

J.A.F. Peters\*

## 2 | In de ban van het besluit

*Over de verhouding tussen de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking, het besluit en de rechtsmachtverdeling*

### I. Inleiding

Van oudsher wordt ons bestuursrecht gedomineerd door het handelingsbegrip. Dat voert terug op Van der Pot, die eind jaren twintig van de vorige eeuw tot een indeling van bestuurshandelingen wist te komen.<sup>1</sup> In de Wet Bab en de Wet Arob werd vervolgens de beschikking het centrale begrip.<sup>2</sup> In de Awb is het relevante handelingsbegrip ruimer gedefinieerd met het besluit.

De centrale plaats van het besluit verbaast niet. Het is juist deze juridische handeling waarmee de overheid en het overheidsgezag zich manifesteren en welk het onderwerp van geschil bij de bestuursrechter vormt. Maar die centraalstelling staat onder druk omdat ze het werk van de bestuursrechter in de weg zou zitten. Dat heeft verschillende redenen. Er bestaan allerlei bestuurshandelingen die niet onder het besluitbegrip vallen en waarover de bestuursrechter zich graag zou willen uitlaten. Soms lukt dat nog door het besluitbegrip strategisch op te rekken maar ideaal is dat niet. Daarnaast blijkt bestuurlijke besluitvorming veelal complexer dan een enkelvoudig besluit en te bestaan uit verschillende deelbeslissingen die vaak ook weer niet allemaal een besluit opleveren, maar wel samenhangen. Bovendien is de actieve bestuursrechter van tegenwoordig op zoek naar integrale geschilbeslechting, bijv. in het sociaal domein<sup>3</sup> en daarmee verdraagt zich de focus op het besluitbegrip en het vernietigingsberoep – de finale geschillenbeslechting van art. 8:41a Awb ten spijt – maar moeizaam.

De druk op de centraalstelling van het besluitbegrip bestaat al geruime tijd. Onder de Wet Bab en de Wet Arob ging de aandacht eerst en vooral (nog) uit naar

---

\* Hans Peters is universitair hoofddocent bestuursrecht aan de Radboud Universiteit.

<sup>1</sup> Zie Ron van Male, 'C.W. van der Pot: De vormen van het besturen', in: Hans Peters (red.), *Oude Meesters*, Deventer: Kluwer 2009, p. 21 e.v. waar het gaat over het opstel van Van der Pot in de bundel *Nederlandsch Bestuursrecht* uit 1932. Zie ook F.J. van Ommeren en P.J. Huisman, 'Van besluit naar rechtsbetrekking: een groeimodel', in: F.J. van Ommeren e.a., *Het besluit voorbij* (VAR-reeks 150), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 17 die erop wijzen dat Van der Pot zijn denkbeelden al tijdens de NJV-vergadering van 1927 uit de doeken had gedaan.

<sup>2</sup> Zie daarover F.C.M.A. Michiels, *De Arob-beschikking*, Den Haag: Vuga 1987.

<sup>3</sup> Vgl. de eerdere internetconsultatie (tot 1 november 2017) aan de hand van een advies van regeringscommissaris Scheltema, zie <https://www.internetconsultatie.nl/geschilbeslechtingsociaaldomein> en de bijdrage van Marseille aan deze bundel. Zie ook het themanummer daarover met verschillende bijdragen *NTB* 2018, nr. 1.

de ontwikkeling van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming als zodanig. De Awb consolideerde niet alleen de rechtsbescherming maar breidde die uit met een ruimer handelingsbegrip. Die uitbreiding vanaf 1994 heeft geen noemenswaardige problemen gegeven en is onomstreden.<sup>4</sup> Daarmee kan echter ook een verandering in het denken over de bestuursrechtspraak worden gemarkeerd: zelfs het ruimere besluitbegrip werd al snel als knellend ervaren.<sup>5</sup> De in 2000 ingestelde Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor Bestuursrecht VAR maakte onderscheid tussen de ‘kern van het bestuursrecht’ – bestaande uit het besluit – en het ‘omringende bestuursrecht’.<sup>6</sup> Om ook het omringende bestuursrecht zoveel mogelijk onder de rechtsmacht van de bestuursrechter te brengen zou die losgekoppeld moeten worden van het besluitbegrip. De commissie neigt dan naar een koppeling van de rechtsmacht van de bestuursrechter aan een materieel georiënteerde fundamentum petendi-leer: de bestuursrechter moet gaan over geschillen die voortvloeien uit een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Wanneer is daarvan sprake? De commissie laat dat in haar globale verkenning wat ongewis: of een rechtsbetrekking bestuursrechtelijk is, zal door de rechter moeten worden beantwoord ‘aan de hand van een verzameling van materiële criteria’, waarbij gewezen wordt op het openbaargezagscriterium, het publieke taakcriterium en het klassieke onderscheid tussen ‘de overheid als zodanig’ en ‘de overheid op gelijke voet met een particulier’.<sup>7</sup> Het blijft bij deze globale verkenning,<sup>8</sup> maar een kiem is gelegd. Tien jaar na de beraadslagingen van de commissie wordt de idee van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking weer

---

<sup>4</sup> Aldus Nico Verheij, ‘De VAR-preadviezen 2013: op avontuur voorbij het besluit’, *NTB* 2013/16. Daaraan kan worden toegevoegd dat na lange tijd ook het laatste obstakel – de uitsluiting van beroep tegen algemeen verbindende voorschriften – zich weer in interesse mag verheugen. Zie W.J.M. Voermans e.a., *Algemene regels in het bestuursrecht* (VAR-reeks 158), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2017.

<sup>5</sup> Illustratief zijn de rubriek *Stelling* in het Nederlands Juristenblad waarin op 16 mei 2003 (*NJB* 2003/20, p. 1023 e.v.) de stelling ‘Het besluitbegrip in de Awb moet worden afgeschaft’ centraal stond en de rubriek *Ter sprake* in het aprilnummer 2003 van het Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht ‘De bestuursrechtelijke rechtsverhouding als uitgangspunt’ (*NTB* 2003, p. 122-123). De formule van deze rubrieken stond uitgebreide structurele voorstellen in de weg. Overigens reageerden verschillende leden van de Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor Bestuursrecht VAR.

<sup>6</sup> Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor Bestuursrecht VAR, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 24 e.v.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 91. Degene die de oratie van R.J.N. Schlössels, *Het besluitbegrip en de draad van Ariadne*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 49 e.v. opslaat, ziet onmiddellijk waaraan dit onderdeel van het commissierapport is ontleend. Schlössels maakte overigens ook deel uit van de Commissie Rechtsbescherming.

<sup>8</sup> De rechtsbetrekking wordt daarna nog wel belicht in de visionaire studie van J.C.A. de Poorter en K.J. de Graaf, *Doel en functie van de bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst*, Den Haag: s.n. 2011, p. 97 e.v.

opgepikt in het VAR-preadvies van Van Ommeren en Huisman.<sup>9</sup> Zij werken het verder uit en spitsen het nader toe voornamelijk op het feitelijk bestuurs-handelen.<sup>10</sup> Daarmee wordt opnieuw de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking geagendeerd als basis voor de rechtsmacht van de bestuursrechter.

Prijkt de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking daarmee daadwerkelijk op de bestuursrechtelijke agenda? Zo ja, dan betreft het uiteraard een onderwerp voor in een bundel als deze, die de toekomst van het bestuursrecht in het vizier heeft. In zijn bespreking van het VAR-preadvies reageert Verheij in dit opzicht echter lauw: hij heeft aan het preadvies geen ‘sense of urgency’ overgehouden.<sup>11</sup> Maar tijden kunnen weleens snel veranderen bij de huidige roep om integrale geschillenbeslechting in concrete – urgente! – dossiers. Daarbij kan alsdan eenvoudig utilitarisme de overhand krijgen op een systematisch draaipunt in ons hedendaagse bestuursrecht. Alle reden derhalve om te bezien wat de idee van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking kan brengen. De bestuursrechtelijke rechtsbetrekking is een term die zich in theorie en praktijk makkelijk laat gebruiken. Maar wat behelst het eigenlijk? Is het een operationeel begrip? Brengt het ons bestuursrechtelijk systeem ook daadwerkelijk verder in de toekomst?

## 2. Wat is de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking?

In het Utopia Administrativa kunnen alle bestuursrechtelijke geschillen voor-gelegd worden aan de bestuursrechter. De voorliggende poging om dat bestuursrechtelijke stadium te bereiken – of minstens: na te streven – is om de bevoegdheid van de bestuursrechter niet meer te koppelen aan het beperkte besluitbegrip maar aan de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Maar wat is dat nu precies? Wat is een rechtsbetrekking en wanneer is die bestuursrechtelijk?

Rechtsbetrekking is een term die wordt gebruikt in art. 112, tweede lid, Gw. Aangezien dat artikel handelt over de rechtsmachtverdeling is het niet ver-bazingwekkend dat de term hier dus opduikt. Maar daarmee heeft die nog geen hanteerbare betekenis. ‘Interessant maar weinigzeggend’, aldus Schlössels in zijn Nijmeegse oratie, de Grondwet biedt geen concrete aanknopingspunten om deze term handen en voeten te geven.<sup>12</sup> Een decennium later<sup>13</sup> constateren ook Van

<sup>9</sup> Zie Van Ommeren en Huisman 2013, p. 11. Terzijde zij opgemerkt dat Van Ommeren ook zitting had in de Commissie Rechtsbescherming.

<sup>10</sup> Zie F.J. van Ommeren en P.J. Huisman, ‘Van besluit naar rechtsbetrekking: op zoek naar een scherp criterium. Feitelijk bestuurshandelen bij de bestuursrechter’, *NTB* 2014/6.

<sup>11</sup> Verheij 2013, p. 77.

<sup>12</sup> Schlössels 2003, p. 46.

<sup>13</sup> Tussentijds gaan Backes en Jansen nog wel in op de wederkerige rechtsbetrekking en het besluitbegrip, maar gaan daarbij niet expliciet in op het begrip rechtsbetrekking. Zie Ch.W. Backes en A.M.L. Jansen, ‘De wederkerige rechtsbetrekking als panacee voor de gebreken van de ‘besluiten-Awb’’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 75 e.v.

Ommeren en Huisman dat en leunen dan op een betekenis die in civielrechtelijke literatuur aan het begrip wordt gegeven: een rechtsbetrekking is niet meer of minder dan een door het recht erkende en geregelde rechtsverhouding.<sup>14</sup> Het is een algemene rechtsfiguur – zo vervolgen Van Ommeren en Huisman – die, waar nodig, in het privaatrecht en in het bestuursrecht een verschillende uitwerking kan krijgen. Daarmee slaan zij de spijker op de kop: de rechtsbetrekking ontleent haar betekenis aan het recht waarbinnen zij wordt geprojecteerd. Het is van belang om dat expliciet te constateren: de rechtsbetrekking is in beginsel een neutrale duiding van de juridische omgeving waarin men zich bevindt. De omgeving bepaalt dus de rechtsbetrekking en de rechtsbetrekking biedt geen grondslag om die omgeving te kwalificeren: ze weerspiegelt slechts die normatieve omgeving.<sup>15</sup>

Het vorenstaande is niet nieuw. Reeds in het VAR-preadvies van Verheij<sup>16</sup> komt jurisprudentie aan de orde waarin beslissingen omtrent schadevergoeding als besluiten worden gezien met behulp van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Die kwalificerende functie kan de rechtsbetrekking echter vervullen in de ogen van de hoogste bestuursrechter omdat de omgeving uit andere hoofde publiekrechtelijk was. Bijv. omdat er sprake was van een appellabel besluit als schadeoorzaak<sup>17</sup> of van een door het bestuursrecht beheerste – geregleerde – verhouding.<sup>18</sup> Dan heet het dat het schadeveroorzakend handelen plaatsvindt binnen het kader van een publiekrechtelijke rechtsbetrekking. En ook aan civielrechtelijke zijde bestaat daarover geen twijfel. Sieburgh laat in de laatste druk klip en klaar optekenen: ‘De verbintenis is een *rechtsbetrekking*, dat wil zeggen een door het recht erkende en geregelde verhouding’.<sup>19</sup>

Het is dus het omringende recht dat de rechtsbetrekking vormt en kleur geeft. Dat betekent dus dat de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking haar betekenis ontleent aan een bestaande publiekrechtelijke omgeving. In dit opzicht zat de Commissie Rechtsbescherming er dus niet ver naast dat de duiding diende te geschieden ‘aan de hand van een verzameling van materiële criteria’, zoals het openbaargezagscriterium. Inmiddels weten we ook dat het publieke taakcriterium daar dus *niet* toe behoort. Ten tijde van de commissie gold nog dat welhaast

<sup>14</sup> Zie Van Ommeren en Huisman 2013, p 13, waarbij zij zich baseren op Asser-Hartkamp-Sieburgh 6-1\* 2012, nr. 6.

<sup>15</sup> De rechtsbetrekking valt hiermee te kwalificeren als een ‘kuilbegrip’. Een kuil is op zichzelf niets bij het ontbreken van substantie: hij ontleent zijn bestaan en betekenis aan de materie dat hem omringt. Anders gezegd: een kuil bestaat bij gratie van de grond rondom hem.

<sup>16</sup> N. Verheij, ‘Een eigen recht(er)’, in: A.J.C. de Moor-van Vugt e.a., *Verschuiving van de magische lijn* (VAR-reeks 122), Alphen aan den Rijn: 1999, p.24 e.v.

<sup>17</sup> ABRvS 6 mei 1997, ECLI:NL:RVS:1997:AA6762 (Van Vlodrop).

<sup>18</sup> ABRvS 21 oktober 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2335 (Terugvordering subsidie).

<sup>19</sup> Asser-Sieburgh 6-1, *De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 6. Deze formulering is met de koppeling aan de verbintenis duidelijk specifiek dan die in de veertiende druk uit 2012.

alles publiekrechtelijk kon worden zodra het in verband met de publieke taak kon worden gebracht. Aan de publieke taak werd een normatieve betekenis toebedacht en er werd gesproken over transformatie en conversie.<sup>20</sup> Intussen is het duidelijk dat dat begrip die betekenis ontbeert en dus ook geen inhoud kan geven aan de rechtsbetrekking. Sterker nog: het deelt hetzelfde karakter als de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Er gaat geen normatieve betekenis van uit omdat het een resultante is van andere juridische omstandigheden, constatering en aannames.<sup>21</sup> Om die reden kon de publieke taak ook probleemloos uit de kwalificatie door de bestuursrechter verdwijnen op het moment dat de Afdeling besloot om de juridische omstandigheden – die de publieke taak kleur gaven – te expliciteren en rechtstreeks als normatief kader te gebruiken.<sup>22</sup>

Van Ommeren en Huisman zoeken eveneens de publiekrechtelijke omgeving op om de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking vorm te geven. Als kenmerk noemen zij dan dat een bestuursorgaan partij is bij een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking.<sup>23</sup> Dat is niet het enige kenmerk dat zij hanteren – anders zou worden uitgekomen op een subjectum litis-benadering, die eerder al was verworpen door de Commissie Rechtsbescherming<sup>24</sup> – maar wel het eerste en dat verbaast enigszins als de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking door hen bedoeld is om buiten het besluitbegrip te kunnen treden. Juist het bestuursorgaan zit ‘gebakken’ aan dit handelingsbegrip. Treedt men daarbuiten, stuit men op een wisseling van het subjectbegrip: bij feitelijke handelingen en privaatrechtelijke rechtshandelingen geldt de natuurlijke persoon of de rechtspersoon als handelend subject. Deze subjectwisseling kan vanuit het perspectief van de procesbevoegdheid wellicht worden gerelativeerd<sup>25</sup> en vermogensrechtelijk over de band van het vierde

<sup>20</sup> Zie F.J. van Ommeren en G.A. van der Veen, *Het Awb-besluit*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, p. 47 en 51.

<sup>21</sup> Zie daarover: Hans Peters, ‘De ledigheid van de publieke taak’, *AA* 2017, p. 104 e.v. Ook de publieke taak laat zich derhalve karakteriseren als een ‘kuilbegrip’.

<sup>22</sup> Vgl. de ‘17-september-jurisprudentie’: ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379 (Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schiphol-regio) en ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3394 (Stichting Platform31). Zie daarover onder meer N. Jak, ‘De publieke-taakjurisprudentie verduidelijkt’, *JBplus* 2015, p. 75 e.v. en Hans Peters, ‘De publieke-taakjurisprudentie herijkt’, *NTB* 2015/23.

<sup>23</sup> Van Ommeren en Huisman 2013, p. 48.

<sup>24</sup> Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 91. Bij feitelijk handelen raakt een subjectumlitis-benadering ook verstrikt in de variëteit van ons huidige bestuursorgaanbegrip. Naar huidige maatstaven is het zgn. b-orgaan daarbij niet aan te merken als bestuursorgaan. Daaraan kan echter wel een mouw worden gepast, zie daarover Hans Peters, ‘Het klassieke b-orgaan in de nieuwe tijd’, *JBplus* 2016, p. 177 e.v. (m.n. de slotbeschouwing in par. 7 over de Stichting Afwikkeling Maror-gelden).

<sup>25</sup> Vgl. N. Jak en C.N.J. Kortmann, ‘Procesbevoegdheid van de overheid in een burgerlijk geding. Rechtspersoon of bestuursorgaan?’, *NTB* 2017/40. Vgl. ook de relatieve betekenis die de Hoge Raad aan het verschil toekent bij een bevoegdhedenovereenkomst – al is dat ook wel een bijzondere situatie – in HR 24 maart 2017,

lid van art. 1:1 Awb worden opgevangen, maar hier gaat het om een determinerend kenmerk van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking en dan breekt die toch op. Hoe kan het bestuursorgaan als eerste kenmerk van een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking gelden, als ook niet-besluiten onderdeel uitmaken van – of zo men wil: voortvloeien uit – die rechtsbetrekking? Dat wordt echter duidelijk als Van Ommeren en Huisman uiteindelijk een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking omschrijven als een rechtsverhouding die vooruitloopt op of voortvloeit uit het nemen van een besluit.<sup>26</sup> Ook zij hebben een vaststaand publiekrechtelijk element nodig om de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking te determineren en nemen daarvoor dus het klassieke besluit. Daarbij past dan binnen de rechtsbetrekking het bestuursorgaan wel weer als subject.

Het besluit vormt derhalve de katalysator voor de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking in de ogen van Van Ommeren en Huisman. Dankzij het besluit kan de rechtsbetrekking vorm krijgen. Het is daarbinnen het aanknopingspunt om (andere) handelingen tot die bestuursrechtelijke rechtsbetrekking te rekenen. Naast het besluit betreft dat het bestuurshandelen dat – in de bewoordingen van Van Ommeren en Huisman – ‘besluitgerelateerd’ is. Het gaat hen dan vooral om feitelijke voorbereidingshandelingen en feitelijke uitvoeringshandelingen van het besluit.<sup>27</sup> Dat is alleszins voorstelbaar binnen de rechtsbetrekking die bepaald wordt door het besluit. Als aanknopingspunt voor rechtsbescherming zou dat ook een stap voorwaarts zijn ten opzichte van de beperking die het besluitbegrip thans meebrengt: niet alleen het besluit maar ook het daarmee samenhangende feitelijke optreden kan ter toetsing aan een en dezelfde rechter worden voorgelegd.

Voortgaande op deze gedachtelijn ontstaat er echter bij Van Ommeren en Huisman enige expansiedrift.<sup>28</sup> Eerst wordt het ‘besluitgerelateerd’ opgerekt: voldoende voor de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking is dat er een verband is met een *potentieel* te nemen besluit. Nog los van de praktische bruikbaarheid, lijkt me dat theoretisch onmogelijk. Het besluit vormt de oorzaak en de zingeving van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Er moet van een concreet besluit sprake *zijn*, wil er gewerkt kunnen worden met de idee van de bestuursrechtelijke rechts-

---

ECLI:NL:HR:2017:483 (Ruimte voor ruimte Bladel) en de kanttekeningen daarbij van Van Ommeren en Van der Veen in AB 2017/339.

<sup>26</sup> Van Ommeren en Huisman 2013, p 48. Het moge duidelijk zijn dat hun latere definitie dat de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking te omschrijven is als ‘het dynamische en voortgaande geheel van met elkaar verbandhoudende handelingen van het bestuursorgaan en de burger *in verband met besluitvorming*’ – zie Van Ommeren en Huisman 2014, p. 54 – in mijn ogen niets toevoegt aan de gedachtegang uit het VAR-preadvies.

<sup>27</sup> Zie voor concrete voorbeelden Van Ommeren en Huisman 2014, p. 55.

<sup>28</sup> Opmerkelijk is dat Van Ommeren en Huisman hun NTB-vervolgpublicatie op het VAR-preadvies juist schrijven om het begrip bestuursrechtelijke rechtsbetrekking in voldoende mate *af te bakenen*. Zie Van Ommeren en Huisman 2014, p. 50. Dat pakt echter expansief uit.

betrekking. Dat geldt overigens ook ter zake van besluitgerelateerde feitelijke voorbereidingshandelingen: zij gaan deel uitmaken van de rechtsbetrekking zodra het besluit is genomen – daarmee ontstaat immers de rechtsbetrekking – en gebleken is dat het voorbereidingshandelingen daarvan betrof.<sup>29</sup>

Van Ommeren en Huisman zetten nog meer stappen. Zij duiden de besluitgerelateerde feitelijke handelingen aan als ‘onzelfstandig feitelijk bestuurshandelen’ ter onderscheiding van ‘zelfstandig feitelijk bestuurshandelen’. Dat is dan niet meer gerelateerd aan een besluit, maar zij zoeken dan een verband in de wettelijke basis van het feitelijk handelen.<sup>30</sup> Dat kan natuurlijk. Ook die wettelijke verankering kan een bestuursrechtelijke omgeving doen ontstaan, waarbinnen met de idee van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking kan worden gewerkt. Maar dat is dan een geheel andere bestuursrechtelijke rechtsbetrekking, dan die met een concreet besluit wordt gecreëerd. Daarmee is de aanduiding ‘zelfstandig feitelijk bestuurshandelen’ misleidend: ook dit handelen is evenzeer gerelateerd aan de oorzaak van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking, echter dat is een andere dan een besluit. Belangrijk punt van aandacht is natuurlijk of die nieuwe invulling van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking voldoende concreet is om bij aan te haken. Anders gezegd: de wettelijke basis kan wel als katalysator werken voor de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking maar het bereik – de (in)vulling – van die rechtsbetrekking gaat niet vanzelf. Het betreft hier immers een in de kern neutraal begrip dat uit zichzelf geen determinerende normatieve betekenis bezit.<sup>31</sup>

Van Ommeren en Huisman gaan in hun preadvies ook in op publiekrechtelijke overeenkomsten, t.w. bevoegdhedenovereenkomsten en subsidie-uitvoeringsovereenkomsten.<sup>32</sup> In deze rechtsfiguren combineren zich publiekrechtelijke (naar inhoud) en privaatrechtelijke (naar vorm) aspecten en dat is een reden voor hen om deze tot de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking te rekenen. Daarbij wordt echter niet meer gewerkt met het criterium ‘besluitgerelateerd’, maar direct ingezet op de wenselijkheid dat de bestuursrechter zich hierover zou buigen. Daarmee zingt die aanpak los van de idee van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking, zoals die wordt gevormd in verbinding met het besluit. Nu ligt die verbinding bij die rechtsfiguren ook lastig. Sowieso zal uit haar eigen aard als rechtshandeling een privaatrechtelijke rechtshandeling moeilijk – moeilijker dan een feitelijke handeling – gerelateerd kunnen worden aan een publiekrechtelijke rechtshandeling. Zodra de privaatrechtelijke rechtshandeling en het gerelateerde

---

<sup>29</sup> Anders dan Van Ommeren en Huisman 2013, p. 54 (noot 157) en p. 84 spelen voorbereidingshandelingen in dit perspectief geen rol meer – bij gebreke van een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking – zodra het ‘zingevend’ besluit achterwege blijft.

<sup>30</sup> Als voorbeeld noemen Van Ommeren en Huisman directe handhaving van de openbare orde door de politie op basis van art. 172 Gemeentewet. Van Ommeren en Huisman 2014, p. 55.

<sup>31</sup> Zoals eerder uiteengezet: het betreft hier een kuilbegrip.

<sup>32</sup> Van Ommeren en Huisman 2013, p. 58 e.v.



besluit hetzelfde doel beogen, zullen zij elkaar zelfs kunnen uitsluiten.<sup>33</sup> Niettemin is het wel denkbaar dat een privaatrechtelijke rechtshandeling gerelateerd kan worden aan een besluit. De overeenkomst ter uitvoering van een subsidiebesluit biedt een voorbeeld alsook de situatie waarin effectuering van een besluit afhankelijk is van de privaatrechtelijke instemming van de overheid.<sup>34</sup> Maar bij de bevoegdhedenovereenkomst wordt dat allengs ingewikkelder. Niet alleen zit aan zo'n overeenkomst een expliciete privaatrechtelijke kant waar het aangegane verplichtingen van de burger betreft<sup>35</sup> – een bevoegdhedenovereenkomst zonder 'civiele tegenprestatie' doet zich welhaast niet voor – maar heeft aan publiekrechtelijke zijde ook niet per se met een concreet publiekrechtelijk besluit van doen.<sup>36</sup> Daarin toont zich dan wederom de ongewisheid van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking als zodanig: dat kader krijgt pas betekenis als er in voldoende concrete mate een publiekrechtelijk houvast bestaat.

Er valt in de ogen van Van Ommeren en Huisman dan nog een stap te maken: niet alleen over het besluitgerelateerde en het zelfstandig feitelijke bestuurshandelen maar over ál het feitelijk bestuurshandelen – dus ook zonder wettelijke titel – zou de bestuursrechter bevoegd moeten zijn.<sup>37</sup> Het beslissende criterium daarbij is voor hen de *publiekrechtelijke bevoegdheid of taak*. Het is mij niet duidelijk of zij deze stap zien als een verdere ontwikkeling van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking – voortgaande in het 'groeimodel'<sup>38</sup> – of als een te onderscheiden alternatief, waarbij het sleutelbegrip 'bestuursrechtelijke geschillen' wordt.<sup>39</sup> Als deze stap ingepast moet worden in het model van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking stuit dat op problemen, dunkt me. Zoals eerder belicht, vermag de publieke taak in het perspectief van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking niets. Een wettelijk verankerde publiekrechtelijke bevoegdheid kan wel kleur geven aan de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking maar het is de vraag of daaraan in voldoende mate overheidsoptreden gerelateerd kan worden en daarmee overheids-handelen tot de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking gerekend kan worden. Het betreft (uiteraard) hetzelfde kritische punt dat hiervoor bij

---

<sup>33</sup> Er dient zich dan een tweewegensituatie aan zoals bedoeld in HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0965 (Windmill).

<sup>34</sup> Het gaat dan om een zogenoemde parallelle wegensituatie, zoals aan de orde in HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7845 (Amsterdam/Geschiere). Zie daarover uitgebreid J.A.F. Peters, 'Privaatrechtelijke toestemming en publiekrechtelijke vergunning', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *JB Select*, Den Haag: Sdu uitgevers 2014, p. 561 e.v.

<sup>35</sup> Zie ook P.J. Huisman, *De bevoegdhedenovereenkomst*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 235.

<sup>36</sup> Zie bijv. HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:483 (Ruimte voor ruimte Bladel).

<sup>37</sup> Van Ommeren en Huisman 2014, p. 55-56.

<sup>38</sup> Van Ommeren en Huisman 2013, p. 93.

<sup>39</sup> Zelf constateren zij 'Het kan een geringe uitbreiding zijn ten opzichte van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking' (Van Ommeren en Huisman 2014, p. 56) – dat neigt naar een alternatief – maar tegelijkertijd verwijzen zij naar de bijdrage van Backes en Jansen 2010, die uitgaan van een rechtsbetrekking.



het zelfstandig feitelijk bestuurshandelen opspeelde. Er zal van voldoende vastigheid sprake zijn bij het gebruik van een publiekrechtelijke bevoegdheid zodra die in de (vaste) vorm van een besluit plaatsvindt. Maar dan zijn we weer terug bij af, bij het besluitgerelateerde handelen. Niettemin – en zo kijken ook Van Ommeren en Huisman daar uiteindelijk tegenaan – biedt die verschijningsvorm van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking een optie<sup>40</sup> bij de huidige verbrokkelde rechtsmachtverdeling.

### 3. Operationalisering van de idee van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking

Wat levert de idee van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking nu concreet op? Van Ommeren en Huisman zijn daarin heel direct: je kunt er de toegang tot de bestuursrechter mee verruimen.<sup>41</sup> Dat lijkt toch een wat al te eenvoudige voorstelling van zaken. Het moge inmiddels helder zijn dat de bestuursrechtelijke betrekking – bij gebreke van eigen normativiteit – geen direct aanknopingspunt levert om een andere rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter te bewerkstelligen. En dat geldt niet alleen voor het formele recht. Omdat de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking afhankelijk is van haar omgeving, genereert ze uit zichzelf ook geen materieelrechtelijk kader.

Is dan alles voor niets geweest? Zeker niet! De idee van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking levert een krachtig denkkader op om de rechtsmachtverdeling opnieuw te benaderen en te doordenken. Maar bij de operationalisering van de uitkomst van dat proces, biedt de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking geen direct aanknopingspunt voor zowel het materiële als het formele recht. De operationalisering moet derhalve langs andere lijnen tot stand worden gebracht. Als dan het besluitbegrip als aanknopingspunt wordt genoemd, klinkt dat paradoxaal maar inmiddels weten we beter omdat er binnen de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking gewerkt kan worden met het besluitgerelateerd karakter van een bestuurshandeling. Dat is voor het huidige systeem dan de verworvenheid van de idee van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Vanuit de idee van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking kan de rechtsmacht van de bestuursrechter worden uitgebouwd met besluitgerelateerd handelen.

Een voor de hand liggende prealabele vraag is dan of de verbondenheid met het besluitbegrip niet opbreekt. Anders gezegd: als het besluitbegrip een centraal draaipunt blijft, zou zich dat dan niet opnieuw als knellend profileren? Bij de ervaring dat het besluitbegrip knelt, spelen twee aspecten een rol, die verschillend zijn maar wel verband houden met elkaar. Er speelt de reikwijdte van de definitie

---

<sup>40</sup> In vrijwel alle beschouwingen wordt gezocht naar geleidelijke correcties in het Awb-systeem en omwille van consistentie en rechts(on)zekerheid geen ‘integrale verbouwing’ voorgestaan, met uitzondering van Backes en Jansen 2010. Zie daarover De Poorter en De Graaf 2011, p. 108 e.v.

<sup>41</sup> Van Ommeren en Huisman 2014, p. 57.

van de bestuurshandeling. Die ervaart men als te beperkt in correlatie tot de bevoegdheid van de bestuursrechter in concrete bestuurlijke casus. Daarmee wordt het andere aspect gevormd: de toegang tot de bestuursrechter zit gekoppeld aan de definitie van het handelingsbegrip. Het is de koppeling van een materieel rechtsbegrip – het besluit – aan de formele toegang tot de rechter, die hier in eerste instantie parten speelt en problemen veroorzaakt. Welbeschouwd is die koppeling echter een huzarenstukje in ons bestuursrechtelijke systeem! Zoals in de inleiding al gezegd: het is juist deze juridische handeling waarmee de overheid en het overheidsgezag zich manifesteren en waartegen rechtsbescherming dient te worden georganiseerd. Hoe zuiver en fraai is dan die combinatie! Maar aan die koppeling van de materiële en formele dimensie kleeft een groot nadeel: procesrechtelijke discussies komen erdoor in directe verbinding te staan met materieelrechtelijke aspecten en vice versa. Illustratief – en ook historisch – is in dit opzicht de publieke-taakjurisprudentie, waarin de bestuursrechter omwille van zijn bevoegdheid en het bieden van rechtsbescherming langs strategische weg een besluit construeert, maar waarmee spanning wordt opgeroepen met het legaliteitsbeginsel.<sup>42</sup> Inmiddels is dit aspect van de ‘Silicose-jurisprudentie’ in dit opzicht wel vlot getrokken<sup>43</sup> maar met het blijven bestaan van strategische manoeuvres<sup>44</sup> blijven ook de spanningen.<sup>45</sup>

Als een koppeling tussen een materieel begrip en een formele rechtsingang opspeelt, ligt ont koppeling als oplossing vanzelfsprekend voor de hand. Dan gaat het om een directe rechtsingang bij de bestuursrechter<sup>46</sup> en die kan met de introductie van een verzoekschriftprocedure ook worden bewerkstelligd.<sup>47</sup> Daarmee wordt de huidige spanning bij de toegang tot de bestuursrechter geneutraliseerd doordat die niet meer afhangt van de kwalificatie van de betrokken bestuurshandeling. Die handeling blijft uiteraard als object van geschil wel van belang, maar de kwalificatie ligt – tezamen met de materieelrechtelijke normering van de handeling – voorbij de toegang tot de rechter en is daarvoor niet bepalend. Natuurlijk blijven kwalificatievragen naar het bestuurlijk handelen spelen, maar die zijn niet meer aan de poort bepalend voor de bevoegdheid en de ontvanke-lijkheid. Een verzoekschriftprocedure als nieuwe ingang tot de bestuursrechter laat in principe open welke bestuurshandelingen aan de bestuursrechter ter

<sup>42</sup> Zie daarover J.A.F. Peters, ‘Publieke-taakjurisprudentie’, in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *JB Select*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014, m.n. p. 9 e.v.

<sup>43</sup> Zie de eerder genoemde ‘17 septemberuitspraken’ van de Afdeling bestuursrecht-spraak.

<sup>44</sup> Vlg. de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak ter zake van de tipgelden bouwfraude waarin een palet van strategische mogelijkheden de revue passeert, ABRvS 23 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2222.

<sup>45</sup> Zie daarover R. Ortlep, ‘Het besluitbegrip: een verdampende theorie’, *RM Themis* 2008/6, p. 243 e.v.

<sup>46</sup> Zie Schlössels 2003, p. 32.

<sup>47</sup> Zie hierover ook R.M. van Male, ‘Onderweg naar een volwaardige verzoekschrift-procedure’, *NTB* 2017/5.

toetsing voorliggen. Daarmee kan een belangrijk knelpunt zijn verholpen, maar ligt de vraag naar het relevante – gewenste – handelingsbegrip nog open. Omdat de toegang tot de bestuursrechter niet meer daarvan afhankelijk is, ontstaat hier ruimte om delen van het omringende bestuursrecht ter beoordeling aan de bestuursrechter voor te leggen. De verbondenheid met het besluitbegrip ligt dan voor de hand, opdat het typisch bestuursrechtelijk handelen – en daarin toont zich de waarde van de hiervoor besproken bestuursrechtelijke rechtsbetrekking als gedachtenaanjager – ter toetsing van de gespecialiseerde rechter komt.

Uitbreiding van het bestuurshandelen dat ter toetsing aan de bestuursrechter kan worden voorgelegd met besluitgerelateerd handelen vormt een reële optie. Vijftien jaar geleden merkte Schlössels in zijn Nijmeegse oratie terecht op dat uitbreiding van de rechtsmacht van de bestuursrechter geen zelfstandig doel is, maar samen dient te hangen met optimalisering van het systeem van rechtsbescherming en de ontwikkeling van het bestuursrecht als autonoom rechtsgebied.<sup>48</sup> Hij plaatst voor een uitbreiding dan vier argumenten centraal:

- (1) het specialisatieargument: besturen is een bijzondere bezigheid waarover een gespecialiseerde zich dient te buigen;
- (2) het argument van ongelijkheidscompensatie: de ongelijkheid van overheid en burger als partijen dient in het procesrecht gecompenseerd te worden;
- (3) het rechtseenheidsargument: de rechtsmacht van verschillende rechters levert het risico van procedurele en materiële breuklijnen;
- (4) het ontwikkelingsargument: verruiming van de rechtsmacht van de bestuursrechter draagt bij aan de dogmatische en systematische emancipatie van het bestuursrecht.

Vanwege de directe relatie met typisch overheidshandelen – het besluit – is toegang tot de gespecialiseerde bestuursrechter bij besluitgerelateerd handelen heel wel verdedigbaar met deze argumentatie.

Maar met die toegang is de kous nog lang niet af. Er zal ook een materieel toetsingskader geboden moeten worden. Blijft dat steken op de toepassing van hoofdstuk 2 van de Awb en de toepassing van ongeschreven beginselen van behoorlijk bestuur? Dan komt dat erop neer dat de bestuursrechter alsdan grotendeels een eigen toetsingskader ontwikkelt. Onvoorstelbaar is dat niet – zoals Van Ommeren en Huisman ook stellen<sup>49</sup> – waarbij het wellicht zal uitdraaien op een ‘leentje-buur’ met het huidige beoordelingskader van de burgerlijke rechter. Niettemin doet dat ook wat onbeholpen aan als de wetgever wel de formele toegang wettelijk regelt maar een normatief beoordelingskader achterwege laat.<sup>50</sup> Laat onverlet dat daarmee het forum wel is gewijzigd.

<sup>48</sup> Schlössels 2003, p. 35.

<sup>49</sup> Van Ommeren en Huisman 2013, p. 77.

<sup>50</sup> Ter zake van een integrale geschillenbeslechting in het sociaal domein ziet ook Van Male hier een lacune in de beschouwingen. Zie R.M. van Male, ‘Afstemming van maatwerk in het sociaal domein’, *NTB* 2018/14.

Het is echter niet alleen de vraag naar een materieel kader die de kop opsteekt. Effectieve toetsing van besluitgerelateerd handelen vraagt om een ander rechterlijk instrumentarium dan voorhanden in het huidige systeem dat gebaseerd is op het vernietigingsberoep. Besluiten laten zich als rechtshandelingen vernietigen maar dat geldt niet voor feitelijk handelen, ook al is het besluitgerelateerd. En ook besluitgerelateerde privaatrechtelijke rechtshandelingen vereisen een andere aanpak. Van Ommeren en Huisman constateren dit<sup>51</sup> en pleiten dan ook voor andere uitspraakbevoegdheden voor de bestuursrechter zoals een verbod of een gebod naast – uiteraard – de mogelijkheid van schadevergoeding.<sup>52</sup>

Het creëren van een rechtsingang voor een breder spectrum aan bestuurs-handelingen via het besluitgerelateerde karakter is denkbaar maar brengt wezenlijke ingrepen in het huidige wettelijke systeem met zich mee. Het vereist een ingrijpende ombouw van het systeem in materieel en formeel opzicht.

#### 4. Inpassing van besluitgerelateerd handelen in het huidige systeem

Vanuit het denkkader van de idee van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking kan de rechtsmacht van de bestuursrechter worden vergroot en delen van het ‘omringende bestuursrecht’ ter toetsing bij deze gespecialiseerde rechter worden ondergebracht. Een eenvoudige operatie zal dat niet zijn, maar vanuit het denkkader kan die worden geïnitieerd en geregisseerd. In directe operationele zin heeft de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking echter weinig te bieden. Daarvoor in de plaats biedt toepassing van de idee wel de mogelijkheid om terug te grijpen op de handelingen die de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking kleur en vorm geven: het besluit en het besluitgerelateerd handelen. Als bij deze aanpak wordt uitgegaan van het huidige bestuursrechtelijke systeem – en daarvan gaan ook Van Ommeren en Huisman uit – vereist dat ingrepen van de wetgever in het systeem van de Awb. Eerder kwam al even de vraag naar het materieelrechtelijke kader op. Complexer oogt het formeelrechtelijke kader: de overheveling van het besluitgerelateerd handelen naar de rechtsmacht van de bestuursrechter, ingeleid met een verzoekschriftprocedure. De bestuursrechter krijgt dan te maken met een breder spectrum aan overheidshandelen dat beoordeeld moet worden. Maar die verschillende handelingen dienen in operationele zin te worden onderscheiden van elkaar. Daarmee manifesteert zich een cruciaal vraagpunt: hoe gaan bij de rechterlijke toetsing het besluit met het daaraan gerelateerd handelen zich onderling verhouden?

In ons huidige systeem worden het besluit en het besluitgerelateerde handelen van elkaar gescheiden door de competentie van verschillende rechters met ver-

---

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 81 e.v.

<sup>52</sup> Zij noemen concreet naast het vernietigingsberoep voor (publiekrechtelijke en privaatrechtelijke) rechtshandelingen een verbodsprocedure, een gebodsprocedure, een declaratoirprocedure en een schadevergoedingsprocedure. Zie Van Ommeren en Huisman 2013, p. 82.

schillende rechtsgangen. Maar hoe wordt – ook procedureel – de onderlinge verhouding als die verschillende bestuurshandelingen in een rechtsgang bij dezelfde bestuursrechter terecht (kunnen) komen? Die vraag levert bij Van Ommeren en Huisman geen aandachts- noch probleempunt op, nu bij hen het voorwerp van geschil de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking is.<sup>53</sup> Maar zoals eerder belicht, valt dat voorwerp noodzakelijkerwijs uiteen in verschillende handelingen – het besluit en daaraan gerelateerde handelingen – die ter toetsing aan de bestuursrechter (zouden) kunnen worden voorgelegd. Consequentie daarvan is dat die handelingen niet per se tezamen aan de bestuursrechter hoeven te worden voorgelegd. Het blijft denkbaar dat een belanghebbende met het verzoekschrift enkel tegen het besluit opkomt of juist uitsluitend tegen het feitelijk besluitgerelateerde handelen. Maar ook als tegelijkertijd wordt opgekomen tegen het besluit alsmede het besluitgerelateerde feitelijke handelen speelt de vraag hoe zich een rechtmatigheidsoordeel van de bestuursrechter ter zake van het ene bestuurshandelen tot het andere verhoudt.

Deze vraag en de daarachterliggende probleempunten zijn welbeschouwd niet nieuw. Zij zijn allang bekend, maar vormen in het huidige systeem afstemmingsperikelen tussen verschillende rechters. Daarvoor gelden afstemmingsleerstukken zoals dat van de formele rechtskracht,<sup>54</sup> de oneigenlijke formele rechtskracht<sup>55</sup> en de vrijwarende werking van besluiten.<sup>56</sup> Vraag is dan eigenlijk: bestaat er enige noodzaak om de verhoudingen tussen de bestuurshandelingen zoals die thans zijn uitgekristalliseerd tussen verschillende rechters te wijzigen? En ook hier speelt dan nadrukkelijk opnieuw dat nagenoeg niemand een rigoureuze overgang naar een geheel ander bestuursrechtelijk rechtsbeschermingsmodel voorstaat.<sup>57</sup> Hoe principieel bepaalde gedachtestappen ook mogen lijken, uiteindelijk draait het toch om een vorm van finetuning binnen het huidige Awb-systeem. Het lijkt heel wel mogelijk en ook zinvol om de verhoudingen en verbandingen tussen de bestuurshandelingen te benaderen aan de hand van de bestaande afstemmingsleerstukken zoals ontwikkeld in de jurisprudentie. Uitein-

---

<sup>53</sup> Bij hen speelt dan – logischerwijs – wel de combinatie van uitspraakmogelijkheden, zie Van Ommeren en Huisman 2013, p. 82.

<sup>54</sup> Zie daarover J.A.M.A. Sluysmans, 'Formele rechtskracht: tijd voor vernieuwing?', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht* (Guldembond-bundel), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 609 e.v.

<sup>55</sup> Zie daarover D.G.J. Sanderink, 'De relatieve waarde van de oneigenlijke formele rechtskracht', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht* (Guldembond-bundel), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 609 e.v.

<sup>56</sup> Zie HR 10 maart 1972, ECLI:NL:HR:1972:AC1311 (Vermeulen/Lekkerkerker) en HR 21 oktober 2005, ECLI:NL:HR:AT8823 (Ludlage/Van Paradijs). Zie daarover uitgebreid: J.H.A. van der Grinten, 'Vermeulen/Lekkerkerker: een springlevend uitgangspunt', *JM* 2007, p. 844 e.v. en A.G.A. Nijmeijer, 'Vrijwarende werking vergunning', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *JB Select*, Den Haag: Sdu uitgeverij 2014, p. 457 e.v.

<sup>57</sup> Zie daarover De Poorter en De Graaf 2011, p. 108 e.v. en ook Van Ommeren en Huisman 2013, p. 92.

delijk vallen in het huidige model de verschillen tussen de bestuurshandelingen gelijk met de verschillen tussen de bevoegde rechters. Dan zou de gedachte kunnen opkomen dat met de wijziging van de rechtsmacht weinig inhoudelijk resultaat wordt bereikt. Dat zou een misvatting zijn. Er kan wel degelijk vooruitgang worden geboekt als wordt bedacht dat de afstemmingsleerstukken thans eerst en vooral verband houden met de formele rechtsmachtverdeling. Komen de bestuurshandelingen ter toetsing voor een en dezelfde rechter, dan kan die – uiteraard naar gelang de casus toestaat – de beoordelingen van de verschillende bestuurshandelingen alsnog in direct verband plaatsen en bezien. Anders gezegd: de verbindingen tussen de bestuurshandelingen kunnen met de toetsing in één hand dynamisch worden benaderd door de bestuursrechter waar voorheen verbindingen statisch werden geformaliseerd vanwege de versnipperde rechtsmachtverdeling. Daarin schuilt winst, maar tegelijkertijd moet niet worden ontkend dat de omstandigheden van het geval kunnen noodzaken tot toepassing van de afstemmingsleerstukken. Zodra ter toetsing aan de bestuursrechter zowel het besluit als het besluitgerelateerd handelen wordt voorgelegd, kan de rechter actief de bestuurshandelingen in onderling verband bezien. Dat lukt in het huidige systeem niet. Maar wordt alleen het besluitgerelateerd handelen na verloop van tijd voorgelegd, zal de bestuursrechter kunnen – of vanwege de rechtszekerheid noodzakelijkerwijs moeten – uitgaan van de formele rechtskracht van het besluit.

Besluitgerelateerd handelen zou inpasbaar zijn in een Awb-omgeving met een verzoekschriftprocedure. Hoezeer dat geschiedt met het oog op de rechtsmacht van de bestuursrechter blijft natuurlijk het onderscheid tussen het materiële en het formele recht een rol spelen. In de aansluiting op het bestaande systeem is de karakterisering als besluitgerelateerd essentieel omdat ze bij een modificatie van het huidige wettelijke systeem de schakel vormt tussen de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking en het Awb-systeem gebaseerd op het besluitbegrip. Maar daarmee is niet meteen gezegd dat iedere vorm van besluitgerelateerd handelen onder de rechtsmacht van de bestuursrechter kan of moet worden gebracht. Bij het feitelijk handelen gerelateerd aan een besluit raakt dat handelen steeds volledig toegerekend aan het besluit. Dan kan dat besluitgerelateerd handelen zowel onder het materiële als formele deel van de Awb worden gebracht. Dat kan echter anders liggen bij een privaatrechtelijke rechtshandeling. Eerder is de figuur van de overeenkomst aan de orde geweest. Kan een zogeheten publiekrechtelijke overeenkomst zondermeer onder de rechtsmacht van de bestuursrechter worden gebracht? Dat is slechts mogelijk als zo'n overeenkomst in al zijn facetten dienstig is aan het besluit zodat het volledig en volmondig als besluitgerelateerd kan worden beschouwd. Zulks speelt bij een subsidieuitvoeringsovereenkomst.<sup>58</sup> Daarover kan de Awb zich met materieelrechtelijke bepalingen ontfemen en zou ook de bestuursrechter gezien de absolute verbinding met het subsidiebesluit als bevoegde rechter kunnen optreden. Combineert een overeenkomst echter ook

---

<sup>58</sup> Zie daarover de dissertatie van M.J. Jacobs, *Subsidieovereenkomsten*, Den Haag: Elsevier 1999, p. 126 e.v.

andere facetten – niet besluitgerelateerde – dan rijzen vraagtekens. Dat kan zich voordoen bij de bevoegdhedenovereenkomst. Natuurlijk kan ter zake van zo'n overeenkomst materieelrechtelijke normering worden ontwikkeld in de Awb – met name ter zake van de publiekrechtelijke kant van deze overeenkomst – maar een exclusieve competentie van de bestuursrechter over de gehele overeenkomst stuit op bezwaren. Het is kwestieus of typische privaatrechtelijke aspecten van een bevoegdhedenovereenkomst – de zijde van de burger bij de bevoegdhedenovereenkomst – bij de bestuursrechter (zouden moeten) thuishoren. Een parallel met het huidige recht dient zich hier aan, waar de burgerlijke rechter zich niet over de publiekrechtelijke aspecten wil buigen als het op nakoming aankomt.<sup>59</sup> Wellicht zou men zich hier tevreden moeten stellen met een materieelrechtelijke onderworpenheid vanuit de Awb bij een formele rechtsgang naar de burgerlijke rechter.

## 5. Afronding

De idee van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking doet wat een idee moet doen: het inspireert en zet aan om stappen te zetten in het bestuursrechtelijke systeem van de rechtsbescherming. Het oogmerk daarbij is finetunen van het systeem – het gladstrijken van als hinderlijk ervaren plooiën – en geen nieuw systeem op een nieuwe grondslag. Operationalisering van de idee vereist echter meer houvast en dat kan worden gevonden in aansluiting bij het kernbegrip van het huidige systeem. Een materiële uitbouw van het systeem zou kunnen worden gefundeerd met besluitgerelateerd handelen. Met een verzoekschriftprocedure als toegang tot de bestuursrechter kan daarvoor ook een formeel portaal worden gecreëerd en verbodsbreking van de rechtsmacht worden tegengegaan. Natuurlijk is 'the proof of the pudding (always) in the eating', maar in deze bijdrage zijn verschillende facetten van die renovatie belicht met het oog op de toekomst van het bestuursrechtelijk systeem. Die is denkbaar en haalbaar, al moet de vereiste inzet daarvoor niet worden onderschat. Het behelst een stevige ombouw van de huidige Awb, zowel in materieel als formeel opzicht, maar wel een die verantwoord is.

De inspirerende werking van de idee van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking kan ook leiden tot overschatting van de mogelijkheden van de idee. Dat bevreemdt niet: vaak komen juist nieuwe invalshoeken op vanwege problemen die het systeem in de weg zitten. Het nieuwe idee kan dan al snel als panacee worden gezien en onrealistische verwachtingen kunnen er dan mee aan de haal gaan. Zo wordt de idee van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking momenteel vaak in verband gebracht met de problemen die men ervaart in het sociaal domein. Daar bepalen private zorgaanbieders op feitelijke wijze de inhoud en uitvoering van het gemeentelijke Wmo-besluit, waardoor de rechtsbescherming

---

<sup>59</sup> Vgl. HR 28 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC0256 (Asha/Amersfoort)



– die gericht is op het besluit – niet effectief blijkt.<sup>60</sup> Dan komt de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking met haar besluitgerelateerd feitelijk handelen en een verzoekschriftprocedure in beeld. Nog los van de vraag of deze situatie niet valt aan te pakken in het geldende systeem langs geijkte wegen,<sup>61</sup> biedt het besluitgerelateerd handelen hier geen panklare oplossing, nu het om het feitelijk handelen van een private zorgaanbieder gaat en niet van een bestuursorgaan, hoezeer via een verzoekschriftprocedure steeds toegang verkregen kan worden. De gedachte om dan die zorgaanbieder maar als bestuursorgaan te bestempelen,<sup>62</sup> zet vervolgens het systeem volledig op lossen schroeven en past slechts in een fundamentele herziening van het stelsel. Het geeft echter heel goed aan hoezeer de grote druk van een acuut en breed ervaren maatschappelijk probleem een juridische zoektocht kan doen ontaarden in een queeste en uiteindelijk misschien in een heksenjacht op het besluitbegrip waarbij de systematische inbedding geofferd wordt voor een adequate oplossing. Als dan die aanpak betrokken raakt op de opzet en systeem van rechtsbescherming,<sup>63</sup> dient men op de hoede te zijn voor blijvende systematische schade. De Awb als algemene systeemwet – steeds voor verbetering vatbaar maar in het merendeel van de gevallen naar behoren functionerend! – is niet de plek om opgejaagd door sociale onrust specifieke experimenten uit te voeren.<sup>64</sup>

In hun slotbeschouwing van het preadvies constateren Van Ommeren en Huisman dat de idee van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking de grens tussen de kern van het bestuursrecht en het omringende bestuursrecht doet verschuiven.<sup>65</sup> Het is de vraag of dat beeld juist is. Bestuursrecht is het recht voor, van en tegen het overheidsbestuur.<sup>66</sup> De kern bestaat uit de eenzijdige publiekrechtelijke bevoegdheid waarmee macht wordt uitgeoefend en het is – onder meer – aan het bestuursrecht om die machtsuitoefening in goede banen te leiden en burgers daartegen bescherming te bieden. Met de toepassing van de idee van de bestuurs-

---

<sup>60</sup> Zie onder meer: B.J. van Ettekoven, ‘Herrie rond de keukentafel’, *NTB* 2016/50 alsook de meergenoemde bijdrage van Marseille aan deze bundel.

<sup>61</sup> Vgl. CRvB 18 mei 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1402/1403/1404.

<sup>62</sup> Zie Van Male 2017, p. 43. Opgemerkt moet worden dat hij op deze schreden lijkt te zijn teruggekeerd – althans voorzichtiger oogt – als hij over het patroon dat private instellingen verwerende partij bij de bestuursrechter zouden kunnen zijn, later stelt dat ‘dit de bestaande uiterste grenzen te buiten’ gaat. Zie Van Male 2018.

<sup>63</sup> Dat lijkt toch het geval in het advies van regeringscommissaris Scheltema in de internetconsultatie zie <https://www.internetconsultatie.nl/geschilbeslechtingssociaaldomein> (tot 1 november 2017).

<sup>64</sup> Zie anders P.J. Huisman en F.J. van Ommeren, ‘De bestuursrechtelijke rechtsbetrekking in het sociaal domein’, *NTB* 2018/7. Van Male daarentegen bepleit een beperkte toepassing tot het sociaal domein en daarbij ook nog eens de weg van geleidelijkheid, zie Van Male 2018.

<sup>65</sup> Van Ommeren en Huisman 2013, p. 95.

<sup>66</sup> Aldus de eerste zin van het handboek S.E. Zijlstra en R.J.N. Schlössels, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 3.

rechtelijke rechtsbetrekking wordt die kern niet vergroot. In operationeel opzicht wordt echter wel meer van het typisch overheidshandelen onder de directe<sup>67</sup> normering van het bestuursrecht en de rechtsmacht van een gespecialiseerde rechter gebracht. Het besluitgerelateerd handelen biedt daarvoor een goede en ook juiste maatstaf vanwege de verbondenheid met het besluitbegrip. In dat handelingsbegrip zit juist het typische overheidsbestuur in optima forma samengebald. Dat het algemene systeem van het bestuursrecht rondom dit begrip is opgebouwd is dan ook geen toeval en is eerder al een huzarenstukje genoemd. Alleen al om die reden moet uiterst omzichtig en zuinig met dat systeem worden omgesprongen en al helemaal met de centraalstelling van dat unieke besluitbegrip. Nieuwe ontwikkelingen dienen daarom zoveel en zolang mogelijk in het systeem te worden gedacht en niet te snel leiden tot sui generis-aanpassingen, die het systeem uiteindelijk kunnen ondermijnen. Steeds daarbij indachtig de wijze woorden die weerklonken in Paleis Koudewater, het woonoord van Koning Hollewijn: 'Wie iets goeds wegdoet, alleen om het door iets nieuws te vervangen, moet oppassen voor zijn karakter'.<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> In het huidige systeem worden ook feitelijke handelingen en privaatrechtelijke rechtshandelingen bestuursrechtelijk genormeerd, maar via de 'van overeenkomstige toepassing' in de schakelbepalingen.

<sup>68</sup> Marten Toonder, *Koning Hollewijn. De lorreleider*, Groningen: Mondria 1986, afl. 2908 (oorspronkelijke verschijning 1963 in De Telegraaf).