

---

# Het model Tak: Verhoogde rechtsbescherming in het bestuursrecht?

T. BARKHUYSEN, W. DEN OUDEN  
& Y.E. SCHUURMANS (red.)

*met bijdragen van:*

T. Barkhuysen  
Th. G. Drupsteen  
M.A. Heldeweg  
B.M.J. van der Meulen  
W. den Ouden

J.E.M. Polak  
R.J.N. Schiössels  
M. Schreuder-Viasblom  
Y.E. Schuurmans  
A.Q.C. Tak



INSTITUUT VOOR  
RECHTSWETENSCHAPPELIJK  
ONDERZOEK

Kluwer – Alphen aan den Rijn – 2006

# Inhoudsopgave

WOORD VOORAF <i>De reactie</i>	VII
1 Inleiding <i>Maria Schreuder-Vlasblom</i>	1
2 Iets kroms dat verbogen is; het Nederlands bestuursprocesrecht naar de leer van prof. Tak <i>Maria Schreuder-Vlasblom</i>	5
3 In discussie met Tak <i>Thijs Drupsteen</i>	33
4 Dimensies van belangenafweging: enige opmerkingen over besluitvorming en rechtsbescherming in het werk van prof. mr. A.Q.C. Tak <i>Raymond Schüssels</i>	49
5 Het object van toetsing in het bestuursproces volgens Tak <i>Berrid van der Meulen</i>	65
6 Een evenwichtig discours? <i>Machtel Heldeweg</i>	83
7 Two worlds: How to make the best of it? Over enkele kernthema's in het werk van prof. mr. A.Q.C. Tak <i>Jaap Polak</i>	97
8 Reactie op de referenten <i>Traam Tak</i>	115
9 Er is niets praktischer dan een zuivere theorie! Verslag van de Leidse studiebijeenkomst rond het wetenschappelijk werk van prof. mr. A.Q.C. Tak <i>Tom Barkhuysen, Willemien den Ouden &amp; Ynnre Schuurmans</i>	141
OVER DE AUTEURS	155

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

© 2006 Barkhuysen, Den Ouden & Schuurmans

ISBN 90-13-03852-2

NUR 823-301

*Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.*

*Voorzover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h /m 16m Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemzettingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, [www.cedar.nl/pro](http://www.cedar.nl/pro)).*

*No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.*

Michiel Heldeweg\*

## 1 VOORAF

Het is altijd weer een genoegen om te duiken in de juridische gedachtewereld van mijn juridische leermeester Twan Tak.<sup>1</sup> Steeds word ik dan gedwongen om de fundamenten van het bestuursrechtelijk denken te hernemen; om vervolgens stap voor stap de redeneerlijnen te reconstrueren. Dat is lastig maar verfrissend tegelijk, in een discipline waar padafhankelijk redeneren de heersende methodologie lijkt te zijn.

Ook nu moest ik weer terug naar 'af'. In deze bijdrage tot discussie heb ik mijn bevindingen opgetekend na (her)lezing van enkele door Twan Tak zelf geselecteerde documenten ten behoeve van de aanstaande studiemiddag.

## 2 EENHEID VAN HET BESLUIT

Ter 'plaatsbepaling' eerst dit. In de slotfase van mijn dissertatieonderzoek, begin 1992-3, geraakte ik met Twan Tak in discussie over opzet van het bestuursproces. Mede op basis hiervan schreef ik in mijn proefschrift,<sup>2</sup> dat ik een keuze voor een 'subjectief bestuursproces' met aantasting van burgerlijke belangen als object van geschil ondersteunde en dat zo'n systeem bij voorkeur op *alle* rechtstreekse vormen van aantastingen door het overheidsbestuur van toepassing moest zijn – niet alleen op besluiten. De stap om de belangen aantasting zelf als object van geschil te nemen, ging mij echter te ver voor besluiten die totstandkomen na een bijzondere non-contentieuze procedure (zoals van afd. 3.4 Awb). De redenering hierachter had als noemer: de 'eenheden van het bestuursbesluit'.

---

\* Mr. M.A. Heldeweg is universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Faculteit Bedrijf, Bestuur en Technologie, Universiteit Twente.

1 Van 1985 tot 1999 was ik werkzaam bij de door Twan Tak bekleede leerstoel staats- en bestuursrecht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Rijksuniversiteit Limburg/Universiteit Maastricht. Twan Tak was tevens mijn promotor bij mijn proefschrift *Normstelling en expertise, waarborgen voor technische deskundigheid i.h.b. bij vergunningverlening in het milieurecht*, Den Haag: Sdu 1993.

2 Heldeweg 1993, p. 292-297.

Deze eenheid sloeg enerzijds op het belang van het bestuur (en de justitie) om zo snel mogelijk uitsluitend te hebben over de rechtsgeldigheid van besluiten, niet alleen wat betreft de normatieve verwezenlijking van het algemeen belang maar ook met het oog op de gevolgen daarvan voor belanghebbenden. Als de subjectieve rechtspositie van klager object van geschil zou zijn, zou dit n.m.m. het risico meebrengen dat een bestuursbesluit onderwerp zou worden van een reeks van acties gericht op het bewerkstelligen van uitzonderingen op de verbindendheid daarvan, omwille van individuele belangenposities (met het risico van eindeloze reeks van herzieningen). Ik hield het er echter op dat dit bezwaar nog met een verjaringstermijn voor de desbetreffende rechtsvorderingen kon worden gekeerd.

Anderzijds was mijn overweging, dat bij de onderhavige soorten bestuursbesluiten de non-contentieuze procedure juist gericht was op het bewerkstelligen van optimale individuele rechtsbedeling (tot minimaliseren van de individuele belangen aantasting, mede gelet op de betrokkenheid van meerdere belanghebbenden), in het bijzonder ook in de vorm van het *in natura* recht doen aan de belangenposities – en niet slechts in de vorm van schadevergoeding. Daarom was bij onrechtmatige besluiten de bestuurlijke herbeslissing, met in achtneming van non-contentieuze spelregels, m.i. de minimaal noodzakelijke voorwaarde om het gevaar te keren van door relatieve onverbindendverklaring materieel uitgeholde besluiten, die niettemin door schadevergoeding overeind worden gehouden. Als bestuurlijk herbeslissen geen uitgangspunt zou blijven, leek mij de weg geopend naar een ‘schadevergoedingspraktijk’ die uiteindelijk de toepassing van de non-contentieuze procedure en daarmee de kwaliteit van besluitvorming en legitimatie van besluiten zou uithollen – want waarom al die moeite als toch later schadevergoeding zou kunnen worden gevraagd? Kortom: als het besluit object van geschil zou blijven, zou dit, zodra het in enigerlei opzicht onrechtmatig zou blijken, toch als geheel ‘ten val moeten worden gebracht’, waarmee de noodzaak van herbeslissen gegeven zou zijn – juist ook omwille van de non-contentieuze procedure. Overigens sloot hierop naadloos aan dat de rechter slechts in extreme gevallen zelf in de zaak zou kunnen voorzien, namelijk als werkelijk nog slechts één bestuursbeslissing denkbaar was.

Mijn promotor, Twan Tak, nam technisch genoegen met de redenering (het was geen beletsel voor promoveren), maar (tegelijk) wees hij deze redenering inhoudelijk af en kondigde hij aan deze bij elke denkbare gelegenheid te zullen aanvechten! Zo’n gelegenheid dient zich nu (opnieuw) aan ...

### 3 EEN ELEGANTE HYBRIDE

Redenerend vanuit m.n. het materiële bestuursrecht ben ik, in de jaren na mijn promotie, de visie van Twan Tak echter wel steeds positiever gaan waarderen.

Sterk en overtuigend vind ik de splitsing tussen dimensies van het overheidshandelen (i.h.b. toegepast op besluiten) naar de bijdrage aan de behartiging van algemene belangen enerzijds (objectieve normering, abstract en determinerend *erga omnes*) en het zich rekenschap geven van bijzondere belangen anderzijds (subjectieve rechtsgevolgen, concreet en individueel determinerend).

Juist dit *hybride* karakter van besluiten (en eigenlijk van alle overheidsgedrag) is voor mij reden geweest om, bijvoorbeeld, kritisch te staan tegenover de verhandelbaarheid van publieke rechten.<sup>3</sup> De bescherming van algemene belangen vordert (in veel gevallen van publieke rechten, m.n. bij schaarse publieke goederen zoals een schoon milieu) dat het bestuur zeggenschap houdt over toegekende rechten en daarop, bijvoorbeeld, kan terugkomen (m.n. door actualisering, maar natuurlijk ook handhavend). Het normatieve aspect van besluiten – met het oog op de behartiging van het algemeen belang – blijft eigenlijk steeds actief.

Tevers brengt dit hybride karakter de beperkingen in de objectieve dimensie van overheidshandelen scherp tot uitdrukking. Die beperkingen volgen met name uit het legaliteits- en specialiteitsbeginsel: het overheidsbestuur mag slechts (door de wetgever bepaalde) algemene belangen *behartigen* en geen bijzondere belangen (van burgers). Ten aanzien van bijzondere belangen past ‘slechts’ de eis van *rekenschap geven*, omdat de behartiging van algemene belangen ook verlangt dat niet op onevenredige wijze schade wordt toegebracht aan bijzondere belangen. ‘Rekenschap’ mag echter nooit met ‘behartiging’ worden verward omdat dit kan leiden tot gerichte (expliciet beoogde) persoonlijke bevoordeling of benadeling van *met name* te noemen individuen.<sup>4</sup> Het dienen of aantasten van bijzondere belangen is hooguit te rechtvaardigen als een reflex of manifestatie van een *louder* door de behartiging van algemene belangen gemotiveerde overheidsgedraging (al naargelang de bijzondere belangen met de algemene samenvallen of juist daarmee conflicteren).<sup>5</sup>

### 4 ‘VOLLE RECHTMATIGHEID’

Ook helder is voor mij steeds geweest dat de procesrechtelijke uitwerking die Twan Tak aan dit onderscheid ‘objectief-subjectief’ verbindt, rust op een volle

- 3 Vgl. mijn bijdrage, ‘Het spagaat. Samenhangen tussen de ‘Twentse’ rechtstheorie en de ‘Maastrichtse’ rechtsdogmatiek toegepast op publieke rechten’, in: M.A. Fieldweg e.a. (red.), *De Regel Meester. Opstellen voor Dick W.P. Krüiter*, Enschede: Twente University Press 2001, p. 59-77.
- 4 A.Q.C. Tak, *Het Nederlandse bestuursprocesrecht in theorie en praktijk*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 1240.
- 5 Zoals bij het voorbeeld van de uitkeringsgerechtigde, de gesubsidieerde, de vergunninghouder en de belastingplichtige (zie ook Tak 2005, p. 1241).

toetsing op rechtmatigheid; inhoudelijk zonder voorbehoud.<sup>6</sup> Het gehele publiekrechtelijke kader is relevant, dat wil zeggen met inbegrip van de normen voor de afweging van algemene belangen onderling als van (te behartigen) algemene belangen tegenover relevante bijzondere belangen (van individuele burgers). Geenszins is sprake van een terughoudendheid zoals, bijvoorbeeld, door de Commissie Van Kemenade bepleit: afschaffing van de toetsing aan de evenredigheid als gecodificeerd in art. 3:4 Awb.<sup>7</sup> Typerend is natuurlijk wel dat de rechtsnormen voor de afweging tussen algemene belangen en tussen algemene belangen en bijzondere belangen (van burgers) slechts voorzien in een toets op 'niet-onredelijkheid'. Het volle redelijkheidsoordeel overstijgt de waarborgen die het recht heeft willen bieden voor het rechterlijk toezicht; indachtig de staatsrechtelijke werkverdeling tussen wetgever, bestuur en rechter.<sup>8</sup> Iets wat m.i. anders ligt voor de toetsing aan het égalité-beginsel, waarover meer in paragraaf 8 van deze bijdrage.

Voor Twan Tak is – kortom – helder dat een rechter voluit moet vaststellen of overheidsdelen in overeenstemming is met de relevante publiekrechtelijke normering. Beperkt zijn 'slechts' de consequenties die aan een rechterlijk onrechtmatigheidsoordeel kunnen worden verbonden. Niet beperkt, zo zou ik willen toevoegen, voor de *in zijn bijzondere belangen* rechtsbescherming zoekende burger, maar wel (staatsrechtelijk) beperkt in zijn invloed op de objectieve rechtsvorming door het (verwerend) bestuursorgaan in zijn behartiging van het algemeen belang. De rechterlijke polsstok reikt namelijk niet zover dat hij (direct) kan treden in de rechtsgeldigheid *erga omnes* van het bestreden besluit als objectief-abstracte norm (laat staan dat hij daarvoor zelfstandig een ander besluit in de plaats kan stellen). Dit wordt volgens Twan Tak in essentie belet door de Wet algemene bepalingen,<sup>9</sup> waarmee het in objectief-abstracte zin stellen van norm ter behartiging van algemene belangen een exclusieve aangelegenheid blijft voor het bestuur.

## 5 ADEQUATE RECHTSBESCHERMING?

Deze taakverdeling (en het daarin begrepen 'prohibitief') behoeft de adequate rechtsbescherming echter geenszins te beletten. Integendeel zelfs; een geconstateerde onrechtmatigheid, door toedoen van een schending van hogere voor-

- 6 Ik deel daarmee de kritiek van Twan Tak op de uitlating van de Minister van Justitie, zie Tak 2005, p. 1248 en m.n. p. 1251.
- 7 'Bestuur in geding', rapport van de werkgroep inzake terugdringing van de juridisering in het openbaar bestuur. (1997 – onder voorzitterschap van J. A. van Kemenade).
- 8 Tak 2005, p. 374, is overigens van oordeel dat de rechterlijke toets sinds *Praxis en Maxis* (ABRvS 9 mei 1996, JB 1996, 158) te terughoudend is geworden.
- 9 Kortweg: art. 11, de rechter mag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid van de wet beoordelen, en art. 12, de rechter mag niet bij wijze van algemene en abstracte norm uitspraak doen.

schriften of algemene beginselen, biedt de rechter juist de titel om dat te doen waartoe hij in het leven is geroepen, namelijk het bieden van subjectieve rechtsbescherming (het *recours subjectief* – en zich niet te verliezen in een meer op toezicht op naleving van het objectieve recht gelijkend *recours objectief*).

Aan de rechterlijke slagkracht in deze subjectieve rechtsbescherming behoort naar mijn smaak niet te worden getwijfeld. Uitspraken in de vorm van buiten-toepassingverklaring/relatief-onverbindendverklaring, een verbod tot toepassing geven, onrechtmatig verklaring en schadeloosstelling, zijn voor de burger beslist effectief én efficiënt bruikbaar. Het exotisch karakter van het voorbeeld van een alternatief voor het rijbewijsarrest<sup>10</sup> strekt, niettegenstaande de onder 2 genoemde bedenkingen, ten bewijze van het soort bestuurlijke reactie dat, in elk geval bij geïndividualiseerde besluiten, doorgaans kan worden verwacht: het bestuur kiest zelf eieren voor zijn geld!<sup>11</sup>

Ook is er de charme van de externe consistentie van Twan Taks model. Allereerst is er de verwantschap met het systeem van art. 6 EVRM en van de beoordeling door de burgerlijke rechter van vorderingen uit onrechtmatige daad – in alle gevallen is subjectieve rechtsbescherming de focus.<sup>12</sup> Het buitenbeeld laten van de objectief-normatieve, abstracte rechtshandeling *erga omnes* sluit aan bij de rechtspraak inzake toetsing van algemeen verbindende voorschriften<sup>13</sup> en de (eveneens door Twan Tak aangehaalde) rechtspraak inzake beroepen tegen tentamenuitslagen (art. 7:61 Whw – ook deze betreffen alleen de individuele uitslag).<sup>14</sup>

## 6 EXCEPTIEVE TOETSING EN FORMELE RECHTSKRACHT

Nog niet geheel helder zijn voor mij de samenhangende ideeën van een exceptieve toetsing in subjectieve rechtsbescherming met formele rechtskracht van het in bestuurlijke heroverweging getoetste objectief-abstracte bestuursbesluit.<sup>15</sup>

Voor de vraagtekens die ik hierbij plaats, is het handig om uit te gaan van het door Twan Tak gepresenteerde model van het (procesrechtelijk) onder-

10 Zie Tak 2005, p. 1245-1246.

11 Notabene, mijn onder 2 genoemde bedenking betrof niet alleen, maar wel m.n. meerpartijen-besluiten.

12 Waarbij ik met Twan Tak van oordeel ben dat laatstgenoemde conformiteit niet inhoudt dat de subjectieve rechtsbescherming tegen overheidsgedragingen nu maar aan de burgerlijke rechter moeten worden overgelaten. Een aparte bestuursrechtelijke kamer bij de gewone rechter (volgens het overigens normale spoor van beroep, hoger beroep en cassatie) lijkt ook mij uit een oogpunt van vakspecialisatie meer passend.

13 Twan Tak wijst terecht op de lijn ingezet met het *Varkensuisterarrest* (HR 18 januari 1990, in: P.J.J. van Buren, J.E.M. Polak & R.J.G.M. Riddershoven (red.) *AB klassiek*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk-Willink, 2003, nr. 25).

14 Tak 2005, p. 1247, nt. 5538 en voorts op p. 1252.

15 Tak 2005, p. 1250.

scheid tussen enerzijds *titelbesluiten*, gericht op gezagsuitoefening (ieder besluit waarmee een wettelijke bestuursbevoegdheid – ‘een heel publiekrechtelijk rechtsregiem’ – primair wordt geactiveerd) en anderzijds *vaststellingsbeslissingen*, gericht op regeling van de gevolgen voor individuele burgers (eventueel meerdere, zelfs tegenover één persoon en voorts in meerdere vormen, eventueel wel wederkerig).<sup>16</sup>

Het titelbesluit zelf is *immuun* voor rechterlijke toetsing: ‘Vernietiging *erga omnes* reikt immers veel verder dan het persoonlijke belang van de individuele appellante reikt. Of, ook in de woorden van Twan Tak: *het titelbesluit* “...verdraagt staatsrechtelijk geen rechterlijke correctie.”<sup>17</sup> In deze modellering wordt het titelbesluit een *acte detachable*<sup>18</sup> die enkel in een procedure tot bestuurlijke heroverweging ten principale op rechtmatigheid en doelmatigheid kan worden onderzocht, met mogelijk de Raad van State als hoogste instantie. De vaststellingsbeslissingen betreffen de beoogde en niet-beoogde<sup>19</sup> gevolgen van het titelbesluit, waarover de rechter uit een oogpunt van subjectieve rechtsbescherming kan oordelen. Het titelbesluit zelf kan door deze actie niet worden geraakt, maar wel kan de effectieve toepassing ervan worden gefrustreerd – zoals door buiten toepassingverklaring in het geval van appellante. Omdat de vaststellingsbeslissingen zijn toegesmeden op de subjectieve rechtsgevolgen, ziet Twan Tak voor de algemeen belangactie enkel in de objectief-abstracte procedure ruimte en beslist *niet* in die van subjectieve rechtsbescherming – hetgeen mij consistent voorkomt.<sup>20</sup> Dit sluit tevens aan bij het uitgangspunt dat bij de subjectieve rechtsbescherming het *égalité*-beginsel leidend is.<sup>21</sup>

In het oorspronkelijke beeld van het *moment X* was er sprake van een procedurele splitsing. Voor het *moment X* heerst het *contentieux objectif*, gericht op de totstandkoming van een recht- en doelmatig titelbesluit. Na het *moment X* (van vaststelling en bekendmaking van het titelbesluit) neemt het *contentieux subjectif* een aanvang, met de mogelijkheid van rechterlijke toetsing op basis van een (slechts) door belanghebbenden (ontvankelijk overeenkomstig art. 6 EVRM) in te stellen actie, uitmondend in uitspraken met een ‘individu-gebonden werking’, zoals een buiten toepassing laten van het titelbesluit.<sup>22</sup>

Het principiële onderscheid tussen beide procedures, de onafhankelijkheid van elkaar, weegt volgens Twan Tak zwaarder dan de volgtijdelijkheid (zoals voorgesteld ‘voor en na het moment X’).<sup>23</sup> Die onafhankelijkheid heeft echter wel een belangrijk ‘schakelpunt’, namelijk het uitgangspunt dat aan de uit-

16 Een en ander wordt door Tak 2005, aangekondigd op p. 1241 en uitgewerkt op p. 1252-1253.

17 Tak 2005, p. 1241.

18 Tak 2005, p. 1244.

19 Tak 2005, p. 1242.

20 Tak 2005, p. 1251.

21 Tak 2005, p. 1246.

22 Tak 2005, p. 1243.

23 Tak 2005, p. 1250.

spraak van de Raad van State, als veronderstelde hoogste instantie van bestuurlijke heroverweging, ‘formele rechtskracht’ toekomt, zij het slechts voor zover het gaat om het objectieve oordeel over het besluit.<sup>24</sup> Het titelbesluit lijkt juist met dit juridisch versterkte gezag van de hoogste bestuurlijke heroverweging op zowat doelmatigheid als rechtmatigheid zijn onaantastbaarheid te verwerken.

Aansluitend volgt de redenering van het exceptief verweer. Bij het zoeken van subjectieve rechtsbescherming inzake de vaststellingsbeslissingen met betrekking tot de beoogde en niet beoogde rechtsgevolgen van het objectief-normstellende ‘titelbesluit’, kan de rechter geroepen worden om laatsgenoemd besluit exceptief te onderwerpen aan een rechtmatigheidstoets. Als de Raad van State het titelbesluit echter reeds rechtmatig (en doelmatig) bevond, lijkt Twan Tak, gezien het bovenstaande, de formele rechtskracht daarvan voorop te willen stellen. De rechter in subjectieve rechtsbescherming komt daarmee – in beginsel – geen oordeel meer toe over de rechtmatigheid van het titelbesluit.

Uiteraard roept dit vragen op, met name of mag worden aangenomen dat de Raad van State in dit model ambtshalve aan alle criteria voor rechtmatigheid toetst. Dit lijkt waarschijnlijk, omdat de Raad van State ‘objectief toetst’ (als *recours objectif*), maar voorstelbaar is nog dat in het ‘Takkiaanse model’ door de Raad van State enkel zou worden getoetst aan rechtmatigheidscriteria die relevant zijn met het oog op objectieve rechtsvorming in abstracto?<sup>25</sup> Zo ja, dan moet een zo eensluidend mogelijke interpretatie van ambtshalve toetsing en van het objectieve of subjectieve karakter van criteria voor rechtmatigheid zijn gewaarborgd – omdat formele rechtskracht anders een beperking van subjectieve rechtsbescherming tot gevolg kan hebben.

Vanzelfsprekend rijst aansluitend de vraag of wij met deze opzet kunnen komen tot een efficiënt en effectief bestuursproces. Het lijkt er immers op dat zich een stapeling en/of samenloop kan voordoen van drie procedures:

- a. objectief-abstract, leidend naar een hoogste volledige bestuurlijke heroverweging (door de Raad van State);
- b. subjectief-concreet bij de bestuursrechter met het oog op vaststellingsbeslissingen;
- c. subjectief-concreet bij de burgerlijke rechter, als bij een geschil tussen burgers de rechtmatigheid van het handelen van één van hen moet worden

24 Tak 2005, p. 1245.

25 Dat is thans geen gebruikelijk onderscheid maar en dergelijke meer genuanceerde visie op criteria is theoretisch goed voorstelbaar en kan in het ‘hybride model’ ook worden bevorderd.

bepaald in het licht van de rechtsgeldigheid van het titelbesluit en of van verschillende vaststellingsbeslissingen.<sup>26</sup>

Het komt mij voor dat het gesuggereerde model slechts efficiënt kan zijn (en toch effectief kan blijven) als, om te beginnen, het *contentieux objectif* in de fase na het nemen van een titelbesluit hooguit bestaat uit één bestuurlijke heroverweging. Die stap zou automatisch kunnen worden ingezet op het moment dat subjectieve rechtsbescherming wordt gevraagd (een aansluiting bij de bekende uitzonderingen van art. 7:1 Awb is goed voorstelbaar). Daarnaast zou ik, na de bestuurlijke heroverweging, ook als deze door (of onder toezicht van) de Raad van State zou geschieden, aan het finale en onaanastbare titelbesluit *geen* formele rechtskracht in de gebruikelijk zin van het woord toe willen kennen. Wel formele rechtskracht in de zin van het laatste *bestuurlijke* woord over de wenselijke objectief-abstracte norm zelf,<sup>27</sup> maar geen formele rechtskracht in de zin van een prohibitief voor exceptieve toetsing door de rechter in een procedure tot subjectieve rechtsbescherming. Het gezag van het objectieve bestuursbesluit rust wat mij betreft louter op de institutionele legitimatie van het bestuur zelf en aan bevestiging daarvan via formele rechtskracht in de gebruikelijke procesrechtelijke betekenis van de rechterlijke taakafbakening zou ik geen behoefte hebben.<sup>28</sup> Een uitgebreid opgetuigde objectief-contentieuze procedure zou daarom gewoon niet nodig zijn – en van de weeromstuit zouden bestuursorganen wellicht nog beter gaan investeren in non-contentieuze procedures.

## 7 ÉGALITÉ

Zeker is, dat voor Twan Tak ook in de subjectief-concrete rechtsbescherming het gehele juridische kader relevant is, zij het dan slechts exceptief toepasbaar – enkel in de consequenties voor de appellat.<sup>29</sup> Voorts is mijn indruk dat de subjectieve rechtsbescherming, in elk geval op één punt, gepaard gaat met toetsing aan een ander criterium voor rechtmatigheid dan bij objectief-abstracte toetsing, te weten wat betreft het *égalité-beginsel*. Of een titelbesluit leidt tot een onevenredige verdeling van publieke lasten is, zo zou men kunnen oordelen, geen zaak van objectief-abstracte rechtsvorming. Voor Twan Tak gaat de betekenis van het *égalité-beginsel* zelfs nog een stap verder, aangezien hij stelt

<sup>26</sup> Zoals in het geval van het door Schreuder-Vlasblom en Tak besproken voorbeeld van de bouwvergunning resp. het bouwverbod (de burgerlijke rechter zal een door de 'buurman' gevraagd bouwverbod moeten baseren op de rechtspositie van de buurman, hetzij op de rechtsgeldigheid van het titelbesluit...).

<sup>27</sup> Een laatste woord dat in de procedure van subjectieve rechtsbescherming ook – in beginsel – moet worden afgewacht, vooraleer te redeneren in de toetsing van vaststellingsbeslissingen.

<sup>28</sup> Tijdens het debat op de studiemiddag konden Twan Tak en ik het op dit punt eens worden.  
<sup>29</sup> Tak 2005, p. 1251.

dat de belangrijkste norm voor de subjectieve rechtmatigheid ligt bij het *égalité-beginsel*.<sup>30</sup>

Zo beschouwd kunnen we aannemen dat, formele rechtskracht of niet, de rechtmatigheid van het titelbesluit eenvoudig niet relevant is voor de toetsing door de rechter (in het kader van subjectieve rechtsbescherming) aan het *égalité-beginsel*.<sup>31</sup>

Ik kan me daar goed in vinden. Daarvoor sluit ik aan bij de onderscheiding tussen algemene en bijzondere belangen<sup>32</sup> en de bijbehorende (maar eveneens te onderscheiden) afwegingen. In het algemeen belang is het bestuur allereerst gehouden om algemene belangen onderling af te wegen (tegen elkaar – bijvoorbeeld van natuurbehoud tegen een goede vervoersinfrastructuur), zodat duidelijk wordt welk offer omwille van een bepaald algemeen belang mag worden gemaakt in andere algemene belangen. Deze afweging speelt op regelgevend, maar zeker ook op (discretionair) beschikkend niveau. Daarnaast moet er een afweging worden gemaakt van te behartigen algemene belangen tegen bijzondere belangen. Nu gaat het om de mate waarin deze behartiging zijn grens vindt in aantasting van bijzondere belangen.<sup>33</sup> Bij deze en bij de voorafgaande afweging is essentieel dat deze in abstracto geschiedt: er wordt een norm (van maximaal toelaatbare inbreuk op andere algemene of op bijzondere belangen) geformuleerd die herhaald toepasbaar is – dit zijn de afwegingen die thuis horen in het domein van het titelbesluit, lees in het domein van politieke bestuurlijke keuzes die primair institutioneel gelegitimeerd worden (doordat zij voortkomen uit een bestuurlijke organisatie waarin democratische legitimatie geacht wordt voldoende te zijn verankerd).

Rest de beoordeling – ik zou de term afweging hier *beslist* niet willen gebruiken – van het resultaat van beide voornoemde afwegingen, gelet op de mate waarin de gevolgen van het 'in het algemeen belang' genomen titelbesluit, vervat in één of meer vaststellingsbeslissingen, een onevenredige verstoring teweeg brengen in de gelijkheid voor de publieke lasten. Het *égalité-beginsel* ziet – kortom – op een andere verhouding, namelijk niet op die tussen algemene en algemene of tussen algemene en bijzondere belangen, maar 'slechts' op die tussen bijzondere belangen, naar de mate van het geraakt zijn door overheidsgedragingen.

Het titelbesluit wordt m.a.w. geacht in het algemeen belang te zijn genomen – en mag (zoals eerder, onder 3, aangegeven) slechts zijn gemotiveerd door de wens algemene belangen te behartigen (en niet ter – concrete – bevoor-

<sup>30</sup> Tak 2005, p. 1246.

<sup>31</sup> Als het titelbesluit in bestuurlijke heroverweging wordt ingetrokken of vernietigd komen we aan deze toetsing aan het *égalité-beginsel* natuurlijk niet meer toe...

<sup>32</sup> Zie ook Tak 2005, p. 1240.

<sup>33</sup> Bijzondere belangen die inhoudelijk niet samenvallen met het algemeen belang (zoals het algemeen milieubelang kan samenvallen met een bijzonder milieubelang): de wel samenvalende belangen worden verondersteld te zijn gebaat bij behartiging van het corresponderende algemene belang.

of benadeling van bijzondere belangen). Twan Tak stelt in zijn boek dat het dienen of aantasten van bijzondere belangen slechts mogelijk is 'in het betrach- ten van de evenredigheid die de overheid nu eenmaal altijd als algemeen richtsnoer voor al haar handelen in dienst van de gemeenschap heeft te be- trachten' (kortom van het *égalité*-beginsel).<sup>34</sup> Dit behoeft m.i. nog enig commen- taar (ten behoeve van verdere gedachtewisseling).

## 8 AFWEGEN EN VERGELIJKEN

Moet bij de beoordeling van een eventueel intredende verstoring van gelijkheid voor de publieke last nog worden gekeken naar de benadeling van bijzondere belangen in abstracto? Ik meen van niet. De consequentie van het tegendeel zou zijn dat elke belastingmaatregel die niet de gehele bevolking gelijkelijk zou raken (daargelaten of dit is in 'centen of procenten') in strijd zijn met het *égalité*-beginsel. Soortgelijk zou ook de toekenning van subsidie, de toekenning van een uitkering of de verlening van een vergunning moeten worden opgevat als een schending van de *égalité devant les services publiques*.... Ik zie het veeleer zo, dat het hier precies gaat om de objectief-abstracte besluitvorming en over de *politiek-bestuurlijke keuze* inzake de verdeling van de vruchten van collectieve welvaart en collectief welzijn.

Hooguit zou, vanwege bijzondere omstandigheden in het concrete geval kunnen blijken dat de afweging in abstracto voor een individuele justitiabele onevenredig nadelige gevolgen heeft – iets dat zowel kan blijken bij regel- gevende als bij beschikkende titelbesluiten.<sup>35</sup> Deze situatie laat zich vergelijken met de inherente afwijkingplicht bij beleidsregels (vgl. art. 4:84 Awb). Juist door toedoen van de bijzondere omstandigheid (in een aspect van het geval dat niet in de objectieve termen van de afweging van belangen is betrokken)<sup>36</sup> ontstaat een ongelijkheid die tot bestuurscompensatie aanleiding kan geven – al speelt hier nog wel een causaliteitsvraag (betreft het geen bijzondere omstandigheden die naar algemeen maatschappelijk inzicht voor eigen reke- ning van de benadeelde komen?). Anders dan bij beleidsregels, zou de conse- quentie hier niet hoeven zijn dat het titelbesluit als gevolg van deze 'bijzondere onevenredigheid' wordt aangetast!

Voor een goed begrip zij opgemerkt dat het proportionaliteitsbeginsel en het materiële zorgvuldigheidsbeginsel<sup>37</sup> specifiek slaan op de belangenafwe- ging (resp. wegens de voordelen van het titelbesluit zwaarder dan de nadelen

<sup>34</sup> Tak 2005, p. 1241.

<sup>35</sup> HR 18 januari 1992, AB 1992, 241 (*Varkensmeester of Swill*) en ABRvS 12 januari 1982, AB 1982, 299 (*Paul Kruggerbrug I*).

<sup>36</sup> Vgl. ABRvS 10 juli 2002, JB 2002, 245.

<sup>37</sup> Beide beginselen worden wel beschouwd als verbijzonderingen van het 'evenredigheids- beginsel' van art. 3:4 lid 2 Awb; naast het *égalité*-beginsel dat eigenlijk niet in de 'formule' van dit artikellid past.

en zijn de nadelen in de belangen waarvan het bestuur zich rekenschap moet geven zo klein mogelijk?). Deze maatstaven wijzen op een afweging in abstrac- to en zijn m.i. niet relevant voor de beoordeling van de effecten van een titelbesluit (als blijkend uit een of meer vaststellingsbeslissingen) op de gelijk- heid voor de publieke last.<sup>38</sup>

Het gelijkheidsbeginsel, het beginsel van materiële rechtszekerheid en vertrouwensbeginsel, kortom de overige materiële a.b.b. (naast het *égalité*- beginsel en de andere voornoemde evenredigheidsmaatstaven), kunnen zeer natuurlijk worden begrepen in de context van *égalité*. Crux is dat in alle relevante gevallen een concrete schending van deze beginselen zich laat duiden als een onevenredige ongelijkheid voor de publieke lasten. Belangrijk is vooral dat 'onevenredig' – in het kader van het *égalité*-beginsel – niet wordt begre- pen als een grondslag voor marginale toetsing. Het gaat er niet om dat het nadeel 'echt ernstig' moet zijn (al moet de schade wel juridisch significant zijn) of dat er een bestuurlijke discretie in het geding is die door de rechter moet worden gerespecteerd (resp. die niet in alle merites juridisch is genormeerd), maar het gaat er enkel om dat er een (nadelige) ongelijkheid is.

*Ergo*, elke schending van rechtsregels die een concrete relatieve benadeling als gevolg heeft is in de sleutel van het *égalité*-beginsel inpasbaar. De concreet- heid van vaststellingsbeslissingen impliceert dat (ook) een in exceptieve toet- sing gebreken gebrek in het objectief-abstracte titelbesluit, hoewel als zodanig 'erga omnes' onrechtmatig, door de daaruit voortvloeiende concrete onrecht- matigheid *jegens* de adressaat van de bijbehorende vaststellingsbeslissing, geldt als een concrete onrechtmatigheid, die klager in een ten opzicht van andere justitiabelen ongelijke, meer nadelige positie plaatst.

Conclusie: ja, het *égalité*-beginsel regeert bij de rechtelijke toetsing van vaststellingsbeslissingen. Dat impliceert geen juridisch beperkte rechtmatigheid- toets, maar een bevestiging van het karakter van een *contentieux subjectif* (ook in negatieve zin omdat het de – objectieve – afwegingen van belangen als gefinaliseerd aanneemt).

## 9 HET PROCES

Resteren enkele procesrechtelijke consequenties van het 'Takkiaanse' model, in het bijzonder wat de 'relatief rechtmatige daad' (*ergo* de toepassing van het *égalité*-beginsel) betreft.

Procesrechtelijk biedt de splitsing tussen het titelbesluit en de vaststellings- beslissingen m.i. een heldere oplossing voor de contrasterende dogmatiek van

<sup>38</sup> Voor de toepassing van het beginsel van 'de minste last' oogt dit wellicht vreemd, maar de essentie ligt toch in het abstraheren van de individueel-persoonlijke factor: geven de omstandigheden in abstracto aanleiding tot een bijstelling waarbij met de individuele belangen meer rekening moet worden gehouden?



burgerlijke(e) recht(er) en bestuursrechter. Alle afhandeling van verzoeken/vorderingen tot bestuurscompensatie vinden plaats in het kader van de beoordeling van vaststellingsbeslissingen; een afhandeling als onzelfstandig schadebesluit – ex art. 8:73 Awb – past niet, aangezien we daarmee, als ik het goed zie, zouden aanhaken op de rechtsgeldigheid van het titelbesluit. Als een vaststellingsbeslissing onvoldoende blijkt geeft van het zich rekenschap geven van gelijkheid voor de publieke last, zal deze beslissing subjectief onrechtmatig worden bevonden. De rechter kan vervolgens, uit hoofde van de geconstateerde onrechtmatigheid, kunnen besluiten zelf schadevergoeding toe te kennen (voorzover de vaststellingsbeslissing tekortschiet in het recht doen aan de rechtspositie van eiser).

Schending van het égalité-beginsel geeft thans in de onderlinge rechterlijke taakafbakening problemen omdat – kortgezegd – de burgerlijke rechter in een (impliciet of expliciet) bestuursrechtelijk rechtmatig schadeveroorzakend besluit, gegeven de leer van de formele rechtskracht, niet de titel van onrechtmatigheid kan 'lezen' die civielrechtelijk is benodigd om een verbintenis tot schadevergoeding aan te nemen.<sup>39</sup>

Bestuursrechtelijk kon schending van het égalité-beginsel worden afgehandeld nadat het schadeveroorzakende besluit (eigenlijk objectief) rechtmatig was bevonden,<sup>40</sup> civielrechtelijk liep dit spoor echter dood.<sup>41</sup> Omdat in het model van Twan Tak de beoordeling van vorderingen tegen de overheid (zoals ter zake van een beweerdelijk onrechtmatige benadeling door een onrechtmatige vaststellingsbeslissing) geheel en exclusief is opgedragen aan de (subjectieve) bestuursrechtspraak, is deze 'dogmatische gelijkshakeling' tussen civielrecht en bestuursrecht eigenlijk slechts academisch gezien 'winst'. Overigens sluit de benadering van de Hoge Raad inzake afdoening van vorderingen uit hoofde van schending van het égalité-beginsel, te weten – kortgezegd – dat dit, indien mogelijk, over wordt gelaten aan de bestuursrechter, goed aan bij het takkiaar-model. De werkelijke verschuiving geldt de gevallen waarbij het beroep op égalité-beginsel is gelegen in schade veroorzaakt door feitelijk handelen.

Wat betreft schade veroorzaakt door feitelijk overheidshandelen zal in het model van Twan Tak de bestuursrechter (exclusief) subjectieve rechtsbescherming gaan bieden. De basis hiervoor zal liggen in de beslissing op een verzoek om schadevergoeding of in een ambtshalve beslissing tot toekenning van schadevergoeding. De bestuursrechter kan hierover een rechtmatigheidsoordeel geven. In voorkomende gevallen leidt dit tot een exceptieve toetsing van onderliggende titelbesluiten en (eventueel) met daarmee verbonden vaststellingsbeslissingen (denk aan handhavingsbesluiten/beslissingen).

39 HR 6 december 2002, JB 2003, 3 (*De katrouiter*).

40 ABRvS 12 november 2003, JB 2004, 12 (*Stratprostitutie Heerlen*).

41 Zie noot 39.

## 10 TEN SLOTTE

Daarmee ben ik aan het slot van dit commentaar. Voor de lezer zal duidelijk zijn dat ik het bestuursrechtelijk gedachtegoed van Twan Tak nog steeds ervaar als inspirerend en daarmee in hoofdzaken en vertrekend vanuit het materiële bestuursrecht goed kan werken. De belangrijkste bedenking van het model ligt m.i. bij de component van de formele rechtskracht verbonden aan een uitgebreide bestuurlijke procedure tot heroverweging van titelbesluiten. Dat lijkt mij voor het contentieus bestuursproces complex en eigenlijk ook niet echt nodig om het overheidsgezag van de titelbesluiten te kunnen vestigen.

Rest de bedenking die ik ten tijde van mijn proefschrift aanvoerde: de eenheid van besluit(vorming). Juist in mijn reactie op de formele rechtskracht en (al te uitgebreide procedure) van bestuurlijke heroverweging ligt een uitdaging om het objectieve non-contentieuzer proces beter te benutten. Bij een voldoende scherpe scheiding in termen van belangenafweging versus toepassing van het égalité-beginsel zit, ten slotte, voor mij voldoende zekerheid dat de behartiging van het algemeen belang resp. de objectieve bescherming van bijzondere belangen niet via 'aflaten' kan worden (af)gekocht.