

Proefprocessen en rechtsvorming - ook de bestuursrechter maakt strategische keuzes

mr. M. Wolfrat en mr. K. de Meulder¹

¹ M. Wolfrat en K. de Meulder zijn rechter in de rechtbank Midden-Nederland. Zij schreven deze bijdrage op persoonlijke titel en bedanken D.A. Verburg, R.J. Koopman, N.H. van den Biggelaar en A.A.M. Elzackers voor hun hulp bij de totstandkoming ervan.

Managementsamenvatting

In dit preadvies beschouwen wij het strategisch procederen vanuit de positie van de bestuursrechter. Centraal staat de vraag of de bestuursrechter met de hem ten dienste staande instrumenten voor het maken van strategische keuzes principiële procedures voldoende tot hun recht kan laten komen. Daarbij gaan wij aan de ene kant in op de bestuursrechter aan wie een proefproces ter beoordeling wordt voorgelegd en aan de andere kant op de bestuursrechter die zich geroepen voelt om een rechtsvormende uitspraak te doen. Daarbij kijken wij naar de situatie in eerste aanleg en in hoger beroep. Bij een proefproces gaat het om een principiële zaak die op initiatief van een procespartij wordt aangespannen en bij een rechtsvormende uitspraak gaat het om de bestuursrechter die onafhankelijk van de inbreng van partijen een principiële oordeel geeft over een zaakoverstijgende rechtsvraag.

De gereedschapskist van de bestuursrechter biedt verschillende mogelijkheden om de behandeling van een proefproces op de gewenste wijze in te richten en te sturen. Denk daarbij aan een regiezitting, versnelde behandeling of een extra schriftelijke ronde in de fase van het vooronderzoek. Het is daarbij wel van belang dat partijen de bestuursrechter – meer dan nu het geval is – vanaf het begin actief informeren dat sprake is van een proefproces en over de achterliggende redenen van de procedure. Ook procespartijen kunnen in samenspraak met de bestuursrechter regisseren. Wij constateren dat de informatievoorziening over de insteek en handelwijze van het proefproces van zowel de zijde van partijen als van de zijde van de bestuursrechter met name in eerste aanleg voor verbetering vatbaar is. Daarbij is er ook op gewezen dat de bestuursrechter – meer dan nu het geval is – in de uitspraak en de bijbehorende communicatie tot uitdrukking moet brengen dat sprake is van een proefproces. Dat maakt het voor de buitenwereld mogelijk om actiever kennis te nemen van maatschappelijke discussies.

Ondanks dat rechtsvorming meer een taak is van de hogerberoepsrechter is onzes inziens hiervoor ook een taak weggelegd voor de bestuursrechter in eerste aanleg. Het is van belang dat partijen in een zo vroeg mogelijk stadium door de bestuursrechter erover worden geïnformeerd dat er een zaakoverstijgende / principiële rechtsvraag speelt. Tijdige signalering van zaken waarin een zaakoverstijgende rechtsvraag zit is dan ook van groot belang. De bestuursrechter moet dan eerder dan nu vaak in de praktijk het geval is de regie nemen over de zaak. Ook moet kritisch worden gekeken naar de wijze waarop een (rechtsvormende) zaak wordt behandeld; een dergelijke procedure vergt meer maatwerk. De bestuursrechter heeft voldoende gereedschap in zijn kist maar moet het dan wel gaan gebruiken. Verder is in het natraject, na de einduitspraak, de informatievoorziening door de bestuursrechter, voor verbetering vatbaar.

Rechtsvorming speelt juist in hoger beroep. De drie hogerberoepscolleges met de Hoge Raad letten erop dat binnen hun eigen domeinen steeds dezelfde lijn wordt gevolgd. Over algemeen bestuursrechtelijke onderwerpen vindt onderling afstemming plaats. Sinds 1 januari 2013 hebben de hogerberoepscolleges ook de mogelijkheid om zaken met het oog op de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling naar een grote kamer te verwijzen. Een behandeling door een grote kamer maakt voor de buitenwereld duidelijk dat het om een belangwekkende zaak gaat, waarvan het bereik groter kan zijn en ook bedoeld is te zijn dan slechts de omstandigheden en feitelijkheden uit de specifieke voorliggende zaak. De mogelijkheid van afstemming tussen en binnen de hogerberoepscolleges gebeurt ook op informele wijze. Ten slotte zetten hogerberoepscolleges hun principiële uitspraken met persberichten duidelijk kenbaar ‘in de etalage’, al zouden zij in het voorkomende geval de brede toepasbaarheid van een uitspraak soms meer kunnen onderstrepen.

Ondanks de gesignaleerde verbeterpunten en mogelijke knelpunten, is de bestuursrechter met de hem ten dienste staande instrumenten voor het maken van strategische keuzes in staat principiële procedures voldoende tot hun recht te laten komen. De bestuursrechter is met zijn gereedschapskist dus voldoende toegerust al is een zaklamp voor wat extra licht (transparantie) soms wel gewenst.

1. Inleiding

1.1 Partijen en de bestuursrechter weten van elkaar niet waarom ze iets doen

Het komt met enige regelmaat voor dat partijen die een procedure bij de bestuursrechter zijn gestart na de zitting lang moeten wachten op de uitspraak in hun zaak. Standaardbrieven van de griffier met de mededeling dat de uitspraaktermijn wordt verlengd kunnen elkaar opvolgen. Voor procespartijen is op basis daarvan niet te zeggen wat de reden van de vertraging is. Vaak is dat te wijten aan de werklast bij de rechtbanken die helaas groot is, maar soms is het een bewuste keuze van de behandelend rechter om de zaak nog even te laten liggen. Daarvoor kunnen goede redenen zijn die specifiek met de betreffende zaak te maken hebben, bijvoorbeeld de verwachting dat een meervoudige kamer van die rechtbank of een hogerberoepsrechter op korte termijn uitspraak zal doen over een vergelijkbaar geschil. Maar zou het dan niet zorgvuldig zijn als de brief van de griffier daarvan melding maakt, zodat partijen weten waar ze aan toe zijn? ²

Ook het omgekeerde is denkbaar, namelijk dat de bestuursrechter moet gissen naar wat partijen beweegt bij het instellen van beroep of naar wat er naast de bij hem lopende procedure nog meer speelt. Het gebeurt regelmatig dat bij één rechtbank meerdere zaken aanhangig zijn die gebaseerd zijn op zeer vergelijkbare feitencomplexen of die beantwoording van dezelfde rechtsvraag oproepen. Het gevolg is dat verschillende bestuursrechters, vaak binnen één gerecht, zich bezighouden met bijvoorbeeld het alsnog toekennen van (a) een arbeidsongeschiktheidsuitkering, (b) het als gevolg daarvan herzien van een eerder verleende bijstandsuitkering en (c) de daarmee samenhangende wijzigingen van besluiten waarbij toeslagen zijn toegekend. Het werkproces bij de rechtbanken is helaas niet ingericht op het stroomlijnen van de behandeling van dit soort samenhangende zaken, hoewel dat voor partijen meestal wel de beste oplossing van het (totaal)geschil kan bieden. Het voegt dan iets toe als partijen de bestuursrechter informeren over deze samenhang van besluiten en procedures. Zoals blijkt uit het preadvies van R. Stolk komt het nu vaak voor dat belangenorganisaties achter de schermen optreden bij een beroepsprocedure van een individuele burger. Ook dan onttrekt het zich aan de waarneming van de rechter dat er meer speelt dan alleen de kwestie zoals die uit het dossier naar voren komt.

1.2 Transparantie bij proefprocessen en rechtsvorming

Het is dus wenselijk dat de bestuursrechter en procespartijen over en weer transparant zijn in hun communicatie als het gaat om (de redenen voor) het instellen van beroep, het inrichten van de procedures en de keuzes die daarbij gemaakt kunnen worden. Dit is nog belangrijker in zaken waarbij sprake is van principiële ingestoken beroepen of uitspraken die afwijken van de standaardstroom aan zaken. Dat is waar we ons in dit preadvies op richten. Als het gaat om principiële zaken die op initiatief van een procespartij worden aangespannen zullen we het daarbij hebben over proefprocessen. Als het gaat om de bestuursrechter die onafhankelijk van de inbreng van partijen een principiële oordeel geeft over een zaaksoverstijgende rechtsvraag zullen we dat een rechtsvormende uitspraak noemen.

Proefprocessen en rechtsvormende uitspraken zullen elkaar vaak overlappen, maar zeker niet altijd. Het zal vaak zo zijn dat met een proefproces ook potentieel rechtsvormende, door de bestuursrechter te behandelen vragen worden opgeworpen. Maar een bestuursrechter kan aan de andere kant ook goed onderkennen dat een zaak voor procespartijen als proefproces wordt gezien, terwijl hij daar verder geen rechtsvormende taak ziet weggelegd.

² Zorgvuldigheid in de zin van een mededeling aan partijen omtrent de reden van verlenging van de uitspraaktermijn speelt ook in geval van een mogelijke overschrijding van de redelijke termijn; zie het arrest van de HR van 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:252.

1.3 Afbakening

In dit preadvies zullen wij het strategisch procederen nader beschouwen vanuit de positie van de bestuursrechter. Onze perspectieven daarbij zijn dus aan de ene kant de bestuursrechter aan wie een proefproces ter beoordeling wordt voorgelegd en aan de andere kant de bestuursrechter die zich geroepen voelt om een rechtsvormende uitspraak te doen. Uit de andere preadviezen in deze bundel blijkt dat bestuursorganen en eisende partijen strategische keuzes kunnen maken en dat ook doen, maar geldt dat ook voor de bestuursrechter?

Er valt veel over dit onderwerp te zeggen, met uiteenlopende onderliggende thema's. We hebben onze inbreng daarom willen beperken en we behandelen een aantal zaken bewust niet. Bij de bespreking van proefprocessen richten we ons op zaken die door de procespartij(en) principieel worden ingestoken en die door de bestuursrechter vervolgens ook als zodanig worden beoordeeld. Zaken die als proefproces zijn aangebracht maar die door de bestuursrechter om wat voor reden dan ook – een evident ontvankelijkheidsprobleem bijvoorbeeld – niet als zodanig aandacht krijgen vallen buiten onze beschouwing. Bij rechtsvormende uitspraken daarentegen kan het enerzijds zijn dat een procespartij al voor een principiële route heeft gekozen, maar anderzijds ook dat de bestuursrechter op een op standaardwijze gepresenteerde zaak principieel beslist. Bij de bespreking hierna van rechtsvormende uitspraken kan aan beide opties worden gedacht.

Verder gaan we ervan uit dat procespartijen in hun deelname aan proefprocessen de intentie hebben om daadwerkelijk een inhoudelijk principieel punt aan de bestuursrechter voor te leggen. De praktijk kent ook voorbeelden van zaken waar vraagtekens kunnen worden gezet bij het bredere doel dat partijen nastreven en waarin de bestuursrechter soms tot het oordeel komt dat misbruik van recht wordt gemaakt, of dat nu op aangeven van de wederpartij is of op basis van het ambtshalve oordeel van de bestuursrechter. Ook die zaken zijn potentieel als proefproces of als rechtsvormend te betitelen, maar dat laten we hier eveneens buiten beschouwing.³

Tot slot vormen ook massale procedures, waarbij een groot aantal vergelijkbare zaken gelijktijdig aan de bestuursrechter wordt voorgelegd of waarbij die zaken juist afhankelijk zijn van de beslissing in één zaak, niet onze focus. Massale procedures⁴ kunnen bij de bestuursrechter tot allerlei processuele en praktische complicaties leiden.⁵ Voor onze bijdrage zijn massale procedures alleen interessant als daarbij het proefproces als instrument wordt ingezet of als er voor de bestuursrechter een rechtsvormend element in zit. Dat dan sprake kan zijn van een massale procedure benoemen we hierna niet meer expliciet.

1.4 Opbouw preadvies

We zullen eerst, in paragraaf 2, ingaan op de vraag hoe proefprocessen en rechtsvorming zich verhouden tot het Nederlandse bestuursprocesrecht, dat is ingericht op de behandeling van individuele zaken. Dat is van belang, omdat het procesrecht belemmerend kan werken bij de mogelijkheden die er zijn voor het principieel en zaaksoverstijgend behandelen van bestuursrechtelijke geschillen. Die belemmeringen zijn er zowel voor procespartijen bij een proefproces als voor de bestuursrechter die aan rechtsvorming wil doen. In paragraaf 3 gaan we in op proefprocessen. Daarbij gaat het om procedures die het doel hebben een uitspraak te verkrijgen die breder toepasbaar is dan in de

³ Zie voor een voorbeeld ABRvS 22 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2311, over misbruik van recht in zaken op grond van de Wet openbaarheid van bestuur.

⁴ Zie L.A. van Heusden, J.J. Westland, T.C. Gerverdinck, C.A.H. Bickers, C.J.M. van Doorn en I.N. Tzankova, *Massale procedures*, Jonge VAR-reeks 12, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

⁵ Y.E. Schuurmans, *Massale procedures in het bestuursrecht*, NJB 2013/1251.

individuele zaak zelf. We zullen bespreken aan de hand van welke instrumenten van de bestuursrechter regie kan worden gevoerd bij een proefproces. De mogelijkheden om een procedure te regisseren zijn namelijk tegelijkertijd ook de instrumenten die de bestuursrechter heeft bij het maken van strategische keuzes in een proefproces. De vraag die we behandelen is hoe de bestuursrechter zijn regierol zo kan inzetten dat in samenspraak met de procespartijen en binnen de procesrechtelijke mogelijkheden de procedure zo kan worden ingericht dat het proefproces de aandacht krijgt die partijen voor ogen hebben.

Als het gaat om rechtsvorming zullen we, in paragraaf 4, eerst kijken naar de manier waarop de bestuursrechter daar in eerste aanleg mee omgaat. Is het wel zijn taak om aan rechtsvorming te doen, of is dat gelet op het systeem van gelaagde rechtsbescherming meer iets voor de hogerberoepsrechter? Ervan uitgaande dat bestuursrechters in eerste aanleg inderdaad aan rechtsvorming doen, kunnen we vanuit onze eigen ervaring een inkijkje geven in de wijze waarop zaken worden geselecteerd. Ook hier gaan we in op de vraag welke mogelijkheden de bestuursrechter heeft om het proces in een beroepszaak zo te sturen dat daarmee het kunnen doen van een rechtsvormende uitspraak zo goed mogelijk handen en voeten kan krijgen. De rol die procespartijen daarin al dan niet kunnen spelen en de transparantie die vanuit de rechtbanken wordt betracht in dat proces speelt daarbij een belangrijke rol.

Rechtsvorming speelt ook – natuurlijk, en misschien juist – in hoger beroep. Daar gaan we in paragraaf 5 op in. Vanuit de elf rechtbanken komen zaken in hoger beroep – afhankelijk van het bestuursrechtelijke domein – bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS), de Centrale Raad van Beroep (CRvB) of het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) terecht en die drie colleges met de Hoge Raad (HR) letten erop dat binnen hun eigen domeinen steeds dezelfde lijn wordt gevolgd.⁶ Over algemeen bestuursrechtelijke onderwerpen vindt afstemming plaats tussen de hogerberoepscolleges; de wetgever heeft op dat punt met de introductie van de grote kamer voorzien in een wettelijke basis voor rechtseenheid en rechtsvormingontwikkeling.⁷ Aan de hand van een beknopt onderzoek naar uitspraken die door grote kamers zijn gedaan proberen we inzichtelijk te maken op welke wijze de hogerberoepscolleges van dit instrument gebruik maken en hoe dat zich verhoudt tot wat de wetgever voor ogen had. Rechtsvorming en in samenhang daarmee het bereiken van rechtseenheid vindt in hoger beroep echter, net als in eerste aanleg, ook in meer informele zin plaats en we zullen kijken naar hoe dat past binnen het systeem waarin we te maken hebben met meerdere hogerberoepscolleges.

In paragraaf 6 volgt een conclusie, waarin we de vraag beantwoorden of de bestuursrechter met de hem ten dienste staande instrumenten voor het maken van strategische keuzes principiële procedures voldoende tot hun recht kan laten komen.

⁶ Belastingzaken, die de weg via hoger beroep bij de gerechtshoven en daarna cassatie bij de HR volgen, laten we buiten beschouwing.

⁷ Art. 8:10a Awb.

2. De strategische mogelijkheden van de bestuursrechter zijn niet onbegrensd

Om inzicht te krijgen in de mogelijke invloed en het bereik van strategische keuzes van de bestuursrechter is het allereerst van belang om stil te staan bij de inrichting van het Nederlandse bestuursprocesrecht.

De weg van rechtsvorming in het bestuursrecht loopt via de band van een individueel besluit. Er kan immers geen bezwaar worden gemaakt en beroep worden ingesteld tegen algemeen verbindende voorschriften of beleidsregels.⁸ Personen of organisaties die een principieel punt aan de bestuursrechter willen voorleggen zullen zich daarvoor dus tegen een besluit moeten richten dat zich ervoor leent om dat punt in een proefproces ook daadwerkelijk te bespreken. En ook de bestuursrechter is afhankelijk van aan hem ter toetsing voorgelegde besluiten bij het doen van rechtsvormende uitspraken. Een voorbeeld van die afhankelijkheid van de zaken die zich aandienen is de wijze van omgaan met bijzondere omstandigheden om af te wijken van beleid. De ABRvS deed een principiële uitspraak hierover op 26 oktober 2016⁹ en waarschijnlijk had de CRvB best de wens snel hierbij aan te sluiten, maar pas meer dan acht maanden later had hij een geschikte zaak daarvoor te pakken.¹⁰

De buitengrens van het individuele geschil wordt gevormd door het bestreden besluit. Zelfs als procespartijen zelf een principieel punt graag bij de behandeling willen betrekken – bijvoorbeeld in een proefproces – is dat niet mogelijk als het in beroep bestreden besluit daarvoor geen ruimte geeft. Verder wordt de omvang van het geding bepaald door de eisende partij. De gronden van beroep bepalen immers de rechtsstrijd van partijen (met als buitengrens natuurlijk het object van het bestreden besluit). De bestuursrechter mag de feiten aanvullen en moet de rechtsgronden aanvullen, maar alleen binnen deze grenzen van het bestreden besluit en de gronden van het beroep.¹¹ De bestuursrechter moet dus op zijn handen blijven zitten als het binnen deze afgebakende grenzen niet mogelijk is om een principiële rechtsvraag bij het geding te betrekken. Strategische keuzes vallen er dan dus niet voor de rechter te maken. De zaak kan dan via de gebruikelijke route, het standaardtraject zoals hieronder beschreven, worden afgedaan.

Ondanks dat geen bezwaar kan worden gemaakt en beroep kan worden ingesteld tegen algemeen verbindende voorschriften of beleidsregels, kan daar wel indirect tegen worden opgekomen in het kader van een beroep tegen een individueel besluit.¹² Voor wetten in formele zin geldt dat niet, vanwege het toetsingsverbod in de Grondwet.¹³ Een uitweg is er vaak wel, omdat formele wetten door de rechter wel getoetst mogen worden aan internationale verdragen.¹⁴ In het geval van een beroep tegen algemeen verbindende voorschriften of beleidsregels via een individueel besluit zal de bestuursrechter die regeling exceptief toetsen. Als dat betoog wegens strijd met een hogere regeling of een algemeen rechtsbeginsel slaagt, kan de bestuursrechter de wettelijke regeling onverbindend verklaren of buiten toepassing laten.¹⁵ De bestuursrechter toetst vol of de regeling in strijd is met een hoger wettelijk voorschrift en (in de regel) terughoudend of deze in strijd is met een algemeen rechtsbeginsel.¹⁶

De vraag of het huidige systeem van rechtsbescherming tegen algemene regels niet anders kan en moet is op dit moment onderwerp van een weer opgelaaide discussie en recentelijk nog aan de orde

⁸ Art. 8:3 lid 1 jo. art. 7:1 lid 1 Awb.

⁹ ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840.

¹⁰ CRvB 12 juli 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2560.

¹¹ Art. 8:69 Awb.

¹² Zie bijvoorbeeld ABRvS 10 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4470.

¹³ Art. 120 Gw.

¹⁴ Art. 94 Gw.

¹⁵ De vraag of een ministeriële regeling ook onverbindend kan worden verklaard wegens strijd met het ongeschreven recht, ligt nu in hoger beroep voor bij de ABRvS. Zie persbericht ABRvS 14 juli 2017, zaaknummer 201701963/1. Daarover is een conclusie gevraagd aan staatsraad A-G Widdershoven.

¹⁶ ABRvS 6 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ3338.

gesteld.¹⁷ Deze vraag laten wij in deze bijdrage onbeantwoord. Het hiervoor genoemde geldende kader nemen wij dan ook als uitgangspunt. Dit geeft meteen een afbakening van de mogelijkheden die de bestuursrechter heeft bij het maken van bepaalde keuzes in het proces van een aan hem voorgelegde zaak.

3. Proefprocessen: de regisserende bestuursrechter is afhankelijk van actieve procespartijen

3.1 Wat maakt een zaak geschikt als proefproces?

Een proefproces onderscheidt zich van andere procedures bij de bestuursrechter daar waar het gaat om het doel dat iemand die een procedure start voor ogen heeft. Over het algemeen stelt iemand beroep in tegen een besluit van een bestuursorgaan om te bereiken dat voor hem tot een gunstige situatie wordt gekomen in dat specifieke geval. Die gunstiger situatie kan eruit bestaan dat alsnog een uitkering of voorziening wordt toegekend, een vergunning wordt verleend (of juist wordt geweigerd, als het over de buurman gaat), dat iemand in Nederland mag blijven en zo verder. Bij proefprocessen zoals we die in dit preadvies beschouwen, wordt beroep bij de bestuursrechter ingesteld met de intentie om ook in andere gevallen tot een gunstiger situatie te komen. Uitspraken in specifieke zaken zouden dan bijvoorbeeld kunnen leiden tot het alsnog toekennen van een reeks aan uitkeringen, tot het niet toestaan van uitbreidingen van veehouderijen in natuurgebieden, tot het toelaten van vluchtelingen van een bepaalde categorie en zo verder. Daarmee is overigens niet gezegd dat het doel van een proefproces altijd is dat de zaak die aan de bestuursrechter wordt voorgelegd ook daadwerkelijk wordt gewonnen, met een gegrondverklaring van het beroep. Achter het verliezen van een zaak kunnen evengoed bredere, strategische belangen schuil gaan, waardoor alsnog sprake kan zijn van een succesvol proefproces. Hierbij kan er bijvoorbeeld aan worden gedacht dat de deur naar de civiele rechter (verder) open kan komen te staan als eerst een bestuursrechtelijke procedure (op onderdelen) wordt verloren.¹⁸ R. Stolk besteedt daar ook aandacht aan in haar preadvies. Het is ook denkbaar dat door het verliezen van de juridische procedure bij de bestuursrechter er juist aandacht ontstaat in de media, die belangenorganisaties kunnen gebruiken om in hun lobby om, buiten het juridische speelveld, hun punt maatschappelijk aan te kaarten of om bijvoorbeeld tot aanpassing van regelgeving te komen.

3.2 Weet de bestuursrechter wel wat er echt speelt?

Om van toegevoegde waarde te zijn in een dergelijke brede context is een individuele zaak alleen geschikt om voor een proefproces in aanmerking te komen als de omstandigheden die aan de orde zijn gelijk zijn aan die van de andere gevallen. De zaak moet dus geschikt zijn als instrument om het zaaksoverstijgende doel te bereiken, wat vereist dat een goede selectie plaatsvindt van de zaak die uiteindelijk aan de bestuursrechter wordt voorgelegd. Daarbij zullen over het algemeen mensen betrokken zijn aan wie het besluit dat in het proefproces aan de bestuursrechter wordt voorgelegd niet direct gericht was: achter een proefproces gaan dan personen of organisaties schuil die het individuele geval adopteren om de door hen gewenste uitspraak met een brede werking te kunnen verkrijgen. Dat

¹⁷ Zie het VAR preadvies van R.J.B. Schutgens, *Rechtsbescherming tegen algemene regels: tijd om de Awb te voltooien*, in: *Algemene regels in het bestuursrecht*, VAR-reeks 158, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2017. Zie ook Y.E. Schuurmans, *Rechtsbescherming tegen algemeen verbindende voorschriften: een voltooide discussie? Bespreking VAR-preadvies Rechtsbescherming tegen algemene regels: tijd om de Awb te voltooien*, NTB 2017/15, en het preadvies van B.J. van Ettekoven en A.T. Marseille, *Afscheid van de klassieke procedure in het bestuursrecht?*, voor de Jaarvergadering van de Nederlandse Juristen Vereniging, 9 juni 2017 te Zwolle, *Handelingen NJV*, 147e jaargang/2017-1, Deventer: Wolters Kluwer 2017, paragraaf 3.2.

¹⁸ Zie bijvoorbeeld de procedures over de SGP die – deels gelijktijdig – zowel bestuursrechtelijk (ABRvS 5 december 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB9493) als civielrechtelijk (HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4547) werden gevoerd.

brengt ons tot een eerste punt waarmee de bestuursrechter zich geconfronteerd ziet als het om proefprocessen gaat: dat dit het geval is, is over het algemeen niet aan de zaak af te zien. Als alleen wordt afgegaan op de wijze waarop geschillen door partijen aan de bestuursrechter worden gepresenteerd is namelijk meestal niet in te schatten of er meer speelt dan enkel de vraag of een besluit van een bestuursorgaan in stand kan blijven en wat de (rechts)gevolgen daarvan zijn voor degene die beroep instelt of diegenen die achter die procedure schuil gaan.

Er zijn maar weinig voorbeelden van uitspraken in het bestuursrecht te vinden waarbij duidelijk is dat het om een proefproces ging.¹⁹ Door de rechtbanken wordt naar buiten toe maar zelden met zoveel woorden gezegd dat sprake is van een proefproces.²⁰ Een recent voorbeeld is te vinden in een zaak waarin verzekeraar Achmea beroep instelde, nadat het Uvw achteraf een fors bedrag aan uitgekeerde arbeidsongeschiktheidsuitkeringen verhaalde op een werkgever. De werkgever droeg zelf (in plaats van het Uvw) het risico van arbeidsongeschiktheid van werknemers en had dit vervolgens verzekerd bij Achmea. De discussie ging over de belanghebbendheid van Achmea, die erop wees dat zij de verzekeringspremies voor de werkgever jarenlang te laag had vastgesteld, omdat het Uvw de betaalde uitkeringen pas veel later op de werkgever als eigenrisicodragers verhaalde. Begrijpelijk dat Achmea dit proefproces begon als wordt bedacht dat het aannemen van belanghebbendheid voor Achmea gevolgen kan hebben voor een reeks van zaken waarin zij achteraf wordt geconfronteerd met claims op de verzekering, zonder dat de premie daarop aangepast was. In de samenvatting op rechtspraak.nl wordt de zaak specifiek als proefproces omschreven.²¹ Kennelijk werd hier uit de stukken of op de zitting duidelijk dat Achmea deze zaak als proefproces voerde.

Zolang de initiatiefnemer van een proefproces niet aan de behandelend bestuursrechter meldt wat de insteek van die procedure is, zal de rechtbank dat niet (meteen) weten. Wel is zo dat een verzoek om rechtstreeks beroep voor de bestuursrechter een aanwijzing kan zijn dat het gaat om een principiële zaak en mogelijk een proefprocedure.²² In het kader van de vanaf 2010 door en bij de rechtbanken ingevoerde Nieuwe Zaaksbehandeling – die we inmiddels toch niet meer nieuw hoeven te noemen – zal de bestuursrechter echter doorgaans zelf actief op zoek gaan naar het daadwerkelijke geschil achter een beroepsprocedure. Uit onderzoek naar de toepassing van de Nieuwe Zaaksbehandeling blijkt in ieder geval dat de bestuursrechter zijn taak tegenwoordig breder opvat dan het louter toetsen van besluiten op rechtmatigheid.²³ Hoewel je nooit zeker weet of er in een zaak meer speelt dan wat aan de rechter wordt voorgehouden, is ook onze ervaring met de Nieuwe Zaaksbehandeling dat aan de hand van het gesprek op de zitting het achterliggende geschil en de beweegredenen van partijen meestal naar voren komen. Een regiezitting vroeg in de procedure kan hierbij helpen, hier komen we later op terug. Wij denken in ieder geval dat over het algemeen verwacht mag worden dat als procespartijen een doel hebben dat verder strekt dan enkel het voorleggen van een individuele zaak, dit vroeg of laat ook op tafel komt in de procedure bij de bestuursrechter. Door dit niet zelf aan te kaarten stellen procespartijen zich echter – naar onze mening ten onrechte – wel afhankelijk en afwachtend op. Partijen zullen niet voor niets ervoor kiezen om een proefproces te starten en zij zullen daarbij ook ideeën hebben over hoe de procedure het beste kan worden vormgegeven, zodat uiteindelijk een uitspraak wordt gedaan zoals zij die voor ogen hadden: principieel en zaaksoverstijgend. Om dat te bewerkstelligen is het van belang om niet te wachten tot de bestuursrechter zelf signalen opvangt over de achterliggende redenen van de procedure, maar om hem vanaf het begin actief daarover te informeren. De bestuursrechter voert de regie over de procedure, maar hij doet dat in samenspraak met partijen en met het doel van een evenwichtige procedurele rechtvaardigheid. Om dat te kunnen

¹⁹ Uitzondering hierop vormt het belastingrecht. Op een bepaald deelgebied is de proefprocedure zelfs wettelijk geregeld; zie art. 33 AWR.

²⁰ Y.E. Schuurmans en R. Stolk, *Het proefproces als collectieve actie*, NTB 2017/2.

²¹ Rb. Midden-Nederland 19 oktober 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:7373.

²² Art. 7:1a Awb.

²³ A.T. Marseille, B.W.N. de Waard, A. Tollenaar, P. Laskewitz & C. Boxum, *De praktijk van de Nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht*, Den Haag: Ministerie van BZK 2015.

bereiken is het essentieel om van partijen alle informatie te ontvangen die daarvoor van belang is, ook als dat verder gaat dan de zuiver juridische geschilpunten. Onze oproep aan procespartijen is dan ook om direct met de bestuursrechter te delen dat voor een proefproces is gekozen, waarom de specifieke zaak daarvoor is uitgezocht en wat het grotere belang is dat met de procedure wordt nagestreefd. Hier zou men tegenin kunnen brengen dat partijen zich daarmee in de vingers snijden, omdat de bestuursrechter hen dan kan tegenwerpen dat zij in strijd met ons procesrechtelijke systeem van individuele rechtsbescherming iets groters willen voorleggen. Zoals uit het preadvies van R. Stolk blijkt, lijken de eisen die in dat kader door bestuursrechters aan belangenorganisaties worden gesteld niet (meer) zo streng te zijn en is de eis van het hebben van een bovenindividueel belang meer en meer losgelaten. In lijn daarmee is onze indruk dat er niet veel te verliezen valt door naar de bestuursrechter toe open te zijn over wat men met een proefproces beoogt. Dit terwijl partijen – zoals wij in deze bijdrage betogen – door die openheid juist meer de touwtjes in handen kunnen krijgen, in samenspraak met de bestuursrechter. De bestuursrechter moet op zijn beurt vervolgens dan ook meer dan nu het geval is in de uitspraak en de bijbehorende communicatie tot uitdrukking brengen dat sprake is van een proefproces. Dat maakt het voor de buitenwereld mogelijk om actiever kennis te nemen van maatschappelijke discussies die aan de bestuursrechter worden voorgelegd en het wordt daardoor gemakkelijker om, bijvoorbeeld via de publicatie van uitspraken, een beeld te krijgen van de invloed van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming in zo'n maatschappelijke discussie. De Achmea-zaak is daar nu de speld in de hooiberg.

3.3 De regiefunctie van de bestuursrechter

Om gedetailleerder in te kunnen gaan op de mogelijkheden die partijen hebben om invloed uit te oefenen op 'hun' proefproces is het goed om eerst stil te staan bij de regiefunctie van de bestuursrechter zelf. Dit is al langer een belangrijk thema voor met name de rechtbanken. De gezamenlijke vaststelling door de bestuursrechters van professionele standaarden laat dat goed zien.²⁴ Hoewel inmiddels een uitbreiding van deze standaarden op andere thema's in voorbereiding is, richten de huidige standaarden zich helemaal op het uitgangspunt dat de bestuursrechter voor, tijdens en na afloop van de zitting verantwoordelijk is voor de voortgang en de afdoening van een aan hem toebedeelde zaak en voor de contacten met partijen. Ook in het Programma Kwaliteit en Innovatie rechtspraak (KEI) en de bijbehorende wetgeving wordt – naast de digitalisering van de rechtspraak – de wens om de regiefunctie van de rechter te versterken steeds als belangrijke reden gezien om het civiele en (in geringere mate) het bestuursprocesrecht te moderniseren.²⁵ Voor het bestuursrecht is dit overigens niet nieuw, omdat regievoering ook al één van de belangrijke pijlers van de Nieuwe Zaaksbehandeling is.²⁶ Daarnaast heeft de bestuursrechter met de in 2010 in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) opgenomen mogelijkheid om een gebrek in een besluit via een tussenuitspraak terug te leggen bij het bestuursorgaan ook meer wettelijk gereedschap om actief te sturen in een procedure.²⁷ Uitgangspunt is hierbij steeds het streven naar finaliteit in de geschilbeslechting. Ook dat was al zo bij de Nieuwe Zaaksbehandeling, maar dit uitgangspunt is daarna ook in het procesrecht vastgelegd als opdracht aan de bestuursrechter.²⁸ Deze bepaling is in de Awb opgenomen tussen die over het griffierecht en de artikelen over het vooronderzoek. De wetgever wilde hiermee tot uitdrukking brengen dat de bepaling dat de bestuursrechter het geschil zo mogelijk finaal beslecht een

²⁴ Professionele standaarden bestuursrecht, vastgesteld door het Landelijk Overleg Vakinhoud Bestuursrecht (LOVB) op 20 april 2016.

²⁵ Wet 13 juli 2016 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht. De wijzigingen in het bestuursprocesrecht zijn op 12 juni 2017 in werking getreden.

²⁶ A.T. Marseille, B.W.N. de Waard, A. Tollenaar, P. Laskewitz & C. Boxum, *De praktijk van de Nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht*, Den Haag: Ministerie van BZK 2015.

²⁷ Art. 8:51a e.v. en art. 8:80a e.v. Awb, ingevoerd bij de Wet bestuurlijke lus per 1 januari 2010.

²⁸ Art. 8:41a Awb, ingevoerd bij de Wet aanpassing bestuursprocesrecht per 1 januari 2013.

leidraad geeft voor het handelen van de bestuursrechter vanaf het moment dat hij de zaak in behandeling neemt.²⁹ Er is zo dus een centraal wetsartikel gekomen voor de regievoering door de bestuursrechter.

Nauw hieraan verbonden is de mogelijkheid voor de bestuursrechter om een regiezitting te houden in zaken die zich daarvoor lenen. Die mogelijkheid werd al genoemd bij de invoering van de Nieuwe Zaaksbehandeling.³⁰ Dit werd later gevolgd door de wetgever, die bij het invoeren van de bepaling over finale geschilbeslechting van de bestuursrechter mede in gedachte had dat het houden van een regiezitting in een vroeg stadium van de procedure ‘de sleutel tot succes’ is bij de op finale geschilbeslechting gerichte bestuursrechtspraak.³¹ Een regiezitting is overigens geen wettelijke term, maar het procesrecht geeft de bestuursrechter genoeg ruimte om de reguliere zitting als zodanig vorm te geven en om bijvoorbeeld toe te staan dat na een (eerste) regiezitting een schriftelijke ronde volgt waarin nog aanvullende gronden worden toegestaan. Dit wordt ook erkend in de rechtspraak van de ABRvS.³² Een regiezitting zien wij als zitting waarop de rechtbank met procespartijen zaken bespreekt die nog moeten gebeuren voordat aan een daadwerkelijke inhoudelijke behandeling toe wordt gekomen. Te denken valt onder meer aan de vraag of de mogelijkheid moet worden gegeven tot het uitbrengen van een contra-expertise en welke getuigen en deskundigen moeten worden gehoord.³³ Het ontbreken van een vastomlijnde definitie van de regiezitting betekent wel dat er duidelijkheid moet zijn over wat daaronder in een specifieke procedure wordt verstaan. De bestuursrechter zal partijen daarover goed moeten informeren.

Een andere regiemogelijkheid die de bestuursrechter heeft is die van de versnelde behandeling. Onder de voorwaarde dat sprake is van spoedeisendheid kan daartoe worden besloten, waarna vooral een aantal termijnen kunnen worden verkort.³⁴ Zo kan worden bepaald dat het griffierecht sneller moet worden betaald of dat het bestuursorgaan de stukken sneller moet opsturen. Het is goed denkbaar dat bepaalde proefprocessen inderdaad als spoedeisend kunnen worden aangemerkt, bijvoorbeeld omdat er financiële belangen spelen. Daarbij merken wij wel op dat de spoedeisendheid moet spelen in de specifieke voorgelegde zaak. Dat er zaaksoverstijgende belangen spelen waarvoor een spoedig rechterlijk oordeel (ook) vereist is, is niet voldoende.

Ten slotte willen we wijzen op de mogelijkheid die de bestuursrechter heeft om in de fase van het vooronderzoek, voor de zitting, partijen een extra schriftelijke ronde te bieden na het beroepschrift en het verweerschrift.³⁵ Deze mogelijkheid tot het voeren van repliek en dupliek wordt in de praktijk vrijwel alleen in belastingzaken gebruikt, maar kan bijdragen aan de gewenste regie in zaken die zich daarvoor lenen. Het is dan wel noodzakelijk dat de discussie ook echt wordt gevoerd op de punten die voor het debat relevant zijn. Zonder goede afspraken daarover of sturing van de bestuursrechter zal een extra schriftelijke ronde in de praktijk namelijk al snel ontaarden in het over en weer herhalen en reageren. Ook hier kan een regiezitting het uitgelezen moment zijn om met elkaar te bespreken op welke punten een nadere schriftelijke reactie nog kan bijdragen.

De gereedschapskist van de bestuursrechter biedt dus verschillende mogelijkheden om de behandeling van een proefproces op de gewenste wijze in te richten en te sturen. Daarbij is het goed om op te merken dat het bestuursprocesrecht redelijk ruim is geformuleerd en dat er ook veel níet in de Awb

²⁹ *Kamerstukken II*, 2010/11, 32 450, nr. 8H, p. 58.

³⁰ A.T. Marseille, B.W.N. de Waard, A. Tollenaar, P. Laskewitz & C. Boxum, *De praktijk van de Nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht*, Den Haag: Ministerie van BZK 2015.

³¹ *Kamerstukken II*, 2010/11, 32 450, nr. 8H, p. 58.

³² ABRvS 11 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW1574.

³³ Preadvies van B.J. van Ettekoven en A.T. Marseille, *Afscheid van de klassieke procedure in het bestuursrecht?*, voor de Jaarvergadering van de Nederlandse Juristen Vereniging, 9 juni 2017 te Zwolle, *Handelingen NJV*, 147e jaargang/2017-1, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

³⁴ Art. 8:52 Awb.

³⁵ Art. 8:43 lid 1 Awb.

staat. Dat biedt partijen en de bestuursrechter, zo is onze ervaring, de kans om creatief te zijn in de inrichting van een procedure. Afgezien van de gebruikelijke wegen staat het procesrecht er over het algemeen niet aan de in de weg om extra processtapjes in te bouwen, om partijen uit te nodigen ergens nader hun licht op te laten schijnen, om zittingen thematisch in te richten, enzovoort. Dit gebeurt in de praktijk ook regelmatig. Als een en ander in afstemming gebeurt is er, kortom, veel mogelijk.

Uit het voorgaande wordt duidelijk dat regievoering in het kader van de beoogde finale geschilbeslechting een belangrijk uitgangspunt is voor de bestuursrechter en dat hij daarvoor nu al de nodige instrumenten heeft. De bestuursrechter heeft dus de ruimte om de procesvoering in een individuele zaak af te stemmen op de omstandigheden en dat zo vorm te geven dat het is toegespitst op wat die zaak nodig heeft. De KEI-wetgeving maakt vooral de praktische inrichting van regievoering makkelijker, omdat het voorschrijft dat communicatie met de (griffier van) de rechtbank in een procedure voortaan (als hoofdregel) langs elektronische weg verloopt.³⁶ KEI voorziet als uitwerking daarvan onder andere in de ontwikkeling van het webportaal ‘Mijn Rechtspraak’, als onderdeel van rechtspraak.nl.

3.4 Ook procespartijen kunnen regisseren

Terug naar de procespartijen in een proefproces. De hiervoor geschetste ontwikkelingen zijn interessant voor hen, als het gaat om het maken van strategische keuzes over de procesvoering bij proefprocessen. L. van der Meulen gaat in haar preadvies ook in op de strategische keuzes die het bestuursorgaan kan maken. Door zich op het juiste moment actief tot de behandelend bestuursrechter te wenden kan zoals gezegd invloed worden uitgeoefend op de manier waarop de zaak zal worden behandeld. Juist bij een proefproces is dat belangrijk. In de toelichting op het KEI-wetsvoorstel wordt daarover opgemerkt dat procedures door regievoering beter kunnen aansluiten bij de behoeften in een specifieke zaak. De rechter kan partijen betrekken bij zijn besluitvorming over welke proceshandeling door partijen verricht kunnen worden en op welk moment.³⁷ Dit kan allemaal nu ook al, maar de communicatie via ‘Mijn Rechtspraak’ maakt het wel gemakkelijker voor een procespartij om een verzoek bij de rechter neer te leggen als de bestuursrechtspraak helemaal is gedigitaliseerd. Dat betekent echter niet dat alle digitale stukken meteen bij de rechter zullen belanden. Ook nu al is het zo dat bestuursrechters in eerste aanleg een procedure kennen die aanvankelijk in hoge mate ‘administratief’ is, waarbij er in beginsel pas in een betrekkelijk laat stadium een juridisch-medewerker en een rechter naar kijken. Dat zal ook onder KEI niet zomaar veranderen. In lijn met onze oproep hiervoor is onze praktische tip dan ook om regieverzoeken die partijen willen doen niet op de laatste pagina van het (al dan niet digitale) beroepschrift op te nemen, want dan wordt het niet of te laat onderkend. Stuur een aparte brief of digitaal verzoek, waarin kort uiteen wordt gezet dat sprake is van een proefproces en om welke procedurele regiestappen dat vraagt. Het is vervolgens zaak voor de bestuursrechter om dit in een vroeg stadium de aandacht te geven die zo’n verzoek verdient.

Het proefproces van Achmea kan het voorgaande illustreren. Het is voorstelbaar dat Achmea direct na het instellen van het beroep zich al tot de rechtbank wendt met een uitleg over de achtergrond van de procedure en over het belang daarvan. Na de verdere invoering van KEI kan dat digitaal nog gemakkelijker. Het is denkbaar dat er gelijktijdig meerdere vergelijkbare zaken spelen: misschien bij andere rechtbanken, misschien ook met andere verzekeraars als eisende partij. Wij vinden het de taak van de procespartijen om de bestuursrechter actief met dit soort informatie te voeden, als dat in het belang kan zijn voor het verloop van de zaak, maar vooral ook voor de manier waarop de zaak bij de rechtbank wordt behandeld. Partijen kunnen verder zelf naar voren brengen hoe het proefproces volgens hen vorm zou moeten krijgen. In de zaak van Achmea zou dat kunnen betekenen dat zij de

³⁶ Art. 8:36a (van partijen naar de rechter) en art. 8:36g (van de rechter naar partijen) Awb.

³⁷ *Kamerstukken II*, 2014/15, 34 351, nr. 3, p. 27-28.

bestuursrechter wat meer tijd vragen om standpunten uit te wisselen, bijvoorbeeld omdat het naar aanleiding van het verweerschrift wenselijk lijkt om de bestuursrechter beter te informeren over de achtergronden en de totstandkoming van de wetgeving over de premieplicht van werkgevers ten opzichte van arbeidsongeschikte (oud)werknemers. De bestuursrechter kan daar ook zelf om vragen, door re- en dupliek toe te staan. Het zou ook kunnen dat juist een regiezitting wenselijk is, omdat daar met partijen kan worden gesproken over wat hen precies verdeeld houdt en hoe de procedure vervolgens het beste vorm kan worden gegeven. Hoewel het uiteindelijk de bestuursrechter is die beslist over de te nemen stappen denken wij hierbij dus nadrukkelijk in termen van samenspraak tussen partijen en de bestuursrechter. Uiteindelijk zijn het partijen zelf die de achtergronden achter een proefproces het beste kennen en die vaak ook heel bewust hebben nagedacht over de gang naar (specifiek) de bestuursrechter, het moment waarop dat gebeurt en de doelen daarachter. Juist in een proefproces zien wij kansen voor een door partijen gezamenlijk gedragen manier van procederen, in tegenstelling tot het tot de tanden toe gewapend tegenover elkaar gaan staan.

3.5 De rol van buitenstaanders in een proefproces

Dit brengt ons op een laatste punt over proefprocessen en de regiefunctie van partijen en de bestuursrechter. De Awb kent nu de mogelijkheid om derde-belanghebbenden aan een beroepszaak deel te laten nemen, die zich vervolgens ook schriftelijk mogen uitlaten over de zaak.³⁸ Een derde-belanghebbende is bijvoorbeeld de vergunninghouder, wanneer de buurman tegen die vergunning beroep instelt, of de uitkeringsgerechtigde wanneer de werkgever dat doet tegen zijn uitkering. In de literatuur is er wel voor gepleit om de kring van mogelijke deelnemers aan een procedure op te rekken en een zogenaemde *amicus curiae* in hoger beroep onder bepaalde voorwaarden mogelijk te maken. Dat zou inhouden dat een niet rechtstreeks bij een zaak betrokken partij of organisatie van de bestuursrechter de gelegenheid krijgt om informatie te verschaffen. De gedachte daarachter is niet zozeer dat dan elke denkbare partij zich in het debat kan mengen, maar dat de bestuursrechter beter zicht krijgt op de bredere gevolgen die een bepaalde uitspraak mogelijk kan hebben. Het is dan dus ook aan de bestuursrechter om specifieke partijen uit te nodigen voor hun inbreng. Het gaat daarbij om gevolgen op macroniveau, waarover bepaalde derden mogelijk een nuttige rol kunnen spelen in de voorlichting van de bestuursrechter.³⁹ Vooral bij proefprocessen en bij de hierna te bespreken rechtsvormende uitspraken kan dat van toegevoegde waarde zijn. Dat moet, ook volgens ons, dan wel beperkt blijven tot hogerberoepsprocedures, waarin een definitief oordeel wordt gegeven. Recent heeft de voorzitter van de ABRvS hier voor de eerste keer ook daadwerkelijk toepassing aan gegeven in het kader van een te verwachten uitspraak over de aard van een bestuurlijke waarschuwing. Deze zaak is naar een grote kamer verwezen en de staatsraad advocaat-generaal is om een conclusie verzocht. De voorzitter van de ABRvS geeft een ieder de mogelijkheid om te reageren op de vragen die aan de staatsraad advocaat-generaal zijn gesteld, ook anderen dan partijen die bij de zaak zijn betrokken. Reacties kunnen worden ingediend via de website van de Raad van State.⁴⁰ Dit is vrij bijzonder in de bestuursrechtspraak.⁴¹

Bij procedures in eerste aanleg bij de rechtbanken ligt het betrekken van een *amicus curiae* minder voor de hand, omdat de hiervoor genoemde mogelijke bredere gevolgen dan meestal nog niet in volle omvang bekend zijn. Bovendien kunnen er dan in de verschillende rechtbanken parallelle discussies met belangenpartijen gaan lopen, waarmee de doelmatigheid en rechtseenheid onder druk komt te staan. Een *amicus curiae* is bovendien niet in het belang van een efficiënte rechtspraak in eerste

³⁸ Art. 8:26 lid 1 en art. 8:43 lid 2 Awb.

³⁹ J.C.A. de Poorter, *Het belang van de amicus curiae voor de rechtsvormende taak van de hoogste bestuursrechters. Naar een regeling van de amicus curiae in de Algemene wet bestuursrecht*, NTB 2015/7.

⁴⁰ Persbericht ABRvS 22 september 2017, zaaknummer 201607055/1.

⁴¹ In het belastingrecht is de *amicus curiae* voor prejudiciële procedures geregeld in art. 27gc lid 2 en lid 4 AWR.

aanleg. In het licht van de hiervoor besproken aard van het bestuursprocesrecht zou de *amicus curiae* daarom een uitzondering moeten blijven, voorbehouden aan bepaalde procedures bij de hogerberoepscolleges. Los hiervan biedt artikel 8:45, eerste lid, van de Awb de bestuursrechter ook nu al de mogelijkheid om partijen *en anderen* te verzoeken om hem van informatie te voorzien. In dat geval gaat het wel (enkel) om concreet aan te wijzen personen of organisaties vragen om bepaalde *feitelijke* inlichtingen. Hoewel dit wetsartikel niet is geschreven met het oog op de *amicus curiae* biedt het daartoe wel vergelijkbare mogelijkheden.⁴² Ook in eerste aanleg is het, als de behandelend bestuursrechter dat in een bepaalde zaak wenselijk acht, daarom mogelijk om een derde die geen partij is in de procedure te betrekken. Juist bij principiële ingestoken proefprocedures kan dat wenselijk zijn. De CRvB heeft recent in een zaak over het recht op kinderbijslag, waarbij de SVB het verwerende bestuursorgaan was, ook de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie (in de praktijk: de IND) gehoord.⁴³ Het ging in die zaak, waarbij de eiseres in België woonde, over de vraag hoe het besluit dat geen recht op kinderbijslag bestaat zich verhoudt tot het arrest Chavez-Vilchez.⁴⁴ Omdat bij Nederlandse kinderen van mensen van buiten de EU het verblijfsrecht sterk doorwerkt op dat recht op kinderbijslag, achtte de CRvB de aanwezigheid van de IND op de zitting kennelijk nuttig. Hoewel artikel 8:45 van de Awb alleen gaat over schriftelijke inlichtingen heeft de CRvB dat overeenkomstig toegepast op het geven van inlichtingen ter zitting. Belangrijk ingrediënt is dat de staatssecretaris als bestuursorgaan verplicht was te voldoen aan het verzoek om inlichtingen van de bestuursrechter.

⁴² J.C.A. de Poorter, *Het belang van de amicus curiae voor de rechtsvormende taak van de hoogste bestuursrechters. Naar een regeling van de amicus curiae in de Algemene wet bestuursrecht*, NTB 2015/7.

⁴³ CRvB 1 september 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:3026.

⁴⁴ HvJ EU 10 mei 2017, ECLI:EU:C:2017:354.

4. De door de bestuursrechter in eerste aanleg geïnitieerde rechtsvormende uitspraak

4.1 Is rechtsvorming wel iets voor de eerste aanleg?

Zoals hiervoor al is benoemd, worden de meeste procedures door partijen gevoerd met het doel tot een gunstige uitkomst te komen in dat specifieke geval. Maar wat als bij de bestuursrechter in eerste aanleg een zaaksoverschrijdende (princiële) rechtsvraag opkomt? Vaak is het bekend als een vergelijkbare zaak al in hoger beroep wordt behandeld. Dan wordt er door de bestuursrechter soms voor gekozen om de zaak te laten liggen totdat er uitspraak in hoger beroep is gedaan.⁴⁵ In de meeste gevallen is dit echter geen aantrekkelijke optie, omdat bijvoorbeeld niet duidelijk is hoe lang gewacht moet worden op een uitspraak in hoger beroep. De bestuursrechter in eerste aanleg initieert dan ook met enige regelmaat zelf een rechtsvormende uitspraak. Met het begrip rechtsvormende uitspraak bedoelen wij zoals gezegd een uitspraak die de individuele zaak overstijgt. Het gaat daarbij dan om een principiële kwestie. Hoe dit in de praktijk verloopt en hoe dat nu en in de toekomst mogelijk beter zou kunnen, bespreken wij in het navolgende.

De vraag die gesteld kan worden is of het de taak van de rechter in eerste aanleg is om rechtsvormende uitspraken te doen. Dat dit in ieder geval wel een taak is van de hogerberoepscolleges is inmiddels algemeen geaccepteerd.⁴⁶ In aansluiting daarop vinden wij het vanzelfsprekend dat ook de bestuursrechter in eerste aanleg aan rechtsvorming doet en wij pleiten ervoor dat hij die taak nog actiever oppakt. De systematiek van rechtsbescherming in het bestuursrecht kent nu eenmaal als hoofdregel dat aan de behandeling door een hogerberoepscollege de beoordeling door de bestuursrechter in eerste aanleg voorafgaat. De Awb biedt partijen wel de optie om de bezwaarprocedure over te slaan als zij daarover overeenstemming bereiken en de zaak daarvoor geschikt is,⁴⁷ maar met de beroepsfase is dat niet mogelijk.⁴⁸ Omdat de bestuursrechter is opgedragen om te motiveren op welke gronden zijn beslissing wordt gegeven,⁴⁹ is het inherent aan dit systeem dat ook in eerste aanleg principiële en zo nodig rechtsvormende oordelen worden gegeven als de zaak daar om vraagt. Daarbij moet uiteraard onderkend worden dat dit nog niet het eind van het liedje is, omdat nog hoger beroep mogelijk is. In zoverre heeft rechtsvorming in eerste aanleg een ander karakter dan wanneer dit gebeurt op het niveau van de hogerberoepscolleges. Een belangrijke functie van rechtsvorming in eerste aanleg is in het verlengde hiervan wel dat de bestuursrechter in hoger beroep gevoed wordt door deze oordelen: er is dan sprake van rechtsvorming ‘van onderop’ en dat komt volgens ons uiteindelijk de beslissingen in hoger beroep ten goede. Vanuit ditzelfde systeem van rechtsbescherming hoort hier vervolgens wel bij dat de hogerberoepsrechter zich in theorie geconfronteerd kan zien met elf verschillende rechtsvormende oordelen, afkomstig van de verschillende rechtbanken. Hier komen we hierna nog op terug. Rechtsvormende uitspraken worden doorgaans door een meervoudige kamer geweest. Deze zaken onderscheiden zich immers van andere zaken doordat de bestuursrechter zelf vindt dat sprake is van een principiële punt dat uitdrukkelijk aandacht verdient. Behandeling door de meervoudige kamer is dan de aangewezen weg. Uitzondering hierop vormen zaken waarbij meervoudige behandeling vanwege de spoedeisendheid of aard van de zaak niet mogelijk is – te denken valt aan zaken over vreemdelingenbewaring.

Een voorbeeld van een recente rechtsvormende uitspraak in eerste aanleg is die van de meervoudige kamer van rechtbank Midden-Nederland over de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in de zaken Korošec tegen Slovenië, Letinčić tegen Kroatië en Spycher tegen

⁴⁵ De situatie dat een hogerberoepscollege prejudiciële vragen stelt, wordt hierbij niet meegenomen.

⁴⁶ Zie ook J.C.A. de Poorter en H.J.Th.M. van Roosmalen, *Motivering van rechtsvormende uitspraken door de Afdeling bestuursrechtspraak*, NTB 2009/30.

⁴⁷ Art. 7:1a Awb.

⁴⁸ Uitzondering hierop vormt het belastingrecht; zie art. art. 27ga e.v. AWR. Actueel is de discussie over de vraag of ook in de overige rechtsgebieden van het bestuursrecht niet een prejudiciële vraagprocedure zou kunnen worden ingevoerd, vergelijkbaar met de civielrechtelijke Wet prejudiciële vragen. Zie bijvoorbeeld I. Giesen en R. Ortlep, *Een mogelijk succesverhaal? De prejudiciële vraagprocedure in het bestuursrecht*, Trema 2017/4.

⁴⁹ Art. 8:77 lid 1 onder b Awb.

Zwitserland, over de onafhankelijkheid, onpartijdigheid en deskundigheid van de door het bestuursorgaan ingeschakelde deskundige.⁵⁰ Kort gezegd speelde de vraag hoe deze arresten over de toepassing van artikel 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) over de beginselen van 'equality of arms' en 'fair proceedings' bij de inzet van een (medisch) deskundige door het bestuursorgaan moesten worden geplaatst in de Nederlandse bestuursrechtspraktijk.

4.2 De signalering en selectie van rechtsvormende zaken

Als de betreffende zaaksoverstijgende rechtsvraag speelt in meerdere lopende zaken, zal één of meer van die door de behandelend rechter(s) geselecteerde zaken door een meervoudige kamer worden behandeld. De uitspraak door de meervoudige kamer kan dan dienen als uitgangspunt voor de beantwoording van de vergelijkbare vraag in de overige zaken. Die kunnen dan – na partijen in die zaken gelegenheid te hebben gegeven te reageren op die uitspraak – doorgaans via een enkelvoudige kamer worden afgedaan.

De selectie van zaken voor een meervoudige behandeling en dus ook de selectie van zaken waarin rechtsvorming een rol speelt, vindt meestal plaats zonder dat partijen daarbij worden betrokken. Dat zou wat ons betreft beter kunnen, door partijen zo vroeg mogelijk erover te informeren dat de bestuursrechter heeft geconstateerd dat er een zaaksoverstijgende / principiële rechtsvraag speelt. Dat geeft procespartijen de kans om sturing te geven aan de regierol van de bestuursrechter, vergelijkbaar met wat hiervoor over proefprocessen in besproken. Een bestuursorgaan kan bovendien soms beter overzien welke zaken er lopen of in de pijplijn zitten. Vooral bij bestuursorganen die besluiten over regio-overstijgende vraagstukken behandelen spelen er in eerste aanleg vaak vergelijkbare zaken bij verschillende rechtbanken. Denk daarbij bijvoorbeeld aan het Uvw of het CBR.⁵¹ Zij hebben hier over het algemeen beter en sneller zicht op dan wanneer de onderlinge afstemming tussen rechtbanken moet worden afgewacht. Maar ook bij regionaal bevoegde bestuursorganen is het niet ondenkbaar dat daar nuttige kennis aanwezig is over vergelijkbare procedures elders, bijvoorbeeld via de overkoepelende belangenbehartiging door de VNG in zaken op gemeenteniveau, of die nog in bezwaar 'hangen'.⁵² Hiernaast is bij de selectie van zaken van belang om rekening te houden met het risico dat de zaak om wat voor reden dan ook geen doorgang meer vindt. Denkbaar is dat partijen niet zitten te wachten op een rechtsvormende uitspraak en voor een andere oplossing van hun geschil kiezen. Ook in die gevallen is het daarom zaak om partijen vroeg te informeren, zodat zij het beroep desgewenst kunnen intrekken. De regiefunctie van de rechter is dus belangrijk. Het betrekken van partijen bij de hiervoor genoemde door de bestuursrechter te zetten stappen kan bijvoorbeeld met een regiezitting of door schriftelijk met partijen te communiceren (en digitaal via Mijn Rechtspraak).

Of en zo ja, wanneer de bestuursrechter overgaat tot het doen van een rechtsvormende uitspraak hangt af van verschillende factoren. Met name tijd en menskracht zijn hierbij belangrijke factoren. Tijdige signalering van zaken waarin een zaaksoverstijgende rechtsvraag zit is dan ook van groot belang. In sommige gevallen is bij binnenkomst van de zaak al duidelijk dat een principiële punt speelt. Tussen bestuursrechters van de verschillende rechtbanken zijn er diverse periodieke overleggen, vaak

⁵⁰ Rb. Midden-Nederland 22 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6305. Daarbij ging het om de arresten van 8 oktober 2015 (ECLI:CE:ECHR:2015:1008JUD007721212, Korošec tegen Slovenië), van 17 november 2015 (ECLI:CE:ECHR:2015:1117DEC002627512, 26275/12, Spycher tegen Zwitserland) en van 3 mei 2016 (ECLI:CE:ECHR:2016:0503JUD000718311, Letinčić tegen Kroatië). Inmiddels hebben de ABRvS en de CRvB zich ook uitgelaten over deze kwestie. Zie ABRvS 30 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1674, en CRvB 30 juni 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2226.

⁵¹ In het vreemdelingenrecht speelt dit formeel gezien niet, omdat in die zaken alleen de rechtbank Den Haag bevoegd is. Maar door de verdeling van die zaken over de overige rechtbanken, die dan als zittingsplaats van die rechtbank optreden, komt het er in de praktijk op neer dat ook kwesties op dit rechtsgebied op verschillende plaatsen aan de orde kunnen zijn.

⁵² L. van der Meulen gaat daar in haar preadvies in het kader van de strategische keuzes die gemaakt kunnen worden ook op in.

ingestoken vanuit de diverse rechtsgebieden. Deze landelijke overleggen hebben geen formele basis, maar spelen wel een belangrijke rol bij het signaleren van principiële vraagstukken waarin rechtsvorming mogelijk aan de orde is. Het is echter niet altijd mogelijk om op het moment dat een zaak bij de rechtbank binnenkomt te onderkennen dat in die zaak een zaakoverstijgende rechtsvraag zit. Soms ook simpelweg niet omdat het punt op dat moment nog niet speelt, maar pas op een later moment bijvoorbeeld wegens rechtspraak van het EHRM gaat spelen.

De vraag die nog op kan komen is of er ook situaties zijn waarin de bestuursrechter er bewust voor kiest om niet aan rechtsvorming te doen, ook al leent een zaak zich daar wel voor. De motivering van een dergelijke uitspraak is dan zodanig dat het voornamelijk van betekenis is voor het beslechten van het betreffende geschil.⁵³ Het is niet ondenkbaar dat er enige vrees is om uitspraken te doen waarvan gezegd zou kunnen worden dat de rechter op de stoel van het bestuur of de wetgever is gaan zitten en dat een uitspraak in strijd is met het constitutionele principe van machtscheiding. Een bekende civiele zaak waarop deze kritiek werd geuit is de Urgenda-uitspraak, wat overigens een proefproces was en geen rechtsvormende uitspraak zoals wij die hier beschouwen.⁵⁴ Een ander recent voorbeeld op het terrein van het bestuursrecht is de uitspraak van 26 juli 2017 van de ABRvS over een islamitische scholengemeenschap in Amsterdam.⁵⁵ De ABRvS geeft in de zaak duidelijk de opdracht aan de Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap om binnen vijf dagen de betreffende financiering voor die scholengemeenschap te verstrekken. Deze uitspraak en de Urgenda-uitspraak zijn beide gevallen waarin de rechter op de stoel van het bestuur gaat zitten - en onzes inziens ook op die plek hoort - in het kader van zijn opdracht geschillen finaal te beslissen.

4.3 De behandeling van een rechtsvormende zaak

Het is nu vaak zo dat een zaak het standaardtraject doorloopt en dat tot aan de zitting geen rekening wordt gehouden met de wensen van partijen en de mogelijkheid hun zaak op een andere wijze te behandelen. De bestuursrechter moet eerder de regie nemen over de zaak.⁵⁶ In de vorige paragraaf is uitgebreid stilgestaan bij de regiefunctie van de rechter en de mogelijkheden die KEI biedt om de praktische inrichting van regievoering makkelijker te maken. Dit vergt echter ook van de bestuursrechter dat hij zijn werkwijze bij het behandelen van zaken deels zal moeten aanpassen. De bestuursrechter zal vaker zijn digitale werkomgeving moeten checken. De tijd die wordt besteed aan een zaak wordt daardoor meer uitgesmeerd over een langere periode. Omdat de bestuursrechter zich steeds opnieuw zal moeten inlezen in de zaak zal deze verandering in werkwijze vermoedelijk ook meer tijd gaan kosten. Daarnaast zal ook naar de wijze van roostering moeten worden gekeken om versnelde behandeling ook echt goed te kunnen realiseren. Het rooster zal daarvoor dus voldoende ruimte moeten bieden.

De bestuursrechter in eerste aanleg doet op dit moment (nog steeds)⁵⁷ niet veel aan zaaksdifferentiatie naar aard en de benodigde behandeling.⁵⁸ Vaak wordt het standaardtraject gevolgd. De zaken worden op een zitting van de enkelvoudige kamer gepland bij een rechter in het team waarin het betreffende

⁵³ Zie over smal en breed motiveren o.a. G. de Groot, *Motiveren van rechterlijke uitspraken: een evenwichtsoefening*, gepubliceerd als hoofdstuk 5 in G.J.M. Corstens e.a., *175 jaar Hoge Raad der Nederlanden: bijdragen aan de samenleving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

⁵⁴ Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145. Zie daarover bijvoorbeeld W.J.M. Voermans, *Staat moet wél in hoger beroep gaan*, De Volkskrant 28 augustus 2015.

⁵⁵ ABRvS 26 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1979.

⁵⁶ Preadvies van B.J. van Ettekoven en A.T. Marseille, *Afscheid van de klassieke procedure in het bestuursrecht?*, voor de Jaarvergadering van de Nederlandse Juristen Vereniging, 9 juni 2017 te Zwolle, *Handelingen NJV*, 147e jaargang/2017-1, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 192.

⁵⁷ Vergelijk al B.J. van Ettekoven, jaarrede van de voorzitter van de VAR, *Agenda voor de bestuursrechtspraak: het einde van de eenheidsworst*, VAR-reeks 139, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 7 e.v.

⁵⁸ Preadvies van B.J. van Ettekoven en A.T. Marseille, *Afscheid van de klassieke procedure in het bestuursrecht?*, voor de Jaarvergadering van de Nederlandse Juristen Vereniging, 9 juni 2017 te Zwolle, *Handelingen NJV*, 147e jaargang/2017-1, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 190.

rechtsgebied wordt behandeld. Een beperkt aantal zaken dat daarvoor op basis van interne criteria geschikt is, wordt op een zitting van de meervoudige kamer gepland. Er is sprake van zaaksgestuurde appointering. Voor zaken waarin een zaaksoverstijgende vraag speelt zou probleemgestuurde appointering een goede manier zijn om de betreffende rechtsvraag goed beantwoord te krijgen en veel partijen snel te bedienen. Probleemgestuurde appointering heeft dus voordelen, maar vraagt ook tijd en organisatie (regie) in de voorfase. De huidige inrichting van de afdoening van zaken is daarop niet berekend. Differentiatie naar rechters komt niet vaak voor.⁵⁹ Welke rechter een zaak behandelt hangt doorgaans simpelweg af van het rooster van het betreffende team. Uitgangspunt is dat iedere rechter de zaken die in zijn team voorkomen kan behandelen. Zaakstoedeling gebeurt in beginsel dus op willekeurige basis, waarbij er binnen en buiten de rechtspraak wel gesproken wordt over een manier om hierover ook naar buiten toe transparanter te zijn.⁶⁰ In de bovengenoemde zaak die bij de rechtbank Midden-Nederland speelde over de EHRM-rechtspraak in de zaken Korošec tegen Slovenië, Letinčić tegen Kroatië en Spycher tegen Zwitserland is hiervan wat betreft de samenstelling van de meervoudige kamer in zoverre afgeweken, dat ervoor is gekozen om rechters van de drie bestuursrechtelijke teams die deze rechtbank heeft aan de zaak toe te delen. De rechtsvraag over de betekenis van de genoemde EHRM-rechtspraak speelde namelijk in alle teams. Door een rechter uit elk team erbij te betrekken kon nog beter de impact van de uitspraak worden beoordeeld. Het ligt echter niet voor de hand dat bij een principiële, potentieel rechtsvormende zaak specifiek rechters wordt gezocht die daarmee affiniteit hebben. Wij zien, kortom, in beginsel geen reden om bij rechtsvorming af te wijken van de normale wijze van zaakstoedeling, waarbij de (kennis)achtergrond van de rechter niet relevant is.

Terugkomend op die zaken die in afwachting van een andere zaak bij diezelfde rechtbank op de plank komen te liggen, zouden die partijen niet nauwer betrokken moeten worden bij de behandeling van de geselecteerde zaak waarin de principiële rechtsvraag wordt beantwoord en waarbij de uitspraak vervolgens een blauwdruk wordt voor hun eigen zaak? Onzes inziens zou dat niet de juiste insteek zijn. Zoals besproken heeft de bestuursrechter steeds met individuele besluiten te maken en wordt de omvang van het geding door partijen (en hun belangen) bepaald. Wij achten het wel van belang dat partijen worden geïnformeerd over de reden waarom hun zaak nog niet op zitting wordt gezet en zij in de gelegenheid worden gesteld zich desgewenst daarover uit te laten.⁶¹ Ook met onze hierboven geschetste terughoudendheid op dit punt, is het natuurlijk altijd mogelijk dat een partij in een zaak die op de plank is gelegd, dat briefje krijgt met de reden waarom dat zo is en dan in de pen klimt om te reageren. Het zal niet vaak zijn, als de rechter energie heeft gestoken in de juiste zaak om als eerste te behandelen, maar het kan natuurlijk altijd zijn dat zo'n reactie haarfijn laat zien dat de op de plank gelegde zaak zelf (ook) geschikt is om bovenop de stapel te komen en als eerste of samen met de al geselecteerde zaak te worden behandeld in de richtinggevende uitspraak. En juist om dat mogelijk te maken is dat briefje van de rechter met daarin de reden waarom een zaak op de plank is gelegd essentieel. Vervolgens als die rechtsvormende uitspraak er is zullen partijen doorgaans wel in de gelegenheid worden gesteld hierop te reageren, waarna met of zonder nadere zitting de andere zaken zullen worden afgedaan.

Op dit moment is er weinig tot geen actieve communicatie vanuit de rechtbanken over het eindproduct: het doen van een rechtsvormende uitspraak. Een rechtsvormende uitspraak wordt, net als iedere meervoudige uitspraak, op rechtspraak.nl gepubliceerd. Het is dan aan de oplettende volgers van het bestuursrecht om uit de stroom van publicaties een rechtsvormende uitspraak te filteren. De inhoudsindicatie op rechtspraak.nl kan hierbij behulpzaam zijn, maar onze ervaring is dat voor het

⁵⁹ Preadvis van B.J. van Etekoven en A.T. Marseille, *Afscheid van de klassieke procedure in het bestuursrecht?*, voor de Jaarvergadering van de Nederlandse Juristen Vereniging, 9 juni 2017 te Zwolle, *Handelingen NJV*, 147e jaargang/2017-1, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 213.

⁶⁰ M.L. van Emmerik en Y.E. Schuurmans, *Meer transparantie bij rechterlijke zaakstoedeling dringend gewenst*, *NJB* 2016/593.

⁶¹ In het belastingrecht is dit ook zo bepaald voor zaken die wachten op een prejudiciële beslissing door de HR in een andere zaak: art. 27ga lid 6 AWR.

opstellen daarvan vaak weinig aandacht is als de uitspraak zelf eenmaal gereed en door de rechter getekend is. Verder kan een vanuit de rechtbank geïnitieerd persbericht ervoor zorgen dat er meer aandacht is voor de publicatie van een uitspraak. Het is nu in de meeste gevallen echter zo dat persberichten vooral worden opgesteld in zaken waarin eerder al is gebleken dat er sprake was van belangstelling vanuit de media, bijvoorbeeld omdat een journalist aanwezig was op de zitting. Persberichten worden dus veelal reactief gepubliceerd. Wij vinden deze informatievoorziening voor verbetering vatbaar en de bestuursrechter zou ook in dit natraject beter zijn regiefunctie moeten oppakken. In afstemming met voorlichters van de rechtbank kan de inhoud van een rechtsvormend oordeel goed worden samengevat, waarmee vervolgens actief en gericht informatie naar buiten kan worden gebracht. De wijze waarop de hogerberoepscolleges dit al doen is hiervoor een goed voorbeeld.

4.4 Vooruitblik

Het is ook van belang om stil te staan bij de toekomst. Het ‘nieuwe procederen’ via KEI biedt los van de hierboven genoemde aspecten ook een systeem waarin eenvoudig kan worden gezocht naar zelfde soort procedures. Zaken waarin een zaaksoverstijgende vraag speelt zouden er dan in een vroeg stadium snel en eenvoudig uitgefilterd kunnen worden. De bestuursrechter kan dan goed overzien in hoeveel zaken de zaaksoverstijgende vraag speelt. Vervolgens kan dan door de bestuursrechter de juiste zaak worden geselecteerd waarin de principiële vraag wordt beantwoord. De kans dat een meer geschikte zaak ‘op de plank blijft liggen’ is dan zeer gering. Dit systeem komt het zaaksmanagement en de kwaliteit dus ten goede.⁶²

Naast deze voordelen van het zoeken in het (digitale) systeem via KEI is het ook van belang kort na te gaan wat in de toekomst het gebruik van ‘predictive analytics’ ons te bieden heeft op het gebied van het strategisch procederen. Het gaat dan om gebruik van ‘big data’ waarmee verbanden worden gevonden en voorspellingen worden gedaan. Die ontwikkeling is dichterbij dan velen van ons denken. In het preadvies van Van Ettekoven en Marseille⁶³ is ook stil gestaan bij het gebruik van ‘predictive analytics’. Het ook door hen genoemde onderzoek waarbij met inzet van bepaalde technieken op het gebied van ‘artificial intelligence’ uitkomsten van klachtprocedures bij het EHRM zijn voorspeld, is een in het oog springende ontwikkeling.⁶⁴ Het vervangt de rechter niet geheel (gelukkig), maar het kan juist door rechters worden ingezet in het kader van efficiëntie.

⁶² Zie ook preadvies van B.J. van Ettekoven en A.T. Marseille, *Afscheid van de klassieke procedure in het bestuursrecht?*, voor de Jaarvergadering van de Nederlandse Juristen Vereniging, 9 juni 2017 te Zwolle, *Handelingen NJV*, 147e jaargang/2017-1, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 244.

⁶³ Preadvies van B.J. van Ettekoven en A.T. Marseille, *Afscheid van de klassieke procedure in het bestuursrecht?*, voor de Jaarvergadering van de Nederlandse Juristen Vereniging, 9 juni 2017 te Zwolle, *Handelingen NJV*, 147e jaargang/2017-1, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 238.

⁶⁴ N. Aletras e.a., *Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective*, PeerJ Computer Science (2016).

5. Rechtsvorming in hoger beroep vraagt transparantie over afstemming

5.1 De rechtsvormende taak van de hogerberoepsrechter

Ervan uitgaande dat rechtbanken inderdaad een rol voor zichzelf zien weggelegd op het gebied van rechtsvorming, kunnen over een vraagstuk dat zich daarvoor leent, zoals gezegd, in theorie elf verschillende richtingen worden uitgezet in eerste aanleg. Als we er ook van uitgaan dat bij bestuursorganen en rechtszoekenden de behoefte zal bestaan om zo'n vraagstuk vervolgens in hoger beroep voor te leggen, worden de drie hogerberoepscolleges in het bestuursrecht op deze manier actief 'gevoed' met zaken waarin rechtsvorming een rol speelt. Rechtsvorming kan in hoger beroep dan het sluitstuk zijn van een al lopende discussie over de toepassing of de invulling van een vraagstuk. Dat alleen al laat de belangrijke functie zien die de hogerberoepscolleges wat dit betreft hebben. De bestuursrechter in hoger beroep heeft dan de taak om knopen door te hakken en één van de ingezette lijnen te volgen, of een eigen lijn te bepalen, om daarmee de rechtseenheid te waarborgen.

Dit kan goed worden geïllustreerd aan de hand van de rechtspraak die zich heeft ontwikkeld over de wijziging van het Dagloonbesluit werknemersverzekeringen per 1 juli 2015.⁶⁵ Deze wijziging pakte ongunstig uit voor de opbouw van het recht op een Werkloosheidswetuitkering van specifieke groepen, namelijk starters op de arbeidsmarkt, herintreders en flexwerkers. Dit werd al snel duidelijk en de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid kwam op 27 november 2015 in een brief met een voorziene oplossing.⁶⁶ Toen dit in verschillende zaken aan bestuursrechters werd voorgelegd, waren in hun uitspraken in eerste aanleg twee richtingen te onderscheiden. Er waren rechtbanken die oordeelden dat de minister zich bij de wijziging bewust is geweest van de nadelige effecten ervan en dat het daarom niet aan de rechtbank is om deze ongedaan te maken.⁶⁷ Er waren ook rechtbanken die, kort gezegd, van oordeel waren dat bij de wijziging onvoldoende rekening was gehouden met onredelijke nadelige effecten en dat het besluit daarom in zoverre onverbindend was.⁶⁸ Hoewel de rechtbanken hun rechtsvormende rol hier oppakten bleef de onzekerheid over de vraag of het nieuwe Dagloonbesluit moest worden toegepast zo nog maanden bestaan, totdat de CRvB in hoger beroep deze laatste lijn volgde.⁶⁹

5.2 De grote kamer

Naast het op deze manier in hoger beroep beslechten van rechtsvormingsdiscussies op rechtbankniveau doen de hogerberoepscolleges – natuurlijk – ook op eigen initiatief richtinggevend uitspraken. Dit is een belangrijke functie van de ABRvS, de CRvB en het CBb waar ook de wetgever oog voor heeft gehad. In tegenstelling tot de rechtbanken hebben de hogerberoepscollegers hiervoor namelijk een specifiek wettelijk instrument gekregen: met de inwerkingtreding van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht op 1 januari 2013 voorziet de Awb in het verwijzen van zaken in hoger beroep naar een grote kamer, 'met het oog op de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling'.⁷⁰ In de verschillende wetten die de bevoegdheden van de hogerberoepscolleges regelen is gelijktijdig opgenomen dat zij grote kamers zullen vormen en dat deze uit vijf leden bestaan.⁷¹ Meer dan dit houdt

⁶⁵ Besluit van 9 april 2015 tot wijziging van het Dagloonbesluit werknemersverzekeringen in verband met het wijzigen van de Werkloosheidswet door de Wet werk en zekerheid, *Stb.* 2015, 152.

⁶⁶ *Kamerstukken II*, 2015/16, 34 351, nr. 1, p. 14.

⁶⁷ Rb. Midden-Nederland 10 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3164; rb. Den Haag 8 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:7564; rb. Noord-Holland 25 november 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:9584.

⁶⁸ Rb. Oost-Brabant 17 maart 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:1181; rb. Overijssel 15 juli 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:2788.

⁶⁹ CRvB 26 april 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1474, ECLI:NL:CRVB:2017:1475 en ECLI:NL:CRVB:2017:1476.

⁷⁰ Art. 8.10a lid 4 Awb.

⁷¹ Art. 42 lid 1 en 2 WRvS, art. 3a Bw en art. 4a Wbbo.

de wettelijke regeling niet in, maar de wetsgeschiedenis geeft meer informatie over de achterliggende gedachten en doelen.⁷²

In de eerste plaats kan door verwijzing naar een grote kamer de rechtseenheid binnen één van de colleges worden bewaard. Omdat de colleges intern opgedeeld zijn in verschillende organisatorische eenheden was het volgens de wetgever wenselijk om het mogelijk te maken dat leden uit de verschillende eenheden in een grote kamer plaatsnemen als een rechtsvraag speelt op het terrein dat de organisatorische eenheden ontstijgt. Dit komt wat opmerkelijk over, omdat onze indruk is dat de hogerberoepscolleges altijd zelf goed in staat zijn geweest om hun eigen organisatie zo vorm te geven dat daarmee wordt gewaarborgd dat naar buiten toe één lijn wordt aangehouden als dat wenselijk is bij rechtsvragen die breder spelen dan in slechts een deel van het college. Een grote kamer lijkt daarvoor niet direct noodzakelijk. Hiervoor is al uiteengezet dat ook op het niveau van de rechtbanken over het algemeen sprake is van verdeling van soorten zaken over verschillende teams, waarbij ervoor wordt gezorgd dat wordt gesignaleerd als er kwesties zijn die de teams overstijgen. In die gevallen kan intern worden afgestemd of het wenselijk is één lijn uit te zetten en kan zo nodig een reguliere meervoudige kamer met drie leden worden gevormd met rechters uit verschillende teams, zoals het geval was bij de hiervoor door ons besproken uitspraak in eerste aanleg over de inzet van deskundigen. Voor het bewaken van de rechtseenheid binnen een college of rechtbank is zo beschouwd dus geen wettelijke voorziening nodig.

De andere twee gedachten die de wetgever had bij de instelling van de grote kamer spreken ons meer aan. De intrekking door de regering van het wetsvoorstel organisatie hoogste bestuursrechtspraak⁷³ heeft naar verwachting tot gevolg dat voorlopig niets zal wijzigen aan de manier waarop die organisatie nu is vormgegeven, met drie hogerberoepscolleges. Gevolg daarvan is dat het voor blijft komen dat aan de colleges gelijksoortige vragen worden voorgelegd, vooral in zaken die gaan over de toepassing van het algemene bestuurs(proces)recht. Dat maakt dat er behoefte is en zal blijven om de rechtseenheid tussen de verschillende colleges te kunnen bewaken. Elk college heeft al langer leden die ook plaatsvervanger zijn in één of twee van de andere colleges en een verwijzing naar een grote kamer waarin een plaatsvervanger deelneemt kan bijdragen aan deze rechtseenheid. Een grote kamer met vijf leden biedt dan de mogelijkheid voor een samenstelling waarbij aan de ene kant het college dat de zaak behandelt zijn beslissingsmeerderheid van drie leden behoudt, terwijl aan de andere kant uit elk college dat de zaak niet behandelt een plaatsvervanger kan deelnemen. Een verwijzing naar een grote kamer laat in dit soort gevallen bovendien zien dat sprake is van een zaak die naar het oordeel van het betreffende college potentieel rechtsvormend is: de Awb voorziet immers alleen in verwijzing in het kader van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling. Daarmee hangt ook samen het laatste argument dat de wetgever destijds zag, namelijk dat van de transparantie. Een behandeling door een grote kamer maakt voor de buitenwereld duidelijk dat het om een belangwekkende zaak gaat, waarvan het bereik groter kan zijn en ook bedoeld is te zijn dan slechts de omstandigheden en feitelijkheden uit de specifieke voorliggende zaak. Over rechtsvorming in eerste aanleg deden wij hiervoor een oproep aan de rechtbanken om een potentieel rechtsvormende zaak actief kenbaar te maken. In hoger beroep volgt deze transparantie al rechtstreeks uit de omstandigheid dat naar een grote kamer wordt verwezen.

5.3 Inventarisatie van grotkameruitspraken

Met behulp van de database op rechtspraak.nl is het vrij eenvoudig om te achterhalen hoeveel uitspraken er door een grote kamer zijn gedaan sinds 1 januari 2013. Op het moment van het afronden van dit preadvies – oktober 2017 – gaat het om elf uitspraken van de ABRvS, drie van de CRvB en één van het CBB. Bij het CBB is er één lopende zaak en bij de ABRvS zijn er twee lopende zaken naar de grote kamer verwezen. Hoewel dat niet is vereist zijn de meeste uitspraken vooraf gegaan door een

⁷² *Kamerstukken II*, 2009/10, 32 459, nr. 3, p. 16-17.

⁷³ *Kamerstukken II*, 2016/17, 34 389, nr. 23.

conclusie van een lid van één van de colleges, een mogelijkheid die gelijktijdig met de introductie van de grote kamer in de Awb is opgenomen.⁷⁴ Zo'n conclusie is een goed instrument om de volle breedte van de voorliggende rechtsvraag te belichten en de procesdeelnemers uit te dagen om op die volle breedte in te gaan.

Als naar de inhoud van de uitspraken wordt gekeken is te zien dat het vrijwel steeds om zaken gaat die in breder bestuursrechtelijk perspectief worden beschouwd en (ook) van belang zijn voor terreinen van het bestuursrecht waar één van de andere colleges over gaat dan het college dat de uitspraak in een grote kamer heeft gedaan. Zo deed de ABRvS onder meer uitspraken over de redelijke termijn voor het afdoen van bestuursrechtelijke zaken, over de termijn die moet worden aangehouden voor een herzieningsverzoek en over de bevoegdheid van de bestuursrechter in relatie tot de in de Awb opgenomen competentiegrens bij geschillen over schadevergoeding.⁷⁵ De CRvB deed uitspraken over betalingsonmacht bij de verplichting om griffierecht te kunnen voldoen⁷⁶ en zowel het CBb als de ABRvS deed uitspraken over bestuurlijke boetes.⁷⁷ De grote kamers werden in deze zaken steeds gevormd door leden uit de verschillende colleges.⁷⁸ Bovendien wordt een door een grote kamer van het ene college gegeven oordeel in een aantal zaken later overgenomen door één van de andere colleges: het CBb en de CRvB namen bijvoorbeeld de grotkameruitspraak van de ABRvS over de redelijke termijn over, waardoor de colleges, anders dan voorheen, nu alle op één lijn zitten op dit punt.⁷⁹ De ABRvS heeft in meerdere enkelvoudige uitspraken over de betalingsonmacht van het griffierecht duidelijk gemaakt het door de grote kamer van de CRvB daarover gegeven toetsingskader te volgen.⁸⁰ De rechtsvormende functie die de hogerberoepscolleges overstijgt komt aldus goed tot uiting in de uitspraken die door een grote kamer zijn gedaan. Op deze wijze wordt bovendien ook invulling gegeven aan de door de wetgever al gesignaleerde wenselijkheid om naar de buitenwereld transparant te zijn over de gevallen waarin de colleges aan rechtsvorming doen. De grotkameruitspraken gaan vergezeld van een persbericht en worden over het algemeen door de juridische beroepsgroep breed gesignaleerd en van commentaar voorzien.

Hoewel grotkameruitspraken dus bijna per definitie als rechtsvormend zijn te beschouwen, is het andersom zeker niet zo dat uitspraken van een reguliere meervoudige kamer dat niet zijn. Er zijn – ook na 1 januari 2013 – vele uitspraken waarin door een hogerberoepscollege een voor de rechtspraktijk belangrijke vraag wordt beantwoord of lijn wordt uitgezet, terwijl niet voor verwijzing naar een grote kamer wordt gekozen. Dat zijn dan meestal uitspraken zonder collegeoverstijgend karakter. Hoe zichtbaar dat voor de buitenwereld is, verschilt per zaak en ook de manier waarop daaraan vervolgens aandacht wordt besteed is verschillend. De colleges maken soms wel duidelijk dat zij een uitspraak in een specifiek aan hen toebehorend domein als rechtsvormend beschouwen. Het gaat dan meestal over de interpretatie van nieuwe of gewijzigde regelgeving op dat terrein. Een voorbeeld is te vinden in de uitspraken van de CRvB in 2016 over de betekenis van de inwerkingtreding van de (nieuwe) Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 (Wmo) voor het recht op door de gemeente gefinancierde huishoudelijke hulp.⁸¹ In het bij deze uitspraken uitgebrachte persbericht spreekt de CRvB zelf van 'richtinggevende uitspraken'.⁸² Ook de ABRvS laat zich niet onbetuigd, met de door haar zelf

⁷⁴ Art. 8:12a Awb.

⁷⁵ ABRvS 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:188, ABRvS 28 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:308 en ABRvS 2 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2081.

⁷⁶ CRvB 13 februari 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:282, ECLI:NL:CRVB:2015:283 en ECLI:NL:CRVB:2015:364.

⁷⁷ CBb 25 maart 2015, ECLI:NL:CBB:2015:76; ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1818 en ECLI:NL:RVS:2017:1819.

⁷⁸ In een aantal gevallen maakte een raadsheer uit de HR onderdeel uit van een grote kamer.

⁷⁹ CBb 23 juni 2014, ECLI:NL:CBB:2014:234 en CRvB 1 oktober 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3318.

⁸⁰ Onder meer ABRvS 20 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1341.

⁸¹ CRvB 18 mei 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1402, ECLI:NL:CRVB:2016:1403 en ECLI:NL:CRVB:2016:1404.

⁸² Persbericht CRvB 18 mei 2016.

benoemde ‘overzichtsuitspraken’, tot nu toe over het planschaderecht⁸³ en over de in het omgevingsrecht bestaande ladder voor duurzame verstedelijking⁸⁴. In de overzichtsuitspraken geeft de ABRvS een ‘overzicht op hoofdlijnen’ van haar rechtspraak op die gebieden, terwijl de betreffende in beroep voorliggende zaak geen betrekking had op al de in de overzichten behandelde onderwerpen. Hoewel dat bij uitstek als rechtsvormend, want zaaksoverstijgend, is te beschouwen, was een verwijzing naar een grote kamer hier niet aan de orde. Deze insteek van de ABRvS doet wat ons betreft echter wel de vraag rijzen waar de grens ligt bij rechtsvorming in hoger beroep. In de overzichtsuitspraken zijn kwesties van rechtseenheid niet aan de orde, omdat daarin vooral bestaande lijnen van de ABRvS worden samengevat en gebundeld. Dat is voor de rechtspraak prettig, vooral op rechtsgebieden die voor de toepassing ervan grotendeels afhankelijk zijn van de interpretatie en uitwerking van wettelijke normen door de bestuursrechter, zoals het geval is in het planschaderecht. En ook de bestuursrechter in eerste aanleg maakt dankbaar gebruik van de handige overzichtsarresten. Maar is het geven van dit soort overzichten wel een taak voor een hogerberoepscollege? Wij kunnen ons goed voorstellen hier toch meer een taak voor de academische wereld en voor de schrijvers van studieboeken is weggelegd. Hoe handig en toepasbaar zij ook zijn voor de praktijk, de overzichtsuitspraken zijn dan wat betreft rechtsvorming misschien een stap te ver.

Een zaak die wel de grenzen van de ABRvS overstijgt, maar die toch in een reguliere meervoudige kamer is behandeld, is die over bijzondere omstandigheden om af te wijken van beleid.⁸⁵ Deze uitspraak is in zoverre dus een vreemde eend in de bijt, waarvan het voor ons als buitenstaander voor de hand had gelegen dat een verwijzing naar een grote kamer had plaatsgevonden. We noemen haar hier toch, omdat eruit blijkt hoe zeer een grotkameruitspraak van belang is voor een brede toepassing. Hoewel de uitspraak vijftien keer werd gepubliceerd – en vaak ook werd geannoteerd – in papieren en digitale tijdschriften, gaf de rechtspraak aanvankelijk geen krimp. Bijna alleen in Opiumwetzaken – de materie waar de uitspraak over gaat – en aanverwante zaken werd een beroep op de uitspraak gedaan. De brede strekking werd dus door bestuursrechtjuristen eerst nauwelijks onderkend en wij denken dat dat wellicht anders was geweest als wel sprake was van een grotkameruitspraak. Inmiddels heeft de CRvB, zoals hiervoor al gezegd, deze lijn van de ABRvS ook omarmd en alleen al daarom zal de implicatie nu breder worden ingezien.⁸⁶

5.4 De informele manier van rechtsvorming

De mogelijkheid van afstemming tussen de hogerberoepscolleges was dus één van de ideeën achter de introductie van de grote kamer. In zaken waarin die afstemming gewenst is, is deze door de wetgever geregelde weg echter niet de enige manier waarop colleges hun rechtsvormende taak oppakken. Dit gebeurt ook op informele wijze, althans op een manier waarbij dit voor de buitenstaander niet direct zichtbaar is. Dit speelde bijvoorbeeld bij de zaken over de opvang van uitgeprocedeerde asielzoekers (de ‘bed-bad-broodregeling’) over de vraag of de overheid aan een uitgeprocedeerde asielzoeker onderdak moet bieden. Als de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie daarover een beslissing neemt is dat via de Vreemdelingenwet 2000 een vreemdelingenrechtelijke aangelegenheid, die in hoger beroep bij de ABRvS komt. Als eenzelfde verzoek in het kader van de Wmo aan het college van burgemeester en wethouders van de gemeente waar de uitgeprocedeerde asielzoeker verblijft wordt gedaan, komt de zaak in hoger beroep bij de CRvB. Op 26 november 2015 hebben beide colleges uitspraken gedaan over deze kwestie.⁸⁷ Al uit het gelijktijdig uitspraak doen en de samenstelling van de leden van de meervoudige kamer van de betreffende colleges kan worden afgeleid dat hierover

⁸³ ABRvS 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2582.

⁸⁴ ABRvS 28 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1724.

⁸⁵ ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840.

⁸⁶ CRvB 12 juli 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2560.

⁸⁷ ECLI:NL:RVS:2015:3415 en ECLI:NL:CRVB:2015:3803.

afstemming heeft plaatsgevonden, maar dit volgt ook duidelijk uit de uitspraken. In de uitspraak van de CRvB is overwogen dat de ABRvS ‘bij uitspraak van heden’ in een vergelijkbaar geschil uitspraak heeft gedaan. Uit die uitspraak volgt, kort gezegd, dat door de staatssecretaris in dit soort situaties aangeboden opvang in een vrijheidsbeperkende locatie in beginsel een voorziening is die voldoende is voor de opvang van uitgeprocedeerde asielzoekers. De CRvB verwijst vervolgens naar de inhoudelijke overwegingen van de ABRvS en komt op basis daarvan tot het oordeel dat noodzaak tot opvang op grond van de Wmo ontbreekt.

Bij de hiervoor in het kader van de rechtsvorming in eerste aanleg al besproken uitspraak over de inzet van deskundigen werd in hoger beroep een stap verder gegaan met de transparantie over de rechtsvorming. Omdat medische beoordelingen in verschillende procedures een rol spelen, kan dit in hoger beroep zowel aan de orde zijn bij de ABRvS (bijvoorbeeld in vreemdelingenzaken of bij rijbewijskeuringen) als bij de CRvB (in socialezekerheidszaken). Ook hier heeft dat ertoe geleid dat beide colleges gelijktijdig, op 30 juni 2017, uitspraak hebben gedaan waarin zij over en weer naar elkaars uitspraak verwijzen.⁸⁸ In de persberichten bij en in de samenvattingen van de uitspraken werd bovendien vermeld dat de beide colleges samen een toetsingskader hebben ontwikkeld voor dit soort zaken. Daarmee is in ieder geval dus sprake van een grote mate van transparantie in de rechtsvorming die hier speelt: de buitenwereld hoeft niet uit de inhoud van de uitspraken de conclusie te trekken dat afstemming heeft plaatsgevonden, maar dit wordt nadrukkelijk naar buiten gebracht. Dat is wat ons betreft toe te juichen in het licht van wat wij hiervoor al opmerkten over de wens van de wetgever met betrekking tot de rechtsvorming. De wetgever had daarbij echter de behandeling in een grote kamer voor ogen, terwijl de bed-bad-brooduitspraken en de uitspraken over deskundigeninzet door zowel de CRvB als de ABRvS in een (reguliere) meervoudige kamer zijn gedaan. In de bed-bad-brooduitspraken is dat begrijpelijk, in het licht van hoe de colleges blijken ons beperkte onderzoek met verwijzingen naar een grote kamer omgaan. Er was geen sprake van een oordeel over de toepassing van een bestuursrechtelijk leerstuk dat de rechtsgebieden van de beide colleges in gelijke zin raakt. In die zin lag het ook voor de hand dat de ABRvS als hoogste vreemdelingenrechter zich primair uitliet, waarna de CRvB hiernaar kon verwijzen. Voor de uitspraken over de inzet van deskundigen kun je daar ook anders naar kijken, want hiervoor constateerden wij al dat de waarde van rapporten van (medische) deskundigen juist in verschillende bestuursrechtelijke gebieden aan de orde kunnen zijn. Een grotekameruitspraak door leden van de beide colleges zou wat ons betreft dan een logische keuze zijn geweest.

Maar er zitten misschien meer haken en ogen aan de hiervoor beschreven afstemming tussen meervoudige kamers van beide colleges. Hoewel die afstemming in meer of mindere mate wel transparant is, is de gekozen weg informeel van aard. Dat is een praktische oplossing, die waarschijnlijk ook door partijen werd gedragen: in de bed-bad-brooduitspraak van de CRvB wordt bijvoorbeeld vermeld dat de gemachtigde in die zaak nadrukkelijk heeft verzocht om gelijktijdige behandeling door beide colleges.⁸⁹ Deze insteek kan bij de buitenwereld echter vragen oproepen. Vooral uit de bed-bad-brooduitspraken wordt duidelijk dat de CRvB voor zijn uitspraak afhankelijk was van de inhoud van de uitspraak van de ABRvS, terwijl die uitspraak nog niet gedaan was op het moment dat men bij de CRvB aan deze uitspraak heeft gewerkt. Het kan dus niet anders dan dat beide colleges elkaar op de hoogte hebben gebracht van hun inhoudelijke afwegingen en conceptuitspraken.⁹⁰ Hierbij kan een vergelijking worden gemaakt met hoe buiten het bestuursrecht⁹¹ in hoogste instantie afstemming plaatsvindt. De HR bespreekt alle zaken van enig juridisch belang in een raadkameroverleg van de voltallige kamer van tien raadsheren, waarna de behandelend kamer van drie of vijf raadsheren beslist over de betreffende zaak. Vanuit het oogpunt van rechtseenheid en

⁸⁸ CRvB 30 juni 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2226 en ABRvS 30 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1674.

⁸⁹ ECLI:NL:CRVB:2015:3803, rechtsoverweging 5.9.

⁹⁰ Dit volgt ook deels uit de samenstelling van de meervoudige kamer van de betreffende colleges.

⁹¹ Met uitzondering van het belastingrecht.

consistentie binnen de HR is hiervoor veel te zeggen.⁹² Deze werkwijze leidt echter van tijd tot tijd wel tot discussie over de vraag hoe zij zich verhoudt tot het raadkamergeheim. In die discussie wordt opgeroepen een en ander van een (meer) expliciete wettelijke grondslag te voorzien⁹³, waarbij dit jaar zelfs aangifte is gedaan tegen alle raadsheren van de HR wegens schending van het raadkamergeheim.⁹⁴ Wij zijn er helemaal niet van overtuigd dat daarvan sprake is, maar het is niet ondenkbaar dat gelijksoortige kritiek wordt geuit op de hiervoor beschreven informele afstemming tussen de hogerberoepscolleges in het bestuursrecht. Daar gaat het bovendien niet om interne afstemming maar om afstemming tussen de colleges en ook de raadsheren bij de CRvB en het CBb en de staatsraden bij de ABRvS zijn aan het raadkamergeheim gebonden.⁹⁵ Afgezien van de vraag of dit soort kritiek wel of niet terecht is kan het afbreuk doen aan het beeld van de bestuursrechtspraak in hoger beroep. Wij kunnen ons daarom, zoals gezegd, voorstellen dat er in dit soort zaken, waarbij hogerberoepscolleges gelijktijdig uitspraak doen over overlappende materie, ook goed voor de weg van verwijzing naar een grote kamer wordt gekozen. Tot slot blijft het werken aan rechtseenheid niet beperkt tot de grenzen van het bestuursrecht. In dat verband wijzen wij op de rechtspraak van de ABRvS en de HR over het alcoholslot.⁹⁶ De ABRvS verwijst in zijn uitspraak naar het arrest van de HR van de dag ervoor waarin is geoordeeld dat de samenloop van het opleggen van een alcoholslotprogramma terwijl de betrokkene voor dezelfde gedraging tevens strafrechtelijk wordt vervolgd wegens rijden onder invloed wel degelijk problematisch is.

⁹² M.W.C. Feteris, *Geheim van de raadkamer staat niet aan collegiale afstemming in de weg*, NJB 2016/1759.

⁹³ H.J. Snijders, *Onafhankelijkheid en onpartijdigheid van HR-raadsheren buiten de zetel*, NJB 2016/948; H.U. Jessurun d'Oliveira, *Zaakstoedeling en het vleugellamme artikel 17 Grondwet - een oproep tot formele regelgeving*, NJB 2016/1474.

⁹⁴ Nieuwsbericht website NJB, 20 april 2017.

⁹⁵ Art. 7 lid 3 Wet RO jo. art. 3 Bw en art. 4 Wbbo; art. 44 aanhef en onder b WRvS.

⁹⁶ Zie het arrest van de HR van 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:434, en de uitspraak van de ABRvS van 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622.

6. Conclusie

In dit preadvies hebben wij het strategisch procederen nader beschouwd vanuit de positie van de bestuursrechter. Centraal staat de vraag of de bestuursrechter met de hem ten dienste staande instrumenten voor het maken van strategische keuzes principiële procedures voldoende tot hun recht kan laten komen. Daarbij zijn wij aan de ene kant ingegaan op de bestuursrechter aan wie een proefproces ter beoordeling wordt voorgelegd en aan de andere kant op de bestuursrechter die zich geroepen voelt om een rechtsvormende uitspraak te doen. Bij een proefproces gaat het om een principiële zaak die op initiatief van een procespartij wordt aangespannen en bij een rechtsvormende uitspraak gaat om de bestuursrechter die onafhankelijk van de inbreng van partijen een principieel oordeel geeft over een zaaksoverstijgende rechtsvraag. Proefprocessen en rechtsvormende uitspraken zullen elkaar vaak overlappen, maar zeker niet altijd.

Allereerst hebben wij het kader uitgezet waarbinnen de bestuursrechter gelet op het bestuursprocesrecht opereert. De weg van rechtsvorming in het bestuursrecht loopt via de band van het individuele besluit. De strategische mogelijkheden van de bestuursrechter zijn dus niet onbegrensd.

In paragraaf 3 hebben wij gekeken naar proefprocessen. Deze procedures onderscheiden zich van andere procedures bij de bestuursrechter daar waar het gaat om het doel dat iemand of de achterliggende belangenorganisatie die een procedure start voor ogen heeft. De gereedschapskist van de bestuursrechter biedt verschillende mogelijkheden om de behandeling van een proefproces op de gewenste wijze in te richten en te sturen. Het is daarbij wel van belang dat partijen de bestuursrechter – meer dan nu het geval is – vanaf het begin actief informeren dat sprake is van een proefproces en over de achterliggende redenen van de procedure. Uitgangspunt daarbij is het streven naar finale geschillenbeslechting. De bestuursrechter kan regie voeren door een regiezitting te houden, op verzoek in te stemmen met versnelde behandeling of in het vooronderzoek een extra schriftelijke ronde te bieden. De bestuursrechter heeft dus de ruimte om de procesvoering in een individuele zaak af te stemmen op de omstandigheden en dat zo vorm te geven dat die is toegespitst op wat die zaak nodig heeft. Ook procespartijen kunnen in samenspraak met de bestuursrechter regisseren. Juist in een proefproces zien wij kansen voor een door partijen gezamenlijk gedragen manier van procederen. Wij constateren dat de informatievoorziening over de insteek en handelwijze van het proefproces van zowel de zijde van partijen als van de zijde van de bestuursrechter met name in eerste aanleg voor verbetering vatbaar is. Daarbij is er ook op gewezen dat de bestuursrechter – meer dan nu het geval is – in de uitspraak en de bijbehorende communicatie tot uitdrukking brengt dat sprake is van een proefproces. Dat maakt het voor de buitenwereld mogelijk om actiever kennis te nemen van maatschappelijke discussies.

In paragraaf 4 hebben we gekeken naar de manier waarop de bestuursrechter in eerste aanleg omgaat met rechtsvorming onafhankelijk van de inbreng van partijen. Ondanks dat rechtsvorming meer een taak is van de hogerberoepsrechter is onzes inziens hiervoor ook een taak weggelegd voor de bestuursrechter in eerste aanleg. Een belangrijke functie van rechtsvorming in eerste aanleg is in het verlengde hiervan dat de bestuursrechter in hoger beroep gevoed wordt door deze oordelen. Het is van belang dat partijen in een zo vroeg mogelijk stadium door de bestuursrechter erover worden geïnformeerd dat hij heeft geconstateerd dat er een zaaksoverstijgende / principiële rechtsvraag speelt. Tijdige signalering van zaken waarin een zaaksoverstijgende rechtsvraag zit is dan ook van groot belang. De bestuursrechter moet dan eerder dan nu vaak in de praktijk het geval is de regie nemen over de zaak. Ook moet kritisch worden gekeken naar de wijze waarop een (rechtsvormende) zaak wordt behandeld; een dergelijke procedure vergt meer maatwerk. De bestuursrechter heeft voldoende gereedschap in zijn kist maar moet het dan wel gaan inzetten. Verder is in het natraject, na de einduitspraak, de informatievoorziening door de bestuursrechter voor verbetering vatbaar. Te denken valt bijvoorbeeld aan het (vaker) initiëren van een persbericht over de uitspraak.

Ten slotte is stil gestaan bij rechtsvorming in hoger beroep. De drie hogerberoepscolleges met de HR letten erop dat binnen hun eigen domeinen steeds dezelfde lijn wordt gevolgd. Over algemeen bestuursrechtelijke onderwerpen vindt onderling afstemming plaats. Sinds 1 januari 2013 hebben de hogerberoepscolleges ook de mogelijkheid om zaken met het oog op de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling naar een grote kamer te verwijzen. Een behandeling door een grote kamer maakt voor de buitenwereld duidelijk dat het om een belangwekkende zaak gaat, waarvan het bereik groter kan zijn en ook bedoeld is te zijn dan slechts de omstandigheden en feitelijkheden uit de specifieke voorliggende zaak. Hoewel grotkameruitspraken dus bijna per definitie als rechtsvormend zijn te beschouwen, is het andersom zeker niet zo dat uitspraken van een reguliere meervoudige kamer dat niet zijn. De mogelijkheid van afstemming tussen en binnen de hogerberoepscolleges vindt niet alleen plaats via grotkameruitspraken, dit gebeurt ook op informele wijze. Die afstemming is in meer of mindere mate transparant. Ten slotte zetten hogerberoepscolleges hun principiële uitspraken met persberichten duidelijk kenbaar ‘in de etalage’, al zouden zij in het voorkomende geval de brede toepasbaarheid van een uitspraak soms meer kunnen onderstrepen.

Ondanks de gesignaleerde verbeterpunten en mogelijke knelpunten, is de bestuursrechter met de hem ten dienste staande instrumenten voor het maken van strategische keuzes in staat principiële procedures voldoende voor tot hun recht te laten komen. De bestuursrechter is met zijn gereedschapskist dus voldoende toegerust al is een zaklamp voor wat extra licht (transparantie) soms wel gewenst.