

*Handelingen 1983
der Nederlandse
Juristen-Vereniging
deel 1, tweede stuk*

Tot welke wijzigingen in het
Nederlandse recht dienen de
beginselen van behoorlijke
rechtspraak, neergelegd in artikel 6
van het Europese Verdrag tot
bescherming van de rechten van de
mens en de fundamentele
vrijheden, aanleiding te geven?

*Preadviezen van
Prof. mr. E.M.H. Hirsch Ballin en
Mr. E.J. Dommering*

ISBN 90 271 2061 7

Lay-out en omslag Evelien de Vries Robbé

Preadviezen over de vraagstelling: *Tot welke wijzigingen in het Nederlandse recht dienen de beginselen van behoorlijke rechtspraak, neergelegd in art. 6 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, aanleiding te geven?*

PREADVIES PROF. MR. E.M.H. HIRSCH BALLIN

Het grondrecht op behoorlijke rechtspraak in het Nederlandse administratieve recht, 9

PREADVIES MR. E.J. DOMMERING

Het grondrecht op behoorlijke rechtspraak in het Nederlandse civiele recht, 155

PREADVIES PROF. MR. E.M.H. HIRSCH BALLIN

Het grondrecht op behoorlijke rechtspraak in het Nederlandse administratieve recht

HOOFDSTUK 1 – INLEIDING, 9

- 1.1. De hoofdlijnen van de problematiek, 9
- 1.2. Het grondrecht in een ruimer kader, 11
- 1.3. Uitbreiding tot de door de overheid ingestelde tuchtrechtspraak, 12
- 1.4. Plan van behandeling, 14

HOOFDSTUK 2 – ARTIKEL 6 VAN HET EUROPESE VERDRAG: UITZONDERING OF SYMPTOOM?, 15

- 2.1. Het grondrecht op behoorlijke rechtspraak in de rechtsstaatsidee, 15
- 2.2. 'Ius de non evocando' en recht op rechtspraak in de herziene Grondwet, 18
- 2.3. Het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, 21
 - 2.3.1. Een 'recours effectif' volgens artikel 13 EV, 22
 - 2.3.2. De toepasselijkheid van artikel 6 EV: uitgangspunten, 24
 - 2.3.3. De toepasselijkheid van artikel 6 EV: jurisprudentie, 29
- 2.4. Artikel 14 van het Internationale Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, 33
- 2.5. Het ontbreken van een algemene waarborg voor de toegang

- tot de rechter inzake geschillen over administratiefrechtelijke rechtsbetrekkingen in het Nederlandse recht, 41
- 2.6. De rechtsontwikkeling in Nederland op het gebied van de toegang tot de rechter inzake geschillen over administratiefrechtelijke rechtsbetrekkingen, 53
- 2.7. Conclusies, 64

HOOFDSTUK 3 – TOEPASSELJKHEID VAN ARTIKEL 6 IN HET ADMINISTRATIEVE RECHT EN HET PUBLIEKRECHTELIJKE TUCHTRECHT, 66

- 3.1. Het criterium voor de toepasselijkheid van artikel 6, 66
- 3.2. Administratiefrechtelijke normen m.b.t. het eigendomsrecht, 71
- 3.3. Administratiefrechtelijke normen m.b.t. beroep en bedrijf, 76
- 3.4. De rechtspositie van werknemers bij de overheid, 82
- 3.5. Financiële relaties van administratiefrechtelijke aard, 87
- 3.6. Andere administratiefrechtelijke rechtsbetrekkingen, 98

HOOFDSTUK 4 – AANBEVELINGEN TOT WIJZIGING VAN HET NEDERLANDSE RECHT, 101

- 4.1. Inleiding, 101
- 4.2. Het beroep op de Kroon, 104
- 4.3. De inrichting en samenstelling van gerechten en de procesorde, 116
- 4.4. De administratieve rechtspraak, 118
- 4.5. De publiekrechtelijke tuchtrechtspraak, 128

HOOFDSTUK 5 – EEN EFFECTIEF STELSEL VAN RECHTSBESCHERMING, 139

- 5.1. Artikel 6 EV en de organisatie van de rechtspraak, 139
- 5.2. Een effectief beroep op de rechter, 144
- 5.3. Systeem in de rechtsbescherming, 146

AA	Ars Aequi
Wet Arob	Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschik- kingen
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de mens
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EV	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (Trb. 1951, 154)
IV	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en poli- tieke rechten
NJB	Nederlands Juristenblad
Publ. CEDH	Publications de la Cour Européenne des Droits de L'Homme/Publications of the European Court of Human Rights, aanvankelijk uitgegeven door de grif- fic van het Hof, later in haar opdracht door Carl Hey- manns Verlag te Köln, Berlin, Bonn en München
TvO	Tijdschrift voor Openbaar Bestuur

Het grondrecht op behoorlijke rechtspraak in het Nederlandse administratieve recht

Ubi remedium ibi ius (1)

HOOFDSTUK I

INLEIDING

1.1. De hoofdlijnen van de problematiek

De door het bestuur van de Nederlandse Juristenvereniging gestelde vraag, luidende:

‘Tot welke wijzigingen in het Nederlandse recht dienen de beginselen van behoorlijke rechtspraak, neergelegd in art. 6 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, aanleiding te geven?’,

wordt in dit preadvies (2) voor het gebied van het administratieve recht op naar vermogen gefundeerde wijze beantwoord. Slechts het eerste lid van art. 6 EV is voor het administratieve recht van belang. Dit eerste lid luidt (in de officiële Nederlandse vertaling van *Tvb.* 1951, 154):

(1) Dit adagium werd aangehaald door de president van het Internationale Gerechtshof, Sir Humphrey Waldock, in zijn rede ter gelegenheid van het 20-jarig bestaan van het Europese Hof voor de Rechten van de mens ‘Die Wirksamkeit des Systems der Europäischen Menschenrechtskonvention’, blz. 603, in: *EuGRZ* 1979, blzz. 599-603.

(2) De schrijver dankt Marian Leijten, student-assistente bij de vakgroep staats- en administratief recht van de Katholieke Hogeschool, voor de zorgvuldige verzameling van documentatie voor dit preadvies. Mr. J.A.M. van Angeren, mr. A.F.M. Brenninkmeijer en prof. mr. W. Konijnenbelt dankt hij voor hun waardevolle commentaren bij (delen van) het concept voor dit preadvies.

'Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvervolg-ing, heeft een ieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie welke bij de wet is ingesteld. Het vonnis moet in het openbaar worden gewezen maar de toegang tot de rechtszaal kan aan de pers en het publiek worden ontzegd, gedurende het gehele proces of een deel daarvan, in het belang van de goede zeden, van de openbare orde of 's lands veiligheid in een democratische samenleving, wanneer de belangen van minderjarigen of de bescherming van het privé leven van partijen bij het proces dit eisen of, in die mate als door de rechter onder bepaalde omstandigheden strikt noodzakelijk wordt geoordeeld, wanneer openbaarmaking de belangen van de rechtspraak zou schaden'.

Dat art. 6, eerste lid, niet alleen voor het burgerlijk recht en het strafrecht, maar ook voor het administratieve recht betekenis heeft, is pas door een bijdrage van G.J. Wiarda voor de Scholten-bundel 'Non sine causa' (3) in wat bredere kring onder Nederlandse juristen bekend geworden. Wiarda — thans president van het Europese Hof voor de Rechten van de mens — besprak in die bijdrage jurisprudentie van het Hof waaruit blijkt dat ook administratiefrechtelijke geschillen de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen als object *kunnen* hebben (4); in die gevallen is art. 6, eerste lid, van toepassing. Wiarda spitte zijn uiteenzetting toe op de vraag of — in het licht van deze jurisprudentie — het beroep op de Kroon in zijn huidige vorm kan worden gehandhaafd.

Wiarda's bijdrage is door een aantal andere publikaties gevolgd (5).

(3) De betekenis van art. 6, lid 1 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens voor de Nederlandse administratieve rechtsgangen, in: *Non sine causa* (opstellen aangeboden aan prof. mr. G.J. Scholten), Zwolle 1979, blzz. 459-474.

(4) EHRM 16 juli 1971, *Publ. CEDH*, Série A, Vol. 13 (1971), par. 94 (zaak-Ringeisen); EHRM 28 juni 1978, *NJ* 1980, 54 en *Publ. CEDH*, Série A, Vol. 27 (1978), par. 94 (zaak-König).

(5) Onder meer J.M. Kan, Het Kroonberoep in het nauw, in: *De Gemeentestem* nr. 6569 (3 aug. 1979); A.J. Hagen, Kroonberoep en burgerlijke rechten, in: *TvO* 6 (1980), blzz. 67-69; E.A. Alkema, Aanpassing van Kroonberoep en requestprocedures aan de Europese norm voor een eerlijk proces, in: *NJB* 55 (1980), blzz. 193-198; J.R. Stellinga, Kroonberoep en het verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, in: *TvO* 6 (1980), blzz. 215-217; B.W.N. de Waard, Europese mensenrechtenconventie en Kroonberoep, in: *TvO* 6 (1980), blzz. 550-553. Inmiddels verscheen nog: G.J. Jansen, Het

→

In de meeste daarvan werd ook de nadruk gelegd op de moeilijkheden ten aanzien van het beroep op de Kroon. Eind 1979 is voorts overeenkomstig art. 25 EV tegen Nederland een klacht ingediend die op het beroep op de Kroon betrekking heeft. De gevolgen van de toepasselijkheid van art. 6, eerste lid, op het gebied van het administratieve recht reiken echter verder. Dit artikel brengt immers mee dat in de gevallen waarin deze bepaling toepasselijk is (dus onder meer bij wat als vaststelling van iemands burgerlijke rechten en verplichtingen wordt beschouwd):

- a. de burger toegang tot de rechter moet hebben;
- b. de rechtspraak moet voldoen aan een aantal fundamentele vereisten.

Dit zijn de twee aspecten van het grondrecht op behoorlijke rechtspraak, zoals dit in art. 6, eerste lid, EV is neergelegd (6).

1.2. Het grondrecht in een ruimer kader

Hierboven werd al aangegeven dat art. 6, eerste lid, EV niet zonder meer van toepassing is op het gebied van het bestuursrecht. Om redenen die in hoofdstuk 3 zullen worden uiteengezet, kan worden aangenomen dat art. 6 toegang tot de rechter eist *indien het geschil een administratiefrechtelijke rechtsbetrekking betreft die gevolgen heeft voor de privaatrechtelijke rechtspositie van de betrokken burger en daarop ook (mede) is gericht*. Dit betekent echter niet dat erkenning van een grondrecht op behoorlijke recht-

→ Kroonberoep; een aflopende zaak?, in: A.W. Heringa, R.E. de Winter en W.J. Witteveen, *Staatkundig Jaarboek* 1982-1983, Leiden 1982, blzz. 159-178.

Alkema's artikel heeft weer aanleiding gegeven tot vragen over het beroep op de Kroon en de privaatrechtelijke verzoekschriftprocedure bij de behandeling van de Justitiebegrotingen 1980 en 1981 in de Eerste Kamer (I 1979-1980, 15800 VI, nr. 70, blz. 2 en nr. 70a, blzz. 4-5 [sub 12]; I 1980-1981, 16400 VI, nr. 67, blz. 5 en nr. 67a, p. 8 [sub 36]). Deze vragen hebben de stoot gegeven tot de in het wetsontwerp-17620 (ingediend op 1 oktober 1982) voorgestelde wijziging van art. 429g van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

(6) In par. 36 van zijn arrest van 21 februari 1975, *NJ* 1975, 462, m.nt. Alkema, *Publ. CEDH*, Série A, Vol. 18 (1975), en *EuGRZ* 1975, blz. 91-102 (zaak-Golder) spreekt het EHRM uit dat 'le droit à un procès équitable' — op welke uitdrukking de titel van dit preadvies teruggaat — de twee genoemde aspecten omvat.

spraak zonder belang zou zijn voor administratiefrechtelijke rechtsbetrekkingen die *buiten* het toepassingsgebied van dat artikel liggen. Het is weliswaar zo, dat in de herziene Grondwet en in de verdragen op het gebied van de grondrechten waaraan Nederland gebonden is, een algemene garantie van een grondrecht op behoorlijke rechtspraak inzake administratiefrechtelijke rechtsbetrekkingen *ontbreekt*. Toch zijn er goede gronden om de bestaande bepalingen te zien als symptomen van een algemeen, aan de rechtsstaatsidee inherent principe dat door het Europese Hof voor de Rechten van de mens in de zaak-Klass als volgt werd geformuleerd:

'The rule of law implies, *inter alia*, that an interference by the executive authorities with an individual's rights should be subject to an effective control which should normally be assured by the judiciary, at least in the last resort, judicial control offering the best guarantees of independence, impartiality and a proper procedure' (7).

1.3. *Uitbreiding tot de door de overheid ingestelde tuchtrechtspraak*

Het tuchtrecht kan op verschillende gronden onder de werking van art. 6 vallen (8). Voor zover het gaat om regelingen waaraan leden van bepaalde professionele groepen zich bij of krachtens een *privaatrechtelijke overeenkomst* hebben onderworpen, kan het tuchtrecht worden gerekend tot het gebied dat door mijn mede-pleadviseur Dommering wordt besproken. Daarnaast is er het tuchtrecht dat door de overheid is ingesteld (de terminologie is ontleend aan art. 113, tweede lid, van de herziene Grondwet) en in algemeen verbindende voorschriften aan bepaalde groepen is opgelegd. Dit wettelijk geregelde tuchtrecht draagt een *publiekrechtelijk karakter*, aangezien het — om redenen van algemeen belang — in handen is gelegd van organen die met openbaar gezag zijn bekleed (9), en aan welker gezag de betrokkenen zich niet kunnen onttrekken.

(7) EIJRM 6 sept. 1978, AA 28 (1979), blz. 327-334 m.nt. E.A. Alkema, en *Publ. CEDH*, Série A, Vol. 28 (1978), par. 55 (zaak-Klass). Vgl. ook de overwegingen over 'la prééminence du droit', 'the rule of law', in par. 35 van het in noot 6 aangehaalde Golder-arrest.

(8) Vgl. H. de Doelder, *Terrein en beginselen van tuchtrecht* (diss. K.H. Tilburg), Alphen aan den Rijn/Brussel 1981, blzz. 50-73.

(9) Vgl. (naar aanleiding van de toepassing der Medische Tuchtwet) A.A.M.

Dat voor tuchtrechtspraak de eisen van art. 6 EV kunnen gelden, bleek in een uitspraak van het EHRM over een klacht die vijf soldaten (Engel, Van der Wiel, De Wit, Dona en Schul) tegen Nederland hadden ingediend. Het Hof overwoog in dat arrest dat de berechting van een tuchtrechtelijk vergrijp op een beslissing over een 'accusation en matière pénale' kan neerkomen. Laatstgenoemd begrip moet immers volgens het Hof onafhankelijk van de kwalificatie in het nationale recht worden geïnterpreteerd (10). Omdat juist de toepassing van het militaire tuchtrecht soms — naar de maatstaven van het EV — als strafrechtspraak moet gelden, heeft mijn medepreadviseur Von Brücken Fock dit deelgebied van het tuchtrecht in zijn beschouwingen betrokken. Hetzelfde geldt voor het tuchtrecht voor gedetineerden, dat behoort tot het in zijn preadvies besproken penitentiaire recht (11).

Andere deelgebieden van het publiekrechtelijk geregelde tuchtrecht — bij voorbeeld voor advocaten en voor geneeskundigen — lenen zich meer voor bespreking in samenhang met het administratieve recht. Dit geldt zeker voor een beoordeling op het punt van de verenigbaarheid met art. 6 EV. Voor zover tuchtbeslissingen niet als 'het bepalen van de gegrondheid van een (. . .) strafvervolgning' moeten worden aangemerkt, komen zij immers overeen met administratiefrechtelijke besluiten (wellicht zou men zelfs kunnen zeggen: *andere* administratiefrechtelijke besluiten): een met openbaar gezag bekleed orgaan stelt een rechtsbetrekking met een particulier (nader) vast. Dat de beslissende organen (me-

→ van Agt, *Zijn nadere wetgevende voorzieningen op het gebied van het tuchtrecht en het tuchtprocesrecht wenselijk?*, preadvies NJV, Handelingen 1971 der Nederlandse Juristen Vereniging, deel 1, tweede stuk, Zwolle 1971, p. 42: 'De wettelijke tuchtrechters zijn geen dienaren van een groepsorde, maar brengen, zij het in een bijzondere procedure en met bijzondere sancties, de rechtsorde van de Nederlandse gemeenschap tot gelding.' Van Agt trekt overigens in twijfel of het zinvol is, het tuchtrecht in publiekrechtelijk en privaatrechtelijk tuchtrecht te verdelen (blz. 9). Legt men echter als criterium aan, of het tuchtrecht aan de betrokkenen bij of krachtens de wet is opgelegd (en niet slechts aan voorwaarden is gebonden), dan kunnen de door Van Agt op blzz. 26-54 sub A en B genoemde regelingen van tuchtrecht als privaatrechtelijk, en de sub C-II genoemde regelingen als publiekrechtelijk worden aangemerkt.

(10) EHRM 8 juni 1976, *Publ. CEDH*, Série A, Vol. 22 (1977), par. 81-85; ook in *AA* 26 (1977), blzz. 55-66, m.mt. E.A. Alkema.

(11) II. de Doelder (*a.w.*, blz. 70) begrijpt het militaire tuchtrecht en het tuchtrecht voor gedetineerden onder het tuchtigingsrecht.

de) uit beroeps- of bedrijfsgenoten bestaan en dat deze organen veelal vage normen moeten hanteren, doet niet af aan het feit dat hier rechtsbetrekkingen tussen overheid en particulieren worden vastgesteld, die mede de functie hebben de kwaliteit van bepaalde — meestal professionele — activiteiten te waarborgen en als zodanig een specifieke vorm van overheidstoezicht op die activiteiten tot gelding te brengen. De beslissing over deze rechtsbetrekkingen kan — op dezelfde voet als die over (andere) administratiefrechtelijke rechtsbetrekkingen — een ‘vaststellen’ van iemands ‘burgerlijke rechten en verplichtingen’ in de zin van art. 6 EV inhouden. Dit is gebleken in het arrest van het EHRM in de zaken van de Belgische artsen *Le Compte, Van Leuven en De Meyere*, aan wie de tuchtrechtelijke sanctie van tijdelijke schorsing van het recht de geneeskunde uit te oefenen, was opgelegd (12). In zulke gevallen moet derhalve de toegang tot een rechter in de zin van art. 6 verzekerd zijn, en moet de rechtspraak bovendien voldoen aan de fundamentele vereisten die in dat artikel zijn neergelegd.

Een aantal belangrijke takken van publiekrechtelijk geregeld tuchtrecht zullen in dit preadvies in hetzelfde kader als het (overige) administratieve recht worden besproken. Onder meer zal dus worden nagegaan in hoeverre art. 6 van toepassing is, en voorts of de rechtsgang op dit gebied beantwoordt aan de eisen die art. 6 stelt. Volgens het zoëven genoemde arrest (par. 51) is het vereist, maar tevens voldoende indien de hoogste instantie die de zaak volledig beoordeelt, in overeenstemming met art. 6 rechtsprekt. De gebruikelijke opzet van het tuchtrecht brengt mee, dat sommige wettelijke bepalingen met name op het punt van de in art. 6 voorgeschreven openbaarheid (waarop de tweede volzin van art. 6, eerste lid, wel uitzonderingen toelaat) kritisch moeten worden gezien.

1.4. Plan van behandeling

In hoofdstuk 2 zal de relatie tussen het grondrecht op behoorlijke rechtspraak en de rechtsstaatsidee worden uitgewerkt, worden

(12) EHRM 23 juni 1981, *Publ. CEDH, Série A, Vol. 43* (1981), *NJ* 1982, 602, *EuGRZ* 1981, blzz. 551-559, en *Journal des Tribunaux* 96 (1981), nr. 5184, blzz. 622-627, m.nt. Pierre Lambert, par. 46-48.

onderzocht welke andere fundamentele normen naast art. 6 EV aspecten van dit grondrecht tot uitdrukking brengen, en de betekenis van de administratieve rechtspraak worden belicht. Vervolgens zal in dit preadvies enerzijds nader moeten worden onderzocht in hoeverre art. 6 van toepassing is op het Nederlandse administratieve recht en publiekrechtelijke tuchtrecht. Aan dit complexe vraagstuk is hoofdstuk 3 gewijd. Anderzijds zal moeten worden nagegaan in hoeverre die procedures voor geschillenbeslechting waarvoor art. 6 inderdaad toepasselijk is, voldoen aan de eisen die dat artikel aan rechtspraak stelt. Daarover handelt hoofdstuk 4, waarin aanbevelingen tot wijziging van het Nederlandse recht worden gedaan. Een slotbeschouwing in hoofdstuk 5 over een effectief stelsel van rechtsbescherming sluit dit preadvies af.

HOOFDSTUK 2

ARTIKEL 6 VAN HET EUROPESE VERDRAG: UITZONDERING OF SYMPTOOM?

2.1. Het grondrecht op behoorlijke rechtspraak in de rechtsstaatsidee

De beantwoording van de vraag die door het bestuur van onze vereniging is gesteld, brengt uiteraard een interpretatie van art. 6 EV mee. Daarvoor kan in beginsel naar het preadvies van Van Dijk worden verwezen. Uiteraard moet daarnaast ook in dit preadvies aandacht worden geschonken aan de interpretatie van dat artikel, omdat pas in de confrontatie van de norm van het verdrag met het Nederlandse administratieve recht kan blijken, hoever in concreto — met het oog op eventuele wetswijzigingen — de betekenis van het grondrecht op behoorlijke rechtspraak zich uitstrekt. Dit betekent echter niet dat het juist zou zijn om met een gevoel van opluchting de in de vraagstelling bedoelde ‘beginselen van behoorlijke rechtspraak’ ter zijde te schuiven, voor zover in dit preadvies geconcludeerd zou moeten worden dat bepaalde administratiefrechtelijke rechtsbetrekkingen buiten de werking van art. 6 zijn gebleven; dan zou men de toepasselijkheid van art. 6 in administratiefrechtelijke geschillen ten onrechte beschouwen als een min of meer lastige uitzondering op een hoofdregel volgens welke de nationale wetgever moet uitmaken, of hij op dit gebied al dan niet in behoorlijke rechtspraak wil voorzien. Integendeel: zoals in

dit hoofdstuk zal worden uiteengezet, wijst de rechtsontwikkeling — binnen en buiten Nederland — eerder in die richting, dat de tekst van art. 6 slechts een voorzichtig geformuleerd *symptoom* is van een aan de rechtsstaatsidee inherent *beginsel*. Ook de interpretatie van art. 6 door het Europese Hof wijst in deze richting (13). Nadat reeds in het Delcourt-arrest een restrictieve interpretatie van art. 6 van de hand was gewezen (14), wijdde het Hof in het Golder-arrest enkele principiële overwegingen aan de strekking van dat artikel. Daarbij ging het om de vraag of het artikel slechts procedurele eisen stelt *voor het geval dat* een geschil over burgerlijke rechten en verplichtingen aan de rechter kan worden voorgelegd, dan wel mede een *recht op toegang tot de rechter* inhoudt. De uitleg (in laatstbedoelde zin: zie par. 1.2) werd gegeven op grond van de betekenis die naar het oordeel van het Hof toekomt aan het beginsel van de heerschappij van het recht ('la prééminence du droit', 'the rule of law') als motief voor de totstandkoming van het EV. Het Hof overwoog vervolgens: 'Or en matière civile la prééminence du droit ne se conçoit guère sans la possibilité d'accéder aux tribunaux. (. . .) Le principe selon lequel une contestation civile doit pouvoir être portée devant un juge compte au nombre des principes fondamentaux de droit universellement reconnus' (15).

'La prééminence du droit', 'the rule of law', waarop het Hof zich oriënteert, vormt de kern van de rechtsstaatsidee. Dat het bij het grondrecht van art. 6 om de rechtsstaat gaat, komt ook tot uitdrukking in de pregnante Duitse vertaling van het begrip 'le droit à un procès équitable', waarmee het Hof in het Golder-arrest de twee aspecten van dit recht samenvatte: 'das Recht auf ein rechtsstaatliches Verfahren' (16).

De rechtsstaatsidee strekt ertoe, de bevoegdheid om rechtsbetrekkingen te bepalen — door algemene of bijzondere normen van po-

(13) Vgl. over 'Extensieve en restrictieve verdragstoepassing door het Europese Hof voor de rechten van de mens; een middenkoers?' G.J. Wiarda in: *Ad personam* (Enschedé-bundel), Zwolle 1981, blzz. 371-385.

(14) Zie EHRM 17 januari 1970, *Publ. CEDH*, Série A, Vol. 11 (1970), blz. 15, en P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, *De Europese Conventie in theorie en praktijk*, 2e druk, Nijmegen 1982, blz. 275.

(15) EHRM 21 februari 1975, *Publ. CEDH*, Série A, Vol. 18 (1975), par. 34 en 35.

(16) *EuGRZ* 1975, blz. 98 (zie ook noot 6). Vgl. voorts het in par. 1.2. van dit preadvies aangehaalde arrest in de zaak-Klass.

sitief recht — te onttrekken aan willekeurige machtsuitoefening en op zodanige wijze aan voorwaarden te binden, dat de rechtsgenoten op het recht kunnen vertrouwen (17). Geen enkel staatsorgaan mag anders dan op grond van en met inachtneming van het recht rechtsbetrekkingen vaststellen. Dit komt op de eerste plaats tot uitdrukking in het legaliteitsbeginsel, dat een grondslag in met medewerking van de volksvertegenwoordiging tot stand gekomen wetten eist voor alle rechtshandelingen waardoor een ander dan het handelend rechtssubject wordt gebonden. Onder meer om tegen te gaan dat wetgevende of — krachtens de wet — bestuurlijke organen van deze machtige bevoegdheid tot normstelling een zodanig gebruik zouden kunnen maken, dat toch weer willekeur dreigt, is in de klassieke conceptie van de rechtsstaat het legaliteitsbeginsel verenigd met de beginselen van machtscheiding en van garantie van individuele vrijheidsrechten (18). Ook al kan het beginsel van machtscheiding niet — althans niet meer — ertoe leiden dat bestuursorgaan slechts een uitvoerende taak hebben, dit beginsel kan en moet ook in de huidige verhoudingen ertoe leiden dat de *beslechting van geschillen* over het bestaan en de inhoud van rechtsbetrekkingen is opgedragen aan staatsorganen die noch juridisch noch feitelijk belang hebben bij de vaststelling van deze rechtsbetrekkingen, met andere woorden: *onafhankelijk* zijn (19). Het recht op geschillenbeslechting door onafhankelijke rechters is de uiteindelijke juridische waarborg dat niet de mening van degenen die politiek of sociaal-economisch machtiger zijn, maar het

(17) Een en ander heb ik uitgewerkt in 'De mens in de sociale rechtsstaat', blzz. 23-26, in: *Overheidsbemoeienis*, Opstellen uitgegeven ter gelegenheid van het 11de lustrum van de Katholieke Hogeschool te Tilburg, Deventer 1982, blzz. 21-33, en *Vertrouwen op het recht, Over de plaats van de wet in de rechtsorde* (inaug. rede K.H. Tilburg), Alphen aan den Rijn 1982.

(18) Zie F.R. Böhrling en J.H.A. Logemann, *Het wetsbegrip in Nederland*, Alphen aan den Rijn 1966, blzz. 20-23.

(19) Daarmee wordt het recht als iets algemeen tot gelding gebracht ten overstaan van de uiteenlopende meningen van procespartijen over hun rechtsbetrekking. Vgl. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse* (hrsg. v. H. Reichelt), Frankfurt am Main/Berlin/Wien 1972, par. 219: 'Das Recht in der Form des Gesetzes in das Dasein getreten, ist für sich, steht dem *besondern Willen* und *Meinen* vom Rechte selbständig gegenüber und hat sich als *allgemeines* geltend zu machen. Diese *Erkenntnis* und *Verwirklichung* des Rechts im *besondern Falle*, ohne die subjektive *Empfindung* des *besondern Interesses*, kommt einer öffentlichen Macht, dem *Gerichte*, zu.'

recht zal heersen ('la prééminence du droit', 'the rule of law') — ook al moet steeds bedacht worden dat een *juridische* waarborg als deze slechts effectief kan zijn binnen het kader van een rechtsorde waarvan de rechtsstatelijke constitutie feitelijk werkzaam en aanvaard is (20). Onafhankelijke rechtspraak kenmerkt afwezigheid van dictatuur, maar is geen *feitelijke* garantie tegen vestiging van een dictatuur.

2.2. 'Ius de non evocando' en recht op rechtspraak in de herziene Grondwet

Het in de rechtsstaatsidee begrepen *beginsel van geschillenbeslechting over rechtsbetrekkingen door onafhankelijke rechterlijke organen* is — als waarborg voor de vrijheid van de burger en de heerschappij van het recht — op verschillende wijzen in grondrechten gepositieerd. Art. 17 van de herziene Nederlandse Grondwet (het *ius de non evocando*) (21) kan worden beschouwd als een positivering van de negatieve zijde van dit beginsel: waar de wet in rechtspraak voorziet, zijn niet door de appellant aanvaarde belemmeringen van de toegang tot de rechter ongrondwettig. Er zijn goede argumenten om aan te nemen dat het 'ius de non evocando' ook de strekking heeft de wetgever te verbieden 'Ausnahmegerechten', gelegenheidsgerechten, in te stellen (22). Ten minste brengt dit grondrecht mee dat de rechter zich niet mag storen aan beperkingen van de toegang tot de rechter die iemand, in afwijking van de regeling in de wet in formele zin, door overheidsorganen — bij voorbeeld door de algemeen-verbindendverklaring van een c.a.o. — zijn opgelegd (23).

(20) Vlg. mijn preadvies 'De wetenschap van het constitutionele recht, Een kleine methodologie', blzz. 76-79, in: *Object en methode van de staatsrechtswetenschap* (Staatsrechtconferentie 1982), Nijmegen 1982, blzz. 64-95.

(21) 'Niemand kan tegen zijn wil worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent.' Vgl. art. 170, eerste lid, van de Grondwet naar de tekst van 1972.

(22) A.F.M. Brenninkmeijer, Het ius de non evocando, blz. 354, in: A.K. Koekkoek, W. Konijnenbelt en F.C.L.M. Crijns (red.), *Grondrechten, Commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet* (Jeukens-bundel), Nijmegen 1982, blzz. 346-366.

(23) Art. 2, vijfde lid, van de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten

→

Art. 6 EV houdt een partiële — namelijk tot strafvervolgning en vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen beperkte — positivering van de *positieve* zijde van het hierboven omschreven beginsel in. Ook de herziene Grondwet (24) bevat zo'n partiële garantie, namelijk in art. 112 (dat het oude art. 167 (25) heeft vervangen) en art. 113, eerste lid. Daar wordt immers de competentie van de rechterlijke macht (26) ten aanzien van 'de berechting van geschillen over burgerlijke rechten en over schuldverordeningen' respectievelijk ten aanzien van 'de berechting van strafbare feiten' vastgelegd. De wet mag hierop slechts uitzonderingen maken op grond van art. 112, tweede lid, en art. 115, en wel voor zover het gaat om geschillen die niet uit burgerlijke rechtsbetrekkingen zijn ontstaan. Het gaat hier in feite om geschillen op administratiefrechtelijk gebied. De berechting van zulke geschillen mag aan gerechten worden opgedragen die niet tot de rechterlijke macht behoren; daarnaast of (blijkbaar ook) in plaats daarvan kan ten aanzien van geschillen van deze aard administratief beroep (27) worden opengesteld.

De betekenis van deze grondwetsbepalingen voor de toegang tot de rechter ter zake van administratiefrechtelijke rechtsbetrekkingen is dus beperkt: als het gaat om geschillen over *schuldvorderingen die uit administratiefrechtelijke rechtsbetrekkingen zijn ontstaan*, leiden het eerste en het tweede lid van art. 112 in onderlinge samenhang weliswaar ertoe dat er een bevoegd gerecht is (28),

→ houdt onder meer in dat arbitrageclausules niet algemeen verbindend kunnen worden verklaard. In zijn arrest van 8 juni 1951 (*NJ* 1952, 144, m.nt. D.J. Veegens) achtte de Hoge Raad het algemeen verbindend-verklaren van een bindend-adviesclausule in strijd met de onderhavige grondwetsbepaling. Zie over dit onderwerp Brenninkmeijer, *a.w.*, blz. 358-359, die m.i. terecht de gebruikelijke interpretatie van het ius de non evocando afwijst.

(24) Zie over de bepalingen inzake rechtspraak in de herziene Grondwet C.A.J.M. Kortmann, Rechtspraak in de nieuwe Grondwet, in: *NJB* 55 (1980), blzz. 796-800.

(25) Zie hierover J.A.M. van Angeren, *De gewone rechter en de administratieve rechtsgangen* (diss. RU Leiden), Deventer 1968, blzz. 19-31.

(26) Ingevolge art. 116, eerste lid, kunnen ook andere gerechten dan de thans in art. 1 van de Wet op de rechterlijke organisatie genoemde worden aangewezen als behorend tot de rechterlijke macht. Dit vormt een van de wijzigingen die bij de grondwetsherziening van 1983 tot stand zijn gebracht. Zie hierover de memorie van toelichting, II 1979-1980, 16162, nr. 3, blz. 5.

(27) Zie de memorie van toelichting, blzz. 8-9 en blzz. 15-16.

(28) Zie de memorie van toelichting, blz. 6.

maar art. 115 laat vervolgens toch weer toe dat de rechtspraak moet wijken voor administratief beroep. Voor *andere geschillen ter zake van administratiefrechtelijke rechtsbetrekkingen* bieden de besproken bepalingen in het geheel geen garantie: volgens het tweede lid van art. 112 en art. 115 kan, maar behoeft in die gevallen niet in administratieve rechtspraak en/of beroep te worden voorzien.

De herziene Grondwet bevat nog een aantal andere bepalingen die een partiële garantie inhouden van de positieve zijde van het beginsel van geschillenbeslechting over rechtsbetrekkingen door onafhankelijke rechterlijke organen. Art. 15, tweede lid, houdt in dat ieder aan wie anders dan op rechterlijk bevel zijn vrijheid is ontnomen, aan de rechter zijn invrijheidstelling kan verzoeken; aan de procedure voor de rechter worden in deze bepaling enige eisen gesteld. Voorts impliceert het gebruik van de term 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet' volgens de van regeringszijde gegeven toelichting 'dat beperkingen op het grondrecht alleen zijn toegestaan wanneer in het concrete geval, waarin een beperking zich effectueert, een rechtsgang naar een rechterlijk orgaan openstaat' (29). In de tekst van de Grondwet is dit evenwel niet tot uitdrukking gekomen (30).

De herziene Grondwet bevat voorts waarborgen voor onafhankelijkheid van de rechterlijke macht (art. 116 en 117), echter niet voor die van andere bij de wet in te stellen gerechten. Art. 121 schrijft voor, dat terechtzittingen in het openbaar plaatsvinden — echter met uitzondering van de gevallen bij de wet bepaald —

(29) II 1975-1976, 13872, nr. 3, blz. 18.

(30) W. Konijnenbelt trekt in de in noot 22 aangehaalde bundel *Grondrechten* in twijfel of aan deze passage in de memorie van toelichting enig gevolg kan worden gegeven (blzz. 30-31). Inderdaad ontbreekt een grondslag voor toepassing, en is het standpunt van de regering niet nader gemotiveerd, noch op zijn implicaties onderzocht. Konijnenbelt wijst onder meer op de implicaties voor het beroep op de Kroon. Ter ondersteuning van het regeringsstandpunt valt intussen aan te voeren, dat administratief beroep, gelet ook op art. 13 EV, niet de meest aangewezen vorm van geschillenbeslechting ter zake van beperkingen van grondrechten is. Daar komt nog bij dat wetten die op grond van de clausule 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet' in beperkingen van grondrechten voorzien, geen discretionaire bevoegdheden aan het bestuur mogen toekennen. Uit dat oogpunt zou dus geen sprake behoren te zijn van geschillen waarvoor beleidstoetsing door de Kroon in aanmerking komt.

en dat de uitspraak in elk geval in het openbaar geschiedt. Inzake het bereik van art. 121 bestaat op een wezenlijk punt onduidelijkheid. Uit de tekst van deze bepaling zou men afleiden dat ze — net als het voorafgaande artikel — voor *alle* door de overheid ingestelde rechtspraak geldt, dus niet alleen voor die van de gerechten welke tot de gewone rechterlijke macht behoren. In de memorie van toelichting wordt evenwel, zonder dat dit in de tekst van de Grondwet tot uitdrukking is gekomen, gesteld dat 'terrechtzittingen' slechts die van de organen van de rechterlijke macht zijn, en in de memorie van antwoord wordt uitdrukkelijk gesteld dat de door de wet ingestelde tuchtcolleges niet onder deze bepaling vallen (31).

Voor zover de toepasselijkheid van art. 121 reikt, biedt het een waarborg voor openbaarheid van de rechtspraak die van art. 6 EV verschilt op het punt van de toelaatbaarheid van uitzonderingen op de openbaarheid der terechtzittingen. Art. 6 EV bindt de toelaatbaarheid hiervan aan doelcriteria ('de goede zeden', 'de openbare orde', 's lands veiligheid in een democratische samenleving', 'de belangen van minderjarigen', 'de bescherming van het privé leven van partijen bij het proces', 'de belangen van de rechtspraak'), terwijl art. 121 van de herziene Grondwet de toelaatbaarheid van uitzonderingen aan een zgn. competentievoorschrift (32) bindt: uitzonderingen zijn ingevolge deze grondwetsbepalingen alleen toelaatbaar voor zover de wet in formele zin er zelf in voorziet (dus geen nadere regeling opdraagt aan andere organen), en wel zodanig dat zij de toelaatbaarheid duidelijk omgrenst (dus op dat gebied geen ruime discretionaire bevoegdheden toekent).

2.3. Het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden

In deze in drie subparagrafen verdeelde paragraaf zullen — aan de hand van jurisprudentie en litteratuur — uitgangspunten worden geformuleerd voor de beoordeling, in hoeverre bepalingen van het

(31) Zie nr. 3, blz. 21, en nr. 8, blzz. 23-24.

(32) Zie over het onderscheid tussen doelcriteria en competentievoorschriften en de betekenis van de grondwettelijke terminologie de memorie van toelichting (II 1975-1976, 13872, nr. 3, blzz. 17-18 en 22-24), alsmede Konijnenbelt, *a.w.*, blzz. 28-39.

EV van toepassing zijn op het gebied van het Nederlandse administratieve recht en publiekrechtelijke tuchtrecht.

2.3.1. Een 'recours effectif' volgens art. 13 EV

Naast art. 6 is ook art. 13 EV op het gebied van het administratieve recht en het publiekrechtelijke tuchtrecht van belang als partiële positivering van het grondrecht op behoorlijke rechtspraak. Art. 13 houdt in dat ieder wiens rechten en vrijheden die in het EV (met inbegrip van de protocollen) zijn vermeld, zijn geschonden, recht heeft op 'un recours effectif devant une instance nationale'. Deze 'recours effectif' mag niet beperkt blijven tot de gevallen waarin al is vastgesteld dat zich een schending voordoet; dan zou art. 13 immers niet aan zijn doel beantwoorden. Art. 13 moet veeleer – aldus het EHRM in par. 64 van zijn arrest van 6 september 1978 (zaak-Klass) (33) – zo worden uitgelegd dat 'un individu s'estimant lésé par une mesure prétendument contraire à la Convention dispose d'un recours devant une "instance nationale" afin de voir statuer sur son grief et, s'il y a lieu, d'obtenir réparation.' Deze 'instantie' behoeft echter niet onder alle omstandigheden een gerecht in strikte zin te zijn, aldus par. 67 van het arrest. In zoverre stelt art. 6 hogere eisen aan de rechtsgang dan art. 13. Het is hiermee in overeenstemming dat art. 6 – voor zover het toepassingsgebied van dat artikel gedeeltelijk samenvalt met dat van art. 13 – wordt beschouwd als *lex specialis* (34). Indien is vastgesteld dat art. 6, eerste lid, is geschonden, behoeft het Hof ook niet meer te onderzoeken of art. 13 is geschonden, aldus een van de overwegingen in het arrest van 23 september 1982 (Sporrong en Lönnroth):

'Having regard to its decision on Article 6 par. 1, the Court considers that it is not necessary to examine the case under Article 13; this is because its requirements are less strict than, and are here absorbed by, those of Article 6 par. 1 (. . .)' (35).

(33) Zie noot 7.

(34) Aldus Thomas Buergenthal en Wilhelm Kewenig, Zum Begriff der Civil Rights in Artikel 6 Absatz 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention, blz. 400, in: *Archiv des Völkerrechts* 138 (1966/1967), blzz. 393-411.

(35) Par. 88 van het arrest, dat wordt gepubliceerd in *Publ. CEDH, Série A*, Vol. 52.

De omstandigheid dat art. 13 minder strikte eisen aan de rechtsgang stelt dan art. 6, laat zien dat 'vrijheidsrechten' (zoals de rechten en vrijheden die in het EV zijn voorzien) niet zonder meer onder het begrip 'civil rights' van art. 6 vallen; dan zou immers art. 13 overbodig zijn (36). Het zou echter — zoals ook uit het arrest inzake Sporrang en Lönnroth blijkt — evenmin juist zijn, ervan uit te gaan dat art. 6 niet mede voor bepaalde in het Verdrag of elders beschermde grondrechten kan gelden. Schending van art. 1 van het Eerste Protocol (de eigendomsgarantie) levert een voor de hand liggend voorbeeld dat zaken binnen het toepassingsgebied van beide artikelen kunnen vallen, waarbij art. 6 als specifieke en verder reikende bepaling prevaleert ten opzichte van art. 13. Niet overtuigend is de redenering van Alkema, volgens welke uit het feit dat art. 13 lichtere eisen aan een rechtsgang stelt dan art. 6, kan worden afgeleid dat art. 6 niet zeer ruim moet worden geïnterpreteerd. Alkema schrijft:

"Tenslotte is ook aan het systeem van het Verdrag een argument te ontleenen om art. 6 soepeler toe te passen dan het Hof voorstaat. De eis dat elke beslissing die raakt aan een burgerlijk recht uitsluitend door een rechter zou mogen geschieden, lijkt overdreven naast art. 13. Dit bepaalt immers dat er bij beweerde schending van één van de verdragsrechten een "daadwerkelijke rechtshulp" (in het Engels: "effective remedy") beschikbaar behoort te zijn. Dit mag zowel een rechterlijke als een administratieve instantie zijn. Wanneer evenwel voor inbreuken op fundamentele rechten een administratief beroep toereikend is dan gaat het wat ver om voor elke burgerrechtelijke zaak, hoe futiel ook, een volslagen proces te eisen" (37).

Hierbij moet op de eerste plaats worden aangetekend dat het volgens de jurisprudentie van het Hof niet om het even is, of de 'daadwerkelijke rechtshulp' in de zin van art. 13 door een gerecht dan wel door een ander orgaan wordt geboden. Integendeel, in zijn arrest betreffende Klass heeft het Hof juist — met verwijzing naar 'la prééminence du droit', 'the rule of law' — vooropgesteld dat deze rechtshulp in de regel door *rechterlijke* organen moet worden geboden, althans in hoogste instantie, maar op grond van de onmogelijkheid van een beroepsmogelijkheid ter zake van op goede gronden geheim te houden maatregelen een mindere vorm

(36) Vgl. Wiarda, *a.w.* (noot 3), blz. 161.

(37) *A.w.* (noot 5), blz. 195.

van rechtsbescherming geaccepteerd (38). Voorts is het uit een oogpunt van verdragssystematiek zeer wel met het bestaan van een rechtstreeks werkend recht op toegang tot de rechter ter zake van een ruime categorie subjectieve rechten te verenigen, dat daarnaast in een — volgens de Hoge Raad slechts tot de verdragsluitende partijen gerichte (39) — norm effectieve (nationale) rechtsbescherming ter zake van de naleving van het verdrag wordt geëist. Aan de eis van art. 13 kan dan minstens voor een deel worden voldaan door een ingevolge art. 6 gegarandeerde toegang tot de rechter.

Voor het onderwerp van dit preadvies kan worden geconcludeerd:

- dat art. 13 niet uitsluit, dat art. 6 mede geldt voor administratiefrechtelijke rechtsbetrekkingen die beperkingen van de in het Verdrag gegarandeerde rechten en vrijheden meebrengen;
- dat, voor zover art. 6 hiervoor niet geldt, art. 13 toepassing kan vinden;
- dat ook art. 13 in de regel meebrengt, dat althans in hoogste instantie, rechterlijke toetsing mogelijk moet zijn.

2.3.2. De toepasselijkheid van art. 6 EV: uitgangspunten

In een opstel over extensieve en restrictieve verdragstoepassing schrijft de huidige president van het Hof, G.J. Wiarda: 'Voorbeelden bij uitstek van een extensieve uitlegging van de verdragsbepalingen geeft de jurisprudentie betreffende de eerste zin van art. 6 van de Conventie' (40). Daarbij doelt hij onder meer op de toepasselijkheid (de interpretatie van de formuleringen 'contestations sur ses droits et obligations de caractère civil' en 'determination of his civil rights and obligations'). Een extensieve uitleg van deze bepaling zou ook sporen met het door het Hof zelf in het Delcourt-arrest geformuleerde uitgangspunt (zie par. 2.1).

In vergelijking met de opvatting van de Europese Commissie voor de Rechten van de mens is de desbetreffende jurisprudentie van het Hof zeker ruim te noemen (41). Bezie men echter art. 6 in het licht van de door het Hof in het Golder-arrest aanvaarde oriën-

(38) Zie het in noot 7 aangehaalde arrest, par. 55, 67-70 en 75.

(39) HR 24 februari 1960, NJ 1960, 483, m.nt. B.V.A. Röling.

(40) A.w. (noot 13), blz. 374.

(41) Zie Van Dijk/Van Hoof, a.w., blzz. 278-281.

tatie op het beginsel van de *heerschappij van het recht*, dan staat nog te bezien of de uitleg volgens de arresten inzake Ringeisen, König en Le Compte c.s. zonder meer als een extensieve interpretatie kan worden aangemerkt.

Op grond van het doel van de bepaling is in 1966/1967 enerzijds door Partsch (42), anderzijds door Buergenthal en Kewenig (43) een (althans in zeker opzicht) ruimere uitleg van art. 6, eerste lid, bepleit dan die welke naderhand door het Hof is aanvaard. Partsch wees op de ontstaansgeschiedenis van deze verdragsbepaling: ze gaat terug op een in het kader van de Verenigde Naties opgesteld ontwerp voor het (pas in 1966 tot stand gekomen) Internationale Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten. Voor de bepaling die voor art. 6 model heeft gestaan, werd een zeer ruim toepassingsgebied beoogd: ze zou gelden voor alle rechten van het individu – tegenover wie dan ook – die voor gerechten tot gelding kunnen worden gebracht (44). Dit betekent echter dat de bepaling alleen geldt *voor zover* het nationale recht al in toegang tot de rechter heeft voorzien; een garantie van toegang tot de rechter inzake deze subjectieve rechten valt er dan niet in te lezen (45). Indien men art. 6, eerste lid, zoals Partsch voorstelde, dienovereenkomstig zou moeten interpreteren, zou deze bepaling *voor zover* ter zake van administratiefrechtelijke besluiten beroep op een rechter is opengesteld (en juist omdat dit het geval is), mede op de desbetreffende procedures van toepassing zijn. Deze ruime uitleg achtte Partsch mogelijk, omdat het begrip 'civil rights' in de uitspraken die de Commissie tot dan had gedaan, *niet* tegenover het begrip 'publiekrechtelijke aanspraken' werd gesteld. Bovendien merkte hij op dat, bezien vanuit de doelstelling van het EV, er geen goede reden valt aan te voeren om de administratieve rechtspraak buiten het bereik van de processuele beginselen van art. 6 te houden (46).

Een zeer fundamentele analyse van de betekenis van het begrip 'civil rights' in art. 6, eerste lid, is verricht door Buergenthal en

(42) Karl Josef Partsch, *Die Rechte und Freiheiten der europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlin 1966.

(43) Zie noot 34.

(44) Partsch, *a.w.*, p. 143.

(45) Aldus ook Partsch, *a.w.*, blz. 149-150. Voor strafzaken nam hij echter wel zo'n garantie aan.

(46) *A.w.*, blzz. 144-145.

Kewenig, die beiden zowel met de Anglo-Amerikaanse als met de continentaal-Europese rechtscultuur vertrouwd zijn (47). Zij wijzen allereerst op het risico dat verdragsbepalingen worden geïnterpreteerd aan de hand van de vertaling in de eigen taal, waardoor dan de indruk kan ontstaan dat de gebruikte termen dezelfde waarde hebben als technische termen in normen van nationale origine. Dit gevaar doet zich huns inziens duidelijk voor bij de (aanvechtbare) officiële Duitse vertaling van art. 6, eerste lid, eerste volzin, waarin sprake is van 'zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen' (48).

Een 'Europese' interpretatie van de begrippen 'civil rights and obligations' en 'droits et obligations de caractère civil' leidt huns inziens tot een ander resultaat. Het Engelse begrip 'civil rights' is bijzonder ruim: het omvat elk subjectief recht van een burger, zonder dat hierbij tussen privaatrecht en publiekrecht onderscheiden kan worden (49). Wat de Franse tekst betreft valt op dat geen gebruik is gemaakt van de terminus technicus 'droit civil' (50) (die tegenover 'droit administratif' kan worden gesteld), maar van een uitdrukking waarvan minstens kan worden gezegd dat ze een ruimere uitleg toelaat. Ook blijkt de ontstaansgeschiedenis in het kader van de Verenigde Naties is met de toevoeging 'de caractère civil' niet een beperking tot het gebied van het privaatrecht beoogd (51).

Tegenover een zodanige 'substantiële' interpretatie stelden Buerghenthal en Kewenig de mogelijkheid van de door hen ontwikkelde *functionele uitleg*. Richtinggevend is daarbij dat art. 6 een *procedurele waarborg* behelst. Op grond daarvan mag men er principieel van uitgaan 'dass diese Vorschrift in allen Verfahren Anwendung zu finden hat, in denen über Rechte oder Pflichten des Einzelnen entschieden wird, es sei denn, eine Beschränkung ihrer Anwendbarkeit wäre ausdrücklich vorgesehen' (52). Belangrijk is

(47) Buerghenthal is thans rechter in het Inter-American Court of Human Rights (vgl. par. 2.4).

(48) *A.w.* (noot 34), blzz. 395-399 en blzz. 402-403.

(49) *A.w.*, blz. 404, met verwijzing naar de Law Dictionaries van Black en Jowitt.

(50) Evenmin, zo kan hieraan worden toegevoegd, is de terminus technicus 'droit privé' (privaatrecht) gebruikt.

(51) *A.w.*, blzz. 405-406.

(52) *A.w.*, blz. 407.

— zeker ook met het oog op de in dit preadvies te behandelen problematiek — de opmerking die de auteurs hieraan hebben toegevoegd. Zij wezen erop dat het ‘ausserordentlich schwierig’ is om bruikbare criteria te ontwikkelen, volgens welke procedures waarin de procedurele waarborgen van art. 6 van belang zijn, onderscheiden kunnen worden van andere procedures, waarin *weliswaar over individuele rechten en verplichtingen wordt beslist*, maar waarin de procedurele vereisten niet in acht genomen zouden behoeven te worden. Zo’n uitdrukkelijke beperking van de toepasselijkheid van art. 6 kan echter niet worden afgeleid uit het gebruik van de (in het voorafgaande besproken) uitdrukkingen ‘civil rights and obligations’ en ‘droits et obligations de caractère civil’ (53). ‘Da “civil rights” im angelsächsischen Rechtsverständnis nichts anderes bedeuten als “rights enforceable in a civil action”, war die Beifügung des Zusatzes “civil” zur Herstellung des sprachlichen Gleichgewichts (54) sachlich unschädlich in dem Sinne, dass sie die Anwendbarkeit von Artikel 6 Absatz 1 in keiner Weise einschränkte’ (55).

Buergenthal en Kewenig verbonden aan een en ander de conclusie dat art. 6, eerste lid, geldt *voor alle procedures waarin definitief wordt beslist over het al dan niet bestaan van individuele rechten*, zulks ongeacht de aard van het recht waarover moet worden beslist (56). Tot dusverre heeft het Europese Hof evenwel een zo ruime toepasselijkheid niet aanvaard, ondanks de algemene erkenning van het beginsel van volledige rechtsbescherming door onafhankelijke gerechten in zijn arrest inzake Klass (par. 1.2). Wellicht is de — in zoverre terughoudende — opstelling van het Hof daaruit te verklaren dat het sedert zijn arrest in de zaak-Golder uit art. 6 ook een recht op toegang tot de rechter afleidde. Men kan zich voorstellen, dat het Hof de moeilijk overzienbare consequenties

(53) *A.w.*, blz. 407-409.

(54) Pas kort voor de ondertekening werd immers de aan de VN-stukken ontleende formulering ‘rights and obligations in a suit at law’ gewijzigd in ‘civil rights and obligations’, zulks ten einde de Engelse versie redactioneel beter met de Franse te doen harmoniëren. Zie Jacques Velu, *Le problème de l’application aux juridictions administratives, des règles de la Convention Européenne des Droits de l’Homme relatives à la publicité des audiences et des jugements*, blz. 159, in: *Revue de Droit international et de Droit comparé* XXXVIII (1961), blzz. 129-171.

(55) Buergenthal en Kewenig, *a.w.*, blz. 409.

(56) *A.w.*, blzz. 409-410.

van een alomvattend recht op behoorlijke rechtspraak inzake rechten en verplichtingen niet aandurfde. Zo bezien kan de extensieve interpretatie op het ene punt een betrekkelijk terughoudende interpretatie op het andere punt hebben opgeroepen.

In dit preadvies zal de uitleg die het Hof heeft gegeven aan de formuleringen 'contestations sur ses droits et obligations de caractère civil' en 'determination of his civil rights and obligations' tot uitgangspunt moeten worden genomen. Gezien de methode van rechtsvinding van het Hof, waarin de eigen voorafgaande jurisprudentie van kardinaal belang is, valt een drastische verandering van die jurisprudentie niet te verwachten; wel laat, zoals in de volgende paragraaf zal blijken, de jurisprudentie een opening voor een mogelijke toekomstige verruiming.

Het is hoe dan ook van belang, te onderkennen dat de door het Hof gegeven interpretatie van de genoemde begrippen fungeert als *afbakening van de afdwingbaarheid krachtens het EV* van een grondrecht dat in beginsel — ook volgens de eigen, in de zaak Klass geformuleerde uitgangspunten van het Hof — tot gelding *kan* komen ten aanzien van *alle* individuele rechten en verplichtingen waarover geschillen kunnen ontstaan. Waar in dit preadvies de interpretatie die het Hof van deze begrippen heeft gegeven, wederom moet worden geïnterpreteerd met het oog op het Nederlandse administratieve recht, moet dit geschieden met inachtneming van de volgende uitgangspunten:

- Aan de hierboven bedoelde afbakening van de toepasselijkheid bestaat (ook in Europees verband) slechts een legitieme behoefte, voor zover er geschillen over rechten en verplichtingen zouden zijn die zich niet goed lenen voor beslechting door de rechter.

- Gezien het belang van tal van administratiefrechtelijke rechten en verplichtingen voor de levensomstandigheden in een sociale rechtsstaat (bij voorbeeld onderwijs, sociale zekerheid, belastingheffing), is het belang van toegang tot de rechter op het gebied van het administratieve recht in beginsel niet geringer dan op het gebied van het privaatrecht.

- Voor zover de door het Hof gegeven interpretatie van art. 6 meebrengt dat deze bepaling niet toepasselijk is, kan het toch wenselijk zijn, het beginsel van geschillenbeslechting door onafhankelijke rechterlijke organen tot gelding te brengen. Bovendien kan art. 14, eerste lid, van het Internationale Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (zie par. 2.4), evenals — op een

beperkt terrein — bepalingen van de herziene Nederlandse Grondwet (zie par. 2.2) en art. 13 EV (zie par. 2.3.1), meebrengen dat aan (althans ten dele) met die van art. 6 EV overeenkomende normen van behoorlijke rechtspraak moet worden voldaan. In zoverre is de beoordeling van de toepasselijkheid van art. 6 EV (die in hoofdstuk 3 onder alle voorbehoud zal moeten worden verricht) slechts van betrekkelijk belang.

2.3.3. De toepasselijkheid van art. 6 EV: jurisprudentie

A. Met verwijzing naar het preadvies van Van Dijk voor meer bijzonderheden (alsmede voor gegevens over de jurisprudentie van de Commissie), kunnen ten behoeve van het verdere betoog hier enkele kernpunten uit de jurisprudentie van het Hof worden gesignaleerd, voor zover van belang voor de beoordeling in hoeverre art. 6, eerste lid, EV van toepassing is op het gebied van het administratieve recht.

B. Het kader van de desbetreffende jurisprudentie vloeit voort uit het Golder-arrest van 21 februari 1975. In dat arrest (par. 36) kwam het Hof tot de conclusie dat enerzijds 'l'article 6 par. 1 garantit à chacun le droit à ce qu'un tribunal connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil', en anderzijds deze bepaling waarborgt inhoudt 'quant à l'organisation et à la composition du tribunal et quant au déroulement de l'instance'. Het geheel vatte het Hof samen onder het begrip van 'le droit à un procès équitable' (57).

Met de afbakning van het toepassingsgebied van art. 6, eerste lid, maakte het Hof een begin in het Ringelsen-arrest van 16 juli 1971. Daarin overwoog het dat deze bepaling geldt voor 'toute procédure dont l'issue est déterminante pour des droits et obligations de caractère privé', zulks ongeacht 'la nature de la loi suivant laquelle la contestation doit être tranchée' (58). In het König-arrest van 28 juni 1978 bleek dat art. 6 ook geldt voor een geschil over administratiefrechtelijke beschikkingen waarbij de — door het Hof als privaatrechtelijk gekwalificeerde — rechten op uitoefening van het beroep van arts en op exploitatie van een privé-kliniek waren

(57) Zie hierboven par. 2.1.

(58) *Publ. CEDH, Série A, Vol. 13 (1971), par. 94.*

ontnomen: 'il importe peu que les contestations concernent en l'occurrence des actes administratifs pris par les autorités compétentes dans l'exercice de la puissance publique. (. . .) Sous l'angle de l'article 6 par. 1 de la Convention, seul compte le fait que les contestations dont il s'agit ont pour objet la détermination de droits de caractère privé' (59). Het Hof liet in het midden of 'la notion de "droits et obligations de caractère civil", au sens de cette disposition, va au-delà des droits de caractère privé' (60).

Op enkele punten kwam het Hof in zijn arrest van 23 juni 1981 (inzake Le Compte, Van Leuven en De Meyere) tot een verdere precisering (61). Aan het begrip 'contestation' werd in par. 47 van het arrest een ruime materiële betekenis toegekend. Inzake het toepassingsbeleid van art. 6, eerste lid, overwoog het Hof: 'Quant au point de savoir si la contestation portait sur le droit susmentionné, la Cour estime que l'article 6, par. 1^{er}, dans chacun de ses 2 textes officiels ("contestation sur", "détermination of"), ne se contente pas d'un lien ténu ni de répercussions lointaines: *des droits et obligations de caractère civil doivent constituer l'objet — ou l'un des objets — de la "contestation", l'issue de la procédure être directement déterminante pour un tel droit*' (62). Of ook nog andere rechten dan 'droits de caractère privé' onder het begrip 'droits (. . .) de caractère civil' vallen, kon het Hof wederom in het midden laten (par. 48).

Uit deze jurisprudentie (vooral uit het laatstgenoemde, kennelijk als maatgevend bedoelde (63) arrest) blijkt het volgende. Het — althans in de ogen van degenen die ervan uitgaan dat art. 6 'strikt genomen' naast strafvervolgingen slechts privaatrechtelijke zaken betreft — 'extensieve' karakter van de tot op heden gevormde jurisprudentie van het Hof heeft niet betrekking op het begrip 'droits et obligations de caractère civil'/'civil rights and obligations' zelf, maar op de (overigens niet goed op elkaar aansluitende) for-

(59) *Publ. CEDH*, Série A, Vol. 27 (1978), en *NJ* 1980, 54, par. 94.

(60) Par. 95, vgl. ook par. 75 van het arrest inz. *Klass* van 1978 (noot 7).

(61) Zie noot 12.

(62) Par. 47, mijn cursivering.

(63) En ook zo door de Europese Commissie voor de Rechten van de mens opgevat: zie haar verslag van 14 december 1981 in de zaak van Alfred Albert en Herman Le Compte (*Applications* nr. 7299/75 and 7496/76), par. 70. Afgewacht zal moeten worden in hoeverre de tot dusver terughoudende opvatting van de Commissie inzake de toepasselijkheid van art. 6, eerste lid, EV door haar gehandhaafd en door het Hof aanvaard zal worden.

mulingen 'contestations sur' en 'determination of': het Hof gaat ervan uit dat ook de geschillenbeslechting inzake een publiekrechtelijke (administratiefrechtelijke of tuchtrechtelijke) rechtsbetrekking rechtstreeks bepalend kan zijn voor iemands privaatrechtelijke rechten en verplichtingen, d.w.z. zijn privaatrechtelijke rechtspositie. Omdat in de hierboven genoemde zaken de rechtsbetrekkingen van publiekrechtelijke (administratiefrechtelijke of tuchtrechtelijke) aard inderdaad rechtstreeks bepalend waren voor de privaatrechtelijke rechtspositie van de betrokkene (64), kon het Hof tot dusverre in het midden laten of het begrip 'droits et obligations de caractère civil'/'civil rights and obligations' zich ook uitstrekt tot (bepaalde) publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen als zodanig.

C. De toepasselijkheid van art. 6, eerste lid, brengt niet mee, dat de geschillenbeslechting in elke fase aan de eisen van die bepaling moet voldoen. De betrokkene moet wel een reële mogelijkheid hebben, om een volledige en bindende rechterlijke beoordeling te verkrijgen. Dit blijkt uit de volgende arresten van het Hof.

In het Airey-arrest van 9 oktober 1979 werd beslist, dat art. 6, eerste lid, een effectieve toegang tot de rechter eist: 'La Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs (. . .). La remarque vaut en particulier pour le droit d'accès aux tribunaux, eu égard à la place éminente que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique' (65). Een theoretische mogelijkheid voor een on- of minvermogende om een echtscheidingszaak zonder rechtsbijstand aan het Ierse High Court voor te leggen, voldeed in de omstandigheden van deze zaak niet aan deze eis. Daarbij nam het EHRM mede de gecompliceerde aard van de procedure voor het High Court in aanmerking (66).

(64) Vgl. de volgende passage in par. 70 van de uitspraak van de Commissie bedoeld in noot 63: 'The issue which must really be settled is the following: when the "civil rights" of a private individual are at issue and when he considers that these rights have been unlawfully prejudiced, is there a legal remedy meeting the requirements of Article 6 available to him, i.e. a remedy ensuring that he will be given "a fair and public hearing" within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law?'

(65) *Publ. CEDH*, Série A, Vol. 32 (1980), en *EuGRZ* 1979, blz. 626-633, par. 24.

(66) Par. 24-28.

Blijkens het Delcourt-arrest van 13 januari 1970 verplicht art. 6 niet, hoger beroep tegen rechterlijke uitspraken open te stellen. Is echter in hoger beroep voorzien, dan moet dit aan de eisen van art. 6 voldoen (67). Blijkens overwegingen in het arrest van 23 juni 1981 inzake *Le Compte, Van Leuven en De Meyere* ontmoet het echter geen bezwaar als procedures die *niet* aan de eisen van art. 6 voldoen, *voorafgaan* aan het beroep op een onafhankelijk rechterlijk orgaan:

l'article 6, par. 1^{er}, s'il consacre le "droit à un tribunal", n'astreint pas pour autant les Etats contractants à soumettre les "contestations sur des droits et obligations de caractère civil" à des procédures se déroulant à chacun de leurs stades devant des "tribunaux" conformes à ses diverses prescriptions. Des impératifs de souplesse et d'efficacité, entièrement compatibles avec la protection des droits de l'homme, peuvent justifier l'intervention préalable d'organes administratifs ou corporatifs, et, *a fortiori*, d'organes juridictionnels ne satisfaisant pas sous tous leurs aspects à ces mêmes prescriptions; un tel système peut se réclamer de la tradition juridique de beaucoup d'Etats membres du Conseil de l'Europe" (68).

De rechterlijke beoordeling die op deze voor-procedures volgt, moet dan wel in alle opzichten bieden waar de burger ingevolgt art. 6 recht op heeft. Is de enige onafhankelijke rechter die aan de zaak te pas komt een cassatie-rechter, dan wordt niet aan art. 6 voldaan:

l'article 6, par. 1^{er} ne distingue entre points de fait et questions juridiques. A l'égal des secondes, les premiers revêtent une importance déterminante pour l'issue d'une procédure relative à des "droits et obligations de caractère civil". Le "droit à un tribunal" (. . .) et à une solution juridictionnelle du litige vaut donc pour eux autant que pour elles' (69).

Omdat het Belgische Hof van Cassatie de vaststelling van de feiten niet onderzoekt (70), en de voorafgaande procedures niet aan

(67) *Publ. CEDH*, Série A, Vol. 8 (1968), par. 25. Vgl. de verslagen van de Commissie van 16 oktober 1980 (zaak nr. 8812/79) en van 18 december 1980 (zaken nrs. 8603/79, 8722/79, 8723/79 en 8729/79, Italiaanse Lockheed-processen), *EuGRZ* 1982, blz. 304-305.

(68) Par. 51 sub a (zie noot 12 voor vindplaatsen).

(69) Par. 51 sub b.

(70) Par. 60: 'de nombreux aspects des "contestations" relatives aux "droits et obligations de caractère civil" échappent à son contrôle. Pour de tels aspects, qui existaient en l'espèce, il n'y a eu ni débats publics ni décision rendue en public comme le veut l'article 6, par. 1er.'

art. 6 voldeden, was in de onderhavige zaak het Verdrag geschon- den. Ten aanzien van een buitengewoon rechtsmiddel naar Zweeds recht kwam het Hof in zijn arrest van 23 september 1982 inza- ke Sporrong en Lönnroth tot een overeenkomstige conclusie (71). Blijkens de strekking van deze jurisprudentie valt er niets tegen in te brengen indien een overeenkomstig art. 6 ingerichte procedure voor een gerecht dat over feitelijke en juridische kwesties oordeelt, nog wordt gevolgd door een tot het recht beperkte toetsing in cas- satieberoep, mits de procedure voor de cassatierechter overigens aan art. 6 voldoet (dus onder meer een eerlijke en — in beginsel — openbare behandeling omvat).

Vermelding verdient nog, dat blijkens het arrest van 27 februari 1980 (Deweer) art. 6 niet wordt geschon- den indien aan een (wer- kelijk) vrijwillige afstand van de mogelijkheid, een zaak aan de rechter voor te leggen, het rechtsgevolg wordt verbonden dat de betrokkene het recht op toegang tot de rechter verliest (72).

2.4. Art. 14 van het Internationale Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten

A. Het grondrecht op behoorlijke rechtspraak is mede verankerd in art. 14 van het in het kader van de Verenigde Naties tot stand gekomen Internationale Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IV), ook bekend onder de Engelse titel 'International Covenant on Civil and Political Rights'. Voor het administratieve recht is uitsluitend het eerste lid van belang. In de officiële Neder- landse vertaling (*Trb.* 1978, 177) luidt art. 14, eerste lid, van dit Verdrag:

'Allen zijn gelijk voor de rechter en de rechterlijke instanties. Bij het be- palen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvervolg- ing, of het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen in een rechts- geding, heeft een ieder recht op een eerlijke en openbare behandeling door een bevoegde, onafhankelijke en onpartijdige bij de wet ingestelde rechter- lijke instantie. De terechtzitting kan geheel of ten dele met gesloten deuren plaatsvinden, hetzij in het belang van de goede zeden, de openbare orde of de nationale veiligheid in een democratische samenleving, hetzij

(71) Par. 86 en 87 (zie noot 35).

(72) *Publ. CEDH, Série A*, Vol. 35 (1980), *EuGRZ* 1980, blzz. 667 e.v. In de- ze zaak ging het om een strafvervolg- ing.

wanneer het belang van het privé leven van de partijen bij het proces dit vereist, hetzij voorzover de rechter dit strikt noodzakelijk acht op grond van de overweging, dat een openbare behandeling het belang van de rechtspraak zou schaden; evenwel zal elk vonnis dat wordt gewezen in een strafrechtelijk of burgerrechtelijk geding openbaar zijn, tenzij het belang van jeugdige personen zich daartegen verzet of het proces echtelijke twisten of de voogdij over kinderen betreft.'

Evenals het EV heeft het onderhavige verdrag in Nederland rechtstreekse werking overeenkomstig art. 93 van de herziene Grondwet. Het is voor het Koninkrijk der Nederlanden in werking getreden op 11 maart 1979 (73). Van het verdrag zijn de Chinese, de Engelse, de Franse, de Russische en de Spaanse tekst gelijkelijk authentiek (art. 53, eerste lid, IV). Omdat volgens de genoemde grondwetsbepaling de rechtstreekse werking afhangt van de publikatie, zullen binnen de Nederlandse rechtsorde de beide in het Tractatenblad gepubliceerde authentieke teksten, namelijk de Engelse en de Franse, als maatgevend moeten worden beschouwd.

Evenals art. 6, eerste lid, EV roept ook art. 14, eerste lid, IV enige interpretatie-problemen op. Het — in vergelijking met het EV zwakke — handhavingssysteem van het IV (74) brengt mee dat over de interpretatie wel gezaghebbende uitspraken kunnen worden gedaan door het Comité voor de rechten van de mens en door conciliatiecommissies ad hoc, maar deze uitspraken hebben — anders dan die van het EHRM — geen bindende kracht en dus ook geen werking binnen de Nederlandse rechtsorde overeenkomstig art. 92 van de herziene Grondwet. Vooralsnog vormt derhalve de hierna te bespreken ontstaansgeschiedenis het enige houvast voor de interpretatie van art. 14. Voor de vraag in hoeverre deze verdragsbepaling op het in dit preadvies te behandelen terrein toepasbaar is, komt het op de eerste plaats aan op de tweede volzin van het eerste lid. Deze luidt in het Engels en in het Frans (75):

'In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law.'

(73) Zie over dit verdrag en zijn totstandkoming mijn bijdrage 'Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten', in: *Ars Aequi* 31 (1982), blzz. 239-247.

(74) Zie *a.w.* (noot 73), blzz. 244-245.

(75) Mijn cursiveringen.

'Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui *décidera* soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit *des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil*' (76).

B. Uit de ontstaansgeschiedenis van deze verdragsbepaling — die tot 1948 teruggaat — blijkt dat met de woorden 'in a suit at law' bedoeld is, de toepasselijkheid te beperken tot gevallen waarin reeds een beroep op de rechter openstaat (77). Het was echter niet de bedoeling, de procedurele waarborgen van art. 14, eerste lid, te beperken tot bepaalde delen van de geschillenbeslechting. Men wilde integendeel aan *elke* geschillenbeslechting waarbij de rechtspositie van burgers (hetzij onderling, hetzij ten opzichte van de overheid) in het geding is, deze eisen stellen (78). Uit het feit dat bij de totstandkoming van het EV niet de bedoeling bleek om art. 6, eerste lid, een beperkter toepassingsgebied te geven dan het (toen nog in ontwerp-stadium verkerende) art. 14, eerste lid, IV, leidden Partsch en Buergenthal en Kewenig af, dat art. 6 — ondanks de vervanging in de Engelse tekst van 'in a suit at law' door 'civil' — een algemene, niet tot het strafrecht en het privaatrecht beperkte betekenis heeft gehouden (79). Zoals in de voorgaande paragraaf is uiteengezet, is het EHRM echter een andere weg ingeslagen, waarbij uit de begrippen 'civil rights and obligations' en 'droit et obligations de caractère civil' een beperking van het toepassingsgebied wordt afgeleid; dit toepassingsgebied omvat volgens het Hof naast strafvervolgingen in elk geval privaatrechtelijke rechten en verplichtingen, waarbij het tot dusverre uitdrukkelijk in het midden heeft gelaten of de aangehaalde begrippen ook nog andere rechten en verplichtingen omvatten. Een voor het administratieve recht relevante verruiming van het toepassingsgebied is vervolgens verkregen door de interpretatie van de termen 'determination' en 'décidera'. Eveneens werd in de vorige paragraaf uiteengezet, dat de richting van de jurisprudentie van het Europese Hof mogelijk is beïnvloed door de in het Golder-arrest ontwikkelde

(76) In de Spaanse tekst wordt gesproken van 'la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil'.

(77) Velu, *a.w.*, blzz. 151 en 156, inzake de amendementen van de Amerikaanse vertegenwoordigster mevr. Roosevelt.

(78) *A.w.*, blzz. 156-159.

(79) Zie par. 2.3.2 van dit preadvies.

opvatting dat art. 6 mede een recht op toegang tot de rechter inhoudt.

Deze ontwikkelingen in de formulering en uitleg van art. 6 EV kunnen echter niet tot de conclusie leiden dat art. 14 IV thans anders moet worden opgevat dan het blijkens de wordingsgeschiedenis is bedoeld, namelijk als een garantie van behoorlijke rechtspraak voor alle gevallen waarin een geschil omtrent de rechtspositie van een burger moet worden beslecht. Beslissend voor de toepasselijkheid van art. 6 EV is dus het bestaan van bepaalde (namelijk 'civil', 'de caractère civil') typen rechten, terwijl voor de toepasselijkheid van art. 14 IV juist het bestaan van een rechtsgang voor de beslechting van de geschillen over rechten en verplichtingen van burgers beslissend is, waarbij dan aan die rechtsgang bepaalde eisen worden gesteld.

De vraag hoe art. 14, eerste lid, IV zich verhoudt tot art. 6, eerste lid, EV, kwam ook aan de orde in het rapport dat een commissie van regeringsdeskundigen van de Raad van Europa over de verschillen tussen het IV en het EV heeft uitgebracht. Bij de beoordeling van het in dit rapport ingenomen standpunt moet wel in aanmerking worden genomen, dat het stuk werd opgesteld voordat de jurisprudentie van het EHRM tot ontwikkeling was gekomen. De commissie stelde het volgende:

'The English text of the UN Covenant uses' (in art. 14) 'the wording "rights and obligations in a suit at law"', while the English text of the European Convention speaks of "civil rights and obligations". However, in view of the fact that the French texts use identical terms ("des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil"), the experts considered that the intention was the same' (80).

Dit standpunt kan, zeker in het licht van de inmiddels door het Europese Hof gevormde jurisprudentie, thans niet worden onder-

(80) *Human Rights, Problems arising from the co-existence of the United Nations Covenants on Human Rights and the European Convention on Human Rights, Differences as regards the Rights Guaranteed* (Report of the Committee of Experts on Human Rights to the Committee of Ministers), Council of Europe, document nr. H (70) 7, Strasbourg 1970, par. 138 sub ii. In dezelfde zin A.H. Robertson, *Human Rights in the World*, Manchester 1972, blz. 91, die zich kennelijk bij de behandeling van de verschillen door het rapport van de deskundigencommissie heeft laten leiden, alsmede Van Dijk/Van Hoof, *a.w.*, blz. 314.

schreven (81). Juist nu de interpretatie van art. 6 EV zich heeft verwijderd van de ontstaansgeschiedenis in het kader van de Verenigde Naties, is het niet juist art. 14 IV nog eens te gaan interpreteren aan de hand van art. 6 EV. Dat is immers de consequentie die de regeringsdeskundigen aan hun apodictische conclusie dat 'the intention was the same' hebben verbonden: art. 14, eerste lid, tweede volzin, IV zou geen verplichtingen meebrengen die verder gaan dan die volgens art. 6, eerste lid, eerste volzin, EV (82).

C. De hierboven aan art. 14 gegeven uitleg berust op de opvatting dat de Franse woorden 'de caractère civil' in de context van dat verdrag de waarde hebben van 'de rechtspositie van de burger betreffende', derhalve tot hetzelfde toepassingsgebied leiden als de Engelse woorden 'in a suit at law' en geen beperkingen tot bepaalde typen rechtsbetrekkingen impliceren. Een en ander is ook van belang voor de laatste zinsnede van art. 14, eerste lid. Deze luidt in het Engels: 'but any judgement rendered in a criminal case or in a suit at law shall be made public except where the interest of juvenile persons otherwise requires or the proceedings concern matrimonial disputes or the guardianship of children' (mijn cursivering). De Franse tekst luidt, eveneens met mijn cursivering: 'cependant, tout jugement rendu en matière pénale ou civil sera public, sauf si l'intérêt de mineurs exige qu'il en soit autrement ou si le procès porte sur des différends matrimoniaux ou sur la tutelle des enfants.' Dat de Franse tekst niet anders dan de Engelse versie ertoe strekt, openbare uitspraken (behoudens de genoemde uitzonderingen) te eisen in alle rechtszaken waarin de rechtspositie van de burger in het geding is, blijkt ook bij vergelijking met de gelijkkelijk authentieke Spaanse tekst. Terwijl deze in de eerste volzin nauw aansluit bij de Franse tekst ('derechos y obligaciones de carácter civil'), is in de zinsnede aan het slot van het eerste lid een formulering gekozen die onmiskenbaar correspondeert met het ruime 'in a suit at law' van de Engelse versie. Daar leest men immers: 'pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública', waarna dezelfde uitzonderingen volgen. *Contenciosa* (in het Frans *contentieuse*) duidt aan dat het moet gaan om recht-

(81) Op dit punt ben ik tot een ander inzicht gekomen dan in mijn in noot 73 vermelde bijdrage, blzz. 241-242.

(82) Zie Part A (par. 1-6) van het aangehaalde rapport.

spraak met het karakter van geschillenbeslechting, zulks in tegenstelling tot de gracieuze jurisdictie.

D. Er is nog een andere reden waarom art. 14, eerste lid, IV op het gebied dat in dit preadvies aan de orde is, naast art. 6, eerste lid, EV van belang kan zijn. Deze reden is daarin gelegen dat de eerste volzin van art. 14, eerste lid, (*gelijkheid voor de rechter*) geen pendant heeft in het EV. Op dit punt heeft ook de commissie van regeringsdeskundigen in haar rapport van 1970 met een ruimere bescherming rekening gehouden (83). Het is, aldus de commissie, 'not clear whether this provision would apply to the access of aliens to the courts, whether it is limited to natural persons and whether it should exclude certain distinctions which do not amount to discrimination and are permitted in the practice of the States bound by the European Convention' (84). Volgens de deskundigen was het echter onwaarschijnlijk dat de toepassing van deze bepalingen tot andere moeilijkheden zou leiden dan die welke onder de vigeur van art. 6 in samenhang met art. 14 EV aan de orde zouden kunnen komen (85). Bovendien wezen zij erop dat de 'equality of arms' al onder art. 6 EV begrepen werd (86). Zoals Van Dijk en Van Hoof opmerken betreft 'equality of arms' echter gelijkheid tussen partijen, terwijl art. 14, eerste lid, eerste volzin IV gelijkheid voor de rechter in het algemeen eist (87).

Voor de verwijzing van de deskundigen naar art. 14 EV valt wel wat te zeggen. Art. 14 EV is immers door de Europese Commissie voor de Rechten van de mens ruim uitgelegd. Voor de toepasselijkheid is het niet nodig dat er precies ter zake van de uitoefening van een van de in het EV (met inbegrip van de protocollen) neergelegde rechten discriminatie heeft plaatsgevonden. Voldoende is dat de discriminatie op het gebied van een van deze verdragsbepalingen ligt ('that the "subject matter" falls within the scope of

(83) Zie par. 5 en 6 van het rapport.

(84) *A.w.*, par. 138 sub i.

(85) Art. 14 EV luidt: 'Het genot van de rechten en vrijheden, welke in dit Verdrag zijn vermeld, is verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status.'

(86) *T.a.p.*

(87) *A.w.*, blz. 314, noot 511.

the Article in question') (88). Voor zover op deze jurisprudentie van de Commissie mag worden afgegaan, geldt inderdaad ingevolge art. 14 EV een discriminatieverbod in de rechtspraak dat zich zakelijk niet of nauwelijks van de in art. 14 IV, eerste lid, eerste volzin, neergelegde verplichting tot gelijke behandeling zal onderscheiden, *echter alleen 'within the scope' van art. 6 EV*. Juist door het ontbreken van laatstgenoemde beperking biedt art. 14, eerste lid, eerste volzin, IV een garantie die verder reikt: deze bepaling is namelijk op alle takken van rechtspraak van toepassing.

Een verplichting tot gelijke behandeling kan van invloed zijn op de *toegang tot de rechter*. In voorzichtige termen vestigde de deskundigencommissie in de hierboven geciteerde passage er de aandacht op, dat dit bij voorbeeld het geval kan zijn voor zover bij de toegang tot de rechter onderscheid wordt gemaakt tussen Nederlanders en vreemdelingen. Deze veronderstelling lijkt bevestiging te vinden in de uitspraak van de Afdeling rechtspraak van 14 december 1978 (*AB* 1979, 177, m.nt. F.H. van der Burg) inzake de vroegere CIA-medewerker P.B.F. Agee. De Afdeling liet in deze zaak de in art. 34, eerste lid onder b, van de Vreemdelingenwet vervatte beperking van de beroepsmogelijkheid buiten toepassing, omdat appellant — een Amerikaan — daardoor op het punt van de beroepsmogelijkheden ingevolge de Wet Arob in een ongunstiger positie zou worden gebracht dan Nederlanders. Het buiten toepassing laten van de genoemde bepaling geschiedde op grond van het rechtstreeks werkende art. V, eerste lid, van het Verdrag van vriendschap, handel en scheepvaart tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Verenigde Staten van Amerika (*Trb.* 1956, 40), dat — voor zover hier van belang — luidt:

'Onderdanen en vennootschappen van de ene Partij zullen binnen het grondgebied van de andere Partij nationale behandeling genieten m.b.t. het recht zich in elke aanleg te wenden tot de gewone rechter, administratieve scheidsrechten en instanties, zowel ter verkrijging als ter verdediging van hun recht, (. . .).'

De onderhavige uitspraak is gedaan voordat het IV voor Nederland

(88) Zie Van Dijk/Van Hoof, *a.w.*, blz. 449, met verwijzing naar het rapport van de Commissie in de zaak 5935/72 (X v. Bondsrepubliek Duitsland), *Yearbook of the European Convention on Human Rights* XIX (1976), blzz. 276 e.v. (citaat, blz. 288).

in werking trad. Het lijkt aannemelijk dat thans op grond van art. 14, eerste lid, eerste volzin, IV ten aanzien van alle vreemdelingen beperkingen van de beroepsmogelijkheden in vergelijking met Nederlanders buiten toepassing zouden moeten worden gelaten.

E. In verband met de in deze paragraaf getrokken conclusie dat art. 14, eerste lid, IV van toepassing is in alle gevallen waarin een geschil omtrent de rechtspositie van een burger moet worden beslecht, verdient het volgende nog de aandacht. Op 18 juli 1978 trad de *American Convention on Human Rights* (op 22 november 1969 te San José, Costa Rica, tot stand gekomen) in werking (89). De inhoud van het verdrag is geïnspireerd door die van EV en het IV, het handhavingssysteem door dat van het EV (90). Burgers en hun organisaties kunnen klachten wegens schending van het Amerikaanse verdrag indienen bij de Inter-American Commission of Human Rights (art. 44). Nadat de Commissie rapport heeft uitgebracht, kan zij of een van de bij het verdrag aangesloten staten de zaak aan het Inter-American Court of Human Rights voorleggen, voor zover de staat waartegen de klacht is gericht de rechtsmacht van het Hof heeft erkend. Een punt van overeenkomst met het EV is voorts, dat ook het Amerikaanse Verdrag bedoeld is om zowel voor landen met een rechtscultuur van continentaal-Europese origine als voor landen met een Anglo-Amerikaanse rechtscultuur te gelden.

Het verdient de aandacht dat de opstellers van het verdrag zich erop hebben toegelegd om het toepassingsgebied van de bepaling die met art. 6, eerste lid, EV en art. 14, eerste lid, IV overeenkomt, eenduidig te omschrijven (91). Art. 8, eerste lid, van het Amerikaanse verdrag luidt:

(89) In januari 1982 was dit verdrag geratificeerd door Barbados, Bolivia, Colombia, Costa Rica, de Dominicaanse Republiek, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, Mexico, Nicaragua, Panama, Peru en Venezuela. Deze gegevens zijn ontleend aan Thomas Buergenthal, *The Inter-American Court of Human Rights*, blz. 231, in: *American Journal of International Law*, 76 (1978), Nr. 2, blzz. 231-245.

(90) Zie Thomas Buergenthal/Robert Norris/Dinah Shelton, *Protecting Human Rights in the Americas, Selected Problems*, Kehl/Strasbourg/Arlington 1982, blzz. 97-99.

(91) Vgl. Jochen Abr. Frowein, *Die Europäische und die Amerikanische Menschenrechtskonvention - Ein Vergleich*, blz. 445, in: *EuGRZ* 1980, blzz. 442-449.

'Every person has the right to a hearing, with due guarantees and within a reasonable time by a competent, independent, and impartial tribunal, previously established by law, in the substantiation of any accusation of a criminal nature made against him or for the determination of his rights and obligations of a civil, labor, fiscal, or any other nature.'

In deze formulering blijkt duidelijk dat de 'rights and obligations' ter zake waarvan een grondrecht op behoorlijke rechtspraak op zijn plaats wordt geacht, de gehele rechtspositie van de burger omvatten, ook voor zover deze rechtspositie op administratiefrechtelijke (zoals fiscaalrechtelijke) rechtsnormen berust.

2.5. Het ontbreken van een algemene waarborg voor de toegang tot de rechter inzake geschillen over administratiefrechtelijke rechtsbetrekkingen in het Nederlandse recht

A. Om de toegang tot de rechter op het gebied van het administratieve recht over de gehele linie te waarborgen zou een positiefrechtelijke norm nodig zijn die het stelsel van toegang tot de rechter *sluit*, d.w.z. een competente rechter aanwijst voor alle gevallen waarin niet uit anderen hoofde een rechter bevoegd is. In de Bondsrepubliek Duitsland wordt dit gedaan door Art. 19, vierde lid, tweede volzin, van het Grundgesetz (92), in Frankrijk door Article L 3 van de Code des tribunaux administratifs in samenhang met Article 32 van de Ordonnance nr. 45-1708 du 31 juillet 1945 sur le Conseil d'Etat (93). Weliswaar zijn er in het Nederland-

(92) In feite heeft op de aanvullende algemene competentie van de gewone rechter op grond van dit artikel nauwelijks een beroep te worden gedaan. De administratieve rechtspraak berust immers op algemene competentiebepalingen, die zelf al vrijwel sluitend zijn. Vgl. Bruno Schmidt-Bleibtreu en Franz Klein, *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 3e druk, Neuwied/Berlin 1973, blz. 324.

(93) Ingevolge de laatstgenoemde bepaling is de Conseil d'Etat administratieve rechter (a) in hoger beroep tegen uitspraken van de tribunaux administratifs en (b) in cassatie-beroep tegen de einduitspraken in bijzondere rechtsgangen, zoals die van de Rekenkamer, de Conseil supérieur de l'Education nationale en enkel hoge tuchtcolleges. Zie Louis Trotabas en Paul Isoart, *Manuel de Droit Public et Administratif*, 19e druk, Paris 1978, blz. 175.

Van administratieve en elke andere rechtspraak uitgesloten zijn naar Frans recht de zgn. *actes de gouvernement*, die hetzij de onderlinge betrekkingen en het intern functioneren van staatsorganen, hetzij de buitenlandse

→

se recht twee bepalingen die *ten dele* een aanvullende algemene rechterlijke competentie vestigen uit hoofde waarvan administratiefrechtelijke rechtsbetrekkingen kunnen worden beoordeeld (namelijk art. 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie, in samenhang met de artt. 1401 en 1395 van het Burgerlijk Wetboek, en art. 7, eerste lid, van de Wet Arob), maar deze bepalingen zijn ten opzichte van elkaar niet complementair. Voor zover de toegang tot de rechter wel verzekerd is, rijst uiteraard de vraag of de inrichting van de rechtspraak voldoet aan de eisen van art. 6 EV, alsmede aan de verwante vereisten van art. 14 IV en art. 121 van de herziene Grondwet; die vraag komt in hoofdstuk 4 aan de orde. In de volgende paragraaf (2.6) wordt onderzocht welke rechtsonwikkeling ertoe heeft geleid dat in Nederland tot op heden geen sluitend stelsel van toegang tot de rechter ter zake van administratiefrechtelijke rechtsbetrekkingen tot stand is gekomen. Daaraan voorafgaand moeten echter enkele opmerkingen worden gemaakt ter verduidelijking van de stelling dat art. 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie en art. 7 van de Wet Arob ten opzichte van elkaar niet complementair zijn en diensgevolge, ook in combinatie, het stelsel niet sluiten.

B. De gewone rechter heeft art. 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie aldus uitgelegd dat hij bevoegd is kennis te nemen van geschillen met de overheid waarin een burger vraagt te worden beschermd in een vorderingsrecht op grond van art. 1401 BW of art. 1395, eerste lid, BW, *ook* indien voor de gestelde onrechtmatigheid of onverschuldigheid een administratiefrechtelijke rechtsbetrekking beslissend is (94). Voor de toewijzing van de vordering

→ betrekkingen betreffen (*a.w.*, blzz. 165-166). Wat de laatste betreft is toepasbaarheid van art. 6 niet geheel uitgesloten.

(94) Vaste jurisprudentie sedert HR 31 december 1915, *NJ* 1916, 407 (Noordwijkerhout/Guldemond). In zijn arrest van 26 maart 1971 (*AB* 1971, 135, m.nt. D.J. Veegens, en *AA* 1972, blzz. 149-157, m.nt. H.J.M. Jeukens, inzake verkiezingsafpraak Elsloo) oordeelde de HR dat uit een afspraak volgens welke bij de aanvaarding van het lidmaatschap van de gemeenteraad zou worden afgeweken van de bepalingen der Kieswet, 'niet voortvloeit eigendom of enig daaruit voortspruitend recht, een schuldvordering of een burgerlijk recht, alles als bedoeld in art. 2 Wet RO', en dat de eiser in de procedure voor de rechtbank 'door deze afspraak te stellen en naleving daarvan te vorderen, niet heeft gesteld een rechtsverhouding als in dat artikel bedoeld en niet bescherming heeft gevorderd in enig recht als daarin omschreven'. Met Jeukens (in →

is vervolgens wel een preliminaire voorwaarde, dat het belang dat aan een vordering wegens onrechtmatige daad ten grondslag ligt, 'behoort tot de belangen welke art. 1401 BW beoogt te beschermen.' Dit is op zichzelf niet het geval met het belang van overheidslichamen bij de naleving van hun voorschriften (95), maar wel met het belang van een burger bij naleving door de overheid van administratiefrechtelijke bepalingen op het gebied van de ruimtelijke ordening (96). In beginsel heeft de burger dus toegang tot de gewone rechter ter zake van administratiefrechtelijke rechtsbetrekkingen:

— indien een besluit, doen of laten van een administratief orgaan in het kader van zo'n rechtsbetrekking als onrechtmatige daad kan worden gekwalificeerd;

— indien een betaling door een burger uit hoofde van een pretense administratiefrechtelijke rechtsbetrekking gedaan, als onverschuldigde betaling kan worden gekwalificeerd.

Bepalend voor de bevoegdheid van de gewone rechter is slechts of de aanlegger stelt dat er een privaatrechtelijke rechtsbetrekking ingevolge art. 1401 of art. 1395 BW bestaat; bepalend voor de toewijsbaarheid van de vordering is de kwalificatie van een administratiefrechtelijke (rechts)handeling (97) — naar materieel privaatrecht — als al dan niet onrechtmatig resp. onverschuldigd. De toegang tot de rechter is dus — nogmaals: in beginsel — gegeven

→ zijn noot, blz. 156) en F.H. van der Burg/G.J.M. Cartigny (*Rechtsbescherming tegen de overheid*, 3e druk m.m.v. G. Overkleef-Verburg, Nijmegen 1982, blz. 160) kan worden aangenomen dat de rechter wel bevoegd zou zijn geweest als de eiser een onrechtmatige daad zou hebben gesteld. Zijn vordering had dan overigens toch moeten worden afgewezen. Vgl. ook J.C.M. Leijten, Wie komt daar uit zijn hokje? Over civiele rechtspraak en haar grenzen, blzz. 691-692 met noot I (in *RM Themis* 1974, blzz. 679-732), die zich — m.i. terecht — verzet tegen Jeukens' opvatting dat de gewone rechter in de zaak van de verkiezingsafpraak zelf, langs de weg van art. 48 Rv, zijn bevoegdheid had moeten funderen.

(95) HR 9 november 1973, *NJ* 1974, 91 (Limmen/Houtkoop) m.nt. W.F. Prins.

(96) HR 21 mei 1976, *NJ* 1977, 17 (Eindhoven/Aussems), m.nt. W.F. Prins. Zie hierover nader Van der Burg/Cartigny, *a.w.*, blz. 163.

(97) Onder administratiefrechtelijke rechtshandeling kunnen zowel besluiten van administratieve organen als (beweerdelijk onverschuldigde) betalingen door burgers worden begrepen. Feitelijke administratiefrechtelijke handelingen zijn daden van openbaar gezag zoals bij voorbeeld in HR 29 maart 1940, *NJ* 1940, 1128 (Heldenkermis) aan de orde waren.

doordat de open normen van art. 1401 en art. 1395 BW de administratiefrechtelijke normen waarnaar de onrechtmatigheid of onverschuldigheid beoordeeld moet worden, op een privaatrechtelijke rechtsbetrekking betrekken (98). De hier bedoelde bevoegdheid van de gewone rechter op grond van art. 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie lijdt slechts uitzondering, 'wanneer de procedure voor de administratieve rechter voorziet in een uitspraak op geldelijke aanspraken en in een executie daarvan' (99). In andere gevallen leidt de mogelijkheid voorziening te vragen bij een administratieve rechter hoogstens tot niet-ontvankelijkheid van een vordering bij de gewone rechter (100).

Toch leidt art. 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie in samenhang met de artt. 1401 en 1395 BW niet tot een sluitend stelsel van toegang tot de rechter ter zake van administratiefrechtelijke rechtsbetrekkingen. Naar de maatstaf van het arrest van het EHRM van 23 juni 1982 (inzake *I.e. Compte, Van Leuven en De Meyere*) dient immers de toegang tot de rechter te leiden tot een volledige beoordeling van de relevante feitelijke en juridische vragen (101). Daarvan is echter ondanks de vooropgestelde bevoegdheid, geen sprake in die gevallen waarin een naar het oordeel van de Hoge Raad met voldoende waarborgen omklede rechtsgang in administratief beroep is gevolgd. Alhoewel de gewone rechter zich in die gevallen bevoegd acht, geeft hij *geen eigen oordeel* over de administratiefrechtelijke rechtsbetrekking (102). Indien het administratief beroep heeft geleid tot een bevestiging van het bestreden besluit, verklaart de gewone rechter een vordering op grond van onrechtmatige daad of onverschuldigde betaling niet-

(98) Vgl. Norbert Achterberg, *Rechtsverhältnisse als Strukturelemente der Rechtsordnung*, blzz. 407-408, in: *Rechtstheorie* 9 (1978), blzz. 385-410; tevens in Achterberg, *Theorie und Dogmatik des öffentlichen Rechts*, Berlin 1980, blzz. 135-162 (blzz. 158-159). Zie over de door Achterberg ontwikkelde leer inzake transformatie ook mijn commentaar 'Rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur', in: *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 11 (1982), blzz. 105-111.

(99) Van Angeren, *a.w.*, (noot 25), blz. 83, die zijn conclusie onder meer baseert op HR 26 juni 1964, *NJ* 1965, 2, m.nt. G.J. Scholten, en *AA* XV (1966), blzz. 209-211, m.nt. W.F. Prins.

(100) Vgl. HR 25 november 1977, *AB* 1978, 1 (Plassenschap Loosdrecht), m.nt. J.R. Stellinga.

(101) Par. 51 sub b en 60 (zie voor vindplaatsen noot 12).

(102) Van Angeren, *a.w.*, blz. 83 en 103.

ontvankelijk (103). Heeft daarentegen het administratief beroep geleid tot vernietiging, wijziging of vervanging van het bestreden besluit, dan bestaat de mogelijkheid dat de gewone rechter ter zake van het oorspronkelijke besluit een schadevergoeding toekent of een veroordeling tot terugbetaling uitspreekt (104). De vordering is dan dus wel ontvankelijk. Ook in deze gevallen onthoudt de gewone rechter zich evenwel van een eigen oordeel over het in administratief beroep getoetste besluit (105). De vaststelling van de administratiefrechtelijke rechtsbetrekking in administratief beroep – mits met voldoende waarborgen omringd – *bindt* dus de gewone rechter; men duidt dit wel aldus aan, dat deze vaststelling tegenover de gewone rechter formele rechtskracht heeft (106).

Indien de belanghebbende *verzuimt*, gebruik te maken van een voor hem openstaande voorziening in administratief beroep, zal de gewone rechter in een vordering op grond van onrechtmatige daad of onverschuldigde betaling eveneens afzien van een eigen beoordeling van de administratiefrechtelijke rechtsbetrekking (107). Van Angeren neemt aan, dat het er hierbij niet toe doet of het administratief beroep al dan niet met voldoende waarborgen is omkleed. Het komt er immers op aan 'dat de belanghebbende eerst de kansen, die het administratief beroep te bieden heeft, moet hebben uitgeput, alvorens hij een vordering bij de burgerlijke rechter met vrucht kan instellen (. . .). De deugdelijkheid van de beroepsprocedure gaat pas een rol spelen als er in beroep werkelijk een beslissing is gevallen' (108). Hierbij kan worden aangekend, dat het ook niet zonder meer in strijd is met het recht op toegang tot de rechter – zoals door het EHRM opgevat – indien deze toegang ervan afhankelijk wordt gesteld dat eerst bepaalde voor-procedures worden doorlopen (109). Wel zal men ermee rekening moeten houden dat de voorprocedures het beroep op de rechter niet ineffectief mogen maken (110) en dat het oordeel

(103) *A.w.*, blz. 103.

(104) *A.w.*, blzz. 105-106 en blzz. 116-117.

(105) *A.w.*, blz. 106.

(106) *A.w.*, blz. 95.

(107) Zie voor een voorbeeld IIR 19 november 1977, *AB* 1978, 243, m.nt. J.R. Stellinga.

(108) *A.w.*, blz. 108; vgl. blzz. 104-105 en 107-111.

(109) Zie par. 51 sub a van het in noot 12 aangehaalde arrest.

(110) Vgl. par. 2.3.3 met noot 65 van dit preadvies.

van de rechter volgens art. 6 EV 'binnen een redelijke termijn' moet kunnen worden verkregen.

C. De beslissing over een vordering uit onrechtmatige daad of onverschuldigde betaling leidt naar haar aard tot een vaststelling van privaatrechtelijke aanspraken en verplichtingen. Daarop is, zelfs in een restrictieve interpretatie, art. 6, eerste lid, EV van toepassing. Dit geldt ook indien voor de gestelde onrechtmatige daad of onverschuldigde betaling een administratiefrechtelijke rechtsbetrekking beslissend is. Toch behoeft dit niet tot de conclusie te leiden dat in elke procedure voor de gewone rechter als in deze paragraaf bedoeld, de *administratiefrechtelijke rechtsbetrekking* zelfstandig door de rechter beoordeeld moet worden, ten einde strijd met art. 6 te voorkomen. Er kan immers onderscheid worden gemaakt tussen twee categorieën zaken.

Eenzijds zijn er administratiefrechtelijke rechtsbetrekkingen waarvan de bindende vaststelling als zodanig — in de zin van het arrest inzake *Le Compte, Van Leuven en De Meyere* — rechtstreeks iemands privaatrechtelijke rechtspositie bepaalt. Dan komt de toepasselijkheid van art. 6 voort uit de aard van de administratiefrechtelijke rechtsbetrekkingen, en dient een uitsluiting van de beoordeling van die rechtsbetrekkingen door de gewone rechter te worden afgewezen, althans indien een andere mogelijkheid van rechterlijke toetsing overeenkomstig art. 6 EV ontbreekt.

Anderzijds zijn er de zaken, waarin art. 6 EV op grond van het genoemde criterium geen rechterlijke beoordeling van de administratiefrechtelijke rechtsbetrekking vereist. Als dan toch een vordering bij de Nederlandse gewone rechter op grond van art. 1401 BW wordt ingesteld, komt de toepasselijkheid van art. 6 uitsluitend voort uit het materiële Nederlandse privaatrecht (in het bijzonder het recht betreffende de onrechtmatige overheidsdaad). Dit heeft als consequentie dat het ook een zaak van materieel Nederlands privaatrecht is, in hoeverre voor de onrechtmatigheid een uitspraak in administratief beroep maatgevend wordt geacht (111). Een rechtsregel volgens welke administratiefrechtelijke rechtshandelingen die naar hun aard niet bepalend zijn voor privaatrechtelijke rechten en verplichtingen, geen onrechtmatige daad opleveren voor zover zij in een met voldoende waarborgen omklede ad-

(111) Vgl. Van Angeren, *a.w.*, blzz. 104 en 116.

ministratieve beroepsprocedure zijn getoetst, leidt op zichzelf niet tot strijd met art. 6 EV. (Wel kan het ontbreken van rechterlijke geschillenbeslechting inzake zulke administratiefrechtelijke rechtsbetrekkingen strijdig zijn met art. 6 EV, voor zover de begrippen 'civil rights and obligations' en 'droit et obligations de caractère civil' nog andere rechten en verplichtingen dan privaatrechtelijke omvatten, alsmede met het qua toepassingsgebied ruimer te interpreteren art. 14 IV.)

D. In dit verband dient nog te worden nagegaan, welke vormen van administratief beroep in de opvatting van de Hoge Raad 'met voldoende waarborgen zijn omkleed' (hetgeen als gevolg heeft dat de algemene bevoegdheid van de gewone rechter op grond van art. 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie jo. de artt. 1395 en 1401 BW niet voorziet in een toegang tot de rechter met 'plénitude de la juridiction' (112) inzake de administratiefrechtelijke rechtsbetrekking). Volgens Van Angeren is hiervoor van belang (a) of het beroepsorgaan onafhankelijk is van het orgaan dat het bestreden besluit nam, en (b) of bepaalde procedurewaarborgen (zoals inzake van de processtukken en hoor en wederhoor) zijn vastgelegd (113). Aan deze eisen voldoen het beroep op de Kroon (114) en — althans na de totstandkoming van de Provinciewet van 1962 (115) — het beroep op gedeputeerde staten wél (116), maar het beroep op de gemeenteraad niet (117). Overigens mag worden aangenomen, dat de gewone rechter wel bereid zal zijn een beweerde schending van die waarborgen in een bepaalde zaak te onderzoeken, en dat hij aan een eventuele schending de consequentie zal verbinden dat hij de administratiefrechtelijke rechtsbetrekking in zo'n geval wél zelf beoordeelt (118).

Hierna zal blijken dat, in verband met de aanvullende rechtsbescherming ingevolge de Wet Arob tegen onder meer besluiten van

(112) Zie par. 2.3.3 met noot 69 van dit preadvies.

(113) *A.w.*, blzz. 97-99.

(114) Bij voorbeeld HR 9 maart 1938, *NJ* 1938, 1000; HR 23 november 1965, *NJ* 1966, 331, m.nt. A.L.M. van Berckel.

(115) Zie art. 109; vgl. Van Angeren, *a.w.*, blz. 99.

(116) HR 28 november 1967, *NJ* 1968, 143.

(117) HR 22 februari 1957, *NJ* 1957, 310 (Schellen- en deuropenersarrest).

(118) Dit valt af te leiden uit HR 31 december 1971, *NJ* 1972, 137 m.nt. G.J. Scholten.

gedeputeerde staten, het probleem van het ontbreken van toegang tot een rechter met 'plénitude de juridiction' zich vooral bij het beroep op de Kroon voordoet. Nu is het, zoals A.R. Bloembergen — raadsheer in de Hoge Raad — heeft opgemerkt, denkbaar 'dat de Hoge Raad, als hij thans voor het probleem gesteld zou worden, zich op het standpunt zou stellen, dat de vraag of een procedure met voldoende waarborgen is omkleed, thans wordt beslist door art. 6 van de Europese Conventie. Aangenomen dat het Kroonberoep ingevolge deze bepaling, voorzover het gaat om de vaststelling van burgerlijke rechten, niet als een met voldoende waarborgen omklede procedure kan worden beschouwd, zou men toch bij de burgerlijke rechter terecht kunnen' (119). Indien de Hoge Raad inderdaad zijn jurisprudentie in deze zin zal bijstellen, wordt het gat in de aanvullende algemene competentie van de gewone rechter gedicht — althans voor zover art. 6 EV van toepassing wordt geoordeeld. Zo'n jurisprudentiewijziging zal de behoefte aan wetswijziging echter niet kunnen wegnemen: men zal immers een situatie waarin het vaak langdurige (soms zelfs vele jaren durende) (120) beroep op de Kroon nog eens door een civiele procedure in drie instanties kan worden gevolgd, onmogelijk als een adequate regeling van de rechtsbescherming kunnen opvatten (121).

E. Art. 7, eerste lid, van de Wet Arob (jo. art. 63 van de Wet op de Raad van State) is de andere aan het begin van deze paragraaf

(119) Discussiebijdrage in de beraadslagingen van de Vereniging voor Bouwrecht over planschade en onteigening, afgedrukt in *Bouwrecht* 1981, blz. 284. In dezelfde zin B.W.N. de Waard, Europese mensenrechtenconventie en Kroonberoep, blz. 552, in: *TvO* 22 (1980), blzz. 550-553.

(120) Vgl. P.J.J. van Buuren, H. Bolt en M. Scheltma, *Kroonberoep en Arobberoep, Rapport van de vakgroep bestuursrecht en bestuurskunde Groningen naar de verschillen tussen Kroonberoep en Arobberoep*, Deventer 1981, blz. 45: 'Voor wat betreft het Kroonberoep worden ook op dit punt' (de 'tijd welke gemoeid is met het afhandelen van een beroepszaak') 'grote verschillen aangetroffen. Sommige typen zaken gaan relatief snel, andere vergen aanzienlijk meer tijd voordat een KB tot stand komt. Zo komen uitspraken omtrent beroepen tegen weigeringen van vrijstellingen van militaire dienstplicht uiterst snel tot stand (5 à 6 maanden is normaal). Besluiten op grond van de Algemene Bijstandswet vergen ongeveer een evenlange procesduur als een modale Arob-zaak' (12 à 18 maanden). 'Koninklijke Besluiten op grond van de Ontgrondingenwet of de Monumentenwet laten meestal vele jaren op zich wachten. Een jaar of vier, vijf is heel normaal; zelfs komt tien jaar wel voor.'

(121) Vgl. De Waard, *t.a.p.*

genoemde bepaling die *ten dele* een aanvullende algemene rechterlijke competentie tot beoordeling van administratiefrechtelijke beschikkingen vestigt. Mits eventuele administratieve procedures (de Arob-bezwaarschriftprocedure of een procedure van administratief beroep) zijn afgewerkt, kan ingevolge deze bepaling ieder die door een beschikking rechtstreeks in zijn belang is getroffen, bij de Afdeling rechtspraak van de Raad van State beroep instellen. Uit art. 5, aanhef en onder d, en art. 1, eerste lid, aanhef en onder d en e, vloeit voort dat deze mogelijkheid van toegang tot de rechter bijzondere regelingen van administratieve rechtspraak aanvult. Toch leidt ook de Wet Arob niet tot een sluitend stelsel van administratieve rechtspraak. Afgezien van de beperkingen die uit het beschikkingsbegrip van de Wet Arob voortvloeien (122), is voor sommige administratiefrechtelijke zaken de toepasselijkheid van die wet *uitgesloten*. In de Wet Arob worden daarvoor — met een systematiek die voor verbetering vatbaar is (123) — drie verschillende technieken gebezigd: in art. 1 uitzonderingen op het begrip administratief orgaan (dat een element vormt van het beschikkingsbegrip van art. 2); in art. 5 uitzondering van bepaalde categorieën beschikkingen; ingevolge art. 6, dat naar een bijlage (de zgn. negatieve lijst) verwijst, in het algemeen als tijdelijk bedoelde uitzonderingen van beschikkingen op grond van wettelijke voorschriften en bevoegdheden (124) die in de bijlage zijn vermeld.

In het algemeen leiden deze uitzonderingen op de toepasselijkheid van de Wet Arob niet ertoe, dat ter zake de mogelijkheid ontbreekt om de administratiefrechtelijke rechtsbetrekking aan het oordeel van een rechterlijk orgaan te onderwerpen. Waar niet in administratieve rechtspraak is voorzien, acht de gewone rechter

{122} Zie daarover J.B.J.M. ten Berge en F.A.M. Stroink, *Arob in vogelvlucht*, Alphen aan den Rijn 1980, blzz. 52-72, en J.A. Borman, *Administratieve rechter en rechtshandeling naar burgerlijk recht*, blzz. 7-25, in: *Handelingen 1981 der Nederlandse Juristen-Vereniging*, deel 1, tweede stuk, Zwolle 1981; R.W.L. Loeb, *De Wet Arob toegepast*, Nijmegen 1981, blzz. 9-48.

{123} Voorstellen daarvoor zijn vervat in het ontwerp van *Wet houdende wijziging van de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen, vaststelling van een nieuwe bijlage als bedoeld in art. 6 van die wet en wijziging van de onteigeningswet inzake het horen van de Raad van State* (16945, nr. 2). Zie de memorie van toelichting (16945, nr. 3), blzz. 1-2.

{124} Vgl. par. 4 op blz. 13 van de in noot 123 vermelde memorie van toelichting.

zich immers bevoegd. Problemen doen zich pas voor waar op de toepasselijkheid van de Wet Arob een uitzondering bestaat die geheel of ten dele *samenvalt* met de gevallen waarin de gewone rechter zich van een eigen oordeel over de administratiefrechtelijke rechtsbetrekkingen onthoudt. Dit nu is onder meer het geval bij beschikkingen waartegen beroep op de Kroon openstaat. Zolang dit openstaat, alsmede indien de betrokkene de mogelijkheid van beroep op de Kroon ongebruikt heeft gelaten, is een beroep op de Afdeling rechtspraak ingevolge art. 5, aanhef en onder d, niet-ontvankelijk. Nadat de Kroon in administratief beroep uitspraak heeft gedaan, sluit art. 5, aanhef en onder a, uit dat tegen de beschikking van de Kroon Arob-beroep wordt ingesteld. Deze bepaling luidt:

‘Geen voorzieningen als in deze wet bedoeld staan open tegen:

a. beschikkingen, waarbij krachtens wettelijk voorschrift, hetzij de Raad van State, hetzij de Afdeling voor de geschillen van bestuur van dat college is gehoord;

{...}’

De opneming van deze bepaling valt enerzijds te verklaren uit de tot voor kort vrij algemeen aanvaardde opvatting dat het beroep op de Kroon een ruimere rechtsbescherming zou bieden dan het Arob-beroep (zie daarover de volgende twee paragrafen), en anderzijds uit de wijze waarop de Arob-rechtspraak in het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming is opgenomen: namelijk als derivaat van de aanvullende regeling voor beroep op de Kroon ingevolge de Wet beroep administratieve beschikkingen (*Stb.* 1963, 268), en met aanwijzing als administratieve rechter van een afdeling van hetzelfde college, waarvan een andere afdeling in administratieve beroepszaken adviseert.

Hiernaast zijn er nog enkele andere uitzonderingen op de toepasselijkheid van de Wet Arob die gevallen betreffen waarin — naar de bestaande jurisprudentie van de Hoge Raad — de aanwezigheid van een met voldoende waarborgen omkleed administratief beroep de gewone rechter ervan zou kunnen weerhouden zich een eigen oordeel over de administratiefrechtelijke rechtsbetrekking te vormen. Deze situatie zou zich met name bij de volgende beschikkingen kunnen voordoen:

— beslissingen van de Octrooiraad als beroepsorgaan ingevolge de Rijksoctrooiwet (uitgezonderd ingevolge art. 1, aanhef en onder g,

van de Wet Arob) (125);

— uitspraken op grond van de beroepsregeling van het Reglement van de Buitenlandse Dienst 1951 (uitgezonderd ingevolge art. 6 van de Wet Arob jo. onderdeel Buitenlandse Zaken, nr. 1 van de bijlage);

— uitspraken van de Onderwijsraad ingevolge art. 24, tweede lid van de Wet op het voortgezet onderwijs, art. 90, tweede lid, van de Lager-onderwijswet 1920 en art. 66, vierde lid van de Kleuteronderwijswet in geschillen tussen de onderwijsinspectie en het bevoegd gezag van een school over leerplannen en lesroosters c.q. speel- en werkplannen en schema's van werkzaamheden (uitgezonderd ingevolge art. 6 van de Wet Arob jo. onderdeel Onderwijs en Wetenschappen, nrs. 1-3, van de bijlage) (126);

— uitspraken van de Academische Raad in geschillen tussen leden van de universitaire gemeenschap en in tuchtzaken ingevolge de artt. 39 en 41 van de Wet universitaire bestuurshervorming 1970 en uitspraken van beroepscommissies voor examens en tentamens ingevolge art. 40 van die wet (uitgezonderd ingevolge art. 6 van de Wet Arob jo. onderdeel Onderwijs en Wetenschappen, nr. 11, van de bijlage).

Uiteraard zou in al deze gevallen moeten worden afgewacht, of de gewone rechter de administratieve rechtsgang met voldoende waarborgen omkleed acht, gelet op de eerder in deze paragraaf omschreven criteria. Bij de aanwijzing van uitzonderingen op de toepasselijkheid van de Wet Arob waarin ook geen andere rechter rechtsbescherming biedt (hetzij de gewone rechter ingevolge zijn algemene competentie, hetzij een rechterlijk orgaan met een bijzondere competentie), moet een afbakening naar twee zijden plaatsvinden: enerzijds als het ware naar boven, namelijk waar een administratieve rechtsgang het karakter van rechtspraak draagt, en anderzijds als het ware naar beneden, namelijk waar een administratieve rechtsgang niet met voldoende waarborgen is omkleed. Zo zijn wegens de

(125) In art. 1, aanhef en onder g, van de Wet Arob wordt ook de Raad voor het Kwekersrecht genoemd. De artt. 26-27, 58-60 en 69 van de Zaaizaad- en plantgoedwet voorzien in beroepsmogelijkheden bij een Afdeling van Beroep, waarna beroep kan worden ingesteld bij het gerechtshof (eventueel gevolgd door cassatieberoep op de Hoge Raad).

(126) Ingevolge het in noot 123 vermelde wetsontwerp zullen de uitspraken van de Onderwijsraad in de toekomst via art. 1 van Arob-beroep worden uitgezonderd (zie 16945, nr. 3, par. 2.3 op blz. 4).

afbakening 'naar boven' in het vorenstaande de uitspraken van de Universitaire kiesraad (artt. 46 bis-46 sexies van de Wet universitaire bestuurs Hervorming in samenhang met het Besluit Universitaire Kiesraad) en de uitspraken van de commissie van beroep, bedoeld in art. 18 van de Wet op de Accountants-administratieconsulenten (127) niet vermeld; wegens de afbakening 'naar beneden' is vermelding van de beslissingen van de bedrijfscommissies krachtens de artt. 17, eerste lid, 19, eerste lid, 22, tweede lid, 23, eerste lid, en 23a, zesde lid, van de Wet op de ondernemingsraden achterwege gebleven. Zekere conclusies zijn echter op dit punt niet te trekken.

Met Van Angeren (128) kan worden aangenomen dat beroep op een minister geen met voldoende waarborgen omklede rechtsgang oplevert. Daarom zijn hier ook de beslissingen van de Minister van Verkeer en Waterstaat ingevolge art. 54 van de Wet Autovervoer Personen, art. 54, tweede lid, van de Wet Autovervoer Goederen, en art. 55, tweede lid, van de Wet Goederenvervoer Binnenscheepvaart (uitgezonderd via de bijlage bij art. 6 van de Wet Arob) onvermeld gebleven. Deze beroepsregeling zal overigens ingevolge het wetsontwerp 16977 worden gewijzigd. Anders zou de zaak kunnen liggen bij de beroepsregeling ingevolge het Rechtspositiereglement van de Buitenlandse Dienst, omdat daar aan ministeriële besluiten c.q. voordrachten van procedure op tegenspraak voor een zware, onafhankelijke commissie voorafgaat. Wel is er een moeilijkheid omdat het reglement – en dus ook deze procedure – niet berust op de wet in formele zin, maar op de artt. 58 en 72 van de Grondwet, zoals deze tot 17 februari 1983 luidde, en thans nog van kracht blijft op grond van art. 140 (vgl. ook additioneel art. XXIV) van de herziene Grondwet (129). Van Angeren stelt zich op het standpunt dat alleen een administratieve rechtsgang die op een wet in formele zin berust, de gewone rechter ertoe kan brengen zich van een eigen oordeel te onthouden (130). Die wettelijke grondslag zal door het wetsontwerp 16955 worden gelegd, maar door hetzelfde ontwerp zal ook de ambtenarenrechter ter zake competent worden, zodat de kwestie actuele betekenis verliest.

(127) Zie Vz. Afdeling rechtspraak 17 november 1977, *AB* 1978, 34, m.nt. B.J. van der Net. In deze uitspraak merkte de voorzitter de commissie als een met rechtspraak belast onafhankelijk orgaan in de zin van art. 1, aanhef en onder f, van de Wet Arob aan. Een op art. 6 EV gebaseerde klacht ten aanzien van de rechtspraak van deze commissie is bij de Europese Commissie voor de Rechten van de mens aangehangig.

(128) *A.w.*, blz. 101-102.

(129) Zie mijn *Vertrouwen op het recht* (a.w., noot 17), in het bijzonder noot 41, op blz. 12 en blzz. 26, 30 en 32.

(130) *A.w.*, blz. 94, met verwijzing naar HR 6 december 1957, *NJ* 1958, 30.

In de volgende paragraaf zal worden nagegaan, welke rechtsontwikkeling ertoe heeft geleid dat ook bij de invoering van algemene aanvullende administratieve rechtspraak in 1976 nog geen sluitend stelsel van toegang tot de rechter tot stand is gebracht.

2.6. De rechtsontwikkeling in Nederland op het gebied van de toegang tot de rechter inzake geschillen over administratiefrechtelijke rechtsbetrekkingen

A. De ontwikkeling van de rechtsbescherming inzake overheids-optreden in Nederland is reeds vele malen beschreven (131). Daaraan behoeft in dit preadvies niet weer een nieuwe beschrijving te worden toegevoegd. Belangrijker is het, een poging te doen om tot begrip te komen waarom tot op heden sommigen menen dat, voor zover administratieve organen discretionaire bevoegdheden uitoefenen, rechtspraak niet de meest adequate vorm van toetsing vormt. Algemeen wordt aangenomen dat de in 1910 door A.A.H. Struycken gepubliceerde brochure 'Administratie of rechter' (132) beslissende invloed heeft gehad op de verbreiding van deze gedachte. Hier kan in het midden blijven of dit ten volle aan de overtuigingskracht van Struyckens betoog valt toe te schrijven, dan wel aan de omstandigheid dat de door hem getrokken conclusies een welkome ondersteuning opleverden voor het verzet tegen volledige administratieve rechtspraak dat voortkwam uit 'de in ons land klassieke vrees, die het bestuur koestert voor rechterlijke controle' (133). Zoals hierna zal worden uiteengezet, heeft de in

(131) Zie voor de geschiedenis tot het midden van de '30er jaren: J. Kruseman, *Het vraagstuk der administratieve rechtspraak (Geschiedkundig overzicht)*, 2e druk, Haarlem 1938. Recente overzichten van de ontwikkeling zijn te vinden in: A.M. Donner, *Nederlands bestuursrecht (Uitgave 1973)*, I, *Algemeen deel*, 4e druk, Alphen aan den Rijn 1974, blzz. 334-350; H.D. van Wijk/W. Konijnenbelt, *Hoofdstukken van administratiefrecht*, 4e druk, 's-Gravenhage 1979, blzz. 139-144; Van der Burg/Cartigny, a.w. (noot 94), blzz. 193-199. (132) *Administratie of rechter, Beschouwingen over de moderne rechtsstaatsgedachte naar aanleiding van de aanhangige ontwerpen tot regeling der administratieve rechtspraak*, opnieuw afgedrukt in de *Verzamelde werken van Prof.mr. A.A.H. Struycken*, deel I, Arnhem 1924.

(133) J. van der Hoeven, *De grenzen van de rechterlijke functie in de administratieve rechtspraak*, in: *RM Themis* 1974, blzz. 658-678. Vgl. ook Kruseman, a.w., blzz. 205-206.

die brochure ontvouwde visie op de uitoefening van discretionaire bevoegdheden door het bestuur in elk geval het zicht op de aard en mogelijkheden van administratieve rechtspraak belemmerd. Struycken ging er immers van uit dat in de verhouding overheid-burger slechts een *deel* van de besluitvorming door het recht werd beheerst, namelijk voor zover de wet aan het bestuur *voorschrijft* hoe te beslissen. Voor een ander deel zou de wet zijn *teruggetreden* (134); de bevoegdheid van het bestuur berust dan wel op de wetgeving, maar hoe daarvan gebruik zal worden gemaakt is een kwestie van — door het bestuur te beoordelen — *doelmatigheid*, *niet van recht*. Dit geldt op de eerste plaats voor de gevallen waarin — met name door, zonder nadere bepaling, ‘voor allerlei handelingen “verlof”, “vergunning”, “concessie”, “onthefing”, “dispensatie”, “goedkeuring”, enz., van de administratie’ te eisen (135) — ‘de administratie in hare verhouding tot de persoonlijke vrijheid der burgers in ’t geheel niet aan normen (wordt) gebonden’ (136). Daar is volgens Struycken ‘dus iedere rechterlijke controle uitgesloten’ (137).

Het verdient de aandacht dat Struycken op dit punt van dezelfde veronderstellingen uitging als de door hem bestreden Minister van Justitie J.A. Loeff, onder wiens verantwoordelijkheid in 1905 wetsontwerpen voor een algemene administratieve rechtspraak waren ingediend (138). Volgens de memorie van toelichting heeft de wet ‘in schakeeringen zonder tal (. . .) de bevoegdheid der administratie erkend, in meer of minder ruime mate, ongebonden door wettelijken dwang, naar goedvinden te handelen. (. . .) Daar strijd met het *publiek recht* onmogelijk is, voor zoover de Overheid naar goedvinden mag handelen, kan bij gevolg de onwettigheid van besluiten, handelingen of weigeringen nimmer’ (door de rechter) ‘worden uitgesproken, indien de Overheid haar vrij goedvinden binnen de door de wet gestelde grenzen heeft gebruikt’ (139). De artt. 184 en 185 van het voorgestelde Wetboek van Administratieve Rechtsvordering verplichtten de rechter nog eens uitdrukkelijk tot ‘eerbiediging van het vrije goedvinden der administratie’

(134) Struycken, *a.w.*, blzz. 16-17.

(135) *A.w.*, blz. 16.

(136) *A.w.*, blz. 59.

(137) *T.a.p.*

(138) Kamerstukken II 1904-1905, 159, nrs. 1-8.

(139) Nr. 3, blz. 26 (linker kolom).

in zijn uitspraak (140). Ten aanzien van het gebruik van deze discretionaire bevoegdheden (vrij goedvinden, 'freies Ermessen') moest ook naar Loeffs' inzicht 'de inrichting der administratie zelve met de ministerieele verantwoordelijkheid als achtergrond, waarborgen (. . .) bieden voor *behoorlijke* administratie' (141). De rechter zou niet in deze vragen van 'doelmatigheid (billijkheid)' van de 'handelingen der administratie' mogen treden (142).

Verschil van inzicht bestond wel ten aanzien van een tweede categorie gevallen, namelijk die waarin 'normen met vagen, algemeenen inhoud' voor de uitoefening van bevoegdheden door de administratie zijn gesteld. Terwijl de ontwerpen ervan uitgingen dat de rechter 'vage begrippen als algemeen belang, openbare rust of orde, brandgevaar, doelmatigheid of nuttigheid van een werk en zulke meer, weet te omlijnen' (143) en dit dan ook bij de beslechting van geschillen zou moeten doen, stelde Struycken zich op het standpunt dat hier een te grote inmenging door de rechter dreigde. Zijn uitgangspunt was het volgende: 'naarmate de norm (. . .) een meer algemeenen, onbepaalden inhoud vertoont, in die mate treedt de wetsuitlegging terug voor de vrije rechtsschepping en vloeit daarmee tot een ondeelbaren geestesarbeid te zamen' (144). Het zou onjuist zijn de rechter in de gelegenheid te stellen, deze 'vrije rechtsschepping' — die de wet 'tot nu toe *geheel* aan de administratie toevertrouwde' — 'door eigen rechtsschepping aan banden te leggen' (145). In een wijs, terughoudend beleid van de rechter had Struycken geen fiducie. Hij vreesde 'eene uitbreiding der

(140) 'Artikel 184.

Indien het gerecht een besluit onwettig verklaart, veroordeelt het, met eerbiediging van het vrije goedvinden der administratie, den verdediger om te besluiten, hetgeen deze ingevolge het publieke recht besluiten moet.

Indien het vrije goedvinden der administratie ten aanzien van het besluit, tot het nemen waarvan de verdediger veroordeeld worden moet, volstrekt uitgesloten is, kan de rechter in de plaats van den verdediger, dit besluit in zijne uitspraak vaststellen.'

Art. 185 bevatte een overeenkomstige regeling voor weigeringen om te doen of te besluiten.

(141) J.A. Loeff, *Wenschelijkheid van Administratieve Rechtspraak hier te lande*, blz. 159, in: *Themis* 73 (1912), blz. 144-172.

(142) *A.w.*, blz. 164.

(143) 159, nr. 3, blz. 27 (rechter kolom). Vgl. Loeff, *a.w.*, blz. 165.

(144) *A.w.*, blz. 60.

(145) *A.w.*, blz. 61.

rechterlijke controle, die logisch haar einde alleen daar zal kunnen vinden, waar de wet òf aan de administratie in 't geheel geen norm stelt, òf uitdrukkelijk het oordeel der administratie als voor ieder bindend verklaart' (146). Dit alles zou ertoe leiden dat de leden der rechterlijke macht 'de leiding der administratie' in handen zouden kunnen nemen (147).

De consequenties die Loeff (in de wetsontwerpen en in geschrift) enerzijds, en Struycken anderzijds aan hun uiteenlopende opvattingen hebben verbonden, gingen van de gemeenschappelijke veronderstelling uit dat de uitoefening van discretionaire bevoegdheden zich *niet* voor beoordeling door een rechter leent. De alternatieven die zich aan hen voordeden waren dus *enerzijds* de mogelijkheid van rechterlijke controle op 'de *wettigheid* van de handelingen der administratie' (148) die de een adequaat achtte, de ander echter ondoeltreffend (namelijk indien de rechter zich bij geschillen over de toepassing van vage normen zou onthouden van inmenging in het beleid der administratie) (149) dan wel hoogst onwenselijk (namelijk indien de rechter 'de leiding der administratie' in zulke zaken naar zich toe zou trekken). Daarom wees Struycken een 'afschieding' van de intern georganiseerde, 'rechterlijke' functie van de administratie af (150), en opteerde hij juist voor 'uitbreiding, versterking van de judicieele werkwijze der administratie' (151). Hem stond blijkbaar een gedifferentieerde ontwikkeling van het administratief beroep voor ogen, mogelijk met gespecialiseerde beroepscolleges die 'in proccssueelen vorm' controle uitoefenen (152). 'De vereeniging van rechterlijke en administratieve functies in één orgaan worde niet als ongepast vermeden, integendeel, waar de laatste niet noodwendig voeren tot eene, éézijdige geestesrichting, bevorderd' (153).

B. Alhoewel men zich daarbij niet meer zal laten leiden door de

(146) *A.w.*, blz. 62.

(147) *A.w.*, blz. 67.

(148) Loeff, *a.w.*, blz. 164.

(149) Struycken, *a.w.*, blz. 64 (over Hinderwet-zaken).

(150) *A.w.*, blz. 36; vgl. blz. 56.

(151) *A.w.*, blz. 70.

(152) *A.w.*, blz. 56.

(153) A.A.H. Struycken, Wenschelijkheid van administratieve rechtspraak hier te lande, blz. 545, in: *Rechtsgeleerd Magazijn* 31 (1912), blzz. 523-563.

idyllische verwachting van Struycken dat de administratie zich vanzelf in haar besluitvorming zal richten op 'de harmonie van gemeenschap en individu' (154), doet nog steeds zijn mening opgeld, dat de uitoefening van discretionaire bevoegdheden beter te toetsen is in 'vol beroep' op een hoger administratief orgaan dan door een rechter (155). Weliswaar zal men ook niet meer zo gemakkelijk als Struycken 'de administratie z.g. rechter laten in eigen zaak' (156), maar voor de verfijnde, met waarborgen omklede vorm van administratief beroep die bij de Kroon openstaat, wordt het ontbreken van een onafhankelijk eindoordeel nog geaccepteerd wegens dit veronderstelde zwaarwegende voordeel. Hieraan ligt in wezen nog dezelfde gedachte ten grondslag als die welke in Struyckens dagen de meningsvorming beheerste, namelijk dat toetsing van administratieve besluitvorming aan rechtsnormen naar haar aard een *beperkte* toetsing is, die een deel van de besluitvorming — namelijk dat deel waar de administratie *vrij* is in haar oordeelsvorming — buiten beschouwing zou moeten laten. De introductie in de administratieve rechtspraak van andere toetsingsgronden dan die der wetmatigheid (in het bijzonder die van de redelijkheid en van de andere beginselen van behoorlijk bestuur) zou het bereik van de rechterlijke toetsing wel hebben verruimd, maar toch het *beperkte* karakter ervan hebben gehandhaafd. In de circulaire die de Minister van Binnenlandse Zaken, mede namens de Minister van Justitie, op 19 mei 1976 wegens de invoering van de Wet Arob aan de provincies en gemeenten richtte, heet het dat in die wet 'de toetsing (is) beperkt tot een viertal beroepsgronden (rechtmatigheidstoetsing)' (157).

(154) Struycken, *a.w.* (noot 132), blz. 37.

(155) Aldus bij voorbeeld de Raad van State in een brief van 24 mei 1976 aan de Minister-President over beroep op de Kroon en beroep ex de Wet Arob (*Stcrt.* 1981, 56, blz. 9): 'Gesteld kan worden, dat de zogenaamde gebonden beschikkingen, waarbij beleidsvrijheid van de administratie praktisch niet aanwezig is, in het algemeen onderworpen behoren te zijn aan rechterlijke toetsing. Daarentegen zal bij beschikkingen, welke haar grondslag vinden in volledig discretionaire bevoegdheden, waarbij de administratie bij haar beleid in het geheel niet door wettelijke normen gebonden is, de rechtsbescherming meestal beter tot haar recht komen bij een volledig beroep op de Kroon.'

(156) *A.w.* (noot 153), blz. 546.

(157) Opgenomen in deeltje 154 van de Editie Schuurman & Jordens, bewerkt door J.A. Borman en M. Vlasbom, 2e druk, Zwolle 1980, blzz. 453-472 (zie blz. 454 sub A).

In een bepaalde zin is het juist om van rechtspraak als een — in vergelijking met administratief beroep — beperkte toetsing te spreken: een zelfstandige, bestuurlijke waardering van de betrokken belangen dient de rechter niet te geven. Aanvechtbaar is echter de mening dat daardoor een deel van de administratieve besluitvorming ongetoetst zou blijven. Bovendien is er, zoals Van Buuren, Bolt en Scheltema in hun baanbrekende onderzoek naar de verschillen tussen Arob-beroep en beroep op de Kroon hebben aangetoond, ook reden om het administratief beroep als in zekere zin beperkt voor te stellen: juist doordat een beroepsorgaan een eigen bestuurlijk oordeel over de zaak moet vormen, blijven aspecten als de motivering en procedurele zorgvuldigheid ongetoetst (158). De beroepsgronden in art. 5 van de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie, art. 27 van de Algemene Wet inzake rijksbelastingen, art. 4 van de Wet rechtstoestand dienstplichtigen en art. 8 van de Wet Arob zijn geen extrinsieke beperkingen van de rechterlijke toetsing, maar geven uitdrukking aan een beperking (in de zin van gebondenheid aan een typerende oordeelsvorming) die aan administratieve rechtspraak eigen is — zoals ook aan administratief beroep een bepaalde beperking (namelijk tot de merites van de zaak uit het oogpunt van een juridische en politiek verantwoord handelend bestuur) eigen is.

Een en ander kan worden verduidelijkt door een analyse van de verhouding tussen administratief orgaan en burger. De omstandigheid dat aan het administratieve orgaan een discretionaire bevoegdheid toekomt, doet geen afbreuk aan het feit dat deze verhouding in haar geheel een *rechtsbetrekking* is. In tegenstelling tot de verhouding bij zogenaamde gebonden beschikkingen, is echter de inhoud van de rechtsbetrekking, gezien vanuit het bestuursorgaan, slechts gedeeltelijk heteronoom — namelijk door de toepasselijke algemeen verbindende voorschriften — bepaald. Voor het overige hangt de bepaling van de inhoud der rechtsbetrekking af van 'eine autonome Determinante eigener Gestaltungsfreiheit' (159), die door het publiekrecht aan een der subjecten van deze rechtsbetrekking, namelijk het administratieve orgaan, is toegekend. Dat het hier om een 'Gestaltungsfreiheit' *binnen* de rechtsbetrekking gaat, is kenmerkend voor de aard van discretionaire bevoegdheden.

(158) *A.w.* (noot 120), blzz. 18-25 en 296-298.

(159) *A.w.* (noot 98), blz. 410 c.q. blzz. 161-162 (vgl. blz. 405 c.q. blz. 156).

Deze bevoegdheden voorzien derhalve niet in de ongebonden creatie van rechten en verplichtingen naast die, welke uit algemeen verbindende voorschriften voortvloeien. Integendeel, de 'Gestaltungsfreiheit' betreft de rechtsbetrekking die reeds tussen orgaan en burger bestond (160), maar nog tot verdere ontwikkeling en daardoor tot actualiteit gebracht moest worden. Daarom kan een burger ten aanzien van wie een discretionaire bevoegdheid (bij voorbeeld tot toekenning van subsidie) ongebruikt blijft, uit hoofde van de reeds bestaande rechtsbetrekking als rechtstreeks in zijn belang getroffen voorziening tegen de (fictieve) weigering vragen.

Een discretionaire bevoegdheid is dus een bevoegdheid tot ontwikkeling van en verder vormgeven ('Gestaltung') aan een bestaande rechtsbetrekking. Zoals Van Wijnbergen en Van der Hoeven in hun fundamentele beschouwingen over dit onderwerp hebben opgemerkt, komt het bestuursorgaan dan ook geen vrijheid toe om bij de uitoefening van discretionaire bevoegdheden op 'louter subjectieve overwegingen' (161), 'naar eigen voorkeur, ingeving of willekeur' (162) te beslissen. Daarin onderscheidt de 'vrijheid' van beoordeling van het bestuur zich van de vrijheid van een particulier die, binnen de grenzen van het recht, willekeurig mag beslissen en handelen. Het administratieve orgaan moet deze 'vrijheid' altijd als een plicht uitoefenen, in overeenstemming met de taakopdracht uit hoofde waarvan hij de discretionaire bevoegdheid uitoefent (163). En omdat de uitoefening van die bevoegdheid de ontwikkeling *van* een rechtsbetrekking is, mogen de eisen die uit de taakopdracht kunnen voortvloeien rehtens alleen in relatie tot de belangen van de in de rechtsbetrekkingen betrokken burgers worden beoordeeld. Dit is nu precies wat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur als rechtsnormen voor de uitoefening van discretionaire bevoegdheden betekenen: niet pas achteraf, bij de toetsing door een rechter, maar van meet af aan, in de bestuur-

(160) Achterberg noemt dit een potentiële rechtsbetrekking (*a.w.*, blz. 405 c.q. blz. 156).

(161) S.F.L. baron van Wijnbergen, *Vrijheid en gebondenheid van het openbaar bestuur* (inaug. rede KU Nijmegen), Nijmegen/Utrecht 1955, blz. 7.

(162) *A.w.* (noot 133), blz. 673.

(163) Vgl. Van Wijnbergen en Van der Hoeven, beiden *t.a.p.*; vgl. ook W. Duk, De zachte kern van het bestuursrecht, blz. 575, in: *RM Themis* 1978, blzz. 564-587.

lijke oordeelsvorming, dienen deze als de rechtsbetrekking medebepalende normen tot gelding te komen (164).

Een en ander heeft belangrijke consequenties voor de toetsbaarheid van de uitoefening van discretionaire bevoegdheden. Omdat deze als ontwikkeling in en van de rechtsbetrekking tussen het administratieve orgaan en een of meer burgers moet worden beschouwd, kan aan de beleidsinzichten van het orgaan rechtegens absolute betekenis worden toegekend. Zij moeten enerzijds betrouwbaar zijn voor de belanghebbende burgers, d.w.z. — zoals Duk het onder woorden bracht — 'stelselmatig, dus niet door gril of toeval ingegeven' (165). Anderzijds moeten zij zijn afgestemd op wat de burger aan verwachtingen mag koesteren, aan motiveringen mag verlangen, enzovoort, kortom: zij moeten aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur voldoen. Met behoud van de eigen verantwoordelijkheid van het bestuur voor het beleidsoordeel dat hij in het kader van zijn 'Gestaltungsfreiheit' mag en moet geven, wordt de relatie tussen overheid en burger — ook waar discretionaire bevoegdheden in het spel zijn — hierdoor gejuridiseerd. Het 'freies Ermessen' wordt, zo kan men ook zeggen, bevrijd van de schijn van juridische indifferentie die er bij voorbeeld in Donners 'Algemeen deel' nog aan kleefte (166).

Scherp is de consequentie van het vorenstaande voor de taak van de rechter ten overstaan van de uitoefening van discretionaire bevoegdheden door Van der Hoeven geformuleerd. Hierin komt het juridisch gehalte van de ontwikkeling van de administratiefrechtelijke rechtsbetrekking — zowel wanneer deze door het bestuur als wanneer deze door de rechter geschiedt (en daarmee ook de gelijksoortigheid die *in dit opzicht* tussen beider oordeelsvorming bestaat) — tot uitdrukking. Van der Hoeven schrijft:

(164) Vgl. W. Konijnenbelt, *Rechtsvinding door het bestuur* (openingsrede), in: *Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht* LXXXIII, Alphen aan den Rijn 1981.

(165) *T.a.p.*

(166) *A.w.* (noot 131), blz. 227: 'Het merkwaardige van deze vrijheid is dan ook, dat in twee gelijk liggende gevallen, door verschillende ambtsdragers beslist, twee verschillende beschikkingen kunnen volgen, welke beide als volkomen rechtsgeldig zouden kunnen worden aanvaard. (. . .) Deze afweging van belangen is ten dele oncontroleerbaar, omdat er geen objectieve maatstaf valt aan te geven, waaraan kan worden getoetst of elk belang op het juiste gewicht is gewogen. Zij is typerend voor de vrijheid van het bestuur.'

'De confrontatie tussen de vrijheid van de burger, die zijn eigen vrijheid is, met die van het bestuur, die een "vrijheid" van geheel andere orde is en in wezen een *verplichting* inhoudt, de confrontatie van het belang van de burger, dat zijn *eigen* belang is, met bestuursbelangen die nimmer de eigen belangen zijn van de dragers ervan — deze confrontatie is bij het tot stand komen van een bestuurlijke beslissing in wezen geen andere, dan bij een beslissing gegeven in een administratief geding. De administratieve rechter hanteert in beginsel — binnen het kader van zijn bevoegdheid — geen andere criteria dan het bestuursorgaan behoort te doen, maar wel andere dan die welke de burger voor zichzelf hanteert' (167).

Dit betekent echter geenszins

'dat de rechter eigen beleidsoordeel gaat stellen in de plaats van die van het bestuur (. . .). Zowel bij de beoordeling van bestuurlijk handelen op grond van een subjectief geformuleerde bevoegdheid, als bij die steunend op een zogenaamde vage norm, moet de vrijheid van beoordeling van hetgeen beleidsmatig nodig is, onverlet blijven. Maar evenzeer is het een vereiste, dat de *confrontatie* van dat beleid met de rechtspositie van de bestuurde, rechtspositie in de ruime zin als hierboven aangegeven, in volle omvang door de rechter wordt beoordeeld. Dat behoort trouwens het bestuur zelf ook te doen, en het is dat bestuurlijk oordeel dat de rechter in beroep moet *hèr-overwegen*' (168).

Deze benadering plaatst ook de positie van de rechter tegenover de hantering van vage normen door het bestuur in het juiste perspectief. Loeff meende, zoals hierboven bleek, dat deze vage normen zich fundamenteel onderscheiden van normen waarin discretionaire bevoegdheden zijn vervat. De administratieve besluitvorming die op de eerstgenoemde normen berust zou volledig door de rechter kunnen worden getoetst, die welke op de laatstgenoemde normen berust in het geheel niet. De ongeloofwaardigheid van deze benadering in de voorgestelde wettelijke regeling werd reeds door Struycck gesignaleerd: 'naarmate de wet de administratie meer vrijheid laat' (namelijk doordat 'de norm [. . .] een meer algemeenen, onbepaalden inhoud vertoont') 'zal de rechter meer in staat zijn, die vrijheid te beperken; slechts, waar de wet de administratie geheel vrij laat, houdt plotseling iedere controle van den rechter op' (169).

Ook om andere redenen is het onaannemelijk dat de houding van

(167) *A.w.*, blzz. 673-674.

(168) *A.w.*, blzz. 677-678.

(169) *A.w.* (noot 132), blz. 61.

de rechter tegenover administratieve besluitvorming wezenlijk anders zou moeten zijn al naar gelang deze berust op vage normen of op normen die discretionaire bevoegdheden toekennen. In de wetgevingstechniek zijn immers deze twee normen in hoge mate uitwisselbaar, en zelfs te combineren.

Als voorbeeld kan art. 7, eerste lid, van de Natuurbeschermingswet dienen. Dit luidt: 'Onze Minister kan (. . .) een natuurmonument, waarvan de bescherming niet reeds op andere wijze door of krachtens de wet is verzekerd, bij een met redenen omklede beschikking, waarin de percelen kadastraal omschreven zijn, aanwijzen als beschermd natuurmonument'.

Hier berust het aanwijzen als beschermd natuurmonument op een discretionaire bevoegdheid. Hetzelfde beleid zou echter tot stand kunnen komen op grond van een vage norm die tot quasi-gebonden beschikkingen leidt: 'Indien het belang van de natuurbescherming dit vereist, wijst Onze Minister een natuurmonument (enz.) als beschermd natuurmonument aan.' Denkbaar is ook nog dat de conditie van de vage norm wordt gesubjectieerd: 'Indien naar zijn oordeel het belang van de natuurbescherming dit vereist (enz.)' (170).

In werkelijkheid moet het bestuur zowel bij de toepassing van vage normen als bij de uitoefening van discretionaire bevoegdheden de rechtsbetrekking tot de burger autonoom nader bepalen, d.w.z. verder ontwikkelen door uitoefening van zijn eigen 'Gestaltungsfreiheit'. In *beide* gevallen moet het bestuur beoordelen wat beleidsmatig nodig is, welke beoordeling door de rechter moet worden gerespecteerd; in *beide* gevallen ook moet het bestuur zijn oordeel vormen binnen de bestaande rechtsbetrekking tot de burger en dus met inachtneming van diens rechtspositie.

D. In het onderzoek van Van Buuren, Bolt en Scheltema vindt de hier aangenomen mogelijkheid van een *volledige rechterlijke beoordeling* van de administratieve besluitvorming (die zich niet als onvolledig, maar juist als rechterlijk van de bestuurlijke toetsing onderscheidt) bevestiging. Zij zetten uiteen dat de Afdeling rechtspraak niet slechts de toepassing van wettelijke voorschriften en de vaststelling van de feiten beoordeelt, maar ook controle uitoefent op het gebruik van de aan het bestuur toekomende beleids-

(170) Vgl. over het verschil tussen vage normen in het administratieve recht en vage normen in het privaatrecht Van Wijk/Konijnenbelt, *a.w.*, blz. 135: 'de mogelijkheid voor de administratiefrechtelijke wetgever is niet steeds maar een *beschrijvingsmoeilijkheid*, maar een *bepalingsmoeilijkheid*.'

ruimte. Zij kan dit doen door na te gaan, hoe de bestreden beschikking zich verhoudt tot het beleid van het bestuursorgaan (bij voorbeeld in richtlijnen neergelegd, waarbij dan bezien moet worden of zich geen bijzonder geval voordoet), door de wijze van totstandkoming van de beschikking te onderzoeken, en door de motivering van de gemaakte keuze te onderzoeken (171).

E. Het vorenstaande leidt tot de conclusie dat de gehele administratiefrechtelijke rechtsbetrekking tussen administratief orgaan en burger waarbinnen vage normen geconcretiseerd en discretionaire bevoegdheden uitgeoefend moeten worden, zich leent voor volledige rechterlijke beoordeling. De rechter kan dus ook (en doet dit waar zijn bevoegdheid hem dit mogelijk maakt) een omstreden administratiefrechtelijke rechtsbetrekking vaststellen, eventueel met inbegrip van het gebruik dat van discretionaire bevoegdheden moet worden gemaakt. Wat kan het als 'vol beroep' aangemerkte beroep op een administratief orgaan, zoals het beroep op de Kroon, dan nog aan toetsing meer, of althans anders bieden (waarbij bovendien bedacht moet worden dat administratief beroep in bepaalde opzichten weer minder biedt) (172) dan administratieve rechtspraak? Alleen het loslaten van de juridische discipline bij de beoordeling van de ontwikkeling der administratiefrechtelijke rechtsbetrekking door het oorspronkelijk beslissende bestuursorgaan (173). Wat het administratief beroepsorgaan mag doen (en voor zover het zich niet zelf tot pseudo-rechter transformeert ook werkelijk doet) is dat wat een rechter volgens Van der Hoeven *niet* mag doen, namelijk zelf 'de vrijheid van beoordeling van hetgeen beleidsmatig nodig is' (174) uitoefenen. Dit echter roept enerzijds de vraag op of *dat nieuwe beleidsoordeel* niet door de rechter met de rechtspositie van de bestuurde geconfronteerd moet kunnen worden. Anderzijds bestaat juist voor een nieuw be-

(171) *A.w.* (noot 120), blz. 61-78.

(172) Zie hierboven sub C.

(173) In het licht daarvan behoeft het geen verwondering te wekken dat 'de Afdeling rechtspraak haar uitspraken als regel uitgebreider motiveert dan de Kroon, die nogal eens kort en kernachtig Haar oordeel geeft. (. . .) de Kroon (werkt) in sommige typen geschillen nogal eens met vage en weinig zeggende standaardoverwegingen.' Aldus Van Buuren, Bolt en Scheltema, *a.w.*, blz. 43; vgl. blz. 297.

(174) *A.w.*, blz. 697.

leidsoordeel behoefte aan de mogelijkheid van politieke controle. Er is alle reden om deze punten juist met betrekking tot het beroep op de Kroon aan de orde te stellen. Dit is immers — in tegenstelling tot andere vormen van administratief beroep — structureel aan rechterlijke toetsing onttrokken. Aan de andere kant bestaat daar de situatie dat de politiek verantwoordelijke minister slechts incidenteel (door contraire besluiten uit te lokken) of indirect (door de precedentwerking daarvan en door andere beïnvloedings-handelingen) invloed kan uitoefenen op de vorming van beleids-oordelen door een orgaan (de Afdeling voor de geschillen van bestuur), dat zelf geen politieke verantwoordelijkheid kan dragen. Er moet rekening mee worden gehouden dat de vereniging van quasi-rechterlijke en bestuurlijke functies in één procedure de vervulling van geen van beide functies ten goede komt. In de Richtlijnen voor de keuze tussen Arob-beroep en beroep op de Kroon (175) wordt in beginsel de voorkeur gegeven aan Arob-beroep, omdat dit toetsing door een onafhankelijke rechter biedt. Aan die Richtlijnen ligt primair een staatsrechtelijke benadering ten grondslag, die rekening houdt met de nadelen van de ambivalente aard van het beroep op de Kroon (176). Daarbij gaat het er uiteraard niet om dat administratief beroep op zichzelf niet waardevol zou kunnen zijn, maar dat het een *andere* aard en functie heeft dan administratieve rechtspraak en er daarom bezwaarlijk mee vermengd kan worden. In par. 4.2 zal het beroep op de Kroon uitgebreid aan de orde komen.

2.7. Conclusies

De beschouwingen in dit hoofdstuk geven aanleiding tot de volgende conclusies.

a. Art. 6, eerste lid, EV is mede van toepassing op de beslechting van geschillen inzake administratiefrechtelijke rechtsbetrekkingen die rechtstreeks bepalend zijn voor iemands privaatrechtelijke rechtspositie. Hetzelfde geldt voor de beslechting van geschillen

(175) Deze richtlijnen voor het wetgevingsbeleid zijn op 6 maart 1981 door de Minister-President vastgesteld (*Stcrt.* 1981, 56). Ze zijn voorbereid door de departementen van Justitie en van Binnenlandse Zaken.

(176) Zie over deze staatsrechtelijke benadering mijn bijdrage 'Arob-beroep en beroep op de Kroon' in *AA* 30 (1981), blzz. 430-436.

inzake rechtsbetrekkingen die uit het publiekrechtelijke tuchtrecht voortvloeien (par. 2.3.3).

b. Het is niet uitgesloten dat art. 6, eerste lid, EV tevens van toepassing is op de beslechting van geschillen die betrekking hebben op *andere* 'civil rights and obligations'/'droits et obligations de caractère civil' dan privaatrechtelijke rechten en verplichtingen (par. 2.3.3).

c. Indien art. 6, eerste lid, EV van toepassing is (zie a en b), heeft de betrokkene recht op behoorlijke rechtspraak, welk recht omvat:

1. recht op toegang tot een rechter;

2. recht op een procedure die voldoet aan de in art. 6 gespecificeerde vereisten van inrichting en samenstelling van het gerecht en van de procesorde (par. 2.3.3; vgl. par. 1.1).

d. Het recht op behoorlijke rechtspraak ingevolge art. 6 EV brengt mee dat de betrokkene een reële (effectieve) mogelijkheid moet hebben, om een volledige (zowel het recht als de feiten betreffende) en bindende rechterlijke beoordeling te verkrijgen. Dit sluit in beginsel niet uit dat aan rechterlijke procedures in de zin van de verdragsbepaling andere procedures voorafgaan (par. 2.3.3).

e. Voor zover art. 6 EV niet toepasselijk is, kan ingevolge art. 13 EV Nederland verplicht zijn, te voorzien in een 'recours effectif' ten aanzien van overheidsbesluiten en -handelingen waarvan een burger stelt, dat zij een schending van de in het EV of de daarbij behorende protocollen omschreven rechten en vrijheden opleveren (par. 2.3.2).

f. Art. 14, eerste lid, tweede en derde volzin, IV is — te oordelen naar de geschiedenis van het verdrag — van toepassing op alle procedures waarbij uiteindelijk wordt beslist over geschillen omtrent de rechtspositie van een burger. Deze procedures dienen te voldoen aan de in dat artikel gespecificeerde eisen van behoorlijke rechtspraak (par. 2.4).

g. Ingevolge art. 14, eerste lid, eerste volzin, IV, en mogelijk in veel gevallen ook ingevolge art. 14 EV, mag op het punt van de toegang tot de rechter en in de procesgang geen onderscheid worden gemaakt tussen Nederlanders en vreemdelingen (par. 2.4).

h. Ingevolge art. 121, van de herziene Grondwet geldt voor alle aan de rechterlijke macht opgedragen rechtspraak (en wellicht ook voor andere door de overheid ingestelde rechtspraak):

1. dat terechtzittingen in het openbaar moeten plaatsvinden, ech-

ter met uitzondering van de gevallen bij de wet bepaald;
2. dat de uitspraak in het openbaar moet worden gedaan (par. 2.2).
i. Art. 6 EV is een symptoom van een met de rechtsstaatsidee verbonden beginsel, dat de beslechting van geschillen over het bestaan en de inhoud van rechtsbetrekkingen moet worden opgedragen aan staatsorganen die noch juridisch, noch feitelijk belang hebben bij de vaststelling van deze rechtsbetrekkingen, d.w.z. onafhankelijk zijn.

HOOFDSTUK 3

TOEPASSELIJKHEID VAN ARTIKEL 6 IN HET ADMINISTRATIEVE RECHT EN HET PUBLIEKRECHTELIJKE TUCHTRECHT

3.1. Het criterium voor de toepasselijkheid van art. 6

A. In dit hoofdstuk zal ten aanzien van verscheidene onderdelen van het administratieve recht en het publiekrechtelijke tuchtrecht worden nagegaan, in hoeverre art. 6, eerste lid, EV daarop van toepassing is. In het voorgaande hoofdstuk werd op basis van de jurisprudentie van het EHRM (in het bijzonder zijn arrest van 23 juni 1981 inzake *Le Compte, Van Leuven en De Meyere*) het criterium daarvoor aldus omschreven: de genoemde bepaling is mede van toepassing op de beslechting van geschillen over publiekrechtelijke (administratiefrechtelijke of tuchtrechtelijke) rechtsbetrekkingen, indien deze geschillenbeslechting rechtstreeks bepalend is voor iemands privaatrechtelijke rechtspositie. Deze formulering behoeft verduidelijking. Met de woorden 'rechtstreeks bepalend' ('directement déterminante') wil het Hof uitsluiten dat reeds op grond van een zwak verband ('lien ténu') met, of wegens verwijderde uitwerkingen ('repercussions lointaines') op privaatrechtelijke rechten en verplichtingen zou worden aangenomen dat de beslechting van een publiekrechtelijk geschil onder de werking van art. 6 valt.

Pas in de verdere jurisprudentie van het EHRM zal de precieze draagwijdte van het genoemde criterium blijken. Afgewacht zal moeten worden hoe extensief of restrictief het Hof zijn eigen jurisprudentie zal interpreteren. Daarop kunnen ook wisselingen in de samenstelling van het Hof van invloed zijn. In de zaak van

Le Compté c.s. was een minderheid van vijf rechters (tegenover een meerderheid van vijftien rechters) van oordeel, dat art. 6 niet van toepassing zou zijn. De Engelse rechter Sir Vincent Evans bij voorbeeld stelde voorop dat aan de termen 'civil rights and obligations' en 'droits et obligations de caractère civil' (177) een restrictieve betekenis zou moeten worden toegekend. Weliswaar verklaarde hij het door de meerderheid van het Hof aanvaarde criterium te onderschrijven, maar de onderhavige zaak leidde zijn inziens niet tot 'the determination of private rights' (178).

Een analyse, wat met de zorgvuldige formulering van het Hof (waarmee ook het verschil in motivering tussen Wiarda en de meerderheid van het Hof in de zaak König kon worden weggenomen) bedoeld kan zijn, zal desalniettemin een bruikbaar uitgangspunt voor de beschouwingen in dit hoofdstuk kunnen opleveren. De crux van de redencring van het Hof is (zoals in par. 2.3.3 reeds even werd aangestipt) de volgende. Het Hof stelt niet de eis dat de rechtsbetrekking waarover het geschil bestaat *als zodanig* privaatrechtelijk is. Integendeel, deze rechtsbetrekking – en dus ook de geschillenbeslechting – kan publiekrechtelijk zijn. Art. 6 is dan toch van toepassing, indien de geschillenbeslechting over de publiekrechtelijke rechtsbetrekking een uitwerking op privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen heeft die het Hof als '*rechtstreeks bepalend*' omschrijft (179).

Wat kan met dit '*rechtstreeks bepalend*' zijn bedoeld? Gaat men van een strikte gescheidenheid van publiekrecht en privaatrecht uit, dan is deze jurisprudentie theoretisch niet te verantwoorden. Dit standpunt kan echter niet worden volgehouden. Weliswaar kunnen rechtsnormen, behorende tot normencomplexen met een verschillend geldingsbereik (zoals bij publiekrecht en privaatrecht het geval is), niet zonder meer worden uitgewisseld, maar dit behoeft er niet toe te leiden dat het ene normencomplex ondoordringbaar is voor normen die tot het andere normencomplex behoren. Integendeel, privaatrechtelijke normen kunnen een

(177) Zoals Buergenthal en Kewenig (*a.w.*, noot 34) opmerken maakt het wezenlijk verschil, of men spreekt van 'droits et obligations de caractère civil' dan wel van 'droits et obligations civiles'. Zie daarover par. 2.3.2 op blz. 26.

(178) *EuGRZ* 1981, blzz. 558-559.

(179) Of eventueel op andere 'droits et obligations de caractère civil'; dit heeft het Hof evenwel tot dusverre in het midden kunnen laten (zie par. 2.3.3 op blz. 31).

opening maken voor mede-bepaling van privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen door — aldus tot elementen van een privaatrechtelijke norm getransformeerde — publiekrechtelijke normen (180). Enkele voorbeelden: het begrip 'onrechtmatig' in art. 1401 BW (art. 6.3.1.1 van het Nieuw BW) kan voor zover het gaat om verhoudingen tussen overheid en particulier publiekrechtelijke wettelijke voorschriften en, ook al is de rechtspraak op dit gebied moeizaam tot ontwikkeling gekomen (181), algemene beginselen van behoorlijk bestuur opnemen; een overeenkomst die door inhoud of strekking in strijd is met een publiekrechtelijk wettelijk voorschrift, heeft een ongeoorloofde oorzaak in de zin van de artt. 1356 en 1373 BW (vgl. art. 3.2.7 van het Nieuw BW) en is daarom nietig. (Evenzeer is een transformatie in omgekeerde richting mogelijk; zie bij voorbeeld art. 3 jo. art. 1, eerste lid, van de Boswet, waar een publiekrechtelijke rechtsbetrekking als element heeft het eigenaar of zakelijk tot genot gerechtigd zijn van grond waarop een houtopstand is geveld of op andere wijze is tenietgedaan.)

Blijft de mogelijkheid dat de vaststelling van een publiekrechtelijke rechtsbetrekking — dus ook de beslechting van een geschil daarover, die immers vaststelling van zo'n rechtsbetrekking door een derde is — bepalend is voor iemands privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen; op grond daarvan kan art. 6 EV toepasselijk zijn. Daarbij moet men overigens niet slechts denken aan de — vrij zeldzame — gevallen waarin een publiekrechtelijke norm een privaatrechtelijke rechtshandeling gebiedt of (eventueel behoudens vergunning) verbiedt. Publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen kunnen ook bij voorbeeld op die wijze privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen bepalen, dat bepaalde feitelijke handelingen waartoe een privaatrechtelijke overeenkomst verplicht, worden verboden. Naar Nederlands privaatrecht moet in deze gevallen evenzeer worden aangenomen dat de oorzaak van de overeenkomst 'bij de wet verboden is' of althans 'strijdig is met de goede zeden' in de zin van art. 1373 BW (182). Ook op andere elementen van iemands pri-

(180) Vgl. Achterberg, *a.w.* (noot 98), blzz. 407-408 c.q. blz. 159.

(181) Vgl. HR 25 april 1980, *AB* 1980, 482, m.nt. F.II, van der Burg.

(182) Zie L.E.H. Rutten, *Verbintenissenrecht, Algemene leer der overeenkomsten* (Asser-serie, deel 4-II), 5e druk, Zwolle 1982, blz. 198. Vgl. over het Nieuw BW: A.S. Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht volgens het nieuwe Burgerlijke Wetboek*, Deventer 1977, blz. 48.

vaatrechtelijke rechtspositie kan een publiekrechtelijke rechtsbetrekking inwerken, namelijk aldus dat de betrokkene zijn rechten als eigenaar, beroepsbeoefenaar, werknemer of ondernemer door publiekrechtelijke verplichtingen niet of slechts onder beperkingen kan uitoefenen. Voorbeelden komen in de volgende paragrafen ter sprake.

Wel is er aanleiding voor de volgende precisering. Aangenomen moet worden dat de publiekrechtelijke rechtsbetrekking zelf erop gericht moet zijn, op de hier bedoelde wijze iemands privaatrechtelijke rechtspositie te bepalen. Een achteraf, los van de beoogde uitwerking van de publiekrechtelijke rechtsbetrekking intredend privaatrechtelijk gevolg voldoet niet aan het criterium 'directement déterminante'; 'directement' duidt immers niet alleen op een *onmiddellijk verband* tussen de publiekrechtelijke rechtsbetrekking (waarover het geschil gaat) en de privaatrechtelijke rechtspositie, maar ook daarop dat het een op het ander *gericht* moet zijn. Zou men een ander standpunt innemen, dan zouden ook geschillen over publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen die privaatrechtelijke consequenties hebben louter omdat het begrip 'onrechtmatige daad' zo wordt opgevat dat het in beginsel elke wederrechtelijke publiekrechtelijke handeling kan omvatten, onder art. 6 vallen. Dit is echter onaannemelijk om de redenen die in par. 2.5 zijn uiteengezet.

In dit hoofdstuk zal er daarom van worden uitgegaan dat art. 6, eerste lid, EV van toepassing is op de beslechting van geschillen over die publiekrechtelijke (administratiefrechtelijke of tuchtrechtelijke) rechtsbetrekkingen die gevolgen hebben voor de privaatrechtelijke rechtspositie van een burger, en daarop ook (mede) zijn gericht. Dan kan men immers zeggen dat de uitkomst van de procedure over de publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen rechtstreeks bepalend is voor privaatrechtelijke rechten en verplichtingen. In de zaken van Ringeisen, König en Le Compte c.s. was dit inderdaad het geval: in de eerste zaak omdat voor een onroerend-goed-transactie naar Oostenrijks publiekrecht toestemming van de Bezirksgrundverkehrskommission nodig is, in de beide andere zaken omdat publiekrechtelijke besluiten tot gevolg hadden dat het verder afsluiten c.q. uitvoeren van behandelingsovereenkomsten door de betrokken artsen wederrechtelijk werd.

Deze afbakening van de toepasselijkheid van art. 6 is nodig om de door het bestuur van onze vereniging gestelde vraag te kunnen be-

antwoorden. Ze is ook daarom van belang omdat slechts op grond van het EV Nederland in internationaal verband rechtens verplicht zou kunnen worden, zijn wetgeving te herzien: bij voorbeeld als gevolg van de lopende procedure inzake het Kroonberoep ten aanzien van weigering van Hinderwetvergunningen. Neemt men echter andere overwegingen mede in aanmerking, dan moet de rechtspolitieke betekenis van deze afbakening niet worden overschat. Er zijn immers goede redenen om toegang tot de rechter en een behoorlijke procesgang *ook* wenselijk te achten, voor zover geschillen over publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen buiten de gegeven afbakening vallen — en ook voor zover uit toekomstige jurisprudentie van het Hof mocht blijken, dat de afbakening op een andere wijze zou moeten plaatsvinden. Op de eerste plaats kan er immers op worden gewezen dat volledige onafhankelijke rechtspraak ter zake van de rechtspositie van de burger in een rechtsstaat passend is, en dat de theorie volgens welke administratief beroep ten aanzien van de uitoefening van discretionaire bevoegdheden een betere rechtsbescherming zou bieden dan administratieve rechtspraak, geen hout snijdt. Op de tweede plaats valt te wijzen op het bestaan van bepalingen omtrent het grondrecht op behoorlijke rechtspraak die van betekenis kunnen zijn naast art. 6 EV (zie par. 2.7).

B. Het EHRM heeft in zijn jurisprudentie steeds de mogelijkheid opengelaten dat nog andere dan privaatrechtelijke rechten en verplichtingen onder het begrip 'civil rights and obligations'/'droits et obligations de caractère civil' vallen. Het zal uitgesloten moeten worden geacht dat administratiefrechtelijke rechtsbetrekkingen hiertoe behoren zonder dat deze speciale kenmerken behoeven te vertonen; anders zou in de zaken van Ringeisen, König en Le Compte c.s. wel een andere redenering zijn gevolgd. Wellicht moet worden gedacht aan fundamentele rechten voor zover deze ook rechtsbetrekkingen met mede-burgers bepalen (zoals die op respect van de goede naam, op privacy en op onschendbaarheid van de woning) (183).

(183) Vgl. Van Dijk/Van Hoof, *a.w.* (noor 14), blzz. 279-280. Constitutionele rechten zijn volgens de jurisprudentie van de Europese Commissie voor de Rechten van de mens op zichzelf geen 'civil rights and obligations'. Zie haar uitspraken van 9 juli en 16 oktober 1980 (nr. 8595/79) over de procedure voor het Duitse Bundesverfassungsgericht (*EuGRZ* 1981, blz. 306, nr. 51 en

3.2. Administratiefrechtelijke normen m.b.t. het eigendomsrecht

Grote stukken van het administratieve recht raken het eigendomsrecht en andere zakelijke rechten. Toch valt niet aan te nemen dat art. 6 EV op alle geschillen over de hieruit voortvloeiende rechtsbetrekkingen toepasselijk is. In veel gevallen is er immers slechts een 'zwak verband' met of een 'verwijderde uitwerking' op het eigendomsrecht (184). Men zou kunnen zeggen dat deze uitwerkingen zich kwalitatief niet behoeven te onderscheiden van de begrenzing die elk recht ondervindt van de omstandigheid dat het in een bepaalde maatschappelijke context moet worden uitgeoefend. Zo kan men bij voorbeeld bezwaarlijk volhouden dat de Wet op de kansspelen reeds daarom iemands privaatrechtelijke rechtspositie bepaalt, omdat de eigenaar van een gebouw daardoor belet wordt, het vrijelijk als casino in te richten en te gebruiken; mogelijk zijn echter wel om een andere reden 'civil rights and obligations' aan de orde.

Er zijn echter wel degelijk publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen, die er mede op gericht zijn iemands positie als eigenaar te bepalen. Duidelijk is zulks het geval bij onteigening. Dit is ook uitgesproken door het EHRM in zijn arrest van 23 september 1982 inzake *Sporrong en Lönnroth* (185). De Commissie had zich in deze zaak op het standpunt gesteld dat de vaststelling door de Zweedse overheid van 'expropriation permits' (onteigeningstitels) op zichzelf het eigendomsrecht van de betrokkenen nog niet beperkt, maar het Hof oordeelde dat ook de onteigeningstitels ingevolge art. 6, eerste lid, aan het oordeel van de rechter moeten kunnen worden onderworpen (par. 79-87 van het arrest). Een en ander is ook voor de Nederlandse situatie van belang. Tot dusver heeft de Hoge Raad zich op het standpunt gesteld dat de rechter niet tot taak heeft, de onteigeningstitel te beoordelen (186). Afgezien van

→ blz. 307, nr. 57). In dezelfde zin over de procedure voor het Oostenrijkse Verfassungsgerichtshof de uitspraak van 10 oktober 1979 (nr. 8142/78, *EuGRZ* 1980, blzz. 34-55).

(184) Zie par. 47 van het arrest inzake *Le Compte, Van Leuven en De Meyere* (noot 12).

(185) Zie noot 35. De uitspraak van het Hof dat art. 6, eerste lid, was geschonden, werd met twaalf tegen zeven stemmen gedaan.

(186) Zie HR 17 april 1974, *AB* 1974, 276, m.nt. J.R. Stellinga; Van Angeren, *a.w.* (noot 25), blzz. 155-156; J.G. de Vries Robbé, *Aktuele aspecten van het*

de onteigening bij oorlog, brand of watersnood kent ons recht als onteigeningstitels een nutswet (artt. 10 en 98 van de onteigeningswet), een Koninklijk besluit waarover de Raad van State is gehoord (artt. 62, 72a, 72b, 72c), een bij zo'n Koninklijk besluit goedgekeurd besluit van de gemeenteraad (art. 79), en een Koninklijk besluit waarover de Afdeling voor de geschillen van bestuur is gehoord (art. 87). Tegen deze besluiten staat ook geen voorziening bij de Afdeling rechtspraak van de Raad van State open (187).

De uitspraak van het EHRM bevestigt de veronderstelling van De Vries Robbé, dat het ontbreken van de mogelijkheid, onteigeningstitels door de rechter te doen toetsen, in strijd is met art. 6 EV. Er zijn drie oplossingen denkbaar: de gewone rechter gaat ertoe over om in het geding tot onteigening ook de onteigeningstitel te beoordelen; de gewone rechter verklaart vorderingen op grond van onrechtmatige daad tegen onteigeningstitels voortaan ontvankeijk; er wordt voorzien in administratieve rechtspraak ten aanzien van de onteigeningstitels. In verband hiermee rijst de vraag of de zware vorm van een nutswet als onteigeningstitel gehandhaafd moet worden. Gezien het tijdsverloop dat kan liggen tussen het vaststellen van de onteigeningstitel en het begin van het geding voor de onteigeningsrechter kan de eigenaar er belang bij hebben dat hij reeds aanstonds over de titel het oordeel van de rechter kan verkrijgen. Het meest aangewezen lijkt het de inschakeling van de Raad van State bij de totstandkoming van het Koninklijk besluit te vervangen door een mogelijkheid om tegen het besluit Arob-beroep in te stellen, zodat daarover in een rechterlijke procedure op tegenspraak geoordeeld kan worden.

Uit het oogpunt van de toepasselijkheid van art. 6 EV zijn de Belemmeringenwet Privaatrecht en de Belemmeringenwet Landsverdediging vergelijkbaar met de onteigeningswet. Daar is in administratieve rechtspraak door het gerechtshof (art. 4 van de eerstege-

→
onteigeningsrecht, blz. 157, in: G.J. de Groot, G. Hamaker en J.G. de Vries Robbé, *Planschade en Onteigening, Preadviczen voor de Vereniging voor Bouwrecht*, Deventer 1980, blzz. 139-171.

(187) Dit vloeit voor nutswetten voort uit art. 1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wet Arob, en voor Koninklijke besluiten waarover de Raad van State dan wel de Afdeling voor de geschillen van bestuur van die Raad is gehoord uit art. 5, aanhef en onder a, van die wet. Vgl. ook de bijlage bij art. 6, onderdeel Volkshuisvesting en Ruimtelijke Ordening, nr. 4, en de in wetsontwerp 16945 (art. III) voorgestelde wijziging van de onteigeningswet.

noemde wet en artt. 5, 7 en 9 van de andere wet) voorzien; bij de laatstgenoemde wet is soms ook de Wet Arob van toepassing (vgl. art. 16a).

Hiernaast zijn er nog talrijke wetten op het gebied van de bestemming, de inrichting en het beheer van onroerend goed, zoals de Wet op de Ruimtelijke Ordening, de Woningwet, de Ruilverkavelingswet 1954, de Natuurbeschermingswet en de Woonruimtwet 1947 (188). Vele van deze publiekrechtelijke normen voorzien in de mogelijkheid van besluiten, die gericht zijn op een beperking van de bevoegdheden van de eigenaar en eventuele andere gerechtigden. Uit het arrest inzake Sporrang en Lönnroth blijkt dat ook een administratiefrechtelijk bouwverbod een beperking van het eigendomsrecht inhoudt, waarop art. 1, eerste lid, van het Eerste Protocol van toepassing is (189), ook al achtte het Hof tevens het tweede lid van dat artikel van toepassing en kwam het niet toe aan een afzonderlijke beoordeling of art. 6 EV geschonden was (190). Uit de toepasselijkheid van art. 1 valt in elk geval af te leiden dat geschillen over zulke administratiefrechtelijke rechtsbetrekkingen als bepalend voor de privaatrechtelijke rechtspositie van de eigenaar enz. onder art. 6 vallen.

Aangenomen mag dan ook worden dat op geschillen over bouwvergunningen, woonruimtevoordringen, aanwijzingen op grond van de Monumentenwet en dergelijke art. 6 van toepassing is, althans voor zover het gaat om geschillen tussen de rechthebbende op het onroerend goed en de overheid. Moeilijker te beantwoorden is de vraag hoe zal moeten worden geoordeeld over de toepasselijkheid van art. 6 op geschillen over de beperkingen van het gebruik van onroerend goed die uit de vaststelling van bestemmingsplannen kunnen voortvloeien. Omdat bestemmingsplannen in het algemeen besluiten van algemene strekking zijn, zou men kunnen aannemen dat de op de (individuele) rechtspositie van de eigenaar gerichte administratiefrechtelijke rechtsbetrekking — die aan het oordeel van de rechter moet kunnen worden onderworpen — pas in verband met de bouwvergunning, onteigening, enz. in het geding komt. Daarbij kan dan mede worden getoetst, of

(188) Zie P. de Haan en R. Fernhout, *Wetgeving, planning en financiering, instrumenten van overheidsbeleid*, Deventer 1981, blzz. 103-113 met verdere verwijzingen.

(189) Par. 60 van het arrest.

(190) Par. 64 en par. 82 van het arrest.

het bestemmingsplan rechtmatig tot stand is gekomen. Daar staat tegenover dat reeds de toekenning van een bepaalde bestemming volgens het plan ingrijpt in de rechtspositie van de eigenaar. Dit zou ervoor pleiten art. 6 ook van toepassing te achten op *rechtsgeschillen* omtrent de vaststelling en goedkeuring van een bestemmingsplan.

Voor de positie van derden-belanghebbenden is een uitspraak van de Commissie van 1 mei 1979 over een IJslandse zaak van belang. In een geschil over de verlening van een bouwvergunning zijn volgens de Commissie ten aanzien van burens die zich tegen de bouw verzetten geen privaatrechtelijke rechten aan de orde, maar alleen ten aanzien van de aspirant-bouwheer. De burens kunnen zich uiteraard wel op art. 6 beroepen in een privaatrechtelijk geschil met de bouwheer (191).

Voor dit standpunt van de Commissie valt veel te zeggen. De verlening of weigering van bouwvergunningen e.d. is er niet op gericht, de privaatrechtelijke positie van eigenaars, huurders en andere rechthebbenden op *omliggend* onroerend goed te bepalen, ook al behoren zij tot degenen die een naar publiekrecht (althans Nederlands publiekrecht) te beschermen belang hebben bij deze administratiefrechtelijke besluitvorming.

Voor administratiefrechtelijke rechtsbetrekkingen op grond van de milieuwetgeving zal hetzelfde kunnen worden aangenomen als ten aanzien van de hiervoor besproken rechtsbetrekkingen. Indien iemand een vergunning nodig heeft voor het gebruik van een inrichting (bij voorbeeld een Hinderwetvergunning), is de vaststelling van deze rechtsbetrekking erop gericht, de wijze waarop en de voorwaarden waaronder betrokkene zijn privaatrechtelijk recht op het gebruik van de inrichting (als eigenaar of anderszins) mag uitoefenen, te bepalen. Over een geschil tussen de buurman van iemand die een dergelijke vergunning verkregen had, enerzijds en de Britse overheid anderzijds, deed de Commissie op 7 mei 1979 de uitspraak dat voor de buurman geen beperking van zijn privaatrechtelijke rechten uit de vergunning voortvloeide; de buurman kon zijn eigendomsrecht tegenover de vergunninghouder in een civiele procedure tot gelding brengen (192). Over de kwestie of een vernietiging door de Kroon van de Hinderwetvergunning voor

(191) Zaak nr. 7941/77, *EuGRZ* 1981, blz. 94.

(192) Zaak nr. 8127/77, *EuGRZ* 1981, blz. 94.

een LPG-installatie bepalend is voor de privaatrechtelijke rechtspositie van de aanvrager, zal de Commissie in het voorjaar van 1983 — ten tijde waarop dit preadvies ter perse is — een uitspraak doen (zaak Benthem tegen Nederland). Daarbij gaat het overigens mede om zijn privaatrechtelijke rechtspositie als ondernemer (zie par. 3.3). Over de ontvankelijkheid van deze zaak heeft de Commissie op 10 maart 1982 een positieve beslissing gegeven (193).

In verband met de positie van omwonenden verdient ook het arrest van de HR van 17 september 1982 (Zegwaard/Knijnenburg) (194) de aandacht. Daarin overwoog de HR dat Knijnenburg als eigenaar en exploitant van een aangrenzend perceel er een onder de bescherming van art. 1401 BW vallend belang bij heeft dat Zegwaard de Hinderwet naleeft en niet zonder vergunning vuil stort op zijn terrein: 'Wanneer iemand in strijd met art. 2 Hinderwet zonder vergunning de in dat artikel genoemde handelingen verricht, zijn deze handelingen onrechtmatig tegenover de eigenaren van aangrenzende percelen die daarvan hinder of overlast ondervinden.'

Dit betekent dat de verlening of weigering gevolgen heeft voor de privaatrechtelijke rechtspositie van de nabuur tegenover degene die 'hindert'. Toch is het de vraag of dit tot een ander standpunt over de toepasselijkheid van art. 6 in geschillen tussen de nabuur en het bestuur moet leiden dan hierboven naar aanleiding van de uitspraken van de Commissie van 1979 werd geformuleerd. Uit het arrest van de HR volgt immers niet dat de beslissing over de Hinderwetvergunning nu ook de strekking heeft gekregen, in de rechtsbetrekking tussen de naburige eigenaren te interfereren. Het verband wordt veeleer van de kant van het privaatrecht gelegd, dat voor de beoordeling van de onrechtmatigheid mede betekenis is gaan toekennen aan de uitkomst van de publiekrechtelijke besluitvorming ter uitvoering van de Hinderwet. Verlening van een Hinderwetvergunning kan ook niet aan de naburige eigenaar het recht ontnemen, een vordering wegens onrechtmatige daad in te stellen (195).

(193) Zaak nr. 8848/86, *NJ* 1982, 603, m.nt. E.A. Alkema.

(194) *RvdW* 1982, 160.

(195) HR 10 maart 1972, *NJ* 1972, 278, m.nt. G.J. Scholten. Vgl. de *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Boek 5, Deventer 1981, blz. 60. Zie over de privaatrechtelijke en administratiefrechtelijke kan-

Naast de administratiefrechtelijke rechtsbetrekkingen die de strekking hebben, privaatrechtelijke rechten op onroerend goed te bepalen, zijn er ook administratiefrechtelijke rechtsbetrekkingen die dit doen ten aanzien van roerend goed. Dit geldt bij voorbeeld voor de Wet tot wering van ongewenste handwapenen, de Paardenwet 1939 en het aanhangige ontwerp van Wet behoud van cultuurbezit (Kamerstukken 16749). Laatstbedoelde wet strekt ertoe, de vervreemdbaarheid van kunstvoorwerpen die tot het nationale culturele erfgoed worden gerekend, te beperken. Bij de regeling van de rechtsbescherming is — mede gelet op art. 6 EV (196) — terecht afgeweken van het stelsel van de (verwante) Monumentenwet, die in beroep op de Kroon voorziet, en geopteerd voor Arobberoep.

3.3. Administratiefrechtelijke normen m.b.t. beroep en bedrijf

In de zaken König en Le Compte c.s achtte het EHRM art. 6, eerste lid, EV van toepassing op de beslechting van geschillen over publiekrechtelijke (in de ene zaak administratiefrechtelijke, in de andere zaak tuchtrechtelijke) rechtsbetrekkingen die betrekking hadden op de uitoefening van het beroep van arts, alsmede — in de eerste zaak — de uitoefening van het bedrijf ('Gewerbe') van een particuliere kliniek. Het Hof volgde in het tweede, thans als maatgevend te beschouwen arrest de redenering dat het recht tot (verdere) uitoefening van het artseneroep een privaatrechtelijk recht is. Hierbij wees het Hof mede daarop dat dit recht wordt uitgeoefend door middel van privaatrechtelijke betrekkingen met hun cliënten of patiënten (197). Daarom valt een procedure over *schorsing van of ontzetting uit* dit recht — als 'une ingérence directe et substantielle dans l'exercice du droit de continuer à pratiquer l'art médical' — onder de werking van art. 6, zulks in tegenstelling tot andere tuchtsancties, bij voorbeeld waarschuwing en berisping (198). In de zaak-Kaplan oordeelde de Commissie eender over de

→
ten van hinder A.F.M. Brenninkmeijer, *Kernenergie, rechtsstaat en democratie*, Zwolle 1983, par. 8.4.2.

(196) Zie het nader rapport aan de Koningin (II 1980-1981, 16749, C, blzz. 20-21).

(197) Par. 47 en 48.

(198) Par. 49.

toepasselijkheid van art. 6 op de ontzegging door de Britse overheid van het recht, het verzekeringsbedrijf uit te oefenen (199).

Niet geheel duidelijk is, of art. 6 alleen geldt voor geschillen over publiekrechtelijke maatregelen die ingrijpen in een bestaand recht tot uitoefening van beroep of bedrijf, of ook voor besluiten van overheidsorganen (met name vergunningen) waarvan het ontstaan van zo'n recht afhankelijk kan zijn gesteld. De Nederlandse regering heeft zich in haar verweer voor de Commissie bij de zaak-Bentham (zie de vorige paragraaf) op het standpunt gesteld dat de vernietiging van de Hinderwet-vergunning geen beperking van Bentham's recht tot uitoefening van het bedrijf van LPG-leverancier inhield, omdat Bentham nog geen onherroepelijk recht daartoe had verkregen (200). Daarom zou art. 6 niet toepasselijk zijn. Inderdaad kan alleen van een ingreep in privaatrechtelijke rechten worden gesproken, als deze reeds bestonden. Om dit te kunnen beoordelen, moet men zich voorstellen wat de privaatrechtelijke uitgangssituatie is. Is de uitgangssituatie deze dat men een beroep of bedrijf vrijelijk mag uitoefenen (bij voorbeeld omdat men de nodige diploma's bezit), dan valt de beslissing omtrent een vergunning die voor bepaalde aan de beroeps- of bedrijfsuitoefening verbonden activiteiten nodig kan zijn, evenzeer binnen het toepassingsgebied van art. 6 als een eventuele ingreep achteraf. Dit nu was de situatie in de zaak-Bentham: het recht tot uitoefening van het pompstationsbedrijf kwam hem reeds toe, maar voor een bepaalde activiteit — namelijk het in voorraad houden van LPG — had hij een vergunning nodig. In de particuliere sector van een economisch systeem als het onze is dit de normale situatie.

Anders zou de zaak kunnen liggen bij beroepen en bedrijven waarvan de uitoefening wel in de privaatrechtelijke sfeer ligt, maar pas ter hand mag worden genomen ingevolge een voorafgaande benoeming, concessie of vergunning. Dan is de privaatrechtelijke uitgangssituatie deze dat aan de betrokkene geen recht tot uitoefening van het beroep toekomt. Men kan hierbij denken aan het beroep van notaris (een ambtenaar die in privaatrechtelijke relaties tot zijn opdrachtgevers staat en voor eigen rekening optreedt) en aan het bankbedrijf (201): niet de activiteiten ter uitoefening van

(199) Zie Van Dijk/Van Hoof, *a.w.*, blz. 279.

(200) Daarnaast stond ter discussie of het litigieuze besluit een beperking van Bentham's eigendomsrecht inhield (zie de vorige paragraaf).

(201) Zie de Wet toezicht kredietwezen.

het beroep of bedrijf, maar het recht op uitoefening zelf is dan van het publiekrecht afhankelijk. In zulke gevallen zou men eventueel de redenering kunnen volgen dat een geschil over de toelating tot het beroep of bedrijf niet, maar een geschil over latere publiekrechtelijke ingrepen in de uitoefening daarvan wel bepalend is voor (bestaande) privaatrechtelijke rechten.

Als er dus al met het oog op de toepasselijkheid van art. 6 zo'n onderscheid moet worden gemaakt, dan zal dit niet de consequentie kunnen hebben die de Nederlandse regering voorstond. De scheidslijn zal veeleer lopen tussen publiekrechtelijke beslissingen over de uitoefening van vrije beroepen en bedrijven enerzijds, en publiekrechtelijke beslissingen omtrent de uitoefening van niet vrij toegankelijke professionele activiteiten anderzijds. Is deze interpretatie juist, dan is in par. 48 van het arrest inzake *Le Comp-te c.s.* niet doorslaggevend dat het artsenberoep al werd uitgeoefend, maar dat het de uitoefening van een professionele activiteit in de privaatrechtelijke sfeer ('à titre libéral') was die werd beperkt. De hier verdedigde opvatting vindt ook steun in een verslag van de Commissie van 10 oktober 1980. Het recht op voortzetting van de bedrijfsuitoefening als caféhouder werd als 'civil right' in de zin van art. 6 EV aangemerkt, omdat in België 'liberté du commerce et de l'industrie' bestaat (202). In de opvatting die de regering voor de Commissie verdedigde zou het verschil maken of een activiteit, nodig ter uitoefening van een vrij beroep of bedrijf, door een publiekrechtelijke wet wordt verboden behoudens ontheffing, dan wel toegestaan doch aan een meldingsplicht met mogelijkheid van verbod (203) wordt gebonden. Het is onaannemelijk dat zo'n verschil in opzet van de regulering consequenties zou behoren te hebben voor het recht op toegang tot de rechter overeenkomstig art. 6 EV.

Een en ander maakt het aannemelijk dat art. 6, eerste lid, EV van toepassing is op geschillen over publiekrechtelijke maatregelen die ingrijpen in een bestaand (zij het wellicht nog niet daadwerkelijk uitgeoefend) recht tot uitoefening van een beroep of bedrijf. Er zijn talrijke voorbeelden uit het economisch bestuursrecht te geven van besluiten, die om deze reden aan het oordeel van een

(202) Zaak nr. 8901/80, *EuGRZ* 1982, blz. 307 (nr. 58).

(203) Zie voor een voorbeeld van deze wijze van regulering de Wedervergelingswet zeescheepvaart.

rechter in een behoorlijke procedure onderworpen moeten kunnen worden. Op dit terrein staat doorgaans beroep open op de Kroon, het College van Beroep voor het bedrijfsleven of de Afdeling rechtspraak. Voorbeelden bieden de weigering door de Minister van Financiën tot toelating van een verzekeringsonderneming als verzekeraar op grond van art. 28 van de Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen (beroep op de Kroon ingevolge art. 29), besluiten van de Minister van Economische Zaken waarbij een inschrijving als afbetalingsleverancier vervallen wordt verklaard op grond van art. 8 van de Wet op het afbetalingsstelsel 1961 (beroep op het College van Beroep voor het bedrijfsleven, art. 10a), en de verlening en in elk geval de intrekking door burgemeester en wethouders van vergunningen ingevolge de Drank- en horecawet (na beroep op gedeputeerde staten ingevolge art. 49 staat Arob-beroep open).

Een voorstel tot wijziging van de beroepsregeling in drie van de wetten op dit gebied is overigens aanhangig. Het gaat hier om de Wet Autovervoer Personen, de Wet Autovervoer Goederen en de Wet Goederenvervoer Binnenscheepvaart. Tegen verscheidene besluiten op grond van deze wet (onder meer inzake vergunningen en tuchtbeslissingen) staat thans beroep op de Kroon open. Er zijn echter ook beslissingen waarover in hoogste ressort de Afdeling rechtspraak of — als gevolg van plaatsing van enige artikelen van deze wetten op de 'negatieve lijst' behorende bij art. 6 van de Wet Arob — de Minister van Verkeer en Waterstaat oordeelt. In verband met het vervallen van de oorspronkelijke negatieve lijst van de Wet Arob is de beroepsregeling opnieuw bezien, en voorgesteld over de gehele linie het College van Beroep voor het bedrijfsleven tot de competente rechter te maken (204).

Voorts moet worden aangenomen dat art. 6 EV van toepassing is op vele tuchtrechtelijke procedures, namelijk voor zover de tuchtrechters de bevoegdheid hebben om in te grijpen in de privaatrechtelijke rechtspositie van beroepsbeoefenaren of ondernemers. Dit kan ook het geval zijn bij tuchtrechtelijke geldboeten (205), voor zover althans de tuchtprocedure niet het karakter van een strafvervolgning aanneemt (in welk geval art. 6 eveneens van toe-

(204) Kamerstukken II 1982-1983, 16977.

(205) Zie bij voorbeeld art. 3 van de Wet tuchtrechtspraak bedrijfsorganisatie.

passing zou zijn). Zeker is art. 6 van toepassing indien de tuchtprocedure kan leiden tot schorsing van of ontzetting uit het recht tot beroepsuitoefening (zie bij voorbeeld art. 46 van de Advocatenwet, artt. 50c, 50d en 50g van de Wet op het notarisambt, art. 32 van de Wet op de Accountants-administratieconsulenten en art. 5 van de Medische Tuchtwet). Pas aan het eind van een tuchtprocedure wordt beslist of een dergelijke maatregel, dan wel een lichte, op zichzelf niet tot toepasselijkheid van art. 6 leidende sanctie wordt opgelegd. Dit maakt het onontkoombaar, de procedure – althans in de hoogste over recht en feiten oordelende instantie – ongeacht de uitkomst naar de maatstaven van art. 6 in te richten. Opgemerkt kan nog worden dat het Duitse Bundesverfassungsgericht niet alleen formele berispingen, maar ook andere vermaningen, in een tuchtprocedure aan een advocaat gegeven, beschouwt als potentiële aantasting van de rechten van de advocaat, in de zin van art. 19, vierde lid, van het Grundgesetz (206). Naast de publiekrechtelijke maatregelen die ingrijpen in een bestaand recht tot uitoefening van een beroep of bedrijf kunnen nog enkele andere voor activiteiten in het privaatrechtelijk rechtsverkeer relevante administratiefrechtelijke besluiten worden genoemd. Hiertoe vallen zeker te rekenen de beslissingen van de Minister van Justitie omtrent de verklaringen van geen bezwaar, nodig voor de oprichting van een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap (artt. 68 en 179 van Boek 2 BW). Tegen negatieve besluiten en weigeringen om een besluit te nemen, staat thans ingevolge het vierde lid van de genoemde artikelen beroep open op de Kroon (207). Verder kunnen worden genoemd de besluiten van de bedrijfscommissies over geschillen op grond van de Wet op de ondernemingsraden, die thans nog voor een deel via de negatieve lijst van Arob-beroep zijn uitgezonderd (vgl. par. 2.5). Zulke administratiefrechtelijke besluiten, waarbij verplichtingen aan personen of organen binnen de onderneming worden opgelegd, zijn mede bepalend voor zekere aspecten van de rechtsbetrekking

(206) Zie *EuGRZ* 1979, blz. 106: 'Ausschlaggebend ist die Überlegung, dass eine missbilligende Belchrung den Betroffenen in seiner Berufsehre beeinträchtigt und durchaus geeignet ist, "ihn in seiner grundrechtlich geschützten Freiheit zu beschränken, den Beruf grundsätzlich frei von Reglementierungen eigenverantwortlich auszuüben".'

(207) Vgl. de noot van B.J. van der Net onder K.b. 11 maart 1982, *AB* 1982, 239.

werkgever-werknemer, die van privaatrechtelijke aard is. Daarom kan art. 6 EV op geschillen over deze besluiten toepasselijk worden geacht. Ze moeten dus aan het oordeel van de rechter kunnen worden onderworpen. Hierin kan, voor zover Arob-beroep is uitgesloten, door de gewone rechter op grond van art. 1401 BW worden voorzien. Op 17 december 1982 heeft de Sociaal-Economische Raad ingestemd met het voornemen van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, om het College van Beroep voor het bedrijfsleven ook op dit gebied tot de bevoegde rechter te maken. Dit voorstel was gedaan wegens het vervallen van de huidige 'negatieve lijst' bij de Wet Arob (208).

Inzake een besluit van een bedrijfscommissie op grond van art. 13 van de Wet op de ondernemingsraden kwam art. 6 EV aan de orde in een vonnis in kort geding van de president der arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage van 7 oktober 1982 (209). Ingevolge dit artikel van de Wet op de ondernemingsraden had de Bedrijfscommissie voor het wegverkeer eiser uitgesloten van deelneming aan de werkzaamheden van de ondernemingsraad. Als gevolg van de vermelding van deze bepaling op de 'negatieve lijst' is Arob-beroep uitgesloten. Eiser stelde dat de bedrijfscommissie jegens hem een onrechtmatige daad had gepleegd door de hoorzitting, die aan het besluit tot uitsluiting voorafging, niet op een daartoe strekkend verzoek van zijn raadsman uit te stellen en buiten hun aanwezigheid doorgang te laten vinden. In zijn vonnis achtte de president het niet aannemelijk dat de in art. 6 EV gewaarborgde rechten op een eerlijke behandeling en op bijstand van een raadsman van toepassing zijn op de besluitvorming van de bedrijfscommissie, omdat het verdrag deze rechten toekent in rechterlijke, niet in administratieve procedures als de onderhavige. Evenmin achtte hij de gevolgde procedure op grond van de beginselen van behoorlijk bestuur onrechtmatig. Bij dit vonnis kan worden aangetekend dat ingevolge art. 6 EV wel de toegang tot de rechter ter zake van beslissingen als de onderhavige verzekerd zal moeten zijn; dat aan deze eis wordt voldaan blijkt uit het vonnis zelf. Dit neemt echter niet weg dat wegens de aard van geschillen administratieve rechtspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven de voorkeur zal verdienen.

(208) Vgl. Kamerstuk II 1981, 16945, nr. 3, par. 3.8.

(209) Rohnr. 82/819, nog niet gepubliceerd; zie ook par. 29 van het preadvies van Dommering.

Ten slotte moet hier nog worden ingegaan op de administratief-rechtelijke beslissingen ter zake van het verlies en het herkrijgen van de onderwijsbevoegdheid. De Minister van Onderwijs en Wetenschappen kan kleuterleidsters, onderwijzers en leraren, die wegens misdrijf onherroepelijk zijn veroordeeld, de onderwijsbevoegdheid ontnemen. Het maakt hierbij geen verschil of zij bij het openbaar dan wel bij het bijzonder onderwijs werkzaam zijn c.q. zijn geweest. Aan hen, alsmede aan degenen die door een veroordeling wegens ontucht met minderjarigen de onderwijsbevoegdheid van rechtswege hebben verloren, kan bij gewoon Koninklijk besluit die bevoegdheid worden teruggegeven. Ingevolge art. 6, derde en vierde lid, van de Kleuteronderwijswet, art. 10, derde en vierde lid, van de Lager-onderwijswet 1920, en art. 41, derde en vierde lid, van de Wet op het voortgezet onderwijs staat tegen deze beslissingen beroep open op de Kroon. Over de toepasselijkheid van art. 6 EV kan, gelet op de overeenkomst met de situatie in de zaken-König en Le Compte c.s., weinig twijfel bestaan. Een wetsontworp dat onder meer ertoe strekt het beroep op de Kroon hier door Arob-beroep te vervangen, is op 26 november 1981 bij de Tweede Kamer ingediend (210).

3.4. De rechtspositie van werknemers bij de overheid

Hierboven waren voornamelijk publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen aan de orde die inwerken op de rechtspositie van personen die hun beroep of bedrijf uitoefenen door middel van privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen met andere particulieren. Te bezien staat nog in hoeverre de rechtspositie van overheidsfunctionarissen als werknemers tot de 'civil rights and obligations' / 'droits et obligations de caractère civil' kan worden gerekend. Voor personen die op grond van een privaatrechtelijke arbeidsovereenkomst in dienst zijn, zal het antwoord op deze vraag moeilijk anders dan bevestigend kunnen luiden. Hoe echter met hen wier rechtsposi-

(210) II 1981-1982, 17201, nr. 2, artt. I, II en III onder F. De vraag of art. 6 EV tot vervanging van het beroep op de Kroon in zulke zaken zou nopen was bij de schriftelijke behandeling van de Justitie-begroting 1981 in de Eerste Kamer aan de orde gesteld (I 1980-1981, 16400 VI, nr. 67, blz. 5, en nr. 67a, blz. 8 [sub 37]).

tie als werknemer door publiekrechtelijke normen wordt bepaald? De Europese Commissie voor de Rechten van de mens heeft hierover steeds in negatieve zin geoordeeld. In een rapport van 8 oktober 1980 heeft zij deze kwestie opnieuw ten principale besproken in het licht van de arresten van het EHRM in de zaak-König (211). Het ging in die zaak om een disciplinair ontslag van een Britse politie-ambtenaar. De Commissie redeneerde dat het Hof in de zaak-König de nadruk had gelegd op de omstandigheid dat het arts-beroep een vrij, particulier beroep is, dat door middel van privaatrechtelijke overeenkomsten met patiënten wordt uitgeoefend. Daarvan onderscheidt, aldus de Commissie, het beroep van politie-officier zich fundamenteel. Politie-officieren worden speciaal met het oog op de handhaving van de rechtsorde aangesteld en opgeleid, en oefenen hun beroep niet door privaatrechtelijke overeenkomsten met derden uit. Dus, aldus de Commissie, werd niet beslist over 'civil rights and obligations'/'droits et obligations de caractère civil'.

Deze redenering voert echter op een dwaalspoor. In de zaken-König en -Le Compte c.s. ging het om een geschil over een publiekrechtelijke rechtsbetrekking die inwerkte op de privaatrechtelijke rechtspositie *ten opzichte van derden*. In de zaak van de politie-officier had daarentegen moeten worden beoordeeld of de rechtsbetrekking tussen de overheid en een van haar werknemers (op welke rechtsbetrekking het geschil betrekking had) wellicht te beschouwen is als bepalend voor de privaatrechtelijke rechtspositie van die werknemer *ten opzichte van de overheid*. Daarvoor kan niet zonder meer maatgevend worden geacht of de werknemer tot taak heeft zich in het privaatrechtelijk verkeer te begeven, (openbare) wegen aan te leggen of de orde te handhaven. Kan wel als criterium dienen of de rechtsbetrekking werkgever-werknemer van publiekrechtelijke dan wel privaatrechtelijke aard is?

Als men rechtsbetrekkingen werkgever-werknemer van publiekrechtelijke aard in beginsel buiten het toepassingsgebied van art. 6 zou houden, rijst weer de vraag hoe men de publiekrechtelijke aard

(211) Zaak nr. 8496/79, *EuGRZ* 1982, blzz. 306-307 (nr. 54). Aan de hand van het arrest van het Hof in de zaak-Engel c.s. ging de Commissie tevens na, of deze tuchtzaak op een strafvervolgning in de zin van het EV neerkwam. Ook die vraag beantwoordde de Commissie ontkennend. Vgl. ook de rapporten van de Commissie over de zaken nr. 8185/78, *EuGRZ* 1982, blz. 306 (nr. 45), en nr. 9501/81, *EuGRZ* 1982, blzz. 60-61.

van deze rechtsbetrekkingen moet bepalen. Men zou op de kwalificatie in het nationale recht kunnen afgaan, maar die benadering past slecht bij de interpretatie-methodiek van het EHRM. Bovendien is het weinig aannemelijk, dat een zo belangrijk verschil in bescherming volgens het EV zou bestaan tussen personen die voor gelijke functies op vergelijkbare materiële voorwaarden, echter de een als ambtenaar in tijdelijke dienst en de ander als arbeidscontractant bij de overheid werkzaam zijn. Wellicht zou er meer voor te zeggen zijn, de dienstbetrekking materieel te beoordelen, en 'civil rights and obligations'/'droits et obligations de caractère civil' slechts in het geding te achten bij niet voor exclusief statelijke functies aangesteld overheidspersoneel. Dan rijzen echter moeilijke afbakeningsproblemen, terwijl bovendien rekening moet worden gehouden met personen die op grond van een arbeidsovereenkomst betrokken zijn bij de uitoefening van typische overheidsfuncties.

Wellicht moet echter, mede gelet op deze moeilijkheden, het criterium van de aard der rechtsbetrekking werkgever-werknemer worden verworpen. Is iemands *positie van werknemer* niet per definitie een privaatrechtelijke rechtspositie, die wel in een publiekrechtelijke rechtsbetrekking ambtenaar-overheid kan worden opgenomen, maar daarmee toch niet voor de ambtenaar haar karakter van privaatrechtelijke rechtspositie verliest? De ambtelijke dienstbetrekking werkt immers in op het vermogen in privaatrechtelijke zin van de ambtenaar en is daar ook op gericht: de ambtenaar verkrijgt vorderingsrechten jegens de staat, en is verplicht zijn — privaatrechtelijk verhandelbare — werkkraft in dienst van de overheid te stellen.

Zonder dat men daarom het ambtenarenrecht overbodig hoeft te achten, vindt deze benadering ondersteuning in de beschouwingen van E.P. de Jong en C.R. Nicssen in hun preadviezen voor de jaarvergadering van onze vereniging in 1982 (212). Daar bleek immers de betrekkelijkheid van verschillen tussen ambtenaren en arbeidscontractanten op het punt van hun positie *als werknemer*. Wel zijn er relevante verschillen in rechtspositie op het punt wat iemand in de uitoefening van zijn functie mag of moet doen: daar

(212) 'Bestaat er aanleiding de rechtspositionele verschillen tussen ambtenaren en civielrechtelijke werknemers te handhaven?', in: *Handelingen 1982 der Nederlandse Juristen-Vereeniging*, deel 1, eerste stuk, Zwolle 1982.

kan de publieke taak die door ambtenaren wordt vervuld, tot bijzondere eisen aanleiding geven (213).

Dit zou tot de conclusie kunnen leiden dat art. 6, eerste lid, EV van toepassing is op geschillen over de rechtsbetrekking overheid-ambtenaar, *voor zover* deze bepalend is voor de rechtspositie van de ambtenaar *als werknemer*, dus bij voorbeeld in geschillen over de salariering, ontslag en overplaatsing. Ook de oplegging van bepaalde disciplinaire straffen, zoals vermindering van het recht op jaarlijkse vakantie en inhouding van salaris, valt hiertoe te rekenen (214).

De hier ontwikkelde benadering betekent allereerst dat de rechtspraak ingevolge de Ambtenarenwet 1929, de Militaire Ambtenarenwet en de (op 1 januari 1983 in werking getreden) Wet rechts-toestand dienstplichtigen (waaronder het beroep tegen disciplinaire strafoplegging) aan de eisen van art. 6 EV zou moeten voldoen, omdat tot de zaken waarover deze rechtspraak zich uitstrekt zich in elk geval geschillen bevinden, waarvan de beslechting bepalend is voor de rechtspositie van de ambtenaar als werknemer. Er zijn daarnaast nog andere consequenties aanwijsbaar: ingevolge de onderwijswetgeving is de beslechting van geschillen over de rechtspositie van het onderwijzend personeel van openbare scholen in veel gevallen in hoogste ressort niet aan een onafhankelijke rechter maar aan de Kroon opgedragen. Dit geldt onder meer voor besluiten inzake overplaatsing, oplegging van disciplinaire straffen, en verlening van ongevraagd ontslag (artt. 26, vijfde lid, 28, eerste lid, en 29, eerste lid, van de Kleuteronderwijswet; artt. 36, elfde lid, 37, eerste lid, 38, derde lid, en 41, vierde lid, van de Lager-onderwijswet 1920; art. 43, tweede lid, van de Wet op het voortgezet onderwijs). Het beroep op de Kroon is geregeld in art.

(213) Zie in het bijzonder Niessen, *a.w.*, blz. 235, die concludeert dat 'elk element in de rechtspositie van overheidspersoneel op zijn eigen merites (dient) te worden beoordeeld, en te worden nagegaan of de bevoegdheden en verplichtingen van de overheid in haar verschillende rollen' (namelijk als werkgeefster en als draagster van openbaar gezag) 'ten aanzien van het onderzochte rechtspositionele element tot afwijking van de rechtspositie van particuliere werknemers nopen.'

(214) Zie onder meer art. 81 van het Algemeen Rijksambtenarenreglement. Sommige van de in dat artikel genoemde disciplinaire straffen kunnen als uitvloeisel van art. 54 van het Arbeidsovereenkomstenbesluit ook worden opgelegd aan werknemers van de overheid die krachtens arbeidsovereenkomst werkzaam zijn.

8 van de Kleuteronderwijswet en art. 17 van de Lager-onderwijswet 1920 (beide voorafgegaan door beroep op gedeputeerde staten ingevolge art. 28, tweede lid, resp. art. 37, tweede lid), alsmede art. 4 van de Wet op het voortgezet onderwijs. Dat het hier gaat om zaken die op zichzelf goed passen binnen de competentiesfeer van de ambtenarenrechter, blijkt ook uit de inschakeling van deze rechter, indien het gaat om maatregelen tegen een leerkracht van een openbare school die gemeenteraadslid is (215). Voor het onderwijzend personeel van bijzondere scholen bestaat de zgn. kringenrechtspraak, waarop par. 30 van het preadvies van Dommering betrekking heeft.

Een wijziging van de beroepsregeling inzake ongevraagd ontslag en disciplinaire maatregelen ten aanzien van personeelsleden van openbare scholen is inmiddels op handen. Op 29 juli 1982 heeft de Ministerraad ingestemd met een (aan de Raad van State voor te leggen) wetsontwerp, dat erin voorziet de ambtenarenrechter in deze zaken over de gehele linie tot de bevoegde rechter te maken (216).

Ten slotte moet hier melding worden gemaakt van de rechterlijke bevoegdheid van de Algemene Rekenkamer ingevolge de artt. 60-63 van de Comptabiliteitswet 1976 (217). De Rekenkamer kan een comptabele verplichten een tekort uit eigen middelen aan te zuiveren (art. 60) en hem als disciplinaire straf een geldboete van ten hoogste f 1 000 opleggen. Beide soorten beschikkingen vallen binnen het toepassingsgebied van art. 6, de eerste omdat de beslissing bepalend is voor een schadevergoedingsplicht ten laste van het privé-vermogen van de betrokkene, de laatste hetzij als strafoplegging in de zin van art. 6, hetzij als maatregel die de rekenplichtige ambtenaar in zijn privaatrechtelijke rechtspositie treft. De beschikkingen van de Rekenkamer leveren ingevolge art. 62, tweede lid, een executoriale titel op. Met uitzondering van her-

(215) Zie art. 31, eerste lid, van de Kleuteronderwijswet, art. 40, tweede lid, van de Lager-onderwijswet 1920, en art. 43, tweede lid, van de Wet op het voortgezet onderwijs. Deze bepalingen zijn gewijzigd bij de Wet van 6 mei 1982, Stb. 272.

(216) Zie het bericht daarover in de *Staatscourant* van 2 augustus 1982, nr. 145, blz. 2.

(217) Zie hierover Th.A. Stevers, *De Rekenkamer*, Leiden/Antwerpen 1979, blzz. 108-122, alwaar ook de historie van deze rechterlijke bevoegdheid wordt besproken.

ziening (art. 63) staat naar de kennelijke bedoeling van de wetgever tegen deze beschikkingen geen rechtsmiddel open; ook beroep op de Afdeling rechtspraak is ingevolge art. 1, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wet Arob uitgesloten. Vastgesteld kan worden dat de procedure voor deze taak van de Rekenkamer (waarvan de wenselijkheid bij de totstandkoming van de huidige wet vanuit de Tweede Kamer in twijfel werd getrokken (218)) reeds door het ontbreken van openbaarheid (219) onmiskenbaar in strijd is met art. 6 EV.

3.5. Financiële relaties van administratiefrechtelijke aard

A. De Europese Commissie voor de Rechten van de mens wenst tot dusver art. 6, eerste lid, EV in het algemeen buiten toepassing te laten waar het gaat om geschillen over publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen die de burger verplichten tot betaling van een geldsbedrag aan de overheid, of omgekeerd (220). Het kan hier gaan om belastingen, sociale verzekeringen (enerzijds premieheffing, anderzijds uitkeringen) volgens het omslagstelsel, bijstand, subsidies en publiekrechtelijke schadevergoedingen. Zelfs het recht op schadevergoeding op grond van het Duitse Bundesentschädigungsgesetz voor slachtoffers van het nationaal-socialistische regime heeft de Commissie niet als 'civil right'/'droit de caractère civil' erkend (221), zulks ondanks het feit dat – zoals Van Dijk en Van Hoof opmerken – deze vorderingen tot de competentie van de gewone rechter behoren (222); bovendien is het Bundesentschädigungsgesetz blijkens par. 8 van die wet bedoeld als een regeling die tevens in de plaats treedt van de mogelijkheid, op grond van de gewone regels van burgerlijk recht schadevergoeding te vorderen. Toch zou het – zolang het EHRM zich niet heeft uitgesproken – voorbarig zijn om te concluderen dat art. 6 EV zonder betekenis is voor de hier bedoelde geschillen. Er zijn immers ook argumen-

(218) Zie mijn bijdrage 'Comptabiliteitswet 1976', in: *Ars Aequi* XXVI (1977), blzz. 301-310.

(219) Vgl. Stevers, *a.w.*, blz. 109.

(220) Zie Van Dijk/Van Hoof, blzz. 278-279.

(221) Bij voorbeeld in haar rapport van 7 mei 1980 (nr. 8167/78). Zie *EuGRZ* 1981, blz. 308 (nr. 77).

(222) *A.w.*, blz. 278.

ten die tot een tegengestelde conclusie kunnen leiden. Allereerst valt te wijzen op het in par. 3.2 besproken arrest van het Hof inzake Sporrang en Lönnroth, waarin — in afwijking van de zienswijze van de Commissie — de toepasselijkheid van art. 6 EV werd aangenomen op grond van de inwerking van een publiekrechtelijke rechtsbetrekking op het eigendomsrecht (223). Dat nu kan ook gezegd worden van bij voorbeeld belastingheffing, die leidt tot vorderingsrechten op het vermogen van de belastingplichtige (224). Dit is een nauwer, namelijk ook juridisch verband van de administratiefrechtelijke (fiscale) rechtsbetrekking met de privaatrechtelijke rechtspositie van de burger dan waarvan de toenmalige Minister van Justitie De Ruiter uitging bij de behandeling in de Tweede Kamer van wetsontwerpen tot wijziging van de Wet administratieve rechtspraak belastingzaken op 30 september 1982. Minister de Ruiter zei:

'In de zaak-König ging het om het beroep van een arts ter zake van zijn bevoegdheid om het beroep van arts uit te oefenen. Dit is inderdaad een burgerrechtelijke bevoegdheid. Ook als die in een administratief geschil aan de orde komt, is dit zo verweven met de burgerrechtelijke rechtspositie dat men onder de werking van art. 6 valt.

Mevrouw Wessel heeft gezegd — althans zo heb ik het begrepen -- dat het betalen van belastingen en het voldoen aan andere verplichtingen allemaal ten laste van dezelfde portemonnee komt en dat dit elkaar beïnvloedt. Dit criterium is veel te algemeen om te kunnen volhouden dat ieder administratiefrechtelijk geding dat te maken heeft met geld, nu ook een zaak zou zijn als bedoeld in art. 6. Ik bestrijd het betoog van mevrouw Wessel dan ook op dit punt' (225).

Bij het betoog van de minister valt de volgende kanttekening te plaatsen. Er is meer aan de hand dan dat de belastingheffing met geld te maken heeft en daardoor ten laste komt van dezelfde portemonnee als andere verplichtingen. De belastingheffing heeft immers *rechtsgevolgen* voor het vermogen (in de zin van het geheel van iemands vermogensrechtelijke — dus privaatrechtelijke — rechtsbetrekkingen), en is daarop gericht. Op fiscale vorderingen is het privaatrechtelijk executie-, beslag- en faillissementsrecht — zij het met specifieke bepalingen — van toepassing. Ook zakelijk is het

(223) Zie par. 80 en par. 83 van dat arrest.

(224) Aldus ook L.J.M. Nouwen, Binnen een redelijke termijn, blz. 883, in: *Weekblad voor Fiscaal Recht*, nr. 5509 (20 augustus 1981), blzz. 881-886.

(225) Handelingen II 1982-1983, blz. 148.

weinig voor de hand liggend, het grondrecht van behoorlijke rechtspraak wel van toepassing te achten bij kleine onteigeningen tegen schadevergoeding, maar niet bij belastingheffing (die ook met beschuiten gepaard kan gaan, welke tot een *bepaalde* belastingplichtige zijn gericht en hem bij wijze van administratiefrechtelijke sanctie een verhoging opleggen).

B. Aanvaardt men de beoogde inwerking van de administratiefrechtelijke rechtsbetrekking op het vermogen (en in die zin op de privaatrechtelijke rechtspositie) van de burger als criterium, dan komen ook de andere aan het begin van deze paragraaf genoemde financiële relaties van administratiefrechtelijke aard binnen de gezichtskring van art. 6 EV. Op de eerste plaats kunnen de sociale verzekeringen worden genoemd, uit hoofde waarvan enerzijds betalingsverplichtingen op particulieren rusten (premieheffing) en anderzijds aanspraken op uitkeringen bestaan. Neemt men deze in beschouwing, dan valt te wijzen op rapporten van de Europese Commissie over beweerde schendingen van art. 1 van het Eerste Protocol (waarborg van de eigendom). De Commissie stelt zich op het standpunt dat aanspraken op sociale uitkeringen volgens het opbouwstelsel wel, maar volgens het omslagstelsel niet tot verworven rechten leiden, die onder de eigendomswaarborg vallen. Een beroep op art. 1 Eerste Protocol inzake de Nederlandse AOW en AWW is daarom door de Commissie niet gehonoreerd (226). Wel achtte de Commissie het in een rapport van 6 maart 1980 mogelijk dat een aanspraak op uitkering krachtens het Duitse sociale-verzekeringsrecht zo'n verworven recht is, dat onder de waarborg van het eigendomsrecht valt (227). In het laatste geval ligt ook de toepasselijkheid van art. 6 EV voor de hand, aangezien de beslechting van een geschil bepalend is voor de eigendom (het vermogen) van de pretense uitkeringsgerechtigde. De keerzijde hiervan kwam aan de orde in een rapport van 13 december 1980, waar art. 1 van het Eerste Protocol (in beginsel) toepasselijk werd geacht op de premieheffing voor een Duitse sociale verzekering (228). In twee andere in 1980 uitgebrachte rapporten

(226) Rapport van 18 december 1973, zaak nr. 5763/72, *SMA* 30 (1975), blz. 93-102 m.nt. E.A. Alkema (Samenloop van pensioenen en het recht op eigendom), par. 1.4.

(227) Zaak nr. 8504/79, *EuGRZ* 1982, blz. 315 (nr. 136).

(228) Zaak nr. 8522/79, *EuGRZ* 1982, blz. 315 (nr. 142).

kon de Commissie in het midden laten of geschillenbeslechting in sociale-verzekeringzaken onder art. 6 valt, omdat in die zaken de normen van art. 6 in elk geval niet waren geschonden (229).

Uit de toepasselijkheid van art. 1 Eerste Protocol kan men wel concluderen dat geschillen dan ook onder art. 6 EV vallen, maar het omgekeerde is niet het geval. Ook als men moet aannemen dat een aanspraak op een sociale uitkering geen eigendomsrecht in de zin van art. 1 Eerste Protocol vormt (omdat het omslagstelsel wordt gehanteerd), blijft de mogelijkheid bestaan dat de beslissing over deze aanspraak bepalend is voor het vermogen en in die zin de privaatrechtelijke rechtspositie van de betrokkene. Dat zou dan ook kunnen gelden voor andere publiekrechtelijke aanspraken van de burger op financiële prestaties, zoals die op bijstand, subsidie of een publiekrechtelijke schadevergoeding van het type van art. 49 der Wet op de Ruimtelijke Ordening.

Bij subsidies en publiekrechtelijke schadevergoedingen kan het bestuur een zekere vrijheid van beoordeling zijn gelaten. Het eventuele bestaan van zo'n vrijheid van beoordeling rechtvaardigt echter niet de conclusie dat de burger slechts recht op de prestatie zou hebben voor zover het administratieve orgaan daartoe zelf heeft besloten. Het bestuur geeft immers niet een uitkering, bijstand, subsidie of schadevergoeding uit vrijgevigheid maar omdat het daartoe uit hoofde van een — door middel van de 'autonome Determinante' te concretiseren — rechtsbetrekking verplicht is (vgl. par. 2.6 van dit preadvies). In een administratiefrechtelijk geschil over deze zaken maakt de burger dan ook een (beweerd) recht op toekenning van bijstand, subsidie of schadevergoeding geldend. Toch bestaat hier een wezenlijk verschil met de in het voorafgaande besproken gevallen. De publiekrechtelijke normering inzake het eigendomsrecht en met betrekking tot het recht op uitoefening van vrije beroepen en bedrijven kan immers, evenals belastingheffing, premieheffing en beslissingen over uitkeringen ingevolge sociale verzekeringen volgens het opbouwstelsel *ingrepen* opleveren *in de bestaande privaatrechtelijke rechtspositie* van de betrok-

(229) Zaken nrs. 8753/79 en 8567/79, *EuGRZ* 1982, blz. 305 (nr. 44) en blz. 306 (nr. 48). De toepasselijkheid van art. 6 op het gebied van de sociale verzekeringen werd ook door het Eidgenössisches Versicherungsgericht (onderdeel van het Zwitserse Bundesgericht) in zijn uitspraak van 19 december 1977 in het midden gelaten (*EuGRZ* 1978, blzz. 278-280).

kene. Daarentegen kunnen de administratiefrechtelijke aanspraken op sociale-verzekeringsuitkeringen volgens het omslagstelsel, aanspraken op bijstand, aanspraken op subsidie en aanspraken op schadevergoeding wel tot de rechtspositie van de betrokkene behoren — anders zou er ook geen grondslag voor een procedure zijn — maar zolang deze aanspraken niet zijn toegewezen, zijn ze geen bestanddeel van zijn privaatrechtelijke rechtspositie. Bij de beslechting van geschillen over deze administratiefrechtelijke rechtsbetrekkingen zijn dus geen (bestaande) (tot de 'civil rights and obligations'/'droits et obligations de caractère civil' te rekenen) privaatrechtelijke rechten en verplichtingen in het geding. Een verandering in de privaatrechtelijke rechtspositie is wel het gevolg van de administratiefrechtelijke geschillenbeslechting, maar deze is er *niet op gericht* iets te bepalen omtrent de huidige privaatrechtelijke rechten en verplichtingen van de betrokkene. Gelet op de jurisprudentie van het EHRM, althans naar haar huidige stand, is het dan ook niet plausibel art. 6 EV mede op de hier bedoelde geschillen van toepassing te achten. Dit neemt niet weg dat er ook argumenten voor een tegengestelde beoordeling zijn. Men zou allereerst kunnen denken aan geschillen over de intrekking of vermindering van een eerder toegekende uitkering: de redenering zou dan kunnen worden gevolgd dat wordt ingegrepen in de bestaande vermogensrechtelijke positie van de betrokkene. Hier zou men echter weer tegenover kunnen stellen dat er, juist voor zover zo'n intrekking of vermindering administratiefrechtelijk toelaatbaar is, nog geen 'verworven rechten' bestaan. Voorts zou men ten gunste van de toepasselijkheid van art. 6 kunnen aanvoeren dat er een onderscheid tussen inwerking op iemands bestaande privaatrechtelijke rechtspositie enerzijds, en beïnvloeding van zijn toekomstige privaatrechtelijke rechtspositie anderzijds onwezenlijk is. Inderdaad is het door de Commissie gemaakte verschil tussen sociale verzekeringen volgens het opbouwstelsel en volgens het omslagstelsel weinig overtuigend. Daar staat echter weer tegenover dat, als men ervan zou afzien, dergelijke onderscheidingen te maken vrijwel alle administratiefrechtelijke geschillen onder art. 6 EV zouden vallen, en dat heeft het Hof — helaas — niet kunnen of willen aannemen. Vermelding verdient nog, dat in een klacht tegen Nederland, die bij de Commissie aanhangig is, ter beoordeling staat of art. 6 EV van toepassing is op geschillen over uitkeringen krachtens de Ziektewet.

C. In dit verband vraagt de uitspraak van de raad van beroep te Zwolle van 23 november 1981 (230) de aandacht. Daar ging het om de zogenaamde vaste-deskundige-procedure, voorzien in de artt. 135-144 van de Beroepswet voor de beslechting van 'geschillen van geneeskundige aard', zoals die over het bestaan of voortbestaan van de ongeschiktheid tot werken (art. 75, tweede lid, van de Ziektewet; zie verder art. 75, tweede lid van de Ziektefondswet, art. 59, derde lid, van de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten, en art. 8 van de Wet Arbeidsongeschiktheidsverzekering militairen). In deze geschillen moet de voorzitter van de raad van beroep — tenzij hij een 'bijzonder geval' aanwezig acht — aan een van de als vaste deskundige aan de raad van beroep verbonden artsen opdracht geven een onderzoek in te stellen (art. 135). Het verwerend orgaan moet de stukken op zeer korte termijn inzenden (art. 136); de klager krijgt daarin geen inzage. Nadat de vaste deskundige advies heeft uitgebracht (art. 140), doet de voorzitter van de raad van beroep zonder dat partijen worden gehoord in het openbaar bij beschikking uitspraak (art. 141). Tegen de beschikking van de voorzitter staat geen rechtsmiddel open, behalve in de in art. 141, eerste lid, genoemde gevallen waarin verzet bij de raad van beroep kan worden gedaan (zie ook art. 75, tweede lid, van de Ziektewet). Voordat de raad van beroep het verzet ongegrond verklaart, moet hij de partijen in de gelegenheid stellen in raadkamer te worden gehoord; tegen de ongegrond- of niet-ontvankelijk-verklaring van het verzet staat geen rechtsmiddel open (art. 142, zesde en zevende lid, van de Beroepswet).

In de genoemde uitspraak heeft de Zwolse raad van beroep, alhoewel zich geen bijzonder geval in de zin van art. 135 voordeed, de vaste-deskundige-procedure buiten toepassing gelaten op grond van art. 6, eerste lid, EV. De raad oordeelde dat deze procedure niet voldoet aan de normen van behoorlijke rechtspraak van deze verdragsbepaling: een 'fair and public hearing' ('que sa cause soit entendue équitablement, publiquement') door de rechter over het geschil blijft immers achterwege. Naar aanleiding hiervan heeft

(230) *NJCM-bulletin* 7 (1982), blzz. 195-204, m.nt. P.F. van der Heijden. Zie over deze uitspraak A.F.M. Brenninkmeijer, De vaste-deskundige-procedure, in: *Bestuurswetenschappen* 36 (1982), blzz. 170-182. Vgl. ook Vz. raad van beroep Zwolle 20 november 1981, *Praktijkids* 1982, 1688, m.nt. W. Hesse-ling.

Brenninkmeijer verdedigd dat de vaste-deskundige-procedure (net zoals vroeger de procedure voor het geneeskundige scheidsgerecht) zelf 'in belangrijke mate voldoet aan de vereisten voor een eerlijk proces' (231). Dit standpunt is inmiddels gevolgd door de raad van beroep te 's-Hertogenbosch (232). Toch kan niet worden betwist dat de procesgang niet aan de eisen van art. 6 EV en art. 14 IV voldoet; een openbare terechtzitting ontbreekt geheel. Moeilijker te aanvaarden is de met zorg ontwikkelde redenering op grond waarvan de Zwolse raad art. 6 EV in sociale-verzekeringszaken — in casu een geschil over een aanspraak op ziekengeld — van toepassing acht. De raad stelt voorop dat de jurisprudentie van Commissie en Hof geen aanknopingspunten biedt om de aanspraken op ziekengeld zelf als 'civil right' te kwalificeren. Wel kan volgens de raad de beslechting van een geschil in de vaste-deskundige-procedure '*onder omstandigheden* (. . .) bepalend zijn voor de burgerlijke rechten en verplichtingen van de belanghebbende', namelijk bij de arbeidsrechtelijke beoordeling of een werknemer ongeoorloofd heeft verzuimd te werken in een procedure voor de kantonrechter.

In hun commentaren bij deze uitspraak wijzen Brenninkmeijer en Van der Heijden erop, dat het door de raad genoemde effect van een uitspraak in het geschil over ziekengeld op een arbeidsrechtelijke rechtsbetrekking niet zodanig is dat de beslechting van het administratiefrechtelijke geschil daarvoor beslissend is (233). In de termen van het criterium dat in hoofdstuk 2 van dit preadvies uit de jurisprudentie van het Hof werd afgeleid, zou men kunnen zeggen dat de vaststelling van de administratiefrechtelijke rechtsbetrekking niet de strekking heeft, de privaatrechtelijke rechtspositie van de betrokken (ex-)werknemer mee te bepalen. Dit neemt niet weg dat er ook los van art. 6 EV reden bestaat om de vaste-deskundige-procedure uit een oogpunt van rechtsbescherming kritisch te bezien (234); een argument daarvoor kan bovendien worden ontleend aan art. 14, eerste lid, IV.

D. Bezieet men de afbakening van de toepasselijkheid van art. 6 op

(231) Brenninkmeijer, *a.w.*, blz. 173.

(232) Beschikking van 22 juni 1982, nr. ZW 81/3720, nog niet gepubliceerd.

(233) *A.w.*, blzz. 176-177 resp. *a.w.*, blzz. 203-204.

(234) Aldus ook Brenninkmeijer, *a.w.*, blzz. 178-182 en Van der Heijden, *a.w.*, blz. 204.

financiële relaties overheid-burger over het geheel, dan ontstaat een weinig bevredigend beeld. Als het administratieve recht gericht is op inwerking in de bestaande privaatrechtelijke rechtspositie, zou het verdrag wel het grondrecht op behoorlijke rechtspraak waarborgen, in andere gevallen niet. Daardoor wordt echter genegeerd dat administratiefrechtelijke 'verkregeven rechten' voor de levenssituatie van de burger in belang niet behoeven onder te doen voor privaatrechtelijke aanspraken. Wellicht werkt in de uitleg van art. 6 EV nog de klassieke visie op de rechtsstaat door, die de eigendomsverhoudingen zonder meer als grondslag van de inrichting der samenleving aanvaardde (235). In de sociale rechtsstaat heeft het administratieve recht ter uitvoering van sociale grondrechten — zoals dat op sociale zekerheid (236) — echter de betekenis van een noodzakelijke voorwaarde voor persoonlijke vrijheid in een democratisch geordende samenleving (237). Als, overeenkomstig dit uitgangspunt, de wetgeving voorziet in een publiekrechtelijk stelsel van aanspraken op financiële prestaties (zoals in Nederland het geval is), *dan is er geen goede reden om aan de rechtsbescherming op dit gebied lagere eisen te stellen dan aan de rechtsbescherming ter zake van ingrepen in de eigendomsverhoudingen*. Ook om een reden van andere aard is de scheidslijn die op grond van de jurisprudentie van het Hof lijkt te moeten worden getrokken, onbevredigend. De openheid van centrale begrippen in het Nederlandse privaatrecht maakt het mogelijk dat in rechtsbetrekkingen die door privaatrechtelijke normen worden beheerst, administratiefrechtelijke rechtsbetrekkingen doorwerken (238). Naast het in hoofdstuk 2 besproken terrein van de onrechtmatige overheidsdaad kunnen als voorbeelden worden genoemd de mogelijkheid om art. 1395 BW toe te passen 'op betalingen van publiekrechtelijke aard, voorzover niet uit de wet het tegendeel volgt' (239) en de verschuldigdheid van wettelijke interessen over achterstallige,

(235) Vgl. D.F. Scheltens, *Mens en mensenrechten*, Alphen aan den Rijn/Brussel 1981, blzz. 72-77 en blz. 117, naar aanleiding van Kant.

(236) Art. 20, tweede lid, van de herziene Grondwet.

(237) In deze zin Walter Krebs, *Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte*, Berlin 1975, blzz. 125-132.

(238) Vgl. over deze problematiek A.R. Bloembergen, De eenheid van privaatrecht en administratief recht, in: *WPNR* 108 (1977), nrs. 5372-5375, blzz. 1-5, 17-23, 33-36 en 49-54.

(239) HR 24 april 1957, *NJ* 1957, 523, inzake teveel betaalde belasting.

uit het publiekrecht voortvloeiende betalingen (240). Door de hier bedoelde inwerking van administratiefrechtelijke rechtsbetrekkingen op rechtsbetrekkingen die in beginsel door privaatrechtelijke normen worden beheerst, wordt weer de toepasbaarheid van die privaatrechtelijke normen beïnvloed (241). Hiermee blijft de eigen aard van de administratiefrechtelijke rechtsbetrekkingen bewaard. Een en ander kan worden afgeleid uit het voorbehoud 'voorzover niet uit de wet het tegendeel volgt' in het arrest van 1957, alsmede uit het arrest van de Hoge Raad van 22 december 1978 (242) inzake de Zijpe en Hazepolder; daarin werd geoordeeld dat een publiekrechtelijke betalingsverplichting niet door verkrijgende verjaring in de zin van het BW onherroepelijk wordt, maar met inachtneming van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kan worden herzien.

Het verschil tussen enerzijds administratiefrechtelijke rechtsbetrekkingen die erop gericht zijn een bestaande privaatrechtelijke rechtspositie te beïnvloeden, waarop art. 6 wél toepasselijk wordt geoordeeld, en anderzijds de bovenbedoelde door het privaatrecht geïntegreerde administratiefrechtelijke rechtsbetrekkingen, waarop art. 6 naar de huidige stand van zaken niet van toepassing moet worden geacht, is eigenlijk dit: in het ene geval richt het administratieve recht zich op privaatrechtelijke rechtsverhoudingen, in het andere geval neemt het privaatrecht als het ware ongevraagd administratief recht op. Dit leidt in het ene geval tot een prioriteit van de (door het administratieve recht 'aangetaste') privaatrechtelijke rechtspositie van de burger, en in het andere geval tot een prioriteit van de door administratieve organen vast te stellen publiekrechtelijke rechtspositie van de burger. De aan art. 6 EV gegeven uitleg komt er dan op neer dat in het ene geval de rechter het laatste woord moet hebben over de privaatrechtelijke rechtspositie van de burger, terwijl in het andere geval wordt geaccepteerd dat het bestuur het laatste woord heeft over de publiekrechtelijke rechtspositie van de burger. Het bezwaar van deze opvatting is niet dat het bestuur over de publiekrechtelijke

(240) HR 17 maart 1978, *NJ* 1978, 562, m.nt. G.J. Scholten.

(241) Zie J. van der Hoeven, De magische lijn, Verkenningen op de grens van publiek- en privaatrecht, blz. 216, in: *Honderd jaar rechtsleven, De Nederlandse Juristen-Vereeniging 1870-1970*, blzz. 201-219.

(242) *NJ* 1979, 289, m.nt. A.R. Bloembergen.

rechtspositie van de burger oordeelt en daarbij zijn 'Gestaltungsfreiheit' uitoefent — dat is immers kenmerkend voor het publiekrecht —, maar dat een rechterlijke beoordeling daarvan niet steeds verzekerd is, *terwijl in beide gevallen de rechtspositie van de burger in het geding is, die veelal nauw verweven privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen omvat.*

Men zou hierop Bloembergens criterium voor de relatie privaatrecht-publiekrecht kunnen toepassen, te weten het gelijkheidsbeginsel: 'Uit dat beginsel vloeit voort, dat overeenkomstige rechtsverhoudingen — zoals vorderingsrechten — uit het burgerlijk recht en uit het administratieve recht gelijk behandeld moeten worden, tenzij er relevante verschillen tussen die rechtsverhoudingen zijn' (243). Zo'n relevant verschil is daarin gelegen dat de volledige bepaling van administratiefrechtelijke rechtsbetrekkingen vaak afhankelijk is van autonome besluitvorming van een van de subjecten van de rechtsbetrekking, namelijk het administratieve orgaan, en dus ook ruimte moet laten voor het eigen oordeel van het administratieve orgaan, maar houdt niet in, dat geschillen over administratiefrechtelijke rechtsbetrekkingen aan beslechting door de rechter onttrokken zouden moeten zijn. Het eerstbedoelde verschil is goed zichtbaar bij vergelijking van het privaatrechtelijke en het publiekrechtelijke schadevergoedingsrecht. Bij het privaatrechtelijke schadevergoedingsrecht wordt de rechtsbetrekking volledig door de toepasselijke privaatrechtelijke normen bepaald, ook al vergt de toepassing daarvan vaak een gecompliceerd onderzoek naar de feiten. Publiekrechtelijke schadevergoedingsregelingen kunnen daarentegen een discretionaire bevoegdheid aan het bestuur toekennen, dan wel een vage norm bevatten die eveneens vrijheid van beoordeling aan het bestuur laat (244).

Als voorbeeld kan art. 49 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening dienen, waarvan het eerste lid luidt:

(243) Zie punt 2 van diens in de vorige noot vermelde annotatie. Vgl. ook par. 6 op blzz. 18-19 van Bloembergens in noot 238 aangehaalde verhandeling.

(244) Vgl. par. 2.6 van dit preadvies in verband met Van der Hoeven, *a.w.* (noot 133), blz. 677. Zie over de beleidsvrijheid en de rol van het algemeen belang bij de vaststelling van publiekrechtelijke schadevergoedingen naar Frans recht W. Konijnenbelt, *De égalité devant les charges publiques in het Franse administratieve recht*, blzz. 283-289, in: *Bestuurswetenschappen* 25 (1971), blzz. 263-298.

'Indien en voor zover blijkt, dat een belanghebbende ten gevolge van de bepalingen van een bestemmingsplan schade lijdt of zal lijden, welke redelijkerwijze niet of niet geheel te zijnen laste behoort te blijven en waarvan de vergoeding niet of niet voldoende door aankoop, onteigening of anderszins is verzekerd, kent de gemeenteraad hem op zijn verzoek een naar billijkheid te bepalen schadevergoeding toe. De schadevergoeding kan worden bepaald in geld of op andere wijze.'

Het tweede lid voorziet in beroep op de Kroon tegen de besluiten van de gemeenteraad hiromtrent. Vergelijkbare bepalingen komen voor in verscheidene andere wetten, zoals de Boswet, de Monumentenwet en de Ontgrondingenwet (245). (Van andere aard is de schadevergoeding bij onteigening, die voorwaarde is voor de onteigening als zodanig. In onteigeningsprocedures is art. 6 EV dan ook zonder meer toepasselijk.)

Vaak wordt aangenomen dat het verschil tussen de privaatrechtelijke schadevergoedingsplicht en de schadevergoedingsplicht ingevolge art. 49 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening daarin gelegen is, dat de eerste wel, maar de tweede niet tot volledige schadevergoeding behoeft te leiden (246). Hier kan in het midden blijven of deze — door G.J. de Groot bestreden (247) — zienswijze juist is. De wetgever heeft in elk geval de beoordeling *of* schadevergoeding moet plaatsvinden in handen gelegd van het bestuur, namelijk door in art. 49 niet alleen op het punt van de omvang ('naar billijkheid te bepalen') maar ook op het punt van het *bestaan* van een vergoedingsplicht ('schade die redelijkerwijze niet of niet geheel ten laste van de benadeelde behoort te blijven') een vage norm te gebruiken (248). De aard van de rechtsbetrekking zou veranderen als men de beslissing over de toekenning van schadevergoeding zonder meer in handen van de burgerlijke rechter zou leggen, zoals bij herhaling is bepleit (249). Dat het hier om

(245) Zie voor een overzicht van een aantal belangrijke bepalingen op dit gebied G.J. Jansen, *Schadevergoeding, Kroonberoep en art. 6 lid 1 ECRM*, blz. 129, in: *NJB* 57 (1982), blzz. 128-131.

(246) G.J. de Groot, *Vergoeding van planschade* (diss. RU Leiden), Deventer/Alphen aan den Rijn 1982, blz. 121.

(247) *A.w.*, blzz. 141-143. Vgl. de bespreking van P.J.J. van Buuren in *NJB* 58 (1983), blzz. 159-161.

(248) Vgl. De Groot, *a.w.*, blz. 51.

(249) Zie P.C.E. van Wijnen, Art. 49 WRO, Een poging om de impasse te doorbreken, blzz. 178-179 (met verdere verwijzingen), in: *Bouwrecht* 15 (1978), blzz. 173-182.

vragen 'van juridische aard' gaat (250), neemt niet weg, dat het verschil maakt of een bestuurlijke oordeelsvorming door de rechter met de rechtspositie van de bestuurde wordt geconfronteerd, dan wel de beoordeling die de vage normen nodig maken, door de rechter wordt overgenomen.

Desalniettemin is er veel voor te zeggen, onafhankelijke rechtspraak te introduceren ter beoordeling van bestuurlijke beslissingen omtrent toekenning van schadevergoeding. Dit zou in deze vorm kunnen geschieden dat wordt voorzien in administratieve rechtspraak ten aanzien van besluiten van bestuursorganen ter uitvoering van art. 49 en vergelijkbare bepalingen. Een suggestie van deze strekking is ook gedaan door G.J. Jansen en wel naar aanleiding van de veronderstelling dat art. 6 EV in zaken als deze van toepassing is. Blijkbaar interpreteert hij echter de jurisprudentie van het EHRM inzake art. 6 EV verkeerd: hij gaat ervan uit dat reeds uit het feit dat de schade van privaatrechtelijke aard is (of kan zijn) kan worden afgeleid dat ook 'de schadevergoeding (. . .) privaatrechtelijk van aard' is (251).

Met eerbiediging van de primaire bevoegdheid van het bestuur om te beoordelen hoe de vage normen van de publiekrechtelijke schadevergoedingsbepalingen moeten worden toegepast, kunnen door de administratieve rechter (en uiteraard ook door het bestuur) de zich daarvoor lenende privaatrechtelijke normen omtrent schadevergoeding — te zijner tijd afdeling 6.1.9 van Boek 6 Nieuw BW — worden toegepast (252) en aldus in de administratiefrechtelijke rechtsbetrekking worden geïntegreerd.

3.6. *Andere administratiefrechtelijke rechtsbetrekkingen*

Naast de in de voorgaande paragrafen genoemde zijn er nog vele andere administratiefrechtelijke rechtsbetrekkingen die tot voor rechterlijke beslechting vatbare geschillen aanleiding kunnen geven. Op de eerste plaats valt het vreemdelingenrecht te noemen. Voor zover

(250) Aldus Van Buuren, Bolt en Scheltema, *a.w.*, blz. 256 (vgl. par. 2.6 van dit preadvies).

(251) *A.w.*, blz. 130.

(252) Dit is bepleit door A.R. Bloembergen in *Schadevergoeding: algemeen, deel 1* (Monografieën Nieuw BW, deel B-34), Deventer 1982, blzz. 12-13 en 40-43.

het in art. 8, eerste lid, EV genoemde recht op eerbiediging van het gezinsleven in het geding is, acht de Europese Commissie voor de Rechten van de mens 'civil rights' in de zin van art. 6 EV in het geding bij beslissingen over toelating en uitzetting van vreemdelingen; mogelijk kan ook het recht op onderwijs (art. 2 Eerste Protocol) in dit verband worden aangevoerd (253), alsmede — sedert de goedkeuring daarvan bij Rijkswet van 10 maart 1982, Stb. 89 — het Vierde Protocol. Op zichzelf acht de Commissie echter in vreemdelingenzaken (en ook bij uitlevering) (254) geen 'civil rights' in het geding. Aan de mogelijkheid van Arob-beroep in vreemdelingenzaken worden tot dusver door art. 34 van de Vreemdelingenwet beperkingen gesteld, waarvan het de vraag is of deze zich verdragen met art. 14, eerste lid, eerste volzin, IV (zie par. 2.4 van dit preadvies). Het wetsontwerp uitbreiding rechtsbescherming en rechtsbijstand vreemdelingen (255) is in 1982 naar aanleiding van de motie-Korte-Van Hemel (256) in die zin gewijzigd dat de Wet Arob over de gehele linie van toepassing zal worden, echter met dien verstande dat op het punt van de schorsing voorlopig een speciale regeling zal worden getroffen (met behoud van de mogelijkheid bij de president van de rechtbank in kort geding voorziening te vragen) (257).

Dit betekent echter niet dat, zolang art. 34 van de Vreemdelingenwet naar zijn huidige tekst geldt, strijd met art. 6 EV kan ontstaan. In een zaak waarin — met een beroep op het recht op eerbiediging van haar gezinsleven — een appellante de Afdeling rechtspraak had gevraagd de beperking van de beroepsmogelijkheid ingevolge art. 34 buiten toepassing te laten, overwoog de Afdeling dat in zulke gevallen een vordering bij de gewone rechter mogelijk is (258). Wel moet rekening worden gehouden met strijd met art. 14 IV.

In een procedure voor het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen kwam de vraag aan de orde, of het aan het EEG-Verdrag te onlenen recht op verblijf in een andere lid-staat dan

(253) Van Dijk/Van Hoof, *a.w.*, blz. 279.

(254) Rapport van 16 oktober 1980 (zaak nr. 8681/79), *EuGRZ* 1982, blz. 307 (nr. 59).

(255) II 1975-1976, 13974, nr. 2.

(256) II 1979-1980, 15649, nr. 25.

(257) II 1981-1982, 13974, nrs. 10-12.

(258) Uitspraak van 29 juli 1980, Ten Berge/Stroink, *Arob* (Jur., uitgezonderde beschikkingen), nr. 46, blz. 162.

waarvan de betrokkene onderdaan is, een 'civil right'/'droit de caractère civil' in de zin van art. 6 EV oplevert. De advocaat-generaal Capotorti neigde tot een bevestigende beantwoording van deze vraag. Het Hof kon de beantwoording in het midden laten (259). Administratiefrechtelijke rechtsbetrekkingen in de sfeer van de volksgezondheid vallen, voor zover het recht op persoonlijke vrijheid in het geding is, onder de werking van art. 5 EV, waarvan het vierde lid toegang tot de rechter garandeert. De toepassing van de zgn. Krankzinnigenwet kwam aan de orde in het bekende arrest van het EHRM inzake Winterwerp (260). Tot vergelijkbare vragen kan de Quarantainewet aanleiding geven. Denkbaar is voorts, dat afgedwongen medische of psychologische behandeling (261) als aantasting van het recht op privé-leven (art. 8 EV) (262) via de categorie van 'civil rights'/'droits de caractère civil' onder de werking van art. 6 EV wordt gebracht. Ook andere administratiefrechtelijke maatregelen zouden een van de in art. 8 vermelde rechten kunnen aantasten.

Of ook de administratiefrechtelijke beschikkingen ter uitvoering van de Dienstplichtwet tot geschillen leiden waarop art. 6 van toepassing is, valt echter te betwijfelen. In haar verweer in de zaak Benthem trachtte de Nederlandse regering een ruime uitleg van de in het König-arrest ontwikkelde leer *ad absurdum* te voeren, door te suggereren dat dan ook geschillen in dienstplichtzaken onder art. 6 zouden vallen:

'According to such a broad view, a decision of public authorities to call an individual up for military service or to refuse exemption from such service, for example, concerns civil rights and obligations, since during his military service the person in question may not be able to fulfil obligations arising from, for instance, a contract of employment or to enter into or carry out other contracts.

In the Government's opinion, such far reaching conclusions may not be drawn from the Court's considerations in the König case' (263).

(259) Arrest van 5 maart 1980 (zaak 98-79, Pecastaing), *EuGRZ* 1980, blzz. 346-351, in het bijzonder blz. 347 en blz. 351; ook in *SEW* 1980, blz. 562 e.v., m.nt. P. van Dijk, en (samengevat) in *NJ* 1981, 249.

(260) Arrest van 24 oktober 1979, *NJ* 1980, 114, m.nt. E.A. Alkema.

(261) Zie Van Dijk/Van Hoof, *a.w.*, blz. 328.

(262) Vgl. Van Dijk/Van Hoof, *a.w.*, blz. 280 en blz. 326.

(263) Dit gedeelte van de beslissing van de Commissie omtrent de ontvanke-lijkheid is in *NJ* 1982, 603, niet afgedrukt.

Inderdaad leidt het in par. 3.1 in aansluiting op de arresten inzake König en Le Compte c.s. geformuleerde criterium niet tot toepassing van art. 6: de administratiefrechtelijke rechtsbetrekkingen waar het hier om gaat zijn er immers niet op gericht, de privaatrechtelijke rechtspositie van de betrokkene te bepalen. Gelet op de uitdrukkelijke uitzondering voor militaire dienstplicht (en vergelijkbare verplichtingen) in art. 4, derde lid, EV ligt het ook niet voor de hand, de beslissingen omtrent militaire dienstplicht op andere wijze onder het bereik van art. 6 (of art. 13) EV te brengen.

Een en ander is van belang omdat de Nederlandse wetgeving voorziet in beroep op de Kroon ter zake van vrijstelling van militaire dienst en erkenning als gewetensbezwaarde. De conclusie dat art. 6 EV niet van toepassing zal zijn, heeft iets ongerijms: het gaat hier immers om rechtsbetrekkingen die voor de betrokkene van groter persoonlijk belang zijn dan vele rechtsbetrekkingen die wel 'civil rights' betreffen (264).

Hetzelfde kan worden gezegd van geschillen over de uitoefening en beperking van het kiesrecht. Daarvoor zijn echter wel artt. 13 en 14 EV in verband met art. 3 van het Eerste Protocol van belang. Voor geschillen die bij het houden van verkiezingen kunnen ontstaan is ingevolge de Wet van 27 januari 1982 tot wijziging van de bepalingen inzake beroep in de Kieswet en de Wet Europese verkiezingen (Stb. 19) het administratieve beroep op gedeputeerde staten vervangen door Arob-beroep, en ook overigens de rechtsbescherming met toepassing van de Wet Arob uitgebreid.

HOOFDSTUK 4

AANBEVELINGEN TOT WIJZIGING VAN HET NEDERLANDSE RECHT

4.1. Inleiding

Naar aanleiding van de mogelijke consequenties van art. 6 EV voor het beroep op de Kroon schrijven Van der Burg en Cartigny, dat

(264) In de Bondsrepubliek Duitsland wordt in dergelijke zaken in beginsel wel een 'Rechtsschutzbedürfnis' en daarmee toegang tot de rechter erkend. Zie Michael Sachs, Ein Rechtsschutzbedürfnis für Klage auf Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer bei Verpflichtung zum Dienst im Katastrophenschutz?, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 1 (1982), blzz. 237-238.

het denkbeeld dat dit verdrag 'Nederland dwingt tot een ingrijpende herziening van het stelsel van rechtsbescherming (. . .) nog steeds enige ongelovige verbazing (wekt)' (265). In het voorgaande hoofdstuk bleek dat art. 6, gelet op de jurisprudentie van het Hof, inderdaad op belangrijke stukken van het administratieve recht en het publiekrechtelijk geregelde tuchtrecht van toepassing moet worden geacht. Ook bleek echter dat de afbakening van de toepasselijkheid in veel gevallen onzeker is, en dat behoorlijke rechtspraak zeker niet per definitie van ondergeschikt belang is voor die gebieden van het publiekrecht waarvan voorshands moet worden aangenomen dat zij buiten het bereik van art. 6 vallen.

Deze stand van zaken lijkt aanleiding te geven tot een rechtspolitiek dilemma: moet de Nederlandse wetgeving alleen in die mate worden herzien, waarin dit blijkens eenduidig toepasselijke uitspraken van het EHRM onvermijdelijk is, of moet een meer omvattende aanpassing van de rechtsbescherming aan de eisen van art. 6 ter hand worden genomen?

Er zijn zwaarwegende argumenten om voor het laatste te kiezen. Allereerst kan, met verwijzing naar hoofdstuk 2 van dit preadvies, worden opgemerkt dat er alle reden is om het bepaalde in art. 6, eerste lid, EV niet als een uitzonderlijke eis, maar als symptoom van een algemeen beginsel van de rechtsstaat te waarderen. Deze overweging wint nog aan gewicht doordat naar huidig inzicht administratieve rechtspraak ook in adequate toetsing van de uitoefening van discretionaire bevoegdheden kan voorzien, en doordat – te oordelen naar de verdragsgeschiedenis – art. 14, eerste lid, IV, alsmede – tot op zekere hoogte – nog andere bepalingen ook buiten het toepassingsgebied van art. 6 EV eisen van behoorlijke rechtspraak stellen.

Op de tweede plaats valt te wijzen op de ongelukkige uitwerking die het huidige, niet sluitende stelsel van toegang tot de rechter inzake geschillen over administratiefrechtelijke rechtsbetrekkingen kan hebben. Deze situatie doet zich voornamelijk voor bij het beroep op de Kroon. Indien de wetgever niet voorziet in adminis-

(265) *A.w.* (noot 94), blz. 93. Een duidelijk voorbeeld van dit 'ongeloof' vindt men bij J.R. Stellinga, *a.w.* (noot 5). Stellinga ziet over 't hoofd dat het probleem van het beroep op de Kroon niet daarin ligt dat administratief beroep geen rechtspraak is, maar dat deze specifieke vorm van administratief beroep rechtspraak moet *vervangen* en naar huidig recht rechterlijke toetsing *uitsluit*.

tratieve rechtspraak ter zake van de beslissingen, waarover thans de Kroon in hoogste ressort oordeelt, kan de gewone rechter immers in de positie komen te verkeren dat van hem aanvullende rechtsbescherming wordt gevraagd. Zoals Bloembergen heeft opgemerkt, kan de toepasselijkheid van art. 6 EV tot een wijziging van de ontvankelijkheidsjurisprudentie van de Hoge Raad leiden, namelijk in die zin dat het Kroonberoep in zaken waarvoor deze verdragsbepaling geldt, niet langer wordt beschouwd als 'met voldoende waarborgen omringd' (266). Het bezwaar van een zodanige gang van zaken zou zijn, dat per type zaak door de Hoge Raad (afgaande op de jurisprudentie van het EHRM) en/of door het EHRM zelf zou moeten worden beoordeeld of art. 6 in casu van toepassing is; voor typen zaken waarin dit nog niet is geschied, bestaat onzekerheid welke instantie besluiten uiteindelijk zal toetsen. Als de Hoge Raad dan tot de conclusie komt dat het oordeel van de Kroon in casu niet onaantastbaar is, zal het resultaat uit het oogpunt van organisatie der rechtsbescherming evenmin kunnen bevredigen: op een veelal jarenlange procedure in administratief beroep kan nog eens een rechterlijke procedure in drie instanties volgen. Nu ook om andere redenen het beroep op de Kroon bezwaren ontmoet – onder meer het staatsrechtelijke bezwaar, dat incidenteel de verdeling van bestuurlijke verantwoordelijkheden (vooral die tussen centrale en lagere overheid) wordt doorkruist – lijkt het het beste, het beroep op de Kroon het nadeel van de twijfel te geven en in beginsel door administratieve rechtspraak te vervangen. In par. 4.2. wordt een en ander uitgewerkt.

Het zoëven besproken punt betreft primair het aan art. 6 EV te ontnemen recht op toegang tot de rechter. Ten aanzien van de eisen met betrekking tot de inrichting van de procedure valt op een derde punt te wijzen. Voor de beslechting van geschillen waarop art. 6 vermoedelijk niet van toepassing is, gelden meestal regels van administratief procesrecht die tevens van kracht zijn in zaken waarvoor art. 6 wel zal gelden. De enige doelmatige oplossing is dan, het procesrecht van een bepaalde tak van rechtspraak als zodanig aan te passen aan de eisen van art. 6, voor zover het daaraan nog niet voldoet. Dit betekent dat in dit hoofdstuk zal moeten worden ingegaan op de diverse takken van publiekrechtelijk tuchtprocesrecht, alsmede op het administratief procesrecht voor de

(266) Zie par. 2.5 van dit preadvies met noot 119.

Afdeling rechtspraak, voor het College van Beroep voor het bedrijfsleven, voor de Ambtenarengerechten en de Centrale Raad van Beroep oordelend in ambtenarenzaken, en voor de gewone rechter oordelend in belastingzaken en onteigeningszaken; de Tariefcommissie is buiten beschouwing gelaten. Geen bespreking behoeft hier het burgerlijk procesrecht dat soms van toepassing is in administratiefrechtelijke geschillen waarover de gewone rechter beslist (in het bijzonder in de verzoekschriftprocedure); dat komt immers in het preadvies van Dommering aan de orde. Bovendien zal — ondanks het feit dat art. 6 niet toepasselijk lijkt — het administratief procesrecht voor de raden van beroep en de Centrale Raad van Beroep worden gezien; aan het belang van deze rechtspraak zou immers tekort worden gedaan, indien eventuele discrepanties ten opzichte van art. 6 niet ten minste signaleerd zouden worden. Daar komt nog bij dat art. 14 IV vermoedelijk wel van toepassing is.

4.2. Het beroep op de Kroon

A. Vanaf het ogenblik waarop de consequenties van art. 6 EV voor het beroep op de Kroon werden signaleerd, zijn ook voorstellen gedaan om het te 'repareren'. Daarbij werd aangenomen dat het beroep op de Kroon slechts daarom niet aan de eisen van art. 6 voldoet, omdat van het advies van de Afdeling voor de geschillen van bestuur kan worden afgeweken, althans — in de opvatting van sommigen (267) — indien er ook daadwerkelijk daarvan wordt afgeweken.

Om met het laatste punt te beginnen: reeds de mogelijkheid van afwijking, en niet pas de daadwerkelijke afwijking, brengt mee dat het beroep op de Kroon niet kan gelden als door de Afdeling voor de geschillen van bestuur uitgeoefende onafhankelijke rechtspraak. Contrair gaan heeft immers ook precedentwerking: de Afdeling pleegt zich in haar verdere advisering naar een contrair besluit te richten. Dit geschiedt terecht: de mogelijkheid van contraire besluiten is immers gegeven om de minister in staat te stellen, politieke verantwoordelijkheid te dragen voor de beleidsoordelen die men juist in administratief beroep tot gelding wil laten

(267) Zie Hagen, *a.w.* (noot 5), blz. 67, en De Waard, *a.w.* (noot 119), blz. 553.

komen. Van Buuren, Bolt en Scheltema merken op, 'dat het Kroonberoep zonder de mogelijkheid om op beleidsgronden contrair te gaan, niet te handhaven is. De houding die men aanneemt tegenover de mogelijkheid van het contrair gaan, heeft hiermee onmiddellijk doorwerking op de houding (waardering) die men inneemt ten aanzien van het Kroonberoep als zodanig' (268). Bovendien kan met Alkema erop worden gewezen, dat het geringe aantal contraire besluiten mogelijk mede daaruit zou kunnen voortkomen, dat de Afdeling 'zich in haar advisering richt naar wat voor de Kroon aanvaardbaar is' (269). Volgens Kan richt de Afdeling zich in haar adviezen althans naar de beleidsnormen (pseudo-wetgeving) die door de betrokken minister zijn gepubliceerd (270). Zou een onafhankelijke opstelling van de Afdeling die zijn beleid doorkruist, zonder meer door de minister moeten worden geaccepteerd, dan zou — in strijd met een grondbeginsel van ons staatsrecht (271) — de Afdeling een politieke bevoegdheid zonder verantwoordingsplicht uitoefenen. Bij het bestaan van beroep op de Kroon is het dan ook volkomen gerechtvaardigd, dat de verantwoordelijke minister ook andere 'beïnvloedingshandelingen' ten opzichte van de Afdeling verricht. Van Buuren, Bolt en Scheltema noemen als zodanig de ministeriële ambtsberichten en de mogelijkheid, een zaak overeenkomstig art. 57, eerste lid, van de Wet op de Raad van State opnieuw bij de Afdeling aanging te maken, hetgeen de inleiding tot een contrair K.b. kan zijn, maar ook ertoe kan leiden dat het tweede advies van de Afdeling voor de minister aanvaardbaar is. Voor zaken op het gebied van de ruimtelijke ordening is een ambtenaar van het Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer werkzaam als 'adviseur ten behoeve van de Raad van State' (272).

(268) *A.w.*, blz. 293.

(296) *A.w.* (nt. 5), blz. 196.

(270) Zie *NJB* 48 (1963), blz. 299. De zeven contraire Koninklijke besluiten van 3 oktober 1980, *Stb.* 569-575, *AB* 1981, 89, m.nt. J.R. Stellinga, kwamen tot stand omdat de adviezen van de Afdeling erop gericht waren, het beleid volgens de bestaande richtlijnen door een ander beleid te vervangen.

(271) Zie A.D. Belinfante, *Beginselen van Nederlands staatsrecht*, 8e druk Alphen aan den Rijn 1980, blz. 11.

(272) Vgl. de in 1969 gestelde Kamervragen over de aard van de functie (Aanh. Handel. II 1969-1970, nr. 299 op blz. 605). Zie ook het interview met de adviseur ir. J. Jansen in *Binnenlands Bestuur* van 22 oktober 1982.

Het komt hierbij niet aan op de intensiteit van de beïnvloeding, noch op de feitelijke verdeling van de invloed tussen departement en Afdeling; beslissend is, dat het beroep op de Kroon naar zijn aard, dus ook indien conform het advies van de Afdeling wordt beslist, niet tot onafhankelijke geschillenbeslechting kan leiden. Behalve in de oordeelsvorming komt ook in de procedure tot uiting, dat de oordeelsvorming van de Afdeling niet als onafhankelijke rechtspraak kan gelden. De procedureregeling staat er immers niet aan in de weg, dat na de openbare vergadering van de Afdeling op andere wijze dan volgens art. 54 van de Wet op de Raad van State door de administratie invloed wordt uitgeoefend op de uitkomst van de procedure. Het opnieuw aanhangig maken, het contrair gaan en contacten die al dan niet in samenhang hiermee tussen departementen en de Raad van State plaatsvinden, kunnen ertoe leiden dat in de beslissing informatie en overwegingen een rol spelen, waarover appellant zich niet heeft kunnen uitlaten. Ook komt het voor dat in een contrair K.b. andere overwegingen een rol spelen, dan die welke in het verzoek om nader advies aan de Afdeling zijn voorgelegd (273). In rechtspraak zou dit niet aanvaardbaar zijn (274), en strijd opleveren met de norm van 'a fair trial' in de zin van art. 6 EV.

B. Bij de beoordeling van voorstellen, de regeling van het beroep op de Kroon zodanig te wijzigen dat het wel als onafhankelijke rechtspraak kan gelden, moet men het vorenstaande in aanmerking nemen. In het midden kan worden gelaten of rechtspraak in de ware zin des woords wel kan worden uitgeoefend door een college waarvan niet verzekerd is dat juristen aan de beslissing meewerken. Volstaan kan worden met de opmerking dat 'zakelijke onafhankelijkheid' van de rechter, zoals door Duynstee omschreven (275), vooral juridisch inzicht vereist (276).

(273) Zie bij voorbeeld K.b. 26 september 1978, *Stb.* 526 en K.b. 28 juni 1979, *Stb.* 393.

(274) Zie B.W.N. de Waard, *Kroniek AROB-jurisprudentie* (63), in: *TvO* 20 (1982), blzz. 605-606, en de daar weergegeven uitspraken van de Afdeling rechtspraak c.q. haar voorzitter van 29 januari 1982 en 15 december 1981.

(275) F.J.M. Duynstee, *Rechterlijke onafhankelijkheid*, blz. 43, in: *Rechtspleging* (jubileumbundel van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid der KU Nijmegen), Deventer 1974, blzz. 35-56.

(276) Vgl. ook Franz-Jürgen Sacker, *Zur demokratischen Legitimation des* →

Het eerste voorstel tot wijziging van het beroep op de Kroon is gedaan door G.J. Wiarda in het bekende artikel waarin hij de onderhavige problematiek aan de orde heeft gesteld. Wiarda opperde de mogelijkheid dat voor zover naar het oordeel van de Afdeling 'op rechtsgronden kan worden beslist', de bevoegdheid om contrair te gaan zou kunnen worden uitgesloten (277). Of dit een bruikbare oplossing kan opleveren, valt te betwijfelen. Ook als men een dergelijke inperking van de bevoegdheid om contrair te gaan zou combineren met wijzigingen in het procesrecht, gericht op waarborgen voor onafhankelijke oordeelsvorming in rechtsvragen, blijft een fundamenteel probleem bestaan: de op beleidsgronden van het advies van de Afdeling afwijkende beslissing kan zelf (om redenen die in het advies niet aan de orde behoefden te komen) weer strijd opleveren met de rechtspositie van de burger. Dñ beslissing is dan aan onafhankelijke, (quasi-)rechterlijke toetsing door de Afdeling onttrokken (278), en ook daarbij kunnen 'civil rights and obligations'/'droits et obligations de caractère civil' aan de orde zijn.

Het is, gezien de in par. 2.6 geanalyseerde aard van administratief-rechtelijke beslissingen, eenvoudig niet mogelijk in beleidsbeslissingen - of zij nu discretionaire bevoegdheden of vage normen betreffen - aan de administratie het laatste woord te geven, zonder daarmee ook de juridische beoordeling aan de rechter te onttrekken.

Van de schrijvers die zich in 1979/1980 naar aanleiding van Wiarda's opstel met de consequenties van art. 6 EV voor het beroep op de Kroon hebben beziggehouden, hebben Kan en Stellinga geen verandering in de opzet van deze beroepsgang bepleit, maar - voor zover nodig - een verandering van de competentieverdeling met de administratieve rechter (279). Van Alkema is de suggestie af-

→ Richter- und Gewohnheitsrechts, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* 4 (1971), blzz. 145-150. Deze merkt op (blz. 150): 'Deshalb muss der Richter (. . .) auch juristisch hervorragend geschult sein, um Inhalt und Grenzen der normativen Aussagekraft des Gesetzes und die die Lösung eines nicht geregelten Falles einbegrenzenden Wertentscheidungen und Systemgrundsätze eines Rechtsgebiets zu erkennen.'

(277) *A.w.* (noot 3), blzz. 471-474 (citaat blz. 474).

(278) In dezelfde zin Hagen, *a.w.* (noot 5), blz. 68.

(279) Kan, *a.w.* (noot 5), blz. 370 en Stellinga - 'noodgedwongen', voor het geval van 'een (te) ruime uitlegging van art. 6' - *a.w.* (noot 5), blz. 216.

komstig om de justitiabele de keuze te laten tussen beroep op de Kroon en Arob-beroep (280). Het is twijfelachtig of dit een uitvoerbare oplossing kan bieden. Er zou een regeling moeten worden getroffen voor het geval er meer belanghebbenden zijn; een keuze van een van hen voor rechtspraak zou tot gevolg moeten hebben dat alle beroepen door de rechter worden afgedaan. Nauwelijks oplosbaar is het probleem dat bij uitvoering van Alkema's suggestie zou ontstaan op het punt van de eenheid van jurisprudentie. In hoeverre moet de rechter zich bij voorbeeld richten naar de uitleg die in een (eventueel contrair) K.b. aan wettelijke bepalingen is gegeven?

Een stelsel dat gelijkenis vertoont met het door Alkema voorgestelde bestaat in Italië. Daar kan een belanghebbende de voorkeur geven aan buitengewoon beroep op de president van de republiek (*ricorso straordinario al presidente della repubblica*) boven beroep op de administratieve rechtbanken met hoger beroep op de Raad van State. Het buitengewoon beroep op de president van de republiek is te vergelijken met ons beroep op de Kroon (wat het in Italië voor de invoering van de republikeinse staatsvorm ook was): de Raad van State adviseert, de ter zake bevoegde minister mag pas nadat de ministerraad hiermee heeft ingestemd, een voordracht voor een contraire beslissing aan de president doen. Indien er meer belanghebbenden zijn, sluit volgens art. 34, laatste lid, van het wetsbesluit (*testo unico*) op de Raad van State van 26 juni 1924, nr. 1054, en art. 20, derde lid, van de wet van 6 december 1971, nr. 1034, op de administratieve rechtbanken, een door een van hen ingesteld beroep op de administratieve rechter het buitengewoon beroep op de president uit. Dit stelsel kan echter slechts functioneren doordat het regel is dat de belanghebbenden rechtsbescherming bij de rechter zoeken, en slechts bij uitzondering beroep wordt ingesteld bij de president van de republiek. Voor de Nederlandse situatie waarin vaak burgers met tegengestelde belangen bij een zaak betrokken zijn en het beroep op de Kroon meer dan incidenteel zou worden benut, biedt het Italiaanse model geen oplossing.

Van andere aard is de oplossing die, met variaties, door Hagen en De Waard is voorgedragen. Zij stellen voor, beroep op een administratieve rechter open te stellen tegen contraire Koninklijke besluiten (281). Hagen wil hiervoor een speciaal rechtscollege inrichten, De Waard daarentegen de Afdeling rechtspraak inschakelen. Ook dit voorstel is weinig aantrekkelijk, nog daargelaten of het toercikend is om voor niet-contraire besluiten van onafhankelijke

(280) *A.w.* (noot 5), blz. 198.

(281) *A.w.*, blzz. 68-69, resp. *a.w.*, blz. 553.

rechtspraak te kunnen spreken. Het is bekend dat de totstandkoming van contraire besluiten een langdurige en omslachtige zaak is, waarbij de termijnen en verdagingsmogelijkheden van de Wet op de Raad van State vaak tot het uiterste worden gebruikt. Is het dan een aanvaardbare opzet van de rechtsbescherming indien tegen het contraire besluit weer beroep op een administratieve rechter openstaat, met de mogelijkheid dat — indien deze het contraire besluit onrechtmatig acht — wederom de procedure van het beroep op de Kroon in gang moet worden gezet?

C. De hiervoor beschreven moeilijkheden geven aanleiding tot de vraag, of men zich er werkelijk op moet toelagen het beroep op de Kroon door middel van nieuwe constructies te sparen. De beschouwingen in par. 2.6 geven veeleer aanleiding tot de conclusie dat het beroep op de Kroon in beginsel vervangen kan worden zonder dat daardoor de rechtsbescherming of de juiste verhoudingen tussen de bestuurslagen worden geschaad — eerder integendeel. Weliswaar is op het onderzoek van Van Buuren, Bolt en Scheltema (dat naast de analyses door Van der Hoeven inzake het karakter der administratieve rechtspraak aan de beschouwingen in hoofdstuk 2 ten grondslag heeft gelegen) kritiek geleverd door J.M. Kan (282), maar de door hem benadrukte voordelen van het beroep op de Kroon betreffen in feite slechts twee punten: de ruimere armslag die bestaat bij de vorming van 'een oordeel dat in hoge mate wordt bepaald door hetgeen vanuit *algemeen bestuurs-oogpunt* wenselijk is', en de mogelijkheid dat de Kroon zelf in de zaak voorziet, zodat 'de justitiabele (. . .) terstond uitsluitel krijgt over wat hij in beroep beoogt' (283). Van Buuren, Bolt en Scheltema noemen zelf twee gronden waarop aan beroep op de Kroon de voorkeur zou kunnen worden gegeven boven Arob-beroep:

'a) Indien het gaat om belangrijke, incidentele beslissingen, waarbij een complexe belangenafweging noodzakelijk is of bestuurlijke belangen een zeer gewichtige rol spelen. In dergelijke situaties is het het meest waarschijnlijk dat de toetsing door de Kroon als verdergaand is te beschouwen dan die van de rechter. Bovendien kan juist hier de medeverantwoordelijkheid van de centrale overheid, passend in de toezichtsfunctie, in het licht van de onderzoeksresultaten het best verdedigd worden. b) Indien het gaat

(282) Kroonberoep Arobberoep, een kritiek op het Groningse rapport, in: *Bestuur* 1 (1982), nr. 6, blzz. 2-7.

(283) *A.w.*, blz. 7.

om beroepen, waarin veelvuldig de vraag aan de orde komt onder welke beperkingen of voorschriften een vergunning behoort te worden verleend. Men denke aan verontreinigingsvergunningen. Het Kroonberoep kan dan het voordeel hebben dat — bij gegronde verklaring tegen bijvoorbeeld een vergunningweigering — in één en dezelfde procedure een eindoordeel wordt gegeven, zodat een tweede procedure over de exacte inhoud van de vergunning wordt voorkomen. Tevens kan men menen, dat — juist omdat zovele variaties binnen de grenzen der wet denkbaar zijn — het aantrekkelijk is dat het Kroonberoep een zekere uniformerende functie voor het geven van inhoud aan de vergunningen vervult. De Kroonuitspraken hebben dan min of meer een voorbeeldfunctie.

Het zou denkbaar zijn het Arob-beroep zodanig in te richten, dat deze voordelen van het Kroonberoep behouden blijven. Neemt men echter de huidige gang van zaken bij Arob als uitgangspunt, dan zal dit niet het geval zijn.

Soms doen de gevallen onder a) en b) zich tegelijkertijd voor. Men kan bij wijze van voorbeeld denken aan 'grote' ontgrondingen en aan belangrijke planologische beslissingen. Voor het overige zouden wij menen dat in verreweg de meeste situaties voor administratieve rechtspraak door een onafhankelijke administratieve rechter kan worden gekozen' (284).

De door Van Buuren, Bolt en Scheltema genoemde situaties zijn eigenlijk toespitsingen van de door Kan als voordelen aangeduide punten *bestuurlijke beoordeling* en *onmiddellijke afhandeling*. Met betrekking tot de toekomst van het beroep op de Kroon kan dan ook de vraag worden gesteld, waar en hoe deze voordelen behouden moeten blijven indien in beginsel besloten wordt, het beroep op de Kroon door administratieve rechtspraak te vervangen. Dat in beroep op de Kroon de beoordeling uit bestuursoogpunt mogelijk is (en daardoor niet aan de juridische discipline van beoordeling gebonden), is uit het oogpunt van een juiste verdeling der bestuursbevoegdheden in beginsel geen voordeel, en dus staatsrechtelijk niet geïndiceerd. Argumenten waarom de Kroon in administratief beroep het beleidsoordeel van de verantwoordelijke minister zou moeten kunnen wijzigen, zijn nauwelijks te geven. Acht men een heroverweging van het beleidsoordeel van de lagere overheid op centraal niveau nodig, dan is er meer voor te zeggen die beoordeling uit beleidsoogpunt en de rechterlijke toetsing functioneel te scheiden. De aanpak kan dan ook deze zijn, dat per geval wordt nagegaan of naast rechterlijke toetsing een of andere vorm van controle op het beleidsoordeel van de lagere overheid nodig is.

(284) *A.w.*, blzz. 304-305.

Het omvangrijke rapport van een onderzoek naar instrumenten waarmee de rijksoverheid invloed uitoefent op gemeenten en provincies, inventariseert ook de gevallen van beroep op de Kroon; het zou als uitgangspunt kunnen dienen om te bezien of, en zo ja welke beïnvloedingsinstrumenten nodig zijn (285).

Wat de onmiddellijke afhandeling betreft, kan worden opgemerkt dat deze volgens Van Buuren, Bolt en Scheltema het bezwaar kan opleveren dat de appellant en/of een derde belanghebbende met een nieuwe onaantastbare beslissing worden overvallen. Alhoewel zij 'niet de indruk (hebben) gekregen dat deze "overval-effecten" in de praktijk veelvuldig ernstige bezwaren opleveren' (286), moet worden vastgesteld dat het niet met art. 6 EV te verenigen is, indien een rechtens onaantastbare besluitvorming leidt tot een vaststelling van iemands burgerlijke rechten en verplichtingen waarover hij zich niet ten processe heeft kunnen uitlaten. Zelfs al zou deze — in wezen bestuurlijke — taak geheel door de Afdeling voor de geschillen van bestuur worden uitgeoefend, dan nog kan de omstandigheid dat de belanghebbende met bepaalde aan een beschikking verbonden voorwaarden e.d. wordt overvallen, strijd met de eisen van een 'eerlijke behandeling' in de zin van art. 6 opleveren.

Daarom behoort het zelf in de zaak voorzien, de onmiddellijke afdoening, hoe dan ook beperkt te blijven tot punten die in de procedure aan de orde zijn geweest. In die mate kan echter ook een rechter soms zelf in de zaak voorzien, voor zover het procesrecht hem daartoe de bevoegdheid geeft. Art. 70 van de Beroepswet doet dat wel, maar in de Wet op de Raad van State ontbreekt voor de Afdeling rechtspraak een dergelijke bepaling. Wel kan de bevoegdheid om te bepalen dat de gevolgen van het vernietigde besluit in stand blijven (art. 73, tweede lid, jo. art. 58b, derde lid) soms daarvoor worden gebruikt. Brengt de vaststelling van de administratiefrechtelijke rechtsbetrekking door de rechter mee, dat een nieuw besluit geen andere uitkomst kan hebben dan het vernietigde besluit, dan past de Afdeling wel de hier bedoelde zgn. gedektverklaring toe (287). Er is alle reden om de rechter ook be-

(285) *Inventarisatie bestuursinstrumenten*, publikatie van het Ministerie van Binnenlandse Zaken, 's-Gravenhage 1982.

(286) *A.w.*, blz. 36.

(287) Zie J.A. Borman, *De procedure bij de Afdeling rechtspraak van de Raad*
→

voegd te maken, in zijn uitspraak de zaak af te doen, indien de vastgestelde administratiefrechtelijke rechtsbetrekking maar tot één beslissing kan leiden, zij het met een andere inhoud dan het vernietigde besluit. Een dergelijke mogelijkheid tot afwikkeling van het geschil was overigens reeds in Loeffs ontwerp van een Wetboek van Administratieve Rechtsvordering voorzien (288). Laat daarentegen de administratiefrechtelijke rechtsbetrekking, zoals zij in het proces is komen vast te staan, ruimte voor uiteenlopende beleidsoordelen, dan is het juist deze bestuurlijke beoordeling ook materieel over te laten aan het politiek verantwoordelijke bestuursorgaan.

D. Dit neemt niet weg dat er gevallen zijn waarin bij beleidsbeslissingen zo vele of zo complexe belangen zijn betrokken dat, telkens wanneer het bestuursorgaan opnieuw in de zaak heeft voorzien, een rechterlijke procedure dreigt. Dit zijn de gevallen waarvan Van Buuren, Bolt en Scheltema stelden dat 'de gevallen onder a) en b)' zich tegelijkertijd voordoen, zoals "grote" ontgrondingen en (...) belangrijke planologische beslissingen' (289). Wellicht kan hetzelfde worden gezegd van bepaalde beslissingen op grond van de onderwijswetgeving, zoals die inzake opneming in een scholenplan.

Althans bij ontgrondingen en bestemmingsplannen moet er ernstig mee rekening worden gehouden dat — wegens de inwerking op het eigendomsrecht en andere rechten op onroerend goed — de rechtmatigheid van deze administratiefrechtelijke besluiten door de rechter beoordeeld moet kunnen worden. Kan voor deze besluiten een bevredigende vorm van toetsing worden gevonden, die niet tekort doet aan de vereisten van art. 6 EV? Men zal daarvoor niet anders kunnen opzetten dan een reconstructie van het beroep op de Kroon, die er het karakter van onafhankelijke rechtspraak aan geeft. Zoals hiervoor bleek is dit onverenigbaar met het overlaten van de eindbeslissing aan de administratie, zelfs als men dit beperkt tot 'beleidsvragen'.

Een reconstructie als hier bedoeld zal aan drie eisen moeten voldoen:

→
van State (preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Zwolle 1982, blz. 18.

(288) Zie noot 140.

(289) *A.w.*, blz. 305.

- a. de appellant en andere belanghebbenden moeten zich in een procedure die 'een eerlijke behandeling' waarborgt over de beoogde nieuwe beslissing kunnen uitlaten;
- b. daarbuiten om mag de nieuwe beslissing niet door het bestuur worden beïnvloed;
- c. een onafhankelijke rechterlijke instantie moet op grond van het ten processe verhandelde de rechtmatigheid van de uitkomst van de procedure beoordelen.

Het aangrijpingspunt voor een zodanige reconstructie zou gevonden kunnen worden in de procedure voor het contrair gaan (artt. 57-58a van de Wet op de Raad van State). Tot aan het ogenblik waarop de Afdeling haar advies vaststelt kan de procedureregeling blijven zoals ze is. In het ontwerp-besluit zou de Afdeling, juist zoals thans, haar oordeel, hoe uit juridisch en bestuurlijk oogpunt be-
slist zou moeten worden, tot uitdrukking kunnen brengen. Daarna zou de procedure anders moeten lopen. Indien de betrokken minister het ontwerp-besluit onverenigbaar acht met zijn verantwoordelijkheid voor het beleid zou hij de bevoegdheid moeten hebben, aan de Afdeling gemotiveerd mee te delen op welke punten hij wijziging van het ontwerp nodig acht. De Afdeling zou dan de procespartij en andere belanghebbenden in de gelegenheid moeten stellen schriftelijk te reageren; vervolgens zouden zij en de Minister in de gelegenheid moeten worden gesteld zich in een openbare zitting ('vergadering') van de Afdeling te doen horen. Op basis hiervan zou de Afdeling aan de hand van de criteria van art. 8 van de Wet Arob moeten beslissen in hoeverre zij de door de Minister voorgestelde wijzigingen toelaatbaar acht, en daarin op haar beurt de veranderingen moeten kunnen aanbrengen die uit het oogpunt van deze rechtmatigheidsgronden nodig zijn. Voor zover niet zulke bezwaren rijzen, zouden de door de Minister gewenste wijzigingen moeten worden aangebracht. De Kroon zou vervolgens overeenkomstig het nader advies moeten beslissen (290). Wegens de gebondenheid aan (en de procedure van totstandkoming van) het nader advies van de Afdeling zou dan, naar het zich laat aanzien, wel van geschillenbeslechting door de Afdeling als onafhankelijke rechterlijke instantie kunnen worden gesproken.

(290) Mogelijk zou ook een bepaling over de samenstelling van de Afdeling moeten worden toegevoegd, in die zin dat elke kamer door een jurist wordt voorgezeten.

Deze mogelijke reconstructie van het Kroonberoep berust op een combinatie van elementen die enerzijds zijn ontleend aan het op-nieuw aanhangig maken en anderzijds aan het in artikel 58, tweede lid, voorgeschreven overleg met de Minister van Justitie, waarin deze *aan de hand van een door de verantwoordelijke vakminister voorgelegd voorstel tot wijziging* zijn oordeel pleegt te geven over de rechtmatigheid (volgens de criteria van art. 8 Wet Arob) van de beoogde beslissing. De opzet van het hierboven geformuleerde voorstel is zodanig, dat de eerder geformuleerde bezwaren tegen Wiarda's suggestie (waarmee het tot op zekere hoogte gelijkennis vertoont) worden ondervangen. Het voorstel dat hier is gedaan, onderscheidt zich vooral daarin van de huidige gang van zaken, dat de procespartijen positie kunnen kiezen ten aanzien van de beoogde wijzigingen, en dat de Afdeling een *beslissend* oordeel geeft over de rechtmatigheid. Thans is de situatie zo dat een vakminister die het oordeel van de Afdeling en van de Minister van Justitie wenst te negeren, aan het langste eind trekt — zij het dat dit nog maar eenmaal is voorgekomen, namelijk in 1981 inzake een ontgronding in de gemeente Ambt Delden (291). Dit onder verantwoordelijkheid van de Minister van Verkeer en Waterstaat tot stand gekomen K.b. heeft niet tot enige reactie uit de Tweede Kamer geleid.

E. Het is onwaarschijnlijk dat een op de hiervoor aangegeven wijze gereconstrueerd beroep op de Kroon in trek zal zijn in de bestuurlijke kringen die tot dusver sterk aan het beroep op de Kroon waren gehecht. Voor zover daar de traditionele vrees voor onafhankelijke administratieve rechtspraak nog leeft, zal deze immers ook gelden voor een vorm van beroep op de Kroon waarin de Afdeling voor de geschillen van bestuur inzake de rechtmatigheid het laatste woord heeft.

Een reconstructie van het beroep op de Kroon op de onder D aangegeven wijze is echter ook uit het oogpunt van rechtsbescherming niet de aantrekkelijkste optie. De voorkeur zou moeten worden gegeven aan vervanging van het beroep op de Kroon door een sluitend te maken stelsel van administratieve rechtspraak. Het verdient aanbeveling daarbij ruimere mogelijkheden te openen dat de administratieve rechter bepaalt, hoe het administratieve or-

(291) K.b. 25 juli 1981, *Stb.* 540, *AB* 1982, 15, m.nt. J.R. Stellinga.

gaan zal moeten beslissen. Vervanging van beroep op de Kroon door administratieve rechtspraak zal moeten geschieden in aansluiting op de bestaande competentieverdeling tussen de Afdeling rechtspraak en de gespecialiseerde administratieve rechters. Bruikbare aanknopingspunten biedt het rapport over de 'bevoegdheidsverdeling administratieve rechtspraak', dat is uitgebracht door een werkgroep, ingesteld door de Afdeling Administratieve Rechtspraak van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (292). Deze werkgroep stelde onder meer voor het beroep in bijstandszaken over te brengen naar de raden van beroep en de Centrale Raad van Beroep, en het beroep inzake disciplinaire straffen, ontslag en overplaatsing van leerkrachten bij het openbaar onderwijs naar de Ambtenarengerechten en de Centrale Raad van Beroep (293). Ook zijn er zaken waarvoor rechtspraak door het College van Beroep voor het bedrijfsleven of de Afdeling rechtspraak aangewezen zal zijn.

Wat zal er bij uitvoering van deze voorstellen van de Afdeling voor de geschillen van bestuur moeten worden? Na de mislukte poging in het op 14 december 1977 ingediende wetsontwerp 14 889 om het beroep op de Kroon inzake de goedkeuring van bestemmingsplannen af te schaffen, moet er mee rekening worden gehouden dat dit voorshands in stand blijft. Het verdient aanbeveling om in dat geval de procedure op de hiervoor aangegeven wijze te reconstrueren. Ook zal op grond van de door Van Buuren, Bolt en Scheltema geformuleerde criteria wellicht worden bepleit om het beroep op de Kroon inzake complexe beslissingen op het gebied van het milieu te handhaven, waarvoor dan dezelfde vorm zou kunnen worden gekozen. Daarbij moet wel worden aangetekend dat inzake de toepassing van kernenergie niets gebleken is van reële voordelen van het beroep op de Kroon in vergelijking met administratieve rechtspraak (294). Tenslotte is handhaving van het beroep op de Kroon denkbaar ten aanzien van bepaalde beslissingen op grond van de onderwijswetgeving. Alles bijeengenomen

(292) *Trema special* '80-2. De werkgroep bestond uit mrs. P.J. Boukema, W. Faber, T.J.P. van Os van den Abeelen (secretaris), B.C. Punt (voorzitter) en H.M.J.I. Steenberghe.

(293) Blz. 8 respectievelijk blz. 24.

(294) Zie A.F.M. Brenninkmeijer, *Kernenergie, rechtsstaat en democratie*, (a.w.), hoofdstuk 7.

is hoogstens voor enkele specifieke categorieën van zaken handhaving van het beroep op de Kroon te verantwoorden. Een verschuiving van mankracht van de Afdeling voor de geschillen van bestuur naar de Afdeling rechtspraak (met inbegrip van hun stafafdelingen) ligt dan ook voor de hand.

4.3. De inrichting en samenstelling van gerechten en de procesorde

De realisering van de eisen die op dit gebied uit art. 6 voortvloeien (295) hangt in belangrijke mate, maar niet uitsluitend van wetgeving af. Op het punt van de door art. 6 geëiste *onafhankelijkheid en onpartijdigheid* van gerechten komt het enerzijds aan op de wettelijke regeling van de samenstelling daarvan, van de incompatibiliteiten en van wraking en verschoning, anderzijds op de adequate toepassing door de gerechten van de laatstbedoelde bepalingen. Voor een eerlijke behandeling is de wetgeving van belang op punten als de inzage van processtukken, mogelijkheid tot inschakeling van een raadsman en, zo nodig, van een tolk, bevoegdheid bewijs te leveren door getuigen en anderszins, enzovoort. Binnen dat wettelijke kader komt het erop aan of de rechter de betrokkenen een redelijk gebruik van hun processuele bevoegdheden feitelijk mogelijk maakt. De door art. 6 voorgeschreven *openbaarheid* van de behandeling en van het doen van de uitspraak kunnen in de wet worden voorgeschreven, maar de toepassing van de door dat artikel toegelaten uitzonderingen op de openbaarheid van de behandeling zal vaak een concrete beoordeling door de rechter vergen. Voor de behandeling *binnen een redelijke termijn* ten slotte zal de wet moeilijk algemene normen kunnen vastleggen. Zowel in de Europese als in de Nederlandse jurisprudentie op dit gebied wordt veeleer *in concreto* beoordeeld, of — mede de houding van de belanghebbende burger in aanmerking genomen — geen onredelijke vertraging is ontstaan (296). Tijdelijke

(295) Zie daarover de grondige, op de oordelen van Commissie en Hof gebaseerde beschouwingen van Wolfgang Peukert, *Die überlange Verfahrensdauer* (art. 6 Abs. 1 EMRK) in der Rechtsprechung der Strassburger Instanzen, in: *EuGRZ* 1979, pp. 261-274, en dez., *Die Garantie des 'fair trial' in der Strassburger Rechtsprechung*, *Die Auslegung des Art. 6 EMRK durch die Organe der Europäischen Menschenrechtskonvention*, in: *EuGRZ* 1980, blzz. 247-269.

(296) Vgl. over de jurisprudentie van de Nederlandse strafrechter op dit gebied vooral het preadvies van Von Brücken Fock.

overbelasting van gerechten kan, zo blijkt uit een uitspraak van het EHRM van 6 mei 1981 (297), wel een rechtvaardigingsgrond voor vertraging opleveren, maar de staten die partij zijn bij het verdrag hebben de verplichting, hun gerechten zo in te richten dat procedures binnen een redelijke termijn kunnen worden afgewikkeld. Daarom dient naast het organisatie- en procesrecht van de administratieve rechtspraak en de publiekrechtelijke tuchtrechtspraak — waaraan het vervolg van dit hoofdstuk is gewijd — ook bezien te worden, of in Nederland is voorzien in een als geheel effectief stelsel van rechtsbescherming. Die effectiviteit is ook afhankelijk van de feitelijke beschikbaarheid van rechtshulp in zaken waarin de burger daarop rechtens of feitelijk is aangewezen, en de mogelijkheid om voldongen feiten te voorkomen. Op die kwesties wordt in hoofdstuk 5 ingegaan. In het vervolg van dit hoofdstuk wordt de aandacht gericht op de formele bepalingen inzake de inrichting en samenstelling van de gerechten en de procesorde, waarbij in het bijzonder vijf — uit het oogpunt van de Straatsburgse jurisprudentie in het preadvies van Van Dijk besproken — punten de aandacht vragen:

— Is de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van het gerecht verzekerd?

— Kan het bestuur de toegang tot de rechter blokkeren?

— Is een mondelinge procesfase op tegenspraak (zgn. 'fair hearing') verzekerd?

— Is de openbaarheid van de terechtzitting en van het doen van de uitspraak in overeenstemming met art. 6 geregeld?

— Is gewaarborgd dat partijen gelijkelijk toegang hebben tot relevante dossiers en andere processtukken, zodat zij zich daarover ten processe kunnen uitlaten?

De hier bedoelde aspecten van het grondrecht op behoorlijke rechtspraak moeten in een in het nationale recht uit te werken redelijke vorm tot gelding komen. Met het Verdrag verenigbaar zijn inherente beperkingen die gericht zijn op een 'bonne administration de la justice', bij voorbeeld kostenveroordelingen en griffierechten ter wering van beroepen van querulanten (298). Evenzeer is

(297) Zaak Buchholz, *Publ. CEDH*, Série A, Vol. 42 (1981), en *EuGRZ* 1981, blz. 490-497, par. 51.

(298) Peukert, *Die Garantie des 'fair trial' in der Strassburger Rechtsprechung (a.w.)*, blz. 252.

het met het Verdrag in overeenstemming indien de mogelijkheid bestaat dat de belanghebbende – mits niet onder pressie – afstand doet van bepaalde uit art. 6 voortvloeiende rechten (299).

4.4. De administratieve rechtspraak

A. Met betrekking tot de wettelijke waarborgen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid rijzen geen problemen. De onafhankelijkheid van degenen die administratieve rechtspraak uitoefenen, is voor rechterlijke ambtenaren en plaatsvervangende rechters gewaarborgd door benoeming voor het leven. Voor de Afdeling rechtspraak vloeit dit voort uit de bepalingen inzake de benoeming van de vice-president en de leden van de Raad van State, alsmede de staatsraden in buitengewone dienst (artt. 3, eerste lid, en 4, eerste lid, jo. 3, eerste lid, van de Wet op de Raad van State) in samenhang met de bepalingen inzake de aanwijzing als voorzitter, lid enz. van de Afdeling rechtspraak (art. 64, tweede lid). Voor de andere administratieve rechters gelden de bepalingen van de artt. 9 en 17 jo. 9 van de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie (hierna aan te duiden als Wet arbo) en de artt. 5 en 32, eerste lid, van de Beroepswet. De leden van de belastingkamers van de gerechtshoven en van de derde kamer van de Hoge Raad behoren tot de gewone rechterlijke macht; voor hen gelden dus de waarborgen van de Grondwet en de Wet op de rechterlijke organisatie (hierna: Wet r.o.).

De hier bedoelde rechters en plaatsvervangers moeten juristen zijn. De opleidingseisen zijn in het algemeen conform die voor de gewone rechterlijke macht geregeld (art. 9 Wet arbo jo. art. 64 Wet r.o., art. 7, tweede lid, Beroepswet jo. art. 48 Wet r.o.; art. 34, tweede lid, Beroepswet jo. art. 64 Wet r.o.). Een afwijkende regeling voor de Afdeling rechtspraak, welke regeling een ruimere groep juristen benoembaar maakt, vindt men in art. 65, eerste lid, van de Wet op de Raad van State (300).

(299) Zie EHRM 27 februari 1980 (zaak-Deweer), *Publ. CEDH*, Série A, Vol. 35 (1980), en *EuGRZ* 1980, blzz. 667 e.v., par. 49.

(300) In het *Jaarverslag 1980* van de Raad van State ('s-Gravenhage 1981, blz. 10) vestigde de vice-president van dit college de aandacht op de handhaving van deze afwijkende regeling op het punt van de inhoud van het doctoraal-



Een bijzondere positie nemen de leden van de raden van beroep en de Ambtenarengerechten en de bijzondere leden van het College van Beroep voor het bedrijfsleven in. Zij behoeven niet jurist te zijn, en worden ook niet voor het leven benoemd. Volgens de jurisprudentie van de Europese Commissie voor de Rechten van de mens is benoeming voor het leven echter geen conditie voor onafhankelijkheid (301). Wel moeten zij — net als anderen die met rechtspraak zijn belast — onafhankelijk zijn van het bestuur (302). Dit wordt voldoende verzekerd doordat zij voor een vaste termijn van vier of zes jaren worden benoemd en binnen die termijn in beginsel niet afzetbaar zijn (303).

Regelingen van incompatibiliteiten bestaan zowel voor professionele rechters als voor de zoëvingenoemde (bijzondere) leden (304). Ook is ten aanzien van al deze rechterlijke organen in de mogelijkheid van wraking of verschoning van mogelijk bevooroordeelde rechters voorzien (305).

De onafhankelijke rechtspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven kan worden doorkruist door toepassing van art. 74 Wet arbo. Dit geeft de Kroon de bevoegdheid om rechterlijke uitspraken voor ten hoogste een jaar te schorsen en, al dan niet na schorsing, te bepalen dat de uitspraak 'geen gevolg of niet volledig gevolg zal hebben' wegens strijd van de gevolgen van de uitspraak met het algemeen belang. Art. 74 is in een deel van de wetten waarin de rechtsmacht van het College is uitgebreid, van overeenkomstige toepassing verklaard. Aan art. 74 is echter nog nooit toepassing gegeven (306). Zou dit wel gebeuren, dan zal het mogelijk zijn voorziening te vragen bij de gewone rechter op grond van art. 1401 BW; beroep op de Afdeling rechtspraak is door art. 5, aanhef en onder f, van de Wet Arob uitgesloten. De mogelijk-

→
examen in het wetsontwerp 16298, ondanks een suggestie tot wijziging uit de Tweede Kamer.

(301) Peukert, *a.w.*, blz. 269.

(302) *T.a.p.* over lekerechters.

(303) Artt. 14 Wet arbo, 6 eerste lid, Ambtenarenwet 1929 en 9 Beroepswet.

(304) Artt. 7 Wet op de Raad van State, 10 en 14 Wet arbo, 14 en 37 Beroepswet en 7, tweede lid, Ambtenarenwet 1929. De Wet r.o. vult in art. 71, tweede lid, de regeling van de incompatibiliteiten aan met een speciale bepaling voor de leden van de belastingkamers der gerechtshoven.

(305) Artt. 67 Wet op de Raad van State, 30 Wet arbo, 37-38 Ambtenarenwet 1929 en 61-63 Beroepswet.

(306) Zie Van der Burg/Cartigny, *a.w.*, blz. 79, noot 74.

heid om geen gevolg te geven aan een uitspraak is ook geopend in de artt. 76 en 77 van de Wet op de Raad van State. Daar kan de belanghebbende echter voorziening vragen bij de Afdeling rechtspraak. Het verdient aanbeveling de Wet arbo in deze zin aan te vullen, voor zover handhaving van art. 74 al nodig is.

B. Het administratief procesrecht vraagt op de eerste plaats de aandacht uit hoofde van de toegang tot de rechter. In sommige gevallen is de beroepsmogelijkheid immers zodanig geregeld, dat het bestuur feitelijk de toegang tot de rechter kan blokkeren.

Deze situatie kan zich voordoen in de gevallen waarin de burger slechts tegen een uitdrukkelijke (nadere) beslissing van het administratief orgaan beroep op de rechter kan instellen. Ingevolge art. 23 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen en art. 31 van de Wet Werkloosheidsvoorziening moet eerst bij het betrokken administratieve orgaan een bezwaarschrift worden ingediend; pas tegen de beslissing op het bezwaarschrift kan de belanghebbende in beroep komen bij de rechter. Bepalingen van diverse sociale verzekeringswetten brengen mee dat de belanghebbende alleen beroep op de raad van beroep kan instellen tegen een door hem te vragen 'voor beroep vatbare beslissing' (307). De Ziekenfondswet (art. 76) en de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (art. 60) ten slotte kennen als voorprocedure het vragen van advies door de verzekerde bij de Ziekenfondsraad.

Het probleem dat al deze regelingen oproepen is dit: zolang de beslissing (c.q. het advies) in de voorprocedure uitblijft kan de belanghebbende geen voorziening vragen bij de rechter. Noch bij de belastingkamer van het gerechtshof, noch bij de raad van beroep kan voorziening worden gevraagd in geval van het uitblijven van een uitspraak op het bezwaarschrift c.q. een voor beroep vatbare beslissing (308). Daardoor kan de toegang tot de rechter voor

(307) Artt. 30 Algemene Kinderbijslagwet, 73 Ziektewet en 43 Werkloosheidswet. Vgl. ook artt. 86, tweede lid, en 93, eerste lid, Beroepswet.

(308) Zie over deze problematiek in belastingzaken Ch.F.A. Geppaart, J.W. Zwemmer en Ch.J. Langereis in: *Geschillen in Belastingzaken*, 's-Gravenhage 1981, resp. blz. 18, blz. 51 en blzz. 63-65; over de problematiek op het gebied van de sociale verzekeringen C.A.M. Damen, De leemte in de Beroepswet, in *Ars Aequi* 28 (1979), blzz. 585-588, C.J.P. van Laer, Een Reactie: de leemte in de Beroepswet bestaat nog steeds, in: *Ars Aequi* 29 (1980), blzz. 12-15 en B.W.N. de Waard, Geen oplossing voor 'leemte in de Beroepswet', in: *Ars Aequi* 29 (1980), blzz. 15-17.

de belanghebbende burger worden geblokkeerd, hetgeen – voor zover deze verdragsbepaling van toepassing is – tot een met art. 6 EV strijdige situatie kan leiden. Het zou wenselijk zijn, de Algemene wet inzake rijksbelastingen en de Beroepswet met zo'n beroepsmogelijkheid aan te vullen (309). Dit zou, om frequente twisten over de 'redelijkheid' van de beslissingstermijn te voorkomen, bij voorkeur gepaard moeten gaan met het opnemen van beslissingstermijnen in de Algemene wet inzake rijksbelastingen en in de desbetreffende sociale-verzekeringswetten. Een wetswijziging ten einde deze 'leemte in de Beroepswet' op te heffen, is overigens reeds in voorbereiding (310). Op het ogenblik kan men wel steun zoeken bij de klachtencommissie van de Sociale Verzekeringsraad respectievelijk (in belastingzaken) bij de Nationale ombudsman (311), indien door stilzitten van de administratie de toegang tot de rechter wordt geblokkeerd.

Dit probleem doet zich niet voor in andere takken van administratieve rechtspraak. Art. 33, vierde lid, Wet arbo en art. 58, eerste lid, van de Ambtenarenwet 1929 kennen een adequate mogelijkheid voorziening te vragen tegen (al dan niet uitdrukkelijke) weigeringen. Hetzelfde geldt voor de Wet Arob (art. 3), zij het dat zich daar een moeilijkheid kan voordoen indien (hetgeen meestal het geval is) eerst de Arob-bezwaarschriftenprocedure moet worden gevolgd. Ingevolge art. 14, derde lid, van die wet kan de termijn waarbinnen op een bezwaarschrift moet worden beslist variëren tussen 30 en 90 dagen na de datum waarop het is ontvangen (c.q. in het geval van de bezwaarschriftenprocedure op grond van de artt. 11 en 12 na de dag waarop de in art. 12, eerste lid, bedoelde kennisgeving is verzonden). Deze termijnen worden niet steeds in acht genomen. Indien nu de bezwaarde burger er niet van op de hoogte is, welke beslissingstermijn in casu geldt, kan het gebeuren dat hij te laat (theoretisch ook mogelijk is: te

(309) Het Hof in Leeuwarden heeft eenmaal (in 1967) een weigering om op een bezwaarschrift te beslissen als afwijzende beslissing aangemerkt. Zie M.K. Kamperman, *Belastingrechtspraak* (XIIA 5.6, suppl. juni 1981), in: N.S.J. Koeman, red., *Praktijkboek administratief recht* (losbladige uitgave), Deventer sedert 1977.

(310) Zie de memorie van toelichting bij de Justitie-begroting 1983, II 1982-1983, 17600 VI, nr. 2, blzz. 25-26 onder nr. 36.

(311) Zie het verslag van de Nationale ombudsman van 13 augustus 1982, *Ombudsman* 1 (1983), afl. 1, nr. 6, met mijn noot.

vroeg) bij de Afdeling rechtspraak beroep instelt tegen de fictieve weigering om op het bezwaarschrift te beslissen. Ingevolge art. 9, eerste lid, moet het beroep immers worden ingesteld binnen dertig dagen na de dag waarop de beslistermijn is verstreken. Het gevolg is, dat de betrokkene in zijn Arob-beroep niet-ontvankelijk moet worden verklaard. De subcommissie Arob van de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie heeft daarom in haar interimrapport 'Arob-rechtspraak in twee instanties' van mei 1981 voorgesteld, art. 9, eerste lid, van de Wet Arob aan te vullen met de bepaling dat tegen (fictieve) weigeringen om op een bezwaarschrift te beslissen altijd gedurende 120 dagen na het begin van de beslistermijn beroep kan worden ingesteld (312).

C. Aan rechterlijke procedures mag op grond van art. 6 EV en art. 14 IV in elk geval de eis worden gesteld dat de belanghebbende zich door de rechter in de — in beginsel openbare — terechtzitting kan doen horen. In het algemeen voldoen de procedures hieraan. Enkele onderdelen van ons administratief procesrecht zijn hiermee echter niet in overeenstemming. Aan de orde kwam reeds in par. 3.5 onder C de vaste-deskundige-procedure bij de raden van beroep. Verwezen kan worden naar het door Brenninkmeijer geformuleerde voorstel om deze door een spoedprocedure voor de voorzitter van de raad van beroep te vervangen (313).

Van Buuren (314) heeft de aandacht gevestigd op de in diverse regelingen van administratief procesrecht geopende mogelijkheid om in zaken waarin de uitkomst naar het oordeel van de rechter evident is (kennelijk niet-ontvankelijk, kennelijk ongegrond, e.d.), bij beschikking de zaak af te doen, zonder dat vooraf een procedure op tegenspraak plaatsvindt (315). De belanghebbende kan echter in alle gevallen tegen de beschikking verzet doen. Indien het verzet gegrond wordt verklaard, vervalt de beschikking en vindt alsnog een volwaardige behandeling plaats. Hoe is nu de si-

(312) Zie blz. 31 van het rapport, blz. 14 van het bij het rapport gevoegde wetsontwerp en blz. 22 van de memorie van toelichting.

(313) *A.w.*, blzz. 178-182.

(314) P.J.J. van Buuren, *De omvang van de rechtsbescherming* (preadvies), Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht LXXXVIII, Alphen aan den Rijn 1982, blzz. 57-58.

(315) Artt. 78-79 Wet op de Raad van State, 37-38 Wet arbo, 68-69 en 108, eerste lid, jls. 68-69 Ambtenarenwet 1929 en 94-95 en 148 jls. 94-95 van de Beroepswet.

tuatie indien het verzet ongegrond of niet-ontvankelijk wordt verklaard?

Met Van Buuren kan worden aangenomen dat ingevolge de verdragsbepalingen het vereiste van een 'eerlijke en openbare behandeling' in de procedures die tot ongegrondverklaring van het verzet leiden, moet worden nagekomen, omdat daarna voor de belanghebbende geen rechtsmiddel meer beschikbaar is. Dit brengt mee dat de rechter de opposant in het openbaar zal moeten horen, voordat hij een verzet ongegrond verklaart.

Op dit punt bestaan verschillende regelingen. Volgens art. 79 van de Wet op de Raad van State is de Afdeling rechtspraak slechts *verplicht* de opposant te horen als zij van plan is het verzet ongegrond te verklaren en de opposant in zijn verzetschrift heeft gevraagd, hem te horen. Art. 38, vijfde lid, van de Wet arbo schrijft zonder meer voor, dat het College de opposant hoort voordat het het verzet ongegrond verklaart. Overeenkomstige bepalingen bevatten de Ambtenarenwet 1929 (art. 69, zesde lid, en art. 108, eerste lid, jo. eerstgenoemde bepaling) en de Beroepswet (art. 95, vijfde lid, en art. 148 jo. eerstgenoemde bepalingen). In de Wet administratieve rechtspraak belastingzaken is — na wijziging ingevolge de Wet van 13 januari 1983, *Stb.* 60 (316) — een regeling opgenomen die overeenstemt met die voor de Arob-rechtspraak.

In beginsel is met deze regelingen aan de eisen van behoorlijke rechtspraak conform de verdragen voldaan. Dit geldt ook indien de verplichting om de opposant te horen slechts bestaat, indien hij daarom heeft gevraagd. Enige activiteit mag wel van de belanghebbende worden verwacht, zeker nu de voorzitter van de Afdeling rechtspraak uitdrukkelijk op deze mogelijkheid wijst (317).

Indien een verzetschrift niet-ontvankelijk is, bestaat nimmer een verplichting de opposant te horen. Dit kan het geval zijn bij te laat ingediende verzetschriften en bij verzetschriften die, ook nadat de voorzitter van het betrokken rechterlijk college daarop heeft geattendeerd, onvoldoende zijn gemotiveerd. De door Borman gestelde vraag 'of art. 6 van het Verdrag is geschreven voor ontvan-

(316) Zie de nieuwe artt. 18a en 18b.

(317) Vgl. Borman, *a.w.*, blz. 28. Het verdient aanbeveling dat na inwerking-treding van de wetswijziging ook in fiscale procedures belanghebbenden hierop worden geattendeerd.

kelijkheidskwesties' (318), kan — althans voor eenvoudige voorwaarden als de onderhavige — ontkennend worden beantwoord. Art. 6 staat immers niet in de weg aan procesrechtelijke condities, die een 'bonne administration de la justice' dienen (319).

Het enige duidelijke gebrek van de afhandeling van verzetschriften ligt daarin, dat de opposant volgens de wettelijke regelingen in raadkamer wordt gehoord, zodat geen verplichting tot openbaarheid geldt. Naar Borman meedeelt is de Afdeling — blijkbaar wegens het bepaalde in art. 6 EV — ertoe overgegaan in het openbaar te horen (320). Het verdient aanbeveling voor alle genoemde procedures deze openbaarheid wettelijk vast te leggen.

In dit verband dient nog melding te worden gemaakt van de versnelde behandeling die bij de raden van beroep en de Centrale Raad van Beroep ingevolge de artt. 128-129 en 152a jis. 128-129 mogelijk is. De voorzitter kan, als hij een behandeling ter terechtzitting niet nodig acht, de zaak bij beschikking afdoen. Verzet tegen deze beschikking leidt er zonder meer toe dat ze vervalt en de gewone behandeling wordt hervat, tenzij het verzet niet-ontvankelijk is. Deze regeling wijkt af van de andere besproken regelingen. Ze kan immers ook in niet 'evidente' zaken worden toegepast. Het verdient uit het oogpunt van het grondrecht op behoorlijke rechtspraak de voorkeur, voor eenvoudige maar niet *kenne-lijk* niet-ontvankelijke, gegronde of ongegronde zaken als hier bedoeld, een enkelvoudige kamer van het gerecht in te stellen, die de partijen wel ter openbare terechtzitting hoort. De bestaande regeling is echter niet strijdig met het Verdrag, omdat de belanghebbende een zitting kan afdwingen.

D. In op een na alle procesrechtelijke regelingen die hier aan de orde zijn, is bepaald dat de uitspraken in het openbaar worden gedaan. Art. 6 EV en art. 14 IV schrijven dit ook voor; uitzonderingen zijn niet toegelaten. Het is bekend dat in feite lang niet alle uitspraken in het openbaar plaatsvinden, althans niet in die zin dat het gerecht ter terechtzitting mondeling kond doet van zijn oordeel. Tenzij de uitspraak wordt gedaan voorafgaand aan de behandeling van een andere zaak, zal er in het algemeen ook niemand zijn die naar de uitspraak wenst te luisteren. Men zou dan ook de

(318) *A.w.*, blz. 29.

(319) *Peukert, a.w.*, blz. 252; vgl. blz. 254.

(320) *A.w.*, blz. 28.

vraag kunnen stellen of aan de verdragsverplichtingen dat in het openbaar uitspraak wordt gedaan, niet ook kan worden voldaan doordat het gerecht op andere wijze openbaarheid met betrekking tot zijn uitspraken beoefent (321), eventueel in de actieve vorm van toezending aan vaktijdschriften of, zoals de Afdeling rechtspraak doet, publikatie in weekoverzichten.

De enige uitzondering op de wettelijk verplichte openbaarheid van uitspraken is die in de artt. 18 en 24, derde lid, van de Wet administratieve rechtspraak belastingzaken. Deze uitzondering kan niet worden gehandhaafd; de gerechtshoven en de Hoge Raad zouden de desbetreffende voorschriften reeds thans op grond van art. 94 van de herziene Grondwet buiten toepassing moeten laten. Gecompliceerder is de situatie ten aanzien van de openbaarheid van de terechtzittingen. In de artt. 18 en 23, eerste lid, van de Wet administratieve rechtspraak belastingzaken is deze categorisch uitgesloten. De andere regelingen van administratief procesrecht stellen wel de openbaarheid van de terechtzittingen voorop, maar voorzien in uitzonderingen die ruimer zijn dan de in art. 6 EV en art. 14 IV toegelaten uitzonderingen. Art. 71, eerste lid, jo. art. 49 van de Wet op de Raad van State laat behandeling met gesloten deuren om niet nader gespecificeerde 'gewichtige redenen' toe. Art. 29, tweede lid, van de Wet arbo noemt als grond voor het sluiten van de deuren de 'openbare orde' — hetgeen strookt met de verdragsbepalingen —, maar ook het enkele 'verzoek van een der partijen, indien haar belangen dit eisen.' Art. 40, tweede lid, van de Ambtenarenwet 1929 noemt enerzijds 'redenen, aan het openbaar belang, de openbare orde of de zedelijkheid ontleend' (welke gronden, althans bij een restrictieve interpretatie van 'openbaar belang', met de verdragen te rijmen zijn), maar daarnaast ook het enkele verzoek van een der partijen — waaronder het administratief orgaan —, zelfs in principe met de verplichting voor het gerecht om aan dat verzoek gevolg te geven. Art. 64, tweede lid, van de Beroepswet kent als gronden voor het sluiten van de deuren enerzijds het openbaar belang, de openbare orde en de zedelijkheid, en verder het 'verzoek van een der partijen,

(321) Vgl. A.G. van Galen en H.Th.J.F. van Maarseveen, *Beginnelsen van administratief procesrecht — Preadvies, kritiek, antwoorden en vraagpunten*, Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht LXXXIII, Alphen aan den Rijn 1981, blzz. 86-87;

indien deze aantoont dat zulks noodzakelijk is voor haar bedrijfsbelangen'.

Alhoewel met art. 6 EV en art. 14 IV strijdige situaties in concreto kunnen worden vermeden doordat de rechter aan deze verdragsbepalingen rechtstreeks toepassing geeft, verdient het aanbeveling de wettelijke regeling van de openbaarheid der terechtzittingen spoedig met de normen van de verdragen in overeenstemming te brengen. Dit kan op een eenvoudige wijze geschieden door de in het wetsontwerp 17620 voorgestelde wijziging van art. 429g van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering tot uitgangspunt te nemen. In dit op 1 oktober 1982 ingediende wetsontwerp is voor de verzoekschriftprocedure een openbaarheidsregeling getroffen die vrijwel woordelijk aan art. 6 EV is ontleend. Het eerste lid van de voorgestelde bepaling luidt:

'De behandeling geschiedt ter openbare terechtzitting, maar de rechter kan gehele of gedeeltelijke behandeling met gesloten deuren bevelen in het belang van de goede zeden, van de openbare orde of 's lands veiligheid wanneer de belangen van minderjarigen of de bescherming van het privéleven van de verzoeker of van de belanghebbenden dit eisen, of indien de rechter het bevel strikt noodzakelijk oordeelt onder bijzondere omstandigheden, waarin behandeling ter openbare terechtzitting de belangen van de rechtspraak zou schaden.'

In het tweede lid zijn een aantal categorieën verzoekschriftprocedures, waarvan mag worden aangenomen dat de in het eerste lid genoemde gronden zich steeds zullen voordoen, bij voorbaat van openbaarheid uitgesloten. De vraag zou kunnen rijzen of dit ook weer voor bepaalde categorieën administratiefrechtelijke zaken geldt, bij voorbeeld fiscale zaken in verband met de bescherming van het privéleven. In beginsel is de noodzaak tot het sluiten van de deuren omwille van de bescherming van het privéleven daar echter zeker niet dringender dan in geschillen die op grond van de Beroepswet worden beslecht (322). Daarom verdient een regeling die beoordeling in concreto mogelijk maakt, de voorkeur.

E. Een eerlijke behandeling vereist onder meer 'equality of arms': de ene procespartij mag niet meer of andere middelen tot beïnvloeding van de rechterlijke oordeelsvorming tot zijn beschikking

(322) Vgl. Van Galen/Van Maarseveen *a.w.*, blzz. 84-87 en 130-133 (met interventies van H. Gritter en anderen).

hebben dan de andere (323). Dit brengt onder meer mee, dat voor de wederpartij geheime communicatie tussen een procespartij en de rechter ontoelaatbaar is. In het procesrecht voor de Afdeling voor de geschillen van bestuur is dit wél mogelijk (zie art. 36, derde lid, van de Wet op de Raad van State). De regelingen van het procesrecht in de administratieve rechtspraak voldoen echter aan de eisen die men op dit punt mag stellen. Als de rechter het geheimhouden van bepaalde, tot de zaak betreffende stukken van het administratief orgaan toelaat, vervalt ook de mogelijkheid dat ze in het proces een rol spelen (de rechter mag er dan geen kennis van nemen) — tenzij de wederpartij ermee instemt dat de rechter toch op de stukken acht slaat. Een zodanige regeling is getroffen in art. 70, derde lid, van de Wet op de Raad van State (324), en art. 41, tweede lid, van de Wet arbo (325). De artt. 73 van de Ambtenarenwet 1929, 111 van de Beroepswet en 8-9 van de Wet administratieve rechtspraak belastingzaken laten in het geheel geen geheimhouding van stukken toe. Art. 111, vierde lid, van de Beroepswet bevat wel een speciale regeling voor geneeskundige rapporten, waarvan de voorzitter — in het belang van de geestelijke of lichamelijke gezondheid van de appellant — de inzage aan een gemachtigde kan voorbehouden; die gemachtigde moet hetzij arts, hetzij advocaat of procureur zijn, dan wel van de voorzitter bijzondere toestemming hebben verkregen.

In het licht van de verdragsbepalingen roept de motivering van een uitspraak van de Afdeling rechtspraak van 11 mei 1982 (326) bezwaren op. Daarin was aan een weigering van de appellant om de Afdeling overeenkomstig art. 70, derde lid, laatste volzin van de Wet op de Raad van State toestemming tot kennisneming van een geheim te houden stuk te geven, zonder meer de volgende consequentie verbonden:

‘Door deze weigering heeft appellant de Afdeling de mogelijkheid ontnomen het bestreden besluit op zijn rechtmatigheid te toetsen.’

Deze motivering wekt de indruk dat de Afdeling aan het legiti-

(323) Vgl. Peukert, *a.w.*, blz. 257.

(324) Vgl. Borman, *a.w.*, blz. 10.

(325) Zie ook art. 55 dat een correcte regeling bevat voor stukken die na de zitting worden overgelegd.

(326) *AB* 1982, 462, m.nt. P.J. Stolk.

me — zij het wellicht imprudente — gebruik van deze essentiële procesrechtelijke bevoegdheid de consequentie verbindt dat de appellant zijn recht op rechterlijke toetsing verspeelt. Dit mag echter niet de consequentie van een weigering van toestemming zijn. Wel kan zo'n weigering in zaken als de onderhavige (het ging om afwijzing van een verzoek om informatie op grond van de Wet openbaarheid van bestuur) ertoe leiden, dat de Afdeling geen gronden vindt om een besluit te vernietigen dat hij na kennisneming van het geheimgehouden stuk wellicht wel vernietigd zou hebben. Het is echter niet zo, dat de Afdeling dan per definitie geen mogelijkheden tot toetsing heeft. Een besluit dat berust op gronden die niet in de Wet openbaarheid van bestuur zijn voorzien, kan bij voorbeeld heel wel zonder kennisneming van het stuk worden vernietigd. De Afdeling had in deze zaak wel het beroep kunnen verwerpen op grond daarvan, dat onder deze omstandigheden niet is gebleken dat het besluit in strijd is met een van de in art. 8 van de Wet Arob genoemde toetsingsgronden.

4.5. De publiekrechtelijke tuchtrechtspraak

A. In par. 3.3 werd uit de jurisprudentie van het EHRM afgeleid, dat art. 6, eerste lid, EV van toepassing is op geschillen over publiekrechtelijke maatregelen die ingrijpen in een bestaand recht tot uitoefening van een beroep of bedrijf. Verscheidene takken van publiekrechtelijke tuchtrechtspraak kennen de sanctie van schorsing of ontneming van de bevoegdheid, een bepaald beroep of bedrijf uit te oefenen. Reeds om deze reden zal moeten zijn voorzien in een procedure die voldoet aan de eisen van art. 6 inzake de inrichting en samenstelling van het gerecht en de procesorde. Daar komt nog bij dat de geldboeten die in sommige tuchtprocedures kunnen worden opgelegd een ingreep in het vermogen en dus in de privaatrechtelijke rechtspositie van de betrokkene kunnen opleveren — voor zover niet de aard van het vergrijp en van de op te leggen sanctie aanleiding geven tot een kwalificatie van de tuchtzaak als strafvervolging (327), in welk geval art. 6 EV echter evenzeer van toepassing is.

(327) In haar verslag van 14 december 1981 (zaken nrs. 7299/75 en 7496/76) kwam de Commissie op grond van deze criteria in meerderheid tot de conclusie dat de tuchtzaak tegen de artsen Albert en (wederom) Le Compte geen strafvervolging inhield.

In het arrest van het EHRM inzake *Le Compte, Van Leuven en De Meyere* bleek overigens, dat het nationale recht uit hoofde van 'impératifs de souplesse et d'efficacité' het beroep op een (ter zake van het recht en de feiten volledig competente) rechter in – bij voorbeeld – tuchtzaken als hier bedoeld kan doen voorafgaan door procedures voor bestuurlijke en corporatieve organen en *a fortiori* voor rechterlijke organen die niet aan alle eisen van art. 6 voldoen (328). Op grond van andere jurisprudentie van het Hof mag hieraan de voorwaarde worden verbonden dat deze voorafgaande procedures niet een onredelijke belemmering vormen om van de rechter in de zin van art. 6 binnen redelijke termijn een uitspraak te verkrijgen. Art. 14, eerste lid, IV, zoals in par. 2.4 opgevat, sluit evenmin uit dat aan het beroep op een rechterlijk orgaan dat aan de eisen van die bepaling voldoet, procedures voorafgaan die op andere wijze zijn ingericht. Omdat het Nederlandse recht vaak voorziet in beroep tegen uitspraken van tuchtgerechten op een hoger rechterlijk college, zal allereerst voor de belangrijkste deelgebieden van het publiekrechtelijke tuchtrecht worden nagegaan in hoeverre de hogere rechter 'plénitude de juridiction' ten aanzien van het recht en de feiten heeft. In aansluiting daarop zal worden gezien of de procedure aan de eisen van de verdragsbepalingen voldoet; in dat verband verdient met name het ontbreken van openbaarheid van zowel terechtzittingen als uitspraken, de aandacht.

Sommige takken van tuchtrechtspraak blijven hier buiten beschouwing. Dit geldt voor het tuchtrecht op grond van de Wet universitaire bestuurshervorming 1970 (art. 41), het tuchtrecht voor ambtenaren (waarvoor de beroepsmogelijkheden van de Ambtenarenwet 1929 gelden), het tuchtrecht voor staatsraden (ingevolge de artt. 3a en 4, eerste lid, jo. 3a van de Wet op de Raad van State) en het tuchtrecht voor rechterlijke functionarissen (ingevolge de artt. 11-13a van de Wet op de rechterlijke organisatie en andere wetten waarbij rechterlijke organen zijn geregeld), alsmede de nieuw ontworpen regelingen voor tuchtrecht voor verpleegkundigen (16724), diergeneeskundigen (17646) en opticiens (waarover in de Staatscourant van 13 september 1982 is bericht). De problemen die zich op deze gebieden voordoen zijn merendeels van dezelfde aard als die bij de hierna te bespreken takken van

(328) Zie par. 2.3.3.

tuchtrechtspraak. Ze betreffen vooral de openbaarheid, waarover aan het slot van deze paragraaf enige algemene opmerkingen worden gemaakt. Voor fundamentele beschouwingen over het tuchtrecht en tuchtprocesrecht kan worden verwezen naar de preadviezen die Van Agt en Verpaalen in 1971 voor onze vereniging uitbrachten (329).

B. Ingevolge art. 3 van de Wet tuchtrechtspraak bedrijfsorganisatie kunnen de door (hoofd)bedrijfschappen ingestelde tuchtge rechten onder meer geldboeten opleggen. Tegen de tuchtbeschikkingen van deze gerechten kan de betrokkene beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Ingevolge art. 17 is echter in beroep slechts een beperkte toetsing mogelijk. Deze bepaling luidt:

‘Het beroep kan worden ingesteld ter zake dat:

- a. de tuchtbeschikking niet inhoudt de gronden of niet aanwijst de voorschriften, waarop de veroordeling rust;
- b. de regelen omtrent de samenstelling van het tuchtgerecht en zijn bevoegdheid zijn geschonden;
- c. het tuchtgeding is gevoerd in strijd met enig algemeen beginsel van hoorlijke rechtspraak;
- d. het tuchtgerecht niet in redelijkheid tot de opgelegde maatregel of maatregelen heeft kunnen komen.’

Het College kan dus, afgezien van een marginale toetsing van de sanctie-oplegging, slechts tegen procedurele fouten waken. Van een volledige rechterlijke beoordeling in beroep is geen sprake. Volgens het arrest inzake *Le Comptc c.s.* dient de rechter zelf onder meer de feiten en ‘la proportionnalité entre faute et sanction’ te beoordelen (330). Dit betekent dat men ofwel het beroep op het College tot een volledige rechterlijke beoordeling zal moeten uitbreiden, ofwel zal moeten verzekeren dat de tuchtgerechten die in eerste aanleg oordelen, aan alle eisen van de verdragsbepalingen voldoen — ook op het punt van hun onafhankelijkheid van het (hoofd)bedrijf, waarvoor de wet thans geen bijzondere

(329) ‘Zijn nadere wetgevende voorzieningen op het gebied van het tuchtrecht en het tuchtprocesrecht wenselijk?’, in: *Handelingen 1971 der Nederlandse Juristen-Vereeniging*, deel 1, tweede en derde stuk, Zwolle 1971.

(330) Par. 51 sub b van het arrest.

voorschriften inhoudt (331). Gezien het geringe aantal tuchtzaken dat het College bereikt, is echter een eenvoudige oplossing te realiseren door het College niet langer in de beoordeling van de tuchtzaak te beperken. Om strijd met art. 6 EV en art. 14 IV te voorkomen, zal bovendien het procesrecht ingevolge de Wet tuchtrechtspraak bedrijfsorganisatie moeten worden aangepast. Noch voor de behandeling, noch voor de uitspraak schrijft de wet thans openbaarheid voor (332). Voor de openbaarheid van de zittingen zal het (in de vorige paragraaf weergegeven) voorgestelde art. 429g van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering model kunnen staan. Dit geldt ook voor het horen van opposanten ingevolge art. 22, vierde lid, van de Wet tuchtrechtspraak bedrijfsorganisatie, dat overeenkomst met het eerder besproken art. 38, vijfde lid, van de Wet arbo. Voor het doen van de uitspraak zal in alle gevallen openbaarheid moeten worden voorgeschreven.

De inzage van stukken en de mondelinge procesfase zijn in art. 13, tweede lid, resp. art. 25 naar behoren geregeld.

Art. 13, tweede lid, van de Landbouwkwaliteitswet (vgl. art. 19 van het Tuchtrechtbesluit Landbouwkwaliteitswet) voorziet in beroep op het College van Beroep voor het bedrijfsleven tegen tuchtbeschikkingen, uitgesproken door de tuchtgerichten van de controle-instellingen, die in het genoemde besluit zijn voorzien (333). De zoëven besproken bepalingen van de Wet tuchtrechtspraak bedrijfsorganisatie zijn van overeenkomstige toepassing.

Na inwerkingtreding van de wijziging van de Wet Autovervoer Goederen, voorgesteld in wetsontwerp 16977, zal hetzelfde gelden voor beroepen tegen tuchtbeschikkingen, afkomstig van de in art. 3, derde lid, van die wet bedoelde tuchtcolleges. De sancties welke ingevolge art. 3, vierde lid, van de wet jo. art. 50, tweede lid, van het Uitvoeringsbesluit Autovervoer Goederen kunnen worden opge-

(331) Zie echter art. 8, tweede lid, dat waarborgen voor een deugdelijke be-rechting in de desbetreffende verordeningen verlangt, en art. 8, vierde lid, dat enige juridische inbreng eist.

(332) Vgl. inzake de uitspraak art. 31. Indien art. 121 van de herziene Grond-wet op het College van toepassing is of — door opnemng ervan in de rechter-lijke macht ingevolge art. 116, eerste lid, van de herziene Grondwet — zal worden, noopt ook deze grondwetsbepaling tot herziening van de Wet tucht-rechtspraak bedrijfsorganisatie.

(333) Deze tuchtgerichten van de controle-instellingen houden ingevolge art. 18, eerste lid, van het besluit in beginsel in het openbaar zitting; hetzelfde geldt ingevolge het tweede lid voor de uitspraken.

legd, zijn onder meer gehele of gedeeltelijke intrekking van de vergunning (c.q. ontheffing) voor grensoverschrijdend vervoer, en geldboeten. Thans staat tegen deze beschikkingen nog beroep op de Kroon open (art. 52 onder c van de wet) (334); het voorgestelde nieuwe art. 54 vervangt dit administratief beroep terecht door beroep op het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

Een afwijkende situatie bestaat ingevolge de Wet op de Accountants-administratieconsulenten. De ingevolge art. 30, vijfde lid, van deze wet ingestelde raad van tucht (335) kan onder meer iemand als accountant-administratieconsulent schorsen voor hoogstens zes maanden of de (voor de beroepsuitoefening vereiste) inschrijving als zodanig doorhalen (art. 32). Tegen deze besluiten staat ingevolge art. 47, eerste lid, beroep open op het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Voor de behandeling van deze beroepen geeft de wet een eigen regeling, die wel in hoofdzaak overeenkomt met de bepalingen van de Wet tuchtrechtspraak bedrijfsorganisatie. Een verschil is echter dat het beroep niet aan enige beperking is gebonden, zodat het College hier reeds thans 'plénitude de juridiction' heeft.

De tuchtcolleges ingevolge de Wet op de Registeraccountants kunnen op grond van art. 34 aan registeraccountants overeenkomstige sancties opleggen. Er is voorzien in rechtspraak in eerste aanleg door raden van tucht en in tweede aanleg door de raad van beroep (artt. 36, eerste lid, 46, eerste lid). Zeker wat de raad van beroep betreft is de onafhankelijkheid voldoende verzekerd: de voorzitter, een plaatsvervangend voorzitter, een lid en drie plaatsvervangende leden worden door de Minister van Justitie voor vier jaren uit de leden van de zittende magistratuur benoemd (art. 46, eerste lid). Voor dezelfde termijn benoemt de ledenvergadering van de Orde Nederlands Instituut voor Registeraccountants acht leden, van wie telkens twee zitting houden te zamen met drie van de door de Minister van Justitie benoemden. De artt. 48 en 49 regelen incompatibiliteiten. Art. 53, eerste en tweede lid, jo. art. 42, vierde lid, regelt wel dat betrokkene moet worden gehoord en recht heeft op inzage van de stukken, maar bepaalt niets over openbaarheid van zitting en uitspraak. De procesrechtelijke bepalingen behoeven in elk geval op dit punt wijziging.

(334) Zie voor een voorbeeld K.b. 28 januari 1982, *AB* 1982, 172.

(335) Zie K.b. 14 januari 1974, *Stb.* 48.

Op verwant terrein ligt het publiekrechtelijk tuchtrecht ten aanzien van makelaars, dat in het Wetboek van Koophandel is geregeld. Ingevolge art. 65a kan de rechtbank een makelaar schorsen of van zijn hoedanigheid vervallen verklaren. De procesgang is die van de verzoekschriftprocedure van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, waarvoor naar het preadvies van Dommering kan worden verwezen.

C. Het tuchtrecht voor advocaten wordt ingevolge art. 46 in eerste aanleg door de raden van toezicht uitgeoefend, en in beroep door het hof van discipline te Utrecht. De sancties omvatten schorsing voor ten hoogste een jaar en schrapping van het tableau (art. 48). Indien een straf wordt opgelegd, staat voor de betrokken advocaat hoger beroep open op het hof van discipline. Dit college kan de zaak ten volle beoordelen (336). Daarom kan worden volstaan met een nadere beschouwing van de procedure voor het hof. In dezelfde zin oordeelde het hof van discipline in een beslissing van 16 november 1981 (337), waarin de appellanten op grond van art. 6 EV bezwaar maakten tegen de procedure voor de raad van toezicht. De onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechtspraak zijn door de artt. 51, 52, 53, vierde lid, 54 en 56, zesde lid, voldoende gewaarborgd. De voorzitter en twee andere leden worden door de Kroon voor vijf jaren uit de zittende rechterlijke macht benoemd; twee leden-advocaten worden voor vijf jaren door het college van afgevaardigden van de Nederlandse Orde van Advocaten gekozen. Voorts zijn er op dezelfde wijze benoemde plaatsvervangers. In regeling van incompatibiliteiten, wraking en verschoning is voorzien.

Art. 57, eerste lid, schrijft voor dat onder meer de betrokken advocaat wordt gehoord. De terechtzitting is echter ingevolge art. 57, tweede lid, jo. art. 49, tiende lid, niet openbaar. De beslissing wordt evenmin in het openbaar uitgesproken, maar het hof kan opdracht geven tot openbaarmaking van de oplegging van een straf (met uitzondering van de enkele waarschuwing) (338). Het pro-

(336) Art. 57, vierde lid, echter met een waarborg inzake *reformatio in peius* in het vijfde lid.

(337) Zaak nr. 618. De voorzitter van het hof stelde mij in de gelegenheid, van de uitspraak kennis te nemen.

(338) Art. 59, tweede lid, jo. art. 48, tweede lid.

cesrecht zou op deze punten dezelfde wijzigingen behoeven als dat van de Wet tuchtrechtspraak bedrijfsorganisatie.

In de genoemde beslissing van 16 november 1981 is het hof intussen gekomen tot een interpretatie van de Advocatenwet, die, althans in sommige gevallen, strijd met art. 6 EV kan voorkomen. Het hof overwoog dat weliswaar in het algemeen de belangen van de betrokkenen zich in tuchtzaken tegen openbaarheid van behandeling en uitspraak verzetten, maar dat de door de regeling in de Advocatenwet beschermde belangen zich niet ertegen verzetten 'dat, indien de betrokken advocaat daarom verzoekt en geen ander in aanmerking te nemen belang daaraan in de weg staat, de terechtzitting van de Raad in het openbaar wordt gehouden en de beslissing in het openbaar wordt uitgesproken.' Ten aanzien van zijn eigen zitting en beslissing neemt het hof hetzelfde standpunt in. Opgemerkt moet echter worden, dat art. 6 EV en art. 14 IV de eis van openbaarheid van de terechtzitting — tenzij een van de uitzonderingen toepasselijk is — en van de uitspraak ook dan stellen, indien de procespartijen op die openbaarheid geen prijs stellen. In verband met het vorenstaande valt nog te wijzen op het beroep op het hof van discipline tegen de schorsing van een advocaat wegens lichaams- of zielsgebreken (art. 16, tweede tot en met zesde lid). De procedure is dezelfde als die hiervoor werd besproken.

Het aanhangige ontwerp van wet houdende wijziging van de Advocatenwet (Nieuwe regeling tuchtrechtspraak) (339) zal onder meer op de genoemde punten verbetering brengen. In eerste aanleg zal, zo is de bedoeling, de tuchtrechtspraak worden uitgeoefend door een raad van discipline (met een door de Minister van Justitie uit de zittende rechterlijke macht benoemde voorzitter), die als onafhankelijke rechterlijke instantie zal kunnen worden aangemerkt. In beroep blijft het hof van discipline bevoegd. Nieuw is een regeling voor kennelijk niet-ontvankelijke en kennelijk ongegronde zaken (artt. 46g, 46h en 56a, eerste lid), die in hoofdzaak overeenkomt met die van art. 22 van de Wet tuchtrechtspraak bedrijfsorganisatie. Ook hier zal een voorschrift moeten worden toegevoegd dat ertoe verplicht de opposant in het openbaar te horen. Een belangrijke verandering zullen de artt. 48, eerste lid, 49, elfde lid, en 57, tweede lid, brengen: de raad en het hof zullen in alle gevallen in het openbaar hun beslissingen moeten uitspreken,

(339) Gewijzigd ontwerp van wet, II 1981-1982, 16094, nr. 8.

en klachten in een openbare zitting moeten behandelen, tenzij het college 'om gewichtige redenen' beveelt, de deuren te sluiten. Omdat het criterium 'om gewichtige redenen' ruimer is dan art. 6 EV en art. 14 IV toelaten, verdient het aanbeveling het wetsontwerp op dit punt nog te wijzigen.

De tuchtrechtspraak op grond van de Wet op het notarisambt behoeft geen uitvoerige bespreking. Ingevolge art. 50c kan de Kamer van Toezicht een notaris bij het gerechtshof voor afzetting voordragen. Het hof behandelt de zaak in raadkamer (art. 50g, tweede lid, jo. art. 50f, tweede lid). Strafvervolgning van notarissen (die tot schorsing of ontzetting kan leiden) geschiedt voor de burgerlijke kamer van de rechtbank en in hoger beroep voor de burgerlijke kamer van het gerechtshof (artt. 54 en 57, derde lid). Het onderzoek geschiedt in raadkamer, de uitspraak in het openbaar (artt. 56, tweede en vijfde lid, en 57, zesde en achtste lid). Daarnaast is de Kamer van Toezicht ingevolge art. 50d bevoegd, een notaris ongevraagd verlof voor ten hoogste zes maanden te verlenen; voor deze periode is de notaris onbevoegd zijn ambtsbediening te verrichten. Over de procedure is vrijwel niets bepaald: 'Zoo mogelijk wordt de notaris te voren gehoord.' Aangenomen mag worden dat tegen zodanige beslissingen Arob-beroep openstaat.

Sedert 3 mei 1982 is ook op dit gebied een wetsontwerp aanhangig, dat voorziet in openbare behandeling van onder meer de voordrachten tot afzetting (340). Art. 50f, tweede lid, eerste volzin, zal worden vervangen door: 'Het beroep wordt behandeld in een openbare zitting van de burgerlijke kamer van het gerechtshof. Het hof kan om gewichtige redenen bevelen, dat de behandeling met gesloten deuren zal plaatsvinden.' Deze verandering is blijkens de memorie van toelichting mede met het oog op art. 6 EV voorgesteld (341). De uitzondering op de openbaarheid is echter ook hier zo ruim geredigeerd, dat een met de verdragsbepalingen strijdige toepassing niet wordt uitgesloten. Ook hier verdient een striktere formulering naar het voorbeeld van het voorgestelde art. 429g van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering aanbeveling. In

(340) II 1981-1982, 17404. In de memorie van toelichting wordt melding gemaakt van de voorbereiding van een geheel nieuwe wettelijke regeling van het notarisambt.

(341) II 1981-1982, 17404, nr. 3, blz. 7.

de regeling van de strafzaken brengt het wetsontwerp in het geheel geen wijziging.

E. Ingevolge de Medische Tuchtwet kunnen geneeskundigen, tandartsen, verloskundigen en apothekers in de uitoefening van hun professie worden geschorst of daaruit worden ontzet, hetzij bij wijze van sanctie (artt. 1-3a), hetzij anderszins ter bescherming van de kwaliteit van de professionele activiteit (artt. 4 en 4a); ook kunnen aan hen geldboeten van ten hoogste tienduizend gulden worden opgelegd (art. 5 van de Medische Tuchtwet). Hierover oordelen de Colleges voor de beslissing in eerste aanleg (de zogenaamde Medische Tuchtcolleges). Indien zij een van de hier bedoelde maatregelen opleggen, staat beroep open op het gerechtshof (art. 7, tweede lid). Heeft het College geen maatregel genomen, of een van de lichtere toegepast (waarschuwing of berisping), dan oordeelt in beroep het Centraal College (bekend als het Centraal Medisch Tuchtcollege). Is dit van oordeel dat er termen zijn om alsnog een van de zwaardere maatregelen toe te passen, dan moet het de zaak overdragen aan het gerechtshof (art. 7, vierde lid).

Omdat op waarschuwing en berisping volgens het EHRM art. 6 EV niet van toepassing is (342), behoeft slechts de procedure voor het gerechtshof aan de normen van dat verdrag te voldoen. Thans geldt een onmiskenbaar te beperkte regeling van de openbaarheid. Behandeling met gesloten deuren is regel, en slechts om redenen aan het algemeen belang ontleend kunnen zaken op grond van de artt. 1-3 in een openbare zitting worden behandeld (art. 13a, eerste lid). In die zaken doet het hof, evenals het Centraal College, in het openbaar uitspraak (art. 13a, derde lid). maar ook daarop bestaan uitzonderingen (vierde-zesde lid). Een en ander zou op dezelfde wijze als bij andere, hiervoor besproken tuchtprocedures wijziging behoeven. Het procesrecht is in het Reglement medisch tuchtrecht en oplossing van geschillen (K.b. 31 oktober 1929, *Stb.* 474) geregeld. De artt. 93-96 voorzien in een beperkte mogelijkheid van cassatieberoep op de Hoge Raad.

Een algehele herziening van het tuchtprocesrecht in het kader van de beoogde Wet beropen in de individuele gezondheidszorg is in voorbereiding. Over het voorontwerp van die wet heeft de

(342) Par. 49 van het arrest inzake *Le Compte, Van Leuven en De Meyere*.

Centrale Raad voor de Volksgezondheid een advies uitgebracht, waarin de kleinst mogelijke meerderheid een ruimere openbaarheid in tuchtzaken bepleit dan in het voorontwerp is voorzien (343). Daarin zal ook het tuchtrecht voor paramedische beroepen worden geïntegreerd, dat thans in de Wet op de paramedische beroepen is geregeld. De tuchtrechtspraak ingevolge die wet wordt nu nog in beroep door een Centraal College uitgeoefend (art. 26), dat weliswaar zo is samengesteld dat het als een onafhankelijke rechterlijke instantie kan gelden (artt. 14, 15, 18 en 19), maar op het punt van de openbaarheid in dezelfde positie verkeert als de organen die op grond van de Medische Tuchtwet rechtspreken (artt. 21, tweede lid, en 27, tweede lid).

Het verdient aanbeveling, bij de opstelling van het in te dienen ontwerp van Wet beroepen in de individuele gezondheidszorg de openbaarheid en de overige procesrechtelijke voorschriften af te stemmen op art. 6, eerste lid, EV en art. 14, eerste lid, IV. In zaken als deze kunnen het beroepsgeheim en privacy-belangen van patiënten een belangrijke rol spelen. Daarnaast is in tuchtzaken bij openbaarheid ook een eigen belang van de beklaagde in het geding, namelijk dat hij niet ongegrond in opspraak komt. Op een en ander wordt in deze paragraaf onder F ingegaan. In dit verband moet er nog op worden gewezen, dat ingevolge art. 121 van de herziene Grondwet in elk geval de uitspraken van het gerechtshof in medische tuchtzaken in het openbaar zullen moeten worden gedaan (344).

F. Er worden regelmatig bezwaren tegen openbaarheid van tuchtzaken aangevoerd, omdat de behandeling van onredelijke klachten van derden voor de beklaagde beroepsbeoefenaar daardoor zeer vexatoir zou worden. Deze problematiek is besproken door De Doelder, die erop wijst dat ruimere openbaarheid in tuchtzaken

(343) Zie de in juli 1982 gegeven antwoorden van de toenmalige Minister van Volksgezondheid en Milieuhygiëne op vragen van het lid der Tweede Kamer mr. E.K. Wessel-Tuinstra, Aanh. Hand. II 1981-1982, nr. 1246 (blz. 2483).

(344) In een gepubliceerde uitspraak van het Centraal Medisch Tuchtcollege van 25 maart 1982 kwam art. 6 EV aan de orde in verband met de vraag of de behandeling 'within a reasonable time' plaatsvond. Met verwijzing naar onder meer de grote werklust van de colleges, achtte het Centraal College de proceduur niet onredelijk lang. Zie *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 1982, blzz. 209-211.

ken gepaard moet gaan met betere 'waarborgen voor de beschuldigde, om niet apert ten onrechte voor het gerecht te moeten verschijnen' (345). In beginsel zijn hiertoe twee technieken mogelijk: vereenvoudigde afdoening van kennelijk ongegronde klachten; of een klachtmonopolie in tuchtzaken voor een overheidsorgaan, te vergelijken met het vervolgingsmonopolie van het openbaar ministerie in strafzaken. Het bezwaar van het eerste stelsel is daarin gelegen, dat dan toch een — zij het vereenvoudigde — procedure voor de rechter in gang moet worden gezet. De andere mogelijkheid roept op het eerste gezicht het bezwaar op, dat de klagende burger — bij voorbeeld een ex-patiënt in medische tuchtzaken — afhankelijk wordt van het overheidsorgaan dat de zaak moet aanbrengen, in casu de geneeskundige inspectie van het Staatstoezicht op de Volksgezondheid. In tuchtzaken is echter niet de rechtspositie van de klager in het geding; daarvoor is de civiele rechtspraak aangewezen. Daarom moet in beginsel een klachtmonopolie van een overheidsorgaan (dat onder politieke verantwoordelijkheid van, in het gegeven voorbeeld, de Minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur functioneert) aanvaardbaar zijn, mits er institutionele waarborgen zijn voor een zorgvuldige overweging van door particulieren aangebrachte zaken. Daarbij kan ook een beklagmogelijkheid naar het voorbeeld van art. 12 van het Wetboek van Strafvordering in aanmerking komen.

Een punt van belang is voorts, dat het tuchtrecht ten aanzien van beoefenaren van vertrouwensberoepen (346) het beroepsgeheim kan doorbreken, soms zelfs in die vorm dat de beklagde moet meewerken aan de opheldering van de zaak (347). Tenzij degene in wiens belang het beroepsgeheim bestaat, instemt met openbaarheid van de procedure, kan dit behandeling met gesloten deuren wenselijk maken. De wet kan wel ter 'bescherming van het privé leven van partijen bij het proces' volgens art. 6, eerste lid, tweede volzin, EV (in dezelfde zin art. 14, eerste lid, IV) niet-openbare behandeling voorschrijven, maar hier is in het algemeen niet de privacy van een procespartij, doch van een derde in het geding (tenzij de klager patiënt of cliënt is en als zodanig in het proces betrokken). Omdat echter '*de belangen van de rechtspraak*' in zo'n

(345) *A.w.* (nt. 8), blz. 134.

(346) Vgl. Van Agt, *a.w.* (nt. 8), blz. 41.

(347) Vgl. O.A.C. Verpaalen in *Handelingen 1971 der Nederlandse Juristen-Vereeniging*, deel 2, Zwolle 1971, blz. 112.

geval vergen dat het beroepsgeheim wordt doorbroken en zulks met openbare behandeling onverenigbaar is, doet zich wél de aan het slot van art. 6, eerste lid, EV en in art. 14, eerste lid, derde volzin, IV, bedoelde grond voor niet-openbare behandeling voor. Volgens deze verdragsbepalingen moet de noodzaak van behandeling met gesloten deuren door de *rechter* in het concrete geval worden vastgesteld.

HOOFDSTUK 5

EEN EFFECTIEF STELSEL VAN RECHTSBESCHERMING

5.1. Art. 6 EV en de organisatie van de rechtspraak

De voorgaande beschouwingen leidden tot verscheidene aanbevelingen voor realisering van het grondrecht op behoorlijke rechtspraak op punten waar het Nederlandse administratieve recht en publiekrechtelijke tuchtrecht thans nog niet aan de maatstaven van art. 6 EV en art. 14 IV voldoen. Zulke aanbevelingen hebben iets weg van *unzeitgemäße Betrachtungen* (348): de financiële situatie en de huidige werkdruk van het justitie-apparaat vragen immers vooral — zoals het regeerakkoord voor het kabinet-Lubbers aangeeft — ‘de indiening en een snelle parlementaire behandeling van wetsontwerpen, gericht op verbeteringen, vereenvoudigingen en bezuinigingen in de organisatie van de rechtspraak’ (349). Alhoewel bij de ‘verbeteringen’ in het regeerakkoord ongetwijfeld aan andere maatregelen is gedacht dan aan aanpassing van de rechtsbescherming aan de genoemde verdragsbepalingen, bestaat er geen principiële antithese tussen het streven, de kosten van de rechtspleging door een doelmatige organisatie te beheersen enerzijds, en het streven naar volledige, behoorlijk functionerende rechtspraak anderzijds. Integendeel, het grondrecht op behoorlijke rechtspraak veronderstelt behalve procesrechtelijke bevoegdheden voor degenen, wier rechten in het geding zijn, ook een goed functionerende *organisatie van de rechtspraak*. Indien de rechter wordt overstelpt door de gevolgen van overvloedige wetgeving (350),

(348) In: Friedrich Nietzsche, *Unzeitgemäße Betrachtungen; Schriften für und gegen Wagner*, uitg. door Elisabeth Förster-Nietzsche, Leipzig 1927.

(349) II 1982-1983, 17555, nr. 7, blz. 70.

(350) Vgl. Horst Sendler, Normenflut und Richter, in: *Zeitschrift für Rechts-*

door bagatelzaken en door protest-beroepen, komt in elk geval het recht op behandeling binnen een *redelijke termijn* in het gedrang. In haar verslag over 1981 heeft de Algemene Rekenkamer mededeling gedaan van de uitkomsten van een onderzoek naar de wachttijden in de rechtspleging, waarbij tussen de gerechten grote verschillen bleken te bestaan (351). Dat art. 6 EV ook organisatorische maatregelen vereist ter voorkoming van te lange wachttijden, kwam tot uiting in het arrest van het EHRM van 6 mei 1981 in de zaak Buchholz:

'La Cour relève que la Convention astreint les Etats contractants à organiser leurs juridictions de manière à leur permettre de répondre aux exigences de l'article 6 § 1, notamment quant au 'délai raisonnable'. Néanmoins, un engorgement passager du rôle n'engage pas leur responsabilité s'ils prennent, avec une promptitude adéquate, des mesures propres à redresser pareille situation exceptionnelle' (352).

In de onderhavige zaak achtte het Hof echter geen schending van art. 6 op het punt van de 'redelijke termijn' aanwezig, omdat het ging om een uitzonderlijke tijdelijke overbelasting van het Landes-arbeitsgericht te Hamburg die inmiddels tot de nodige maatregelen aanleiding heeft gegeven (353).

Uit het vorenstaande blijkt dat een relatie bestaat tussen 'de omvang van de rechtsbescherming' in kwalitatieve zin — waarop dit preadvies betrekking heeft — en de kwantitatieve problematiek van de omvang der rechtsbescherming, die Van Buuren in zijn preadvies voor de Vereniging voor Administratief Recht in 1982 centraal stelde (354). Vanuit het gezichtspunt van het grondrecht op

→
politik 12 (1979), blzz. 227-232, die de complexiteit van de oorzaken aan-
geeft.

(351) *Verslag van de Algemene Rekenkamer over 1981, II 1981-1982*, 17368, nr. 2, blzz. 141-155. Zie hierover M. Oosting, *Rekenkamer en rechtspleging*, in: *NJB* 57 (1982), blzz. 1061-1065.

(352) Par. 51 (zie voor de vindplaatsen noot 297).

(353) Par. 61.

(354) Over hetzelfde onderwerp bracht ook M. de Groot-Sjenitzer een preadvies uit. Zie P.J.J. van Buuren en M. de Groot-Sjenitzer, *De omvang van de rechtsbescherming* (Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht LXXXVIII), Alphen aan den Rijn 1982. Het onderscheid tussen het kwalitatieve en het kwantitatieve gezichtspunt wordt door Van Buuren, blz. 8, gemaakt.

behoorlijke rechtspraak kan over de problematiek van de werklust van het justitiële apparaat worden opgemerkt dat een oplossing in elk geval niet daarin behoort te worden gezocht, dat bepaalde besluiten van de overheid ten opzichte van burgers aan adequate rechterlijke toetsing worden onttrokken. Wil men het aantal administratiefrechtelijke geschillen terugdringen, dan moeten veel-
eer conflicten genererende onderdelen van de administratiefrechtelijke wetgeving (zoals de normstelling inzake het bouwen) op mogelijkheden voor deregulering en privatisering worden onderzocht (355). Ook deze aspecten hebben in het regeerakkoord en de regeringsverklaring van 22 november 1982 aandacht gekregen (356). In een circulaire van de Minister van Justitie van 12 augustus 1982 aan de andere ministers is erop gewezen dat plannen voor nieuwe wetgeving mede dienen te worden beoordeeld op de secundaire gevolgen voor de rechtsbedeling (357). Met de doelstelling van art. 6 EV is wel te verenigen dat de uitoefening van het recht op toegang tot de rechter wordt opgenomen in een redelijk kader van procesrechtelijke bepalingen, die erop gericht zijn de vraag om rechtspraak in goede banen te leiden en in zoverre daaraan beperkingen te stellen (358). Als zodanig komen in
aanmerking:

— *Regeling van termijnen en drempels voor het instellen van beroep op de rechter.* Als drempel kunnen onder meer de heffing van griffierechten en de mogelijkheid van veroordeling in de kosten van het geding functioneren. In 1960 nam de Tweede Kamer een motie-P.J. Oud aan, waarin op algehele afschaffing van de griffierechten werd aangedrongen, omdat de heffing daarvan niet in overeenstemming zou zijn met de eisen van een goede rechtsbede-

(355) Zie J.M. Polak, Deregulering en privatisering van regulering, in: *WPNR* 113 (1982), nr. 5629, blzz. 681-684.

(356) 17555, nr. 7, blzz. 70-71.

(357) De circulaire is afgedrukt als bijlage bij de stukken voor de kabinetsformatie (17555, nr. 1, blzz. 21-24).

(358) Peukert, *a.w.*, blz. 254 met verwijzing naar vaste jurisprudentie van de Commissie. Ook met betrekking tot het recht op toegang tot de rechter in-
gevolge Art. 19, vierde lid, van het Grundgesetz neemt het Bundesverfassungsgericht aan, dat de 'jeweils geltende Prozeßordnung' redelijke voorwaarden voor de uitoefening van dit recht mag inhouden. Zie Schmidt-Bleibtreu/Klein, *a.w.*, blz. 318.

ling (359). Dit standpunt kan niet worden onderschreven. Bij het instellen van beroep op de rechter zijn ook andere belangen dan dat van de appellant betrokken, namelijk de algemene belangen die bij de uitvoering van het besluit zijn betrokken, de rechtspositie van andere bij het besluit betrokken burgers (derden-belanghebbenden) en het algemene belang van een goed functionerende en betaalbare rechterlijke organisatie. Met een variatie op een woord van L.C.M. Meijers tijdens de beraadslagingen over zijn preadvies in de vergadering van onze vereniging in 1982, kan worden gezegd dat de appellant een rechtsgenoot is, maar niet de enige rechtsgenoot (360). Door griffierecht van een niet louter symbolische hoogte (361) kan ten opzichte van potentiële appellanten de betrokkenheid van andere belangen dan hun eigen belang bij het instellen van beroep manifest worden gemaakt. Voorstellen voor verhoging c.q. invoering van griffierechten in de administratieve rechtspraak zijn gedaan in het rapport dat de werkgroep heroverweging organisatie rechtspraak in april 1981 heeft uitgebracht (362). Hierbij dient in acht te worden genomen dat, zoals Minister van Justitie De Ruiter op 30 september 1982 in de Tweede Kamer zei, 'de griffierechten niet mogen dienen als een absolute verhindering voor justitiabelen om zich tot de rechter te wenden' (363), ook niet voor bepaalde inkomensgroepen. In het door de minister aangekondigde wetsontwerp 'waarin een nogal substantiële verhoging van de griffierechten over het hele terrein van de rechtspraak wordt voorgesteld' (364), zal dus bij de vaststelling van de hoogte der bedragen het juiste midden moeten worden gevonden. Kostenveroordelingen bieden de mogelijkheid om partijen die het (kennelijk) ten onrechte op een procedure laten aankomen, tot op zekere hoogte met de consequenties van hun

(359) Vermeld in het eerder genoemde verslag van de Algemene Rekenkamer, II 1981-1982, 17368, nr. 2, blz. 153.

(360) *Handelingen 1982 der Nederlandse Juristen-Vereeniging*, deel 2, Zwolle 1983, blz. 55.

(361) *Symbolisch* kon het griffierecht van f 10 voor cassatieberoepen op de Hoge Raad ingevolge art. 5, eerste lid, van de Wet administratieve rechtspraak belastingzaken worden genoemd. De Wet van 13 januari 1983, *Stb.* 52, heeft voorzien in verhoging van dit griffierecht, en invoering van griffierechten bij de belastingkamers van de gerechtshoven en de Tariefcommissie.

(362) 16625, nr. 13, onder III.4.1. Vgl. 16625, nr. 39, blz. 4.

(363) *Hand.* II 1982-1983, blz. 147.

(364) *T.a.p.*

beslissing te confronteren (365). Naar aanleiding van de oplegging door het Bundesverfassungsgericht van een 'Missbrauchsgebühr' van DM 100,— overwoog de Commissie in haar verslag van 15 oktober 1981 dat het EV aan zulke mogelijkheden niet in de weg staat (366).

— *Afstemming van de organisatie van de rechtspraak op aard en gewicht van de zaken.* Een adequaat organisatorisch kader voor de uitoefening van het grondrecht op behoorlijke rechtspraak kan ook meebrengen dat eenvoudige zaken door enkelvoudige kamers worden afgedaan. In het rapport heroverweging organisatie rechtspraak is bepleit deze mogelijkheid ook te openen voor beroepen op de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (367). Men zou ook voor de behandeling van zaken in eerste aanleg door de raden van beroep aan de invoering van enkelvoudige kamers kunnen denken. Met het EV alleszins verenigbaar zijn ook beperkingen van de mogelijkheid, hoger beroep bij een in tweede aanleg oordelend rechterlijk college in te stellen. Een koppeling van de beroepsmogelijkheid aan het belang van de zaak is in het administratieve recht niet op dezelfde wijze als in het privaatrecht (368) hanteerbaar, omdat de aard van de vorderingen zich daarvoor niet goed leent. Men zou wel, met name indien de invoering van Arob-rechtspraak in twee instanties (369) overwogen wordt, kunnen onderzoeken of een bevredigend systeem van door de lagere rechter te geven *verlof voor hoger beroep* in aanmerking komt (370). Het vereiste van verlof voor het instellen van hoger beroep is in het Anglo-Amerikaanse recht een be-

(365) Zie A. Mulder, Alternatieven van rechtsbescherming, par. 3.1 op blzz. 487-489, in: *RM Themis* 1982, nr. 5/6, blzz. 481-498.

(366) Zaak nr. 8594/80, *EuGRZ* 1982, blzz. 158-159.

(367) 16625, nr. 13, onder III.4.2. Indiening van een wetsontwerp ter invoering van enkelvoudige kamers voor appèl-zaken op strafrechtelijk gebied (bij zowel de rechtbanken als bij de gerechtshoven) is op handen (*Stcr.* 1982, 165).

(368) Vgl. het wetsontwerp tot verhoging van de grens van appellabiliteit enz. in burgerlijke zaken, II 1982-1983, 17615, nrs. 1-3.

(369) Zie het interim-rapport van de Subcommissie Arob van de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie van 4 mei 1981, en het daarop betrekking hebbende advies van de Staatscommissie van november 1981.

(370) Ook zo'n systeem strookt met art. 6 EV. Vgl. Peukert, *a.w.*, blz. 254.

kende figuur, en is voor beroepen op het Duitse Bundesverwaltungsgericht geregeld in § 132 van de Verwaltungsgerichtsordnung.

— *Aanpassing van het procesrecht en de toepassing daarvan aan de aard van de zaken.* Hierbij valt op de eerste plaats te denken aan regelingen voor vereenvoudigde afdoening in 'evidente' gevallen, zoals in par. 4.4 besproken. Indien op dezelfde gronden tegen hetzelfde besluit *massaal beroep* op een rechter wordt ingesteld, is ook toelaatbaar dat de rechter enkele van deze zaken als model aan een volledige behandeling onderwerpt, en de overige beroepen in een vereenvoudigde behandeling zonder zitting afdoet. De Commissie past zelf deze werkwijze toe, en heeft — ten overvloede, omdat ze geen 'civil rights' in de zin van art. 6 EV in het geding achtte — ook de toepassing ervan gebillijkt bij de behandeling van 5724 beroepen van derden op het Verwaltungsgericht München tegen het besluit tot inrichting van een nieuwe luchthaven (371).

5.2. Een effectief beroep op de rechter

In zijn arrest in de zaak-Airey overwoog het EHRM dat het Verdrag, en in het bijzonder art. 6, geen theoretische of illusoire rechten wil verzekeren, maar rechten die *daadwerkelijk uitgeoefend kunnen worden en effectief zijn* (372). In dit arrest werd daaraan de consequentie verbonden dat in gecompliceerde zaken van overheidswege gefinancierde rechtshulp van een raadsman beschikbaar moet zijn. Ook in administratiefrechtelijke zaken — waar te onzent geen verplichte rechtsbijstand bestaat — kan dit meebrengen, dat de overheid rechtshulp moet financieren 'indien betrokkene zich anders voor een onoverkomelijke barrière zou zien geplaatst' (373). Dit staat echter niet in de weg aan een stelsel van redelijke eigen bijdragen (374); daarvoor kunnen immers overeenkomstige overwegingen gelden als voor griffierechten (zie par. 5.1). Voor verdere beschouwingen over de rechtshulp kan worden verwezen

(371) Zie het in noot 366 vermelde verslag.

(372) Zie noot 65.

(373) Van Dijk/Van Hoof, *a.w.*, blz. 292.

(374) Zoals voorzien in een op 24 november 1982 ingediend wetsontwerp (II 1982-1983, 17671, nrs. 1-3).

naar de preadviezen van Dommering en Van Dijk. Hierbij zal men er niet de ogen voor mogen sluiten dat averechtse effecten niet zijn uitgesloten. In het Jaarverslag 1981 van de Raad van State schreef Van der Hoeven, de toenmalige voorzitter van de Afdeling rechtspraak, dat 'het aantal kennelijk ongegronde of kennelijk niet-ontvankelijke beroepen en schorsingsverzoeken, buiten zitting afgedaan, relatief hoog is: in 1981 bijna 20% van de beroepschriften in hoofdzaak. Dat vindt niet alleen zijn grond in ondeskundigheid of lichtvaardig procederen van de betrokkenen. In een niet gering aantal gevallen betreft het door raadslieden ingediende stukken. Het antwoord op de vraag of de wettelijke aanspraak op vergoeding voor het verlenen van rechtsbijstand — op zichzelf een groot goed — mede tot deze gang van zaken bijdraagt, is uit de cijfers natuurlijk niet met zekerheid af te leiden. Die indruk bestaat echter stellig in een aantal gevallen' (375).

Het recht op een *effectief* beroep op de rechter heeft nog een andere implicatie. De administratieve rechtspraak moet zo worden ingericht dat overheidsbesluiten geen onomkeerbare gevolgen krijgen voordat de rechter zich over de zaak heeft kunnen uitspreken. De wetgeving moet mogelijkheden bieden om zulke gevolgen te voorkomen. Als zodanig zijn vooral de procedure in kort geding voor de president van de rechtbank van belang en de toepassing van art. 80 van de Wet op de Raad van State door de voorzitter van de Afdeling rechtspraak. Art. 65 van de Wet arbo en art. 102 van de Ambtenarenwet 1929 bieden vergelijkbare mogelijkheden. In de sociale-verzekeingsrechtspraak mist men echter een overeenkomstige regeling (376). Weliswaar worden leemten op dit gebied opgevuld door de president van de rechtbank (377), maar een beslissing van de voorzitter van het college dat ook in de hoofdzaak bevoegd is, biedt het voordeel dat de beslissing omtrent schorsing c.q. voorlopige voorziening beter kan worden afgestemd op de jurisprudentie van de competente rechter; een goed functionerende spoedprocedure kan daardoor ook de behoefte aan processen in de hoofdzaak verminderen (378).

(375) *Raad van State, Jaarverslag 1981*, 's-Gravenhage 1982, blz. 42.

(376) Vgl. Brenninkmeijer, *De vaste-deskundige-procedure (a.w.)*, blzz. 181-182.

(377) Zie W. Schenk/J.H. Blaauw, *Het kort geding, mede dat tegen de overheid*, in: Koeman (red.), *Praktijkboek administratief recht (a.w.)*, hfdst. XVII.

(378) Vgl. Borman, *a.w.*, blzz. 50-61.

In dit verband kan ook art. 60a van de Wet op de Raad van State worden genoemd, dat de voorzitter van de Afdeling voor de geschillen van bestuur de bevoegdheid geeft om aan beroep op de Kroon onderworpen besluiten te schorsen en/of ter zake een voorlopige voorziening te treffen. In deze beslist de voorzitter zelfstandig; hij is in zoverre in dezelfde positie als een rechter (379), maar zal zich in de inhoud van zijn beslissingen moeten richten naar de 'jurisprudentie' van de Kroon in administratief beroep.

Het hierboven geformuleerde uitgangspunt brengt mee, dat ook geen voldongen feiten behoren te worden gecreëerd terwijl het kort geding, de procedure ingevolge art. 80 van de Wet op de Raad van State of een andere vergelijkbare procedure aanhangig is. De voorzitter van de Afdeling rechtspraak is in een geval waarin het administratieve orgaan niet wilde afwachten tot hij op het verzoek om toepassing van art. 80 had beslist, onmiddellijk tot schorsing overgegaan (380). De president van de Zwolse rechtbank oordeelde een vergelijkbare handelwijze in strijd met het fair-play-beginsel (381).

5.3. *Systeem in de rechtsbescherming*

Dat art. 6 EV voor Nederland inzake de regeling van de rechtsbescherming tegen de overheid ingrijpende consequenties heeft, is vooral het gevolg van de omstandigheid dat beroep op de Kroon structureel administratieve rechtspraak uitsluit. Een verruiming van de ontvankelijkheidscriteria van de gewone rechter (zodat hij na de uitspraak van de Kroon de zaak ten gronde zou moeten beoordelen) kan een zo omvangrijk probleem niet tot een bruikbare oplossing brengen. In zoverre verschilt de situatie in Nederland wezenlijk van die in Frankrijk en de Bondrepubliek Duitsland, waar nagenoeg over de gehele linie in administratieve rechtspraak is voorzien. Rechtsvergelijkend kan worden vastgesteld dat het beroep op de Kroon Nederland in een uitzonderingspositie plaatst. Ons beroep op de Kroon gaat, evenals de rechtsbescherming te-

(379) Zie Brenninkmeijer, *Kernenergie, rechtsstaat en democratie* (a.w.) par. 6.4.5.

(380) Vz. Afdeling rechtspraak 9 februari 1979, *AB* 1979, 304.

(381) Pres. Rb. Zwolle 24 juni 1982, *RvdW/KG* 1982, 114.

gen de overheid in België, Luxemburg, Italië en andere landen, terug op het Franse systeem van toetsing door de Conseil d'Etat, die oorspronkelijk als een *deel* van de administratie met interne, bestuurlijke toetsing was belast. Terwijl echter in de andere genoemde landen de beoordeling door de Raad van State zich feitelijk en rechtens tot onafhankelijke administratieve rechtspraak heeft ontwikkeld, heeft te onzent in geval van beroep op de Kroon niet de Afdeling voor de geschillen van bestuur van de Raad van State, maar het bestuur het laatste, beslissende woord. Daardoor is ons systeem, aldus Hannfried Walter in een groots opgezette rechtsvergelijkende studie van het Max-Planck-Institut te Heidelberg, 'dem ursprünglichen französischen System ähnlicher geblieben als das französische sich selbst' (382).

De thans bij sommigen nog bestaande wens tot handhaving van het beroep op de Kroon voor uitgestrekte deelgebieden van het administratieve recht berust goeddeels op een, zoals in hoofdstuk 2 werd uiteengezet, inadequate visie op aard en betekenis van de administratieve rechtspraak. Het verdient aanbeveling, het beroep op de Kroon — wellicht op enkele specifieke categorieën zaken na — te vervangen door administratieve rechtspraak.

Uit een oogpunt van organisatie brengt dit voornamelijk een verschuiving van werkzaamheden binnen de Raad van State mee. Verscheidene staatsraden die in de Afdeling voor de geschillen van bestuur zitting hebben, voldoen niet aan de benoemingsvereisten voor het lidmaatschap van de Afdeling rechtspraak. Wellicht zou tijdelijk de mogelijkheid moeten worden geopend dat in de Afdeling rechtspraak (althans in de meervoudige kamers wat een der leden betreft) ook staatsraden zitting hebben die niet aan deze vereisten voldoen; een dergelijke regeling was ook getroffen bij de in 1976 in werking getreden wijziging van de Wet op de Raad van State, toen taken van de Afdeling voor de geschillen van bestuur overgingen naar de nieuw ingestelde Afdeling rechtspraak.

In de memorie van toelichting bij de begroting voor Binnenlandse Zaken voor 1983 werd gewezen op de mogelijkheid dat 'in de bestaande wetgeving beroep op de Kroon dient te worden omgezet

(382) Der gerichtliche Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt im Rechts- und Verfassungssystem, blz. 13, in: Hermann Mosler (red.), *Gerichtsschutz gegen die Exekutive*, Bd. 3, *Rechtsvergleichung — Völkerrecht*, Köln/Dobbs Ferry, New York 1971, blzz. 7-19.

in Arob-beroep' (383). Hierbij zal men de toepassing van de Richtlijnen voor de keuze tussen Arob-beroep en beroep op de Kroon voor ogen hebben gehad, waarin immers in beginsel een voorkeur voor Arob-beroep wordt uitgesproken. Deze richtlijnen dienen zowel bij nieuwe wetgeving als bij ingrijpende wijziging van bestaande wetgeving te worden gehanteerd. Mogelijk is ook gedacht aan de gevolgen van art. 6 EV, waarop trouwens in de richtlijnen de aandacht wordt gevestigd. Vervanging van beroep op de Kroon door administratieve rechtspraak werd eind 1981 door Minister van Justitie De Ruiter in een lezing over *'De keerzijde van de rechtsbescherming'* terecht in het principiële perspectief van een sluitend systeem van rechtsbescherming geplaatst:

'Geen jurist zal ontkennen dat rechtsbescherming tegen de overheid op het hele bonte terrein van overheidsgedragingen een groot goed is. Ik zelf zal de laatste zijn om hiertegen bezwaren te opperen. Een deel van mijn wetgevend programma is er juist op gericht om de laatste beletselen die er in dit opzicht nog zouden bestaan weg te nemen. Ik noem de wetgeving inzake het wegvallen van de negatieve lijst bij de Wet Arob, de wetgeving inzake de rechtsbescherming voor vreemdelingen. Voorts is Justitie samen met andere departementen doende om op bepaalde terreinen rechtsbescherming die thans nog bij de Kroon is ondergebracht te vervangen door administratieve rechtspraak: ik denk aan de voorgenomen rechtspraak in vervoerszaken, die als een daartoe strekkend voorstel wet wordt zal komen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Ik ben een warm voorstander van een zo sluitend mogelijk geheel van voorzieningen bij de administratieve rechter' (384).

Het systeem in de rechtsbescherming is ook in het geding bij andere wenselijkheden die in dit preadvies aan de orde kwamen, namelijk die tot wijziging van het procesrecht voor de administratieve rechtspraak en de publiekrechtelijke tuchtrechtspraak. Het gaat hier om wetswijzigingen die in het algemeen budgettair neutraal zijn. Herziening van het administratieve procesrecht overeenkomstig de eisen die uit art. 6 EV en art. 14 IV voortvloeien, zal vanzelf een harmoniserende werking hebben: de verschillen tussen de bepalingen van de diverse wetten op punten als openbaarheid van zitting en uitspraak, inzage van stukken, verzet na vereenvoudigde afdoening, inhoud van de uitspraak en voorzieningen bij niet

(383) II 1982-1983, 17600 VII, nr. 2, blz. 31.

(384) Afgedrukt in *Advocatenblad* 62 (1982), blzz. 34-38 (citaat blz. 35).

gevolg geven aan een uitspraak, zullen geheel of ten dele wegvallen indien ze op grond van dezelfde beginselen van behoorlijke rechtspraak worden herzien. Hetzelfde geldt voor het punt van de beroepsmogelijkheid tegen (fictieve) weigeringen, waarbij het recht op toegang tot de rechter op het spel staat.

De in het licht van de verdragsbepalingen noodzakelijke of minstens wenselijke wijzigingen van het administratief procesrecht kunnen, door de uniformerende werking van de beginselen van behoorlijke rechtspraak, tevens de weg effenen voor wetgeving tot eenmaking van het administratief procesrecht, zoals in oktober 1982 is bepleit door een werkgroep ter voorbereiding van het werk aan wetgeving inzake algemene regels van bestuursrecht onder voorzitterschap van de toenmalige Staatssecretaris van Justitie Scheltema (385). Zo bezien kan dit preadvies, juist doordat de door het bestuur van onze vereniging gestelde vraag wordt beantwoord, tevens een begin van een antwoord bieden op de vraag die onze Duitse zustervereniging in 1982 naar aanleiding van het werk aan een algemene wet op het administratief procesrecht zich stelde, namelijk *aan welke eisen een uniforme regeling van het administratief procesrecht moet voldoen, om in het kader van een adequaat georganiseerde rechtspleging effectieve rechtsbescherming te verzekeren* (386).

(385) *Wettelijke regeling algemene regels van bestuursrecht, Rapport van de startwerkgroep, ingesteld bij gezamenlijk besluit van de ministers van Justitie en van Binnenlandse Zaken d.d. 19 mei 1982, 's-Gravenhage 1982, blz. 9.* De werkgroep rekende het doen van voorstellen omtrent algemene regels van administratief procesrecht overigens niet tot de haar opgedragen taak.

(386) Ferdinand O. Kopp, *Welchen Anforderungen soll eine einheitliche Verwaltungsprozeßordnung genügen, um im Rahmen einer funktionsfähigen Rechtspflege effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten?* (Verhandlungen des vierundfünfzigsten Deutschen Juristentages, Nürnberg 1982, Band I [Gutachten], Teil B), München 1982. Het ontwerp van een uniforme *Verwaltungsprozeßordnung* is op 19 maart 1982 bij de Bondsdag ingediend. Het moet de bestaande procesrechtelijke wetten voor de algemene administratieve rechtspraak, de belastingrechtspraak en de sociale-verzekeringsrechtspraak vervangen. Zie over dit ontwerp Christoph Trzaskalik, *Die Vereinheitlichung der Verwaltungsprozeßordnungen*, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 35 (1982), blzz. 1553-1558.

PREADVIES MR. E.J. DOMMERING

Het grondrecht op behoorlijke rechtspraak in het Nederlandse civiele recht

I. INLEIDING, 155

1. De weg naar Straatsburg, 155
2. De kosten van de rechtspraak, 157
3. Artikel 6 EV en de bezuinigingen, 160
4. Artikel 6 EV en het Politiek Covenant, 162
5. De criteria van artikel 6 EV; indeling van het betoog, 162

II. VASTSTELLING VAN BURGERLIJKE RECHTEN EN VERPLICHTINGEN, 163

6. Het civiele proces en de rechtspraak van Straatsburg, 163
7. Geschillen tussen overheid en particulier, 166
8. Burgerlijke rechten, 168
9. Vaststelling, 169

III. TOEGANG TOT DE RECHTER; ALGEMENE PROBLEMEN, 171

10. Recht op een rechter, 171
11. Formaliteiten, 173
12. Kostenbarrières, 175
13. Procureursmonopolie, 178
14. Recht op hoeveel rechters?, 179

IV. TOEGANG TOT DE RECHTER; BIJZONDERE PROBLEMEN, 180

- 15.1. Bijzondere categorieën; inleiding, 180

- 15.2. Vreemdelingen, 181
- 15.3. Kinderen en ouders, 183
- 15.4. Curandi, 185
- 15.5. Gefailleerden, 186
- 16. Derdenbelanghebbenden; krakers; collectieve belangen, 187

V. BERECHTING BINNEN REDELIJKE TIJD, 189

- 17. Het burgerlijk recht gaat langzaam, 189
- 18. De klok van Straatsburg, 192

VI. EEN EERLIJK RECHTERLIJK GEHOOR, 196

- 19. Horen en wederhoren, 196
- 20. Andere fair trial beginselen, 199
- 21. Onrechtmatig bewijs, 200

VII. OPENBARE RECHTSPRAAK, 203

- 22. Open deur?, 203
- 23. Vonnissen en terechtzittingen, 206
- 24. Requestprocedures: onraad in de Raadkamer, 209

VIII. EEN ONAFHANKELIJKE EN ONPARTIJDIGE INSTANTIE, 211

- 25. Onafhankelijke rechter (Independent), 211
- 26.1. Onpartijdige rechter (Impartial), 212
- 26.2. Wraking, 213
- 26.3. Sub judice: een regel?, 215

IX. PSEUDORECHTSPRAAK, 217

- 27. Rondom de rechter, 220
- 28. Het Gewestelijk Arbeidsbureau, 220
- 29. Bedrijfscommissies, 222
- 30. Kringenrechtspraak, 223
- 31. De Octrooiraad, 224
- 32. Adviesinstanties, 226

X. PARTICULIERE RECHTSPRAAK, 228

- 33. Weg van de rechter, 228
- 34. Ius de non evocando, 229
- 35. Arbitrage en bindend advies, 231
- 36. Contractuele hindernissen, 232

XI. SLOT, 233

37. De rechter en het proces, 233

38. Conclusies of liever: discussiepunten, 235

Het grondrecht op behoorlijke rechtspraak in het Nederlandse civiele recht

I. INLEIDING

1. De weg naar Straatsburg

Het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EV) is 'in'. Toen ik in 1982, geteisterd door de overmatige hoeveelheid werk die het 'hoor en wederhoor' door rechters met zich meebrengt, de weg naar Straatsburg begon te plannen, viel de ene NJ-afl levering na de andere in de bus, vol met uitspraken waarin partijen ten overstaan van onze nationale rechter een schietgebed tot Straatsburg hadden gericht (1).

Het Verdrag is in verschillende golven de Nederlandse samenleving binnen gesluisd. De Nederlandse rechtssubjecten die hun visie op mens en wereld in een niet te becijferen aantal denominaties onderbrengen, hebben zich direct al aangesproken gevoeld door de gewetens- en gedachtenvrijheid van de artt. 9 en 10 EV. Daarop is na de ratificatie dan ook vlijtig voor de nationale rechter een beroep gedaan. Doch andere artikelen volgden spoedig in deze erediens met een duidelijke opleving in de laatste jaren.

Art. 6 EV is relatief laat tot de civilisten gekomen. Speelt het in het strafproces in toenemende mate een belangrijke rol, men kan niet zeggen dat de schrijvers over het civiele proces met elkaar in een verhit debat zijn verwikkeld over dit onderwerp. Een snelle inspectie van de gebruikelijke proceshandboeken leverde geen enkele verwijzing naar dit artikel op (2).

(1) Men zie bijvoorbeeld NJ 1982 nrs. 557-562.

(2) Een uitzondering vormt W. Schenk, 'Het kort geding en zijn toepassing in Nederland', 3e druk, blz. 41.

Men kan hieruit de conclusie trekken dat er voor het Nederlandse burgerlijke proces niet de minste reden is een toetsing aan art. 6 EV tot stand te brengen. Enige reden tot nationale zelfvoldaanheid is er zeker. Toch zijn er duidelijke tekenen dat art. 6 EV ook bij de civilisten in beeld begint te komen, mede doordat de recente rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (European Court of Human Rights, hierna: ECHR) juist betrekking heeft op de processuele vaststelling van de burgerlijke rechten van art. 6 (3). Daarover mag men zich verheugen want zelfvoldaanheid is een gevaarlijke eigenschap.

Het EV bevindt zich als bovenationale regeling in een spanningsveld van zeer uiteenlopende nationale gemeenschappen. Hoezeer art. 6 ook voortspuit uit een Europese procestraditie (4), het stelt toch niet meer dan een minimum vast voor uiteenlopende vormen van nationale rechtspraktijk. De verschillen in die rechtspraktijk zijn nog steeds aanzienlijk. De journalist B. van der Velden heeft eens indringend de gang van zaken bij een civiel getuigenverhoor in Italië beschreven (5):

'We gaan naar de rechter. Die roept tussen een groep van zo'n twintig mensen door of we inderdaad willen getuigen. Als we allemaal zonder onze namen te zeggen ja hebben geroepen, vragen de advocaten of we meegaan. Het blijkt dat ja roepen betekent dat we de eed hebben afgelegd om de waarheid en niets dan de waarheid te vertellen. Maar omdat de rechter het te druk heeft met andere zaken, brengen de advocaten ons naar einde van de gang waar ze achter een even niet gebruikt bureau onze verklaringen noteren (. . .). Daarna gaan we terug naar de rechter, die het dossier in ontvangst neemt. Hij verklaart dat een uitspraak nog jaren op zich zal laten wachten omdat hij nu geen tijd heeft om het dossier te lezen. En bovendien, hij kent de zaak wel niet, maar de verzochte urgentie wijst hij bij voorbaat af.'

Dit is bepaald iets anders dan de slaapverwekkende gebeurtenis in enquêtekamer 3 waar de Rechter-Commissaris bezig is de getuigenverklaring traag te dicteren aan de in toga vermomde griffie-ambtenaar, die deze tweevingerig intikt op 's Rijks tikmachine

(3) Bij de actualiteiten vermeldt E.A. Alkema in zijn Preadvies 'Advocaat en Mensenrechten' de artt. 6 en 8: Advocatenblad 1981, blz. 319.

(4) Men zie het General Report van M. Cappelletti in: Fundamental Guarantees of the parties in civil litigation onder redactie van dezelfde en D. Tallon 1973, hierna ook aan te duiden als Cappelletti-Tallon.

(5) NRC-Handelsblad 26-2-82.

waarvan de aanslag van de a hapert. Alleen die mededeling dat de uitspraak nog wel jaren op zich laat wachten roept een gevoel van benauwenis op dat wij hoe langer hoe meer op onze nationale situatie kunnen projecteren.

Het feit dat art. 6 EV staat voor een Europees minimum, betekent niet dat ik voor een minimalistische benadering zou willen pleiten waarin het 'brave' Hollandse proces er bij een toetsing in Straatsburg wel mee door zou kunnen. Het ECHR heeft er blijk van gegeven met name aan art. 6 EV een grote betekenis toe te kennen, hetgeen inhoudt dat het een zelfstandig onderzoek instelt naar de juiste naleving van de in art. 6 EV neergelegde voorwaarden door de nationale rechters (6). Daarom moet er op nationaal niveau aan de toepassing van art. 6 EV gewerkt worden. Straatsburg blijve ultimum remedium.

2. De kosten van de rechtspraak

Onafhankelijke rechters, behoorlijke procedures, adequate rechtsbijstand: het kost allemaal geld. De bezuinigingskoores die op het Ministerie van Financiën heerst besmet ook het rechterlijk bedrijf. De zestiger en zeventiger jaren zullen blijven voortleven als de periode waarin recht en welzijn als manna onder het volk zijn uitgedeeld. De discussie over de verbetering van de toegang tot de gerechten is toen gevoerd, en zij heeft geleid tot concrete maatregelen zoals onder andere een landelijk net van Bureaus voor Rechts-hulp met uitgebreide juridische staven thans nog dagelijks getuigt. Het door verschillende oorzaken vergrote beroep van de bevolking op de rechter vermeerderde de toevloed van de andere kant. De combinatie van beide effecten had zonder twijfel een aanjagend vliegwi-el-effect (7). Vage normstelling, rechtsverfijning en rech-

(6) Vgl. P. van Dijk en G.J.H. van Hoof 'De Europese Conventie in theorie en praktijk', 2e druk, 1982, blz. 275 naar aanleiding van het Delcourt-arrest en E.A. Alkema in 'Advocaat en Mensenrechten', Advocatenblad 1981, blz. 306.

(7) Zie onder meer P.J.J. van Buuren, 'Geschriften voor de Vereniging van Administratief Recht', LXXXVIII blzz. 23 e.v. en de door deze aangehaalde G.J.M. Schuyt. Niet alleen het beroep op de rechter neemt toe, zaken worden ook bewerkelijker. Vgl. F.J.M. Nivard in het themanummer van Rechtspleging en rechtsbescherming, RMTh '82, blzz. 499 e.v.

terlijke vrijheid, 'topics' in het materiële civiele recht van die periode (8) vergrootten de mogelijkheid tot gevarieerde casuïstiek en leverden daarmee een bijdrage aan het aantal geschillen.

De tachtiger jaren zullen zich kenmerken door het opwerpen van dammen tegen — en het kanaliseren van deze toevloed. Er moet *minder recht* komen, zodat te dure en te ingewikkelde wetten de ijskast ingaan; er moeten *eenvoudiger procedures* komen, zodat minder rechters het werk kunnen doen; en er moeten *minder zaken* komen, zodat de burgers op weg naar de rechter moeten worden afgeschrikt.

Het rapport heroverweging rechtspraak (9) noemt als mogelijkheden: verhoging van griffierechten, verhoging van competentie- en appèlgrenzen bij de Kantonrechter, herziening van de rolprocedure, afschaffing van de procureursbijstand in 'eenvoudige' echtscheidingen, meer enkelvoudige afdoeningen, ruime inschakeling van enkelvoudige kamers in appèl, en afdoening in cassatie door kamers van drie rechters. Daarnaast bestaan er in 1982 ingrijpende beleidsvoornemens om tot bezuiniging van de kosten van de rechtshulp te komen die in 1983 hun beslag moeten krijgen (10). Een klein deel van de heroverwegingen is op het moment van het schrijven van dit preadvies reeds in de wet neergelegd.

De bezuinigingen treffen de rechtspraak op een moment dat alle colleges met overbelasting hebben te kampen wegens het beroep dat de samenleving op hen doet. Rechtbanken hebben soms alleen al een jaar nodig om de datum vast te stellen voor het vonnis in een nog veel verder gelegen toekomst. De grote rolzittingen vormen een afmattingsslag tussen de rolrechter en de rolwaarnemers. Illustratief is de bijeenkomst die de Hoge Raad en het Openbaar Ministerie in het najaar van 1982 belegden met de Haagse balie om over het stijgende tal zaken te spreken. De Raad en het OM suggereerden daarbij onder andere minder tijdrovende motiveringsklachten in de middelen op te nemen, waarop de balie slechts kon antwoorden dat de op de concrete omstandigheden van het

(8) A. Hartkamp, 'Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht' 1982 Monografieën NBW par. 5 over 'open normen' in het NBW.

(9) Deelrapport 8, 'Heroverweging collectieve uitgaven', Bijl. II 80-81, 16625 nr. 13, gevolgd door een rapport van de op 6 juli 1981 ingestelde werkgroep 'heroverweging civiele rechtspraak'.

(10) Zie de briefwisseling tussen de Minister van Justitie en de Algemene Raad van de Orde van Advocaten, gepubliceerd in Advocatenblad 1982, blz. 379.

geval toegesneden rechtsvinding van de afgelopen jaren daar wel toe noopte.

Hoe moet men deze bezuinigingen beoordelen?

Het is in de eerste plaats zeer twijfelachtig of de bezuinigingsmaatregelen enig effect zullen hebben op het aanbod van zaken aan rechterlijke colleges. Het is geenszins te verwachten dat vermindering van materiële welvaart tot een verandering van rechts- en welzijnsopvattingen van de mensen leidt, zodat frustratie over afname van welvaart bij een gelijk blijvende mentaliteit en weerbaarheid om voor zijn recht op te komen, eerder tot meer dan minder juridische geschillen leidt. In dit opzicht bewegen de geestelijke en culturele 'bovenbouw' en de materiële 'onderbouw' van de samenleving zich in tegenovergestelde richting.

In de tweede plaats hebben tal van bezuinigingsmaatregelen op andere gebieden automatisch een verhoogd aanbod van geschillen op juridisch gebied tot gevolg. Wanneer in de zomer de overgebleven begrotingsgaten op de departementen definitief met ambtelijk kunst- en vliegwerk worden gedicht, kan men er reeds zeker van zijn dat bij het vallen der blaren de daartegen gerichte requesten en dagvaardingen bij de bevoegde gerechten zullen liggen.

Hetzelfde geldt voor bezuinigingsmaatregelen in de sociale verzekeringsfeer en de bijstand zoals het 'afschatten' van WAO-percentages of het verscherpen van bijstandsnormen. Vanuit deze gezichtshoek doet het merkwaardig aan dat het Ministerie van Justitie op haar begroting moet inleveren, terwijl de bezuinigingen van andere Ministeries voorzienbaar justitieel meerwerk zullen opleveren. Het micro-effect van justitiële bezuinigingen wordt ruimschoots teniet gedaan door het macro-effect van geschillen tengevolge van bezuinigingen. Men zou daarom eerder verwachten dat de andere Ministeries van hun bezuinigingen een post aftrekken om deze als te verwachten 'meerwerk' naar Justitie toe te schuiven.

In de derde plaats kenmerkt het rechtsbedrijf zich door conjunctureel anti-cyclische effecten, omdat afnemende welvaart tot extra juridisch werk noopt door toename van faillissementen (11), collectieve ontslagen, en dergelijke. Mensen en instellingen die

(11) H.F. van den Haak noteerde in zijn rede voor de balie een toename van 23% in de periode januari t/m augustus 1982, *Advocatenblad* 1982, blz. 460. Men zie de Minister van Justitie zelf in *Advocatenblad* 1982, blzz. 34 e.v.

economisch in de knel komen vertonen bovendien een verhoogde 'dispute proneness'.

En tot slot is er het blijvende globale effect dat een democratische rechtsstaat met haar op de verwezenlijking van het grootst mogelijke welzijn van allen gerichte doelstellingen, tot een juridificering van de samenleving leidt. Dit leidt tot een blijvende groei van rechtsregels (12). De discussie dat wij moeten zoeken naar niet-juridische stuurtechnieken ('to delegalize' zoals rechtssociologen het noemen of, zoals het thans in politiek jargon heet: 'deregule-ring') is nog maar nauwelijks op gang.

3. Art. 6 EV en de bezuinigingen

Tegenover de overwegingen van de vorige paragraaf zal de realist wellicht stellen dat het allemaal waar is, maar de economische werkelijkheid tot ingrijpende bezuinigingen noopt. Er moet dan maar een afweging gemaakt worden tussen het 'grote' en het 'kleine' onrecht, zodat de rechtsstaat voor de werkelijk 'belangrijke' zaken overeind blijft staan. Dit is een niet ongevaarlijke redenering. In een samenleving, ook in een rechtsstaat, is altijd een groep aanwezig die zich buitengesloten voelt en de verwachting is niet ongerechtvaardigd dat deze groep in de komende jaren alleen maar groter zal worden. Deze groep ontvangt van alle kanten signalen die de bij haar aanwezige frustraties en agressies versterken. Het is aan sociologen om aan te geven hoe dit proces precies verloopt, doch als hypothese lijkt mij verdedigbaar dat het laten voortsmuilen van het 'kleine' onrecht een bijdrage levert of kan leveren aan gevoelens van frustratie en agressie over de inrichting van de samenleving als geheel, met alle risico's die daaraan voor de rechtsstaat zijn verbonden. Dit behoeft niet onmiddellijk tot politiek

(12) De justitiebegroting van 1983 maakt melding van een hardnekkige trendmatige verhoging van de werkbelasting van het justitieel apparaat van 5% per jaar, zie NJB 1982, blz. 949. Zie voor sprekend cijfermateriaal over de periode 1976-1981 J.H. Blaauw in het themanummer van Rechtspleging en Rechtsbescherming, RMTh 1982, blz. 464. Ik moge verder naar de andere bijdragen in dit themanummer verwijzen waarin uitvoerig op de groeiproblemen en mogelijke antwoorden daarop wordt ingegaan. Zie voorts G.H.A. Schut 'Financiële grenzen aan de groei van het recht', RMTh '82, blz. 329 en de door H. Franken in de inleiding tot het themanummer genoemde artikelen.

geweld te leiden maar het draagt wel bij tot een afnemende 'law abidingness': wie gefrustreerd is over onvergolden onrecht uit zijn agressie bijvoorbeeld door kosteloos op de tram mee te rijden (13). Recht en rechtspraak kunnen daar iets aan doen (14). Een rechtsstaat die bezuinigt moet daarom zuinig met zijn rechtspraak omgesprongen. Wij ontmoeten in dit perspectief opnieuw art. 6 EV omdat het, zoals de voorzitter Van den Haak van de Vereniging voor Rechtspraak het uitdrukte, 'de democratische gegeven waardemeter' is waaraan de bezuinigingen kunnen worden getoetst (15).

Een en ander betekent niet dat er nu maar niet bezuinigd mocht worden. De economische werkelijkheid dwingt ertoe de rechtspraak efficiënter en doelmatiger in te richten. De jurist zal empirischer over het recht en de kwantificeerbare (macro)effecten van zijn juridische constructies moeten gaan nadenken. Dit is alleen maar winst. Het past in de trend (waarin het milieurecht met zijn 'milieukosten' overigens is voorgegaan) welzijns categorieën te vertalen in economische categorieën van kosten en baten. Het is op zichzelf niet in strijd met art. 6 EV dat door de eis dat de berechting binnen redelijke tijd dient te geschieden, de doelmatigheid in zich sluit.

In de loop van deze beschouwingen kom ik op deze kosten- en doelmatigheidsaspecten terug. Dat de Nederlandse Juristen Vereniging in 1983 deze onderwerpen vanuit de optiek van het fair trial benadert mag een bevestiging van de stelling zijn, dat de geschiedenis zich nooit in dezelfde vorm herhaalt. De crisis van de dertiger jaren leidde tot talrijke bezuinigingen in de rechtspleging. Zij gaven de juristenvereniging in 1933 het vergaderonderwerp in: 'Welke wijzigingen zijn gewenst in de rechterlijke organisatie ter verzekering van een doelmatige rechtspleging in burgerlijke en strafzaken?' (15a).

(13) Men vergelijk hierbij C.J.M. Schuyt, C.A. Groenendijk en B. Slood, 'De weg naar het recht', 1976, blz. 342 e.v. Zij benadrukken het belang van het in acht nemen van 'formele' beginselen als het horen van partijen. Men vergelijk hierbij overigens de door H. van Maarseveen geformuleerde vragen NJB 1982, blz. 1015 en P. Boeles, NJB '82, 1013.

(14) C.J.M. Schuyt c.s., a.w. blz. 336, rechtshulp en participatie in een juridische conflictoplossing kunnen bij de betrokkenen in een geschil een leereffect hebben en vergroting van het zelfrespect tot gevolg hebben.

(15) H.F. van den Haak t.a.p. Vgl. voorts M.J.P. Verburgh, NJB '81, blz. 877.

(15a) HNJV preadviezen 1933 van de hand van Rh. Feith, G.W. v.d. Does, O.E.G. van Limburg Stirum en J.M. de Moor. Zie voor de bezuinigingen in

→

4. Art. 6 EV en het Politiek Covenant (PC)

Nederland heeft het VN-Covenant inzake Burgerrechten en Politieke rechten geratificeerd (16). Het bevat in art. 14 een soortgelijke regel als art. 6 EV. De uitzonderingen op de openbaarheid worden iets afwijkend geregeld, terwijl het een recht op een 'bevoegde' rechter vastlegt. De zelfstandige betekenis van art. 14 naast art. 6 EV is twijfelachtig (17). Voorts is de directe werking na een recent arrest van de Strafkamer van de Hoge Raad kwestieus te noemen (18). Hierna zal daarom slechts terloops op het PC worden ingegaan.

5. De criteria van art. 6 EV; indeling van het betoog

Art. 6 EV bevat een aantal criteria voor eerlijke en faire berechting die hierna één voor één de revue zullen passeren.

Die criteria zijn voor wat het civiele proces betreft:

- Het moet betreffen de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen (hoofdstuk II);
- Er is een recht op toegang tot een rechter (hoofdstuk III en IV);
- De berechting dient binnen redelijke tijd plaats te vinden (hoofdstuk V);
- Er moet een eerlijke en openbare behandeling zijn, al zijn beperkingen op de openbaarheid toegelaten (hoofdstuk VI en VII);
- De rechter dient een onafhankelijke en onpartijdige instantie te zijn (hoofdstuk VIII);

Bij de behandeling van het onderwerp is grotendeels gekozen voor de invalshoek van de hiervoor geformuleerde criteria, zodat

→ de jaren dertig G.R. Rutgers, Inaugurale rede 1982, blzz. 18-21.

(16) Tractatenblad 1969, nr. 99, goedgekeurd bij wet van 12 december 1978, Stbl. 624.

(17) Zie voor een vergelijking Van Dijk en Van Hoof a.w. blzz. 313 e.v. E.M.H. Hirsch Ballin, AA 1982, blz. 241 en par. 2.4. van zijn preadvies.

(18) HR 14-4-80, NJ 1981, 401 m.nt. Th.W.v.V. en over dit arrest F. Fernhout, 'Delikt en Delinkwent', 1982, blz. 487. Th.W.v.V. wijst in zijn noot naar de overeenkomstige beslissing van de Hoge Raad over art. 13 EV in HR 24-2-60, NJ 1960, 483. Gelet op het feit dat het ECHR in de Golder-zaak de werking van art. 13 EV in belangrijke mate heeft laten overnemen door art. 6 EV en art. 14 PC ook in andere opzichten veel meer vergelijkbaar is met art. 6 EV, is de beslissing merkwaardig te noemen. Zie echter nt. 73 preadvies Van Dijk.

telkens verschillende momenten uit ons nationale procesrecht in de afzonderlijke hoofdstukken ter sprake komen.

Het preadvies is daarnaast zo opgezet dat eerst de vraag behandeld wordt wanneer art. 6 EV vanuit het materiële recht gezien van toepassing is (wat zijn de 'burgerlijke rechten'?). Omdat dit mede de competentie-afbakening tussen de gewone en de administratieve rechter raakt is daarmee het eerste raakvlak met het preadvies van Hirsch Ballin gegeven.

Daarna worden enige algemene lijnen door het procesrecht van onze gewone rechter getrokken. Tenslotte belandt de lezer dan bij de rechterlijke instantie zelf. Behalve dat dit de spanning erin houdt (de lezer komt als het ware steeds dichterbij de rechter), biedt het de gelegenheid om aansluitend op het hoofdstuk VIII over de rechter, de belemmeringen die zijn gelegen *buiten* die rechter en zijn procesrecht te behandelen.

De eerste belemmering wordt gevormd door allerlei vormen van pseudo-rechtspraak die de toegankelijkheid tot de gewone rechter kunnen bemoeilijken (hoofdstuk IX). Gelet op het administratief-rechtelijke karakter ervan is daarmee het tweede raakvlak tussen dit preadvies en dat van Hirsch Ballin (par. 2.5 E en hoofdst. III) gegeven. Beide preadviseurs hebben daarbij in hun volstreekte soevereiniteit een arbitraire verdeling gemaakt. Van de pseudo-rechtspraak stappen wij geleidelijk over naar de particuliere (contractuele) rechtspraak en andere *contractuele* beperkingen die tussen rechtzoekende en gewone rechter dammen kunnen opwerpen (hoofdst. X). De lezer verliest aldus de rechter weer geleidelijk uit het oog. In het slothoofdstuk worden de consequenties van de mogelijke strijdpunten tussen art. 6 EV en het nationale recht geëvalueerd.

II. VASTSTELLING VAN BURGERLIJKE RECHTEN EN VERPLICHTINGEN

6. *Het civiele proces en de rechtspraak van Straatsburg*

Dit preadvies gaat over de 'civiele' procedure bij de onafhankelijke gewone rechter. De 'civiele procedure' is een begrip zoals hierna zal blijken, dat in Straatsburg eigenlijk niet bestaat.

Art. 167 Grondwet deelt ons mee dat de gewone rechter (die in art. 168 de 'gewone' wordt genoemd) bij uitsluiting kennis neemt van alle twistgedingen over eigendom of daaruit voortspuitende

rechten, over schuldvorderingen en andere burgerlijke rechten. Geschillen die daartoe niet behoren kunnen volgens art. 168 GW ook aan hem of aan de administratieve rechter worden opgedragen. Art. 2 van de Wet op de Rechterlijke Organisatie (RO) herhaalt de opdracht van art. 167 GW in bijna gelijke bewoordingen. De gewone rechter wordt daarom vaak aangeduid als de burgerlijke rechter omdat hij zich in het algemeen slechts met burgerlijke geschillen bezig houdt.

Wie de Nederlandse tekst van art. 6 EV ter hand neemt, ziet dat het waarachtig ook al gaat over burgerlijke rechten, en hij zal denken dat art. 2 RO een internationale regel van rechtsmacht formuleert voor de gewone rechter. Zo eenvoudig is het echter niet. Zoals uit de andere preadviezen blijkt legt het ECHR art. 6 'auto-noom' uit. Het heeft daarbij de beschikking over de Engelse tekst die de veel ruimere termen 'civil rights and obligations' (dat zijn ook staatkundige rechten) bevatten en de met onze terminologie overeenstemmende Franse tekst die spreekt over 'droits et obligations de caractère civile'. Het keerpunt in de discussie over de betekenis van de tekst vormt de zaak Ringeisen (19). Voor de loop van het betoog bespreek ik de zaak hier kort. De inzet van de zaak Ringeisen was of een geschil tussen overheid en burger, aanhangig voor een Oostenrijks administratief rechterlijk college, liep over een rechtsbetrekking waarop art. 6 EV doelt. De Commissie was op grond van een wetshistorisch en een staatkundig argument van oordeel dat dat niet het geval was. Het wetshistorisch argument hield in dat de Engelse tekst tot het laatste moment in de voorbereidende fase van de verdragsopstelling alleen sprak over 'rights and obligations in a suit of law', terwijl de Franse tekst van begin af aan over 'caractère civile' had gesproken. De later ingevoegde 'civil rights' beoogden dus geen materiële wijziging (20). Het staatkundige argument van de Commissie komt ons vertrouwd voor, omdat de Commissie zich beriep op de vrees van de verdragsopstellers (welke vrees zij deelde) dat overheidshandelen aan een te

(19) ECHR, Series A, Vol. 13, 1971 en ECHR, Series B, Vol. 11, 1970-1971; zie voorts de oudere literatuur over dit onderwerp: J. Vélú, 'La Convention Européenne des Droits de l'Homme', in *Fundamental Guarantees of the parties in civil litigation, Studies in Comparative Law* onder redactie van M. Cappelletti en D. Tallon, 1973, blz. 267 nt. 36.

(20) ECHR, Series B, Vol. 11, 1970-1971, blz. 70.

vergaande rechterlijke controle zou worden onderworpen (21). Het ECHR ging echter niet in deze benadering mee en achtte de werking van art. 6 niet beperkt tot geschillen tussen particuliere personen, en achtte noch de aard van het recht ('The character of the law') noch de aard van de instantie die door de nationale overheid met de berechting van het geval is belast, doorslaggevend (22). Is daarmee wellicht beslist dat ook administratiefrechtelijke procedures onder de werking van art. 6 kunnen vallen, de vraag blijft hoe 'civielrechtelijk' het ECHR over de burgerlijke rechten van art. 6 EV denkt. De administratiefrechtelijke procedures werden in de zaken König, Golder en Le Compte (23) onder de werking van art. 6 EV gebracht omdat de achterliggende rechtsverhouding die door het administratieve geschil werd 'geraakt' binnen de termen van dat artikel viel: die achterliggende rechtsverhouding had een civielrechtelijk karakter. In de zaak Golder overwoog het Hof daarenboven dat de rechten van art. 6 niet samenvallen met de rechten en vrijheden van het Verdrag, 'although there may be some overlapping'. Onze burgerlijke rechten vallen er dus onder, maar kennelijk nog iets meer.

Er blijven allerlei onduidelijkheden (24). De Commissie schijnt

(21) T.a.p. blz. 72 zegt de Commissie, sprekend over de rechtssystemen in verschillende landen: 'One common feature, however, seems to be that there are certain elements of administrative discretion which cannot be reviewed by the judge. If the administrative authority has acted properly and within the limits of the law, the judge can very rarely, if ever decide whether or not the administrative decision was well founded in substance. To that extent, there is no possibility of bringing the case before an independent and impartial tribunal, even if there is a dispute ("contestation") between the citizen and the public authority.'

(22) ECHR, Series A, Vol. 13, 1971, par. 94: 'Although it was applying rules of administrative law, the Regional Commission's decision was to be decisive for the relations in civil law ("de caractère civile") between Ringeisen and the Roth couple. This is enough to make it necessary for the court to decide whether or not the proceedings in this case complied with the requirement of Article 6 par. 1 of the Convention.'

(23) ECHR, Series A, Vol. 27, 1978, blz. 30, NJ '80, 54; ECHR, Series A, Vol. 18, 1975, NJ '75, 462 m.nt. EAA; ECHR, Series A, Vol. 43, 1981, blz. 20-21; NJ '82, 602 m.nt. EEA.

(24) E.A. Alkema, 'Studies over Europese Grondrechten', 1978, blz. 64, Rechtspraakroniek in Bestuurswetenschappen, 1979, blz. 485 en NJB '80, blz. 194, en zijn noot bij NJ '75, 462; Van Dijk en Van Hoof a.w. blz. 278. F. Castberg, 'The European Convention on Human Rights, 1974, blz. 113 en 116.

enerzijds een onderscheid tussen publiekrechtelijke- en privaatrechtelijke verhoudingen te blijven hanteren. Daarbij acht zij klaarblijkelijk beslissend of een rechtsverhouding tussen particulieren of één tussen particulieren en de overheid in het geschil is. Het laatste zou niet onder het Verdrag vallen (25). Dit doet de vraag rijzen of de Commissie een 'autonome' opvatting over het publiekrecht heeft. Het nationale recht van de Verdragsstaten rekent immers de rechtsbetrekkingen tussen particulier en overheid soms wel, maar soms (zoals in Nederland) niet, of voor een groot deel niet tot het publiekrecht (26). Anderzijds wijst het ECHR blijkens het Delcourt-arrest een restrictieve uitleg van art. 6, zoals wij zagen, op principiële gronden af omdat een *faire* en onafhankelijke berechting één van de belangrijkste waarden in een democratische samenleving is die het Verdrag beoogt te beschermen (27).

7. Geschillen tussen de overheid en particulier

Het voorgaande roept een aantal vragen op omtrent de omvang van de werking van art. 6 EV in het civiele proces. Is het Verdrag van toepassing in geschillen tussen overheid en burger die in Nederland veelvuldig door de gewone rechter worden berecht? De Nederlandse rechter achtte zich bevoegd van deze geschillen kennis te nemen omdat het geschonden recht (en later bij de zorgvuldigheidsnorm: het belang) een civielrechtelijk karakter had (28). Het ECHR volgde een soortgelijke benadering om administratieve procedures onder de werking van het EV te brengen (29). Het

(25) Van Dijk en Van Hoof t.a.p. Vgl. voorts F.G. Jacobs, 'The European Convention on Civil Rights', 1975, blz. 82 en J. Vélú a.w. (noot 19) blzz. 268-274.

(26) Voor de Nederlandse discussie over de verhouding tussen het publiek- en het privaatrecht moge ik volstaan met de verwijzing naar mijn 'Algemene belangen in het Privaatrecht', Monografieën NBW par. 10 en de daar aangehaalde literatuur.

(27) Van Dijk en Van Hoof a.w. blz. 275, G.J. Wiarda, 'Verdragstoepassing door het Europese Hof', in: *Ad Personam* 1981, blz. 374: 'Voorbeelden bij uitstek van een extensieve uitleg van de verdragsbepalingen geeft de jurisprudentie betreffende de eerste zin van artikel 6'.

(28) Zie rechtspraak en literatuur bij Onr. Daad VII (de Planque) nrs. 1-3.

(29) Vgl. G.J. Wiarda a.w. blz. 375, die wijst op de overeenkomst met onze 'objectum litis-fundamentum petendi' discussie.

zou een wat zotte situatie worden wanneer een geschil over een vergunning wél onder de werking van art. 6 EV wordt gebracht, omdat een achterliggende civielrechtelijke rechtsverhouding wordt 'geraakt', maar een geschil tussen een particulier en de overheid dat het doen en laten van de overheid (zo men wil: 'als' overheid) raakt, niet, omdat de rechtsbetrekking tussen burger en overheid vanuit Straatsburg gezien 'publiekrechtelijk' is. Teruggrijpend op de ruime formule van het Ringeisen-arrest, en indachtig de principiële stellingname van het Delcourt-arrest, wil ik de vraag of geschillen met de overheid die in Nederland door de gewone rechter worden berecht onder de werking van art. 6 EV vallen, bevestigend beantwoorden. De beschikkingen van de Commissie laten echter ruimte voor twijfel (30). Men kan zich echter niet aan de indruk onttrekken dat Hof en Commissie niet op één lijn zitten. Die bevestigende beantwoording zou dan ook gelden voor publiekrechtelijke geschillen over de eigendom die in Nederland krachtens speciale wettelijke opdracht naar de gewone rechter zijn verwezen. (Bijvoorbeeld Onteigeningswet, Belemmeringenwet Privaatrecht, Deltawet).

De competentie van de gewone rechter in verband met geschillen tussen overheid en particulier roept nog een andere vraag op, die tevens het raakvlak tussen dit preadvies en dat van Hirsch Ballin zichtbaar maakt. Volgens vaste rechtspraak treedt de gewone rechter in geschillen met de overheid terug, wanneer een met voldoende waarborgen omklede administratieve rechtsgang voorhanden is (31). In het preadvies van Hirsch Ballin (hoofdst. 4) zal onderzocht worden in hoeverre Nederlandse administratieve procedures voldoen aan de eisen gesteld bij art. 6 EV. De uitkomst van dit onderzoek kan ook consequenties hebben voor de competentie-afbakening van de gewone rechter. Gesteld zou kunnen worden dat een administratieve procedure die niet voldoet aan de eisen van art. 6 EV niet is een met voldoende waarborgen omklede administratieve rechtsgang. Is de gewone rechter in zo'n geval dan weer bevoegd? De stelling werd verdedigd voor de onteigeningsprocedure, in die zin

(30) Zie noot 24 en 25. Vgl. hierbij ook F. Castberg a.w. (noot 24) blz. 112, die geschillen tussen particulieren en de overheid voortspruitend uit eigendom onder art. 6 EV brengt. Dit past in de Nederlandse benadering van de onrechtmatige overheidsdaad.

(31) IIR 22-2-57, NJ '57, 310, AB '57, 555 m.nt. MT, HR 26-3-76, NJ '76, 375 m.nt. WFP.

dat de onteigeningsrechter, wanneer de kroonprocedure in strijd met art. 6 EV zou zijn, ook de onteigeningstitel inhoudelijk zou kunnen toetsen (32). Een dergelijke redenering zou men ook kunnen opzetten voor de verklaring van geen bezwaar van vennootschappen en andere 'administratieve momenten' in het burgerlijk recht. Dat opent interessante perspectieven voor aandeelhouders in B.V.'s of N.V.'s die elkaar in geschillen bij de gewone rechter eens fijn dwars willen zitten met de stelling dat de verklaring van geen bezwaar ten onrechte is afgegeven (33).

Het probleem in hoeverre de gewone rechter nog kan terugtreden wanneer de berechting in andere geschillenprocedures tekortkomingen vertoont, zullen wij in de hoofdstukken IX en X nog tegen komen.

8. Burgerlijke rechten

Maar wat zijn nu de burgerlijke rechten en verplichtingen van Straatsburg? Vallen daarmee alle geschillen over rechten uit ons burgerlijk recht in de traditionele zin eronder? Veel van deze rechten zijn als grondrecht aan te merken, zoals het recht op vereniging en vergadering, het recht op privacy, het recht op bewegingsvrijheid enz.. Waarschijnlijk doelt het Hof bij deze rechten op de 'overlappende' categorie, zoals de Nederlandse rechter allerlei grondrechten (bijv. het recht op bewegingsvrijheid in de detentie-situatie) onder art. 2 RO brengt (34).

Zijn er daarnaast rechten die het Hof wel rekent tot de rechten van Straatsburg maar de Nederlandse rechter niet tot die van art. 2 RO? De Hoge Raad trok de grens bij een verkiezingsafspraken, omdat het daar om duidelijk staatkundige rechten ging, maar in dat geschil was geen beroep op art. 6 EV gedaan, integendeel het

(32) J.G. de Vries Robbé, 'Planschade en Onteigening', preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht nr. 8, blz. 158, zie voorts het verslag van de jaarvergadering van de Vereniging voor Bouwrecht 1981, BR 1981, blz. 285.

(33) Gesteld het zou gaan om de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen. Vgl. E.A. Alkema, 'Studies over Europese Grondrechten' blz. 64, nt. 152 en preadvies Hirsch Ballin, blz. 80.

(34) E.A. Alkema t.a.p., en de rechtspraak aangehaald in Onr. Daad VII (de Planque) nr. 2. Men vergelijk hierbij ook de dissenting opinion van G.J. Wiarda in de König-zaak, NJ '80, 54.

betrof een cassatie in het belang der wet waarin de Procureur-Generaal de competentie van de gewone rechter bestreed (35).

Een probleem doet zich ook nogal eens voor bij milieugeschillen waarin het recht op een leefbaar milieu wordt ingeroepen (36).

Ik zou in al deze gevallen, om de hiervoor vermelde redenen, voor een ruime uitleg van de Straatburgse rechten willen pleiten. Een en ander kan tot herbezinning van de thans door de Nederlandse rechter rond art. 2 RO getrokken grenzen nopen.

In gebieden die wij tot het burgerlijk recht rekenen geeft het ECHR in elk geval een ruime toepassing aan art. 6 EV. Zo bracht het Hof een procedure waarbij de rechter beslist of iemand het beheer over zijn vermogen verliest onder art. 6 EV. Was dit blijkens de jurisprudentie van de Commissie voor faillissementen nog een punt (37), de Hoge Raad achtte in zijn arrest inzake Van Aken/Savelbergh art. 6 EV op de faillissementsprocedure toepasselijk (38).

9. Vaststelling

Art. 6 EV spreekt in de Nederlandse tekst van de 'vaststelling van rechten', zoals de Engelse spreekt van de 'determination of rights'. De Franse tekst spreekt echter over 'contestation sur les droits'. De Hoge Raad heeft in een arrest van 1965 de procedure tot genoegzaamverklaring van stukken (het huidige art. 61 BW) buiten het bereik van art. 6 EV gebracht omdat het niet was een 'twist-geding' (39). Uit het arrest Winterwerp leidt men af dat art. 6 EV ook voor requestprocedures geldt. In het arrest Le Compte heeft het ECHR bovendien beslist dat er niet een geschil of meningsverschil behoeft te zijn, als er maar een vaststelling van rechten is (40).

(35) Verkiezingsafpraak Elsloo, HR 26-3-71, AB '71, 135 m.nt. DJV en AA 1972, blz. 149 m.nt. HJMJ. In gelijke zin: Pr. Rb. Maastricht 19-10-81, NJ '82, 486. Vgl. E.A. Alkema, 'Studies over Europese Grondrechten' blz. 66.

(36) Vgl. mijn 'Algemene belangen in het burgerlijk recht' par. 20 en daar aangehaalde rechtspraak en literatuur.

(37) Vgl. E.A. Alkema, 'Rechtspraakroniek Bestuurswetenschappen' 1979, blz. 487 en over de zaak 6919/75 'Decisions & Reports' 6, blzz. 101 en 107.

(38) HR 26-6-81, NJ '82, 450 m.nt. EAA.

(39) HR 9-12-65, NJ '66, 378. In gelijke zin J. Vélú a.w. (noot 19) blzz. 267 en 276.

(40) Zaak Winterwerp 24-10-79, ECHR Series A, Vol. 33 (1980) NJ '80, 114

Dit betekent mijns inziens dat alle requestprocedures van art. 429b Rv, dus niet alleen die welke tot contentieuze rechtspraak leiden maar ook de volontaire of gracieuze jurisdictie, onder de werking van art. 6 EV vallen. Een tegengestelde opvatting zou bovendien tot extra problemen leiden omdat het onderscheid tussen contentieuze en volontaire jurisdictie niet steeds duidelijk is (41). Een en ander zou betekenen dat het vermelde arrest van de Hoge Raad van 1965 niet ongeschonden is gebleven door de tand des tijds (42). Geldt art. 6 EV nu voor iedere fase van de procedure tot 'vaststelling' van burgerlijke rechten? Het antwoord luidt ontkennend omdat, zo wordt wel betoogd, de Commissie een onderscheid maakt tussen procedurele kwesties en de eigenlijke geschillen zelf (43). Daarmee is echter opnieuw een afbakeningsprobleem in huis gehaald. Naar analogie van de Ringeisen-benadering kan men immers redeneren dat alle processuele verwickelingen en incidenten die in de loop van een proces kunnen rijzen, uiteindelijk van invloed kunnen zijn op de wijze van vaststelling van de burgerlijke rechten die in het geding zijn. In de *Le Compte*-zaak is dit echter weer beperkt doordat beslissingen die slechts 'remote consequences' voor burgerlijke rechten hebben er buiten vallen: 'the result of the proceedings must be directly decisive for such a right'. Kan men nog zonder aarzeling voorfasen als het vragen van presidiaal verlof voor een conservatoir beslag buiten de werking van art. 6 EV plaatsen (temeer daar er de rechterlijke controle van

m.nt. EAA, Diens preadvies in *Advocatenblad* 1981 blz. 319 en diens artikel in *NJCM-Bulletin* 1980 blz. 54. Zie voorts Van Dijk en Van Hoof over het arrest *Le Compte* a.w. blz. 281.

(41) Liefhebbers van het juridische wespennest wat precies het onderscheid tussen volontaire en contentieuze rechtspraak is, verwijs ik naar A.V.M. Struycken, 'De gracieuze jurisdictie in het internationaal privaatrecht' 1970, blzz. 17 e.v. en de preadviezen voor de NJV van 1961 van A.P. Funke en S. Broekman.

(42) Of hetzelfde geldt voor Hof Den Haag 29-5-69, NJ '70, 242 is de vraag. Het Hof achtte 6 EV niet toepasselijk op de intrekking van het rijbewijs ex art. 18 WVV onder verwijzing naar het geciteerde arrest van de Hoge Raad. De vraag blijft immers of men door verlies van een rijbewijs wordt geraakt in een burgerlijk recht in de zin van art. 6 EV. De kwestie lijkt achterhaald door de wet Arob.

(43) Vgl. J. Vélú in diens in noot 19 geciteerde artikel, blzz. 274-276 en W. Peukert, 'Europäische Grundrechtezeitschrift' 1979, blzz. 267 e.v., en 1980 blz. 269.

het kort geding achteraf is), moeilijker wordt het al bij incidenten die tot beëindiging of belemmering van het instellen van de procedure kunnen leiden, zoals de weigering van gratis admittie wegens kennelijke ongegrondheid van de vordering (44).

III. TOEGANG TOT DE RECHTER; ALGEMENE PROBLEMEN

10. *Recht op een rechter*

Bekend is de parabel van Kafka over de man die zijn opwachting bij de Wet maakte. De deur staat open maar de 'Türhüter vor dem Gesetz' schrikt hem af, omdat deze hem vertelt dat hij in iedere zaal nieuwe grimmige deurwachters tegemoet kan zien. De man wacht en overlaadt de wachter met geschenken die deze aanneemt: 'Ich nehme es nur an, damit du nicht glaubst, etwas versäumt zu haben'. De man wacht zijn hele leven lang. In zijn stervensuur vraagt hij de wachter waarom niemand anders zich bij de deur heeft gemeld. De wachter brult de stervende reeds dove man toe: 'Hier konnte niemand sonst Einlass erhalten, den dieser Eingang war nur für dich bestimmt. Ich gehe jetzt und schliesse ihn.' Kan men in de meerduidige symboliek van Kafka's werken die in gecondenseerde vorm in deze parabel is neergelegd, de voorafschaduwing van een bureaucratische samenleving zien waarin van zichzelf vervreemde burgers zijn verdwaald, er is toch enige reden tot optimisme. Want wij kunnen anno 1983 constateren dat deze arme drommel in het aangezicht der Wet een geheide zaak in Straatsburg zou hebben gehad.

Het ECHR heeft de werking van art. 6 EV in de Golderzaak uitgebreid tot een algemeen recht op toegang tot de rechter, 'access to the court' (45). Het veel zwakkere en in Nederland niet direct werkende art. 13 EV (46), dat een recht op een 'effective remedy

(44) Vgl. ook W. Peukert 1980 t.a.p. over de bevoegdheid van het Bundesgerichtshof revision te weigeren wanneer zij geen 'grundsätzlicher Bedeutung' heeft. Zie voorts de conclusie van Adv.Gen. Th.B. ten Kate bij HR 24-12-82 rolnr. 12.042, RvdW '83, nr. 18.

(45) Zie over het arrest verder Van Dijk en Van Hooft a.w. blz. 286 e.v. F.G. Jacobs, 'The European Convention on Human Rights' 1975, blz. 91 en E.A. Alkema, 'Studies van Europese Grondrechten' blz. 66.

(46) Het AOW-arrest: HR 24-2-60, NJ '60, 483; AB '60 blz. 373.

before a national authority' (zoals zo vaak is de overigens niet authentieke Nederlandse vertaling slordig door over 'daadwerkelijke rechtshulp' te spreken) geeft, is daarmee opzij gezet (47). Er zal dus onderzocht moeten worden of er voor geschillen rechters bestaan dan wel bestaande rechters voldoende toegankelijk zijn. In hoofdstuk II signaleerde ik reeds dat dit tot een heroverweging van de rechtspraak rond art. 2 RO kan nopen.

Er zijn echter andere vragen. Bij een interpretatie van art. 6 EV als een sociaal grondrecht (48) past de vraag of er onnodige belemmeringen bij de rechtsingang bestaan. Zijn er letterlijk en figuurlijk onaangename 'Türhüter vor dem Gesetz' die te vermijden zouden zijn? Commissie en ECHR hebben zeer nadrukkelijk vastgesteld dat ook feitelijke belemmeringen in de rechtsingang een schending van art. 6 EV kunnen opleveren ('hindrance in fact can controvene the Convention just like a legal impediment'). Feitelijke belemmeringen kunnen bestaan in hoge kosten, het ontbreken van betaalbare rechtsbijstand in ingewikkelde procedures, of het ontbreken van eenvoudige procedures, zoals het ECHR oordeelde in het Airey-arrest. Ik moge de lezer verwijzen naar de belangwekkende argumentatie van het ECHR, weergegeven in de noot (49).

Maar ook is een vraag of allen gelijkelijk toegang hebben of som-

(47) Van Dijk en Van Hoof en E.A. Alkema t.a.p. noot 45.

(48) Vgl. E.A. Alkema 'Studies van Europese grondrechten' blz. 31 over de toenemende socialisatie van grondrechten.

(49) ECHR 9-10-79, Series A. Vol. 32 (1980) inzake de Ierse echtscheiding Airey (zie ook de eerdere rapporten van de Commissie geciteerd bij Van Dijk en Van Hoof blz. 288 nt. 375 en 376).

In deze zaak was aan de orde of het ontbreken van effectieve, betaalbare rechtsbijstand, een schending van art. 6 EV opleverde, nu de betrokkene wel het recht had in persoon te verschijnen. Ik citeer de desbetreffende overwegingen iets uitvoeriger (blzz. 15-16):

'It would be erroneous to generalize the conclusion that the possibility to appear in person before the High Court does not provide Mrs. Airey with an effective right of access; that conclusion does not hold good for all cases concerning "civil rights and obligations" or for everyone involved therein. In certain eventualities, the possibility of appearing before a court in person, even without a lawyer's assistance, will meet the requirements of Article 6, par. 1; there may be occasions when such a possibility secures adequate access even to the High Court. Indeed, much must depend on the particular circumstances. In addition, whilst Article 6 par. 1 guarantees to litigants an effective right of access to the courts for the determination

→

migen minder. Art. 14 van het Politiek Covenant zegt het zonder voorbehoud: 'All people shall be equal before the courts'; de strekking van art. 6 EV is, mede in verband met het discriminatieverbod van art. 14 EV, geen andere.

11. Formaliteiten

Er is een tendens waarneembaar het burgerlijk proces van onnodige formaliteiten te ontdoen. De opmars van de requestprocedure is daarvan een voorbeeld, maar ook de rechtspraak van de Hoge Raad waarin onnodige formaliteiten worden opgeruimd en nietigheden worden gladgestreken (al kan men in het laatste mede een toepassing van het fair trial-beginsel zien) past in deze lijn (50). Deze informele tendens doet het burgerlijke proces op sommige punten gaan in de richting van het administratief procesrecht (51).

→ of their "civil rights and obligations", it leaves to the State a free choice of the means to be used towards this end.

The institution of a legal aid scheme — which Ireland now envisages in family-law matters — constitutes one of those means but there are others such as, for example, a simplification of procedure. In any event, it is not the Court's function to indicate, let alone dictate, which measures should be taken; all that the Convention requires is that an individual should enjoy his effective right of access to the courts in conditions not at variance with Article 6 par. 1. The conclusion appearing at the end of paragraph 24 above does not therefore imply that the State must provide free legal aid for every dispute relating to a "civil right".

To hold that so far-reaching an obligation exists would, the Court agrees, sit ill with the fact that the Convention contains no provision on legal aid for those disputes, Article 6 par. 3 (c) dealing only with criminal proceedings. However, despite the absence of a similar clause for civil litigation, Article 6 par. 1 may sometimes compel the State to provide for the assistance of a lawyer when such assistance proves indispensable for an effective access to court either because legal representation is rendered compulsory, as is done by the domestic law of certain Contracting States for various types of litigation, or by reason of the complexity of the procedure or the case.'

(50) Vgl. W.L. Haardt 'Informeel privaatrecht', in Van Opstallbundel 1972 blz. 69; J.J. Vriesendorp, RM Themis 1979, blzz. 118 e.v.; C.R.C. Wijckerheld Bisdom, in: 'De hanteerbaarheid van het recht' 1981, blzz. 85 e.v. en laatstelijk A.P. Funke, 'Behoort het burgerlijk procesrecht verder gedeformaliseerd te worden?', in 'Naar behoren' 1982 blzz. 33 e.v.

(51) Vgl. mijn 'De AROB-procedure vergeleken met de civiele procedure' in Bestuurswetenschappen 1979 blzz. 164 e.v.

Er is voorts het uitstralingseffect dat van vereenvoudigde consumentenprocedures, waarover de laatste jaren veel is gediscussieerd, uitgaat (52).

De vraag moet echter worden gesteld of art. 6 EV niet tot verdergaande maatregelen noopt om de procesingang te vereenvoudigen. Is de dagvaardingsprocedure met alle eigenaardige nietigheidsperikelen en extra kosten waar deze toe leidt bij de huidige stand van de transport- en communicatiemiddelen nog steeds en overal de meest geëigende procedure? (53). De requestprocedure leidt soms tot verwikkelingen bij de beantwoording van de vraag of termijnen in acht zijn genomen of stukken behoorlijk de tegenpartij hebben bereikt — de daaruit voortspruitende geschillen hebben een reëler karakter dan het confraternele kat en muisspelletje bij nietige dagvaardigen. ('Amice, na ampel beraad, grondige bestudering van de ereregelen, en ruggespraak met de cliënt, heb ik besloten, zij het met spijt en tegenzin, mij op Uw nietige dagvaarding te stellen, als steeds tout à toi') (54).

Toegegeven moet worden dat het administratief procesrecht te informeel is, zodat de appellant soms tot zijn niet geringe verbazing ter zitting uit alle hoeken en gaten procespartijen en belanghebbenden ziet verschijnen, die hem op afroep van de voorzitter der zitting beginnen tegen te spreken. Anderzijds is het formeel verfiinde instrumentarium van het burgerlijk procesrecht een geheel eigen leven gaan leiden. Balie en rechterlijke macht besteden nog steeds veel manuren aan het uitvlooien van de betekenis van een uiterst gedifferentieerd stel procesregels die — nog steeds — door vlijtige wetgevende ambtenaren met het oog op de eisen van

(52) Vgl. P.A. Wackie Eijsten, 'Aspecten van de rechtspleging in consumentenzaken', Advocatenblad 1980, blz. 327. P.A.M. Meijknecht en W.G.Ph.E. Wedekind, 'Geconcentreerde procesgang', preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht 1982 over het zogenaamde 'Stuttgartermodel'; een rijkdom aan gegevens over dit onderwerp (bijvoorbeeld de problematiek van de 'small claim courts') is voorts te vinden in de comparatieve studies in 'Access to Justice' 1979 onder redactie van M. Cappelletti en B. Garth. Zie voorts 'Innovations in the Legal Services' onder redactie van E. Blankenburg, Science Centre Berlin 1980.

(53) Vgl. G.R. Rutgers, Inaugurele rede, blzz. 21 e.v. die erop wijst dat de storm van protest tegen de vereenvoudiging van uitreiking van gerechtelijke stukken als gevolg van de bezuinigingsgolf van de dertiger jaren na invoering van de vereenvoudiging vrijwel geheel geluwd is.

(54) Vgl. hierbij par. 19 en 20.

rechtszekerheid en het soepel verlopend rechtsverkeer over hen worden uitgestort. Hetzelfde doel kan met minder regels, en vooral met meer eenvormigheid bereikt worden.

12. *Kostenbarrières*

Eén van de middelen de toegang van de rechter te vergemakkelijken is het slechten van kostenbarrières. Moet men de rechtspraak als service van de staat kosteloos ter beschikking stellen of mag men daar een 'prijs' van de belanghebbenden voor vragen? Die vraag is niet zo eenvoudig te beantwoorden (55).

Men kan om de redenen uiteengezet in paragraaf 3 de vraag hoeveel de rechtsingang de betrokken burger moet 'kosten' niet geïsoleerd beschouwen van de vraag wat de rechtspraak de samenleving 'waard' moet zijn. Een economische theorie over de rechtspraak behoort op dit macroperspectief te berusten.

Civiele rechtspraak is volgens de economische theorie een gemengd openbaar-privé goed, dat naast voordelen voor degenen die er zich van bedienen ('internal benefits'), allerlei moeilijk meetbare of op een economische prijs te waarderen externe voordelen ('external benefits') heeft die de samenleving als geheel ten goede komen. Onder een 'external benefit' verstaat men bijvoorbeeld het genoegen dat de gehele straat er aan beleeft dat buurman zijn huis schildert of zijn voortuintje veegt. R. Bush werkt de 'external benefits' van de rechtspraak uit aan de hand van het voorbeeld van de crediteur die zijn vordering niet via een door de staat ingestelde geschillenregeling kan innen. De toenemende staat van woede waartoe dit leidt heeft allerlei effecten op zijn omgeving. De crediteur verliest allereerst manuren en productiviteit in zijn bedrijf en zijn naaste omgeving doordat hij voortdurend met zijn niet-opgeloste probleem bezig is en er zelf aan werkt. De omgeving gaat zich ermee bemoeien.

Het probleem kan de crediteur zo gaan bezighouden dat hij ziek wordt van de stress: behalve dat dit medische kosten met zich

(55) Het navolgende steunt op het artikel van Robert A. Bush 'The economic significance of access to justice: an analysis of resource allocation to dispute resolution services, in relation to public policy making and the public interest', in Cappelletti en Garth a.w. Vol. III, blz. 194-256. Zie over dit artikel voorts F. Bruinsma, NJB '82, blz. 121.

meebrengt is dit een verdere belasting van de omgeving. De commerciële relatie met de debiteur kan er nadelig door worden beïnvloed met een schadelijk effect voor de onderneming van de crediteur als geheel. Tenslotte kan de in paragraaf 3 gesignaleerde vijandigheid tegen de rechtsorde en de samenleving als geheel optreden met mogelijke kosten voor de samenleving in verband met maatregelen noodzakelijk ter handhaving van die rechtsorde.

Op grond van deze 'external benefits' is het verdedigbaar dat de rechtspraakservice grotendeels aan het marktmechanisme wordt onttrokken. Omdat het om een 'gemengd' goed gaat, kan men ook verdedigen dat er nog een bepaald bedrag van de belanghebbende gevraagd mag worden. Maar hoe moet men de prijs van het privégedeelte van het goed vaststellen? Kan men zeggen dat een te lage prijs tot overconsumptie leidt? De discussie keert bij de eigen bijdrage voor de ziekenfondsverzekering telkens terug. Er is zo weinig zicht op de (economische en niet-economische) factoren die de consumptie van welzijnsvoorzieningen bepalen, dat het heel moeilijk is om aan te geven bij welke prijs voor de particulier er een optimaal gebruik van die voorzieningen plaatsvindt. Een louter economische verklaring van de welzijnsmarkt schiet hier vermoedelijk tekort.

In ons systeem van civiele rechtspraak moet er voor de rechtspraak betaald worden. Globaal genomen zijn als kostenposten te onderscheiden griffierechten, kosten van rechtsbijstand, kosten van andere deskundigen en kostenveroordelingen in geval van verlies. De griffierechten dragen voor een bescheiden deel bij in de kosten van de rechterlijke macht die overigens gratis ter beschikking wordt gesteld. Zij vormen het geringste deel van de kosten van de rechtsingang.

De kosten van rechtsbijstand worden binnen de pro deo grenzen door de staat gedragen. Het probleem ontstaat eigenlijk pas daarbuiten, omdat inkomenscategorieën die niet voor pro deo vergoedingen in aanmerking komen, anders dan dat hij het risico van ziekte het geval is, maar in beperkte mate rechtsbijstandverzekeringen afsluiten. Dat belemmert ongetwijfeld een gang naar de rechter.

Het Nederlandse systeem heeft de kostenveroordeling en de integrale vergoeding van rechtsbijstand van elkaar losgekoppeld. Het houdt daarin het midden tussen de onlust van de winnende partij die met een deel van zijn kosten blijft zitten en de angst van de

verliezer die bij een procedure met een groot financieel belang tegen een forse kostenveroordeling kan aankijken. Men zou kunnen zeggen dat de verliezende partij een deel van de kosten van het interne voordeel, de winnende partij een deel van de kosten van het externe voordeel van de rechtspraak betaalt.

Het systeem is gematigder dan het Angelsaksische en bevordert daardoor de rechtsingang. Dit geldt zeker voor de familierecht-zaken waarin geen kostenveroordelingen worden gegeven en de kort geding-procedure waarin met zeer gematigde kostenveroordelingen wordt gewerkt. Toch kan het risico van de kostenveroordeling soms prohibitief zijn. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen bij het slachtoffer van een ernstige letselschade ingeval de aansprakelijkheid wordt betwist.

De rechtbank kan in de loop van de procedure deskundigen benoemen waarvan de voorschotten in eerste aanleg voor de cisende partij komen. Ook dit kan een weinig kapitaalkrachtige procespartij voor onoverkomelijke problemen stellen. Het geheel overziende kan men het Nederlandse systeem als een 'schipperssysteem' tussen een financiële klip en een gastvrije havenmond omschrijven. Men kan niet zeggen dat er een afgewogen gedachte aan ten grondslag ligt welke prijs tot een optimale verhouding tussen interne en externe voordelen leidt. Het rapport heroverwegingen wil hier en daar wat griffierechtdrempels ophogen om zo de mensen naar 'goedkopere' procedures toe te sturen of om ze af te houden van onnodig procederen. De gedachte dat het griffierecht een zekere rem op procederen kan vormen leeft ook in het administratieve recht. Dat griffierechten dit effect hebben, moet mijns inziens betwijfeld worden; zeker bij de civiele procedure waar zij slechts een klein onderdeel van de kosten vormen. Vanuit het perspectief van art. 6 EV moeten de kostenbarrières uiterst kritisch worden beoordeeld. Het systeem zoals het in Nederland geldt zal in het licht van de praktijk in andere Europese landen niet gauw als zodanig worden veroordeeld (56), de rechtspraak van het ECHR sluit niet uit dat er in concreto gevallen zijn dat één van de kostenfactoren een te grote belemmering voor de rechtsingang vormt. De onzekerheid over de vraag bij welke prijs nog optimaal door samenleving en individu recht 'genoten' wordt, zijn

(56) Zie het overzicht in Cappelletti-Tallon blz. 733.

geen aanbeveling de heroverwegingen in de sfeer van de financiële drempels te zoeken.

13. Procureursmonopolie

Grote delen van het burgerlijk procesrecht kenmerken zich door het procesmonopolie van de advocaat. De schrijvers over ons procesrecht verklaren de verplichte procesbijstand tot één van de grondslagen waarop het burgerlijk procesrecht rust. De argumenten daarvoor zijn de deskundige begeleiding, het ordelijk verloop van het geding, hulp aan de rechter en dergelijke (57). In het administratieve procesrecht wordt het procureursmonopolie met een beroep op de veronderstelde 'procesmondigheid' van de rechtzoekende ondersteund door een actieve rechter, principieel afgevoerd (58).

De verdedigers van deze absolute stellingen zullen in Straatsburg, zoals de Airey-zaak laat zien, gelijkelijk achter het net vissen (59). In ingewikkelde procedures moet een staat er voor zorgen dat betaalbare of kosteloze rechtsbijstand aanwezig is; de toegankelijkheid kan echter worden bevorderd door eenvoudige procedures gecombineerd met hulp in andere vorm.

Zijn de procedures waarin het procesmonopolie geldt alle ingewikkeld? Stellig niet. Wanneer men (alweer) uit bezuinigingsoverwegingen, zoals bij de 'eenvoudige' echtscheiding (60) bestaande procesmonopolies opheft, moet echter in aanmerking worden genomen dat dit automatisch tot het inzetten van meer mankracht bij de opvang zal leiden, omdat deze een actievere rol moet gaan vervullen. Het ECHR blijft immers van geval tot geval beoordelen

(57) G.R. Rutgers, 'De verplichte procesvertegenwoordiging' 1979 blzz. 3 e.v. en de door deze besproken schrijvers.

(58) A.G. van Galen en H.Th.J.F. van Maarseveen 'Administratief procesrecht', Vereniging voor Administratief Recht LXXXII blzz. 69 e.v.

(59) Rb Rotterdam 10-12-65, NJ '66, 471, dat zegt dat een recht op kosteloze rechtsbijstand niet aan art. 6 EV valt te ontleen, lijkt mij daarom in zijn algemeenheid onjuist. Zie de slotoverweging van het in noot 49 geciteerde arrest. Vgl. voor de vraag of het weigeren van gratis rechtsbijstand steeds aan art. 6 EV is te toetsen, de schrijvers geciteerd in noot 43.

(60) Zie de overwegingen in noot 49; zie voorts het rapport heroverwegingen en U. Jessurun d'Oliviera NJB 1982, blzz. 309-317 met een rechtsvergelijkend overzicht over echtscheidingsprocedures.

of de betrokkene die zelf voor de rechter verschijnt een adequaat gehoor bij de rechter vindt.

Na het rapport heroverwegingen zijn er voorstellen tot bezuïning van de rechtsbijstand gekomen die grote opschudding onder de rechtshulpverleners hebben teweeg gebracht (61). Al deze voorstellen die het verkrijgen van toevoegingen beogen te bemoeilijken of onmogelijk te maken, bewegen zich bij een bestaand systeem van procesmonopolie op gespannen voet met art. 6 EV. De beslissing in de Airey-zaak is wat dit betreft duidelijk en men zou het niet eens zo ver van huis behoeven te zoeken, als men te rade gaat bij het nieuwe grondwetsart. 1.17 dat het recht op rechtsbijstand als een grondrecht formuleert (62).

14. Recht op hoeveel rechters?

Art. 6 EV kent een recht op een rechter toe, maar voorziet niet in het recht op een appel- of cassatierechter (63). Nationale procesrechtelijke bepalingen waarin het recht op hogere voorziening wordt uitgesloten, blijven buiten schot mits de rechter die over de zaak oordeelde aan de criteria van art. 6 EV voldoet. De Hoge Raad pleeg uitsluiting van het recht op hogere voorzieningen restrictief te interpreteren (64). Een poging om de Hoge Raad mede met een beroep op art. 6 EV 'om' te krijgen ten aanzien van de uitsluiting van het recht op hogere voorziening bij een beslissing over de wraking van arbiters, strandde echter (65). Het minimumkarakter van art. 6 EV komt hier tot uitdrukking. Een behoorlijke rechtspleging is immers — naar Nederlandse opvatting — ge-

(61) Zie voor het voorstel 'Ombuigingen rechtshulp' Advocatenblad 1982, blz. 444.

(62) De MvT verwijst uitdrukkelijk naar art. 6 EV, zie Bijl. II 75-76, 13873 nr. 3 blz. 8.

(63) Vgl. Van Dijk en Van Hoof a.w. blz. 280 n.a.v. het Delcourt-arrest. Zie over dit arrest verder J. Vêlu, 'L'Affaire Delcourt', Brussel 1972.

(64) Hoger beroep toegestaan in alle gevallen dat het niet uitdrukkelijk is uitgesloten: o.m. HR 9-12-55, NJ '56, 179 DJV; HR 19-12-80, NJ '81, 115. Restrictieve uitleg van de uitsluiting zelf: HR 27-6-74, NJ '75, 239 m.nt. WLII; HR 17-5-74, NJ '75, 238; HR 7-3-80, NJ '80, 641 m.nt. WIII; HR 10-10-80, NJ '81, 114; HR 12-3-82, RvdW '82, nr. 59.

(65) HR 9-6-33, NJ '33, blz. 1265 m.nt. PS resp. HR 24-12-82, RvdW '83, nr. 18.

diend met een recht op hogere voorziening (66). Het hoger beroep kan in het kader van art. 6 EV in zoverre toch een belangrijke functie vervullen dat tekortkomingen in de procedure in hoger beroep rechtgezet kunnen worden. Dit volgt uit het systeem van het Verdrag dat eerst de nationale rechtsmiddelen uitgeput moeten worden. Het zwaartepunt op de controle of aan art. 6 EV is voldaan, komt daarmee op nationaal niveau bij de rechter in hoger beroep te liggen (zie hierbij ook par. 22, noot 145).

IV. TOEGANG TOT DE RECHTER; BIJZONDERE PROBLEMEN

15.1. Bijzondere categorieën; inleiding

De samenleving is niet bevolkt met bleke rechtssubjecten die allen als gerechtelijke stukken door dezelfde brievenbus zijn te schuiven. Gaat achter het 'een ieder' van art. 6 EV een bonte verscheidenheid van individuen schuil, in beginsel zal toch de aanspraak op een rechter voor hen allen moeten gelden. De vraag is met name van belang voor die groepen die niet zonder moeite voor de rechter kunnen verschijnen. Het zijn de jonge kinderen die tussen twistende ouders heen en weer worden getrokken, de vermogende dementen die omringd worden door de suspecte zorg van de begerige familie, of de financieel ontredderden die schuldcisende jakhalzen van hun lijf proberen te slaan. Het zijn de vreemdelingen die tevergeefs de weg zoeken in een vreemd land.

Voordat ik deze stoet rechtzoekenden in decimale paragrafen onderbreng, moet ik echter stilstaan bij de vraag of zij wel steeds problemen bij de rechtsingang oproepen die zich in termen van art. 6 EV laten omschrijven. Wanneer een Nederlander een diplomaat niet kan dagvaarden voor de Nederlandse rechter omdat deze zich op zijn immuniteit beroept (67), of wanneer het dagvaarden van krankzinnigen problemen oplevert of de procespositie bemocilijkt (men denke bijvoorbeeld aan art. 820a Rv lid 1), is

(66) Vgl. Van Dungen (Meyjes) *Rechtsvordering II* aant. 7 bij art. 332, Coops 9e druk blz. 160, recentelijk HR 24-4-81, NJ '81, 495. De Fransen noemen het de 'double degré de justice', zie B. Oppetit in: Cappelletti en Tallon blz. 492 en voorts t.a.p. General Report blz. 753.

(67) Voor een catalogus van immuniteiten verwijs ik naar A.M. Stuyt, 'De grote illusie van 2 RO' in, *Rechtspleging* 1974, blz. 282.

dit op zichzelf een belemmering in de rechtsingang van de eiser. Met Jacobs (68) ben ik echter van oordeel dat dit niet een beperking in de *rechtsingang* van de eiser is, maar een uit andere overwegingen geboren beperking in de toegankelijkheid van de gedaagde. In de bewoordingen van de Commissie in de Golder-zaak: 'not the court, but the defendant is inaccessible. And it is for the court to apply the corresponding limitation of its jurisdiction'.

Men zal in verband met de belemmeringen in de toegankelijkheid tot de rechter in de eerste, zij het niet in de enige, plaats naar de eisende kant van de procedure moeten kijken.

Een tweede onderscheid dat in het oog gehouden moet worden is dat van de toegang tot de rechter en het recht op een fair hearing. Hoewel beide rechten samenhangen behoeft met het eerste, het tweede nog niet te zijn vervuld. Over het algemeen worden het recht op fair hearing en de toegankelijkheid tot de rechter onvoldoende onderscheiden. In het navolgende maak ik dit onderscheid wèl. Daardoor worden onderwerpen die meestal bij het recht op fair hearing behandeld worden, in dit hoofdstuk behandeld.

15.2. *Vreemdelingen*

'Alle vreemdelingen, eisers zijnde', zo zegt art. 152 Rv kunnen verplicht worden tot het stellen van een cautie voor de proceskosten. De Rechtbank Haarlem toetste de vraag of het stellen van zekerheid voor de vreemdeling, zijnde een eiser, gelet op diens bescheiden financiële omstandigheden een belemmering van zijn toegang tot de rechter vormde, een art. 6 EV (69). Dit lijkt mij geheel in de lijn van het Airey-arrest.

De vreemdeling heeft doorgaans een taalprobleem, eiser of gedaagde zijnde. In beginsel bestrijkt art. 6 EV wat dit betreft beide procesposities. De in Nederland geldende betekenisverdragen zorgen ervoor dat in het buitenland bestelde of betekende exploiten, zonodig van een vertaling worden voorzien (70). Dat zegt even-

(68) F.H. Jacobs, 'The European Convention on Human Rights' 1975, blzz. 93-94 onder verwijzing naar het Commissie-rapport inzake Golder.

(69) Rb Haarlem 10-3-81, NJ '81, 451, Praktijkids nr. 1650 (1981). Vgl. voor soortgelijke beslissingen in de rechtspraak van het Italiaanse Constitutionele Hof, Cappelletti en Vigoretti in Cappelletti-Tallon blzz. 538 en 733.

(70) Verdrag betekening en kennisgeving in het buitenland 15-11-65, Trbl.

wel nog niets over de positie van de gedagvaarde vreemdeling in Nederland en het verdere verloop van de civiele procedure.

De strafrechter onderzoekt of de buitenlandse verdachte de in het Nederlands gestelde dagvaarding kon begrijpen, ook wanneer hem die in Nederland is uitgereikt. Zo liet de Hoge Raad de zaak van de Duitse verdachte opnieuw behandelen die naar aanleiding van de dagvaarding aan de rechter schreef: 'Leider kan ich überhaupt nichts damit anfangen' (71). Een pendant in de civiele rechtspraak ontbreekt. Men kan mij tegenwerpen dat de strafrechter zich uitdrukkelijk op art. 6 EV lid 3 onder a (recht op onmiddellijke vertaling van de aanklacht) kan beroepen, het komt mij voor dat de algemene access to the court-jurisprudentie die het ECHR heeft ontwikkeld, een onderzoek rechtvaardigt naar de vraag of de vreemdeling in een civiele procedure is geschaad c.q. zijn toegang tot de rechter ernstig is bemoeilijkt door zijn gebrek aan kennis van de Nederlandse taal. Daarbij komt dat een recht op gratis tolkenbijstand gedurende een civiele procedure niet bestaat (72). In sommige arrondissementen (ik spreek over de situatie van vóór 1 januari 1983) heeft zich de praktijk ontwikkeld dat de Bureaus voor Rechtshulp processtukken door niet-beëdigde tolken laten vertalen. Dit wordt betaald uit een 'tolkenpotje' van Justitie. Beëdigde vertalingen moet de vreemdeling echter zelf betalen.

Het procureursmonopolie kan uiteraard corrigerend werken. In veel gevallen zal de advocaat in voldoende mate de inhoud van de processtukken met zijn cliënt kunnen doornemen (dat die advocaat daardoor dubbel werk doet hetwelk ingeval van gratis rechtsbijstand voor dezelfde vergoeding moet gebeuren, laat ik nu maar even daar!).

In kantongerechtsprocedures en verstekzaken is dat echter anders.

→
'66, 91: Goedkeuringswet 8-1-75, Stbl. nr. 4 en Uitvoeringswet 8-1-75, Stbl. 5 (zie m.n. art. 8).

(71) HR 1-12-81, NJ '82, 155.

(72) Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bevat op dit punt geen voorschriften. Vgl. Van Dungen (Gerretsen-Jansen) I, aant. 4 bij art. 99 Rv. De bewerker meent uit de lijdelijkheid van de rechter af te mogen leiden dat de betrokkene zelf voor een tolk behoort te zorgen. Aanmerkelijk genuanceerder is de benadering in Coops Nederlands burgerlijk procesrecht 9e druk, blz. 84. Er mag overigens wel in een vreemde taal gezworen worden. Vgl. Van Rossum-Cleveringa I, blz. 514.

Dat roept de vraag op of in die gevallen een brief in de vreemde taal aan de rechter reeds om die reden terzijde moet worden gesteld, zoals uit een tweetal arresten van de Hoge Raad uit de dertiger jaren wel wordt afgeleid (73).

Naar mijn oordeel biedt art. 6 EV een basis om ook in de civiele procedure te onderzoeken of de gedaagde onoverkomelijke taalproblemen heeft of heeft gehad (74). De rechter behoeft daarin niet lijdelijk te zijn. Ik verwijs naar een uitspraak van het Belgische Cour de Cassation in deze geest (74a).

15.3. Kinderen en ouders

De minderjarige wordt blijkens art. 1:247 BW lid 1 in rechte vertegenwoordigd door zijn ouder, en in geval van voogdij (art. 1:349 BW) door de voogd. In arbeidsgeschillen heeft hij volgens art. 1637g BW lid 4 de bijstand van zijn ouder nodig (75).

In het algemeen garandeert deze regeling de minderjarige een 'wel-overwogen' toegang tot de rechter, temeer nu de artt. 1:250 en 1:313 BW bij tegenstrijdige belangen voorzien in de benoeming van een bijzonder curator (76).

Toch zijn er een paar vraagtekens te zetten. Art. 960 Rv lid 2 stelt dat de benoeming van de bijzondere curator ambtshalve of op verzoek van de belanghebbenden kan geschieden. Uit de gegeven parlementaire toelichting (77) en het recentelijk ingevoerde art. 902a Rv lid 1 aanhef en onder a (dat in geval een bijzonder curator wordt benoemd aan de rechter de plicht oplegt kinderen ouder

(73) HR 26-9-32, NJ '32, blz. 1648 en HR 13-1-26, Bib blz. 3758, Coops t.a.p., blz. 84.

(74) Vgl. Van Dijk en Van Hoof a.w. blz. 292 en nt. 399.

(74a) Cour de Cassation 7-1-71, Collection of Decisions of National Courts referring to the Convention; Council of Europe Directorate of Human Rights, Third Supplement, 1st January, 1973, blz. 120.

(75) Personen- en familierecht II (de Ruiter-Van Zeeben) aant. 3 bij art. 247 BW en daar aangehaalde literatuur.

(76) Deze regelingen zullen evenals de andere vertegenwoordigingsbepalingen die in deze paragrafen worden besproken, kunnen worden aangemerkt als regels noodzakelijk voor de 'bonne administration de la justice' zoals de Commissie dat noemt. Vgl. W. Peukert Europäische Grundrechte Zeitschrift 1980 blz. 252.

(77) Parl. Geschiedenis Invoeringswet NBW boek I, blz. 1361.

dan twaalf jaar te horen) zou men de conclusie kunnen trekken dat er niet in voorzien is, dat de minderjarige zelf de benoeming van een bijzondere curator kan vragen wegens tegenstrijdige belangen met de ouder. In een conflictsituatie (en in spoedeisende gevallen) kan daardoor de weg naar de rechter zijn afgesneden. Art. 6 EV biedt steun voor een uitleg dat ook de minderjarige die benoeming kan vragen en zelfs zou men de stelling kunnen verdedigen dat hij of zij een maatregel in kort geding moet kunnen vragen, als de benoeming niet kan worden afgewacht. De kort geding praktijk biedt — overigens zonder verwijzing naar art. 6 EV — voorbeelden die in deze richting gaan (77a).

De processuele positie van de kinderen is, waar het hun familie-rechtelijke rechtspositie als minderjarige betreft, door het genoemde art. 902a Rv aanmerkelijk versterkt (78). De over de gehele linie ingevoerde hoorplicht en -bevoegdheid van kinderen in procedures die hen betreffen, is zelfs zo rigoreus dat gevreesd wordt dat de rechter overspoeld zal worden door hoorprocedures (79). De praktijk vindt, zo deelde een Kinderrechter mij mee, echter oplossingen door te differentiëren tussen gevallen waarin er echte conflicten zijn en gevallen waarin partijen het eens zijn. Bovendien kunnen minderjarigen hun mening ook per brief kenbaar maken. De Kinderrechter beschikt over een aantal stevige bevoegdheden om kinderbeschermende maatregelen te treffen. Deze bevoegdheden gaan vaak tegen het ouderlijk gezag in. Art. 902 Rv stelt als beginsel voorop dat inzake ouderlijke macht, voogdij en handhaving geen beslissingen worden genomen zonder dat ouder wordt gehoord. Hetzelfde geldt voor de omgangsregeling en de voorlopige voorzieningen tijdens de echtscheidingsprocedure. Anders is dit echter bij een ingrijpende maatregel als de voorlopige onder-toezichtstelling.

Art. 940 Rv. bepaalt dat een voorlopige ondertoezichtstelling zonder enig voorafgaand verhoor van de ouder kan worden gegeven.

(77a) Pr Rb Den Haag 12-3-80, NJ '82, 654; Pr Rb Roermond 1-12-81, NJ '82, 655; Pr Rb Amsterdam 27-1-83, KG '83, nr. 72.

(78) Onderdeel van de wet van 2 juni 1982, Stbl. 315, houdende nadere regeling voor het horen van minderjarigen in hen betreffende burgerrechtelijke zaken.

(79) M. de Langen, 'Verplicht kinderen horen', NJB '82, blzz. 933 e.v.; zie echter Mr H.J. Wegerif, 'Familie- en Jeugdrecht' 1981 blz. 53 die de regeling op sommige punten onvolledig vindt.

Tegen de beslissing staat geen voorziening open. De ratio van deze ingrijpende bevoegdheid is dat de Kinderrechter in zeer dringende gevallen onmiddellijk moet kunnen handelen.

Zij verschaft zelfs een rechtsgeldige basis voor zulke zware maatregelen als de plaatsing in een observatie-inrichting en uithuisplaatsing. De ouders worden over dié maatregelen wel gehoord en de artt. 944 en 945 Rv geven daartegen wel een rechtsmiddel, men kan zich afvragen of de ouders er veel tegen kunnen inbrengen aangezien de voorlopige ondertoezichtsstelling een feit is en blijft. De voorlopige ondertoezichtsstelling geldt totdat een beslissing over de definitieve ondertoezichtsstelling gezag van gewijsde heeft gekregen (80). Ook als men ervan uitgaat dat in het algemeen de ouders vrij spoedig over de definitieve ondertoezichtsstelling worden gehoord (81), blijft het uit een oogpunt van rechtsbescherming onbevredigend dat een ouder bij een zware maatregel die zonder enige tijdsbeperking tijdens de procedure geldt, geen toegang tot de rechter heeft. Gelet op het prejudicerende effect (zeker als de maatregel gevolgd wordt door een uithuisplaatsing) kan men stellen dat deze voorlopige maatregel de vaststelling van de rechten van de ouders zodanig raakt, dat zij binnen de werkingssfeer van art. 6 EV komt. Temeer nu een termijnstelling voor de geldingsduur van de maatregel ontbreekt, zou aan de hand van art. 6 EV betoogd kunnen worden dat de ouders zo spoedig mogelijk over de voorlopige maatregel zelf moeten worden gehoord, en dat deze op grond van een dergelijk verhoor ongedaan gemaakt zou kunnen worden. De analogie met de voorlopige hechtenis en de strikte regels voor rechterlijke controle die daarvoor gelden, dringt zich op.

15.4. Curandi

In zaken betreffende de ondercuratelestelling is degene wiens curatele het betreft bekwaam in rechte op te treden (886 Rv).

Er was een gang naar Straatsburg voor nodig om degenen die in een inrichting geplaatst dreigt te worden een toegang tot de rech-

(80) Van Dungen (Gerretsen/Meyjes), Rechtsvordering III aant. 2 bij art. 940 Rv.

(81) 936 lid 3 Rv; Delfos-Doek, 'Kinderrecht Civielrechtelijk Deel' 1974 5e druk blz. 390.

ter te bezorgen. Naar aanleiding van het Winterwerp-arrest heeft het Ministerie van Justitie richtlijnen voor het horen in procedures op grond van de Krankzinnigenwet opgesteld (82). Toch is ook thans de processuele positie van degene wiens curatele wordt aangevraagd op een aantal punten onduidelijk.

Art. 885 Rv voorziet in het horen van degene wiens curatele het betreft, maar evenals bij de voorlopige ondertoezichtstelling is er niets geregeld omtrent de benoeming van de provisioneel bewindvoerder van art. 1:380 BW, die tezamen met het verzoek om ondercuratelestelling kan worden gevraagd (83). Ofschoon de benoeming van een provisioneel bewindvoerder minder ingrijpend is (en mogelijk ook minder prejudicerend) dan een voorlopige ondertoezichtstelling, kan men daarvoor onder omstandigheden toch soortgelijke overwegingen laten gelden als onder 17 ontwikkeld. In het Burgerlijk Wetboek is in de artt. 1:387 en 1:388 BW een regel opgenomen dat de curator de wegens drankmisbruik onder curatele gestelde met machtiging van de rechter aan een dwangverpleging kan onderwerpen. De wet zwijgt hoe deze machtiging processueel tot stand komt. Ook de geciteerde richtlijnen zwijgen. Men zal hier dunkt mij naar analogie van die richtlijnen moeten handelen.

15.5. Gefailleerden

De processuele positie van de gefailleerde is, voorzover het de faillissementsaanvraag zelf betreft, uitvoerig aan de orde geweest in het arrest Van Aken-Savelbergh. Omdat het echter aspecten van fair trial en openbaarheid betrof kom ik er hierna nog op terug. Hetzelfde geldt voor een zaak waarin de vraag aan de orde was of degeen tegen wie een faillissementsaanvraag was gericht behoorlijk was opgeroepen.

De mogelijkheid van de failliet in rechte op te treden wordt door het faillissement niet aangetast, hij kan alleen zijn vermogen niet

(82) Arrest Winterwerp NJ '80, 114, Richtlijnen m.b.t. de Krankzinnigenwet, Stcrt. 18-6-80, nr. 115 blz. 2 (voor een deel achterhaald door titel 16 van boek I); Vgl. voorts HR 27-11-81, NJ '83, 56 en 57 en HR 22-7-82, NJ '83, 58; Rb Roermond 23-11-81, NJ '83, 59; Pr Rb Utrecht 2-2-83, KG '83, nr. 77.

(83) Van Dungen (Gerretsen/Meyjes) Rechtsvordering III aant. 3 bij art. 884 Rv.

meer binden (84). Voorzover het faillissement beperkingen aan de mogelijkheid om tegen de failliet te procederen oplegt, behoren zij tot de 'inaccessibility of the defendant'.

16. Derdenbelanghebbenden; krakers; collectieve belangen

De positie van derdenbelanghebbenden is in het burgerlijk proces over het algemeen nauwkeurig geregeld door de voeging, tussenkomst en vrijwaringsbepalingen. Hetzelfde geldt voor de derdenwerking van het vonnis en de daarmee corresponderende mogelijkheid van derdenverzet (85). De discussie is echter weer opgelaaaid naar aanleiding van de als 'Jan en de zijnen'- en de 'Huidenstraat-truc' aangeduide methoden bij ontruiming van krakers (86).

In de rechtspraak is de 'Jan en de zijnen'-methode ontwikkeld om krakers die anoniem willen blijven te kunnen dagvaarden door middel van foto's, verenigingsconstructies of andere middelen om de tegenpartij als collectivum te omlijnen (87).

De 'Huidenstraat'-methode houdt in dat de eigenaar van een gekraakt pand het pand verkoopt en zich vervolgens – zonder weer te voeren – door de nieuwe eigenaar laat ontruimen. In de ontruiming wordt gevorderd en toegewezen dat het pand wordt ontruimd met alle zich daarop en daarin bevindende personen (88).

(84) Vgl. Faillissement en Surséance van betaling, Polak-Polak, 7e druk blz. 104.

(85) Ik ga hier niet uitvoerig in op de discussie in de doctrine. Asser-Anema 5e druk blz. 361, Pitlo-Midema 'Bewijs en Verjaring' 6e druk, blz. 114.

(86) T. Hoogenboom 'De leegstandswet' NJB '81, blz. 831; P. Ingelse, 'De werking van rechterlijke uitspraken tegen derden' NJB '82, blz. 65 e.v.

(87) HR 5-11-76, NJ '77, 586 (dagvaarden van een maatschap); Hof Amsterdam 16-2-79, NJ '79, 536; Hof Amsterdam 17-10-80, Adv. blad '80, blz. 502; Pr Den Bosch 13-6-80, NJ '81, 164; Pr Arnhem 20-2-81, NJ '81, 116; Pr Rb Dordrecht 7-2-79, NJ '80, 312; Pr Rotterdam 3-6-80, NJ '80, 570; Pr Groningen 17-9-81, RvdW/KG '81, nr. 144, Praktijkids '80, blz. 385; Pr Den Haag 23-4-80, NJ '80, 311, Pr Amsterdam 5-2-81, NJ '81, 147, Praktijkids '81, blz. 219; Pr Maastricht 27-2-81, RvdW/KG '81 nr. 7; Pr Arnhem 1-6-81, RvdW/KG '81, nr. 96, Hof Den Haag 7-1-81, Praktijkids '81, blz. 297 m.nt. WHH; Pr Amsterdam 28-10-82, RvdW/KG '82, 201; Pr Utrecht 9-11-81, RvdW/KG '82, 202. Voor opgave oudere jurisprudentie MvA Eerste Kamer van de Leegstandswet Bijl. I, 80-81, 15442 nr. 126b, blz. 4.

(88) Hof Amsterdam 10-7-80, NJ '80, 594 m.nt. WHH. Voor verdere recht-
→

De wetgever is de in noot 87 geciteerde rechtspraak gevolgd door in art. 18 van de Leegstandswet een aantal wijzigingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering op te nemen die deze constructies tot uitdrukkelijke wetsbepalingen verheffen (89). Voorts is de mogelijkheid van betekening verruimd doordat het exploit eenvoudig in de brievenbus van het te ontruimen pand kan worden achtergelaten.

De vraag is gesteld of art. 6 EV een nieuw licht op deze discussie kan werpen (90). Ten aanzien van het anoniem dagvaarden is dat mijns inziens niet het geval, omdat dit de ontoegankelijkheid van de gedaagde betreft en niet die van de rechter. Minder vanzelfsprekend is dit met het vonnis dat tegen 'een ieder' in het ontruimde pand kan worden ten uitvoergelegd. Uit de Memorie van Toelichting volgt dat de wet beoogt de twijfels die naar aanleiding van enige arresten van de Hoge Raad over deze ontruimingsmogelijkheid waren gerezen, weg te nemen (91). Op aandrang van de Kamer werd de werking van de bepaling begrensd door de gebruikers of gewezen gebruikers krachtens een persoonlijk of zakelijk recht er van uit te zonderen (92).

Voorts heeft de kraker de mogelijkheid door middel van voeging, tussenkomst, derdenverzet of een executiegeschil in kort geding de executie van een vonnis tegen hem te verhinderen (93). Op grond hiervan zou ik menen dat er geen schending van processuele rechten in de zin van art. 6 EV plaatsvindt. Dat het initiatief om toegang tot de rechter te verkrijgen naar de kraker wordt verlegd, of dat zijn processuele positie als eiser zonder recht of titel die zijn comfortabele anonimiteit in een executie-kort-geding moet prijsgeven, niet zo sterk is, is geen reden om een schending van art. 6 EV aan te nemen (94).

→ spraak zie P. Ingelse t.a.p. en annotatie WHH NJ '78, 561. De methode werd recentelijk gesanctioneerd in HR 14-1-83 RvdW '83, nr. 25.

(89) Wet van 21-5-81, Stbl. '81, 337.

(90) P. Ingelse, NJB '82, blz. 71 noot 31 en blz. 73; A.H.J. van Biesen, T. Hoogenboom 'De leegstandswet' NJB '81, blz. 831.

(91) Bijl. II, 79-80, 15442, nr. 8 blz. 25; HR 16-12-77, NJ '78, 561 WHH; 2-11-79, NJ '80, 154 m.nt. WHH.

(92) Bijl. II, 80-81, 15442 nr. 23; zie voorts R.M. Schutte en J.B.M. Vranken, 'Eigendom en Woonrecht', Preadvies Kon. Notariële Broederschap 1981, blz. 106.

(93) Zie ook WHH in zijn noot in NJ '80, blz. 1948.

(94) Aldus P. Ingelse, NJB '82, blz. 73.

Art. 6 EV waakt niet over vaststelling van rechten die men niet heeft. Dit zou anders kunnen worden, indien het executiegeschil of het derdenverzet begrenzingen zou opleggen aan de rechtsstrijd, waardoor de kraker niet de gelegenheid krijgt de al of niet rechtmatigheid van de ontruiming jegens hem in volle omvang door de rechter te laten beoordelen, of de kraker — in gevallen van grote spoed — de toegang tot de rechter feitelijk zou worden belemmerd. Dat laatste is bij de bestaande toegankelijkheid van de rechter in kort geding niet aannemelijk. Of het eerste zich voordoet zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld. Denkbaar is dat de rechter in geval van twijfel of de krakers van de ontruimingsprocedure op de hoogte zijn (in welk geval zij zouden kunnen tussenkomen), een kennisgeving van de procedure aan hen verlangt. Voorts heeft de HR in zijn arrest van 14-1-1983 de mogelijkheid open gehouden dat er materieelrechtelijke bezwaren zijn, zoals het misbruik maken van recht of in geval van schijnhandelingen. Art. 6 EV behoeft, naar mijn oordeel, geen belemmering te zijn voor het ontwikkelen en verder uitbouwen van collectieve acties waarbij rechten en verplichtingen worden vastgesteld van (grote) groepen rechtssubjecten die niet zelf in de procedure aanwezig zijn (95). De collectieve actiebevoegdheid dient immers vooral de grotere toegankelijkheid van de rechter te bevorderen: de organisatie die voor het collectieve belang opkomt doet dat ten behoeve van de individuen die er zelf om allerlei redenen niet aan toe komen naar de rechter toe te stappen.

V. BERECHTING BINNEN REDELIJKE TIJD

17. Het burgerlijk recht gaat langzaam

Zolang het Nederlands procesrecht bestaat is er gespeculeerd over vereenvoudiging en versnelling, over het doelmatiger verloop van de procedure. Ik behoef maar het fraaie met goudkleurige ornamenten versierde bandje van de Handelingen der Nederlandse Juristen Vereniging van 1911 uit de kast te trekken, of ik tref daar-

(95) De bijzondere problematiek van de collectieve actiebevoegdheid is uitvoerig aan de orde geweest in de preadviezen van de Nederlandse Juristen Vereniging van 1976 van E.M. Enschedé en J.V. Hoogendijk-Deutsch, zie voorts mijn 'Algemene belangen in het burgerlijk recht', hoofdstuk VI, voor verdere literatuur-opgave.

in (na met enige vinnige klapjes het stof te hebben weggeslagen) een door een studiecommissie van de vereniging opgesteld ontwerp burgerlijk procesrecht aan, dat in de toelichting enkele van de bezwaren tegen 'het thans geldende procesrecht' als volgt samenvat:

'Een benepen formalisme, waardoor niet steeds een onderzoek naar de kern van het geschil wordt gewaarborgd; (. . .).

De lange duur der processen.

De te geringe economie in het gebruik der rechterlijke krachten (. . .).'

Daaraan waren twee preadviezen in 1907 vooraf gegaan waarin ondermeer de 'symptomen van matheid in de rechtsbedeeling' als gevolg van de trage procesgang worden geanalyseerd (96). De genoemde commissie doet op dit punt trouwens ook een duit in het zakje:

'Die vertraging hangt weer samen met de onvermijdelijke verdagingen van het proces als gevolg van hinderlijke caesur (interlocutooren) en de herhaalde uitstellen welke de vertegenwoordigers der partijen elkaar verleen, waartegen de rechter veelal machteloos staat. Omgekeerd doet weer die lange duur bij de rechter, zelfs in het gunstigste geval dat hij niet tussentijds door een ambtsgeenoot is vervangen, de ambitie verflauwen' (97).

Zoals reeds in de inleiding werdesignaleerd vormde de doelmatige rechtspleging in 1933 onderwerp van beraadslaging van de NJV. De bezwaren van de commissie van de NJV uit 1907 worden in 1949 in de preadviezen voor de Nederlandse Advocaten Vereniging door preadviseur C.R.C. Wijckerheld Bisdorf in vrijwel gelijke woorden herhaald (98), om in 1968 in preadviseur F.J.M. Nivard voor de Orde van Advocaten, een nieuwe vertolker te vinden (99). Er is daarna in de zeventiger jaren vlijtig in staatscommissieverband gediscussieerd over een doelmatiger organisatie van de rechterlijke macht (100). Dezelfde euvelen blijven echter de inzet van de discussie, al heeft die discussie door de inbreng

(96) J.P.A.N. Caroli, HNJV 1907, I (eerste stuk) blz. 18.

(97) Ontwerp van wet regelende het burgerlijk procesrecht in eerste aanleg NJV 1911.

(98) Advocatenblad 1949, blz. 146.

(99) Advocatenblad 1968 blzz. 472 e.v. in RMTh 1982 blz. 509 herhaald. Zie voorts C.J.H. Brunner, Advocatenblad 1968 blzz. 497 e.v. mede over het rapport van de Orde van 1966, 'Versnelling Civiele Procedure'.

(100) Het rapport van de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie: 'Gedachten over de toekomst van de Rechtspleging'.

van de consumentenlobby een nieuwe impuls gekregen, terwijl bezuinigingsmaatregelen altijd zorgen voor een heropening van het debat (101).

In 1982 heeft de Algemene Rekenkamer door in zijn verslag over 1981 uitvoerig aandacht te besteden aan de organisatie van de rechtspleging, enig vernietigend feitenmateriaal aan de dikwijls wat vrijblijvende discussie van advocaten en juristen toegevoegd (102). Zo blijken de wachttijden voor civiele zaken alleen maar toe te nemen, terwijl het Ministerie van Justitie met alle voorstellen en documentatie van de in de loop der jaren opgestapelde rapporten niet zoveel blijkt te hebben gedaan.

Zoals in paragraaf 3 aangeduid, is een berechting binnen redelijke tijd te betrekken op de doelmatigheid. Uiteindelijk wordt met de doelmatige organisatie van het recht trouwens de rechtvaardigheid gediend: recht dat te lang uitblijft wordt als onrecht ervaren. Daarom is het zo juist dat art. 6 EV er een afzonderlijk punt van maakt. Men kan zich afvragen waarom het zoveel moeite kost het rechtsbedrijf doelmatig te organiseren. Is het omdat het naar zijn aard niet te organiseren valt?

De vraag naar recht is inderdaad een moeilijk te controleren gegeven, zo zagen wij reeds in de inleiding. Ook de gedragingen van de tegenpartij heeft men niet in de hand. Toch blijft het verbazingwekkend dat de discussie honderd jaar lang nauwelijks van inhoud verandert en er klaarblijkelijk nauwelijks vooruitgang wordt geboekt — integendeel: persoonlijke ervaring en het beschikbare cijfermateriaal duiden erop dat het steeds langer duurt.

Misschien is het een gevolg van het feit dat het denken in termen van doelmatigheid juristen moeite kost, hen soms zelfs met ironisch onder woorden gebrachte afkeer vervult. Men zal op een advocatenkantoor of een rechtbank niet de kleurrijke schema's aantreffen die men in de goede tijd in de aanneembedrijven zag hangen, waarop het verloop van het project van maand tot maand stond gepland. De advocaat handelt naar graden van urgentie van het moment: kort geding, fatale termijn, pleidooi of dubbel peremptoir. Van enige planning van de aanwezige werkvoorraad is nau-

(101) Zie noot 15a en noot 52.

(102) Paragraaf 8 van het Verslag: Onderzoek bij de Hoofddirectie Organisatie Rechtspleging en Rechtshulp in de Gerechten, bizz. 218-238; over dit rapport M. Oosting, NJB '81, 1061 e.v.

welijks sprake. De rolrechter schuift en schuift en schuift . . . tot het te gek wordt.

Grote vertraging treedt in de civiele procedure op door de wonderlijke communicatievorm tussen advocaten en rechters op een vaste dag via akten, te reciproceren met een stuk waar 'In naam der Koningin' weer allerlei nieuwe vragen worden gesteld. Andere vormen van (tele)communicatie komen niet te pas, om maar van meer geavanceerde automatiseringsapparatuur ter vervanging van overbodig rolwerk te zwijgen. De kort-geding-praktijk is hier natuurlijk de lichtende uitzondering, en mede daarom ook zo populair.

Al met al schijnt het gewoontemechanisme waarmee binnen een gesloten groep de taaie, oude vormen van het klassieke civiele rechtsbedrijf worden doorgegeven, moeilijk door redelijke, en door vrijwel iedere participant beaamde argumenten, verslagen te kunnen worden. Ik ben bang dat ook art. 6 EV geen donderende blikseminslag zal veroorzaken. Enige vonken slaan er echter wel af.

18. De klok van Straatsburg

Nederland staat niet alleen. De norm van art. 6 EV wordt door alle Europese landen onderschreven; nochtans zijn de rechtbanken overal overbelast en de wachttijden lang (103). Met een parafrase op Rousseau: 'l'homme est né pour la justice, partout la justice est en delay.'

Toch wordt er binnen de marges van een toetsing in deze Europese context door Commissie en ECHR een duidelijke controle uitgeoefend (104). Het ECHR neemt de processuele houding van partijen, mogelijke (tijdelijke!) overbelasting van de rechtbanken, het gewicht van de belangen, de door de vertraging optredende schade, en de ingewikkeldheid van de zaak in aanmerking. Daarbij wordt het gehele verloop van de procedure grondig doorgelicht

(103) Zie bijv. M. Cappelletti in zijn General Report in Cappelletti en Tallon blz. 736.

(104) Van Dijk en Van Hoof a.w. blz. 298 en G.J.W. van Oven, 'Recht op tijdig recht', in Gratia Commercii 1981, blzz. 205 e.v. en de door dezen besproken rechtspraak.

Zie voorts W. Peukert, 'Die überlange Verfahrensdauer' in Europäische Grundrecht Zeitschrift 1979, blzz. 261 e.v.

en worden nauwkeurig de vertragingsmomenten die aan de rechter kunnen worden toegerekend onderzocht. Ik moge verwijzen naar de uitvoerig in de noot geciteerde overwegingen van het Buchholz-arrest (105). In het gegeven geval werd een termijn van bijna

(105) De zaak Buchholz, ECHR 6-5-81, Publ. ECHR Series A, Vol. 42 (1981) blz. 16; NJCM-Bulletin 1982 m.nt. G.J.W. van Oven, blzz. 30 e.v. Om de wijze van toetsing door het Hof te illustreren citeer ik twee overwegingen uitvoerig:

'60. The Court attaches greater significance to certain delays, including those noted by the Commission, attributed to time-limits set by the Court of Appeal.

Firstly, there is the order of 9 October 1975 fixing the next hearing for 19 March 1976. In point of fact, during these five months the Court of Appeal was studying the casefile with a view to arranging a friendly settlement; thus, the proposal it made on 19 March came after an examination of the case which Mr. Buchholz, in paying tribute to the Court, described as "thorough" and "prudent". According to the Government, the Court of Appeal was, following the hearing on 9 October, expecting a reply — which in the event never materialised — by the defendants to the written pleading of 3 October. Without overlooking the difficulties involved in attempting to secure a friendly settlement, especially in view of the charges made by the applicant against the management of his former employers, the Court nonetheless finds cause for concern in the duration of this phase of the procedure, which was further extended by a five-week period of reply granted to the parties.

The same applies to the order of 3 May 1976 directing the next hearing to be held on 27 August despite the request of the applicant's lawyer who had suggested the month of May and informed the Court of Appeal of his unavoidable absence from 30 May to 18 June. According to the Government, Mr. Buchholz raised no objection to this order, but this does not mean that the Court of Appeal was thereby relieved of its responsibility. The order of 27 August 1976 deferring the next hearing until 11 January 1977 prompts similar doubts even if it be accepted that this impending retirement might have led the presiding judge of the Third Chamber to fix a date allowing his successor to study the papers in the case.

The Commission was also right to criticise the order of 2 February 1977 postponing until 6 May, at the request of the defendants, the taking of witnesses' evidence which had been called for as early as 11 January. Mr. Buchholz does not seem to have entered any formal objection, but again this cannot discharge the Court of Appeal of its responsibility.

Finally, it is difficult to understand why the judgment was not notified in writing to the parties until two months after its delivery.

63 (. . .)

Although the progress of the second set of proceedings was extremely slow and although the Labour Court of Appeal had, in particular, on several

vijf jaar voor een procedure in drie instanties nog redelijk geoordeeld. De rechterlijke instanties kropen echter door het oog van de naald.

Art. 6 EV biedt dus wel degelijk aanknopingspunten om te traag verlopende procedures te bestrijden. Zo gaf de rechtbank Maastricht (klaarblijkelijk art. 6 EV horizontaal toepassend!) de interessante beslissing dat een partij die veroordeeld is tot schadevergoeding op te maken bij staat, er aanspraak op heeft dat de schade-staatprocedure binnen redelijke tijd aanhangig wordt gemaakt: de cisende partij werd in het vonnis een termijn gesteld waarbinnen dit diende te geschieden (106). Zo zou men dunkt mij, op een zeker moment verval van instantie kunnen afdwingen, ook al probeert de wederpartij die door periodieke rolverrichtingen voor zich uit te schuiven (107). Partijen die de weg naar Straatsburg open willen houden zullen elkaar termijnen moeten stellen, omdat zij anders op hun brood krijgen dat zij zich in de vertraging hebben geschikt. Art. 143 Rv dat gaat over het stellen van termijnen voor conclusies noemt trouwens met zoveel woorden de 'onredelijke vertraging': het gewoon Nederlands voor 'ambtshalve preemptoir'.

Art. 6 EV is, dunkt mij, steeds een argument om de procedure op verkorte termijn ingevolg art. 7 Rv toe te passen, wanneer partijen dat wensen (107a).

→ occasions deferred its hearing for somewhat long periods, the duration of the litigation was also to a large extent the result of certain issues raised by Mr. Buchholz of his own accord, in respect of which he must bear the consequences. Neither can the Court overlook the fact that the delays at the Court of Appeal level occurred at a time marked by a significant increase in the volume of litigation resulting from a deterioration in the general economic situation. Having assessed the material before it and taken notice of the authorities' efforts to expedite the conduct of business before the labour courts, the Court considers that, even when taken cumulatively, the delays attributable to the competent courts did not exceed a reasonable time within the meaning of Article 6 par. 1.'

(106) Rb Maastricht 14-12-72, NJ 73, 145. De Rechtbank liet in het midden wanneer de termijn ging lopen; zie daarvoor Van Dijk en Van Hoof a.w. blz. 296 en F. Jacobs a.w. blz. 109 (zie noot 45).

(107) Van Rossem-Cleveringa I blzz. 735 e.v.; Van Dungen (Sterk), Rechtsvordering II, aant. 2 bij art. 281 Rv.

(107a) In 1972 bepleitte de toenmalige voorzitter H.K. Köster dat de verkorte-termijn-procedure veel vaker toegepast zou kunnen worden, HNJV 1972 deel 2 blzz. 7 e.v.

Ingrijpender is de wel verdedigde opvatting dat wettelijk geregelde verjaringstermijnen aan art. 6 EV kunnen worden getoetst (108). Bij gebreke aan jurisprudentie blijft het een vraag wat nog een redelijke verjaringstermijn is: vijf, tien of twintig jaar? (109).

Art. 6 EV geeft, in de uitleg van het ECHR, een duidelijke aanspraak jegens de overheid dat deze de rechtsbedeling behoorlijk organiseert en voor voldoende mankracht zorgt om de rechterlijke procedures binnen redelijke tijd af te wikkelen. Blijkens het Buchholz-arrest is een tijdelijke overbelasting door een groei van het aantal zaken een verontschuldigende factor, maar een blijvende onderbezetting is dat zeker niet (110). Vertraging als gevolg van een (door welke oorzaak dan ook) laten voortbestaan van een tekort aan mankracht, kan dus een beslissende factor zijn om te beoordelen of art. 6 EV is geschonden.

Bij vertragingen als gevolg van het uitblijven van de uitspraak geeft ons W.v.B.Rv. maar een beperkt aantal sanctiemiddelen. Op grond van art. 47 Rv kunnen partijen na het verstrijken van een termijn van drie maanden na het pleidooi, opnieuw pleidooi vragen. Art. 45 Rv lid 2 (vonnis 'hetzij dadelijk hetzij op een nader te bepalen regtdag na het voldingen en bepleiten der zaak') stelt geen termijn. Daarvoor staat dan alleen het middel van de rechtsweigeringsopen, in te leiden door de dubbele sommatie van art. 845 Rv (111). Art. 6 EV kan voor zo'n aanmaning een goede ondersteuning zijn.

(108) Van Dijk en Van Hoof a.w. blz. 296 en F. Jacobs a.w. blz. 109 (zie noot 45).

(109) Het NBW artt. 3.11.10 e.v. scoort met verkorting van de termijn der bevrijdende verjaring tot twintig jaar beter dan het huidige BW. Vgl. Parlementaire Geschiedenis van het NBW boek 3 blz. 917: 'Elke termijnbepaling is nu eenmaal enigszins willekeurig. Dat een termijn van dertig jaar te lang is, is intussen onbetwist' en de verdere discussie. Een voorstel voor een verdrag met korte verjaringstermijnen heeft het in de Raad van Europa niet gehaald.

(110) Vgl. E. Alkema, Advocatenblad 1981, blz. 320 die spreekt over 'ernstige pogingen' van de autoriteiten de achterstand weg te werken. Zie voorts de zaak Stögmüller, ECIIR 10-11-69, Publ. ECHR Series A Vol. 9 (1969) blz. 39.

(111) Van Rossem-Cleveringa, aant. 4 op art. 45 Rv.

19. Horen en wederhoren

Het horen van partijen, het toetsen van de wederzijds aangevoerde argumenten — het is allemaal zo oud als Rome: 'Audi et alteram partem' (112). Dit beginsel wordt in de Angelsaksische rechts-traditie tot 'natural justice' gerekend en is in tal van constituties vastgelegd (113). In Nederland is het niet in de Grondwet geregeld zoals de openbaarheid en de motiveringsplicht van de rechter, ons gehele procesrecht is er echter van doortrokken. Het is in voorwaardelijke vorm in art. 45 Rv terug te vinden: 'Indien partijen verschijnen, worden zij over en weer in hunne belangen gehoord'.

In de rechtspraak van het ECHR en de commissie is het begrip 'fair hearing' uitgebreid tot een algemeen 'fair trial beginsel' waarin partijen elkaar met 'equality of arms' behoren te bestrijden.

Het recht op gehoor sluit een schriftelijke procedure niet uit, maar zal dikwijls het horen van partijen zelf noodzakelijk maken (114). De Nederlandse procedure is over het algemeen echter schriftelijk. Dit heeft bezwaren die reeds door de commissie van de NJV 1907 duidelijk onder woorden zijn gebracht:

'Dit heeft, onder meer, tengevolge dat de rechter zelf de rechtzoekenden niet dan bij hoge uitzondering ziet; en dat ene onmiddellijke geestelijke aanraking met deze belanghebbenden, meestal onmisbaar voor eene juiste

(112) Het is zelfs nog ouder: W.L. Haardt 'Kentering in het burgerlijk procesrecht' in 100 jaar rechtsleven blz. 144.

(113) M. Cappelletti in Cappelletti en Tallon blz. 669 en noot 8 en blz. 741 nt. 247.

(114) Van Dijk en Van Hoof a.w. blzz. 290-292; F. Jacobs a.w. (zie noot 45) blzz. 98-104. Vgl. bijv. F. Jacobs a.w. blz. 101: 'a fair hearing is scarcely conceivable without the presence in person of the party concerned' en Van Dijk en Van Hoof blz. 291: 'Is aannemelijk, dat die aanwezigheid in persoon om enigerlei reden van belang kan zijn voor de oordeelsvorming van de rechter en/of de jury, dan is er bij uitsluiting daarvan buiten het geval van zeer dringende redenen geen sprake van een fair hearing.'

Zie echter ook het oudere commentaar van J.E.S. Fawcett, 'The application of the European Convention' blz. 151: 'The commission has not attributed a literal meaning of the word "hearing", but has given preeminence to the need of adequate presentation of testimony and argument, either orally or in writing.'

waardering der feitelijke verhoudingen, een dieper indringen in het maatschappelijk leven en een oordeel over de — dikwijls niet aan de oppervlakte komende — beweegredenen, waarom een rechtsstrijd gevoerd wordt, hem ontbreken.'

Toch zal de schriftelijke procedure over het algemeen aan de eisen van art. 6 EV voldoen, omdat partijen het recht hebben een mondelinge toelichting te vragen en er dikwijls comparities van partijen plaatsvinden om een duidelijker beeld van de standpunten te krijgen. Wél kan in procedures waarin de rechter meer belanghebbende partijen aanwezig weet (hetgeen in familierechtelijke procedures het geval is; de wet voorziet er meestal in; zie par. 15.3) of vermoedt (ik signaleerde dat reeds in par. 16) zelf initiatieven ontplooien om dit te doen vaststellen. Hij behoeft daarin niet lijdelijk te zijn. Ook kan naar mijn oordeel een procespartij die na de schriftelijke wisseling van stukken om een persoonlijke hearing vraagt aan art. 6 EV een sterke aanspraak daarop ontlenen. Dat kan voor kantongerechtsprocedures van belang zijn omdat art. 144 Rv (recht op pleidooi) blijkens art. 125 Rv niet van toepassing is op kantongerechtprocedures.

Eerlijk horen, betekent in het algemeen: in elkaars aanwezigheid horen. In een geschil over een omgangsregeling zag de Hoge Raad het horen van de vrouw, buiten aanwezigheid van de man, maar in aanwezigheid van de advocaat van de man, door de vingers. De Hoge Raad achtte daarbij beslissend dat onvoldoende duidelijk van een protest door de man of diens aanwezige advocaat was gebleken. Omdat het proces-verbaal hierover geen inzicht verschaftte strandde ook de motiveringsklacht (115). Het arrest maakt duidelijk dat advocaten in feitelijke instanties alert op naleving van de beginselen van art. 6 EV moeten letten en bij verschil van mening daarover, op een zorgvuldige verslaglegging van de zitting moeten aandringen. De Commissie heeft immers heel duidelijk geïndiceerd dat aanwezigheid van de persoon in tal van gevallen essentieel kan zijn om van een fair hearing te kunnen spreken.

Gelet op het overwegend schriftelijke karakter van de Nederlandse procedure, werd in ons procesrecht het hoor- en wederhoorbeginsel uitgewerkt in beginselen van het behoorlijk oproepen van de wederpartij en, meestal aanknopend bij art. 24 RO, beginselen om de juiste samenstelling van het procesdossier te waarborgen (al-

(115) HR 24-9-82, RvdW '82, 165.

leen recht doen op stukken die beide partijen kennen en waarover zij zich hebben kunnen uitlaten) (116).

In een zaak een faillissement betreffende werd (mede met een beroep op art. 6 EV) uitvoerig de vraag aan de orde gesteld of dege-
ne tegen wie de aanvraag was gericht wel behoorlijk was opgeroe-
pen voor de zitting (117). De oproep was aangetekend verzonden
met bericht van ontvangst (de rode kaart). De behandeling vond
plaats voordat het Hof, dat de oproeping had gelast, de rode kaart
had terug ontvangen. De Hoge Raad oordeelde (overigens zonder
verwijzing naar art. 6 EV) dat er terecht over geklaagd werd, dat
de rechter de zaak had behandeld zonder zich ervan te vergewis-
sen of de gerequesteerde behoorlijk was opgeroepen.

Het arrest is daarom zo interessant, omdat als uitvloeisel van de
heroverwegingen rechtspraak om redenen van bezuiniging de ro-
de-kaart-oproep voor tal van zaken wordt afgeschaft (118). Aan-
gezien de rode kaart een belangrijk middel is om vast te stellen
of de gerequesteerde behoorlijk is opgeroepen, komt daarmee
een aan de eisen van de tijd aangepaste processuele waarborg te
vervallen.

De rechtspraak van de Commissie over 'fair trial' en de 'equality
of arms' verschaft aan het voorgaande een stevige ruggesteun. Het
blijft in Nederland echter bij rechtspraak en beginselen. Het mag
in een tijd waarin men de mond vol heeft over hercodificatie van
ons burgerlijk recht, merkwaardig heten dat al deze fundamentele
beginselen nooit in enige overzichtelijke wetsbepalingen tot uit-
drukking zijn gebracht (119).

(116) Zie par. 11; zie W.L. Haardt a.w. in noot 112, blzz. 143 e.v., Hugen-
holtz-Heemskerk (1979), nrs. 5 en 198; Coops 1980, 9e druk, blz. 56, J.J.
Vriesendorp NJB '79, 763 over de 'goede procesorde'; de conclusie van de
Advocaat-Generaal Van Oosten bij HR 17-11-67, NJ '68, 178 m.nt. DJV en
de annotatie sub 3 van WHH bij HR 7-3-80, NJ '80, 611; Hof Den Haag 14-
12-79, NJ '81, 651.

(117) HR 29-10-82, RvdW '82, 188; ik ben Mr C.J.J. van Nispen erkentelijk
voor het ter inzage geven van zijn pleitnotities.

(118) Wetsontwerp 1982, 17 444.

(119) Vgl. S.V. Langeveld 'Recht op stukken' NJB 1974, blzz. 1057 e.v. en
D.J. Veegens 'Alternatieve Procesrecht didactiek', in Non Sine Causa 1979,
blz. 441.

20. Andere fair trial beginselen

Fair trial beginselen zijn ook die welke herstel van vormverzuim mogelijk maken als geen belangen zijn geschaad of die welke onredelijke processuele benadeling beogen te voorkomen (120). Een recent voorbeeld daarvan is de mogelijkheid het verzuim van het aanbrengen van de dagvaarding te herstellen (120a). Ofschoon er geen duidelijke precedënten in de Straatburgse jurisprudentie aanwijsbaar zijn, past deze rechtspraak mijns inziens in de ruime toepassing die aan het begrip 'fair hearing' wordt gegeven.

Dit geldt mede de door de nationale overheid ingestelde hoger beroep instanties en met name dan ook het rechtsverkeer tussen de instantie in eerste aanleg en in hoger beroep (121). Hierin kunnen voor procespartijen immers ernstige nadelen ontstaan bij zeer korte beroepstermijnen, en het niet tijdig ter beschikking krijgen van de beslissing die men wil bestrijden. Met name was dit een terugkerend probleem bij de korte cassatietermijnen in faillissementszaken. Meestal is het arrest op de dag van de uitspraak nog niet beschikbaar, zodat het niet mogelijk is middelen te formuleren. Ik herinner mij zelfs het geval dat de Raadsheren de grosse nog even lieten terughalen naar de Raadkamer, toen zij van de griffier hoorden dat hem er dringend om was gevraagd in verband met een cassatie-advies.

In de zaak Van Aken-Savelbergh ecarteerde de Hoge Raad het in verband met de korte termijn gedane beroep op art. 6 EV, met het argument dat de gelegenheid tot het indienen van een aanvullend request waarin de middelen waren opgenomen, was geopend (122). Geheel bevredigend is deze aanvullingsmogelijkheid niet, omdat zij weer niet geldt voor die delen van de behandeling in appel die men binnen de cassatietermijn heeft kunnen kennen. Een soortgelijke benadering is te vinden in een tweetal arresten met betrekking tot de korte termijnen van art. 828i lid 1 Rv en 910 lid 4 Rv (123). De Hoge Raad biedt dus zoveel mogelijk de helpende hand

(120) Zie paragraaf 11 over formaliteiten en de in noot 50 geciteerde literatuur.

(120a) HR 17-12-82, RvdW '83, nr. 13.

(121) Van Dijk en Van Hoof blzz. 280-281; art. 6 EV geldt voor alle instanties die door de nationale wetgever zijn ingesteld.

(122) HR 26-6-81, NJ '82, 450 blz. 1571.

(123) HR 25-9-81, NJ '82, 451 en 452 en de door WHH in de noot geciteerde jurisprudentie; terughoudend is weer IIR 28-1-83, RvdW '83, nr. 40.

maar houdt toch vast aan het openbare orde karakter van termijnen (124). Mogelijk dat die barrière met art. 6 EV in de hand ook nog eens genomen kan worden.

Blijkens de jurisprudentie van de commissie waakt art. 6 EV ook over de rechten van partijen om getuigen voor te brengen en ook over de uiteindelijke motiveringsplicht van de rechter. De jurisprudentie van de Hoge Raad omtrent het passeren van een bewijsaanbod en het niet in de beslissing behoeven te behandelen van niet-doorslaggevende argumenten verloopt echter langs dezelfde lijnen als die van de Commissie (125).

21. Onrechtmatig bewijs

Anders dan in het strafproces bestaat er ten aanzien van het Nederlandse civiele proces geen duidelijke discussie over de bewijskracht van onrechtmatig verkregen of anderszins onrechtmatig bewijs. De nieuwe informatietechnologie biedt vele mogelijkheden om bewijs te vergaren. Daarmee groeit het gevaar dat bewijsmateriaal onrechtmatig wordt verkregen. Dit werd door Veegens gesignaleerd, die zich — onder verwijzing naar art. 6 EV — een voorstander toonde van het terzijdestellen van onrechtmatig bewijs (126). Het probleem is echter ouder dan die technologie; het wordt daardoor alleen maar geaccentueerd.

De discussie over het al dan niet toelaten van onrechtmatig bewijs, vertoont overeenkomstige trekken met die over het toelaten van een verschoningsrecht voor journalisten. Dient het algemene belang dat met het vaststellen van de waarheid in een proces is gediend, te prevaleren boven het algemeen belang dat men een ver-

(124) Vgl. C.R.C. Wijckerheid Bisdorff, in: 'De hanteerbaarheid van het recht' blzz. 95 e.v. Van verschillende zijden wordt een regel als in het administratieve procesrecht (waar zij overigens uiterst strikt wordt toegepast) bepleit: vgl. Sillevius Smit NJV 1978 blz. 28, G.R. Rutgers, Inaugurale rede blz. 33. De praktijk is soms sterker dan de Hoge Raad: Hof Den Bosch 23-4-81, NJ '82, 48.

(125) Vgl. HR 3-2-67, NJ '68, 32; E.A. Alkema, 'Studies van Europese Grondrechten' blz. 65 en F. Jacobs, 'The European Convention on Human Rights', blzz. 101-102.

(126) Veegens-Wiersma, 'Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken' I, 1973 blzz. 60-61.

schoningsrecht of in dit geval met het voorkomen van schending van fundamentele rechten wordt gediend (127)?

Het beeld in andere landen is verdeeld (128). Engeland laat de balans doorslaan in de richting van de waarheidsvinding, het Supreme Court in de Verenigde Staten ontwikkelde op basis van de due process clause in het veertiende amendement met name in strafzaken een duidelijk jurisprudentie (129).

Voor Nederland is waarschijnlijk het Duitse voorbeeld het interessantst. Daar werd de regel dat onrechtmatig bewijs niet mag meetellen consequent (zij het niet zonder discussie over de omvang) naar de civiele procedure doorgetrokken (130). Men maakt dan een onderscheid tussen onrechtmatig verkregen bewijs (bijvoorbeeld clandestien af luisteren) en het bewijs waarvan de openbaarmaking onrechtmatig is, ongeacht hoe men eraan gekomen is (bijvoorbeeld: overlegging privé-correspondentie) (131).

Het BGH oordeelde in een aantal gevallen bewijs op deze gronden onrechtmatig. Zo werd een clandestien afgeluisterde bandopname terzijde gesteld, maar ook (en dat illustreert dat het probleem veel ouder is dan de informatietechnologie) in een echtscheidingsprocedure de getuigenis van een heimelijke waarneming door een privé-detective. Een voorbeeld van de tweede categorie vormde het uit de procedure verwijderen van dagboek aantekeningen en privé-correspondentie (132).

(127) Vgl. de discussie op de Florence Conference on Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation Third Session 7-9-71, te vinden bij Cappelletti-Tallon a.w. blzz. 809-813.

(128) Vgl. Veegens-Wiersma t.a.p.; Cappelletti-Tallon a.w. blz. 759.

(129) H. Smit in Cappelletti-Tallon a.w. blz. 461 met name blz. 465 (voor de civiele procedures).

(130) Rosenberg-Schwab, 'Zivilprozessrecht 1969, 10e Auflage blz. 563: 'Einerseits wird die Meinung vertreten, jedes materiellrechtliche richtswidrige Beweismittel sei auch prozessual unzulässig. Andererseits wird angenommen, die materiellrechtliche Rechtswidrigkeit sei ohne Einfluss auf das Prozessrecht'.

Schwab zelf acht onrechtmatig bewijs alleen ontoelaatbaar als daardoor grondrechten worden geschonden. Een ruimere opvatting hebben W. Grunsky, 'Grundlagen des Verfahrensrechts', 2e Auflage 1974 blzz. 445-446, Stein-Jonas-Schumann-Leipold, 'Kommentar zur ZPO, 19e Auflage, par. 284 aantekening B III 1a en F. Baur in Cappelletti-Tallon a.w. blzz. 25-29.

(131) W. Grunsky t.a.p.

(132) BGH NJW 1958, 1344, 1345 (clandestiene bandopname; met een duidelijke argumentatie over de belangenafweging tussen het processueel belang

→

Bij de aanvaarding van dit beginsel ontstaat er ook in Duitsland discussie over de vraag in welke gevallen op grond van het 'Verhältnismässigkeitsprinzip' uitzonderingen moeten worden toegelaten. Het BGH oordeelde de enkele omstandigheid dat er bewijsmoeilijkheden ontstaan onvoldoende. Er zijn echter andere uitspraken (133).

Het Duitse voorbeeld concentreert zich op de gedragingen van partijen, maar wat is het geval als het gaat om onrechtmatig door overheidsautoriteiten verkregen bewijsmateriaal dat in civilibus wordt gebruikt (134)? Men kan zelfs nog een stap verder gaan, en zich de vraag stellen of bewijs dat in het kader van een strafrecht-procedure met een juist gebruik van de daarvoor bestaande bevoegdheden werd vergaard, zonder meer ter beschikking gesteld mag worden voor andere doeleinden. Er gaan soms wel erg gemakkelijk processenverbaal van de Officier van Justitie naar andere instanties voor tuchtrechtelijke, civielrechtelijke, of vreemdelingenrechtelijke 'afdoening'. In het omgekeerde geval dat de burger in administratiefrechtelijke verhoudingen over bepaalde bevoegdheden beschikt om informatie van de overheid te verkrijgen (de Wet Openbaarheid van Bestuur) hebben deze ook niet automatisch in het civiele proces effect (135).

Het vraagstuk van het onrechtmatige bewijs is dus in Nederland tamelijk onontgonnen. Toch zijn er wel enige schaarse voorbeelden in de jurisprudentie te noemen. Het Hof Amsterdam beval in 1964 teruggave van clandestien bewijsmateriaal maar liet het wel gebruiken. De Groningse Pachtkamer liet in 1977 het gebruik van een bandopname die zonder medeweten van de wederpartij was vervaardigd toe, de Utrechtse President legde in 1981 echter pri-

→ en het belang gemoeid met de bescherming van privacy); BGH NJW 1964, 1142 (clandestiene bandopname); BGH Familienrechtschrift 1970, 589 (privé-detective); BGH NJW 1970, 1848 (dagboeken).

(133) De beslissing betreffende de privé-detective. Zie daarover W. Grunsky t.a.p. blz. 446 en F. Baur t.a.p. blz. 26 resp. blz. 812.

(134) Zie H. Smit in Cappelletti-Tallon blzz. 463-469 in verband met 'unreasonable searches and seizures'.

(135) Vz Afd R 3-12-81, AB '82, 145 met het argument dat de WOB niet beoogt de burger in een civiele procedure tegen de overheid een gunstiger bewijspositie te verschaffen. Critisch daarover met het 'bewijsnood'-argument J. Spier, NJB 1982, blz. 409 en A.L.J. Beers NJB 1982 blz. 989.

vé-correspondentie met een beroep op het recht op privacy van art. 8 EV als bewijs terzijde (136).

Kan art. 6 EV een nieuw licht op de materie werpen? In de strafrechtjurisprudentie over het onrechtmatig bewijs speelt art. 6 EV zeker een rol. Men kan zeggen dat het daar de klassieke afschermingsfunctie van een grondrecht tegen overheidshandelen vervult. In de civiele procedure kan men ook nog vanuit deze klassieke functie redeneren voorzover het een aanspraak van partijen jegens de rechter geeft bepaald materiaal niet te gebruiken. Anderzijds kan men in de relatie tussen partijen van een onrechtmatige daad spreken (mede op grond van een horizontaal werkend recht als het recht op privacy). In het terzijde stellen van onrechtmatig bewijs is dan een passende schadevergoeding, een vorm van restitutio in integrum, te zien waardoor het schadelijk gevolg van de onrechtmatige handeling zoveel mogelijk wordt weggenomen (137).

VII. OPENBARE RECHTSPRAAK

22. *Open deur?*

R. van Boneval Faure schreef in 1893:

'De strekking der openbaarheid is, wat betreft de rechter een waarborg te geven tegen partijdige behandeling en willekeur, ten aanzien van partijen en voor de rechter geroepen getuigen, het tegengaan van een lichtvaardige of chicaneuze vordering of verdediging en van verkrachting van de waarheid'

en, zo vervolgt hij:

'De rechter zal eerst dan, wanneer zijn handelingen aan de controle van de openbaarheid zijn onderworpen, op vertrouwen aanspraak kunnen maken en aanleiding tot verdachtmaking of verdenking afsnijden' (138).

(136) Hof Amsterdam 20-11-64, NJ '65, 422; Pachtkamer Groningen 2-3-77, NJ '78, 581 (met een principiële motivering); Pr Rb Utrecht 5-12-81, RvdW/KG '81, nr. 8. Vgl. ook Gedragsregel 46 van de Gedragsregels voor Advocaten.

(137) Vgl. ook W. Grunsky t.a.p. blz. 445: 'Die prozessuale Nichtwertung bedeutet eine Sanktion, der im materiellen Recht die Schadenersatzverpflichtung entspricht'.

(138) R. de Boneval Faure, 'Het Nederlands burgerlijk procesrecht' I, derde druk, blz. 107.

Openbaarheid is derhalve een voorwaarde voor het scheppen van vertrouwen in de rechtspraak of zoals Fawcett het uitdrukt: 'The members of the public have an interest in overseeing the administration of justice carried on in their name' (139). De belangrijke vernieuwingen in de rechtspleging die de Franse revolutie in Europa bracht voegden ook dit beginsel toe, dat sedertdien niet meer is weg te denken (140).

Art. 175 van de (oude) Grondwet laat de uitspraak in het openbaar plaatsvinden, verklaart de zittingen behoudens door de wet te regelen uitzonderingen openbaar, en vindt slechts goed dat de rechter de deuren sluit in het belang van de openbare orde en de zedelijkheid. Dat zit dus wel goed, zou je zo denken. Vervolgens wij echter onze gang door de wetgeving in de richting van het burgerlijk proces, dan zien wij het beginsel geleidelijk 'weglekken' naar de beslotenheid. In art. 20 RO mogen de deuren al dicht wegens 'gewichtige bij het proces-verbaal der zitting te vermelden redenen'. De artt. 20-28 Rv houden zich nog bij de openbare orde op de zitting die in enige folkloristische bepalingen gestalte krijgt. Partijen mogen zelf het woord voeren 'mits niet door drift of onbedrevenheid buiten staat hare zaak met de vereiste betamelijkheid en met die duidelijkheid die tot des regters onderrigt nodig is.' Praktizijns zijn gehouden met 'bezadigdheid te pleiten'. Aanwezigen die de stilte verstoren of 'tekens van goed- of afkeuring' geven worden gelast te vertrekken, en deurwaarders die 'geraas of beweging' veroorzaken worden onmiddellijk in hun bediening geschorst. Art. 18 Rv neemt echter een verder stukje van de openbaarheid terug door verhoren en pleidooien in een groot aantal van de boek-I-procedures daarvan categorisch uit te zonderen. Een verdere tocht door het W.v.B.Rv doet ons in een labirynth van geheime raadkamers verzeild raken. De raadkamers zouden geen 'zittingen' zijn, en dus niet openbaar (141). De beschikkingen zouden geen 'vonnissen' in de zin van art. 175 GW zijn en zij worden daarom niet in het openbaar uitgesproken en behoudens wettelijk

(139) J.E.S. Fawcett, 'The application of the European Convention', 1969 blz. 149.

(140) De openbaarheidsbepaling staat sedert 1798 in onze Grondwet; vgl. H. Drion in RMTh 1979 blz. 541.

(141) Van Dungen (Jansen) Rechtsvordering I, aant. 1-3 bij art. 18 Rv. Anders Van Rossem-Cleveringa I, aant. 2 bij art. 18 Rv.

ke uitzondering niet gemotiveerd (142).

Art. 6 EV doet een fors openingsbod in openbaarheid maar bevat een catalogus van uitzonderingen in de staart. Ieder heeft recht op 'een openbare behandeling' van zijn zaak (in de Franse en Engelse tekst: 'soit entendue publiquement', 'public hearing'). Het 'vonnis' ('jugement', 'judgement') wordt in de Nederlandse en Franse tekst 'in het openbaar gewezen' ('rendu publiquement'), maar in de Engelse tekst in het openbaar uitgesproken ('pronounced publicly'), en het laatste is natuurlijk bedoeld (143).

Van het beginsel der openbaarheid mag echter worden afgeweken in het belang van de goede zeden, de openbare orde, de veiligheid van het land, het privé-leven van de procespartijen of indien in bijzondere omstandigheden naar het oordeel van de rechter het strikt noodzakelijk is omdat openbaarmaking de rechtspraak zou schaden ('the publicity would prejudice the interests of justice'). Dat is vrij ruim, volgens sommigen te ruim, met name waar het gaat om de beperkingsgrond 'the interests of justice' (144).

In par. 14 werd er al op gewezen dat de tekortkomingen in de procedure in hoger beroep rechtgezet kunnen worden. Dit speelt met name bij het openbaarheidsvoorschrift een grote rol. Het belang van een behoorlijke behandeling in hoger beroep wordt daardoor onderstreept, zonder dat dit overigens betekent dat men zich in eerste aanleg niet aan art. 6 EV hoeft te houden. Een appel moet, aldus Jacobs, dienen om de fouten in een bepaalde zaak te corrigeren, en niet om de defecten van het systeem als zodanig recht te breien (145).

(142) S. Boekman, NJV 1961 blzz. 97-98; Hugenholtz-Heemskerk 12e druk, blz. 125 nt. 11 en de door dezen aangehaalde rechtspraak over requestprocedures. Ik ga hier voorbij aan het feit dat de terminologie van de wet onvast is, zodat sommige 'beschikkingen' als 'vonnis' moeten worden aangemerkt. Vgl. ook Hof Arnhem 3-9-79, NJ '80, 553.

(143) In de gemiddelde Nederlandse appèldagvaarding wordt 'wijzen' en 'uitspreken' trouwens door elkaar gehaald.

(144) Vgl. J.E.S. Fawcett t.a.p. (noot 139) blz. 150: 'but certain other exceptions are so large and so loosely expressed as to cover almost any denial of public hearing'.

(145) F. Jacobs a.w. blz. 111: 'Clearly a person deprived of his rights in the court of first instance cannot complain if the wrong is righted on appeal. This is the very basis of the rule of exhaustion of domestic remedies. Nevertheless it is unsatisfactory if the appeal serves not merely to correct a wrong in a particular case but to correct a defective system.'. Anders Van Dijk en Van

23. *Vonnissen en terechtzittingen*

Zijn onze vonnissen wel openbaar? Er is aanleiding voor gerede twijfel. Meestal wordt er op de rolzitting een mededeling gedaan dat er een uitspraak is geweest. Soms wordt het dictum vermeld. De eigenlijke uitspraak wordt veel later aan partijen toegezonden (146). Bij letterlijke toepassing is deze praktijk in strijd met art. 6 EV: een openbare uitspraak betekent dat de beslissing inclusief de motivering op de zitting wordt voorgelezen (147).

Men moet echter begrip hebben voor de eisen van de praktijk waarmee een zo stringente regel niet verenigbaar is. Fawcett (148) oppert de mogelijkheid een 'fair and public hearing' als één proces te zien: 'it must be fair and it must be seen to be fair, but the second requirement may within limits give way to the first'. In deze benadering past dat de schriftelijke uitspraak na de roldatum zo spoedig mogelijk beschikbaar is, welke eis klemmender is naarmate de appeltermijn korter is (149).

Geldt de regel dat uitspraken openbaar zijn zonder beperking, zoals Van Dijk en Van Hoof stellen (150)? Bij strikte lezing van de tekst zou men die conclusie kunnen trekken. De uitspraak is openbaar, zo zegt art. 6 EV, maar pers en publiek kunnen op bepaalde gronden gedurende het proces of een deel daarvan worden uitgesloten. Maakt de uitspraak geen deel meer uit van het proces? Indien men ervan uitgaat dat de oorspronkelijke gedachte van het art. is geweest dat de beslissing niet schriftelijk is, maar — in de Angelsaksische traditie — mondeling wordt 'delivered to the Court', zou de uitzondering ook daarvoor kunnen gelden. De uitspraak gaat dan op in de al dan niet openbaarheid van de zitting. De belangen die art. 6 opsomt (zoals de bescherming van het privéleven) kunnen ook voor de inhoud van bijvoorbeeld echtscheidingsvonnissen gelden. In de Ne-

→
Hoof a.w. blz. 293. Overigens moet erop gewezen worden dat de reparatie in cassatie in elk geval niet meer baat, omdat de behandeling aldaar beperkt is tot rechtsvragen. Art. 6 EV geeft recht op een openbare rechterlijke instantie die alle aspecten behandelt. Vgl. Van Dijk en Van Hoof blz. 302.

(146) II. Drion in RMTh 1979 blz. 541 en J.E.A.A. ten Berg-Koole, NJB 1979, blz. 613: Is de uitspraak constitutief element?

(147) Aldus Fawcett a.w. (noot 139) blz. 151.

(148) Fawcett t.a.p. blz. 152; zie voorts preadvies Van Dijk nt. 329.

(149) Zie de in noot 123 genoemde jurisprudentie.

(150) Van Dijk en Van Hoof a.w. blz. 293.

derlandse jurisprudentie worden familierechtzaken in een groot aantal gevallen met onherkenbare initialen gepubliceerd (151).

De terechtzittingen zijn openbaar behoudens uitzonderingen. Deze openbaarheid beheerst in beginsel de gehele procedure ('gedurende het gehele proces of een deel daarvan'). Heeft de openbaarheid daarmee alleen betrekking op zittingen? Volgens de Franse tekst zou men daar inderdaad aan denken. De Franse tekst spreekt over: 'l'accès de la salle d'audience'. De Engelse tekst is echter ruimer: 'all or part of the trial', al zullen de Verdragsopstellers ook daar vooral aan een public hearing hebben gedacht. Volgt men de Engelse tekst dan is in onze voornamelijk schriftelijke procedure niet alleen de rolzitting openbaar, maar zijn ook de processtukken dat zodra zij op de openbare rolzitting zijn genomen, tenzij partijen zich op één van de uitzonderingsgronden zouden kunnen beroepen en behoudens natuurlijk auteursrechtelijke implicaties. Ook art. 141 Rv spreekt trouwens over het 'voordragen' van de conclusie van antwoord, hetgeen duidt op een openbaarmaking van die conclusie op de zitting.

Dit plaatst ons voor de puzzel of het niet op enige wettelijke bepaling stoelende, maar in de praktijk gegroeide, griffiedossier openbaar is (152). Men kan in het griffiedossier nauwelijks een procesverbaal van de openbare rolzitting zien. Partijen kunnen zich op hun auteursrecht beroepen en zouden zich tegen openbaarmaking van het afschrift van de conclusie dat aan de griffie werd verstrekt, kunnen verzetten. Het alternatief is echter dat het publiek in voorkomende gevallen 'voordraging' van de conclusie op de rolzitting verlangt.

Vragen van openbaarheid rijzen ook bij getuigenverhoren en comparities, tenzij men deze aanmerkt als 'terrechtzittingen', zodat zij reeds op grond van ons nationale recht in de regel openbaar zijn (153). In beginsel zullen ook deze door de openbaarheid van art. 6 EV worden bestreken.

De in onze nationale wetgeving geregelde uitzonderingen op de

(151) Zie echter het in noot 155 te noemen rapport van de Commissie inzake Albert en Le Compte dat de uitzonderingen beperkt tot de 'hearings'.

(152) S.V. Langeveld t.a.p. noot 119. Het hier gestelde geldt overigens alleen voor de Rechtbankprocedure. De Kantongerechtsprocedure kent geen partijdossiers waarop recht wordt gedaan, uitvloeisel van de gedachte dat de Kantongerechtsprocedure mondeling is.

(153) Zoals Van Rossem-Cleveringa I, blz. 212.

openbaarheid zullen over het algemeen door art. 6 EV worden gedekt. De uitzondering van art. 18 Rv zien op het privéleven en de belangen van minderjarigen. De openbare orde en de zedelijkheid van art. 175 GW worden eveneens met zoveel woorden in art. 6 EV genoemd. Een vraag die echter rijst is wat precies de structuur van de uitzonderingsgronden in art. 6 EV is. Art. 6 EV bevat zowel algemene uitzonderingsgronden als een duidelijk tot de rechter gerichte uitzonderingsregel voor concrete gevallen. Vat men de algemene uitzonderingen zo op dat zij zien op soorten procedures waarvoor een regeling in de nationale wetgeving kan worden opgenomen, dan beperkt de vraag zich tot een toetsing van de wettelijke regel aan art. 6 EV. Er behoeft dan niet meer in concreto te worden onderzocht of zich in het gegeven geval één van de toegelaten uitzonderingen voordeed (154). Aldus zou men kunnen volstaan met een toetsing van art. 18 Rv aan art. 6 EV. Deze benadering lijkt mij echter niet de juiste. Art. 6 EV noemt in één adem algemeen geldende uitzonderingsgronden als de belangen van minderjarigen en duidelijk steeds in concreet vast te stellen situaties als de openbare orde en de goede zeden. Daaruit volgt mijns inziens dat steeds toetsing in concreto moet plaatsvinden. Voorts geldt m.i. de openbaarheidsregel ongeacht de vraag of partijen zich daarop hebben beroepen. Ik verwijs voor een ondersteuning van deze benadering naar het in de noot geciteerde rapport van de Commissie (155). Een wettelijke regel die zo zou wor-

(154) Deze benadering is te vinden in de conclusie van Proc-Gen Berger bij het Van Aken-Savelbergh-arrest, NJ '82, blz. 1564.

(155) Vgl. hierbij de duidelijk van de in noot 154 geciteerde PG afwijkende argumentatie van de Commissie, onder verwijzing naar het Le Compte-arrest, inzake Albert en Le Compte (appl. 7299/75 en 7496/76) d.d. 14-12-81, blz. 34:

'In fact, Article 6 (1) establishes the principle that proceedings involving the determination of civil rights and obligations shall be public, although it provides for certain exceptions to this rule, at least where the hearings are concerned.

The Commission notes, in this instance, that under the Royal Order of 6 February 1970 no part of the proceedings before the disciplinary authorities may be held in public whether the hearings or the pronouncement of the decision. It follows that neither consent nor waiver on the part of one of the parties can have any effect whatsoever on the conduct of the proceedings, since the rule in the aforesaid Royal Order precluding public proceedings admits of no exception under any circumstances. The Commission accordingly considers that the system existing under Belgian law

→

den toegepast dat zij zonder meer procedures uit de openbaarheid houdt (zoals art. 18 Rv voor soorten procedures doet), zou daarmee in strijd met art. 6 EV komen.

De duidelijk tot de rechter gerichte uitzonderingsgrond van art. 20 RO (sluiting der deuren om gewichtige redenen) loopt parallel met het slot van art. 6 EV, al is de uitzondering in het belang van de goede rechtspraak wat strikter geredigeerd, omdat zij verwijst naar 'speciale omstandigheden', en zij verlangt dat het 'strikt noodzakelijk is'.

24. Requestprocedures: onraad in de Raadkamer

Met onze requestprocedures, waar openbaarheid van de beslissing uitzondering is (bijvoorbeeld art. 828h Rv) en de zittingen in Raadkamer zich achter gesloten deuren voltrekken, is het niet best gesteld (156).

De zonder beperking geldende uitzondering voor requestprocedures is onverenigbaar met art. 6 EV. Waarschijnlijk zullen er genoeg requestprocedures zijn die in concrete gevallen in de toegelaten uitzonderingssfeer komen, de hoofdregel van art. 429g Rv: 'De behandeling geschiedt ter terechtzitting moet gesloten deuren' is geen lang leven meer beschoren, en zij kan bij een direct werkend 6 EV, in de rechtspraak reeds terzijde gesteld worden. De wetgever heeft inmiddels de consequenties hieruit getrokken en een voorstel tot wijziging van art. 429g Rv ingediend, waarbij als hoofdregel de openbaarheid wordt voorgesteld (157). Het ontwerp neemt dezelfde uitzonderingen als art. 6 EV op, maar zondert weer alle familierechtprocedures van deze regel uit op dezelfde wijze als dat in art. 18 Rv is gebeurd. Ik verwijs naar het in par. 23 slot

→ in itself violates the principle of publicity embodied in Article 6 (1).'
Zie ook het door Van Dijk en Van Hoof a.w. blz. 293 geciteerd arrest Engel. (156) Ik ga hier voorbij aan de vraag of een 'raadkamer' hetzelfde is als een 'terrechtzitting met gesloten deuren'. Zie de conclusie van Proc-Gen Berger NJ '82 blz. 1563.

(157) Bijl. II 82-83, 17620, nrs. 1-3, een en ander naar aanleiding van een vraag bij de begrotingsbehandeling in de Eerste Kamer in 1981 (Bijl. I, 80-81, 16400 VI 67a, blz. 8).

Een implicite rechtstreekse toepassing in een requestprocedure is te vinden in HR 29-9-82, RvdW '82, 165. Zie over dit arrest verder par. 19 nt. 115.

opgemerkte. Het wetsontwerp schept door de concrete door de rechter af te wegen uitzonderingsgronden van art. 6 EV op te nemen, maar daarnaast categorieën van procedures uit te zonderen, nieuwe onzekerheden.

Hetzelfde moet mijns inziens aangenomen worden voor niet openbare beschikkingen. Gelet op de ruime toepassing die het ECHR in het Winterwerp-arrest aan art. 6·EV heeft gegeven, is niet te verwachten dat het argument dat een 'jugement' geen 'beschikking' is, veel kans van slagen heeft. Ik zie ook geen goede reden waarom dat bij rechterlijke bevelen tot betaling anders zou zijn (158). Het is vermoedelijk niet goed doenlijk al de hiervoor genoemde uitspraken op de rol te doen of slechts te vermelden, deze uitspraken zullen toch op een of andere wijze openbaar gemaakt moeten worden. Indien uitspraken op de rol te belastend zouden zijn, zouden er aankondigingen in het Paleis van Justitie beschikbaar moeten zijn.

Men kan deze redenering doortrekken naar buiten het W.v.B.Rv geregelde requestprocedures, zoals bijvoorbeeld de faillissementsprocedure (159). In de faillissementsprocedure is er deze bijzonderheid dat het faillissement na de procedure in eerste aanleg publiek gemaakt wordt, zodat men om die reden het hoger beroep anders moet beoordelen (160). Behalve de eigensoortige requestprocedures die buiten het W.v.B.Rv geregeld zijn, bestaan er ook procedures waarin de bepalingen van de requestprocedures van het W.v.B.Rv van toepassing worden verklaard. Dit is bijvoorbeeld gebeurd in art. 52 van de Wet op de Ondernemingsraden voor wat betreft de artt. 21 lid 3 en 27 lid 5 die betrekking hebben op de Kantonrechter. Blijkens een richtlijn van de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam van augustus 1981 worden de WOR-procedures bij de Kamer eveneens in niet openbare Raadkamer behandeld (ook de enquêteprocedure van art. 2:344 BW e.v. is trouwens een niet openbare requestprocedure). Het ziet er naar uit dat deze praktijk op gespannen voet verkeert met art. 6 EV, ofschoon hierbij in aanmerking moet worden genomen dat er in dit

(158) HR 29-11-63, NJ '66, nr. 15 onttrok de rechterlijke bevelen aan de openbaarheid met de 'beschikking-is-geen-vonnis'-redenering.

(159) HR 26-6-81, NJ '82, 450 m.nt. EAA. Ook hier gaf de Hoge Raad rechtstreekse toepassing aan art. 6 EV.

(160) Aldus Proc-Gen Berger, NJ '82 blz. 1564: zie echter het in paragraaf 22 en noot 154 en 155 opgemerkte.

soort procedures niet steeds sprake behoeft te zijn van een vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen in de zin van dit artikel.

VIII. EEN ONAFHANKELIJKE EN ONPARTIJDIGE INSTANTIE

25. Onafhankelijke rechter (Independent)

Europa heeft in art. 6 EV ongetwijfeld gekozen voor de klassieke rechter zoals hij uit de 'voortijd' van de rechtspraak tot ons komt. Het is de rechter die uit het dagelijks leven terugtreedt, zich van toga of pruik voorziet, en in een 'hof' waarbinnen eigen spelregels gelden, recht doet. De rechtspraak speelt zich af in de ban van de tovercirkel, los van maatschappelijke ruimte en plaats (161).

Toch heeft de positie van deze rechter — die bij ons voort leeft als de 'gewone' — belangrijke veranderingen ondergaan. Hij kreeg moderne collega's die zich niet meer gedroegen naar het klassieke door de liberale 19e-eeuwse rechtsstaat geretoucheerde beeld van de lijdelijke in toga gehulde spreekhuis van de wet. De administratieve rechter verbreekt het maatschappelijk isolement en treedt de partijen in burger actief tegemoet. Rondom de gewone rechter ontwikkelt zich een leger van op andere maatschappelijke en technische disciplines georiënteerde deskundigen van wie hij afhankelijk wordt voor zijn beslissing. Binnen dat ambt ontwikkelen zich specialisten. De liberale rechtstaat maakt plaats voor de sociale welvaartsstaat met tal van controlerende administratieve instanties met bestuurlijke, maar soms ook semi-rechtelijke functies (162).

Het juridische model van de klassieke rechter bezit echter grote veerkracht en blijft de conflictregulering en -oplossing beheersen. Moderne alternatieven voor conflict-oplossing zoals de administratieve rechter en de bestuurlijke beroepsinstanties gaan zich allengs naar het model gedragen door geleidelijk fair trial beginnende toe te gaan passen. Dat alles leidt tot de juridificering van de besluitvorming. Ook de typisch rechterlijke functie blijft behou-

(161) De verwijzing naar J. Huizinga's 'Homo ludens', hoofdstuk IV: 'Spel en rechtspraak' is bij dit onderwerp onvermijdelijk.

(162) Men zie hierbij de interessante beschouwingen van M. Cappelletti in diens General Report, Cappelletti-Tallon blzz. 691-724 en blzz. 781-790.

den: temidden van alle deskundigheid is er uiteindelijk de onpartijdige derde nodig die het 'moet zeggen'.

Binnen dit patroon van klassieke en moderne tendensen bepaalt de Europese rechtspraak een gemiddelde om de onafhankelijke rechterlijke functie nader inhoud te geven. Zij respecteert administratieve instanties, voorzover er uiteindelijk maar onafhankelijke rechterlijke controle in de klassieke zin is. Niet alle leden van het rechterlijk college behoeven echter uit rechters te bestaan. De rechter mag niet op oneigenlijke gronden worden ontslagen (163).

Onze gewone rechterlijke macht (en gespecialiseerde rechters zoals de Pachtkamers) voldoet ruimschoots aan de door art. 6 EV aan de onafhankelijkheid gestelde eisen (164). Het kan een korte conclusie zijn bij een algemene bespiegeling over het rechterlijk ambt.

26.1. Onpartijdige rechter (Impartial)

De begrippen 'onafhankelijkheid' en 'onpartijdigheid' lopen in elkaar over. Fawcett maakt een onderscheid tussen een objectieve en een subjectieve test:

'Independence is primarily freedom from control by, or subordination to, the executive power in the State; impartiality is rather absence in the members of the tribunal of personal interest in the issues to be determined by it, or some other form of prejudice' (165).

Sommige vormen van partijdigheid zijn echter ook in termen van

(163) Zie verder de rechtspraak besproken bij Van Dijk en Van Hoof a.w. blzz. 299 e.v. In het Sunday Times-arrest d.d. 26-4-79, NJ '80, 146 vatte het EGHR nog eens precies samen wat 'de rechter' in de zin van het Verdrag betekent:

'The notion that the Courts are, and are accepted by the public as being, the proper forum for the ascertainment of legal rights and obligations (. . .); further that the public at large have respect for and confidence in the courts' capacity to fulfil that function'.

(164) En als ik goed zie, voldoet zij zelfs aan de maar liefst 47 punten van de 'Minimum Standards of Judicial Independence' (de zgn. 'Jerusalem Standards') die de International Bar Association nodig vond in Jeruzalem in elkaar te zetten, International Bar News, July 1982 blzz. 9 e.v.

(165) Fawcett t.a.p. (noot 139) blz. 156.

onafhankelijkheid te beschrijven. Zo kan men onbevooroordeeld en belangenloosheid omschrijven als 'Gesellschaftsunabhängigkeit' en 'parteiunabhängigkeit', naast de 'Staatsunabhängigkeit' die ziet op onafhankelijkheid van de executieve (166).

Dat het subjectieve en objectieve criterium ook niet tot dezelfde conclusies ten aanzien van eventuele partijdigheid leiden, toont het verschillende spoor dat ECHR en Commissie (ook hier een mogelijke tweespalt, zoals bij de burgerlijke rechten?) na het Le Compte-arrest berijden. In zijn arrest meende het ECHR dat de aanwezigheid van rechterlijke ambtenaren in een gemengd college borg staat voor onpartijdigheid. Subjectieve partijdigheid van de leden moet door de klager worden bewezen. De Commissie meende in het rapport *Albert-Le Compte* dat de samenstelling van zo'n college een ambtshalve onderzoek naar de partijdigheid niet uitsluit. Het objectieve gegeven van de samenstelling is haar dus niet voldoende (167).

Uitgangspunt bij een college dat is samengesteld uit rechterlijke ambtenaren zal, na het *Le Compte*-arrest, mijns inziens moeten zijn dat de procespartij de subjectieve partijdigheid van een rechterlijk college zal moeten aantonen, door bijvoorbeeld een wrakingsprocedure in werking te stellen (de wraking wordt met zoveel woorden door het ECHR in het *Le Compte*-arrest genoemd) (168).

26.2. *Wraking*

Ons Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering voorziet in art. 30 Rv in een wrakingsprocedure. Tot op heden nemen rechtspraak en literatuur aan dat de elf in art. 30 Rv genoemde wrakingsgronden een limitatief en gesloten systeem vormen (169). Moderne

(166) K.J. Partsch, geciteerd bij Fawcett noot 3 op blz. 156.

(167) ECHR 23-6-81, NJ '82, 602 par. 58 en Rapport 14-12-81 t.a.p. (noot 155), par. 75: 'The Commission has some hesitation in following the approach of the Court on this point'.

(168) Vgl. ook de door Fawcett t.a.p. blz. 156 geciteerde Commissiebeslissing).

(169) Van Rossem-Gleveringa I, aant. 2 bij art. 30 Rv; Van Dungen (Jansen) Rechtsvordering I, aant. 2 bij artikel 30 Rv; Hof Amsterdam 12-11-65, NJ '66, 309.

wetten nemen daarentegen een algemeen geformuleerde wrakingsgrond op in de trant van: 'feiten en omstandigheden die het vormen van een onpartijdig oordeel zouden kunnen belemmeren' (170). Naar mijn oordeel verlangt ook art. 6 EV een niet aan de limitatief in art. 30 Rv opgesomde omstandigheden gebonden onderzoek naar de partijdigheid van de rechter (171).

Zo strandde recentelijk een door een kraker gedaan wrakingsverzoek van een rechter op de in art. 30 Rv genoemde 'hoge graad van vijandschap tussen rechter en partij'. De betrokken rechter had tegen een journalist verklaard: 'Ik heb een vooroordeel tegen krakers dat diep verankerd ligt', en blijkens de stellingen van de wrakende kraker van dit vooroordeel op de zitting op verschillende wijzen blij had gegeven. De rechtbank vond dit geen persoonlijke vijandschap in de zin van art. 30 Rv en wees het verzoek af (172). Ik ben er niet van overtuigd dat deze beslissing aan de criteria van art. 6 EV voldoet.

De Nederlandse rechter heeft het met zijn onpartijdigheid intussen moeilijk genoeg. De aard van onze samenleving brengt met zich mee dat hij dikwijls een — met veel publiciteit omgeven — conflict met een politieke achtergrond op zijn bordje krijgt. Een rechter die een stakingsverbod toewijst, kan rekenen op een snauwend commentaar van een vakbondsleider aan de pers dat fundamentele rechten van de vakbond worden gekneveld. In het omgekeerde geval heeft hij blij gegeven van een fijnzinnig inzicht in wat de strijdende klasse beweegt. Dit is op zichzelf niet zo verschrikkelijk en voor een deel ook onvermijdelijk. Het toont alleen aan dat conflicten met politieke aspecten een nog grotere druk op de neutraliteit van de rechter leggen dan voorheen. Een benadering waarbij men zoekt de conflicten waarmee de rechter zich mag bemoeien tot 'strikt juridische' geschillen te beperken, lijkt mij om allerlei redenen onrealistisch (173). Echter: hoe politieker conflict, hoe onpolitieker rechter.

(170) Art. 516 Sv art. 61 Beroepswet, art. 21 Zaaizaad- en Plantgoedwet, art. 67 WRvSt.

(171) De vraag werd in feitelijke instanties aan de orde gesteld in HR 24-12-82, RvdW '83, 18.

(172) Rb Groningen 18-12-81, NJ '82, 196. Zie voor het vervolg van de zaak waarin de President zijn vooroordeel tracht te 'overstijgen' Pr Groningen 19-11-82 KG 1983 nr. 6.

(173) Zie hoofdstuk VI van mijn 'Algemene belangen in het burgerlijke recht'.

26.3. *Sub judice: een regel?*

De publiciteit brengt mij op de vraag of voorkomen moet worden dat de rechter door de samenleving in een bepaalde zaak wordt beïnvloed. Dit probleem wordt samengevat onder de vlag van de 'sub judice regel'.

De vraag of er een sub judice regel bestaat, laat zien dat er een verbindingslijn loopt van de openbaarheid en de onpartijdigheid van de rechtspraak en de op die openbaarheid toegelaten beperkingen 'where publicity would prejudice the interests of justice' in art. 6 EV enerzijds, en de vrijheid 'to receive an impart information' en de daarop toegelaten beperking om het gezag en de onpartijdigheid van de rechter te waarborgen in art. 10 EV anderzijds. Een belangenafweging die de rechter kan nopen de deuren te sluiten, kan soms ook de pers ervan weerhouden te publiceren.

De sub judice regel is als rechtsregel bekend in het Angelsaksische recht en via het 'contempt of court'-instrument afdwingbaar (174). In Nederland heeft zij het nooit verder gebracht dan een door vele becritiseerde fatsoensregel. Zo pleitte een werkgroep van de Orde van Advocaten in 1977 voor algehele afschaffing van dit fatsoen als 'een wezensvreemde bevoogding van de beroepsrechter' (175). Toch is het probleem in het licht van de in Nederland toepasselijke artt. 6 en 10 EV niet zo gemakkelijk van de tafel te vegen. De uitwerking die een beginsel of regel op nationaal niveau heeft gekregen, is immers niet beslissend voor de maatstaven die op het niveau van het EV moeten worden aangelegd.

De kwestie is uitvoerig aan de orde geweest in het Sunday Times-arrest van 26 april 1979 (176). Bij de Engelse rechter was al geruime tijd een procedure aanhangig om van de licentiehouders van het slaapmiddel Softenon (in Engeland: Thalidomide) schadevergoeding te verkrijgen voor 'Softenon-babies'. De Sunday Times publiceerde een scherp artikel dat de ellende van de ouders aan de orde stelde en het uitblijven van schadevergoeding becritiseerde.

(174) Ik verwijs voor een overzicht naar N.J.P. Giltay Veth, 'De sub judice regel' inaugurele rede 1980 en de door deze aangehaalde Nederlandse literatuur.

(175) Pers en Rechtspraak, Rapport van een werkgroep gevormd op initiatief van de Nederlandse Orde van Advocaten, blz. 20.

(176) Publ. ECHR series A, vol. 30 (1979), NJ '80, 146 met noot EAA.

de. Het aangekondigde vervolgartikel werd op verzoek van de licentiehouders in een relator-actie met de Attorney-General door de rechter in eerste aanleg verboden op grond van de sub judice regel. Het verbod werd door de High Court of Appeal vernietigd, maar door het House of Lords bevestigd. Het ECHR gaf de High Court of Appeal gelijk. Het ECHR volgde daarbij een soortgelijke benadering als de appèlrechters door het algemeen belang dat met informatievervalschafting was gediend af te wegen tegen het algemeen belang dat bij onpartijdige rechtspraak is gediend. In het gegeven geval (waarbij het ECHR, evenals de appèlrechter in aanmerking nam dat de procedure slapende, in 'a legal cocoon', was) prevaleerde het belang van de informatievervalschafting (177).

Er dient dus telkens een afweging van deze algemene belangen plaats te vinden om te kunnen beoordelen of in het gegeven geval het sub judice beginsel dient te prevaleren. In Nederland zal zo iets in het algemeen in een 1401-actie tot verkrijging van rectificatie of een verbod voor de toekomst tussen het publiciteitsmedium en een procespartij aan de orde komen, dus als een vorm van horizontale of derdenwerking van grondrecht (178).

In het belang van een 'fair trial' zal in het algemeen een 'fair comment' zijn toegelaten (179). Ook schijnt een discussie van nog aanhangige procedures in vaktijdschriften niet uitgesloten, al zal ook daar de 'fair comment'-regel moeten gelden; zo 'belangeloos' is de juridische wetenschap nu ook weer niet (180). Duidelijk over de schreef ging de pers echter in het geval Menten, al was er een appèl voor nodig om dat door het Hof te laten vaststellen (181).

(177) Vgl. Lord Denning, 'The due process of law' 1980, blz. 47-49.

(178) Vgl. EAA in zijn noot NJ '80, blz. 471.

(179) Lord Denning a.w. blz. 50; Giltay Veth t.a.p. blz. 23 en 24.

(180) Sunday Times-arrest par. 65: 'There is a general recognition of the fact that the courts cannot operate in a vacuum. Whilst they are the forum for the settlement of disputes, this does not mean there can be no prior discussion of disputes elsewhere, be it in specialised journals, in the general press or amongst the public at large.'

(181) Hof Amsterdam 15-9-77, NJ '77, 490.

27. *Rondom de rechter*

Op het moment dat wij voor de rechter stonden, zagen wij de rechterlijke functie uiteenvallen in tal van administratieve en deskundige instanties bij wie wij ons eerst of tegelijk met het ahangig maken van de zaak moesten vervoegen. Wij kunnen ze in adviserende en beslissende instanties onderscheiden. Soms gaan zij op in een administratief beroep dat uitmondt bij de administratieve rechter, soms moeten zij gehoord worden of iets hebben beslist voordat de gewone rechter van het geschil kan kennis nemen. Wanneer zij de status van adviesinstanties hebben, 'beslissen' hun adviezen de facto vaak het geschil.

De literatuur is ze, in navolging van het begrip pseudo-wetgeving, gaan aanduiden als 'pseudorechtspraak' (182). Ze spreken dan wel geen 'recht', hun werkzaamheid kan een geschiloplossend effect hebben dat met rechtspraak grote gelijkenis vertoont.

Bij de beoordeling van deze instanties moet worden voorop gesteld dat het op zichzelf niet onverenigbaar met art. 6 EV is, wanneer de betrokkenen met hun probleem of geschil eerst naar een niet rechterlijke instantie toe moeten, mits er maar een rechterlijke instantie naar de maatstaven van art. 6 EV beschikbaar is, die (daarna) van alle feitelijke en juridische aspecten van het geschil kan kennisnemen (183). Dit past in het in par. 25 geschetste beeld

(182) J.F. Rang, 'Pseudorechtspraak in het sociale verzekeringsrecht' in SMA 1975 blzz. 433 e.v. J.M. Polak, 'Vormen en beginselen van rechtspraak in het algemeen', in Publicatie van de Vereniging voor Bouwrecht nr. 4.

(183) Arrest Le Compté 23-6-82, NJ '82, 602 par. 51:

'Art. 6 lid 1, hoewel het het recht op een "rechterlijke instantie" bevat (zie par. 44 hierboven), verplicht de Verdragsluitende Staten niet geschillen ten aanzien van "burgerlijke rechten en verplichtingen" te onderwerpen aan procedures, die in elk van hun stadia in overeenstemming met de voorschriften daarvan voor "rechterlijke instanties" plaats hebben. De noodzaak van soepelheid en doeltreffendheid, volkomen verenigbaar met de bescherming van de rechten van de mens, kunnen het voorafgaand optreden van administratieve of beroepsorganen rechtvaardigen en a fortiori van rechtsprekende organen die niet in alle opzichten aan deze zelfde voorschriften voldoen; een dergelijk systeem kan zich beroepen op juridische traditie van vele lid-staten van de Raad van Europa.'

van de rechtspraak van het ECHR die kiest uit klassieke en moderne tendensen in de rechtspleging.

De vraag of pseudorechtspraak in het licht van art. 6 EV 'mag', is daarom niet zozeer of de pseudorechtsprekende instanties aan de maatstaven van art. 6 EV voldoen, maar of die instanties de mogelijkheid tot kennisname van het geschil door de rechter beperken. Is dat het geval, en voldoen zij zelf niet aan de maatstaven van art. 6 EV, dan is er een aanwijzing voor strijd met het Verdrag.

Betekent het voorgaande dat die pseudorechtsprekende instanties, dan maar niet de fair trial beginselen in acht moeten nemen? Hier komt het minimumkarakter van art. 6 EV tot uitdrukking. Het is uiteraard gewenst dat ook in die fase procedureregels worden nageleefd (184). De rechter die (daarna) van het geschil kennis neemt kan (en wellicht: moet hij) juist door het niet in acht nemen daarvan minder waarde aan deze fase van de geschiloplossing toekennen.

Het is niet doenlijk een volledige catalogus van pseudorechtsprekende instanties op te stellen. Bovendien bevinden vele zich op het terrein van de administratieve rechtspraak dat niet tot het onderwerp van dit preadvies behoort. Ik maak een kleine bloemlezing van instanties die men aan de gewone rechter kan 'toerekenen', omdat geschillen waar deze instanties zich mee bezighouden uiteindelijk bij deze rechter terechtkomen. Anders gezegd: het zijn over het algemeen administratieve instanties waar zich voornamelijk 'civilisten' vertonen.

In het arbeidsrecht:

— Het Gewestelijk Arbeidsbureau (GAB): Geen opzegging van een overeenkomst zonder vergunning van het GAB. De gewone rechter verklaart een ontslag dat zonder vergunning is gegeven, nietig. Het BBA staat op de negatieve lijst van de Wet AROB, terwijl een bijzondere administratieve rechtsgang ontbreekt.

— Commissie Gelijke Behandeling: Een vordering tot naleving van de Wet Gelijk Loon bij de Kantonrechter is niet ontvanke-lijk, wanneer niet een advies dat niet ouder dan drie maanden is,

(184) J.M. Polak a.w. (noot 182) blz. 8: 'De voor echte rechtspraak geldende beginselen zullen op die verschillende categorieën van semi-rechtspraak in telkens andere dosering moeten worden toegepast.'

wordt overgelegd (art. 16 van de Wet d.d. 1-4-75, Stbl. 129). De Commissie kan op grond van art. 6 van de Wet Gelijke Behandeling Mannen en Vrouwen een 'zienswijze' ter kennis brengen van degenen die een geschil over ongelijke behandeling moet berechten.

— Bedrijfscommissies: De bedrijfscommissie hebben op grond van de Wet Ondernemingsraden (WOR) verschillende bevoegdheden. Sommige beslissingen zijn uitgezonderd van het beroep op de Minister en staan op de negatieve lijst van de Wet AROB. Het gaat om art. 13 (uitsluiting van een lid van de ondernemingsraad), art. 17 lid 1 (geschil over het ter beschikking stellen van voorzieningen aan de ondernemingsraad), art. 19 lid 1 (geschil over ter beschikking stellen agendastukken), art. 22 lid 2 (geschil over de kosten van de deskundigen van de raad) en art. 23 lid 1 en 23a lid 6 (geschil over vergaderdata en de op de vergadering uit te nodigen deskundigen).

In het onderwijsrecht:

— Het onderwijzend personeel aan instellingen van bijzonder onderwijs heeft een eigen rechtspositieregeling. Ontslagbesluiten worden getoetst door Commissies van Beroep (kringenrechtspraak). Daarnaast is er een aanvullend beroep op de gewone rechter.

In het huurrecht:

— Huurcommissies: Op grond van art. 3 van de Wet Huurcommissies (Wet van 18-1-79, Stbl. nr. 16) hebben deze commissies een groot aantal adviserende bevoegdheden in huuraangelegenheden. Zij nemen de taak van de ouder Huuradviescommissies over, voorzover deze nog taken op grond van de Huurwet hebben. Ingevolge art. 1623c BW is de verhuurder verplicht bij de beëindiging van de huur van een woonruimte op straffe van niet-ontvankelijkheid een advies van de commissie over te leggen. Hetzelfde geldt voor verzoeken tot vaststelling van de huur op grond van de Huurprijzenwet (art. 27).

In het familierecht:

— De Raad voor de Kinderbescherming: De Raad is de belangrijkste adviserende instantie in zaken betreffende minderjarigen. Zijn advies is dikwijls doorslaggevend.

In het vennootschapsrecht:

— Commissie voor Fusie-aangelegenheden van de SER: Ingevolge SER-besluit van 21 november 1975 (gewijzigd bij besluit van 16 maart 1979) 'bevordert' de commissie de naleving van fusiegedragsregels.

In het recht van industriële eigendom:

— De Octrooiraad: Krachtens de Rijksoctrooiwet beslist de Octrooiraad in hoogste ressort over de verlening van een octrooi. De Wet Arob zondert in art. 1 onder g de Octrooiraad van het AROB-beroep uit. De gewone rechter is krachtens art. 55 e.v. van de Rijksoctrooiwet ten aanzien van alle andere geschillen bevoegd.

28. Het Gewestelijk Arbeidsbureau

De ontslagcontrole van het GAB is al vrij snel onder vuur genomen langs de weg van het EV. De eerste aanval werd geopend met het argument dat de directeur slavernij en dwangarbeid in de zin van art. 4 EV zou bedrijven. De gang naar het GAB is een weinig tot vreugde stemmende gebeurtenis, het onthaal aldaar aan de zuinige kant, de associatie met slavernij en dwangarbeid is toch nooit bij mij opgekomen en klaarblijkelijk ook niet bij de rechter (185).

Serieuzer was het op art. 6 EV stoelende verwijt dat de door de directeur uitgeoefende ontslagcontrole niet beantwoordde aan de maatstaven van dit artikel (186). Ondanks deze op het eerste gezicht gegronde kritiek verklaarde de Commissie een klacht van een werknemer, die na verkregen vergunning, werd ontslagen, niet ontvankelijk (187).

In de eerste plaats stelt de Commissie dat er geen burgerlijk recht

(185) Pr Rb Rotterdam 15-6-61, NJ '61, 470 (hier beriep de werkgever zich nota bene op art. 4 EV); Hof Amsterdam 2-11-61, NJ '62, 441.

(186) Door C.H.F. Polak aan de orde gesteld in 'De rechten van de mens in mondiaal en Europees perspectief', A.A. Libri, Rechten van de mens 1, 1980, blz. 75. Zie voorts P.F. van der Heijden 'Het fair trial beginsel en pseudorechtspraak in het sociaal recht', SMA 1981 blzz. 7 e.v.

(187) Rapport 8-10-80 (8974/80), NJ '81, 149 m.nt. FAA, SMA '81, blz. 758 m.nt. P.F. van der Heijden.

van de werknemer zou zijn geraakt omdat de vergunningsverlening uitsluitend ziet op de relatie werkgever/directeur GAB: het is de werkgever die uiteindelijk beslist over de beëindiging van de overeenkomst. Dit is op zichzelf juist. Van der Heijden merkt in zijn noot echter op dat dit open laat de vraag wat het geval is, wanneer de ontslagvergunning aan de werkgever geweigerd wordt. De werkgever wordt daardoor immers wel rechtstreeks in een burgerlijk recht geraakt. De werkgever heeft weliswaar de mogelijkheid een ontbinding wegens gewichtige redenen aan de Kantονrechtter te vragen op grond van art. 1639w BW, maar deze wijze van beëindiging heeft een ander karakter. Daaraan kan men toevoegen dat de werkgever die ontbinding vraagt, meestal meer of andere redenen zal moeten aanvoeren dan bij het GAB.

Annotator Alkema wijst erop dat de voorgenomen wijziging van het BBA en BW waarbij de ontslagcontrole voor de handelingen van de werkgever wordt gehandhaafd, zeker niet in overeenstemming met art. 6 EV is. Het GAB gaat als eerste en enige instantie de voorgenomen beëindiging op redelijkheid toetsen (art. 1639f nieuw) (188).

In de tweede plaats stelde de Commissie vast dat de werknemer bij beëindiging van de overeenkomst door de werkgever wel beroep op de rechter openstaat, in welk verband de Commissie verwijst naar art. 1639s BW (toetsing op kennelijke onredelijkheid). De Commissie voegt eraan toe dat zij geen reden heeft om aan te nemen dat deze procedure niet aan art. 6 EV zou voldoen, omdat in deze procedure de rechter zowel van de juridische als van de feitelijke kant van de zaak kennis neemt.

Van deze tweede overweging kan men zeggen dat òf het onderzoek van de Commissie onvoldoende is geweest òf het probleem daarmee is verschoven naar art. 1639s BW. De controle die de rechter bij een procedure wegens kennelijk onredelijk ontslag uitvoert, is (zeker voor wat de aangevoerde redenen van ontslag betreft) uiterst marginaal. Uit het gepubliceerde rapport blijkt niet of de klacht in voldoende mate op dit aspect was toegespitst (189).

(188) Bijl. II 75-76, 13656 nrs. 1-3.

(189) Dit probleem wordt ten dele ondervangen door het in de vorige noot genoemde ontwerp waarin het criterium van art. 1639s BW wordt verruimd (zie MvT blz. 10). De rechter heeft een door het GAB op redelijkheid getoetst ontslag echter als een voldoende feit te aanvaarden.

Het ziet er naar uit dat Straatsburg voorlopig nog niet van het GAB is verlost. Er blijven nog allerlei varianten over.

29. Bedrijfscommissies

De bedrijfscommissies hebben blijkens de WOR tal van beslissingsbevoegdheden. Ik houd mij hier slechts bezig met die genoemd in par. 27. Van de aldaar genoemde beslissingsbevoegdheden rijst onmiddellijk de vraag of ze (alle) de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen raken. Rekent men de rechten en bevoegdheden op grond van deze wet toe aan het publiekrecht dan is dat nièt, rekent men terug naar de arbeidsverhouding dan is dat wèl het geval (190).

De hier besproken beslissingen van de Commissie zijn dan wel niet appellabel langs administratiefrechterlijke weg, een gang naar de gewone rechter is niet bij voorbaat uitgesloten. De President te Den Haag kreeg een geval te berechten waarbij een uitgesloten lid van de OR een vordering uit onrechtmatige daad instelde tegen de bedrijfscommissie en de voorzitter van de ondernemingsraad wegens schending van fair trial beginselen en schending van art. 6 EV. De President wees die vordering af met het (op zich juiste) argument dat art. 6 EV niet op de bedrijfscommissie van toepassing is. Schending van het fair trial beginsel achtte hij in casu niet aanwezig (191). Het is de vraag of in deze zaak niet langs art. 6 EV heen werd geprocedeerd. Even aangenomen dat het om de vaststelling van een burgerlijk recht gaat, zou de stelling immers kunnen zijn dat de President inhoudelijk had te beoordelen of de betrokkene terecht was uitgesloten, omdat deze recht had op een beslissing over dit punt door een rechterlijke instantie. Uitgaande van dezelfde hypothese zou men ook vragen over het niet willen vergoeden van de kosten van een deskundige (art. 22 lid 2) uiteindelijk aan de gewone rechter kunnen voorleggen.

(190) Vgl. hoofdstuk II en P.F. van der Heijden, SMA '81, blz. 17 en preadvies Hirsch Ballin blz. 81.

(191) Pr Rb Den Haag 7-10-82, rolnr. 82/819, niet gepubliceerd.

30. *Kringenrechtspraak*

Het onderwijzend personeel bij het bijzonder onderwijs heeft een eigen rechtspositie geregeld in de zogenaamde rechtspositiebesluiten. Voorzover er geen eigen rechtspositieregels zijn, zijn de bepalingen van de arbeidsovereenkomst van toepassing. In deze rechtspositiebesluiten is een eigen rechtsgang op de zogenaamde Commissies van Beroep geregeld die met uitsluiting van de gewone rechter over de rechtsgeldigheid van de ontslagbesluiten van de schoolbesturen (het 'bevoegde gezag') oordelen (192). Behalve dat de Commissies op wettelijke bepalingen steunen, stelt de overheid als subsidievoorwaarde dat het schoolbestuur bij de aanstelling van een onderwijzer beroep op deze Commissies openstelt (193). De geschillenbepaling die altijd in de benoemingsakte van het personeelslid voorkomt is daarom, naar mijn oordeel, niet aan te merken als een bindend adviesclausule die vrijwillig is overeengekomen, maar te zien als het sluitstuk van een dwingend aan partijen opgelegde geschillenregeling buiten de gewone rechter om. Ik plaats de kringenrechtspraak daarom in dit hoofdstuk, en niet in het volgende over de particuliere rechtspraak.

De evidente grondwettelijke bezwaren tegen deze constructie (in verband met het hierna in par. 34 nog te bespreken ius de non evocando) heeft men wel trachten glad te strijken met een beroep op de soevereiniteit in eigen kring die in zo belangrijke mate bepalend is voor de wijze van inrichting van ons bijzonder onderwijs (194). De vrijheid van onderwijs wordt wel vaker van stal gehaald om situaties te rechtvaardigen die niet passen in het universele beeld van de grondrechten; zo werd het voorontwerp Wet Gelijke Behandeling er recentelijk ook mee bestreden.

De Commissies worden paritair samengesteld uit vertegenwoordigers van organisaties van bestuur en personeel. De leden van de Commissies kiezen de voorzitter. Bijzondere waarborgen voor onafhankelijkheid ontbreken, al is de positie en procedure van de

(192) Zie onder andere art. 89 lid 7 en art. 92 LO-wet en Rechtspositiebesluit KO/LO 12-9-80, Stbl. '80, 486; art. 52 WVO en hoofdstuk III A van het Rechtspositiebesluit WVO d.d. 11-6-68, Stbl. '68, 377. Voor de voorgeschiedenis zie B.J. van der Net 'Kringenrechtspraak voor leerkrachten bij het bijzonder onderwijs'.

(193) Van der Net a.w. blzz. 12-13.

(194) Van der Net a.w. blz. 20.

Commissies in het KO/LO recentelijk beter geregeld (195). Mijns inziens moeten de Commissies daarom beoordeeld worden als het GAB: zij zijn geen rechterlijke instantie in de zin van art. 6 EV. De vraag komt daarom aan de orde in welke mate de gewone rechter de gegeven ontslagbesluiten nog toetst. Aanvankelijk meende de gewone rechter in het geheel geen taak te hebben naast de Commissies. Later is men de besluiten als een soort bindend advies gaan behandelen (196). Tenslotte is de rechter bereid gebleken art. 1639w toe te passen, om ook na vernietiging van het ontslagbesluit de overeenkomst wegens verstoring van de arbeidsverhouding te ontbinden (197). De gedragslijn is overigens niet steeds gelijk hetgeen tot grote rechtsonzekerheid leidt (198). Deze steeds verdergaande rechterlijke controle neemt niet weg, dat de rechters de discussie over het ontslagbesluit en de daarover door de Commissies gegeven beslissingen als een gegeven behandelen. Het ziet er daarom naar uit dat wij voor wat art. 6 EV betreft bij dezelfde positie belanden als het GAB: de 'kringen' vormen een hindernis voor een gang naar de rechter.

31. De Octrooiraad

De Octrooiraad bevindt zich in een ambivalente positie tussen publiek- en privaatrecht, tussen rechtspraak en administratie. De gewone rechter is voor een groot aantal geschillen bevoegd, maar over de weigering een octrooi te verlenen is de Octrooiraad (die daarover in 'administratief beroep' oordeelt) de uiteindelijk beslissende instantie. De octrooiverlening zelf is kennelijk een publiekrechtelijke aangelegenheid. Alle overige geschillen (bijvoorbeeld inbreukacties) lossen zich op in het burgerlijk recht en komen bij de gewone rechter terecht (199). De uitdrukkelijke uit-

(195) Zie B.J. van der Net, TvO 1981, blzz. 184 e.v.

(196) Zie de rechtspraakontwikkeling besproken in Van der Net a.w., hoofdstuk 6.

(197) Zie Kantonrechter Den Haag 28-1-82, AB '82, 479 m.nt. vdN en daar aangehaalde jurisprudentie.

(198) Vgl. P.W.C. Akkermans en W.A. Luiten, TvO '79, blz. 32.

(199) De competentie-afbakening is trouwens niet steeds duidelijk. Vgl. E.A. van Nieuwenhoven Helbach, 'Nederlands Handels- en Faillissementsrecht II', 6e druk, par. 61.

zondering in art. 1 onder g van de Wet AROB is blijkens de memorie van toelichting opgenomen, omdat er twijfel kan bestaan of een beschikking van een afdeling van de Raad die over het beroep beslist, als rechtspraak kan worden betiteld (art. 1f Wet AROB zondert rechtsprekende instanties uit) (200).

De samenstelling en werkwijze van de Octrooiraad voldoet aan zekere waarborgen van onafhankelijkheid (de leden worden echter niet voor het leven benoemd) vergelijkbaar met een rechterlijk college (art. 14 Rijksoctrooiwet, par. 1 van het Octrooiereglement). Er maken ook juristen deel uit van de Raad, al overheersen de technici. Toch moet de vraag worden gesteld of de Octrooiraad een rechterlijk instantie in de zin van art. 6 EV is. Er zitten immers geen rechters in de raad. Het ECHR stelt niet de eis dat een college geheel uit rechters bestaat, onzeker is of de aanwezigheid van enige juristen die niet tot enige nationale rechterlijke macht behoren voldoende is. Ik meen dat dat niet het geval is.

In de praktijk wordt het ontbreken van rechters als een bezwaar gevoeld omdat de Raad bij beslissing over octrooiverlening te hoge eisen stelt (te technisch opereert), terwijl de daarnaast bestaande competentie van de gewone rechter tot materieelrechtelijk verschillende beslissingen leidt, waardoor rechtsongelijkheid dreigt (201). Een moderne wet als de Zaaizaad- en Plantgoedwet heeft het beroep op de rechter over het algemeen beter geregeld. Ziet men in de Octrooiraad geen rechterlijke instantie in de zin van art. 6 EV, dan is de uitsluiting van een beroepsmogelijkheid op een rechter in strijd met het Verdrag. Acht men de Raad wél een rechterlijke instantie, dan zijn de regels van art. 6 EV daarop van toepassing. Het procesrecht is in de Rijksoctrooiwet en het Octrooiereglement summier geregeld (art. 18 van de wet, art. 14 van het reglement), al is het aangevuld door jurisprudentierecht. Met name kan dit echter consequenties hebben voor de openbaarheid van de zittingen van de Raad in de fase van de openbaarmaking van de aanvraag. De Raad karakteriseerde deze zittingen lang geleden als 'slechts vergaderingen met partijen' (202).

(200) S & J-editie 154, 2e druk, blz. 89.

(201) E.A. van Nieuwenhoven Helbach a.w. (noot 199) par. 61 en diens 'Triptiek van Beschermingsomvang', 1966, blzz. 13 e.v.

(202) Beschikking d.d. 10-4-22, NJ '22, blz. 664; W.H. Drucker, 'Handboek voor de studie van het Nederlands octrooirecht', 1924, blz. 513 en B.M. Telders, 'Nederlands octrooirecht' 1946, blz. 125.

Ik ga van de 'beslissers' over naar de 'adviseurs' en breng in deze paragraaf samen de Commissie Gelijke Behandeling, de Huurcommissies, de Raad voor de Kinderbescherming, en de Commissie Fusie-aangelegenheden — bien etonnés de se trouver ensemble.

Ik begin met de Huurcommissies, omdat zij zo'n perfect voorbeeld vormen van een juridificering van de besluitvorming. Bij de invoering van deze colleges werden zij door de regering nadrukkelijk als adviescolleges gepresenteerd, maar vanuit de Tweede Kamer en ook uit de praktijk bleken ze vaak als rechter te worden beschouwd. Ze zijn terecht kort geleden als pseudorechter beschreven (203). De regering benadrukte tijdens de parlementaire behandeling van de wet het — niet bindend — adviserend karakter van de commissies onder verwijzing naar art. 170 GW, zij had ook op art. 6 EV kunnen wijzen (204). Niettemin vertoont de regeling van de samenstelling van de commissies (onder een onafhankelijke juridisch geschoolde voorzitter), de benoemingswijze van de leden en de procedure veel trekken van een rechterlijk college. Art. 14 van de wet bepaalt dat de zittingen openbaar zijn. De artt. 17 en 18 zijn geheel geïnspireerd op fair trial beginselen.

De Kluiver heeft in zijn geciteerde artikel aangegeven dat de toegang tot de rechter belemmerd kan worden in die gevallen waarin de Commissie geen uitspraak doet, of het verzoek niet ontvankelijk verklaart. Een deel van die problemen wordt door wetswijziging weggenomen, een ander deel door uitleg van de wet. Een onderzoek naar gepubliceerde uitspraken van Kantonrechters toont bovendien aan dat de adviezen van de Commissie lang niet altijd worden gevolgd. Als geheel ziet het er naar uit dat een evenwicht tussen rechterlijke controle en advisering is bereikt, althans bereikbaar is.

Zijn de Huurcommissies dus een schoolvoorbeeld hoe in de deskundige feitelijke fase reeds een fair trial kan plaatsvinden zonder dat dit de toegang tot de rechter behoeft te blokkeren, van de andere hier besproken instanties kan dat niet worden gezegd.

De Raad voor de Kinderbescherming stelt een zelfstandig onder-

(203) H.J. de Kluiver, 'De huurcommissie; van adviseur naar pseudorechter', *Praktijkids* 1982, blzz. 533 e.v.

(204) Zie de Memorie van Toelichting geciteerd in Van den Heuvel, *Huurrecht* II aant. 2 op art. 3 van de Wet Huurcommissies.

zoek naar de feiten in waarbij belanghebbende partijen worden gehoord; er bestaat niet of nauwelijks gelegenheid de inhoud van het uiteindelijke rapport te beïnvloeden.

Het rapport staat bij de rechter weliswaar integraal ter discussie, partijen liggen toch 'een slag achter'. Een procedureregeling omtrent het horen van partijen en belanghebbenden door de Raad ontbreekt.

De Commissie Gelijke Behandeling heeft, zoals wij zagen, een aantal adviserende taken in verband met de Wet Gelijk Loon en Wet Gelijke Behandeling Mannen en Vrouwen. Dit takenpakket wordt blijkens het voorontwerp Wet Gelijke Behandeling nog uitgebreid (205). De Commissie beschikt thans niet over een procedurereglement. Het voorontwerp voert een procedureregeling in en het belang van deze fair trial regels is door de Emancipatieraad kort geleden in zijn advies over de wet sterk benadrukt (206).

Hoe wenselijk de verbetering van de procedure bij de Commissie ook is, niet gezegd kan worden dat, zoals wel is betoogd, het feit dat in een aantal gevallen het advies van de Commissie voorwaarde voor een gang naar de rechter is, in strijd met art. 6 EV is (207). Het daarvoor ook wel gebezigde argument dat de Commissie in feite de zaak beslist, is onvoldoende onderbouwd (208).

De Commissie Fusie-aangelegenheden kan openbare berispingen of kennisgevingen doen ten aanzien van degenen die naar haar oordeel in strijd met de gedragsregels hebben gehandeld. Art. 32 van de Gedragsregels voorzien erin dat de Commissie zo'n maatregel niet neemt alvorens de betrokkenen te hebben gehoord. Het effect van de beslissingen van de Commissie is niet geheel duidelijk. Er is wel betoogd dat het niet naleven van de Code een onrechtmatige daad kan opleveren (209). In een geschil daarover bij

(205) Men zie de artikelenreeks in NJB 1982, blzz. 365 e.v.

(206) Advies Emancipatieraad oktober 1982, blzz. 175-177.

(207) Aldus L. Hendriks-Renckens AA '76, blz. 196 en P.F. van der Heijden, SMA 1981, blz. 16. Beiden zien mijns inziens over het hoofd dat art. 6 EV zich niet verzet tegen een niet-rechterlijke 'voortrein'.

(208) Vgl. I.P. Asscher-Vonk, SMA 1981, blz. 181. Wie de jaarverslagen van de Commissie nauwkeurig leest, komt eerder tot de conclusie dat de werknemers die zich met succes bij de Commissie beklagen met onmiddellijk ontslag worden bedreigd.

(209) Vgl. Rechtspersonen IV (C.A. Boukema) Fusie par. 3.3.4. en daar aangehaalde literatuur.

de gewone rechter speelt een openbaar gemaakte beslissing van de Commissie ongetwijfeld een rol, hetgeen het belang van de fair trial beginselen in de voorfase onderstreept.

X. PARTICULIERE RECHTSPRAAK

33. *Weg van de rechter*

Er wordt in Nederland in particuliere kring gretig recht gedaan. Het gebeurt in hete, dikwijls gehuurde vergaderzaaltjes, soms tot diep in de nacht. Het is een rokerig soort rechtspraak want spoedig na de opening van de zitting gaat de brand in de bolknakjes die met een joviaal gebaar worden geserveerd.

Oude gevestigde arbitrage-instituten opereren naast relatief jonge informeel werkende geschillencommissies. De behoefte de deskundigheid en de groepsopvattingen bij de hand te hebben of in informele sfeer snel en efficiënt geschillen op te lossen doen vaak (en wellicht in toenemende mate) tot berechting in eigen kring besluiten (210).

Vaak spelen echter ook protectionistische motieven een rol: zo lang men de zaak in eigen kring behoorlijk regelt, wordt de strafte hand van de overheid op een afstand gehouden.

De particuliere rechtspraak is over het algemeen te herleiden tot de rechtsfiguren van de arbitrage en het bindend advies. Ook de op verenigingsrechtelijke grondslag beoefende tuchtrechtspraak zou ik tot het bindend advies willen rekenen. Er zal dus op een of andere wijze een overeenkomst of een lidmaatschapsverhouding moeten worden geconstrueerd die het optreden van de particuliere rechters legitimeert. De gedachte is dat de betrokkene nooit 'tegen zijn wil' zo'n vergaderzaaltje binnen wandelt. De vraag is daarom of de argeloze wandelaar op weg naar het Paleis van Justitie zijn koers verlegde naar het vergaderzaaltje omdat hij getroffen werd door de voordelen van de particuliere rechtspraak, of doordat hij verstrikt raakte in de netten van het groepsprotectionisme.

(210) W.F. Haak, in: 'De toekomst van de rechtshulp' 1977, blz. 85 spreekt over een vlucht naar de particuliere rechter.

Het probleem is niet nieuw voor Nederland. Rond art. 170 GW is heftig gediscussieerd over de vraag wanneer iemand 'tegen zijn wil' van de hem door de wet toegekende rechter wordt afgetrokken (211). Het recht op een rechter dat in deze grondwettelijke bepaling (en het nieuwe art. 1.16 GW) in negatieve vorm is erkend (je mag geen handelingen verrichten die iemand van de rechter afhouden), heeft in een aantal arresten van de Hoge Raad vorm gekregen (212). De van oudsher als horizontaal werkend opgevatte grondwettelijke bepaling (213), levert dan in het bijzonder problemen op bij partijen die gebonden worden aan collectief tot standgekomen privaatrechtelijke regelcomplexen, zoals statuten en standaardvoorwaarden. De Hoge Raad stelde aan een 'wilsbinding' in deze gevallen geen al te hoge formele eisen (214).

Het probleem heeft op nationaal niveau een nieuwe dimensie gekregen door het bij de Tweede Kamer ingediende wetsontwerp algemene voorwaarden, waarin de arbitrale bedingen in algemene voorwaarden tot onredelijk bezwarend (en daarmee vernietigbaar) worden verklaard, tenzij zo'n beding uitdrukkelijk de bevoegdheid geeft een gerezen geschil aan de gewone rechter voor te leggen (215).

Blijkens de Memorie van Toelichting is aan dit systeem de voorkeur gegeven boven een omslachtiger stelsel waarbij de arbitrage-instituten en -procedures aan enigerlei vorm van toetsing door de overheid zouden worden onderworpen. Soms komt een erkenningsregeling inderdaad in combinatie met de 'vrijwilligheidsvoorwaarde' voor, zoals bijvoorbeeld bij de subsidievoorwaarden van de branchegeschillencommissies waarin minimumvoorwaarden

(211) Zie voor een overzicht van de literatuur M.J.P. Verburgh, AR 1969, nr. 573, blzz. 57 e.v., A.F.M. Brenninkmeijer, 'Grondrechten, commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet' A.A. Libri serie Staats- en Bestuursrecht blzz. 346 e.v. en Contractenrecht IV (Den Drijver) nr. 183.

(212) HR 8-5-51, NJ '52, 144 m.nt. DJV (College van Rijksbemiddelaars: algemeen verbindend verklaring bindend adviesregeling); HR 24-9-64, NJ '65, 359 m.nt. JHB (Bindend advies in een reglement van de Vereniging van Appartementseigenaren).

(213) A.G. Maris, HNJV 1969, eerste stuk, blzz. 36 e.v.

(214) HR 27-10-67, NJ '68, nr. 3; vgl. ook M.J.P. Verburgh, AR 1969, blzz. 59 en 64; HR 20-11-81, NJ '82, 517, AA '82, blz. 249 zaait weer twijfel.

(215) Bijl. II '81, 16983, 1-3, art. 6.5.2A.3 sub o.

(t.a.v. de procedure) worden gesteld om voor subsidie in aanmerking te komen, doch daarnaast in de praktijk er op wordt toegezien dat de betrokkene instemt met een beslissing door een branchegeschillencommissie. Art. 9d van de Wet Economische Mededinging geeft minimumvoorwaarden voor de geldigheid van een in een mededingingsregeling voorkomende rechtspraakregeling.

Het is hier niet de plaats uitvoerig in te gaan op de ontworpen regeling. Sommigen zullen menen dat zij onvoldoende gevallen bestrijkt, anderen zullen van oordeel zijn dat zij in de gevallen die zij bestrijkt ondoelmatig is en tot rechtsonzekerheid leidt. De kampen verdelen zich hier in vertolkers van het nut van arbitrage en bestrijders van bedenkelijk groepsprotectionisme. De discussie over de mate van vrijwilligheid waarmee de betrokkene zich van de rechter heeft laten aftrekken is in elk geval nieuw leven ingeblazen. Dit noopt tot een scrupuleus onderzoek naar de mate van binding aan de uitspraken van de particuliere rechter. Ook kan zich de bij horizontaal werkende grondrechten dikwijls optredende situatie voordoen van conflicterende grondrechten. Om een actueel voorbeeld te noemen: kan bijvoorbeeld de aanbieder van een advertentie op enigerlei wijze gebonden worden aan uitspraken van de Reclame Codecommissie, waarvan alleen de belanghebbende groeperingen de binding hebben aanvaard, terwijl anderzijds het recht van vrije meningsuiting dat bij een dergelijke advertentie al spoedig in het geding zal zijn, alleen bij wet (en dus: door een rechter) kan worden beperkt (216)?

Het komt mij voor dat art. 6 EV voor deze problemen geen wezenlijk nieuwe gezichtspunten oplevert. De positieve kant van dit artikel (maatregelen ter bevordering van de rechterlijke toegang; ik ging daar in hoofdstuk III op in) is sterker dan de negatieve kant, die spoort met art. 170 GW.

De Commissie heeft in de zestiger jaren een beslissing gegeven die de vrijheid van partijen om een andere particuliere rechter te kiezen vooropstelt. Zij stelt echter twee beperkingen, voor het geval de arbitrageclausule onder dwang is overeengekomen, of de aangewezen arbiters de arbitrage niet in de geest van de Conventie zouden hebben uitgevoerd (217). Uit deze uitspraak kan men de

(216) Deze vragen werden wel aan de orde gesteld in de door het Hof Amsterdam berechte zaken, maar niet beslist: zie Hof Amsterdam 30-10-80, NJ '81, 422 en Hof Amsterdam 25-7-82, NJCM-Bulletin 1982 blz. 246.

(217) Appl. 1197/61, Yearbook 1962, blzz. 88 e.v.

conclusie trekken dat art. 6 EV de keuze van de particuliere rechter toelaat, mits zij vrijwillig is (het 'dwang'criterium is, wat dat betreft veel beperkter dan de rechterlijke controle op tot stand koming van — of de binding aan standaardvoorwaarden die wij in Nederland kennen) en er rechterlijke controle op de wijze van uitvoering van de overeengekomen rechtspraak blijft (218).

35. Arbitrage en bindend advies

Uit het voorgaande vloeit voort dat de vrijheid een eigen rechter te kiezen rechterlijke controle op de procedure vooronderstelt. Deze zal zich met name op de fair trial beginselen en de onpartijdigheid van de particuliere rechter hebben te richten. Daarnaast kan er marginale inhoudelijke controle zijn. Bij onze bindend advies procedure vindt deze plaats via het goede trouw beginsel (219). Art. 649 Rv biedt deze controlemogelijkheid voor wat arbitrages betreft, terwijl de Hoge Raad ook rechtstreeks toetst aan fundamentele beginselen (220). In verband met de mogelijke partijdigheid van het secretariaat van een arbitraal college (waarvoor de wrakingsregeling niet geldt), achtte de Hoge Raad het zelfs mogelijk dat een arbitraal beding niet te goeder trouw wordt uitgevoerd wanneer er twijfels zijn over de onpartijdigheid van het secretariaat; men zou kunnen zeggen dat dit een voorbeeld is van een toetsing op uitvoering in de geest van behoorlijke rechtspraak, zoals de Commissie dat heeft geformuleerd (221).

De wraking van arbiters zelf moet ook door buitenstaanders, namelijk door de rechter worden beoordeeld (222).

De hier geschetste rechterlijke controle is met name zeer belangrijk in het verenigingsrecht. Daar wordt soms onder de mantel der liefde een stevige knuppel te voorschijn gehaald, en wan-

(218) Aldus F. Jacobs a.w. (noot 45) blz. 94; zie over artikel 6 EV in dit verband voorts A.F.M. Brenninkmeijer BR '82, blzz. 740 e.v. en H. den Doelder, 'Terrein en beginselen van tuchtrecht' 1981, blzz. 66 e.v.

(219) Voor de rechtspraak verwijs ik naar Contractenrecht IV (Den Drijver) nrs. 595 e.v.

(220) HR 8-11-63, NJ '64, 139 m.nt. HB. Vgl. ook W.C.L. van der Grinten, 'Particuliere rechtspraak', in Rechtspleging 1974 blz. 67 en noot 21.

(221) HR 17-12-54, NJ '56, 326.

(222) HR 27-4-17, NJ '17, blz. 687.

neer eenmaal de geest om met de knuppel een mep te geven over zo'n vriendelijk tuchtcollege vaardig is geworden, is het dikwijls minder ontvankelijk voor de inspiratie van een fair trial (223). Gezien de eigen aard van het tuchtrecht kan men zich bij die controle overigens zowel door de beginselen van het straf- als van het civiele proces laten leiden.

Men zal zeggen dat een onderzoek of er particulier recht is gedaan 'in de geest van de behoorlijke rechtspraak' uitsluit of die rechtspraak openbaar is geweest. Partijen verkozen immers mede een eigen rechter om die openbaarheid uit te sluiten. Deze conclusie is minder vanzelfsprekend dan zij schijnt. Belangrijke arbitrage-instituten of tuchtcolleges vervullen vaak een nagenoeg openbare functie. Dit kan met zich meebrengen dat de openbaarheid van de behandeling wel degelijk tot de toetsstenen kan behoren (224).

36. Contractuele hindernissen

Voordat wij de rechter definitief verlaten heb ik nog een kleine toegift op contractueel gebied.

Boeteclausules en incassokostenbepalingen (overigens door het in par. 34 geciteerde wetsontwerp ook min of meer 'zwart' gemaakt) kunnen een wezenlijke belemmering voor de toegang tot de rechter vormen. Zij kunnen onder het hoofd van door partijen opgeworpen kostenbarrières gebracht worden. Bijzonder frustrerend voor een gang naar de rechter zijn bijvoorbeeld, wat ik zou willen noemen, de taximeterbepalingen: bij niet-tijdige levering verbeurt U een boete van x-honderd gulden per dag voor iedere dag dat U in verzuim bent. Bij een geschil over het al dan niet in verzuim zijn (bijvoorbeeld is er een ontbindende voorwaarde in vervulling gegaan) is het voor de 'verzuimende' partij bijzonder lastig op korte termijn een rechterlijk oordeel te krijgen; een procedure tot verklaring voor recht is bij een tikkende taximeter geen rustige wijze van recht zoeken. Het kort geding leent zich niet voor declaratoire uitspraken.

Het als horizontaal werkend op te vatten art. 6 EV kan een moge-

(223) Men zie bijv. Hof Amsterdam 10-7-80, NJ '82, 105.

(224) H. den Doelder a.w. (noot 218) blzz. 133 e.v. gaat zelfs nog verder en meent dat er steeds openbaarheid tegenover de leden van de vereniging moet zijn.

lijkheid vormen de rechtsgeldigheid van deze clause te bestrijden. Men zou ook aan art. 170 GW kunnen denken. Het betreft hier echter eerder de positieve dan de negatieve kant van het recht op een rechter. Ik wijs op een interessant voorbeeld in de Belgische jurisprudentie, waar onder verwijzing naar art. 6 EV bezwarende incassoclausules nietig kunnen worden verklaard (225).

XI. SLOT

37. *De rechter en het proces*

Ik begon met de constatering dat er voor art. 6 EV geen civiel proces bestaat. Er zijn rechters die burgerlijke rechten en verplichtingen vaststellen. Ons nationale recht maakt een scherp onderscheid tussen de verschillende soorten rechters.

Zo opent praktisch ieder handboek over het burgerlijk procesrecht, in navolging van R. van Boneval Faure, met een opsomming van beginselen van het burgerlijk procesrecht (226). Die beginselen zijn: openbaarheid, lijdelijkheid van de rechter, hoor- en wederhoor, onderzoek in twee instanties, cassatiecontrole, verplichte procesvertegenwoordiging, niet kosteloze rechtspraak. Het administratief procesrecht wordt in antwoord daarop met behulp van contrasterende beginselen gekenschetst (227).

In de confrontatie van het burgerlijk procesrecht met art. 6 EV zien wij het beginsel van de lijdelijkheid, de verplichte procesvertegenwoordiging en de niet kosteloze rechtspraak *als beginsel* sneuvelen.

De overheid heeft een actieve rol in de naleving van art. 6 EV. De rechter heeft dat evenzeer in het toezicht op- en de uitvoering van een proces volgens de maatstaven van art. 6 EV; dat dwingt hem tot actiever optreden. De lijdelijkheid die de rechter soms *moet* hebben, is niet zozeer een eigen beginsel, als wel het gevolg

(225) J. Vélú, in Cappelletti-Tallon blz. 260 en de in noot 24 en 25 van dat artikel aangehaalde rechtspraak.

(226) R. van Boneval Faure I, 1893, blzz. 107 e.v. De beginselen zijn overigens lang niet onomstreden. Zie voor een kritische beschouwing: Van Dungen (Jansen) Rechtsvordering I, aant. 4 bij titel 1.

(227) Van Maarseveen-Van Galen, Geschriften van de Vereniging van Administratief Recht LXXXIII blzz. 26 e.v., blzz. 30 e.v.

van de werking van het fair trial beginsel dat de rechter ertoe noopt niet buiten partijen om zijn werk te doen.

De verplichte procesvertegenwoordiging is geen *beginsel*, evenmin als de veronderstelde procesmondigheid in het administratieve proces dat is (228). Iemand moet een adequaat rechterlijk gehoor kunnen vinden en daarbij in zaken die hij niet zelf aan kan over (kosteloze) rechtsbijstand *kunnen* beschikken. Dat bij de ingewikkeldheid van onze rechtsstaat rechtsbijstand daarom vaak noodzaak is, is een andere zaak.

Art. 6 EV reikt ons eerder de kosteloosheid als beginsel aan. Waar partijen bijdragen in de kosten mag dat niet de toegang tot de rechter belemmeren. Dat plaatst de nationale overheid voor moeilijke afwegingen welk deel van de kosten van de rechtspraak nog op de burgers is af te wentelen, zonder dat dit afbreuk doet aan de functie van de rechtspraak als geheel.

Men zou kunnen zeggen dat de drie hier besproken beginselen een onvolledige en historisch gedateerde uitwerking zijn van het centrale beginsel dat er een adequate toegang tot de rechter behoort te zijn.

De beginselen die zien op de 'double degré de justice' zijn ongetwijfeld van belang, maar wij zullen ze moeten rekenen tot de meerwaarde van de nationale rechtsorde. Daartegenover staat dat wij kennelijk de berechting binnen redelijke tijd nooit als *beginsel* onder woorden hebben durven brengen.

Het openbaarheidsbeginsel blijft fier overeind staan al leert het onderzoek van ons civiele proces dat het onvoldoende is verwerkelijk. De harde kern van het procesrecht, ook van het nationale, vormt het hoor- en wederhoorbeginsel en de daarvan afgeleide overige fair trial beginselen. Het Nederlandse proces en art. 6 EV passen hier in de traditie van het Europese procesrecht.

Het voordeel van beginselen, zoals zij voor het burgerlijke- en het administratieve proces werden geformuleerd, is dat zij de mechanismen die in een proces voor de rechter werkzaam zijn en de verschillende belangen die bij een procesvoering gemoeid zijn, zo duidelijk zichtbaar maken. Het is de niet geringe verdienste van art. 6 EV dat het het wezen van de rechtspraak in één synthese samenvat en in twee volzinnen tot een wettekst samenperst.

(228) Van Maarseveen-Van Galen a.w. blz. 69.

Art. 6 EV bevat een complexe norm die zich tot bestuur, wetgever, rechter en partijen richt. Aangenomen mag worden dat het binnen de Nederlandse rechtsorde directe – en in voorkomende gevallen – horizontale werking heeft (229).

Art. 6 EV en art. 170 (1.16) GW hebben dezelfde functie, voorzover zij de negatieve kant van het recht op een rechter vastleggen: handelingen die zijn gericht op het afhouden van iemand van de rechter kunnen ermee in strijd zijn. Art. 6 EV gaat echter veel verder in de uitwerking van de positieve kant van het recht op een rechter: het dwingt ook tot maatregelen ter bevordering van de uitoefening van het recht op een rechter. Daarnaast bevat het in geconcentreerde vorm de overige beginselen van behoorlijke rechtspraak die verspreid over- en in onvolledige vorm in onze wetgeving zijn terug te vinden. De inwerking van art. 6 EV heeft dus wel degelijk effect op onze rechtsorde. Een complicerende factor bij die inwerking is, dat de Hoge Raad een aansprakelijkheid van de staat uit onrechtmatige daad niet uitgesloten acht ('zou kunnen') in die gevallen dat een rechterlijke uitspraak met schending van art. 6 EV tot stand komt, 'daargelaten of de Nederlandse wetgeving aanknopingspunten bevat dat de nationale rechter daarover oordeelt' (230). Die laatste zin kan zowel inhouden dat de Hoge Raad die directe werking misschien toch niet zo direct acht, als dat hij de zaak aan het ECHR endosseert. Het ECHR kan immers schadevergoedingen toekennen bij geconstateerde schending van verdragsbepalingen.

Doelt de Hoge Raad op een zwakke directe werking, dan is het antwoord daarop dat dit niet past in de uitleg van het ECHR dat art. 6 EV een effectief 'access to the court' en een daarop volgend eerlijk en openbaar proces aan de burger garandeert (231).

Verwijzing naar het ECHR leidt echter tot een cirkelredenering,

(229) Zie over deze directe werking onder meer E.A. Alkema NJB 1980, blz. 197; preadvies Van Dijk blzz. 32 e.v.

(230) HR 3-12-71, NJ '72, 137 m.nt. GJS, AA XXII, blz. 156 m.nt. P.A. Stein; AB '72, 27 m.nt. St; HR 17-3-78, NJ '79, 204 m.nt. MS. Zie voorts J. Blomkwist AA XXI, blz. 281, J.B.M. Vranken, Advocatenblad 1973, blz. 564 en C.J. van Zeven in de Van Opstallbundel blz. 207.

(231) Vgl. E.A. Alkema, 'Rechterlijk toezicht en Europese vrijheidsrechten' in 'Vrijheid en recht' 1975, blz. 5.

omdat art. 50 EV het ECHR de bevoegdheid geeft een schadevergoeding toe te kennen, indien het nationale recht 'slechts gedeeltelijk rechtsherstel ten aanzien van de gevolgen' van de rechterlijke beslissing of de nationale overheidsmaatregel in strijd met het EV toelaat.

Het is waarschijnlijk dat het ECHR om die reden de zaak zal terugwijzen (232). Dat betekent dat in geval van een schending van art. 6 EV een 1401-actie moet worden ingesteld. Nu kan men echter een nieuwe cirkelredenering opzetten. Erkenning van de 1401-actie zou kunnen impliceren dat, nadat het onheil in een procedure is geschied, de nationale rechtsmiddelen niet zijn uitgeput, omdat men opnieuw op basis van art. 1401 kan beginnen. Aldus zou men ingevolge de regel van de uitputting van nationale rechtsmiddelen (art. 26 EV) niet naar Straatsburg toe kunnen (233).

Beide cirkels zijn mijns inziens te doorbreken, wanneer men onderscheid maakt tussen vaststelling van de schending van art. 6 EV en afwikkeling van de gevolgen daarvan. Art. 26 EV ziet op het 'foute' proces, art. 50 EV op het 'goedmakings'-proces.

De 'daargelaten' vraag en de tamelijke irrealis van het 'zou kunnen' zijn in elk geval geen warme uitnodiging om op basis van art. 1401 maar eens aan de slag te gaan. Ik kom er toch op terug, maar laat mij eerst het spoor van het 'foute' proces zelf volgen.

De meest simpele uitgangsstelling is dat art. 6 EV direct werkt en door de Nederlandse rechter met eventuele terzijdestelling van nationaal recht wordt toegepast. Er is geen taak voor de wetgever. Het lijkt een te simpel instrument voor een te ingewikkeld probleem. Geen doe-het-zelf van nature, ondervind ik menigmaal dat het verwijderen van een schroefje uit een apparaat, de verrassendste gevolgen voor de samenhang van de onderdelen in het apparaat kan hebben. Toch moeten de mogelijkheden van directe werking niet worden onderschat, omdat de rechter zelf effectief kan optreden. Ik heb er al bij het onrechtmatig bewijs op gewezen dat het rechte trekken van de gevolgen tijdens het proces een vorm van restitutio in integrum kan zijn. Dezelfde gedachte ligt ten grondslag aan de uitputting van de nationale rechtsmiddelen (234).

(232) Zie Van Dijk en Van Hoof a.w. blzz. 175 e.v.

(233) E.A. Alkema t.a.p. (noot 231) oppert deze mogelijkheid.

(234) E.A. Alkema t.a.p. De toetsing van de rechter aan art. 6 EV is zowel op nationaal als Europees niveau minder marginaal dan bij andere Verdragsartikelen.

De rechter bewijst de staat bovendien een dienst door schadebeperkend op te treden (hetgeen overigens een onverwacht argument tegen de lijdelijkheid is!).

Het algemene beginsel dat er effectief toegang tot de rechter moet zijn, richt zich tot wetgever en rechter tegelijk. De eerste kan eenvoudige informele, niet kostbare procedures scheppen. De tweede kan het bestaande procesrecht vanuit de toegangsgedachte uitleggen.

De norm dat de berechting binnen redelijke tijd moet plaatsvinden richt zich (bij de door het ECHR gegeven invulling) in de eerste plaats tot het bestuur. Dit moet zorgen voor voldoende mankracht om de geschillen te berechten en adequaat aan de rechter te (doen) presenteren. In de Nederlandse rechtsstaat, met zijn voortgaande steeds gecompliceerder en verfijnder rechtsregelproductie, legt dit een grote druk op de overheid het rechterlijk apparaat van voldoende mankracht te voorzien en de middelen voor een gefinancierde rechtshulp in voldoende mate ter beschikking te stellen. In de eerste hoofdstukken werd al aangegeven dat bezuinigingsmaatregelen binnen het kader van art. 6 EV zullen moeten worden beoordeeld.

Concrete gevallen van rechterlijke vertraging zullen zich in het algemeen (als ultimum remedium) oplossen in geschillen over rechtsweigering.

De regel dat het proces eerlijk en openbaar moet zijn richt zich met name tot de rechter en deze kan daar (eventueel in hoger beroep) ook zelf veel aan doen. Vooral ten aanzien van de openbaarheid kan de rechter direct aan de slag, en nu het met die openbaarheid in het burgerlijk proces niet al te best gesteld is, kan dit best nog ingrijpende consequenties hebben (235). Een rechterlijke taak is er ook daar waar hij met de horizontale werking van art. 6 EV wordt geconfronteerd.

Moeilijker wordt het met toegankelijkheidsproblemen verankerd in de nationale wetgeving, en daar waar fair trial beginselen wetsbepalingen van openbare orde op hun weg vinden. Mijns inziens kan de rechter ook hier reeds corrigerend optreden, maar het engeltje van de rechtszekerheid komt hier al verder naar beneden dalen.

Het lastigste is ongetwijfeld de situatie waarin de vaststelling van

(235) Zie ook E.A. Alkema, NJB '80, blz. 197.

burgerlijke rechten geheel of gedeeltelijk is overgelaten aan instanties die niet aan de criteria van art. 6 EV voldoen. Laat ik voorop stellen dat dit niet betekent, dat men dan maar meteen naar de gewone rechter moet gaan. Het EV verlangt dat eerst de nationale instanties doorlopen worden, ook die welke niet aan het Verdrag voldoen. De vraag is welke de taak van de gewone rechter daarna is. In de in dit preadvies besproken gevallen waarin de jurisdictie van de gewone rechter wordt beperkt tot bepaalde aspecten van de vaststelling en andere aspecten van die vaststelling aan andere instanties worden opgedragen, kan men redeneren dat de gewone rechter (als een soort hoger beroep) van alle aspecten van het geschil moet kunnen kennismaken. Bij een directe werking van art. 6 EV is dit zeker te verdedigen, en het is ook in de geest van de rechtspraak van Commissie en ECHR. Uit een oogpunt van rechtszekerheid en -gelijkheid, (zoals bijvoorbeeld de kringen-rechtspraak leert) heeft wettelijk ingrijpen – daarnaast – echter de voorkeur.

Mijn mede-preadviseur Hirsch Ballin mag de vraag beantwoorden wat het geval is als de *gehele* vaststelling is opgedragen aan een niet-rechterlijke instantie.

In processen waarin een 'art. 6 EV'-geschil ontstaat, zal men zich overigens steeds de vraag moeten stellen in welke fase van het proces de nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput. Vanaf dat moment gaat er immers een zesmaandstermijn lopen (236).

Ik keer terug naar het spoor van de onrechtmatige daad. Omdat het proces de mogelijkheid biedt schendingen van art. 6 EV te corrigeren, zal een onrechtmatige daadsactie over het algemeen pas na het doorlopen van zo'n procedure kunnen worden ingesteld. De Hoge Raad heeft in de besproken arresten de vraag opengelaaten in welke gevallen een schending van art. 6 EV ook inderdaad een onrechtmatige daad in de zin van onze nationale rechtsorde is. Betekent dit dat een 1401-actie alleen kans van slagen heeft als een schending van art. 6 EV op Europees niveau is geconstateerd, en, (op grond van art. 50 EV) vervolgens op nationaal niveau voor wat de schadevergoeding betreft wordt afgewikkeld? De directe werking van art. 6 EV sluit niet uit dat de onrechtmatigheid op

{236} En dit is niet zonder complicaties, zie Van Dijk en Van Hoof a.w. blzz. 84 e.v.

nationaal niveau wordt vastgesteld. Wie in drie instanties in het 'foute' proces met zijn beroep op art. 6 EV ongelijk kreeg, begint echter geen bijzonder kansrijke 1401-actie en doet er beter aan eerst naar Straatsburg te gaan. Men moet wellicht differentiëren tussen tekortkomingen van wetgever, rechter of bestuur.

Kan de 1401-actie nooit vóór of tijdens een procedure worden ingesteld? Ik beantwoord deze vraag niet zonder meer ontkennend. Een collectief belang actie gericht op voorkoming of opheffing van (dringend) onrecht, is (afgezien van de ontvankelijkheidsproblematiek) niet bij voorbaat uitgesloten wanneer zij zich op voldoende concrete dreigende schending van art. 6 EV richt. Een kort geding van de Vereniging voor Rechtspraak tegen de staat wegens schending van allerlei procedurevoorschriften in het arrondissement Amsterdam (overigens zonder een beroep op art. 6 EV), werd wegens de ingewikkeldheid, niet wegens de aard van de vordering, afgewezen (237).

Er is kortom nog voldoende stof ter overdenking.

(237) Pr Rb Amsterdam 16-12-82, KG '83 nr. 20.