

## Dynamiek van het bestuursrecht

Hirsch Ballin, E.M.H.

*Published in:*  
Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht

*Document version:*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
2014

[Link to publication](#)

*Citation for published version (APA):*  
Hirsch Ballin, E. M. H. (2014). Dynamiek van het bestuursrecht: Verwachtingen voor de toekomst. *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, 27(8), 265-267. [2014/34].

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright, please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Dynamiek van het bestuursrecht

## Verwachtingen voor de toekomst

NTB 2014/34

### 1. Inleiding

Er is niets mee mis, bij een jubileum zoals het 25-jarig bestaan – in feite inmiddels 27 jaren – van het Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht terug te kijken op de oprichting van het tijdschrift en wat er in die jaren tot stand is gebracht. Een jubileum heeft echter nog veel meer waarde als de blik daarbij ook op de toekomst wordt gericht, en dat is werkelijk tijdens dit symposium gedaan.

Een enkele herinnering volstaat om duidelijk te maken dat het tijdschrift van meet af aan op de toekomst was gericht. Toen we in Tilburg de allereerste gesprekken over het tijdschrift hadden sloeg de vonk snel over. Ron van Male kwam met het idee: een tijdschrift op academisch niveau nu de codificatie van het algemeen bestuursrecht op dreef was gekomen. Mij kwam daarbij als voorbeeld de door C.H. Beck uitgegeven *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* in gedachten, wat ook het idee opleverde voor de naam. Willem Konijnenbelt bracht naar voren dat rechtsvergelijking, zeker met het Franse en het Duitse recht,<sup>2</sup> een onderscheidend rechtswetenschappelijk kenmerk zou moeten zijn, en samen besloten we onze lijnen uit te gooien naar onze professionele partners: de regeringscommissaris voor de algemene regels van bestuursrecht Michiel Scheltema, de toenmalige voorzitter van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State, Piet Boukema, en een van de studieuze collega's uit de bestuurspraktijk, burgemeester Ton Rombouts. We waren ons er allemaal van bewust dat een codificatie geen eindpunt moest zijn, maar het startpunt voor een voortdurende herijking van de regels aan de hand van opgedane ervaringen en een onderbouwde waardering daarvan. Vandaar de kronieken en het verlangen de ramen open te zetten voor ontwikkelingen in het bestuursrecht van onze buurlanden. De redactionele commentaren, die aanvankelijk verschenen in een rubriek met de wat mismoedige titel "De verzuchting", maakten al snel plaats voor de rubriek "De verwachting". Zo heeft het tijdschrift bijgedragen aan een voorwaarts en naar buiten gerichte blik.

### 2. De geografie van het bestuur

Dynamiek stond ook tijdens dit symposium centraal, en daarin raken ervaringen en verwachtingen elkaar. Frank van Ommeren wees op de "deterritorialisering" die het bestuursrecht raakt: de verminderde betekenis van afgebakende territorien. In de hoofden van de voorgaande generaties van beoefenaren van het administratief recht (de toen gebruikelijke naam van het bestuursrecht) moet de kaart met de administratieve indeling van Nederland voortdurend aanwezig zijn geweest. Het administratief recht speelde zich af binnen de Nederlandse staatsgrenzen en de differentiatie daarin werd primair bepaald door provincie- en gemeentegrenzen. Lucht- en watervervuiling storen zich echter niet aan zulke grenzen. Productieprocessen en gegevensverwerking worden grensoverschrijdend georganiseerd en allerlei vormen van communicatie en dienstverlening voltrekken zich op hetzelfde moment in verschillende jurisdicties.

De bestuurlijke inrichting van de staten die zich sinds de late Middeleeuwen ontwikkelden, was in hoge mate het resultaat van mogelijkheden van en behoeften aan centrale beheersing van een omvangrijk territorium met fysieke midelen, militair en qua organisatie van productie en handel.

"The institution of a formal administrative system for securing political control responded to an aggregate of processes through which, throughout Europe, trade routes and more consistently monetarized patterns of commerce began to spread over increasingly large geographical areas."<sup>3</sup>

In onze tijd wordt echter niet meer alles bepaald door deze fysieke beheersbaarheid. Waar communicatie- en informatietechniek tot relaties leiden die zich op afstand afspelen, mogelijk over staatsgrenzen heen, moet de vraag worden beantwoord onder welke bestuursrechtelijke jurisdictie een bepaalde relatie ressorteert. Dat bepaalt het groeiende belang van de door Rob Widdershoven ontlede verhouding tussen Nederlands en Europees bestuursrecht<sup>4</sup> en tussen het Nederlandse bestuursrecht en de door Michiel

1 Ernst Hirsch Ballin is hoogleraar Nederlands en Europees Constitutioneel Recht aan de Tilburg University en tevens hoogleraar Rechten van de Mens aan de Universiteit van Amsterdam.

2 De geschiedenis van het Nederlandse bestuursrecht draagt immers vooral de sporen van interactie met de rechtsontwikkeling in deze twee landen. Zie daarover de ideeënhistorische dissertatie van J.P. de Jong, *Bestuursrecht van vreemde herkomst: een onderzoek naar de bronnen en grondslagen van een drietal centrale elementen van de Nederlandse bestuursrechtstheorie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

3 Chris Thornhill, *A Sociology of Constitutions. Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*, Cambridge: Cambridge University Press 2011, p. 23.

4 Enkele weken na het symposium deed het Hof van Justitie van de Europese Unie uitspraak in de zaak van de dataretentierichtlijn (arrest van 8 april 2014, nr. C-293/12 en C-594). Overweging 68 betrof de mogelijkheid dat de betrokken gegevens niet op het grondgebied van de Unie worden bewaard. Een van de door het Hof geconstateerde tekortkomingen van de dataretentierichtlijn betrof het feit dat toezicht door een onafhankelijke autoriteit, zoals voorgeschreven in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, bijgevolg niet was gewaarborgd.

Scheltema besproken internationale ordeningen, zoals die van de World Trade Organization.

### 3. Begripsvorming

Ook tijdens dit symposium richtte de aandacht zich voor een deel op de vraag of in wetgeving en rechtspraak het concept van de *bestuursrechtelijke rechtsbetrekking* een grotere rol zou moeten spelen, naast of in plaats van het begrip *besluit*. Sinds de presentatie van het voorontwerp van de Algemene wet bestuursrecht wordt deze vraag besproken.<sup>5</sup> In hun ook vandaag aangehaalde preadvies voor de VAR Vereniging voor bestuursrecht bepleiten Van Ommeren en Huisman een positief antwoord. Hun argumenten betreffen onder andere de mogelijkheid om dat wat zich om de totstandkoming van een besluit heen afspeelt, een plaats te geven in de procedure voor de bestuursrechter.<sup>6</sup> Daardoor kunnen ook aspecten van het bestuurshandelen die nu door de burgerlijke rechter moeten worden beoordeeld, in een samenhangende rechterlijke beoordeling worden betrokken.<sup>7</sup>

In de discussie over dit onderwerp bleek weer eens de grote rol die rubriceringen in het juridische denken spelen. De rationalistische voorliefde voor het determineren en classificeren van objecten kreeg in de 19<sup>e</sup> eeuw ook greep op het begrippenapparaat van continentale rechtstelsels. De rigiditeit van het indelen van een (rechts)persoon,<sup>8</sup> een rechtsbetrekking of een rechtshandeling in de ene of de andere categorie beïnvloedt tot op heden het juridische denken.

Zulke magische lijnen doen echter – zoals J. van der Hoeven al in 1970 opmerkte<sup>9</sup> – tekort aan de verhouding tussen het recht en de bestuurlijke en maatschappelijke werkelijkheid, bijvoorbeeld inzake de verhouding tussen privaatrecht en bestuursrecht. Martijn Scheltema behoorde tot degenen die dit tijdens het symposium met verscheidene voorbeelden verduidelijkten.<sup>10</sup> Van een tweedeling tussen bestuursrecht en privaatrecht, waarbij zou kunnen worden gezegd dat de een “meer” en de ander “minder” tot het bestuursrecht wil rekenen, kan niet meer zinvol worden gesproken.

5 Zie over deze discussie ook mijn bijdrage “Bestuursrecht en het ethos van de rechtsstaat”, p. 108-109, in: M. Groenhuijsen, E. Hondius en A. Soeteman, *Recht in geding*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 107-117.

6 F.J. van Ommeren en P.J. Huisman, “Van besluit naar rechtsbetrekking: een groeimodel”, p. 57, in: *Het besluit voorbij* (Preadviezen, VAR-reeks 150), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 7-102; P.J. Huisman en F.J. van Ommeren, “Van besluit naar rechtsbetrekking: op zoek naar een scherp criterium. Feitelijke bestuurshandelen bij de bestuursrechter”, *NTB* 2014/6, p. 50-57.

7 Van Ommeren/Huisman 2013, p. 100.

8 Dit geldt ook voor het traditionele nationaliteitsrecht, dat in weerwil van de banden die mensen met verschillende rechtsordes kunnen onderhouden, berust op een indeling van mensen in nationale categorieën.

9 “De magische lijn”, in: *Honderd jaar rechtsleven* (NJV-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970, p. 201-219, opnieuw gepubliceerd in: *Staatsrecht en bestuursrecht. Opstellen van Mr. J. van der Hoeven*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984; A.J.C. de Moor-van Vugt, J.L. de Wijkerslooth en N. Verheij, *Verschuiving van de magische lijn* (VAR-reeks 122), Alphen aan den Rijn: Samsom 1999, p. 15.

10 Hoe omvangrijk de verstrengeling van publiekrecht en privaatrecht is, werd gedemonstreerd in M. Scheltema en M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

### 4. Overheid of niet?

Dit betekent niet dat al het recht één pot nat is. De rechtsgang voor het op bestuursrechtelijke besluiten toegesneden vernietigingsberoep is een andere dan die van een vordering tot nakoming van een overeenkomst. Sjoerd Zijlstra wees erop dat “een overheid toch iets anders is dan een niet-overheid”. Ontegenzeggelijk is de institutionele grondslag van een overheidsorgaan een andere dan van een rechtspersoon naar privaatrecht, maar tegelijk is er het feit dat de taken en doelstellingen van de laatste geheel in de sfeer kunnen liggen die men voorheen als exclusief domein van de overheid beschouwde. Het is precies de groei – sommigen zullen zeggen: de wildgroei – van privaatrechtelijk georganiseerde instellingen die algemene belangen behartigen, die het onderscheid heeft gerelativeerd. In de wetgeving wordt dit proces versterkt door bijvoorbeeld de bijzondere rechtspositie van ambtenaren in te ruilen voor privaatrechtelijke arbeidsovereenkomsten. In hun toelichting op het wetsvoorstel normalisering rechtspositie ambtenaren besteedden de voorstellers Koşer Kaya en Van Hijum gepaste aandacht aan de verhouding tot de artikelen 109 en 3 van de Grondwet,<sup>11</sup> maar in het algemeen wordt de verschuiving van publiekrechtelijke naar privaatrechtelijke vormen niet als een constitutioneel vraagstuk beschouwd.

Vervaging van de eertijds magische lijn en vermenging van voorheen gescheiden rechtsgebieden zijn intussen een realiteit geworden. Maar de door Sjoerd Zijlstra lapidair onderstreepte realiteit van een verschil in institutionalisering roept een vraag op die voor de toekomst van het bestuursrecht wezenlijk is, namelijk of en zo ja welke instellingen dan aanspraak kunnen maken op de bijzondere behandeling – in vergelijking met de principiële gelijkheid in het civiele geding – die de bestuursrechtspraak aan overheden biedt. Omdat – aldus de heersende leer – bestuursorganen opereren op basis van een politiek mandaat van de kiezers, dient de “democratisch niet-gelegitimeerde” onafhankelijke rechter *judicial self-restraint* te betrachten. Het realiteitsgehalte van de democratische legitimatie van het bestuur is echter beperkt. De vele – naast de constitutionele structuren – aan de staat gelieerde instellingen worden vaak slechts incidenteel politiek bijgestuurd of zijn – als het gaat om toezichthouders zoals de Autoriteit Consumenten en Markt – zelfs expliciet “onafhankelijk” gemaakt, terwijl zij wel over ingrijpende bestuursrechtelijke bevoegdheden beschikken. Wat in de dogmatiek van de bestuursrechtspraak is begonnen als bescherming van “zuivere” constitutionele verhoudingen, dreigt hier in zijn tegendeel te verkeren: een lacune in toetsbaarheid en verantwoordingsplicht.

### 5. Gekortwiekte rechtspraak

Daar komt bij dat optreden, in welke rechtsvorm dan ook, dat fundamentele rechten en vrijheden van burgers raakt, allang niet meer tot een slechts “marginaal” of “beperkt”

<sup>11</sup> *Kamerstukken II* 2010/11, 32550, nr. 3, p. 12-14.

te toetsen domein kan worden gerekend. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens laat aan de staten weliswaar een "margin of appreciation" in verhouding tot de toetsing in Europees verband, maar *binnen* de rechtsorde van elk der staten kan van zo'n beperking geen sprake zijn. Rob Widdershoven wees tijdens het symposium dan ook terecht op de sterk gegroeide rol van fundamentele rechten in de bestuursrechtspraak. Het behoort tot de verdragsverplichtingen volgens artikel 13 EVRM om "een daadwerkelijk rechtsmiddel voor een nationale instantie" ten aanzien van de rechten van het verdrag te verzekeren. Binnen het toepassingsbereik van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie bestaat evenmin ruimte voor het kortwieken van de rechterlijke taak bij het waarborgen van de in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie omschreven rechten.<sup>12</sup> In de huidige verhoudingen is het bestuursrecht onmisbaar voor de realisering van grondrechten (bijvoorbeeld de bescherming van persoonsgegevens, het recht op onderwijs en het recht op menswaardige leefomstandigheden), onder meer om te voorkomen dat ze worden ondermijnd door andere "machten" dan die van de staat. Omdat bescherming en gevaar van aantasting van fundamentele rechten hier zo dicht bij elkaar liggen, kan volledige beoordeling door onafhankelijke rechtspraak niet worden gemist.

## 6. Slot

Uit de opvattingen en ervaringen van vele deelnemers aan het symposium – gewezen werd ook op de proliferatie van informatie in bestuursprocessen – bleek dat het bestuursrecht zich met de samenleving in een stroomversnelling bevindt, een algemeen kenmerk van de "modernity".<sup>13</sup> Deze wordt versterkt met de door Kees Schuyt en Brenno de Winter geanalyseerde digitalisering van bestuurlijke processen. Zulke ontwikkelingen kunnen onmogelijk worden gekanaliseerd door vast te houden aan de begripsvorming van de vorige en de eervorige eeuw. De raakvlakken tussen het bestuursrecht en het privaatrecht en, voor zover sanctierecht, het strafrecht bieden daarbij belangrijke aanknopingspunten.

In een democratische rechtsstaat kan de ontwikkeling van het bestuursrecht niet los van de constitutionele structuren worden gezien. De rechten van de mens worden steeds meer een definiërende factor, temeer daar belangrijke deelgebieden van het bestuursrecht (vreemdelingenrecht, sociale zekerheid, informatierecht, sanctierecht) bepalend zijn voor de realisering van rechten van de mens. De soms afwijkende aspecten van het Europese bestuursrecht – dat immers, zoals Rob Widdershoven uiteenzette, vooral door nationaal bestuursrecht moet worden geïmplementeerd – en, indirect, van dat van onze buurlanden, brengen bovendien mee dat de implementatie van EU-wetgeving ook be-

gripen en de werking van het Nederlandse bestuursrecht beïnvloedt.<sup>14</sup> De toekomst van het bestuursrecht ligt in elk geval niet in een leerstellig isolement – waarmee de missie van het Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht na 25 jaar volop is bevestigd en geactualiseerd.

12 Dat ligt anders voor die bepalingen die het Handvest in artikel 51 zelf als "beginselen" omschrijft.

13 Hartmut Rosa, *Social acceleration. A new theory of modernity*, New York: Columbia University Press 2013.

14 Zie over deze interactie van Europees en nationaal bestuursrecht N.A. De Vos, *Europeanisering van het vertrouwensbeginsel. Betekenis van het Europese vertrouwensbeginsel voor de equivalente beginselen in Nederland, Frankrijk en België in het kader van een groeiend ius commune*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, en R. Ortlep, *De aantasting van stabiele bestuursrechtelijke rechtsvaststellingen in het licht van het Unierecht*, Deventer: Kluwer 2011.