worden gemaakt tussen de belangen van verschillende overheden en de visies van deze overheden op de behartiging van het algemeen belang laten zien dat bestuursgeschillen een kwestie van interbestuurlijke besluitvorming zijn. Deze bestuursgeschillen laten ook zien dat interbestuurlijke besluitvorming en met name de interbestuurlijke belangenafweging bijzondere aandacht van de overheid vergen. De Landsbankizaak, de zaak van het detentiecentrum op Schiphol, de zaak van het waterschap Waterlanden en de zaak tussen de gemeente Zoetermeer en de gemeente Bleiswijk zijn hiervan voorbeelden.

33

In de uitspraak in de Landsbankizaak vernietigde de Afdeling het besluit tot spontane vernietiging mede wegens strijd met artikel 3:4, eerste lid, Awb (belangenafweging). Het besluit gaf er geen blijk van dat in de besluitvorming is meegewogen de inbreuk die door de spontane vernietiging van de besluiten tot het voeren van een rechtsgeding is gemaakt op de rechtszekerheid van de rechtspersonen waartoe de bestuursorganen behoren wat betreft de daadwerkelijke beschikbaarheid van een hun door de wet geboden rechtsgang, aldus de Afdeling.³⁶

³⁵ ABRS 6 januari 2000, JB 2000, 25.

³⁶ ABRS 22 april 2009, 200809196/1.

In de uitspraak in de zaak tussen de gemeente Haarlemmermeer en de staat over het detentiecentrum op Schiphol toetst de kort gedingrechter het vernietigingsbesluit uitdrukkelijk marginaal omdat het niet de taak van de rechter is om politieke afwegingen te maken. Bij zijn marginale beoordeling weegt de rechter mee dat voorafgaand aan het vernietigingsbesluit diverse pogingen zijn onderzocht om tot een compromis te komen, dat er een dwingend algemeen belang (voor de staat) bestaat bij het voorlopig gebruik kunnen maken van het detentiecentrum en dat niet aannemelijk is dat het detentiecentrum onvoldoende brandveilig is.³⁷

34

In de zaak over de grensafbakening tussen twee waterschappen moest de Afdeling zich buigen over de belangenafweging die ten grondslag had gelegen aan deze grensafbakening. Ofschoon de Afdeling met het appellerende waterschap van mening was dat een andere begrenzing uit waterstaatkundige oogpunt de voorkeur zou hebben, was de Afdeling er niet van overtuigd geraakt dat in dit geval strikt had moeten worden vastgehouden aan het uitgangspunt van waterstaatkundige eenheid. Naar de mening van de Afdeling had de minister bij de beslissing tot goedkeuring doorslaggevende betekenis kunnen toekennen aan het belang van afronding van een langdurig reorganisatieproces dat was gericht op een doelmatig en samenhangend beleid ten aanzien van het kwantitatieve en kwalitatieve waterbeheer in die regio.³⁸

In de zaak tussen de gemeente Zoetermeer en de gemeente Bleiswijk over het voorkeursrecht van de gemeente Bleiswijk had de gemeente Zoetermeer besloten tot het sluiten van overeenkomsten tot verkrijging van beschikkingsmacht over percelen grond in de gemeente Bleiswijk. Daardoor zou de gemeente Bleiswijk gehinderd kunnen worden in haar belang van de realisering van een bestemmingsplan in haar gemeente. In dat kader overwoog het Gerechtshof Den Haag dat een van de belangen van de

37 Rb. Den Haag 23 december 2005, Gst. 2006, 57, m.nt. J.M.H.F. Teunissen.

38 ABRS 21 januari 1999, AB 1999, 175.

gemeente bij het voorkeursrecht is het voeren van de regie bij de ontwikkeling van de grond, dat Bleiswijk met de onderhavige overeenkomsten de mogelijkheid was ontnomen om te bepalen welke partij het bestemmingsplan gaat uitvoeren, dat de mogelijkheid voor Bleiswijk om invloed uit te oefenen op de wijze en het tempo van uitvoering beperkter is dan wanneer Bleiswijk eigenaar van de grond zou zijn en dat de door de gemeente Zoetermeer gesloten overeenkomsten tot verkrijging van beschikingsmacht over de desbetreffende percelen tot effect hebben dat aan het belang van Bleiswijk bij haar voorkeursrecht afbreuk wordt gedaan.³⁹

Deze voorbeelden brengen niet alleen de interbestuurlijke belangenafweging en het belang daarvan in beeld, zij laten ook zien dat er – anders dan soms wordt vermoed – nog steeds bestuursgeschillen zijn die in ieder geval ten dele het karakter van een belangengeschil hebben. Immers, in alle vier de voorbeelden gaat het om kwesties waarbij de uitkomst van de bestuurlijke besluitvorming die uiteindelijk tot het bestuursgeschil leidde niet op voorhand door rechtsnormen was bepaald, maar het resultaat was van een beleidskeuze, van politieke besluitvorming. In de Landsbankizaak, de zaak van het detentiecentrum op Schiphol en de zaak van het waterschap Waterlanden blijkt dit duidelijk uit de uitspraak. In de zaak van de gemeente Bleiswijk tegen de beslissing van de gemeente Zoetermeer tot aankoop van de percelen grond is dat wat minder duidelijk. De politieke keuze waar het in deze zaak om draaide was de uitoefening van de discretionaire privaatrechtelijke bevoegdheid door de gemeente Zoetermeer tot het aangaan van de koopovereenkomsten.⁴⁰ Maar tot welke inzichten leidt de bevinding dat er nog steeds bestuursgeschillen zijn die in ieder geval ten dele het karakter van een belangengeschil hebben dan?

35

³⁹ Gerechtshof Den Haag 21 oktober 1999, BR 2000, p. 66.

⁴⁰ De vernietiging van deze koopovereenkomsten kon alleen tot stand komen na een door de Wet voorkeursrecht gemeenten voorgeschreven zware procedure voor beoordeling van het belang van de gemeente die een beroep op het voorkeursrecht doet en een weging door de rechter van dat belang tegenover het belang van de partij die de overeenkomst had gesloten.

Om te beginnen kunnen we vaststellen dat het huidige wettelijke stelsel van geschilbeslechting – vanwege de dominante focus op rechtsbescherming – verhult dat er ook belangengeschillen zijn die niet kunnen worden opgelost door toepassing van rechtsnormen. Of om in termen van Stellinga te spreken: ‘bij rechtsgeschillen zijn de belangen op voorhand door het recht gewaardeerd, terwijl dat bij belangengeschillen nog niet is geschied. Het onderscheid tussen rechts- en belangengeschillen dankt zijn oorsprong aan het feit dat geen enkel rechtsstelsel volledig kan zijn.’⁴¹ De ontwikkeling van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur heeft hier in zekere zin ook aan bijgedragen, doordat deze tot op zekere hoogte mogelijkheden bieden om een belangenafweging te beoordelen. Een tweede conclusie is dat, vanwege de plicht tot marginale toetsing van belangenafwegingen, de rechter belangenconflicten die achter bestuursgeschillen kunnen zitten niet of slechts ten dele kan beslechten. De vraag of het algemeen belang met de bestreden overheidsbeslissing op de meest doelmatige of de meest doeltreffende wijze wordt gediend, blijft daarmee meer dan eens onbeantwoord. De Afdeling brengt dit bijvoorbeeld in de zaak over de grensafbakening tussen de twee waterschappen in haar uitspraak duidelijk tot uitdrukking. In het navolgende hoofdstuk onderzoeken we of er een noodzaak is om een belangengeschil op te kunnen lossen en zo ja, of daarvoor een voorziening is te bedenken.

⁴¹ Stellinga, p. 5.

6 ALTERNATIEVEN VOOR RECHTERLIJKE BESLECHTING VAN BESTUURSGESCHILLEN?

Is er een noodzaak is om een bestuursgeschil op te kunnen lossen? Het antwoord op deze vraag is niet eenvoudig te geven. Als we kijken naar de praktijk zoals we die uit de jurisprudentie kennen, is die noodzaak niet evident en lijkt het probleem klein te zijn.

Om te beginnen lost de rechter veel bestuursgeschillen op, dat wil zeggen de bestuursgeschillen die het karakter van een rechtsgeschil hebben.

37

We mogen verwachten dat de voortdurende inspanningen van de rechter en de wetgever om te komen tot passende vormen van finale geschilbeslechting ook hun positieve effect zullen hebben op de rechterlijke beslechting van bestuursgeschillen. Voor de beslechting van bestuursgeschillen die (mede) het karakter van een belangengeschil hebben ligt dat anders, vanwege de marginale toetsing van de belangenafweging door de rechter. Voor de beslechting van belangengeschillen dient te worden gezien of een andere instantie dan de rechter kan worden gekozen. De meest voor de hand liggende optie is dan een bestuursorgaan te belasten met deze taak. Dit bestuursorgaan kan dan het bestuursgeschil ook op zijn beleidsmatige overwegingen beoordelen. Daarbij liggen de gedachten om artikel 136 Grondwet te revitaliseren of een nieuwe variant van het oude Kroonberoep wellicht voor de hand. Toch bestaan tegen deze oplossingen verschillende serieuze bezwaren.

Artikel 136 Grondwet zou sowieso moeten worden aangepast, omdat het vanwege het karakter van restvoorziening in de huidige redactie alleen een functie bij zuivere belangengeschillen kan hebben.

Bestuursgeschillen die mede het karakter van een rechtsgeschil hebben moeten aan de rechter kunnen worden voorgelegd. Dat is niet alleen in artikel 136 Grondwet zelf bepaald, maar is ook een notie inzake de rechtsbescherming voor overheden die door verschillende rechters is geëxpliciteerd (zie hoofdstuk 5). Bovendien omvat het artikel in zijn huidige vorm uitsluitend de belangengeschillen van openbare lichamen. Een ander bezwaar tegen revitalisering van artikel 136 Grondwet is dat de Kroon partij bij bestuursgeschillen kan zijn en niet in eigen zaak moet kunnen beslissen. Dat zou het draagvlak onder de regeling ondermijnen. Datzelfde bezwaar geldt ook voor de introductie van een nieuwe variant van het oude Kroonberoep. Een ander bezwaar tegen de introductie van een nieuwe variant van het oude Kroonberoep is dat het een verplichte regeling voor geschilbeslechting is die neerkomt op een vorm van administratief beroep. Zo'n keuze staat haaks op het streven van de Awb-wetgever om het administratief beroep zoveel mogelijk te beperken. Zo'n keuze staat ook haaks op keuzes die de wetgever heeft gemaakt ten aanzien van de verdeling van allerlei bevoegdheden en verantwoordelijkheden over verschillende bestuursorganen en het stelsel van interbestuurlijke verhoudingen en politieke controle dat de wetgever daarmee voor ogen heeft. Daarnaast heeft de introductie van een nieuwe variant van het oude Kroonberoep (en dit geldt ook voor de revitalisering van artikel 136 Grondwet) als consequentie dat deze voorziening alleen voor zuivere bestuursgeschillen een eindvoorziening kan zijn. Een Koninklijk Besluit ter beslechting van een onzuiver bestuursgeschil of een pseudozuiver bestuursgeschil moet ingevolge artikel 6, eerste lid, EVRM immers altijd door de belanghebbende particulier ter beoordeling aan de rechter kunnen worden voorgelegd.

Het voorgaande mag er dan op wijzen dat de mogelijkheid van bestuurlijke beslechting van een belangengeschil een weinig reële optie is, toch is er een reël belang om te proberen te komen tot een voorziening voor bestuurlijke beslechting van belangengeschillen.

Juist omdat belangengeschillen niet tot een oplossing kunnen worden gebracht, kunnen interbestuurlijke verhoudingen verslechteren.

Omgekeerd mag van een bestuurlijke voorziening voor de beslechting

van belangengeschillen worden verwacht dat deze juist kan bijdragen aan de zorgvuldigheid van het besluitvormingsproces en de belangenafweging in het bijzonder en aan het draagvlak voor de uitkomst. Het betrekken van een derde partij bij de beslechting van belangengeschillen kan bovendien de betrokken partijen gedeeltelijk ontlasten van de verantwoordelijkheid voor de oplossing van het geschil.

De wens om toch een bestuurlijke voorziening voor beslechting van belangengeschillen te treffen laat dan nog drie opties open:

- Bestuurlijke arbitrage
- Mediation
- Bindend advies.

Van bestuurlijke arbitrage kunnen we hier spreken indien de partijen bij een bestuursgeschil op basis van een overeenkomst bepalen dat een onpartijdige arbiter met de status van bestuursorgaan in hun bestuursgeschil een bindende uitspraak geeft. In het bestuursrecht zou de uitspraak van de arbiter de status van een besluit kunnen hebben en heeft dat besluit als zodanig gelding. Bij mediation gaat het om het gezamenlijk door partijen zelf oplossen van een geschil met behulp van een neutrale derde, de *mediator*. Het doel van mediation is een oplossing tot stand te laten komen waarin beide partijen zich kunnen vinden en die in hun belangen op aanvaardbare wijze tegemoet komt. Een bindend advies is wordt evenals de uitspraak van een arbiter gegeven door een onafhankelijke derde. Het bindend advies heeft echter niet de status van een besluit, maar van een advies waaraan partijen zich bij het nemen van hun besluit (of andere beslissing) dienen te houden.

Alle drie de opties hebben met elkaar gemeen dat het hier om niet verplichte voorzieningen gaat, dat wil zeggen om voorzieningen die partijen alleen gebruiken als zij over het gebruik daarvan met elkaar overeenstemming hebben bereikt. Een voordeel hiervan is dat partijen niet tegen hun zin kunnen worden betrokken in een procedure die tot verlies van hun beslissingsbevoegdheid kan leiden. Van deze drie opties stuit bestuurlijke arbitrage op het bezwaar dat dat leidt tot een wijziging in het door de wetgever geschapen systeem van verdeling van bevoegdheden en

verantwoordelijkheden en kenmerken heeft van het administratief beroep. Bestuurlijke arbitrage ten aanzien van bestuursgeschillen over een bestuursrechtelijke kwestie is dan ook alleen toegestaan indien de wet een uitdrukkelijke grondslag biedt voor arbitrage. Een andere vraag is bovendien wie de arbiter zou moeten zijn. De Kroon valt af vanwege het feit dat de Kroon ook partij bij een bestuursgeschil kan zijn. De opties dat partijen zelf een of meer arbiters aanwijzen of dat daarvoor een speciaal zelfstandig bestuursorgaan kan worden ingeschakeld zijn ook onwenselijk omdat de arbitrerende instantie dan niet onder (volledige) politieke controle functioneert, terwijl dat vanwege de beleidskeuzes die met de arbitrerende beslissing juist van belang is.

40

De optie mediation heeft als voordeel dat het hier om een vrij informele figuur gaat die juist specifiek aandacht besteedt aan de betrokken belangen. Bovendien draagt het vormvrije karakter van mediation eraan bij dat mediation in veel verschillende soorten conflicten kan worden gebruikt.⁴² Het informele karakter van mediation kan tegelijkertijd ook een nadeel zijn omdat partijen het gevoel kunnen hebben dat de procedure te weinig zekerheid of houvast biedt, dat mediation van bestuursgeschillen zeer deskundige mediators vergt, dat de uitkomst ervan niet bindend is en dat partijen ten volle de verantwoordelijkheid dragen voor de uitkomst van de procedure. Dat laatste kan een nadeel zijn als partijen er juist behoefte aan hebben om een deel van de verantwoordelijkheid voor de oplossing van het geschil te beleggen bij een onafhankelijke derde. Bovendien kan bij mediation de aandacht misschien te veel komen te liggen op de belangen en te weinig aandacht uitgaan naar de formele juridische kaders waarbinnen de oplossing ook moet passen.

De optie van het bindend advies biedt misschien nog wel de meeste mogelijkheden. De procedure voor bindende advisering vertoont veel overeenkomsten met de behandeling van een bezwaarschrift door een

⁴² Een bijzonder aspect van mediation in het bestuursrecht is dat het specialiteitsbeginsel ertoe kan nopen dat de oplossing voor het geschil niet geheel zijn beslag kan krijgen in het nieuwe besluit, maar mede in een afzonderlijke overeenkomst tussen partijen moet worden vastgelegd. Zie in dit verband H.D. Tolsma, Het specialiteitsbeginsel en bemiddelend bestuur, JBplus 2008, p. 126-136.

onafhankelijke bezwaarschriftencommissie. Het advies van de bindend adviseur is vervolgens bindend voor de betrokken partijen in die zin dat zij het advies moeten opvolgen bij het nemen van hun besluit of andere beslissing, tenzij het advies in strijd met het recht is. Een belangrijke voorwaarde daarbij is wel dat wordt voorzien in een wettelijke regeling voor de procedure van bindende advisering, voor de juridische status van het bindend advies en voor de benoeming van deskundige bindend adviseurs. Voor dat laatste zou de Raad van State kunnen worden ingeschakeld. Deze nieuwe taak zou in de plaats kunnen komen van zijn taak als bedoeld in artikel 15c, eerste lid, Wet op de Raad van State tot het opstellen van een ontwerp van een koninklijk besluit als bedoeld in artikel 136 Grondwet. Het voordeel van deze procedure is dat deze niet leidt tot een wijziging in bevoegdheden en verantwoordelijkheden van de partijen bij het bestuursgeschil, maar dat de adviseur wel een verantwoordelijkheid draagt voor de inhoud van het advies.

7 SLOTBESCHOUWING

In dit preadvies hebben we ons de vraag gesteld of er in juridische zin behoefte bestaat aan dan wel of er een noodzaak is voor een speciale regeling voor bestuurlijke beslechting van bestuursgeschillen. We hebben daarbij gebruik gemaakt van enkele praktijkvoorbeelden. Om deze vraag te kunnen beantwoorden hebben we eerst onderzocht wat we onder een bestuursgeschil moeten verstaan. Bestuursgeschillen zijn wat betreft hun vorm geschillen tussen bestuurlijke rechtssubjecten. Dit zijn rechtssubjecten die tot het bestuur behoren; het betreft hier zowel bestuursorganen als rechtspersonen. Bestuursgeschillen zijn wat betreft hun inhoud verschillen van mening tussen bestuurlijke rechtssubjecten over de (wijze van) behartiging van het algemeen belang. Deze verschillen van mening komen in de rechtspraktijk aan de oppervlakte doordat een van de betrokken bestuurlijke rechtssubjecten een rechtsbeschermingsprocedure start tegen het handelen of nalaten van een ander bestuurlijk rechtssubject. Het kan dan zowel gaan om bestuursrechtelijke procedures van bezwaar en beroep, als om procedures bij de burgerlijke rechter.

43

Dat bestuursgeschillen meestal alleen aan de oppervlakte komen via een rechterlijke procedure legt een nadruk op de juridische aspecten van het bestuursgeschil: het ene bestuurlijke rechtssubject verwijt het andere bestuurlijke rechtssubject bij de behartiging van het algemeen belang bepaalde rechtsnormen te hebben geschonden. Deze nadruk op de juridische aspecten van het bestuursgeschil werkt in zekere zin verhullend ten aanzien van de aard van het bestuursgeschil.

Meer dan eens gaan bestuursgeschillen niet zo zeer over de schending van een rechtsnorm, maar over de schending van een of meer doelmatigheidsnormen. Meer dan eens wordt weliswaar de schending van een rechtsnormen opgeworpen, maar dan alleen omdat het werkelijke argument, de schending van een doelmatigheidsnorm, in een procedure bij de rechter niet kan worden opgeworpen. Dit brengt ons bij weer bij enkele andere inzichten over het bestuursgeschil.

Het bestuursgeschil gaat over de behartiging van het algemeen belang, waarbij die behartiging van het algemeen belang in de meeste gevallen tot uitdrukking komt in een rechtshandeling. Met die rechtshandeling wordt nieuw recht geschapen ter behartiging van het algemeen belang. Het bestuursgeschil brengt tot uitdrukking dat het ene bestuurlijke rechtssubject bij de voorbereiding van die rechtshandeling, dus bij het scheppen van nieuw recht, naar het oordeel van het andere bestuurlijke rechtssubject bepaalde normen niet in acht heeft genomen. Deze rechts-scheppende handeling is in de eerste plaats een politiek-bestuurlijke handeling, een beleidsbeslissing, en is pas in de tweede plaats een juridische handeling. Uit verschillende voorbeelden van aan de rechter voorgelegde bestuursgeschillen kunnen we opmaken dat het bestuursgeschil vooral of mede betrekking had op een beleidskeuze, een afweging van belangen. In die gevallen betrof het een politiek geschil en veel minder een juridisch geschil en waren het niet of slechts ten dele juridische argumenten, maar vooral of mede doelmatigheidsargumenten ter ondersteuning van bepaalde te behartigen belangen die tegen de gemaakte belangenafweging waren ingebracht. Dit zijn de zogenoemde belangengeschillen.

Het voorgaande brengt ons vervolgens bij het inzicht dat rechterlijke beslechting van bestuursgeschillen misschien wel voor een aantal bestuursgeschillen, de rechtsgeschillen, een oplossing kan bieden, maar voor belangengeschillen niet. Uit de jurisprudentie blijkt in ieder geval dat rechters, en met name bestuursrechters, prima in staat zijn om bestuursgeschillen met het karakter van een rechtsgeschil te beslechten. In zoverre is hierin geen argument gelegen om de beslechting van bestuursgeschillen met het karakter van een rechtsgeschil aan de rechter te onttrekken en bij een bestuursorgaan neer te leggen. Sterker nog, zo'n keuze staat haaks op een weloverwogen keuze van de wetgever om het systeem van rechtsbescherming zowel op de particulier als op de overheid van toepassing te laten zijn. Dit klemmt eens te meer als we bedenken dat het systeem van rechtsbescherming sowieso van toepassing is op bestuursgeschillen waarbij ook particulieren partij (kunnen) zijn, de onzuivere en pseudozuivere bestuursgeschillen. Voor de bestuursgeschillen met het karakter van een belangengeschil geldt dat de rechter niet

bevoegd is om daarover te oordelen. Deze bestuursgeschillen mag de rechter niet beslechten omdat hij dan op de stoel van het bestuur zou gaan zitten. Moeten deze belangengeschillen dan maar onbeslecht blijven?

Als we deze vraag vanuit de theorie proberen te beantwoorden zijn er twee invalshoeken waarmee we rekening moeten houden. De eerste is dat ons staatsbestel van oudsher ervan uit gaat dat de Kroon de bevoegdheid heeft om bestuursgeschillen te beslechten. Aldus is in principe voorzien in een bestuurlijke voorziening voor beslechting van bestuursgeschillen. De juridische realiteit is dat de grondwettelijke bepaling die hiervoor is geschapen (artikel 136 Grondwet) in de praktijk in onbruik is geraakt. Dit met name omdat de bevoegdheid van de (bestuurs)rechter om geschillen waaronder ook bestuursgeschillen te beslechten in de loop der tijd aanmerkelijk is verruimd. Dat doet niet af aan het feit dat dit erop wijst dat een bestuurlijke voorziening voor beslechting van bestuursgeschillen in ieder geval lange tijd wenselijk werd geacht.

45

De tweede invalshoek is dat ons staatsbestel er ook van uit gaat dat in beginsel telkens slechts één bestuursorgaan eerste verantwoordelijk is voor de behartiging van een bepaald aspect van het algemeen belang binnen een bepaald territoir en daartoe de benodigde bevoegdheid en verantwoordelijkheid draagt. Deze bevoegdheid en verantwoordelijkheid strekken tot de behartiging van door de wetgever aangegeven belangen en impliceren dat bij dat bestuursorgaan het primaat ligt voor het maken van de bij die belangen behorende beleidskeuzes (specialiteit). Vanuit deze invalshoek bezien moeten we in ieder geval terughoudendheid betrachten bij het scheppen van een voorziening voor geschilbeslechting die al te gemakkelijk een inbreuk maakt op deze door de wetgever weloverwogen verdeling van bevoegdheden en verantwoordelijkheden. Beslechting van bestuursgeschillen door de Kroon of door een ander bestuursorgaan impliceert immers een bevoegdheid van de Kroon of dat andere bestuursorgaan waarmee het oorspronkelijk bevoegde bestuursorgaan overruled zou kunnen worden. In hedendaagse bestuursrechtelijke termen zou dit een procedure voor administratief beroep opleveren, hetgeen een procedure is waarvan we met de introductie van de Awb zo veel mogelijk afscheid hebben willen nemen. De keuze voor een procedure

voor administratief beroep heeft bovendien een verplicht karakter: als je een procedure over het bestuursgeschil wilt starten, ben je verplicht om die procedure (eerst) te gebruiken. Een bijkomend – maar niet onbelangrijk – probleem is dat deze procedure geen afbreuk mag doen aan de rechten van particulieren inzake rechtsbescherming. Voor al die bestuursgeschillen waarbij ook burgers een belang hebben, zou deze procedure dan geen eindvoorziening kunnen zijn. Zo'n procedure leidt ook tot een ingewikkelde afbakening van de bevoegdheid van het bestuursorgaan dat bevoegd zou moeten zijn tot geschilbeslechting.

Dat een voorziening voor administratief beroep hier niet wenselijk is en dat daarom een revitalisering van artikel 136 Grondwet ook niet wenselijk is, betekent echter niet dat er in het geheel geen voorziening voor bestuurlijke beslechting van bestuursgeschillen denkbaar is. Beide invalshoeken zijn namelijk tot op zekere hoogte met elkaar te verenigen via de constructie van de vrijwillige procedure voor bindend advies: op basis van een (vrijwillige) overeenkomst kunnen de betrokken bestuurlijke rechtssubjecten ervoor kiezen om hun bestuursgeschil voor advies voor te leggen aan een onafhankelijke bindend adviseur. Deze mogelijkheid is in de eerste plaats bruikbaar hangende bezwaar of beroep tegen een besluit, maar ook in het geval dat alleen de burgerlijke rechter het bestuursgeschil mag beoordelen. Het advies van deze adviseur, dat met name ziet op de belangenafweging, moet vervolgens worden betrokken bij de heroverweging van de beleidskeuze waaruit het bestuursgeschil is voortgekomen. Het is vervolgens niet toegestaan om van dit advies af te wijken, tenzij het advies in strijd met het recht is. Tegen de beleidskeuze die de uitkomst is van de heroverweging op basis van bindend advies staan dezelfde middelen van rechtsbescherming open als tegen de bestreden beleidskeuze. Deze procedure voor bindend advies kan vanzelfsprekend niet worden gebruikt als particulieren tegen de bestreden beleidskeuze bezwaar of beroep hebben ingesteld. In aansluiting op de afspraken die de centrale overheid en de decentrale overheden zijn aangegaan in de Code interbestuurlijke verhoudingen ligt het voor de hand om de Raad van State aan te wijzen als de instantie voor bindend advies ten behoeve van de beslechting van bestuursgeschillen. Als we deze keuze zouden maken, is dat in

feite een zekere correctie op een inschatting die is gemaakt bij de afschaffing van het toenmalige Kroonberoep, te weten de inschatting dat de beslechting van bestuursgeschillen volledig aan de rechter kon worden overgelaten.

Met het voorgaande is nog niet aangetoond dat een procedure voor bindend advies ten behoeve van de beslechting van bestuursgeschillen wenselijk of zelfs noodzakelijk is. We kunnen deze vraag vanuit drie perspectieven beantwoorden, te weten het juridische perspectief, het bestuurlijke perspectief en het praktijkperspectief.

In juridische zin is er een zekere noodzaak, omdat het huidige systeem niet langer expliciet voorziet in een passende regeling voor bestuurlijke beslechting van bestuursgeschillen. Dat is een zeker gemis in het systeem, omdat bestuursgeschillen met het karakter van een belangengeschil zich nog steeds kunnen voordoen. Tegelijkertijd moeten we erkennen dat het juridische systeem reeds ten dele voorziet in de mogelijkheid voor bindend advies, zonder dat daarvoor een wettelijke regeling nodig is. De betrokken bestuurlijke rechtssubjecten staat het immers in beginsel vrij om af te spreken dat zij deze procedure voor bindend advies volgen en deze beperkingen aan zich zelf opleggen. De huidige wetgeving voorziet op dit moment echter nog niet specifieke procedurele regels, in een wettelijke verankering van de status van het bindend advies (advies is bindend, tenzij) en in de aanwijzing van (een daartoe specifiek ingestelde) afdeling van de Raad van State als bindend adviseur.

47

In bestuurlijke zin is het in ieder geval wenselijk om in deze procedure voor bindend advies te voorzien. De verschillende voorbeelden uit de jurisprudentie laten zien dat zich in de interbestuurlijke verhoudingen diepgaande belangengeschillen kunnen voordoen. Het huidige staats- en bestuursrecht voorziet niet in een vaste praktijk om deze belangengeschillen op te lossen. De rechter mag niet oordelen over deze belangengeschillen en verder is er geen andere onafhankelijke instantie formeel aangewezen die zich daar wel over mag uitlaten. Dat zo'n instantie er niet is, betekent dat bemiddelende oordelen en adviezen die kunnen bijdragen aan het belangengeschil uitblijven en dat zulke belangengeschillen (al

dan niet onderhuids) kunnen blijven voortduren, ook als het geschil bij de rechter is beëindigd of zelfs niet eens aanhangig is gemaakt. Het vastleggen in wetgeving van deze voorziening voor bindend advies kan bijdragen aan de ontwikkeling van een praktijk die hierin verandering brengt. In praktische zin is de noodzaak van een procedure voor bindend advies bij beslechting van bestuursgeschillen aan de hand van de jurisprudentie niet eenvoudig aan te tonen. We hebben verschillende voorbeelden gezien van rechterlijke uitspraken over bestuursgeschillen waarbij al dan niet op de achtergrond een belangengeschil speelde. Dat betekent echter niet dat in die gevallen het onderliggende belangengeschil ook had kunnen worden opgelost met behulp van de procedure voor bindend advies. Immers, we kunnen niet vaststellen dat partijen in die gevallen ook bereid zouden geweest om van de procedure gebruik te maken. Evenmin kunnen we op basis van de ons ter beschikking staande gegevens bepalen wat de uitkomst van zo'n procedure voor bindend advies zou zijn geweest. Bovendien is op basis van de jurisprudentie maar een beperkt kwantitatief beeld te krijgen van het aantal bestuursgeschillen met het karakter van een belangengeschil. Het is aannemelijk dat met een analyse van de jurisprudentie maar een beperkt aantal belangengeschillen aan de oppervlakte komen. Zolang we – mede vanwege de inherente beperkingen van het bestaande systeem van rechtsbescherming – niet met bestuurskundige onderzoeksmethoden kijken naar de bestuursgeschillen kunnen we over de omvang en ernst van het probleem voor de bestuurlijke praktijk maar in beperkte mate uitspraken doen.

Het voorgaande neemt niet weg dat bestuurlijke rechtssubjecten die in een conflict met elkaar komen over de behartiging van het algemeen belang op zich reeds nu kunnen kiezen voor een procedure voor (bindend) advies, ook bij de Raad van State. De afspraken die zijn gemaakt in de Code interbestuurlijke verhoudingen bieden hiervoor tot op zekere hoogte een grondslag. Met name in zaken waarbij de regering partij is, zoals de Landsbankizaak en de zaak over het detentiecentrum op Schiphol, is het zinvol om deze in een vroegtijdig stadium voor advisering aan de Raad van State voor te leggen. Artikel 15, tweede lid, Wet op de Raad van State

biedt de regering hiertoe de mogelijkheid. Zou de regering hiervoor kiezen en het goede voorbeeld geven, dan zouden we op basis van de daarmee opgedane ervaringen de praktische waarde van deze methode van geschilbeslechting beter kunnen vaststellen.