

## 1. Inleiding

Het model dat B.J. van Ettekoven schetst om in de bestuursrechtspraak een beperkte vorm van cassatie op de Hoge Raad open te stellen tegen de uitspraken van de hoogste bestuursrechters is afgewogen en op het eerste gezicht ook heel aantrekkelijk.<sup>2</sup> De cassatiemogelijkheid is beperkt omdat zij alleen betrekking heeft op de grensgebieden van bestuursrecht enerzijds en strafrecht en civiel recht anderzijds, op het gemeenschappelijk procesrecht van de Awb en op de uitleg van grondrechten. De uitleg van de materiewetten van de hoogste klassieke bestuursrechters wordt door Van Ettekoven uitdrukkelijk van cassatie uitgesloten.<sup>3</sup> De mogelijkheid van cassatie wordt verder, zo nodig, beperkt door de invoering van een ‘zeef’ - een verlostelsel, het nog in te voeren nieuwe artikel 80a Wet RO en zelfs cassatie in belang der wet - zodat de Hoge Raad maar in maximaal 50 zaken per jaar uitspraak zal hoeven te doen. Deze uitspraak zal worden gedaan door een combi- of rechtseenheidkamer van de Hoge Raad, waarin behalve raadsheren van de huidige drie kamers ook raadsheren in buitengewone dienst, aangewezen door de hoogste klassieke bestuursrechtelijke colleges, zitting kunnen hebben. De conclusies bij de zaken zullen worden geschreven door een parket, waaraan ook enkele gezaghebbende bestuursrechtjuristen zijn verbonden.

Dit alles klinkt zo mooi en doordacht dat het lastig is om het met Van Ettekoven oneens te zijn. Toch zal ik hierna enige kanttekeningen bij het voorstel plaatsen. Dat zal niet leiden tot volledige afwijzing van de gedane voorstellen, maar wel tot amendering. Bovendien zal een pleidooi worden gehouden om de rechtseenheid vooral ook te blijven stimuleren door middel van rechterlijk overleg. Dit middel is de laatste jaren daartoe bijzonder succesvol gebleken, ook al valt er op het punt van transparantie nog winst te behalen.

## 2. Gebrek aan snelheid als groot probleem van de bestuursrechtspraak

Zoals Van Ettekoven terecht opmerkt, is de vraag of er cassatie in de bestuursrechtspraak moet komen ‘niet alleen een kwestie van recht en dienstbaarheid aan het recht en de rechtseenheid’, maar spelen ook andere factoren een rol. Eén van die factoren is volgens mij de snelheid van de bestuursrechtspraak of, meer precies, het gebrek daaraan. Het is goed dat de hoogste bestuursrechters sinds medio 2008 in zeer korte tijd - door rechterlijk overleg - een vrijwel volledig stelsel voor vergoeding van de schade als gevolg van rechterlijke overschrijdingen van de redelijke termijn hebben ontwikkeld.<sup>4</sup> Beter is echter dat dergelijke overschrijdingen zoveel mogelijk worden voorkomen en nog beter dat de burger op nog kortere termijn dan de ‘redelijke’ termijn – één jaar lijkt mij als regel al behoorlijk lang – duidelijkheid krijgt over zijn rechtspositie.

---

<sup>1</sup> Rob Widdershoven is als hoogleraar Europees bestuursrecht verbonden aan de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Utrecht.

<sup>2</sup> Zie voor het model de bijdrage van Van Ettekoven in deze bundel, alsmede B.J. van Ettekoven, ‘Rechtseenheid vanuit het perspectief van de rechtbank’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: BJu 2010, p. 281-299.

<sup>3</sup> De klassieke hoogste bestuursrechter zijn de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS), de Centrale Raad van Beroep (CRvB) en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb). Hierna zal ik evenals Van Ettekoven deze rechters gezamenlijk aanduiden als klassieke hoogste bestuursrechters.

<sup>4</sup> Zie onder meer A.M.L. Jansen, ‘Overheidsaansprakelijkheid voor overschrijdingen van de redelijke termijn’, *Overheid & Aansprakelijkheid* 2009, p. 60-68; J.C.A. de Poorter & A. Pahladsingh, ‘Rechtsbescherming rond de redelijke termijn’, *JBplus* 2010, p. 81-102.

Op het punt van snelheid scoort de bestuursrechtspraak nog steeds niet goed en slechter dan de civiele en strafrechtspraak. Voor de precieze cijfers wordt de lezer verwezen naar het Jaarverslag 2009 van de Rechtspraak. Voor de eerste aanleg wordt daarin vastgesteld dat de doorlooptijden van de bestuurssectoren van de rechtbanken over de hele linie - zowel in algemene bestuurszaken, vreemdelingenzaken als in belastingzaken - ver zijn verwijderd van de door de Rechtspraak gestelde doorloopnorm - één jaar of negen maanden - en dat er op dit punt vrijwel geen progressie is geboekt vergeleken met 2008.<sup>5</sup> Daarmee valt de bestuurssector negatief uit de toon vergeleken met de kantonsectoren, de strafsectoren en de familiesectoren, die de doorloopnormen wel halen, en ook vergeleken met de handelssectoren van de rechtbanken die minder ver zijn verwijderd van hun norm. Voor het appel zijn de cijfers evenmin goed. De belastingkamers van de hoven doen deze zaken in 2009 maar in 30% van de zaken binnen één jaar af. Voor het CBb en de CRvB worden deze cijfers niet vermeld, maar de gemiddelde lengte van de procedures in weken is bij hen 80 (CBb) en 77 (CRvB).<sup>6</sup> De enige appelrechter die de doorlooptijden onder controle heeft is de ABRvS, die 90% van zaken binnen 45 weken afdoet en een gemiddelde behandelingsduur van 31 weken heeft.<sup>7</sup>

Deze cijfers maken duidelijk dat bestuursrechtspraak nu al grote problemen heeft met de snelheid en dat de vooruitzichten op dit punt nauwelijks gunstig zijn. Voor de gemiddelde burger en voor het bestuur lijkt mij dat een groter probleem dan dat van de rechtseenheid. In die zaken waarin, na invoering van de plannen van Van Ettekoven, daadwerkelijk cassatie zal worden ingesteld zullen de doorlooptijden in bestuursrechtelijke zaken verder toenemen. Dat is op zichzelf geen reden om zijn plannen af te wijzen. Wel moet deze dreigende verdere verlenging bij de beoordeling van de plannen worden meegenomen. Daarbij speelt in de eerste plaats de vraag of het aantal cassatiezaken werkelijk in de hand kan worden gehouden. Op dit punt wordt in paragraaf 3 ingegaan. In de tweede plaats is van belang hoe groot de problemen van rechtseenheid in het bestuursrecht eigenlijk zijn. Daarop wordt in paragraaf 4 ingegaan.

### **3. Beperking van cassatieberoepen volgens Van Ettekoven**

In zijn bijdrage ziet Van Ettekoven het hier gesignaleerde probleem ook onder ogen en probeert hij de vrees voor een te grote instroom van zaken (en voor een verdere verlenging van de bestuursrechtelijke procedures) te ondervangen door een beperking van de kwesties waarop het cassatieberoep betrekking kan hebben, door de uitsluiting van het cassatieberoep met betrekking tot de materiewetgeving van de klassieke bestuursrechters en door de mogelijke introductie van diverse zeven. Deze beperkingen zouden ertoe moeten leiden dat de Hoge Raad in maximaal 50 zaken per jaar uitspraak in cassatie hoeft te doen. Ik betwijfel of dit cijfer realistisch is. Volgens mij zijn de categorieën zaken waarvoor hij het cassatieberoep wenselijk acht daartoe te onbepaald en op onderdelen 'oeverloos'. Hierna worden deze categorieën kort besproken.

a. *Grensvlak van het bestuurs- en strafrecht*: op dit grensvlak is de onbepaaldheid geen groot probleem als het cassatieberoep alleen betrekking zou hebben op de uitleg van Awb-

---

<sup>5</sup> De Rechtspraak, *Jaarverslag Rechtspraak 2009*, Den Haag 2010, p. 16. De doorloopnorm voor de bestuursrechtelijke bodemzaken is één jaar (bestuur regulier, rijksbelastingen) of 9 maanden (vreemdelingen, lokale belastingen), waarbij het bedoeling is dat in 2010 deze normen in 90% van de zaken worden gehaald. In 2009 komt de bestuurssector niet in de buurt van dit percentage.

<sup>6</sup> De Rechtspraak, *Jaarverslag Rechtspraak 2009*, Den Haag 2010, p. 64-65. Zie ook A.T. Marseille, 'Stormloop op het hoger beroep bij de Centrale Raad van Beroep', *NJB* 2009, p. 1716-1723.

<sup>7</sup> A.T. Marseille, K.J. de Graaf, A.J.H. Smits, *Ruimte voor rechtsvorming*, Den Haag: BJu 2007, p. 156.

bepalingen waarin artikelen uit het Wetboek van Strafrecht van overeenkomstige toepassing zijn verklaard.<sup>8</sup> Van Ettekoven gaat echter verder en acht cassatie ook nodig voor de uitleg van alle begrippen en leerstukken die de Awb ontleent aan het strafrecht, voor de toepassing van het EVRM in het bestuursrecht, voor het leerstuk van onrechtmatig verkregen bewijs, voor de omgang met beleidsregels, et cetera. Daarmee wordt deze categorie behoorlijk onbepaald en ruim. Bovendien worden dan onvermijdelijk ook de materiewetten van de hoogste bestuursrechters in de cassatiebeoordeling betrokken, bijvoorbeeld bij de toepassing van het *lex certa* beginsel.<sup>9</sup>

b. *Grensvlak van bestuurs- en civiel recht*: op dit grensvlak is de onbepaaldheid niet erg groot als het cassatieberoep alleen betrekking zou hebben op bepalingen van titel 4.4, betreffende de bestuursrechtelijke geldschulden, waarin wordt verwezen naar artikelen uit het Burgerlijk Wetboek of het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.<sup>10</sup> Volgens Van Ettekoven moet de cassatiebevoegdheid echter verder gaan en zou zij ook betrekking moeten hebben op het overheidsaansprakelijkheidsrecht en op bestuursovereenkomsten. Daarmee valt bijna het gehele overheidsprivaatrecht onder het cassatieberoep en wordt ook deze categorie erg ruim.

c. *Het gemeenschappelijke procesrecht van de Awb*: deze categorie is nauwelijks omljnd. Beziat men de kwesties waarbij Van Ettekoven problemen van rechtseenheid ziet, dan moet het cassatieberoep in elk geval betrekking hebben op alle ontvankelijkheidsvragen, op artikel 4:6 Awb, artikel 8:69 Awb, op de Brummen-problematiek en op de omvang van het hoger beroep. Daarnaast ziet men echter ook verschillen tussen de hoogste bestuursrechters (inclusief de belastingkamer van de Hoge Raad) bij de toepassing van artikel 8:58 Awb, de toepassing van artikel 6:18 en 6:19 Awb, het bewijsrecht over het algemeen, et cetera. Daarmee is deze categorie 'oeverloos'. Bovendien kunnen vragen over de uitleg van het Awb-procesrecht opkomen in *alle* bestuursrechtelijke geschillen, ook in geschillen in het omgevingsrecht (inclusief de toepassing van de Crisis- en Herstelwet), waarbij de roep om snelheid juist zeer groot is.

d. *Grondrechten*: voor deze categorie geldt hetzelfde als voor het Awb-procesrecht. Zij zou nog min of meer omljnd zijn als het cassatieberoep beperkt zou zijn tot de in het voorstel Halsema voorziene constitutionele toetsing.<sup>11</sup> In zijn bijdrage breidt Van Ettekoven het cassatieberoep echter al uit naar de toepassing van het EVRM en andere internationale grondrechtenverdragen, zoals het VN-Vrouwenverdrag (SGP-zaak). Op grond van het gelijkwaardigheidsbeginsel moet dan ook de interpretatie van grondrechten in Unierechtelijke context onder het cassatieberoep vallen. Binnen de reikwijdte van het Unierecht vindt de (verdere) ontwikkeling van grondrechten, zoals die van het EVRM, immers primair plaats door het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU).<sup>12</sup> Bovendien geeft dit hof een nadere invulling aan het - inmiddels ook voor de lidstaten bindende - Handvest voor de Grondrechten van de Europese Unie, waarin rondom thema's als gelijkheid, solidariteit en

---

<sup>8</sup> Voor titel 5.1 Awb (waarvoor Van Ettekoven cassatieberoep vooral wenselijk acht), betreft dat vooral art. 5:1 lid 3 Awb (overtreder) en art. 5:46 lid 4 Awb (*lex mitior*) waarin art. 51 leden 2 en 3 Sr (en overigens niet art. 51 lid 1 Sr), respectievelijk art. 1 lid 2 Sr van overeenkomstige toepassing worden verklaard.

<sup>9</sup> Zie bijvoorbeeld ABRvS 3 juni 2009, AB 2010, 181, en ABRvS 17 maart 2010, AB 2010, 182 (beide m.nt. Jansen).

<sup>10</sup> Het betreft art. 4:93 lid 3 Awb (verwijzing naar art. 6:129 BW); art. 4:98 Awb (verwijzing naar art. 6:119, 6:120 en 6:125 BW); art. 4:105 lid 1 Awb (verwijzing naar art. 3:316 leden 1 en 2 BW); art. 4:110 Awb (verwijzing naar art. 3:324 BW); art. 4:120 lid 2 Awb (verwijzing naar art. 434 Rv.); art. 4:123 lid 2 Awb (verwijzing naar art. 438 en 438a Rv.).

<sup>11</sup> Voorstel van wet van het lid Halsema tot verandering in de Grondwet, strekkende tot invoering van de bevoegdheid tot toetsing van wetten aan een aantal bepalingen van de Grondwet door de rechter, *Kamerstukken II* 2009/10, 32 334, nr. 2.

<sup>12</sup> Op basis van EHRM 30 juni 2005, AB 2006, 273 (Bosphorus/Ierland; m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik). Naar ik vermoed – en gelet op de doorlooptijden bij het EHRM hoop – zal deze taakverdeling niet veranderen door de in artikel 6 lid 2 VEU voorziene toetreding van de Unie tot het EVRM.

burgerschap allerlei grondrechten zijn opgenomen die het EVRM niet kent, onder meer een recht op 'behoorlijk bestuur' (art. 41). Bij deze 'oeverloze' categorie is verder van belang dat de grens tussen grondrechten en materiewetten diffuus is, in die zin dat mogelijke schendingen van materiewetten kunnen en zullen worden geformuleerd als schendingen van grondrechten (en vaak terecht). Binnen het EVRM bieden vooral artikel 8 EVRM, dat in omgevingsrechtelijke geschillen kan worden ingeroepen, en artikel 1 EP, dat in allerlei bestuursrechtelijke geschillen van belang kan zijn, daartoe goede mogelijkheden.<sup>13</sup> De extra grondrechten die door het Handvest worden erkend, bieden voor het 'framen' van een schending van de materiewetten als grondrechtenschending nog veel meer aanknopingspunten. Kortom, bij de categorie grondrechten kan de Hoge Raad vele cassatieberoepen verwachten, die vaak ook zullen raken aan de uitleg van materiewetten.

Mijn conclusie is dat de door Van Ettekoven onderscheiden categorieën het cassatieberoep op de Hoge Raad niet heel erg beperken. Een instroom van meer dan 1000 zaken lijkt mij niet denkbeeldig. De vraag is of de Hoge Raad daarop zit te wachten nu men juist allerlei maatregelen overweegt om de instroom aan zaken te beperken. Nu kan het aantal zaken door middel van de in paragraaf 1 genoemde zeven weer worden beperkt. Wil men uitkomen op het door Van Ettekoven beoogde aantal van 50 cassatiezaken, dan zal die zeef wel heel drastisch moeten werken. Bovendien zal de toepassing ervan bij de voorziene aantallen toch nog de nodige tijd kosten.

#### **4. Hoe groot zijn de problemen van rechtseenheid?**

Dat bij alle door Van Ettekoven onderscheiden categorieën zich problemen van rechtseenheid kunnen voordoen, staat buiten kijf. Daarmee is nog niet gezegd dat dit probleem in de praktijk heel groot is en dat cassatie altijd de oplossing zal bieden. Hierna loop ik de categorieën van Van Ettekoven opnieuw langs, waarbij het procesrecht van de Awb apart wordt behandeld.

a. *Het grensvlak bestuurs- en strafrecht*: door de opmars van de bestraffende bestuurssancties (vooral de bestuurlijke boete) en doordat de wetgever bij de regeling hiervan in titel 5.1 en 5.4 Awb uit het strafrecht afkomstige begrippen hanteert of zelfs bepalingen uit het Wetboek van Strafrecht van overeenkomstige toepassing heeft verklaard, is de kans op botsingen op dit grensvlak inderdaad aanwezig. Of de problemen van rechtseenheid op dit grensvlak bij de toepassing van het EVRM in algemene zin zo groot zijn, betwijfel ik echter. Daarbij is van belang dat het bestraffende bestuursrecht, of dat nu wordt toegepast door een klassieke bestuursrechter of de Hoge Raad, in hoge mate wordt bepaald door de rechtspraak van het EHRM. In feite is er op dit terrein al een hoogste rechter, zij het niet in niet in Den Haag maar in Straatsburg. In de nabije toekomst zal bovendien het HvJ EU in Luxemburg steeds vaker over dit soort kwesties oordelen.<sup>14</sup> Mede in dit licht is de toegevoegde waarde van een nationale cassatietussenstap beperkt.

b. *Grensvlak van bestuurs- en civiel recht*: of bij de toepassing van titel 4.4 veel botsingen zullen optreden tussen de klassieke bestuursrechters en de Hoge Raad valt nog niet te zeggen. Dat neemt niet weg dat het onwenselijk zou zijn als de rechtspraak over bestuursrechtelijke en

---

<sup>13</sup> Zie T. Barkhuysen, 'Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht', *VAR-reeks* 132, Den Haag: BJu 2004, p. 56-87, voor EHRM-rechtspraak waarin deze en andere EVRM-bepalingen worden toegepast op de materiewetgeving van de diverse bestuursrechters.

<sup>14</sup> Namelijk voor zover het bestraffend bestuursrecht wordt toegepast binnen de reikwijdte van het Unierecht. Zie bijvoorbeeld HvJ EU 23 december 2009, zaak C-45/08 (Spector Photo Group), waarin het HvJ EU zich uitsprekt over de betekenis van de onschuldpresumptie bij een op basis van richtlijn 2003/6/EG, betreffende misbruik van voorwetenschap opgelegde (bestraffende) bestuurlijke boete.

gewone geldschulden nodeloos uiteen zou gaan lopen. Bij de bestuursovereenkomsten zie ik geen grote problemen van rechtseenheid. Dat geldt ook voor de overheidsaansprakelijkheid na invoering van de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten. Deze wet zal er juist voor zorgen dat de meer omvangrijke schadevergoedingszaken bij onrechtmatige besluiten (weer) tot het domein van de Hoge Raad gaan horen. Bij de schadevergoedingszaken in de sociale zekerheid – die tot het exclusieve terrein van de CRvB gaan behoren – doen zich op het punt van relativiteit en causaliteit niet of nauwelijks serieuze rechtseenheidproblemen voor.

c. *Grondrechten*: dat zich bij de uitlegging van internationale en Europese grondrechten grote problemen van rechtseenheid voordoen, betwijfel ik.<sup>15</sup> De SGP-zaak, hoe vervelend ook, is op dit punt de uitzondering die de regel bevestigt.<sup>16</sup> Voor het overige lijken zich op dit punt weinig botsingen tussen de hoogste rechters voor te doen en trekken ze in elk geval weinig aandacht. Daarbij is waarschijnlijk van belang dat de rechterlijke beoordeling van de meeste grondrechtenschendingen plaatsvindt binnen het kader van het door de rechter toegepaste materiële recht. Of een bepaalde grondrechtenbeperking noodzakelijk is in een democratische samenleving of kan worden gerechtvaardigd door een dringend algemeen belang kan immers alleen worden bepaald in het licht van het doel van de materiewetgeving en de daarin voorgeschreven instrumenten. Het oordeel van de rechter geldt daarom alleen voor de toepassing van de desbetreffende materiewetgeving. Ten slotte wijs ik er opnieuw op dat er voor de uitlegging van binnen Europa geldende grondrechten al hoogste rechters bestaan, het EHRM en steeds vaker het HvJ EU. Gelet hierop is de toegevoegde waarde van een nationale cassatietussenstap beperkt.

Kom ik ten slotte op het gemeenschappelijk procesrecht van de Awb. Dit onderwerp verdient speciale aandacht omdat de cassatiewens van Van Ettekoven - en van een andere eerstelijnsrechter als Den Otter<sup>17</sup> - toch vooral lijkt ingegeven door de irritatie bij de algemeen bevoegde rechtbanken over de gebrekkige afstemming bij de toepassing van de Awb tussen de materiespecifieke hoogste bestuursrechters. Hoewel die irritatie begrijpelijk is, is zij voor mij onvoldoende reden voor invoering van cassatie op dit terrein. Bij dit standpunt is het volgende van belang.

Eerst en vooral valt het met de gebrekkige afstemming tussen de *klassieke* bestuursrechter inmiddels wel mee. Van Ettekoven kan worden toegegeven dat het veel te lang heeft geduurd, maar de laatste jaren hebben de klassieke bestuursrechters in onderling overleg veel problemen op dit punt opgelost. Ik zie althans geen wezenlijke verschillen meer bij de toepassing van bepalingen als artikel 8:69 Awb of artikel 4:6 Awb.<sup>18</sup> Het hoogtepunt van succesvolle afstemming is de wijze waarop de klassieke bestuursrechter in zeer korte tijd een volledig stelsel voor rechterlijke schendingen van de redelijke termijn hebben ontwikkeld.<sup>19</sup> Op de kleine verschillen die bij de redelijk te achten termijnen tussen de bestuursrechter nog bestaan, kom ik hierna terug.

Dat er bij de rechtbankrechters toch nog irritatie bestaat over de verschillende uitleg van de Awb komt volgens mij dan ook vooral omdat de Hoge Raad in belastingzaken bij de uitleg

---

<sup>15</sup> Het voorstel Halsema laat ik verder buiten beschouwing, omdat dit voorlopig nog niet is ingevoerd.

<sup>16</sup> Vergelijk Hof 's-Gravenhage 20 december 2007, *JB* 2008/37, en HR 9 april 2010, *JB* 2010/115, met ABRvS 5 december 2007, *AB* 2008, 35. Overigens respecteert de civiele rechter het oordeel van de Afdeling over de subsidiëring van de SGP, zodat een harde botsing tussen beide wordt voorkomen.

<sup>17</sup> R.P. den Otter, 'Met een pokerface aan de roulettetafel. Verschillen in de beoordeling van de ontvankelijkheid door de hoogste bestuursrechters', *JBplus* 2008, p. 93-101.

<sup>18</sup> Zie ook ABRvS 16 juli 2010, *AB* 2010/209, m.nt. Ortlep, waarin de Afdeling 'omwille van de rechtseenheid' haar praktijk om appellant geen extra termijn te gunnen voor het voldoen van het griffierecht aanpast aan die van de rechtbanken, de CRvB en het CBb.

<sup>19</sup> Zie reeds noot 4.

van diverse Awb-bepalingen een eigen koers vaart. Bezieet men de commentaren van rechtbankrechters,<sup>20</sup> dan is men het meestal met deze koers oneens. Dan is het eigenlijk wat vreemd om juist de Hoge Raad hierbij het laatste woord te geven. Ik zou het althans onwenselijk vinden als de civiele benadering door de Hoge Raad van bewijsvragen bij de toepassing van beroepstermijnen,<sup>21</sup> over de hele linie van het bestuursrecht zou worden voorgeschreven, zeker in driepartijengeschillen. In dat geval is het immers mogelijk dat een vergunninghouder wordt geconfronteerd met een beroepschrift, dat gelet op de poststempel te laat is ingediend, maar toch ontvankelijk moet worden geacht, omdat appellant stelt dat hij het beroepschrift tijdig ter post heeft bezorgd en het bestuursorgaan ‘vergeet’ deze stelling te betwisten. Dat de Hoge Raad op deze rechtspraak zal terugkomen - en zich op dit punt zal aansluiten bij de klassieke bestuursrechters - lijkt mij gelet op recente jurisprudentie van de Hoge Raad onwaarschijnlijk.<sup>22</sup> Bezieet men de andere verschillen tussen de klassieke bestuursrechters en Hoge Raad, dan hangen deze ten dele samen met verschillen in het materiële recht,<sup>23</sup> zijn ze ten dele nogal triviaal,<sup>24</sup> en hangen zij voor een ander deel samen met verschillen in de partijenconstellatie. Daarmee ben ik aangeland bij een tweede opmerking.

De Awb is van toepassing op zeer uiteenlopende terreinen van bestuursrecht, variërend van overzichtelijke financiële tweepartijengeschillen, via familierechtelijke kwesties naar complexe drie- en meerp partijengeschillen in het omgevings- en economisch recht. Dat dit op onderdelen kan en moet leiden tot een verschillende invulling van de Awb, wordt inmiddels in ruime kring erkend.<sup>25</sup> Gelet op de verschillen in bestuursrechtelijke geschillen is het niet vreemd dat de bestuursrechters verschillende termijnen hanteren voor de redelijke termijn, dat de CRvB op het punt van artikel 4:6 Awb een (theoretisch) iets ruime koers vaart dan de ABRvS, dat de Hoge Raad de Brummenrechtspraak niet toepast in fiscale zaken,<sup>26</sup> dat de familierechters zich veelal niet opstellen als toetser naar toen maar als vaststeller van de rechtspositie naar nu,<sup>27</sup> dat de ABRvS in driepartijengeschillen de herkansingsfunctie van het appel enigszins beperkt,<sup>28</sup> et cetera. Ik denk ook niet dat deze verschillen zullen verdwijnen

---

<sup>20</sup> Zie behalve de bijdragen van Van Ettekov en Den Otter, D.A. Verburg, ‘De belastingrechter en de algemene bestuursrechters. Verschillen en overeenkomsten’, *WFR* 2010/335. Overigens is Verburg over onderdelen van de rechtspraak van de Hoge Raad juist enthousiast.

<sup>21</sup> Vergelijk onder meer HR 8 juli 2005, *AB* 2005, 407. Zie kritisch over deze rechtspraak, behalve Den Otter 2008, p. 94-95, en Verburg 2010, ook R.J.G.M. Widdershoven e.a., ‘Evaluatie belastingrechtspraak in twee instanties, Eindrapport fase I’, *Research Memoranda* nr. 3, jaargang 2, 2006, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2006, p. 64-68.

<sup>22</sup> HR 19 maart 2010, *JB* 2010/134 (m.nt. Albers).

<sup>23</sup> De niet-toepassing van art. 6:18 en 6:19 Awb door de fiscale rechter. Zie voor dit punt Verburg 2010.

<sup>24</sup> Vooral de verschillen bij de toepassing van art. 8:75 Awb, over de vraag of de proceskosten voor rechtsbijstand verleend door een familielid kunnen worden vergoed en over de vraag of het bestuursorgaan uitsluitend tegen het oordeel over de procesvergoeding in hoger beroep kan komen. De Hoge Raad beantwoordt beide vragen bevestigend, de klassieke bestuursrechters ontkennend. Het financieel belang van deze kwesties is zo gering dat de 50 cassatiezaken van Van Ettekov daaraan niet zouden moeten worden besteed. Zie voor beide kwesties de noot van B.J. van Ettekov onder HR 27 november 2009, *BNB* 2010/63c.

<sup>25</sup> In de bundel T. Barkhuysen e.a. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: BJu 2010, wordt in diverse bijdragen - onder meer die van Barkhuysen & Van Emmerik, De Moor-van Vugt, Steyger, Schueler, en Vermeulen & Poot - ruimte voor differentiatie bepleit.

<sup>26</sup> Zie HR 4 december 2009, *BNB* 2010/65c (m.nt. Van Amersfoort); *AB* 2010, 136 (m.nt. Willemsen). Wat mij betreft zouden de klassieke bestuursrechters (zeker de CRvB) de toepassing van de Brummenlijn in tweepartijengeschillen ook mogen heroverwegen.

<sup>27</sup> Vergelijk H.J.H. van Meegen, ‘Het huisverbod: bestuursrecht in handen van de familierechter’, *JBplus* 2010, p. 2-15.

<sup>28</sup> R.J.G.M. Widdershoven, R.J.N. Schlössels, F.A.M. Stroink e.a., *Algemeen bestuursrecht 2001: hoger beroep*, Den Haag: BJu 2001.

met de invoering van cassatie. In dit verband is het niet zonder belang dat de Hoge Raad ter motivering van de (eigen) invulling die in fiscale zaken aan de Awb wordt gegeven verwijst naar het feit dat in fiscale zaken geen derden-belanghebbenden zijn betrokken,<sup>29</sup> of naar de voor fiscale zaken specifieke wetsgeschiedenis.<sup>30</sup> Gelet hierop lijkt de Hoge Raad ruimte te zien voor een gedifferentieerde toepassing van de Awb en dat is mijns inziens in de regel ook wenselijk.<sup>31</sup> In dit verband wijs ik nog op de opvatting van Verheij, die ook voorstander is van een gedifferentieerde toepassing van het bestuursprocesrecht – zelfs op het punt van termijnoverschrijdingen – zij het dat hij voor deze differentiatie een expliciete grondslag in de Awb zou willen scheppen.<sup>32</sup>

Dat laatste zou ook mijn voorkeur hebben. Daarmee wordt het probleem van de rechtbanken die dan te maken krijgen met door de Awb gelegitimeerde verscheidenheid, natuurlijk niet opgelost. Mijns inziens moet dat probleem voor rechters, die gewend zijn te rouleren van bestuurszaken, naar de familiesector en handelssector en via de strafsector weer terug, echter overkomelijk zijn. Voor de individuele burger die in zijn leven één of twee keer met de bestuursrechtspraak in aanraking komt en voor bestuursorganen (of diensten daarvan) die doorgaans te maken hebben met één hoogste rechter, is deze – al dan niet in de Awb voorziene - verscheidenheid nauwelijks problematisch.<sup>33</sup>

## 5. Hoe verder?

Gelet op het voorgaande moet een eventueel in te voeren cassatieberoep bij de Hoge Raad tegen uitspraken van de klassieke bestuursrechters volgens mij geen betrekking hebben op de uitleg van Europese en internationale grondrechten en van het algemene procesrecht van de Awb. Voor de *grondrechten* speelt bij dit oordeel mee dat deze categorie te onbepaald en oeverloos is, dat de Hoge Raad in dat geval – anders Van Ettehoven wenst – wel vaak zal moeten oordelen over de materiewetgeving van de klassieke hoogste bestuursrechters, dat de problemen van rechtseenheid op dit punt niet groot zijn en dat de uitleg ervan uiteindelijk toch wordt bepaald door het EHRM en steeds vaker het HvJ EU. Door het stellen van een prejudiciële vraag kunnen de klassieke hoogste bestuursrechters zorgen voor rechtseenheid bij de uitleg van deze grondrechten in de Europese context. Bij het *Awb-procesrecht* is voor mijn opvatting van belang dat ook deze categorie te onbepaald en oeverloos is, dat vragen van uitleg van procesrecht zich kunnen voordoen in alle bestuursrechtelijke geschillen, ook die waarbij snelheid van het grootste belang is (bijvoorbeeld besluiten op grond van de Crisis- en Herstelwet), dat de rechtsverscheidenheid toch vooral een probleem is van de rechtbanken en niet van burgers en bestuursorganen en dat deze verscheidenheid voor een belangrijk deel samenhangt met de verscheidenheid van de bestuursrechtelijke geschillen die onder de Awb vallen. In zoverre zal het cassatieberoep het probleem van de rechtbanken niet oplossen.

Wat betreft de *grensvlakken van bestuursrecht met straf- en civiel recht* kan cassatieberoep wellicht nuttig zijn, maar zouden de zaken waarin dit beroep mogelijk is wel precies moeten worden omschreven, opdat veel cassatieberoepen in zaken waarin de problemen van

---

<sup>29</sup> Bijvoorbeeld HR 19 maart 2010, *JB* 2010/97; *VN* 2010/15.5, betreffende art. 6:11 Awb.

<sup>30</sup> HR 16 april 2010, *VN* 2010/21.4, betreffende de ruime herkansingsmogelijkheid in appel.

<sup>31</sup> Voor de duidelijkheid, de hiervoor besproken bewijsrechtelijke verschillen tussen de Hoge Raad en de klassieke bestuursrechters bij de toepassing van beroepstermijnen zijn niet wenselijk. Zoals hiervoor ook aangegeven ben ik echter geen voorstander van de toepassing van de lijn van de Hoge Raad over de hele linie van het bestuursrecht.

<sup>32</sup> Nico Verheij, 'Bestuursrecht op drie sporen, of: hoe belangrijk is harmonisatie', *NTB* 2010, p. 115-116.

<sup>33</sup> Zo ook: M.W.C. Feteris, *Hoe is het gesteld met de fiscale rechtsbescherming?*, Jan Giele lezing 2008, Amersfoort: Sdu 2008, p. 88-89; A.J.C. de Moor-van Vugt, 'Rechtseenheid als kwaliteitsvraagstuk', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, p. 299-317, i.h.b. p. 300.

rechtseenheid niet erg groot zijn, worden voorkomen. Het cassatieberoep zou bijvoorbeeld alleen betrekking kunnen hebben op die bepalingen in titel 4.4, 5.1 en 5.4 Awb, waarin bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, van Rechtsvordering of het Wetboek van Strafrecht van overeenkomstige toepassing worden verklaard of waarin civiele of strafrechtelijke begrippen en leerstukken worden gehanteerd. Het cassatieberoep zou volgens mij niet in algemene zin betrekking moeten hebben op bestuursovereenkomsten en het leerstuk van overheidsaansprakelijkheid. Daarbij is van belang dat zich bij bestuursovereenkomsten geen serieuze problemen van rechtseenheid voordoen en eventuele rechtseenheidproblemen bij overheidsaansprakelijkheid zullen worden ‘opgelost’ door de in de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten voorziene taakverdeling tussen de civiele en bestuursrechter (zie par. 3).

Mocht men overgaan tot de invoering van een dergelijke *cassatie á la carte*, dan ben ik - met Van Ettekoven - voorstander ervan dat in de beslissende kamer van de Hoge Raad raadsheren in buitengewone dienst, aangewezen door de hoogste ‘klassieke’ bestuursrechtelijke colleges, zitting kunnen hebben en dat in het parket ook enige gezaghebbende bestuursrechtjuristen worden benoemd.

## 6. Rechterlijk overleg

De invoering van *cassatie á la carte* zou volgens mij niet moeten leiden tot minder overleg tussen de hoogste bestuursrechters. Het rechterlijk overleg is de laatste jaren heel succesvol gebleken bij het wegwerken van veel (nodeloze) verschillen bij de toepassing van de Awb. Als - om met Van Ettekoven te spreken - de ‘neuzen wel dezelfde kant opstaan’ dan worden problemen van rechtseenheid door rechterlijk overleg sneller opgelost dan door cassatie. Dat ziet men ook op binnen Europa, waarin het EHRM en het HvJ EU mede door rechterlijk overleg sinds het begin van deze eeuw ervoor hebben gezorgd dat hun rechtspraak over de uitleg van het EVRM grotendeels op elkaar is afgestemd.<sup>34</sup> Had deze afstemming alleen plaatsgevonden door middel van een - thans nog niet bestaande - beroepsmogelijkheid van het HvJ EU op het EHRM, dan zou deze afstemming gegeven de doorlooptijden bij het EHRM vele jaren meer in beslag hebben genomen.

Om het proces van rechterlijk overleg tussen de hoogste bestuursrechters transparanter te maken, zouden wel twee voorzieningen kunnen worden getroffen. In de eerste plaats kan worden gedacht aan de instelling van een gemeenschappelijke rechtseenheidkamer van bij voorkeur de ABRvS, CRvB, CBB en Hoge Raad. Overigens verwacht ik – evenals Van Ettekoven – dat de Hoge Raad vanwege de rechtseenheid ‘in eigen huis’ hieraan niet zal deelnemen. Mocht dat zo zijn, dan lijkt het mij nog steeds nuttig om een rechtseenheidkamer van de ABRvS, CRvB en CBB in te stellen, maar zou daartoe ook de ‘grote kamer’ kunnen worden benut.<sup>35</sup> Voor de afstemming met de Hoge Raad blijft een meer informele vorm van rechterlijk overleg dan nuttig en noodzakelijk. In de tweede plaats ben ik met van Ettekoven voorstander van de introductie van een parketfunctie in de bestuursrechtspraak en zouden de personen die deze functie gaan vervullen een personele unie moeten vormen met het Parket

---

<sup>34</sup> Zie R.J.G.M. Widdershoven, ‘Over de verantwoording van geheim rechterlijk overleg’, in: K.J. De Graaf e.a. (red.), *Op tegenspraak. Opstellen voor prof. mr. L.J.A. Damen*, Den Haag: BJu 2006, p. 285-297, waarin wordt ingegaan op de onderlinge afstemming tussen beide colleges van de uitleg van artikel 8 EVRM in EHRM 16 april 2002, *AB* 2002/277 (Colas Est; m.nt. OJ) en HvJ EG 22 oktober 2002, zaak C-94/00, *Jur.* 2002, p. I-9011 (Roquette Frères). Zie voor een succesvolle onderlinge afstemming bij de uitleg van het beginsel van *ne bis in idem*, W.B. van Bockel, ‘Coming of age’: de ontwikkeling van het *ne bis in idem*-beginsel in de EU-rechtsorde’, *NtER* 2010, p. 66-72.

<sup>35</sup> Vergelijk inmiddels artikel 8:10a lid 4 van het wetsvoorstel Aanpassing bestuursprocesrecht, *Kamerstukken II* 2009/10, 32 450, waarin de ‘grote kamer’ wordt geregeld.



van de Hoge Raad.<sup>36</sup> In de conclusies van deze personen zou aandacht moeten worden besteed aan de wijze waarop de diverse hoogste bestuursrechters en, indien van toepassing, de Hoge Raad in civiele en strafzaken, aan een bepaald leerstuk inhoud geven. De conclusie van Advocaat-Generaal Wattel over de Brummen-problematiek, die leidde tot de uitspraak van de Hoge Raad van 4 december 2009,<sup>37</sup> kan daarbij als voorbeeld dienen. Een dergelijke conclusie dwingt op zichzelf niet tot rechtseenheid, ook al zal een overtuigende conclusie daaraan wel het nodige bijdragen. Een hoogste bestuursrechter zal een afwijking echter wel grondig moeten motiveren. Zo nodig wordt deze motiveringsplicht bij wet voorgeschreven.

## 7. Slot

De bestuursrechtspraak heeft een probleem van rechtseenheid, maar vooral een probleem van gebrek aan snelheid. Mede daarom zou een eventueel in te voeren cassatieberoep van de hoogste klassieke bestuursrechters op de Hoge Raad alleen betrekking moeten hebben op een beperkt aantal specifiek aan te duiden bepalingen, begrippen en leerstukken op het grensvlak van bestuursrecht en straf- en civiel recht, en in elk geval niet op internationale en Europese grondrechten over het algemeen en op het Awb-procesrecht. De rechtsverscheidenheid op het laatstgenoemde terrein is - als gevolg van succesvol rechterlijk overleg - minder groot dan Van Ettekoven doet voorkomen en kan voor een deel worden verklaard door verschillen tussen de bestuursrechtelijke geschillen. Het rechterlijk overleg moet in elk geval worden voortgezet, maar kan door de introductie van een rechtseenheidkamer (of grote kamer) en van een parketfunctie wel transparanter worden gemaakt.

---

<sup>36</sup> In dezelfde zin behalve Van Ettekoven, ook De Moor-van Vugt 2010. Artikel 8:12a van het in de vorige noot genoemde wetsvoorstel bevat ook een regeling voor het nemen van conclusies bij de klassieke bestuursrechters. Deze regeling voorziet in samenwerking met het parket van de Hoge Raad, doordat leden van dat parket, uitsluitend met het oog op het nemen van conclusies in bestuursrechtelijke zaken, als staatsraad in buitengewone dienst kunnen worden benoemd in de ABRvS (vergelijk *Kamerstukken II* 2009/10, 31 450, nr. 3, p. 18).

<sup>37</sup> HR 4 december 2009, AB 2010, 136.