

## A. Het bestuursrecht

Het **bestuursrecht** is het recht betreffende het **handelen** van het openbaar bestuur. Het is voor de overheid een onmisbaar middel om de samenleving te **besturen**, maar het biedt tevens de nodige **waarborgen** voor de burgers ten opzichte van het overheidsbestuur. Het bestuursrecht betreft, anders gezegd het recht betreffende de **actieve overheidsbemoeyenis**.

*De juridische instrumenten van de overheid en de daarmee samenhangende waarborgen voor de burgers*

Als we het hebben over de **juridische instrumenten** van de overheid, gaat het om:

- Algemene voorschriften in de vorm van een wet in formele zin, een algemene maatregel van bestuur, maar ook een bestemmingsplan;
- De mogelijkheid tot instelling van gemeentelijke organen;
- De mogelijkheid tot samenwerking met particulieren;
- Een aantal specifieke instrumenten als het stelsel van vergunningen en meldingen van de Woningwet en de bevelen tot het treffen van voorzieningen.

Als we het hebben over de **waarborgen** voor de burgers, gaat het om:

- Inspraak;
- De mogelijkheid tot het instellen van bezwaar en beroep.

*De definitie van het begrip besturen*

**Besturen** ziet op een van de drie overheidsfuncties wetgeving, bestuur en rechtspraak en houdt in het uitoefenen van de overheidsfunctie, uitgezonderd de parlementaire wetgeving en de voorbereiding daarvan. Uitgezonderd zijn ook de functies die worden uitgeoefend door onafhankelijke rechters en werkzaamheden van het parlement die niet met de wetgeving van dien hebben.

De meeste bestuursbeslissingen worden genomen **door namens politieke organen**. Het is van belang voor ogen te houden dat veel bestuursbeslissingen het resultaat zijn van een **belangenafweging**, gemaakt door het betreffende bestuursorgaan. Zo'n belangenafweging is een zaak van beleid, en daarmee in zekere zin dus het resultaat van een 'politieke' keuze. Dit geldt voor alle beschikkingen waarbij het bestuur een grotere kleinere mate van **beleidsvrijheid** heeft.

*Het algemene versus het bijzondere deel van het bestuursrecht*

Binnen het bestuursrecht kan onderscheid worden gemaakt tussen een **algemeen deel** en een **bijzonder deel**. Het **bijzondere deel** heeft betrekking op de **rechtsregels** die de verschillende van bestuurswerkzaamheid betreffen. Het **algemeen deel** van het bestuursrecht heeft betrekking op onder andere het onderscheiden van de verschillende vormen van bestuursoptreden, de verschillende typen bestuursorganen, besluitvormingsprocedures, bescherming van de burgers et cetera.

### De ontwikkeling van het bestuursrecht

Het moderne bestuursrecht is betrekkelijk jong. De echte groei is begonnen toen de eerste codificatie van het overige recht was voltooid. Elk volgend decennia hierna leverde meer nieuwe wetten op, met als gevolg dat het overgrote deel van het geschreven recht tegenwoordig tot het bestuursrecht behoort. De verordeningen van provincies en gemeenten, maar ook de verordeningen en richtlijnen van de Europese Unie zijn vrijwel zonder uitzondering van **bestuursrechtelijke aard**.

De groei van het aantal bestuursrechtelijke regels hangt samen met de toegenomen behoefte aan overheidsoptreden. Hiervoor zijn **vijf factoren** aan te wijzen, namelijk:

- Bevolkingsgroei;
- Technische ontwikkeling;

- Tijden van crisis en nood;
- Het 'verzorgingsstaat denken';
- De Europese integratie.

#### *De verzorgingsstaatgedachte*

Gebeurtenissen zoals de Watersnoodramp van 1953, alsmede opvattingen over de **verantwoordelijkheid van de overheid** voor maatschappelijk zwakkeren, hebben er in het verleden toe geleid dat van de overheid werd verlangd dat zij zich actief in zou gaan zetten voor **welvaart en welzijn van de maatschappij**. In het bijzonder van hen die niet gemakkelijk op eigen kracht konden redden. Daarnaast werd de overheid in algemene zin verantwoordelijk gehouden voor aanwezigheid en kwaliteit van voorzieningen als onderwijs, infrastructuur en culturele voorzieningen.

De verzorgingsstaat wordt ook wel **welvaartsstaat sociale rechtsstaat** genoemd. Het gaat dan om een staat, een samenleving waarin de overheid **in hoge mate verantwoordelijk** wordt gehouden voor **welvaart en welzijn van de leden**, voor zover die welvaart en dat welzijn de voorwaarden moeten scheppen en moeten zorgen voor de distributie daarvan.

Het is ongeveer hetzelfde als de gedachten met betrekking tot de **sociale grondrechten**. In het kader van deze rechten heeft ieder mens aanspraak op een minimum aan bestaanszekerheid, onderwijs, onderdak, inkomen en medische verzorging. Die aanspraken heeft het individu jegens de gemeenschap, en het is de overheid die ervoor moet zorgen dat deze aanspraken kunnen worden gehonoreerd.

Sinds 1983 erkent de Grondwet naast de klassieke grondrechten ook sociale grondrechten in met name de artikelen 18 tot en met 22 Gw. Op het niveau van de Verenigde Naties leidde deze ontwikkeling in 1966 het **Internationale Verdrag inzake de economische, sociale en culturele rechten ('Ecosoc')**. Maar ook het Europees Sociaal Handvest en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie zijn in dit kader van belang.

#### *Europese integratie*

Na de Tweede Wereldoorlog werd al heel snel begonnen met **economische samenwerking** tussen verschillende West-Europese landen.

Tegenwoordig vormt het communautaire recht **één gemeenschappelijke rechtsorde** waaraan de nationale rechtsorden van de lidstaten **ondergeschikt** zijn. Van de EU-rechtsorde worden er aan de nationale wetgevers tal van **opdrachten** gegeven om regelingen te treffen ter **implementatie** van diverse punten van **communautair beleid**.

Het gaat hierbij vaak om het **uniformeren en harmoniseren van voorschriften** die anders het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal binnen de bij de EU aangesloten landen zouden belemmeren. De **Algemene wet bestuursrecht ('Awb')** bevat zelfs een titel 1.2, die tot doel heeft de implementatieplicht wat te vergemakkelijken. De EU is hiermee een **belangrijke zelfstandige bron van bestuursrechtelijke wetgeving** geworden.

De **jurisprudentie** van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens betreffende het EVRM is in dit kader ook van belang. Met name artikel 8 EVRM speelt een belangrijke rol.

#### **De ontwikkeling van de rechtsbescherming tegen de overheid**

De groei van het bestuursrecht ging hand in hand met de ontwikkeling van verschillende vormen van **rechtsbescherming** tegen besluiten van het openbaar bestuur.

In de 18<sup>e</sup> eeuw kende men vrijwel nog geen mogelijkheid van beroep bij een onafhankelijke rechter tegen bestuursbesluiten. Wel werd er door een steeds groter aantal wetten en verordeningen voorzien in een bepaalde vorm van **administratief beroep**. Dit betreft beroep op een ander bestuursorgaan dan de auteur van het betreffende besluit. Het ging dan steeds om een orgaan dat op de één andere manier enig gezag over die auteur had.

De eerste ordelijke procedureregels betroffen twee typen van administratief beroep, namelijk het **beroep op de Kroon** en het **GS-beroep**. Wat betreft het Kroonberoep werd door de Wet de Raad van State voorgeschreven dat de door de Kroon te nemen beslissing zou worden voorbereid door de Afdelingen voor de geschillen van bestuur van de Raad van State. Deze afdeling hoorde beide partijen volgens een in de wet geregelde procedure, en bracht vervolgens advies uit in de vorm van een **ontwerp-KB** dat in vrijwel alle gevallen werd gevolgd.

Het administratief beroep betekende en betekent nog steeds dat de **beleidsaspecten** van het bestreden besluit kunnen worden aangevochten, en dat het beroepsorgaan een **nieuw besluit** in de plaats kan stellen van het door hem vernietigde besluit.

In de tweede helft van de 19<sup>e</sup> eeuw laaide er in heel West-Europa een debat op over de inrichting van de rechtsstaat. Er werden **incidenteel onafhankelijke administratieve rechters** met een beperkte competentie – dat wil zeggen rechters die belast waren met het berechten van geschillen van bestuursorganen – in het leven geroepen. In 1914 werden de raden van beroep voor de directe belastingen in het leven geroepen en in 1918 de zogenaamde distributiegerechten.

Naar aanleiding van onder andere het **arrest Guldemond/Noorwijkerhout** werd bovendien de deur opengezet voor **schadevergoedingen jegens de overheid**, gebaseerd op **onrechtmatige daad**. De onrechtmatige daad kon in dit verband hieruit bestaan, dat een bestuursorgaan een besluit had genomen dat in **strijd was met een wettelijk voorschrift**, dat er sprake was van **schending van een subjectief recht van de benadeelde**. In de loop der tijd werd ook de **maatschappelijke zorgvuldigheid** een mogelijke grond voor onrechtmatig overheids handelen.

Kort na de Tweede Wereldoorlog werd er een commissie De Monchy ingesteld. Deze commissie moest onderzoekdoen naar de vraag er behoefte was aan **verhoogde rechtsbescherming** tegen de overheid. In haar rapport stelde de commissie onder andere 'bab', oftewel **beroep tegen administratieve beschikkingen**, voor. Zij wilde beroep openstellen bij de Kroon op de volgende **vier rechtmatigheidsgronden**:

- Strijd met een algemeen verbindend voorschrift;
- Het bestuursorgaan heeft zijn bevoegdheid gebruikt voor een doel waarvoor die bevoegdheid niet is gegeven;
- Kennelijk onredelijke belangenafweging;
- Anderszins strijd met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

Deze vier rechtmatigheidsgronden werden later overgenomen in de **Wet administratieve rechtspraak van 1954**, waarbij ook het CBB in leven geroepen werd.

De **Wet bab** kwam in 1963 alsnog tot stand. Bab-beroep was echter alleen mogelijk tegen beschikkingen van bestuursorganen van de centrale overheid en dan ook nog uitsluitend indien niet reeds was voorzien in administratief beroep of beroep bij een administratieve rechter. Deze wet werd in 1976 vervangen door de **Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen ('Wet arob')**, die tegen alle beschikkingen van bestuursorganen waartegen geen andere voorziening mogelijk was, beroep openstelde bij de tegelijk ingestelde Afdeling rechtspraak van de Raad van State. Ook in dit verband golden de vier klassieke rechtmatigheidsgronden.

Vaak moest het beroep bij de Afdeling rechtspraak vooraf worden gegaan door een **bezwaarschriftprocedure** ten overstaan van het bestuursorgaan dat het bestreden besluit had genomen.

#### *Het Kroonberoep*

Het Kroonberoep was geen beroep op een onafhankelijke rechter, maar beroep op een **bestuursorgaan**. In het **Bentham-arrest** heeft het EHRM bepaald dat het Kroonberoep als eindberoep geen beroep op een **onpartijdige en onafhankelijke rechter** in de zin van art. 6 EVRM was, zoals dat wordt geëist in het geval van strafzaken en in zaken die burgerlijke rechten en verplichtingen betreffen.

In 1987 kwam de **Tijdelijke wet Kroongeschillen** tot stand, die de beslissing van Kroonberoepen tegen beschikkingen overhevelde naar de Afdeling geschillen. Deze werd daarmee de tweede rechterlijke afdeling van de Raad van State. Ook hier golden weer de vier klassieke rechtmatigheidsgronden.

De laatste administratieve rechter die voor de inwerkingtreding van de Awb in het leven werd geroepen, was het **College van Beroep voor de studiefinanciering**.

Sinds 1994 is de gewone vorm van rechtsbescherming zo dat tegen in beginsel alle besluiten van bestuursorganen – **met uitzondering van algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels** – voor belanghebbende **in eerste aanleg** beroep open staat bij de rechtbanken. Tegen de uitspraak van de rechtbank staat vervolgens **hoger beroep** open bij de **Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State**. In onder andere ambtenarenzaken staat hoger beroep open bij de **Centrale raad van Beroep**.

In sommige zaken, met name die met betrekking tot overheidspensioenen, is de Centrale Raad rechter in eerste en enige aanleg. In belastingzaken staat beroep in eerste aanleg open bij de belastingkamer bij enkele rechtbanken, hoger beroep bij de belastingkamers bij de gerechtshoven en cassatieberoep bij de Hoge Raad.

Het beroep bij de bestuursrechter moet normaal gesproken vooraf gegaan door een **bezwaarschriftprocedure** ten overstaan van het bestuursorgaan dat het bestreden besluit heeft genomen (zie art. 7:1 Awb). In bezwaar kunnen niet alleen vermeende **rechtmatigheidsgebreken** van het bestreden besluit naar voren worden gebracht, ook de aan een besluit ten grondslag liggende **beleidskeuzen** kunnen ter discussie worden gesteld.

De bezwaarschriftprocedure wordt overgeslagen in het geval er reeds in een **andere vorm van bestuurlijke heroverweging** is voorzien. Te denken valt dan aan administratief beroep, goedkeuring door hoger gezag toepassing van de openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 van de Awb.

Wie bezwaar heeft gemaakt of beroep heeft ingesteld, kan een **voorlopige voorziening** vragen bij de voorlopige voorzieningsrechter. Dit is een alleensprekende rechter van het gerecht waarbij het beroep aanhangig is, aanhangig kan worden gemaakt na de bezwaarschriftprocedure het administratieve beroep.

Deze voorlopige voorziening kan bestaan uit de **gehele gedeeltelijke schorsing** van het besluit, maar ook uit **positieve maatregelen** als toestemming om voorlopige activiteiten te verrichten waarvoor vergunning was geweigerd het verhogen verlagen van een opgelegde dwangsom.

#### **Pogingen tot vereenvoudiging van het bestuursrecht**

De keerzijde van de groei van het bestuursrecht is dat er in de loop van de tijd een ware jungle is ontstaan van regels die vaak geheel los van elkaar zijn ontstaan, en die soms onvoldoende op elkaar zijn afgestemd.

Er zijn verschillende manieren te bedenken om dit probleem op te lossen, te weten:

- **Harmonisatie en coördinatie van wetgeving.** De verschillende wettelijke regelingen blijven op zichzelf bestaan, maar begrippen, vergunningen- en planningsstelsels worden op elkaar afgestemd. Eventueel kunnen verschillende vergunningen ook worden samengevoegd tot één veelomvattende vergunning.
- Een **algemene kaderwet** een wet algemene bepalingen voor een beleidsterrein.
- **Codificatie.** Het in één verband samenbrengen van een aantal wettelijke regelingen.
- **Deregulering.**
- **Privatisering.**

Bij **deregulering** gaat het niet zozeer om het afschaffen van regels, en daarmee het afschaffen van overheidsbemoeiing, maar om beleid waarbij de overheidsbemoeienis wordt teruggebracht in **gedetailleerdheid**. Op deze manier wordt het **eenvoudiger en beter naleefbaar en uitvoerbaar**. Een variant hierop is het streven naar **zelfregulering**, waarbij maatschappelijke organisaties worden gestimuleerd om in eigen kring maatregelen te nemen om door de overheid gewenste doelen te bereiken.

Bij privatisering worden taken die van overheidswege plegen te worden uitgevoerd, overgeheveld naar de **particuliere sector**.

Aan de roep om deregulering en privatisering kunnen verschillende motieven ten grondslag liggen. Zo kan men denken aan de overtuiging dat '*het zo niet meer gaat*'; er zijn teveel regels en procedures, er is sprake van bureaucratie en overheidsbeslissingen blijven veel te lang uit en zijn te onvoorspelbaar. Daarnaast kan worden gedacht aan een **neoliberale politieke overtuiging** op grond waarvan met dan meer vertrouwen heeft in regulering van activiteiten door het marktmechanisme dan door de overheid. Tot slot zou men denken aan de verwachting kosten en lasten te kunnen verminderen voor de bestuurden, voor degenen die onderworpen zijn aan de regels van de betrokken diensten gebruik maken.

### **Materieel versus formeel recht**

Het **materiële recht** betreft regels die aanspraken, rechten, verplichtingen bevoegdheden geven, verruimen, beperken ontnemen. Het **formele recht** betreft procedures en vormvoorschriften en bevat organisatorische bepalingen.

Het ligt voor de hand ervan uit te gaan dat verhoudingen tussen particulieren worden beheerst door het privaatrecht. Het bestuursrecht kan in dit kader echter ook van grote betekenis zijn.

Het materiële strafrecht bestaat uit het commune strafrecht dat is neergelegd in het Wetboek van Strafrecht, maar ook uit het zogenoemde strafrecht. Dit zijn voor het grootste deel **bestuursrechtelijke regelingen**. De strafbepalingen die hierin zijn opgenomen verschillen op het aantal punten van het commune strafrecht:

- Strafbbaar is niet alleen het overtreden van een algemene rechtsregel, maar vaak ook het **handelen in strijd met een individuele beschikking**;
- De opsporing van strafbare feiten is niet alleen overgelaten aan de gewone politie, maar ook aan een aantal **bijzondere opsporingsambtenaren**;
- De handhaving van de bestuursrechtelijke normen vindt niet alleen plaats door middel van het strafrecht, maar ook en vooral door middel van het **bestuursrecht**.

Tussen het strafrecht en het bestuursrecht bestaat een zekere overlapping: voor zover in bestuursrechtelijke wettelijke regelingen bepaalde gedragingen strafbaar zijn gesteld, gaat het om bestuursrecht dat tevens strafrecht is.

En daar waar in een bestuursrechtelijke wet bijzondere opsporingsambtenaren worden aangewezen, vallen bestuursrecht en strafprocesrecht samen. Zie voor wat betreft de verhouding tussen het bestuursrecht en het strafrecht ook nog art. 1:6 Awb.

#### *Het individualiserende en instrumentele karakter van het bestuursrecht*

Het bestuursrecht is in de meeste gevallen gericht op **nadere individualisering**. Vaak kan er niet worden volstaan met algemene regels, maar moet een bestuursorgaan – onder **afweging van de verschillende belangen** die in het geding zijn – beslissen wat voor een bepaalde situatie en wat in een concreet geval rechtens is. Wat, met andere woorden, de rechtsnorm van dat **specifieke geval** is.

Hét kenmerk van het bestuursrecht is dat het bestuursorganen aan het werk zet. Dat werk bestaat voor een belangrijk deel uit het nemen van **beschikkingen en besluiten voor individuele, concrete gevallen**. Soms betreft het ook het vaststellen van de rechtstoestand van bijzondere plekken.

Normen die heel in het algemeen bepaalde gedragingen regelen, zijn dus niet toegestaan. Daarnaast is ook een andere wijze van **normstelling** nodig; er moeten rechtsregels beschikbaar zijn die het bestuur de mogelijkheid geven om in concreto te bepalen waaraan iemand, een activiteit een onderneming geboden zal zijn en wie in een bepaalde situatie welke rechten en plichten heeft. Door dit meer individualiserende overheidsoptreden kunnen belangen worden beschermd die anders **niet of niet voldoende** zouden worden beschermd.

Op veel terreinen blijkt bijsturen van de normstelling alleen niet voldoende te zijn. In die gevallen is het tevens nodig dat de **overheid zelf in een aantal opzichten de leiding** c.q. het initiatief neemt.

Het is het materiële bestuursrecht dat aan de overheid de juridische middelen moet verschaffen in dit beleid te kunnen effectueren. Hierin komt het **instrumentele karakter** van het bestuursrecht tot uiting, en hiermee onderscheid het bestuursrecht zich van de andere rechtsgebieden.

#### *Het bestuursrechtelijke procesrecht*

Het administratieve procesrecht is onder te verdelen in het **contentieuze** en het **niet-contentieuze procesrecht**. Het **contentieuze procesrecht** betreft de regels bij gerechtelijke procedures en bij quasi-gerechtelijke procedures, wanneer iemand tegen een bestuursbeslissing beroep bij een rechterlijke instantie bij een bestuursorgaan heeft ingesteld, een bezwaarschrift heeft ingediend. Het betreft de procedurele regels voor de rechtsbescherming tegen genomen bestuursbesluiten.

Het **niet-contentieuze procesrecht** betreft de procedurele regels voor besluitvorming door bestuursorganen, zoals het horen van belanghebbenden of het volgen van een openbare voorbereidingsprocedures.

#### *Het staatsrecht*

Het staatsrecht bevat het **publiekrechtelijke organisatierecht** en geeft regels met betrekking tot de instelling, werkwijze en globale bevoegdheden van de overheidsorganen die **rechtsvorming en rechtshandhaving** tot taak hebben. De waarden die in het staatsrecht centraal staan zijn 'democratie' en 'rechtsstaat'.

Deze waarden spelen ook in het bestuursrecht een belangrijke rol, maar daar komt nog bij dat het bestuursrecht aan bestuursorganen bevoegdheden toekent en hen verplichtingen oplegt, waarmee die organen **invloed** kunnen uitoefenen op de **samenleving**.

Voor zover het bestuursrecht organisatierecht omvat, verschilt het niet van het staatsrecht. In zoverre kan het dus worden beschouwd als een **complement van het staatsrecht**.

*Het internationale publiekrecht en het recht van de EU*

Verschillende verdragen kunnen voor het nationale bestuursrecht van grote betekenis zijn.

Het recht van de Europese Unie wordt onderscheiden in **institutioneel recht** en **materieel recht**. Het materiële recht bestaat ten dele uit **verordeningen** die worden uitgevoerd door de instellingen van de Unie. De meesten verordeningen vergen **uitvoeringsbesluiten** die moeten worden genomen door de bestuursorganen van de lidstaten.

Met betrekking tot Europese richtlijnen bepaalt art. 288, derde alinea van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, dat deze "*verbindend zijn ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd zijn*". Dit houdt in dat deze richtlijnen door nationale organen **moeten** worden uitgevoerd door allereerst de wetgever in formele zin en vervolgens door bestuursorganen. Op grond hiervan is een Nederlands bestuursorgaan soms dus **rechtstreeks toepasser en uitvoerder van bestuursrecht van de Unie**. In andere gevallen gaat het om de uitvoering van nationaal recht dat het karakter van **Europees medebewind** draagt en in weer andere gevallen is het recht van de Europese Unie slechts in zoverre van belang, dat een besluit van een bestuursorgaan nooit in strijd mag zijn met een **rechtstreeks toepasselijke regel van Europees recht**.