

‘Advocaten, verwacht niets van de bestuursrechter’

Onverstoorbaar gaat prof. Twan Tak (Universiteit Maastricht) door met zijn onderzoek naar én kritiek op het Nederlandse bestuursprocesrecht. Ook in de nieuwe druk van zijn standaardwerk worden krasse kwalificaties niet geschuwd. Zijn advies aan advocaten: blijf zo veel mogelijk weg bij de bestuursrechter.

© Michel Knapen¹ en Anneke Groenewoud²

Het stoort hem dat de wetenschap aan de eerste druk van zijn lijvige studie *Het Nederlands bestuursprocesrecht* zonder fundamentele reacties is voorbijgegaan. Daarvoor mag volgens hem geen excuus zijn dat het beeld dat hij schetst niet positief is – en dat is een understatement – over de wijze waarop bestuursrechters, en met name die van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de belangen van burgers beschermen. Die boodschap wordt overigens breed gedragen, want hoe vaak zeggen wetenschappers en advocaten niet: ‘Érgens heeft Tak wel een punt.’ Maar om dat op te schrijven in juridische commentaren, dat doen ze niet. Volgens Tak omdat ze niet durven: hoogleraren bestuursrecht willen nu eenmaal maar al te graag in ‘het walhalla’ komen – lees: staatsraad worden – en dan ga je je toekomstige nest niet vooraf bevuilen.

Dit alles was voor Tak geen belemmering om met een tweede druk te komen. Geheel herzien, geactualiseerd met de meest recente regelgeving en jurisprudentie, meer op de rechtspraktijk gericht. Bij iedere bestuursrechtadvocaat zou het op het bureau moeten staan.

Tak (1942), meer dan twintig jaar hoogleraar staats- en bestuursrecht te Maastricht en raadsheer in de Centrale Raad van Beroep, houdt er niet van om de hete brij heen te draaien. Zijn boek is dan wel een wetenschappelijk werk, maar waardevrij is het allerminst. ‘Ik ben objectief’, zegt hij zelf, ‘maar de wetenschapsconceptie van de schrijver speelt er toch in door.’ En die conceptie luidt, kort gezegd dat het in het recht om de burger moet gaan. Voor de rechtzoekende burger is er echter nauwelijks meer sprake van een daadwerkelijke rechtsbescherming tegen de overheid. En sinds zijn vorige druk is ‘de situatie alleen maar verergerd’. Er is, in de woorden van Tak, een ‘totalitaire staat’ en een ‘dictatuur van de gevestigde orde’ ontstaan. Dat zijn kwalificaties waarmee je je niet geliefd maakt.

‘Tak heeft ontzettend veel kennis van de jurisprudentie en de bestuursrechtelijke doctrine. Ook heeft hij originele en behartigenswaardige ideeën over het bestuursrecht’, zegt mr.dr. Bert Marseille, universitair hoofddocent Rijksuniversiteit Groningen. ‘Een probleem is echter dat hij in zijn presentatie vaak nogal ongeremd is. Daarmee dreigt hij het kind met het badwater weg te gooien en zich buiten de discussie te plaatsen. Zijn wel erg ongenueerde kritiek op de Afdeling bestuursrechtspraak doet afbreuk aan zijn andere ideeën.’

Vanuit de Radboud Universiteit Nijmegen kan een soortgelijke visie worden opgetekend. ‘Tak redeneert vanuit z’n eigen paradigma’, zegt prof.mr. Bruno van Ravels, hoogleraar Overheid en onderneming en advocaat bij AKD Prinsen Van Wijmen. ‘Daaraan toetst hij het huidige wettelijke stelsel en de wijze waarop dat wordt uitgevoerd. Uitgaande van dit paradigma concludeert hij dat het anders moet. Vanuit wetenschappelijk oogpunt is die benadering, of je het er mee eens bent of niet, zeker verdedigbaar. Daaraan doet niet af dat het voor de dagelijkse praktijk niet altijd even relevant is. Het wettelijk stelsel deugt naar zijn mening fundamenteel niet. Dat lot deelt het wettelijk systeem met andersluidende opvattingen en met de personen die deze verkondigen. In de hem eigen, soms verongelichte, soms polemiserende en moraliserende stijl laat Tak met enige regelmaat blijken dat hij bepaald geen groot vertrouwen heeft in (andere) personen die thans het gewraakte wettelijk stelsel uitvoeren, beschrijven en commentariëren. Hij verwijt hen gebrek aan kennis, onwil, dan wel gebrek aan integriteit.

¹ Juridisch journalist, verbonden aan Knapen & Pen Juridische Journalistiek.

² Redactielid en advocaat bij Van Iersel & Luchtman Advocaten

Zijn stijl en toon maken het de lezer niet altijd even makkelijk, terwijl hij inhoudelijk toch wel wat te bieden heeft’.

Hoe komt het dat u de laatste jaren nog feller bent geworden op de praktijk van het bestuursprocesrecht?

‘Mijn studie is voor een belangrijk gedeelte gebouwd op praktijkervaring. Helaas is de praktijk van het bestuursprocesrecht schokkend. Dat vraagt om wetenschapskritiek. Mijn leeropdracht is het staats- en bestuursrecht. Het staatsrecht is dus steeds mijn klankbord als ik schrijf over het bestuursrecht. Ik zoek daarin de verklaring voor het falen van het bestuursrecht en het bestuursprocesrecht in ons land. De staatsmachten moeten in functies zo zuiver mogelijk blijven – maar dat gebeurt niet. Als een rechter het besluit vernietigt, stelt hij zich op als bestuurder. De behandeling van bezwaarschriften deugt ook niet omdat bestuurders zich dan weer opstellen als rechters. Ook is over het besluitbegrip onvoldoende nagedacht. Een beslissing van de overheid werkt immers *erga omnes*: ook anderen zijn erbij betrokken wanneer een geschil voor de rechter wordt uitgevochten, ook al zijn ze geen partij. Het bestuursprocesrecht is daarom de laatste jaren puur formalistisch geworden. Het biedt geen rechtsbescherming meer in een staatsvorm waarin de staat niet vervolgbaar is voor misdrijven, grondrechten steeds verder worden uitgehold, het parlementaire stelsel al meer dan 25 jaar niet meer wordt geëffectueerd, democratie een tandeloze tijger is geworden en het respect dat het bestuur zou moeten opbrengen voor de autonomie van lagere overheden hollend achteruit gaat. Dat zie je aan de recente boskap in Schinveld. Het algemeen belang, zoals dat wordt ervaren door de bestuurders zelf, staat boven de volkswil en de wet. Democratie voor bestuurders is dat het volk moet doen wat de overheid wil; voor mij is het nog steeds dat de overheid moet doen wat het volk wil. Om dat bloot te leggen is mijn toon harder geworden, zelfs bewust provocerend. Het systeem is niet meer te verdedigen.

Krijgt u, in uw kruistocht tegen de Afdeling bestuursrechtspraak, medestand van de advocatuur?

‘Ik krijg van advocaten veel reacties, omdat ze soortgelijke ervaringen hebben. Je hebt in een zaak gelijk maar je zult het dus niet krijgen. Advocaten krijgen ook te maken met rechters met slappe knieën. Die rechters kennen nog geen ton per jaar toe aan schadevergoedingen als gevolg van onrechtmatige overheidsbesluiten. Nog geen ton – over heel Nederland! Nu de overheid zelf partij is in deze zaken, wordt een rem gezet op de toekenning van schadevergoedingen.’

Waarom zijn rechters zo karig?

‘Dat heeft te maken met hun levensbeschouwing. Bestuursrechters zien de overheid als een eerbiedwaardige instantie; niet zelden zelfs als een soort vertegenwoordiger van de Almachtige op deze aardkloot. De overheid maakt dus aanspraak op gezag en respect uit eigen oorsprong, en die overheid behoor je als burger niet te kapittelen. Daarom pakken bestuursrechter de overheden niet aan zoals ze burgers aanpakken.

De burger verliest het altijd bij de bestuursrechter?

‘De burger wint ook wel eens, maar doorgaans alleen als hij inzet op formele aspecten, zoals bij termijnoverschrijdingen door de overheid. Of als de overheid loopt te traineren, dan wil de rechter dat wel eens afstraffen. Trouwens, als de burger wat ik noem pseudo-overheid speelt, bijvoorbeeld in procedures waar wordt verzocht om handhaving, dan heeft hij wèl kans op inhoudelijk succes. Maar meestal zijn het Pyrrusoverwinningen. Om die reden zijn er grote advocatenkantoren – ik noem geen namen – die geen bestuursrechtzaken meer doen als ze moeten optreden aan de kant van de justitiabele. Dat verliezen ze geheid en dat is slecht voor hun reputatie.’

Wat vindt u van de inbreng van advocaten in bestuursrechtzaken?

‘Over het algemeen vind ik dat ze zich goed voorbereiden. Hun schriftuur is zeer verzorgd. Ze selecteren goed de toepasselijke regels en ook de feiten worden goed op een rij gezet. Vooral dat laatste doen ze als een detective en daarvoor heb ik veel respect. Advocaten voelen zich dan ook terecht

geschoffeerd wanneer een rechter er niet naar kijkt. Juist deze advocaten haken op een gegeven moment af, want ze vinden het niet langer verantwoord tegenover hun cliënten.'

Hoe komt het dat deze advocaten toch steeds hun zaak verliezen?

'Advocaten denken te kunnen winnen op basis van feiten en op die feiten toepasselijke normen. Ze onderbouwen hun standpunt met in hun ogen relevante uitspraken over die normen. Maar ze schatten niet in dat de bestuursrechter een andere maatstaf hanteert, namelijk de uitleg die het bestuursorgaan in de zaak aan die normen geeft. Daarmee worden uitspraken voor hen een tombola. De rechter vindt dat de uitleg van een regel aan de overheid is, en dat is natuurlijk dodelijk in het bestuursrecht. En dan verlies je als advocaat die een justitiabele bijstaat. Dat advocaten zich goed voorbereiden maakt dus eigenlijk voor het succes in een zaak niet veel uit.'

Wat moet je als advocaat wel doen om te winnen?

'Allereerst proberen inhoudelijke in plaats van formele uitspraken te krijgen. Dat is niet eenvoudig, omdat niet het eigenlijke besluit maar de beslissing op bezwaar onderwerp is van rechterlijke vernietiging. Ik zou advocaten daarom willen adviseren om standaard een prorogatieverzoek in te dienen. Onder bepaalde voorwaarden is het immers mogelijk om met wederzijds goedvinden rechtstreeks beroep in te stellen bij de rechtbank en dus de bezwaarschriftenprocedure buiten toepassing te laten, zie art. 7:1a en art. 8:54a Awb. Door zo'n prorogatie bereik je in elk geval dat je een rechterlijk oordeel over het primaire besluit krijgt en voorkom je dat in de procedure alleen de beslissing op bezwaar ter discussie staat en je aan het einde van de rit nog met lege handen staat. Een beter advies is: voorkom dat je bij de bestuursrechter terecht komt. Blijf daar in godsnaam weg, er valt doorgaans niks te halen. Het is vele malen voordeliger om het geschil voor een arbiter op te lossen. Arbiters hanteren andere maatstaven en ze geven een inhoudelijke beoordeling van het geschil. De overheid heeft voor deze vorm van buitengerechtelijke geschillenbeslechting echter geen interesse en maakt er dan ook nauwelijks werk van.'

Arbitrage is niet altijd mogelijk. Wat dan, als we uw advies om de bestuursrechter te vermijden serieus moeten nemen?

'Naast arbitrage en mediation bij geschillen kun je ook denken aan *gentlemen's agreements* en publiek-private samenwerkingen bij buitengerechtelijke contacten in plaats van eenzijdige overheidsbeslissingen. Maak dus als private partij vooraf afspraken met het bestuursorgaan. Worden die niet nageleefd, dan kun je het op contractbreuk gooien, waarover de civiele rechter zich zal buigen. Wel moet een advocaat goede kennis hebben van het bestuursprocesrecht en steeds waken voor formele valkuilen en formele rechtskracht – maar indien enigszins mogelijk moet je bij de bestuursrechter proberen weg te blijven.'

In het bestuursrecht hebben bestuursorganen veel macht, in het civiele recht zijn partijen gelijkwaardig. Waarom zouden bestuursorganen dan toch dergelijke contracten aangaan?

'Ze hebben goede redenen om dat te doen. Bestuursorganen kunnen met bijvoorbeeld bevoegdhedenovereenkomsten beter de oppositie ondervangen en betere financieringsmogelijkheden bedingen. Maar in de praktijk gebeurt dat nog te weinig.'

Welke rol spelen de rechtsbijstandverzekeraars in dit geheel?

'Ze spelen een zeer dominante, zo niet beslissende rol in het proces van bestuursrechtelijke procedures. Het is een illusie dat een justitiabele zelf nog in staat is zijn bestuursrechtelijke procedure te voeren. De burger kan niet meer zonder rechtsbijstandverzekering. Met een advocaat verhoog je absoluut je winstkansen. Een advocaat heb je gewoon nodig, hij kan je door de ingewikkelde bestuursrechtprocedures leiden. Advocaten zouden ook met rechtsbijstandverzekeraars moeten onderhandelen en bedingen dat advocaten al mogen optreden voordat een besluit door de overheid is genomen en voordat het geschil dus echt ontstaat: anders is het al verloren voordat het besluit wordt genomen als gevolg van de fuiken. Zo kunnen problemen zonder langslappende en kostbare bestuurs-

rechtprocedures worden voorkomen of buitengerechtelijk opgelost door advocaten. Uiteindelijk zijn ook de rechtsbijstandverzekeraars daar goedkoper mee uit. Ook met schadeverzekeraars van overheden zou de Orde eens moeten onderhandelen. Overheden zouden geen beroep op hun aansprakelijkheidsverzekering moeten kunnen doen als zij niet vooraf hebben getracht met die burgers via mediation of arbitrage tot een vergelijk te komen.'

Is er nog toekomst voor het bestuursprocesrecht?

'Toch wel. Ik denk dat advocaten GCN/Nieuwegein³ en Van Gog/Nederweert⁴ meer moeten uitbuiten. In *GCN/Nieuwegein II* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat contracten van de overheid, zelfs publiekrechtelijke, gewoon aan de burgerrechtelijke criteria moeten worden getoetst, en dat nakoming kan worden gevorderd, zonder dat het (beweerde) algemeen belang een vrijbrief vormt. In *Van Gog/Nederweert* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat bij schadeacties tegen een overheidorgaan na een wegens strijd met de wet of beginselen van behoorlijk bestuur vernietigd besluit de onrechtmatigheid en de schuld van dat orgaan daarbij in beginsel zijn gegeven. De burgerlijke rechter oordeelt dus nog alleen over de overige vereisten voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, dus causaliteit, relativiteit en omvang van de schade. Zo is bij overheidsbesluiten, die vanuit hun aard *erga omnes* gelden, de relativiteit, naar mijn stellige overtuiging gegeven met de belanghebbendheid en dus geen aparte toetsingsnorm.'

A.Q.C. Tak, *Het Nederlands bestuursprocesrecht in theorie en praktijk*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers. ISBN 90-5850-134-5, 1.400 pagina's, € 85,-

Vrijdag 3 maart 2006 organiseert de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden een studiebijeenkomst rond het wetenschappelijk oeuvre van prof.mr. A.Q.C. Tak, waaronder het handboek *Het Nederlands bestuursprocesrecht in theorie en praktijk*. Informatie is in te winnen bij y.e.schuurmans@law.leidenuniv.nl

Dit artikel is gepubliceerd in *Advocatenblad* 2, 27 januari 2006.

³ HR 23 juni 1989, NJ 1991, 673, AB 1989, 551.

⁴ HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112, AB 1992, 290.