





Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter



VAR-reeks

155

# Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter

Verslag van de algemene vergadering  
gehouden op 22 mei 2015

ter behandeling van de preadviezen van

Prof. dr. E.M.H. Hirsch Ballin  
Mr. dr. R. Ortlep  
Mr. dr. A. Tollenaar

Boom juridisch  
Den Haag  
2016

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft

© 2016 VAR Vereniging voor Bestuursrecht

*Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veeleenvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.*

Voor zover het maken van reprografische veeleenvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.stichting-pro.nl](http://www.stichting-pro.nl)).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6290-214-5  
ISBN 978-94-6274-517-9 (e-book)  
NUR 823

[www.boomjuridisch.nl](http://www.boomjuridisch.nl)

# Inhoud

Rede van de voorzitter, prof. mr. B.J. Schueler	7
Toelichting van de preadviseurs	11
Interventies, met reacties van de preadviseurs [ochtendgedeelte]	21
Uitreiking van de Lex Michielsprijs	35
Interventies, met reacties van de preadviseurs [middagedeelte]	37
Huldiging van de winnaars van de VAR-pleitwedstrijd	77





# Rede van de voorzitter, prof. mr. B.J. Schueler

## Overzicht en tegenwicht

Vandaag vergadert de VAR over rechtsontwikkeling door de bestuursrechter. Ernst Hirsch Ballin, Rolf Ortlep en Albertjan Tollenaar schreven preadviezen waarin de positie van de bestuursrechter ten opzichte van het bestuur en de wetgever centraal staat. Hoeveel ruimte heeft de rechter om zelf recht te vormen? In hoeverre wordt deze ruimte beperkt doordat ook de wetgever en het bestuur ieder hun eigen rechtsvormende taak hebben? En heeft de wetgever niet het primaat bij de ontwikkeling van algemene regels en het bestuur als het gaat om de toepassing en uitvoering ervan? Heel kort gezegd hebben we het vandaag dus over de bestuursrechter in de trias politica.

In de preadviezen komt het concept van een constitutionele dialoog tevoorschijn. In deze constitutionele dialoog (bij velen bekend uit de literatuur) worden de rechtsvormende instituties gezien als partners met een gedeelde verantwoordelijkheid voor de rechtsontwikkeling. We moeten ons deze dialoog niet voorstellen als een gedachtewisseling tussen individuele politici, bestuurders en rechters, maar als een structuur waarin instituties *op elkaar aangewezen* zijn. Een structuur waarin wetgever, rechter en bestuur *van elkaar afhankelijk* zijn. En dat binnen de context van een netwerk waarin ook andere actoren, met name maatschappelijke organisaties, betrokken zijn.

Bij de woorden ‘op elkaar aangewezen’ en ‘van elkaar afhankelijk’ krijgt u misschien negatieve associaties. Maar in constitutionele verhoudingen wordt u geacht hier een positief gevoel bij te hebben, omdat de dialoog is gericht op het stap voor stap verder ontwikkelen van het geldende recht.

Wie luistert naar wie in de constitutionele dialoog? Als we de laatste stelling van Albertjan Tollenaar mogen geloven kan men in de dialoog nog wel wat gespitste oren gebruiken. Hij stelt: *“De dialoog tussen rechter, bestuur en wetgever verstomt door het gemis van een luisterend oor bij bestuur en wetgever. Dit vergt investeren in een luisterend oor bij bestuur en wetgever (ministeries).”* Een gemis dus bij bestuur en wetgever: misschien werkt u ergens in een van deze hoeken van de trias en voelt u zich aangesproken. Dan nodig ik u uit om vandaag in de discussie uw stem te verheffen.

En de rechter? Maakt die zijn verantwoordelijkheid in de rechtsontwikkeling waar? Albertjan Tollenaar constateert dat rechters terughoudend zijn met rechtsvorming. Vaak kunnen zij de consequenties van een te algemene uitspraak niet overzien. Rolf Ortlep bekritiseert het verhullend motiveren, waardoor de

overtuigingskracht van de jurisprudentie te wensen over laat. En Ernst Hirsch Ballin pleit voor een verandering van de rechterlijke attitude. De rechter zou er minder – en zeker minder vanzelfsprekend – van uit moeten gaan dat hij zich terughoudend moet opstellen daar waar de wet ruimte biedt aan beleid en keuzes van het bestuur.

Het schuift al jaren binnen de trias. Zie ik het goed, dan neemt het bestuur op veel terreinen een steeds machtiger positie in. Neem als voorbeeld de Omgevingswet, waarvan het ontwerp thans wordt behandeld in de Tweede Kamer. Daarin zien we het volgende gebeuren.

- De formele wetgever laat de inhoudelijke normstelling aan lagere regelgevers over: amvb's, ministeriële regelingen, verordeningen, omgevingsplannen. Zo wordt de inhoudelijke normstelling 'verbestuurlijkt'. De wet zelf bepaalt bijna alleen nog welk orgaan de inhoudelijke keuzes moet maken en – globaal – welke soorten belangen daarbij een rol spelen.
- Verder worden vergunningstelsels in toenemende mate vervangen door algemene regels, die het bestuur opstelt en waartegen in de regel geen beroep openstaat (een belangrijke uitzondering: tegen de regels op gemeentelijk niveau in het omgevingsplan zal wel beroep openstaan). Waar vergunningen worden vervangen door algemene regels neemt het aantal beroepsmogelijkheden af. De bestuurlijke normstelling krijgt minder tegenwicht van de rechter.
- Ook laat de wetgever aan de bestuursorganen meer vrijheid, onder de noemers van flexibiliteit, decentralisatie en maatwerk.

Door deze ontwikkelingen, die ook op andere terreinen waarneembaar zijn, krijgt het bestuur de macht naar zich toe geschoven. Waar het beroep op de rechter blijft bestaan, rijst de vraag hoe de rechter zich zal moeten gaan opstellen in de discretionaire ruimte die de wetgever doelbewust aan het bestuur heeft gegund.

Wellicht vraagt iemand zich af of de rechter zelf inhoudelijke normen moet gaan stellen waar de wetgever daarvan heeft afgezien. Er zijn gevallen waarin dat inderdaad gebeurt. Voorbeelden die iedereen kent, zijn de regels die de bestuursrechter heeft bedacht over ambtshalve toetsing of over onderdelen van een besluit (in verband met artikel 6:13 Awb). Daarbij gaat het niet om regels die de discretionaire ruimte van het bestuur raken. Komt die wel in het geding, dan is de oude reflex dat de rechter terughoudend toetst.

Wordt de discretionaire ruimte groter – en het voorbeeld van de Omgevingswet illustreert dat dit het geval is –, dan wordt de disbalans tussen bestuur en burger op enig moment onaanvaardbaar. Daar moet de rechter tegenwicht aan bieden.

Dat kan de rechter proberen door meer aan rechtsvorming te doen, zoals Hirsch Ballin in zijn preadvies bepleit. Daar komen ongetwijfeld moeilijkheden bij kijken, maar het is wel noodzakelijk erover na te denken.

Ik denk intussen dat ik niet onrealistisch ben als ik verwacht dat er toch op veel terreinen grote bestuurlijke vrijheid zal blijven bestaan. Zeker zolang de wetgever die vrijheid – onder de vlag van flexibiliteit, maatwerk en decentralisatie – doelbewust nastreeft. Daarom zijn er meer maatregelen nodig om tegenwicht te bieden aan het overwicht van het openbaar bestuur.

Daarbij heeft het procesrecht een belangrijke functie. Dan denk ik aan het opnieuw agenderen van de beroepsmogelijkheden tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels (thans uitgezonderd in artikel 8:3 Awb).

En ook het verloop van de procedure bij de bestuursrechter verdient de aandacht. In het moderne procesrecht krijgt het bestuur de gelegenheid om zijn fouten te herstellen, met name als een formele of informele lus wordt toegepast. De formele bestuurlijke lus van de Awb heeft een belangrijk nadeel omdat die geconstrueerd is als een manier om het bestuursorgaan de gelegenheid te geven zijn eigen gebreken te herstellen. Daarom dringt zich steeds opnieuw het beeld op dat het een instrument is waarmee de rechter het bestuur helpt zich te verweren tegen de burger. Op zich is dat een vertekend beeld want de bestuurlijke lus kan wel degelijk ook in het voordeel van de burger uitpakken. Maar in één opzicht is de formele lus wel degelijk 'partijdig': de Awb zegt niet dat de tussenuitspraak kan worden gebruikt om de burgerpartij in de gelegenheid te stellen haar gebreken te herstellen.<sup>1</sup>

Toch kan ook de burgerpartij een gerechtvaardigde behoefte hebben aan een herkansing. De Awb verzet zich er in het geheel niet tegen de burgerpartij in de gelegenheid te stellen een nadere onderbouwing of nader bewijs te leveren. Daarbij moet weliswaar de goede procesorde in acht worden genomen, maar ook die verzet zich er niet a priori tegen. Kortom, er is alle ruimte voor de burgerlijke lus.

We moeten hem alleen niet zo noemen. We moeten het überhaupt niet meer over lussen hebben. Dat woord suggereert dat het om een bijzondere constructie gaat waarin de ene partij via een omweg alsnog zijn gelijk kan binnenhalen ten koste van de andere partij. Maar waar het om gaat is dat een rechter die een krachtige uitspraak wil doen over hoe het bestuursorgaan binnen de grenzen van zijn keuzeruimte mag handelen, eerst moet weten welke keuze dat bestuursorgaan maakt. Pas daarna kan de rechter bijvoorbeeld beoordelen of die keuze op een goed feitenonderzoek is gebaseerd en of die keuze proportioneel is en goed gemotiveerd. Daarom zal het tot in lengte van dagen onvermijdelijk blijven dat het bestuur herkansingen krijgt. Vooral als de wetgever doelbewust steeds meer vrijheid laat aan het bestuur.

Maar als het bestuur keer op keer na een rechterlijk oordeel zich opnieuw mag beraden, zijn positie opnieuw mag bepalen, zijn koffers opnieuw mag inpakken en een nieuwe bestuurlijke route mag inslaan, moeten we niet tegen de burgerpartij zeggen dat zij daar maar met haar oude rugzakje achteraan moet blijven hobbelen.

Dat is ook niet nodig, ook niet uit een oogpunt van goede procesorde, als ik althans goed zie wat er gebeurt in rechtszalen waar de Nieuwe Zaaksbehandeling naar eer en geweten wordt toegepast. Daar kan de rechter, als hij constateert dat het besluit gebreken vertoont, de vraag aan partijen voorleggen of die gebreken zouden kunnen worden hersteld en welke consequenties dat heeft voor de inhoud van het besluit. En aan de andere kant kan de rechter de burgerpartij de gelegenheid geven voor een nadere onderbouwing van haar beroepsgronden of het

---

1 Zie o.a. Ch.W. Backes, E.M.J. Hardy, A.M.L. Jansen, S. Polleunis, R. Timmers, M.A. Poortinga en E. Versluis, *Evaluatie Bestuurlijke lus Awb en internationale rechtsvergelijking*, Den Haag: WODC 2014, par. 4.12.5; R.J.N. Schlössels, 'De andere kant van de lus ...', NTB 2008, p. 267-268; K.E. Haan, 'De sturende rol van de bestuursrechter en onpartijdigheid – een spanningsveld', *JBplus* 2014, p. 182-193.

leveren van nader bewijs voor feitelijke stellingen. Zo kan de Nieuwe Zaaksbehandeling bijdragen aan het verbeteren van de balans tussen de procespartijen.

Het inbouwen van herkansingen in het procesrecht brengt natuurlijk het risico mee dat het proces te lang gaat duren. Daarom is het nodig het aantal herkansingen te bezien. Onlangs verdedigde Ron Jue in het NJB de één-kans-benadering. Daarin krijgt het verwerende bestuursorgaan in beginsel één kans om een gebrek in het besluit te herstellen. Mislukt dat, dan wordt het geschil finaal beslecht in het nadeel van het bestuursorgaan. Omgekeerd zou de burgerpartij van de rechter ook één kans moeten krijgen 'om iets te doen, bijvoorbeeld leveren van bewijs, wat hij tot dan toe heeft nagelaten'.<sup>2</sup> Dit voorstel is het overdenken waard.

In een finaal partijenproces wint de burgerpartij *echt* als het bestuursorgaan zich niet goed verweert (net als in het civiele proces een partij die zich slecht verweert, in de regel verliest). Belangen van derden of van de gemeenschap kunnen zich daartegen verzetten. Denk aan de vergunning die wordt verleend omdat het bestuursorgaan onvoldoende heeft onderzocht of er weigeringsgronden waren. Derden kunnen daardoor benadeeld worden. Waarschijnlijk zal de overheid vaker schadeplichtig zijn, maar dat is dan ook haar eigen schuld. In de praktijk lijken bestuursrechters geleidelijk aan bereid om te oordelen dat een bestuursorgaan de keuzeruimte, die het juridisch bezien nog heeft, niet meer mag benutten omdat het voldoende kansen heeft gehad. Dat de bestuursrechter deze harde klap niet altijd mag uitdelen, betekent niet dat hij het in principe niet mag.

Belangrijk is vooral dat de onontkoombare vraag op tafel ligt hoe de rechter tegenwicht kan bieden aan het bestuurlijk overwicht. Vandaag vergadert de VAR over de vraag hoe de rechter dat kan doen door middel van zijn bijdrage aan de rechtsontwikkeling.

---

<sup>2</sup> Ron Jue, 'Meer finaliseren, minder kaal vernietigen', NJB 2015/93, p. III-III.

# Toelichting van de preadviseurs

**Mr. E.M.H. Hirsch Ballin**

Hartelijk dank voor het voorrecht hier te midden van vakgenoten te staan om mijn preadvies in kort bestek toe te lichten. Het schrijven van mijn tekst heb ik als een heel mooie uitdaging ervaren. De voorzitter bleek bij zijn uitnodiging aan mijn adres te beseffen dat ik al eens eerder een preadvies voor de VAR heb geschreven.<sup>3</sup> Inmiddels is er, in de verhouding tussen bestuur en samenleving en in de manier waarop de politiek daarop reageert, veel gebeurd en inmiddels heb ik als beoefenaar van de bestuursrechtspraak in de Centrale Raad van Beroep en in de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State veel meegemaakt, wat bij elkaar een belangrijke reden vormde om de uitnodiging tot het opnieuw schrijven van een preadvies dankbaar aan te nemen. Dit heeft mij de kans geboden als het war hardop na te denken en te proberen wat inzichten met de vakgenoten te delen.

Mijn preadvies is dus eigenlijk voor een deel bedoeld als een soort anamnese van wat zich aan ontwikkelingen in de bestuursrechtspraak heeft voltrokken. Waar ik heb geprobeerd nieuwe wegen in te slaan, is dat voor een belangrijk deel bepaald door de ervaring dat wij allen, mijzelf niet uitgezonderd, in hoge mate gewend zijn over het heden te spreken in de begrippenkaders die we aan het verleden ontleen. Dat ligt ook voor de hand; we kunnen moeilijk anders, en ik heb die begrippenkaders dus ook in mijn preadvies ter sprake moeten brengen. Maar ik heb ook geprobeerd tot uitdrukking te brengen waar die kaders ons in de weg zitten bij het begrijpen van wat de bestuursrechter doet, moet doen en kan doen. Daarbij denk ik bijvoorbeeld aan de discussie van een eeuw geleden over wat er voor administratief beroep pleit in verhouding tot administratieve rechtspraak.

Ik kan de zaal negen slides tonen, waarin men misschien de nogal compacte formuleringen uit het preadvies zelf zal herkennen.

1. Er is een probleem als we blijven denken en redeneren vanuit een trias waarin de uitvoerende macht toch op een of andere manier wordt gezien als uitvoering van wat er in wetgeving wordt besloten, aangevuld met een soort permanente politieke aansturing en permanente politieke verantwoording van wat de uitvoerende macht doet. Ook in de rechtsvergelijkende theorievorming op het gebied van het constitutionele recht komt naar voren dat het bestuur een eigen rol heeft gekregen; er wordt soms gesproken van de *administrative state*. In Nederland zien we dat heel duidelijk. De 'autoriteiten' zijn hiervan een markant voorbeeld: het gaat hier om diensten waarvan wordt verwacht dat ze onafhankelijk – maar op een

---

3 E.M.H. Hirsch Ballin & J.H. van Kreveld, *Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen*, Preadviezen voor de algemene vergadering van de VAR 1988.

andere manier onafhankelijk dan de rechter – hun werk doen. Dat geldt echter natuurlijk ook voor het overgrote deel van de bureaucratieën die onder politieke verantwoordelijkheid werken. Daarvan vormt hetgeen we tegenkomen in de vreemdelingenrechtspraak een heel markant voorbeeld. Iedereen heeft het over besluiten die worden genomen door de IND, maar in de juridische werkelijkheid gaat het natuurlijk om besluiten van de minister of de staatssecretaris van Justitie, of hoe men die bewindspersonen ook mag noemen! De betrokken bewindspersoon kan en mag individuele dossiers zeker niet voortdurend aan zich laten voorleggen. Uit eigen ervaring weet ik dat zelfs in het stadium waarin beroepen tot aan de Afdeling bestuursrechtspraak zijn behandeld en ongegrond zijn verklaard, bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens iets naar voren kan komen dat anders beoordeeld had kunnen worden. Zo'n moment kan dan ook aanleiding zijn om soms nog in dat stadium tot een schikking, of liever gezegd een ander besluit te komen. Kort gezegd: wetgeving, beleid en rechtspraak hebben hun eigen waarde, hetgeen zich ook laat begrijpen in constitutionele basisbegrippen als stem geven aan de burgers, die meebeslissen, rechten van de rechtsgenoten, en expertise die bij het openbaar bestuur aanwezig is. Beleid staat naast de wetgeving, maar het beleid is niet vanzelf een permanent proces van aansturing van wat de bureaucratieën in de *administrative state* doen.

2. Er is een continue afstemming nodig tussen de manier waarop het bestuur functioneert en wat zich aan maatschappelijke en economische ontwikkelingen voordoet. Het bestuur heeft daarbij in een moderne staat als de onze een ordenende, bijsturende functie. Die functie kun je niet meer opvatten als regeltoepassing. Soms worden de regels ook door de bestuursorganen zelf gemaakt, waarbij men van regulerende autoriteiten spreekt, en in andere gevallen is er sprake van beleidsregels, die niet alles beslissen.

3. De meningsvorming over dit soort onderwerpen wordt vertroebeld door de grote voorliefde die we in het bestuursrecht hebben voor ruimtelijke metaforen. We kennen ze allemaal; sommige ervan zijn gebruikt tot in het stadium waarin ze tot op de draad versleten zijn: de *stoel van de administratie* waarop rechters niet zouden moeten gaan zitten, de *beleidsruimte* en dergelijke. Die ruimtelijke metaforen beantwoorden aan de gedachte dat er afgebakende territorien zouden zijn. We zouden te maken hebben met een soort landkaart van het staatsbestel waarbij we de territorien verschillend kunnen inkleuren, terwijl de realiteit is – iedereen in deze zaal weet dat – dat er een voortdurende interactie is en dat het dus gaat om een samenspel, een invloed die vanuit verschillende bevoegdheden in dezelfde zaak wordt uitgeoefend en moet worden uitgeoefend.

4. Het bestuur heeft niet tot taak politiek te bedrijven. Dat besef is een van de dingen die ik in mijn preadvies heb geprobeerd aan het licht te brengen. De manier waarop gewoonlijk wordt getoetst, is in hoge mate het spiegelbeeld van de gelede normstelling, namelijk een *gelede toetsing*, waarbij de rechter 'afpellend' van wetgeving via gedelegeerde wetgeving, beleidsregels en de ter zitting geconstateerde bestuurspraktijk naar het concrete besluit gaat. Als zich daarbij geen inconsistenties blijken voor te doen, is het in beginsel in orde. Welnu, in de manier waarop dat redeneerschema werkt, zit precies het kwetsbare punt. Merkwaardig is dat we de sinds Van Wijk veelbesproken terugtred van de wetgever hebben beantwoord met een terugtred van de rechter. Uitgangspunt van de

terugtrek van de wetgever is dat via vertegenwoordiging, direct en indirect, politiek wordt bepaald wat het bestuur doet. De wetgever heeft zich gerealiseerd dat hij niet alles kan beslissen en laat dingen over aan het bestuur, zij het met een zekere ordening via beleidsregels. Vervolgens zien we – en dat is het merkwaardige dat ik onder de aandacht heb willen brengen – dat de rechter daarin geen reden heeft gezien om te doen wat we van een rechter zouden mogen verwachten, namelijk in het belang van de justitiabelen echt toe te zien op wat er in die aan de interactie met de andere actoren overgelaten bevoegdheidsuitoefening gebeurt, maar dat die rechter zelf ook het domein ontruimt door te zeggen dat er beoordelingsruimte en beleidsruimte is gelaten aan het bestuur. De ene terugtrek wordt dus met de andere beantwoord, in plaats van dat men de interactie ter hand neemt en daarin treedt.

5. Het politiek-ambtelijke primaat dat we constitutioneel erkennen mag geen burgerlijke rechteloosheid veroorzaken. De politiek verwijst zelfs vaak zelf naar de rechter. Ter legitimatie van de open normen die in de wetgeving worden gebruikt, geeft de politiek te kennen dat de rechter zal toezien. In de beantwoording van Kamervragen wordt aangevoerd dat iets in hoogste instantie is getoetst, terwijl die toetsing terughoudend was! Hier zien we diezelfde merkwaardigheid van de wederzijdse terugtrek optreden.

6. De verhouding tussen de politieke beleidsbepaling, de ambtelijke professionaliteit en de maatschappelijke interacties moet centraal staan. Het gaat dus niet om de constitutionele legitimiteit van het één ten opzichte van het ander, maar om de constitutionaliteit van het geheel: de waarden die ik zojuist kort heb omschreven en die ik in mijn preadvies, in het voetspoor van Daniel Halberstam, als *voice*, *rights* en *expertise* hebt aangeduid, moeten alle drie tot hun recht komen, in één proces, dat zich niet meer leent voor ontruimingsmetaforen.

7. Ik wijs op de relevantie bij dit alles van de fundamentele rechten in de brede zin waarmee we heden ten dage te maken hebben. Ook de economische en sociale rechten moeten erbij worden betrokken. Recente voorbeelden zijn overbekend. Ik noem de bad-bed-brood-discussie, maar dit speelt natuurlijk op veel meer terreinen. Wanneer fundamentele rechten in het spel zijn, vereisen internationale, Europese en nationale normeringen daarvan dat er niet in een juridisch vacuüm wordt gewerkt. Waar wordt onderkend dat de fundamentele rechten in het geding zijn, is de rechter expliciet minder terughoudend, maar er zijn voortdurend vragen die bijvoorbeeld tot uitdrukking komen in wat het Verdrag van Aarhus van ons eist, of de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, om *pleine jurisdiction* uit te oefenen.

8. De bestuursrechtspraak die het schema van de gelede toetsing volgt, voldoet niet als het gaat om de verantwoording van wat de rechter doet en eigenlijk moet doen. Algemeen bekend is de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak in de alcoholslotprogrammazaak. Mijn blik valt nu natuurlijkerwijs op de voorzitter van die Afdeling, die hier nu nog broederlijk zij aan zij met de president van de Hoge Raad en de presidenten van de andere hoogste rechters op de eerste rij zit. Uiteraard wil ik niets in dezen persoonlijk maken, ook niet als ik een woord van bijzondere waardering voor de alcoholslotuitspraak uitspreek, een uitspraak die zo mooi interacteerde met het arrest van de Hoge Raad over het verwante onderwerp. Het kan dus anders! Een van de fascinerende dingen in de uitspraak over het

alcoholslotprogramma van de Afdeling bestuursrechtspraak is dat terwijl in de inleidende overwegingen nog eens de standaardformule van het terughoudend toetsen wordt aangehaald, vervolgens een prachtig voorbeeld wordt gegeven van hoe het anders kan.

9. We moeten op de hoede zijn voor een legitimitetsdeficit door gedateerde schema's. In gesprekken die ik in Tilburg in de gangen voerde, heb ik geconstateerd dat er valt te winnen door op het punt van de expertise, een van de kernpunten in wat je in de hedendaagse samenleving van het bestuur mag verwachten, niet te terughoudend te zijn. Het bestuur moet ordenen en interacteren. Daardoor zijn er zo veel tripartite verhoudingen en zijn er zo veel bestuursrechtelijke geschillen die over de band een geschil zijn tussen belanghebbende burgers die bestuursorganen inroepen om te interveniëren, soms vergeefs, zoals de Afdeling bestuursrechtspraak in mijn ogen terecht in de zwartepietuitspraak heeft laten zien, en soms met succes, zoals het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft laten zien in de Google-zaak. In al die situaties is het bestuur bezig met verhoudingen in de samenleving, en dat is een reden te meer om niet te terughoudend te zijn als het gaat om bewijs, controleren van expertise en eventuele aanvullende expertise. Wat de voorzitter van de vereniging zojuist heeft gezegd, wijst eigenlijk in dezelfde richting.

Tot slot iets over het evenredigheidsbeginsel. Er is reden om gebruik te maken van het argumentatieschema van het evenredigheidsbeginsel. Dat is beproefd in andere jurisdicties, in andere landen en bij het Hof van Justitie van de Europese Unie. Zelfs wanneer het niet altijd tot een andere uitkomst leidt dan wat de rechters toch al doen, is er nog steeds iets mee gewonnen wanneer dat schema tot beargumentering leidt. Ik wijs op de beoordelingstrits:

- Is het middel geschikt?
- Is het nodig, voldoet het aan subsidiariteitseisen?
- Is het passend?

Een dergelijke argumentatie dient ter verheldering, een verheldering die ook past bij een rechter die weet dat in de huidige constitutionele verhoudingen *pleine jurisdiction* gewoon passend is en niet neerkomt op treden in terrein dat aan een ander is voorbehouden.

## Mr. R. Ortlep

Om een bekend poëet te citeren: “De dag die je wist dat zou komen is eindelijk hier.”<sup>4</sup> Misschien denkt u: wat een rare zin, maar bedenk dan dat het hier toch echt om een zeer bekend poëet gaat.

Vandaag zal ik met u spreken over bestuursrechtspraak, waarbij overigens niet per se het u ongetwijfeld bekende conceptwetsvoorstel<sup>5</sup> centraal zal staan. Mijn doel is vooral het rechtseenheidsprobleem als algemeen begrip en in het kader van de rechtsontwikkeling aan de orde te stellen. Toen ik van de voorzitter het verzoek

---

4 Een zin uit het *Koningslied*, gecomponeerd ter gelegenheid van de inhuldiging van Koning Willem-Alexander in 2013 [red.].

5 Zie <https://www.internetconsultatie.nl/wetsplitsingraadvanstate> [red.].



kreeg een preadvies te schrijven, dacht ik: oei, nu moet ik echt gaan optreden! Ik kan wel in de AB allerlei annotaties schrijven, maar nu moest ik echt duidelijk gaan maken dat er een rechtseenheidsprobleem is en dan ook nog in het kader van de rechtsontwikkeling. U mag best weten dat ik daarvan een paar maanden wakker heb gelegen. Soms had ik het idee dat ik een vierkant door een driehoekige opening in een blokkendoos aan het duwen was. Rechtseenheid en rechtsontwikkeling zijn namelijk twee grootheden die niet per se met elkaar te verenigen zijn. Op de schouders van velen heb ik rechtsontwikkeling gedefinieerd als uitspraken van bestuursrechters die geschiloverstijgend zijn. In de Brummen-uitspraak werd bijvoorbeeld, met een verdere uitwerking, een regel omschreven die daarvóór niet gold en die verder strekt dan het geschil. Dat is rechtsontwikkeling. Ik mag het eigenlijk geen ‘rechtsvorming’ noemen, want die term wekt de suggestie dat de rechter zonder een bevoegdheid recht creëert, zodat de term ‘rechtsontwikkeling’ de voorkeur verdient. Als ik dus in het vervolg van rechtsvorming spreek, bedoel ik rechtsontwikkeling, en omgekeerd!

Rechtsvorming is iets anders dan rechtseenheid. Rechtsvorming kan rechtseenheid bevorderen; als de zojuist genoemde Brummen-uitspraak bekend wordt, wordt het recht voorspelbaar en toegankelijker, en weet de burger waar hij aan toe is. Rechtsvorming kan omgekeerd ook rechtseenheid ondermijnen. Denk hierbij bijvoorbeeld aan een eerstelijnsrechter die het niet met de Afdeling bestuursrechtspraak eens is en die, gelegitimeerd door argumenten, met een ándere lijn komt. Op deze manier kan, ook als de hogere rechter later die lijn volgt, de rechtsontwikkeling worden bevorderd. Mij is verteld dat voornamelijk in de beginperiode van de Awb de Rechtbank Assen er nogal een handje van had allerlei mooie uitspraken te doen die niet in de lijn lagen van wat eerder tot uitdrukking was gekomen, maar die later wél door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de Centrale Raad van Beroep werden gevolgd.

Nu vraagt u zich misschien af of er wel een rechtseenheidsprobleem is. Ik ga daarop nader in, om te voorkomen dat er straks een soort stropopredenering naar voren komt, inhoudende dat ik alleen maar van rechtseenheid houd. Maar dat is niet zo. Het gaat wel degelijk goed en in die zin kunt u rustig slapen. We hoeven niet in onze kussens te bijten, maar verbeteringen zijn mogelijk. Er zijn allerlei ontwikkelingen, soms aangeduid als ‘informele overlegstructuren’, die toe te juichen zijn. Wat ik van mijn kant in mijn preadvies heb geprobeerd, is een agenda te bepalen voor een route op weg naar rechtseenheidsverbeteringen. De discussie over de vraag wie nu de hoogste bestuursrechter moet worden, heb ik daarbij bewust vermeden. Misschien heb ik zelf wel een voorkeur, maar je moet ook kijken wat haalbaar is. De ontwikkelingen gaan in een richting waarbij de Hoge Raad en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State de twee toppen worden. Mijn eigen gevoelens daarbij zijn, eerlijk toegegeven, deels van esthetische aard: het zou in mijn ogen mooier zijn één kolom te hebben, maar belangrijker is het zoeken naar inhoudelijke argumenten voor verbetering.

Na lang nadenken ben ik tot de conclusie gekomen dat het rechtseenheidsprobleem eigenlijk geen probleem in zichzelf is, maar een argumentatieprobleem. Het hoeft niet zo te zijn dat elke bestuursrechter dezelfde lijn volgt, maar áls ze niet dezelfde lijn volgen, moeten ze dat ook zéggan, met argumenten. Ze moeten niet alleen naar elkaars jurisprudentie verwijzen als ze het met elkaar eens zijn,

omdat ze daartoe in informeel overleg hebben besloten: ze moeten het ook laten blijken als ze het niet met elkaar eens zijn en ze moeten de redenen daarvoor zichtbaar maken. Een reden kan zijn dat er derden-belanghebbenden in het spel zijn, maar er kunnen – ik ben heel benieuwd – ook andere redenen zijn, zoals uiteenlopende visies op het bestuursrecht of op de taak van de bestuursrechter. Laat men die verschillen kenbaar maken, niet in elke uitspraak, maar in bepalende uitspraken waarin wordt ingegaan op de lijn van een andere hoogste bestuursrechter en waarin aan de hand van argumenten wordt uiteengezet waarom die lijn niet wordt gevolgd.

Dit noem ik *discursief motiveren*: wikken en wegen, tegenargumenten noemen. Kritiek op deze methodiek is denkbaar. Ik geef meteen al een soort tegenargument voor mijn eigen preadvies, ook verwoord door Sillen in zijn recensie in het NTB. Is discursief motiveren wel zo goed? Het kan best zo zijn dat burgers, en procespartijen in het bijzonder, meer behoefte hebben aan een duidelijke uitspraak in de zin van ‘dit is de wet en daar moet u het mee doen’, ook als de wet in feite geen uitsluitel geeft. Zo’n uitspraak biedt wellicht meer zekerheid, maar het goede van discursief motiveren is volgens mij: laten zien dat rechtspraak op een keuze neerkomt. Ik vind dat eerlijker, transparanter, voorspelbaarder, maar er kunnen mensen zijn die liever voor de gek worden gehouden met de keuze van ‘wat uit de wet volgt’. Een discursieve motivering zal de verliezende partij wellicht niets uitmaken, maar zij zal naar mijn mening wél verschil maken voor de rest van het juridische forum, dus niet alleen voor de annotatieschrijvers, maar ook voor het bestuursrecht in het algemeen. Het is goed, in de uitspraak te zien wat nu precies de tegenargumenten zijn.

Dit alles heb in een concept bijeengebracht, voornamelijk te vinden in hoofdstuk 4 van mijn preadvies. Mijn betoog houdt in dat de bestuursrechter moet werken aan zijn *werkkracht*, een woord dat men niet in de dikke Van Dale kan vinden maar dat naar ik meen verzonnen is door Schoordijk. Het betekent dat de rechter met zijn uitspraak consensus moet kunnen verwerven. Het discursieve past daarbij. Men moet zeker niet regressief redeneren: een pijl in een boom schieten en daarna de roos eromheen tekenen. Nee, men moet laten zien welke argumenten nu precies tot de uitspraak hebben geleid.

Om het discursief motiveren te stimuleren zijn er binnen de bestuursrechtspraak al verschillende lijnen uitgezet. Uitspraken worden onderling besproken, er is informeel overleg, maar toch komen de argumenten niet altijd in de uitspraken tot uitdrukking. Bij de Hoge Raad is het anders. Die komt met uitspraken waarin duidelijk discursief wordt gemotiveerd, maar bij de andere hoogste bestuursrechters gebeurt dat minder en het kan daar dus beter. Ik heb mij dus afgevraagd hoe het discursief motiveren extern kan worden gestimuleerd. Daarmee wil ik niet zeggen dat ik geen vertrouwen in het interne proces heb, maar meer externe stimulering lijkt mij nuttig, waarbij de advocaat-generaal bestuursrecht in beeld komt. In de huidige situatie kan de advocaat-generaal niet zelf de uitspraken kiezen waarover hij een conclusie schrijft. Hij komt ten tonele op verzoek van de hoogste bestuursrechter, anders dan bij bijvoorbeeld het belastingrecht en het strafrecht, waar we cassatie in het belang der wet kennen. Eigenlijk is dit cassatie in het belang van het recht, maar dat mag ik niet hardop zeggen omdat de rechter nu eenmaal geacht wordt alleen de wet toe te passen. Mijn gedachte is: laat de

advocaat-generaal bestuursrecht zelf bepalen waarover hij met een conclusie komt, natuurlijk soms ondersteund door de bestuursrechters, natuurlijk ook desgevraagd, maar óók in een onafhankelijk professioneel parket, gevoed door eigen medewerkers en door de literatuur. Op deze manier kan de advocaat-generaal bestuursrecht zijn visie geven over een probleem op het gebied van de rechtseenheid dat zich voordoet. Ik denk dan niet aan actie op punten waarvan in informeel overleg is gebleken dat er waarschijnlijk wel consensus over kan worden bereikt, maar gewoon aan het nemen van een conclusie op eigen initiatief. Zo'n conclusie kan worden gevolgd of niet, maar zij zal de bestuursrechter er in ieder geval toe dwingen discursief motiverend in te gaan op de argumenten die eerder in andere lijnen van de jurisprudentie zijn genoemd.

Deze leidende gedachte heeft bij mij natuurlijk ook de vraag naar het tegendenken opgeroepen. Enerzijds is het tegendenken, zoals ik heb aangegeven, legistisch van karakter. Ik wijs dan op wat Sillen in zijn NTB-recensie bepleit en wat ook door anderen wordt verdedigd. Raakt een burger en raakt het juridische forum nu meer overtuigd door een discursief gemotiveerde uitspraak, met wikken en wegen, of door een legistische uitspraak, waarin een beroep op de wet wordt gedaan terwijl de mensen die het allemaal goed bijhouden wel degelijk weten dat er een achterliggend motief is?

Ik wil de vergadering nog een tweede voorbeeld van tegendenken meegeven. Men zou zich kunnen afvragen of door zo'n conclusie in het belang der wet de procedure niet zal worden verlengd. Een dergelijke redenering is het stokpaardje van mensen die niets willen veranderen. Zij voeren aan dat de maatschappelijke kosten zullen stijgen en dat de justitiabelen meer in onzekerheid zullen verkeren. Wat gebeurt er, zo vragen zij zich af, als een bestuursrechter naar aanleiding van zo'n conclusie een uitspraak doet waaruit blijkt dat het eerder niet goed is gegaan? Komen er allerlei heroverwegings- en herzieningsverzoeken? Zijn we daar blij mee? Zelf denk ik dat hier een doemscenario wordt geschetst waarmee het niet zo'n vaart zal lopen. Als we hier bang voor zijn, kunnen we net zo goed de herziening helemaal afschaffen. Wordt bijvoorbeeld naar aanleiding van een conclusie van de advocaat-generaal uitgemaakt dat de Brummen-lijn toch niet zo'n verstandige keus is, dan kan met overgangsrecht worden gewerkt. Ik zie hier dus het probleem niet.

Mijn vijf stellingen,<sup>6</sup> die straks ter sprake kunnen komen, toon ik u in de op het scherm geprojecteerde powerpointsheet:

- *Rechtseenheidsprobleem is in overwegende mate een argumentatieprobleem (1).*
- *Discursief gemotiveerde uitspraken zijn overtuigender dan 'legistisch' gemotiveerde uitspraken (2).*
- *Wanneer vaste lijn van andere hoogste (bestuurs)rechter niet wordt gevolgd, dient dit expliciet onderbouwd te worden (3).*
- *Teneinde rechtseenheid te optimaliseren is mogelijkheid '(hoger) beroep in het belang van het recht' noodzakelijk (4).*
- *Advocaat-generaal bestuursrecht dient ingebed te zijn in professioneel en onafhankelijk opererend parket (5).*

---

6 Niet in de tekst van de preadviezen opgenomen [red.].

U ziet op het plaatje rechtsboven een *griffioen* staan. Die toont u hoe ik de bestuursrechtspraak zie, met allerlei verschillende onderdelen: het onderlijf van een leeuw, het bovenlijf van een adelaar, de oren van een paard en de schubben van een vis. Ik laat het aan de deelnemers aan de vergadering over, te bepalen welk onderdeel bij welke hoogste bestuursrechter past!

### **Mr. A. Tollenaar**

Ik kom uit Groningen, en in Groningen zijn we heel gezagsgetrouw, tenzij de aarde beeft: dan komen we met hooivorken en mestkarren langs. Het VAR-bestuur heeft mij verzocht mijn preadvies in tien minuten zonder power point in te leiden. Dat ga ik dus ook doen.

Eerder al had mij de vraag bereikt of ik een preadvies wilde schrijven. Mensen die in diezelfde positie worden gebracht, zullen erkennen dat er hierbij weinig beleidsvrijheid in het spel is. Je moet het wel doen! Toch heb ik met deze vraag enorm geworsteld, een worsteling die ik met de vergadering zal delen. In de zaal zitten mensen die zich met wetgeving bezighouden, rechters, (vertegenwoordigers van) bestuursorganen en (vertegenwoordigers van) burgers. Het VAR-bestuur heeft mij verzocht een empirische blik op de rechtsvorming door de rechter te werpen, een proces dat de aanwezigen aan den lijve meemaken. Ik troost mij met de gedachte dat u vaak van uw buurman niet weet wat hij meemaakt, en ik zal dus proberen een algemeen beeld te schetsen, waarbij ik de stijlfiguur van de overdrijving hanteer om u te proberen te verleiden vandaag tot de bitterballen te blijven en mij tot en met het einde van deze dag over mijn preadvies te ondervragen.

Ik ben in hoofdzaak tot drie bevindingen gekomen, verband houdend met de drie partijen die in de constitutionele dialoog, zo mooi geëtaleerd door De Poorter, al dan niet participeren. In de eerste plaats zijn de rechter en de wetgever met elkaar in dialoog. Daarnaast rees de naar mijn mening interessante vraag hoe de burger in die dialoog een rol speelt. Een soortgelijke vraag kunnen we stellen over het bestuursorgaan.

Eerst iets over de burger. In empirisch onderzoek dat wij hebben gedaan is mij al heel snel opgevallen dat de burger van de rechter erg hoge verwachtingen heeft. 30 tot 50% van de burgers die in beroep gaan, denkt dat de rechter hen bij een rechtsontwikkende vraag zal helpen. Men denkt dat de rechter het bestuur en de wetgever wel even zal corrigeren, in geschiloverstijgende zin, door een principiële uitspraak te doen. De deelnemers aan deze vergadering mogen zelf de vraag beantwoorden of dat ook inderdaad altijd gebeurt. Zou de rechter aan die verwachtingen tegemoet komen, dan zou de AB, denk ik, wel tien keer zo dik zijn. De verwachting van de burgers wordt dus niet waargemaakt.

Daarbij valt op dat het voor de burger buitengewoon lastig is de rechtsontwikkeling of rechtsvorming door de rechter te beïnvloeden. Men kan wel om een conclusie van de advocaat-generaal vragen, maar dit verzoek zal vaak geen gevolg hebben. Men kan wel om een grote kamer vragen, maar de reden waarom het verzoek al dan niet wordt ingewilligd, wordt niet gegeven. Men kan ook om een meervoudige afdoening vragen, maar ook daar heeft men geen invloed op. Iets wat ik me niet eerder had gerealiseerd en wat ik opmerkelijk vind, is dat burgers

en rechtshulpverleners er eigenlijk helemaal geen zicht op hebben welke rechters bij een zaak betrokken zijn. Natuurlijk zijn de drie rechters die in de meervoudige kamer zitten allen bij de zaak betrokken, maar er zijn ook verderop in het college rechters die meelesen en beleidssturend optreden. Dat onttrekt zich volledig aan het zicht van de burger – en van het bestuursorgaan.

Bestuursorganen kunnen de rechtsontwikkeling door de rechter iets gemakkelijker beïnvloeden, al was het maar omdat zij zelf met hun verweer, snel of langzaam, en met strategisch doorprocederen kunnen sturen welke vragen aan de rechter worden voorgelegd. Wat mij is opgevallen, is dat de partijen ‘rechter’ en ‘bestuur’ een nogal verwarrende positie innemen. Men komt elkaar veel tegen en is op de hoogte van elkaars constitutionele positie. Dat houdt bijvoorbeeld in dat het niet erg fris is bij een borrel over concrete zaken te praten, maar er vindt intussen tussen bestuursorganen en rechters wel degelijk veel overleg plaats. Het *repeat-players-overleg* is daarvan een institutionele vormgeving. Vaak gaat zulk overleg over de onwenselijkheid van het aanleveren van beroepschriften met nietjes, maar het kan ook over beleidsaspecten gaan: grote vragen waarmee een bestuursorgaan worstelt en waarover het graag een snelle uitspraak van de Afdeling, de Centrale Raad of het College wil hebben. Voor mij was dit een opmerkelijke observatie, maar misschien vallen de toehoorders er niet door van hun stoel.

Dan de wetgever. De constitutionele dialoog gaat er uiteindelijk om dat de wetgever zich responsief opstelt en reageert op wat de rechter aan het doen is. Nu is mijn grootste teleurstelling bij mijn onderzoek de waarneming dat de wetgever eigenlijk niet geïnteresseerd is in wat de rechter doet. Er is binnen wetgevingsafdelingen – ik herinner eraan dat ik overdrijf! – buitengewoon weinig aandacht voor uitspraken van de hoogste rechters, en eigenlijk is er heel weinig tijd om die aandacht te hebben. Veel wetgevingsafdelingen zijn productiefabrieken die snel veel regels moeten opstellen. Gisteren hebben we kunnen lezen dat de Algemene Rekenkamer het kabinet overhaaste hervormingen verwijt; ook de wetgever is daarvan dus de dupe. De wetgever – ik spreek de wetgevingsjuristen daar niet persoonlijk op aan – slingert wetten de wereld in waarbij de rechter en het bestuur het verder mogen uitzoeken, en is niet geïnteresseerd in de consequenties die deze wetten hebben. Het wordt anders wanneer een bestuursorgaan aan de bel trekt, wanneer de voorpagina van *De Telegraaf* wordt gehaald en wanneer een politiek proces ter correctie van eventueel falende wetgeving ontstaat.

In het empirische deel van mijn onderzoek ben ik op tal van voorbeelden gestuit. Ik vond het fascinerend dit te mogen doen, en ik wil ook graag het VAR-bestuur bedanken voor de uitnodiging om hiernaar onderzoek te doen. Ik heb toegang gekregen tot allerlei mensen die ik anders nooit zou hebben gesproken. Dat bood mij de gelegenheid om drie casestudies te verrichten, naar vreemdelingenrecht, financieeltoezichtrecht en de wet op de maatschappelijke ondersteuning. Het algemene beeld dat uit dit onderzoek opdoemt, is steeds hetzelfde: de wetgever lijkt steeds vaker ruimte aan het bestuur te laten, het bestuur benut die ruimte en probeert wat uit, en wacht op correctie door de rechter. Dat leidt tot een periode van onzekerheid zowel bij de burger als bij het bestuur.

Dit brengt mij op de vraag hoe het allemaal beter zou kunnen en hoe we de verwachtingen van de burger en het bestuur zouden kunnen faciliteren. Ik zou van mijn kant de rechter heel graag willen uitnodigen zijn rol van rechtsvormer/rechtsontwikkelaar constructiever vorm te geven en duidelijker te laten zien wat de stand van het recht is en waar recht wordt ontwikkeld. Laat men die uitspraken waarnaar altijd wordt verwezen en die door de rechter als standaardjurisprudentie worden beschouwd maar openbaar maken en ontsluiten voor een ieder.

Ik wil het hierbij laten, en ik hoop dat u allen tot de borrel blijft hangen om met mij van gedachten te wisselen over mijn preadvies.

# Interventies, met reacties van de preadviseurs [ochtendgedeelte]

Mr. S.E. Zijlstra<sup>7</sup>

Het zal duidelijk zijn dat juist ik het een heel mooie traditie vind dat de NTB-recensenten op de jaarvergadering met de eerste interventies mogen komen. Het is verder een groot genoegen dat ons is gevraagd in de ochtend vooral te reageren op het preadvies van Hirsch Ballin, een van de interessantste en rijkste preadviezen van de laatste jaren. Dit preadvies is rijk aan metaforen, vergezichten, doorkijkjes en overwegingen ten overvloede. Het is ook een genuanceerd preadvies, iets wat mij aanspreekt. Wie mij kent, weet dat ik een fel tegenstander van binaire benaderingen ben; je moet de nuance zoeken, en ook om die reden spreekt het preadvies mij zeer aan.

Indachtig het bekende spreekwoord *beauty is in the eye of the beholder* vat ik de boodschap van Hirsch Ballin op mijn eigen manier samen, op het gevaar af dat ik aan het preadvies geen recht doe, maar dat hoor ik dan wel. Die boodschap is eigenlijk vrij kort: beoordelings- en beleidsvrijheid van het bestuur zijn geen vrijbrief voor marginale toetsing door de bestuursrechter; intensiteit van de rechterlijke toetsing moet worden bepaald door de aard van de rechtsverhouding en de daarbij betrokken algemene en particuliere belangen. Ik ben het daarmee eens. Ik denk trouwens dat dat laatste heel vaak gebeurt. Toen ik mijn recensie ging schrijven, had ik toevallig een kleine leesachterstand in AB's en JB's, en ik heb toen voor mijn bijdrage drie jaar van die tijdschriften doorgevlodid. Als je dan kijkt met de blik van iemand die zich afvraagt hoe de rechter toetst, zie je allerlei voorbeelden die door annotatoren zijn gemist of die misschien niet eens in die vorm zijn gepresenteerd, van gevallen waarin wel degelijk de aard van de rechtsverhouding en de daarbij betrokken belangen meebrengen dat de rechter iets anders doet dan in het schema van Duk wordt voorgeschreven. Heel vaak gaat de rechter hiertoe over zonder het met zoveel woorden te zeggen, maar dat doet er niet aan af. Niettemin: een min of meer blinde toepassing van het schema van Duk, met een al dan niet even blinde aanvaarding van beleidsregels van het bestuur, komt nog te vaak voor. Er is ruimte voor verbetering.

Even tussendoor iets over de analyse van de verhouding binnen de trias. Deze analyse gaat mij nét iets te snel. Zeker, de wetgever treedt terug; Van Wijk wees er al op, en ook toen was het al heel lang aan de gang. Zeker, het bestuur is machtiger geworden. Dan lijkt het logisch dat de derde macht van de trias in

---

7 Auteur recensie preadvies Hirsch Ballin NTB.

het vacuüm stapt. Maar ja, die macht mist democratische legitimatie en mist ook het apparaat om voluit – om die metafoor dan maar te gebruiken – in dat veld te stappen. In die zin kan volgens mij een beroep tegen algemeen verbindende voorschriften ook niet echt veel oplossen, want waar moet de rechter dan aan toetsen, anders dan als het nu echt wel héél erg verkeerd is gegaan? De wetgever heeft nu juist geen richting gegeven. Dit probleem kan in ieder geval niet door beroep tegen algemeen verbindende voorschriften worden opgelost. De enige echte oplossing in constitutioneelrechtelijk perspectief zou zijn dat de rechter geen vergaande delegatie door de wetgever aanvaardt. Er zijn constitutionele bestellen waarin dat gewoon wordt gezegd. De wetgever heeft de taak tot wetgeven en als hij die verzaakt, zegt de rechter: ga je werk maar over doen! In Nederland zijn we daar waarschijnlijk voorlopig nog niet aan toe, maar ik zou toch in eerste instantie binnen het constitutionele recht oplossingen willen zoeken, en ik denk niet dat de Nederlandse rechter in dat opzicht de oplossing biedt. Enige moeite heb ik met de stelling, die ook eerder vanochtend nog even aan de orde kwam, dat het bestuur geen politiek moet bedrijven. Misschien zeg ik het niet helemaal scherp, maar zo staat het er wél, en het sprong mij eerlijk gezegd enigszins naar de ogen. Beleid is een vorm van politiek en politiek is een vorm van beleid. Ik heb nog even gedacht dat op partijpolitiek werd gedoeld, maar ook dan nog geldt dat een bestuursorgaan dat bijvoorbeeld de ruimte heeft om handavingsprioriteiten te stellen, kan zeggen dat het achter bijstandstrekkers aan gaat omdat het rechts is en dat het achter ondernemers en verkeersovertreders aan gaat omdat het links is. Natuurlijk karikaturiseer ik nu enigszins, maar zolang het recht maar ruimte biedt en er geen sprake is van willekeur, moet politieke kleuring mogelijk zijn. Juist omdat het bestuur politiek mag bedrijven hebben we ook onafhankelijke toezichthouders. Er zijn terreinen van het recht waarop we welbewust instanties in het leven roepen waar de politiek niet aan mag komen.

Zoals gezegd: ik ben het eens met de conclusie dat de rechter te vaak onnodig marginaal toetst. Dat vind ik problematisch, niet zozeer vanwege de gebrekkige legitimatie, maar vanwege wat ik dan toch maar weer optimale rechtsbedeling noem. Voor mij moet bij de vormgeving van het bestuursprocesrecht optimale rechtsbedeling het uitgangspunt zijn. Anders gezegd: de rechtsbedeling van de justitiabele moet niet meer worden beperkt dan noodzakelijk in verband met de andere bij de rechtsverhouding betrokken belangen. Dan hebben we het niet alleen over de intensiteit van de toetsing, maar ook over de uitleg en toepassing van andere procesrechtelijke regels waarover de rechter zeggenschap heeft. Ook daarbij moeten de aard van de rechtsverhouding en de daarbij betrokken algemene en particuliere belangen beslissend zijn. Ik noem in dit verband uitleg en toepassing van de Awb-artikelen 4:6, het *ne bis in idem*, 6:22, 8:69, de aanvulling van rechtsgronden en feitelijke gronden, 8:69a, het relativiteitsvereiste, en 8:72, de uitspraakbevoegdheden. Zelfs regels omtrent bevoegdheid en ontvankelijkheid zouden op deze manier 'contextueel' moeten worden toegepast en uitgelegd. Op het gebied van de bevoegdheid hanteert de Centrale Raad van Beroep bijvoorbeeld een eigen bestuursorgaanbegrip, gelet op de context van het ambtenarenrecht. Redenerend vanuit de bij zaken betrokken belangen komt de Centrale Raad, vanuit het principe dat iemand niet zomaar zijn ambtenaarschap kan verspelen, impliciet tot een iets ruimer begrip 'bestuursorgaan'. Op het gebied van de ontvankelijkheid



wijs ik op verschoonbare termijnoverschrijdingen en de manier waarop in de zwartepietenuitspraak met het belanghebbendenbegrip is omgegaan. Soms zijn de maatschappelijke belangen zo groot dat de Afdeling bestuursrechtspraak dat begrip om grote problemen te voorkomen even terzijde schuift.

Ook de wetgever is aan zet, met name door langere beroepstermijnen toe te staan in situaties waarin het algemeen belang geen korte termijnen vereist, en door eventueel indringender toetsing voor te schrijven. Natuurlijk doet dit afbreuk aan de harmonisatie van het bestuursrecht, een constatering waarbij ik als oud-secretaris van de commissie-Scheltema altijd even moet slikken, maar harmonisatie kan niet opwegen tegen optimale rechtsbedeling. Aldus komen we aan een bestuursrecht van niet twee, maar wat mij betreft vele gestrengheden.

Dit brengt mij bij mijn eerste vraag: is preadviseur Hirsch Ballin het met mij eens dat zijn, door mij onderschreven, betoog in wezen moet leiden tot een nieuwe fundamentele doordenking van ons bestuurs(proces)recht?

Mijn tweede vraag gaat meer specifiek over rechtseenheid; ook Ortlep kan er misschien op reageren. Als je aanvaardt dat een bestuurs(proces)recht van vele gestrengheden kan en misschien zelfs wel móét bestaan, vloeit daaruit een flinke relativering voort van de noodzaak tot rechtseenheid tussen allerlei hoogste bestuursrechters. Binnen de betrokken kolom – dat kan zelfs binnen één rechterlijke organisatie zijn –, binnen één sector of zelfs, om met De Haan te spreken binnen één ‘facet’, moet die rechtseenheid er natuurlijk wel zijn, maar tussen de kolommen wordt ze minder belangrijk. Delen de preadviseurs mijn analyse op dit punt?

### **Mr. E.M.H. Hirsch Ballin**

Hartelijk dank aan Zijlstra voor de mooie, indringende recensie in het NTB. Ik raad iedereen aan die, eventueel alsnog, te lezen. Zelf heb ik in Zijlstra's bijdrage een heel rake samenvatting maar ook rake vragen aangetroffen. Inderdaad geeft, in een constitutionele context, beoordelings- en beleidsvrijheid van het bestuur geen vrijbrief voor terughoudende toetsing. In het zojuist door Zijlstra gehouden betoog komt, evenals in zijn recensie, naar voren dat er verscheidene voortekenen van een andere benadering in de bestuursrechtspraak aanwezig zijn. Ook een van mijn Tilburgse collega's heeft mij hierop gewezen; in mijn inleiding ben ik er al enigszins op ingegaan.

Dit brengt mij op mijn antwoord op de eerste vraag van Zijlstra. Ook als we kunnen constateren dat het leven vaak beter is dan de leer, als we deze discrepantie tussen leven en leer signaleren, wordt het hoog tijd voor een adequatere leer. Op de vraag van Zijlstra antwoord ik dan ook met een volmondig ja.

De andere verhouding komt vooral neer op een scherp houden precies op de punten waardoor het hedendaagse openbaar bestuur wordt gekenmerkt. Ik denk dan aan specifieke expertise en aan de manier waarop in de conflictvelden, die vaak een relatie tot de samenleving meebrengen, een beslissing moet worden genomen. De rechter bevindt zich in zekere zin vaak dichter bij de conflicterende belangen in de samenleving dan bij de politiek.

Zijlstra is even ingegaan op de rol van de politiek in verhouding tot het bestuur. Ik wijs er nog eens op dat we niet alleen met onafhankelijke autoriteiten te maken hebben, maar met veel meer onderdelen van de bureaucratieën. In zijn recensie

heeft Zijlstra zich afgevraagd of deze preadviseur, die zelf heel wat Kamerdebatten naar aanleiding van incidenten heeft gevoerd, niet een contraire eigen ervaring heeft. Eigenlijk is dat juist niet het geval. Toen ik die rol vervulde, met politieke verantwoordelijkheid voor zo'n 60.000 ambtenaren, heb ik mij dag in, dag uit gerealiseerd dat de vele debatten over incidentele zaken maar een miniem deel uitmaken van wat er aan concrete beslissingen door het openbaar bestuur wordt geproduceerd. Bovendien: als je de discussie met de Kamer dan aangaat, kom je met een valide en een in mijn ogen ook vaak noodzakelijk argument als je er even aan herinnert dat de aansturing niet behoort te gaan over een quasi alles vanuit één centraal punt tot in het concrete niveau beslissen.

In het verlengde hiervan onderken ik volledig het belang van de diversiteit waarop collega Zijlstra insisteert. Het openbaar bestuur is zeer divers in de manier waarop het met de samenleving interacteert, en dat heeft dus ook gevolgen. Raak vond ik de samenvatting van Zijlstra, luidende dat de aard van betrokken belangen bij de rol die de bestuursrechter speelt bepalend moet zijn. Jazeker, er is bij de bestuursrechtspraak diversiteit in wat wordt geordend en wordt beslist, diversiteit in normenstelsels, in problemen en in mogelijkheden voor de feitenvaststelling, diversiteit tussen de verschillende rechters, maar ook binnen dezelfde rechtscolleges. In de huidige verhoudingen, zoals de dingen zich hebben ontwikkeld, moeten we niet de rechtseenheid tot allesbepalend gezichtspunt uitroepen. Veel belangrijker is de kwaliteit van de bestuursrechtspraak over de hele linie. Vandaar mijn bevestigend antwoord op de tweede vraag van Zijlstra. Later vandaag komen we vast nog te spreken over organisatiekwesities; op dit moment wil ik er nog niet te veel over zeggen.

**Voorzitter:** Allesbepalend is de kwaliteit, de rechtseenheid volgt daar wellicht op. Ik geef het woord aan Ortlep, die over de rechtseenheid diep heeft nagedacht en heeft geschreven.

### Mr. R. Ortlep

Zijlstra sprak over verschillende gestrengheden – ik denk daarbij aan twee en aan méér partijen – en hij relateert in dat verband de rechtseenheid. In mijn advies ben ik hierop ingegaan. De rechtseenheid is voor mij geen doel op zich, en ik definieer *rechtseenheid* als de situatie waarin het verschil in recht niet met expliciete argumenten is onderbouwd. Doet een bestuursrechter dat wél, dan wil ik niet spreken van rechtseenheid, maar van legitieme differentiatie. Het is maar net hoe je het noemt. Zolang met argumenten expliciet wordt onderbouwd waarom een rechter een bepaalde lijn volgt die afwijkt van de lijn die een andere rechter volgt, heb ik geen probleem met de kwalificatie legitieme differentiatie.

**Voorzitter:** Zoals je in je inleiding al zei: het motiveren draagt ertoe bij dat de rechtseenheid kan worden bevorderd, maar het kan ook verschillen verklaren en wellicht rechtvaardigen.

**Zijlstra:** Het enige punt van discussie is de werking van politieke verantwoordelijkheid, maar dat punt lijkt me iets voor een andere vereniging dan deze. Voor het overige ben ik door de antwoorden zeer tevredengesteld.

Er liggen buitengewoon interessante preadviezen, die veel stof tot overdenking geven. Ik richt mij, gezien de opzet van deze vergadering, nu vooral op het preadvies van Hirsch Ballin, een zeer innovatief, mooi stuk dat veel reflectie vergt. Enigszins hoed ik mij voor een al te enthousiaste reactie, want ik heb van het preadvies van Oortleple geleerd dat zo'n reactie ertoe kan leiden dat mij Ivo Niehe-achtige trekken worden toegeschreven. Ik heb het vermoeden dat dit niet als een positieve kwalificatie bedoeld is!

Het preadvies van Hirsch Ballin gaat in de kern om de wijze waarop de bestuursrechter toetst en vooral zou moeten toetsen. De preadviseur ziet vanuit het klassieke gedachtegoed een *judicial restraint*, waarmee de bestuursrechter zijns inziens onvoldoende recht doet aan de fraai door hem in beeld gebrachte constitutionele ontwikkelingen. Ik ben het op het punt van de rechtsvrije sfeer van het bestuur in belangrijke mate met hem eens, zij het dat ik tot een kanttekening kom. Ook Tollenaar gebruikt deze term naar mijn gevoel in zekere zin niet terecht. De preadviseurs hebben in mijn ogen te veel de neiging te doen alsof er nu in de bestuursrechtspraak een rechtsvrije sfeer zou bestaan.

Ik vraag mij bovendien af of waar rechterlijke beperking aan de orde is de klassieke redenen daarvoor niet toch ook hun waarde behouden. Hirsch Ballin schrijft op bladzijde 27 onder het kopje 'Constitutionele legitimiteit': "Deze bedenkingen richten zich tegen de gedachte dat het bestuursorgaan gevrijwaard moet worden van rechterlijke toetsing omdat het een exclusieve, democratische legitimatie bezit om de nadere beoordelingen en belangenafwegingen te verrichten. Maar is het werkelijk het een of het ander, dus hetzij een aan geregelde onafhankelijke toetsing onttrokken bestuurlijk machtsbereik, hetzij rechterlijk activisme dat het (door de wetgever beoogde) bestuurlijk primaat in de nadere beoordeling tenietdoet?" Dat is mooi opgeschreven, maar naar mijn gevoel toch net iets te provocatief. Zoals ik de bestuursrechtspraak ken, zit zij wel degelijk ergens tussen deze twee uitersten in. Wij kennen geen immune rechtsvrije bestuurlijke ruimte, we doen niet aan doctrinaire *judicial restraint* en er bestaat ook geen neiging om op de stoel van het bestuur te gaan zitten. Deze extreme posities worden niet ingenomen.

Wellicht is er na vandaag aanleiding het begrip 'marginale toetsing' nog eens nader te doordenken. Marginale toetsing in de goede zin van deze woorden dient niet als een vrijbrief voor het bestuur te worden opgevat. Ik noem als voorbeeld een bekende uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak, van 22 april 2009, betreffende de spontane vernietiging door de Kroon, onder verantwoordelijkheid van onder anderen minister Bos, van het procesbesluit van de provincie Noord-Holland om haar vordering tegen de IJslandse bank Landsbanki te gaan innen en mogelijk executeren. In de ogen van de regering werd, heel kort gezegd, de overeenstemming van de Nederlandse regering met de IJslandse regering gefrustreerd door de mogelijkheid dat de provincie Noord-Holland haar vordering zou gaan executeren. Daarom vernietigde de Kroon het genoemde procesbesluit. De Afdeling overweegt dan dat zo'n koninklijk besluit, dat bovendien is onderworpen aan parlementair toezicht, slechts met grote terughoudendheid moet worden getoetst, maar dat de rechter aan zijn toetsing wél inhoud moet geven. Vervolgens

wordt op de toegang tot de burgerlijke rechter ingegaan en wordt overwogen dat uit het oogpunt van rechtszekerheid behoorlijke eisen inzake motivering en zorgvuldigheid moeten worden gesteld. Hier zien we fraai het ook door Hirsch Ballin in beeld gebrachte belang van fundamentele rechten. Met andere woorden: marginale, in de terminologie van de Afdeling uiterst terughoudende toetsing, maar zeker geen rechtsvrije sfeer. Integendeel: toetsing aan het recht, met name aan eisen van rechtszekerheid, motivering en zorgvuldigheid. Met instemming haal ik in dit verband Damen aan, die zich in *Ars Aequi* heeft afgevraagd of dit nog marginale toetsing is. Het antwoord luidt bevestigend. Het marginale is alleen van toepassing voor zover een bestuursorgaan beoordelings- of beleidsvrijheid heeft. De plicht tot belangen afwegen en draagkrachtig motiveren geldt onverkort, ook bij beoordelings- en beleidsvrijheid. Nu kan men de plicht tot draagkrachtig motiveren zó ver doorvoeren dat de beleidsvrijheid wordt aangetast, maar daarvan, aldus Damen, blijkt hier niet.

Kortom: als de term marginale toetsing het misverstand oproept dat er een rechtsvrije sfeer is, moeten we van die term af, want dat is echt een misverstand, naar mijn gevoel ook historisch. In de jurisprudentie van de burgerlijke rechter is het begrip heel fraai ontwikkeld. In het woonruimtearrest uit 1949 ging het om een geval in Doetinchem waarbij de wetgever in de visie van de gemeente de rechter de toetsing van de woonruimteverbod had verboden. De Hoge Raad maakte uit dat men wel degelijk moest nagaan of het bevoegde orgaan in redelijkheid tot het besluit had kunnen komen. Het concept van de marginale toetsing diende hier nu juist tot verbreding van de rechtsbescherming van de burger tegen het bestuur, terwijl we heden ten dage in marginale toetsing de suggestie zien dat de rechter moet terugtreden. Marginale toetsing is begonnen ter verbreding van de rechtsbescherming, maar als er nu het misverstand aan verbonden wordt dat de rechter een rechtsvrije sfeer zou moeten laten bestaan, moeten we daarvan af.

Tollenaar spreekt over een rechtsvrije sfeer in het verband van het vreemdelingenrecht. Ik van mijn kant denk dat het daar niet om een rechtsvrije sfeer gaat. In de bekende uitspraak van 27 januari 2003 wordt uiteengezet dat er wat betreft het relaas van de asielzoeker die geen andere bewijsmiddelen heeft, een aanleiding tot terughoudendheid is en dat die terughoudendheid niet alleen samenhangt met de parlementaire controle, maar met name met de deskundigheid en het overzicht dat de bestuursrechter in vergelijking met het bestuur mist. De Afdeling heeft recent in nogal wat gevallen waarin de vreemdeling in verband met de veiligheidssituatie een moeilijke bewijspositie heeft, het risico bij de staatssecretaris gelegd. Ik wijs op uitspraken met betrekking tot Eritreeërs, Oeigoeren uit China, Noord-Koreanen en Tibetanen. Van een rechtsvrije sfeer is daar geen sprake. Ik zeg dit ook met het oog op hetgeen Tollenaar in het fraaie verslag van zijn empirische onderzoek heeft gezegd. Ook de Richtlijn zal overigens naar ik verwacht in dit verband met zich brengen dat de toetsing indringender zal worden.

Dit sluit goed aan bij de ontwikkeling van de laatste jaren in de richting van een meer algemene toetsing. Verleden jaar behandelden wij in de jaarvergadering de kritische preadviezen over de punitieve sancties waarin is betoogd dat scherper aan de evenredigheid zou moeten worden getoetst. Ik herinner mij nog goed dat op de dag van de behandeling de preadviseurs Van Emmerik en Saris aangaven dat

de rechtsontwikkeling alweer in die richting ging. Hirsch Ballin heeft terecht gewezen op de uitspraak over het alcoholslot.

Dit brengt mij op de vraag of het concept van een terughoudende toetsing zoals Hirsch Ballin het beschrijft aan herijking toe is. Ik denk dat we hierover genuanceerd moeten denken. Er is niet één manier van toetsen, en het is niet alleen de democratische legitimatie, waarop Hirsch Ballin zo zeer de nadruk legt, die tot misverstanden aanleiding kan geven. Terecht heeft Zijlstra in zijn bespreking gewezen op het gebrek aan deskundigheid en het missen van het totaaloverzicht. Ik denk dat juist ook deze elementen de bestuursrechter in sommige gevallen tot terughoudendheid brengen, niet zozeer om, zoals vaak – met in mijn ogen vreselijke uitdrukkingen – wordt gezegd, rugdekking aan het bestuur te geven of het bestuur zijn gang te laten gaan, maar veeleer als een uiting van bescheidenheid. Het ontbreken van overzicht speelt bijvoorbeeld ook in het vreemdelingenrecht een rol.

Ik ben benieuwd of Hirsch Ballin mijn visie op het begrip marginale toetsing deelt en of hij met mij van oordeel is dat naast de belangrijke constitutionele redenen die hij noemt – en die ons van dienst kunnen zijn als we ons nader gaan oriënteren op de wijze waarop de toetsing de komende jaren vorm moet krijgen – toch ook de meer klassieke redenen voor terughoudendheid niet evenzeer betekenis houden. De preadviseur legt terecht verband tussen de mate van toetsen en de mogelijkheid van finale geschillenbeslechting. Helemaal digitaal is dat verband mijns inziens niet. Je kunt namelijk best indringender toetsen en toch de bal terugspelen naar het bestuur omdat je nu eenmaal als rechter de deskundigheid mist om voorschriften te stellen, of omdat je het gewoon een stap te ver vindt gaan de verantwoordelijkheid voor de vergunningverlening over te nemen, nu je niet kunt overzien wat deze verlening voor tal van andere besluiten vergt. Als we gaan doen wat Hirsch Ballin ons voor ogen houdt, zal dat wel enige winst voor de finale geschillenbeslechting betekenen, maar ik weet niet of de spanning die we onder vinden daarmee geheel en al zal zijn opgelost.

Ik zeg deze preadviseur vooral dank. Zijn werkstuk geeft veel inspiratie om bij het proces van rechtsvorming een aantal belangrijke aspecten te betrekken die hij fraai in beeld heeft gebracht. Hij zal het mij niet kwalijk nemen als ik zeg dat wij bij de praktische uitwerking nog wel een enkele vraag en een enkele hobbel zullen tegenkomen.

### **Mr. E.M.H. Hirsch Ballin**

Eigenlijk gaat de interventie van collega Polak in hoge mate over de manier waarop we tot uitdrukking brengen wat er moet worden gedaan door de rechter. In zijn betoog zie ik een hoopgevend begin van uitvoering waartoe ook Zijlstra heeft opgeroepen. Is de manier waarop wij tot uitdrukking brengen hoe de rechtspraak leeft nog adequaat? Polak spreekt, denk ik, in de dubbelrol van de collega die hij in de wetenschap is en het voorzitterschap van de Afdeling bestuursrechtspraak. Ik herken, als een van zijn voorgangers, dat een rechter altijd zelf bedacht moet zijn op de eisen van geleidelijkheid in het veranderen. Dat neemt niet weg dat de ‘zwaluwen’ waarin expliciet iets wordt gezegd dat voorheen niet werd gezegd, worden gewaardeerd. De Afdeling doet dat soms door te schrijven dat ‘anders dan

zij voorheen heeft overwogen, [... enzovoort]'. Het wordt ook weleens níet gezegd, terwijl het wél gebeurt. *So far, so good.*

Zit daarbij het begrip marginale toetsing ons in de weg? Ik denk dat we van elkaar weten dat we het hierover al lang met elkaar eens zijn. Dit begrip roept in de huidige verhoudingen meer vragen op dan het beantwoordt. Het komt voort uit de territoirafbakeningsgedachte die in het verleden heeft bestaan, en ook al kun je het anders bedoelen, wat ik niet betwijfel, het geeft de indruk dat er *of* van het een *of* van het ander sprake is. Daarom zou ik willen vasthouden aan wat ik, aangehaald door Polak, op bladzijde 27 van mijn preadvies heb geschreven. Ik denk dat hij zelf op dit punt een goede illustratie heeft gegeven: het gaat om de aard van de verhouding. De 'anti-zwaluw' van terughoudende toetsing in de Landsbanki-zaak had niet te maken met het openbaar bestuur dat in het maatschappelijk krachtenveld moet trancheren, maar had te maken met de verhouding tussen nationaal beleid en provinciaal beleid, en met de opvatting van degenen die het nationaal beleid moesten voeren dat het provinciaal beleid schade aan het nationaal beleid toebreacht. De rechter kwam in een positie te verkeren die veel meer weg had van de bij ons amper ontwikkelde discipline van de constitutionele bewaking van de verhouding tussen de bestuurslagen, met in dit geval als resultaat het inzicht dat het landsbelang, zoals door de regering gedefinieerd, moest prevaleren. Terughoudendheid kan goed zijn, maar er moet geen terughoudendheid zijn in het doen wat een rechter moet doen. Het gaat erom de diversiteit van situaties te onderkennen en zo nodig juist niet terughoudend te zijn. Ik moedig de vroegere collega's van de Afdeling aan de moed te hebben de oude formuleringen te laten varen. Die formuleringen zijn ontwikkeld in een eerdere periode. Ik herinner aan het voorbeeld van het alcoholslotprogramma. Laat men niet meer de indruk wekken dat men terughoudendheid betracht waar de rechter tot het uitoefenen van de rechterlijke taak geroepen is. Laat men de rechterlijke taak vervullen, in het vertrouwen dat men, als men rechterlijke argumenten voor de vervulling van zijn taak geeft, dat soort disclaimers niet meer nodig heeft!

#### **Mr. A. Tollenaar**

Polak is niet de eerste die over mijn bewering aangaande de rechtsvrije ruimte is gevallen. Ik heb overigens niet de normatieve uitspraak gedaan dat er een rechtsvrije sfeer zou moeten zijn. Wat ik heb opgeschreven, is opgetekend uit de mond van een van de respondenten, en ik kan nu de aanvulling geven dat het hier een van de rechtshulpverleners betreft, die het gevoel bleek te hebben dat er bij geschillen met de IND een rechtsvrije sfeer bestaat. Als Polak vindt dat dit gevoel niet terecht is, is het zaak dat die rechtshulpverleners duidelijk te maken.

#### **Mr. J.E.M. Polak**

Deze reactie van Tollenaar doet mij een beetje denken aan sommige reacties op uitspraken van de Afdeling. Als wij een partijstandpunt hebben weergegeven, wordt ons soms verweten dat het medegedeelde onze overweging zou zijn. Begrijp ik nu goed dat het standpunt van preadviseur Tollenaar niet is dat er in het vreemdelingenrecht een rechtsvrije sfeer bestaat?

**Tollenaar:** Die conclusie is juist.

**Polak:** In zijn inleidende beschouwing heeft Tollenaar gezegd dat er overleg zou zijn met *repeat players* van bestuursorganen. Ik hecht eraan in dit opzicht iets recht te zetten. Er is bij de Afdeling bestuursrechtspraak zo nu en dan een Dag van de Bestuursrechtspraak. Dat is een dag waarbij wij inderdaad *repeat players* uit de kring van bestuursorganen uitnodigen, maar ook *repeat players* uit de kring van asieladvocaten, andere advocaten en milieuorganisaties. Het gaat om een en dezelfde dag, die nu juist zo is opgezet om te voorkomen dat er een soort overleg met een van de partijen zou zijn. De achterliggende gedachte is dat we een beetje áf moeten van de gedachte dat rechters alleen maar, vanuit een soort ivoren toren, via hun uitspraken met groepen overleggen. Het moet mogelijk zijn van gedachten te wisselen over abstracte onderwerpen en wat er wat dat betreft leeft. Ook deze VAR-vergadering vormt daarvan een goed voorbeeld. We hebben bij onze Dag van de Bestuursrechtspraak met opzet een vorm gekozen waarbij iedereen aan bod kan komen.

**Voorzitter:** Uit het preadvies van Hirsch Ballin zou men, aldus Polak zojuist, kunnen afleiden dat het vooral een probleem is dat de rechter wanneer hij recht vormt geen democratische legitimatie heeft. Tegelijkertijd verdient de democratische legitimatie van het bestuur in al zijn hoedanigheden ook vraagtekens. Polak denkt dat er méér aan de hand is: rechtsvorming door de rechter wordt ook bemoeilijkt doordat de rechter bescheiden moet zijn omdat hij de vereiste deskundigheid vaak mist en hij geen overzicht heeft van het totaal van beslissingen dat moet worden genomen. De rechter oordeelt over één zaak, maar daar gaat een wereld van beleid en besluiten achter schuil.

Ik leg dit nu in mijn eigen woorden aan de preadviseur voor. Heb ik het goed verwoord?

**Polak:** Ik kan het niet beter!

**Mr. E.M.H. Hirsch Ballin**

Eigenlijk zijn hier twee kwesties aan de orde:

- Wat leent zich voor beoordeling op grond van de op een of andere manier aangenomen politieke legitimatie?
- Kan de rechter alle feitelijke vragen beantwoorden die bepalend zijn voor de beslissing over de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking die aan de orde is?

Die twee vragen zijn niet identiek. De politieke legitimatie wordt soms overdreven, terwijl anderzijds de politiek soms de rechterlijke legitimatie van beslissingen overdrijft, namelijk door te zeggen: maakt u zich geen zorgen, de rechter heeft dit getoetst en in hoger beroep is dat oordeel goed bevonden, dus het is goed! Politieke legitimatie komt niet voort uit het toekennen van mandaat bij het nemen van een besluit alleen. Centraal moet de aard van de beoordeling staan; ik heb er in het eerste deel van mijn reactie al iets over gezegd. Leent de onderhavige rechtsbetrekking tussen een bestuursorgaan en een burger of tussen verschillende

private partijen onderling zich voor een politieke beoordeling? Anders gezegd: kan in de rechtsbetrekking die aan de orde is het soort beoordeling dat politiek van aard is een rol spelen? Niet alles wat door besluitvorming van de regering of door gezamenlijke besluitvorming over wetgeving tot stand komt, krijgt een soort mythologische aanraking met de vingers van de regering waardoor het goud wordt. Niet alles wat politieke organen passeert, wordt daardoor politiek. Dit is mijn reactie op het eerste punt. De aard van de rechtsbetrekking bepaalt in welke mate de rechter ertoe gelegitimeerd is te zeggen dat iets politiek bekeken is. Als het om fundamentele rechten van burgers gaat, of om echte feitelijke vaststellingen, kan de rechter niet met verwijzing naar aanraking door een politiek orgaan zeggen dat iets in orde is.

Ik noem een voorbeeld hiervan, waarmee ik meteen op het tweede punt kom, want de twee onderwerpen raken elkaar. Bij het zoeken van expertise die nodig is om te beoordelen hoe onveilig de situatie is in een land van herkomst van vreemdelingen, wordt in hoge mate gesteund op de ambtsberichten van de minister van Buitenlandse Zaken. Die minister wordt als minister een bijzondere deskundigheid toegeschreven, maar die deskundigheid ontleent hij natuurlijk niet aan het feit dat hij een politiek ambt vervult. Hij ontleent de deskundigheid op z'n hoogst daaraan dat er functionarissen zijn – ambtenaren en de door die ambtenaren ingeschakelde deskundigen ter plaatse – die een goed zicht op de situatie ter plaatse hebben. Zo'n deskundige beoordeling zou zich echter dan ook meer dan te doen gebruikelijk moeten lenen voor een volledige confrontatie met bijvoorbeeld de deskundige beoordeling door de UNHCR of door andere diensten. Natuurlijk weet ik dat in dezen tegenbewijs wordt toegelaten, maar ik zie desalniettemin in de formuleringen een soort vermenging optreden van enerzijds het feit dat de minister politiek belast is met de taak om deze dingen te onderzoeken en anderzijds de feitelijke beoordeling die zich naar de aard van de taak van de rechter leent voor het uitoefenen van een volledige rechterlijke taak.

### **Mr. J.E.M. Polak**

Ook hier ben ik het in belangrijke mate met Hirsch Ballin eens. Inderdaad moet de legitimatie in de situaties die hij beschrijft misschien minder in de politieke verantwoordingsplicht van de minister van Buitenlandse Zaken worden gezocht en meer in de omstandigheid dat de rechter in mindere mate overzicht heeft. Ik ontwaar zelf in de rechtspraak van de Afdeling wel wat meer de neiging om daarom contra-expertises toe te laten. In hoeverre dat nog te weinig gebeurt, kan ik niet helemaal beoordelen.

Waar het mij om ging, was dat in het preadvies van Hirsch Ballin naar mijn mening met name heel mooi onderbouwd is waarom de democratische legitimatie in belangrijke mate achterhaald is, maar dat er ook andere 'hobbels' voor de rechter zijn. Het gaat dan om, in de woorden van Corstens, punten van bescheidenheid, onder meer samenhangend met het kunnen overzien van het geheel. In het vreemdelingenrecht zien wij de 70% van de vluchtelingen die gelukkig een vergunning krijgt niet; we zien alleen het beperkte aantal gevallen waarin het anders loopt. Zulke punten bemoeilijken de rechtsvorming met betrekking tot het overzicht en de deskundigheid.



Mijn vraag aan Hirsch Ballin was in dit verband of hij het met mij eens is dat er, ook al waardeer je het punt van de democratische legitimatie in de huidige tijd anders dan we in het verleden hebben gedaan, toch nog diverse hobbels zijn te nemen die de rechter bij de rechtsvorming tegenkomt.

**Voorzitter:** Er ligt nog de vraag hoe indringender toetsen en proportionaliteits-toetsing zich verhouden tot het streven naar finale geschilbeslechting. Helpen zij daarbij, vormen zij misschien juist een belemmering, of staat het een nogal los van het ander?

**Mr. E.M.H. Hirsch Ballin**

Terecht wordt hier een verbinding gelegd tussen het betoog van collega Polak en deze nadere vraag. Ik ben met Polaks repliek buitengewoon gelukkig, want het gaat er ook in mijn ogen zeker niet om dat een rechter zou mogen of moeten pretenderen meer te weten dan hij kan weten. Wél moet hij ervoor openstaan dat hij zich niet, uit respect voor een politiek primaat, van een oordeel hoeft te onthouden indien zijn oordeel bepalend is voor rechten die in de zaak aan de orde zijn. In de door mij onderscheiden drieslag gaat het hier om de *rights*. Als iets door een politiek orgaan met vermeende ‘tot goud makende vingers’ is aange-raakt, hoeft dat voor de rechter geen reden te zijn om ervan af te blijven. Dat er andere hobbels zijn, geef ik overigens Polak graag toe.

Dan nog iets over de finale geschilbeslechting. Er zijn eerder in deze vergadering, ook door de voorzitter, behartigenswaardige opmerkingen gemaakt over lussen en wat dies meer zij. Ik zeg dan: het is allemaal geen mens-erger-je-niet! Waar het om gaat, is dat uiteraard op de bestuursorganen de volledige verplichting rust om te doen wat bestuursorganen moeten doen en dat de rechter, die op het punt van de feitenvaststelling het mogelijke doet, geen verboden terrein betreedt. Dat idee van verboden terrein zouden we een beetje moeten proberen kwijt te raken. Het hangt er dan van af in hoeverre de zaak in de behandeling van het geschil kan worden opgehelderd, of er al dan niet een rechterlijke uitspraak kan worden gedaan die de zaak afrondt.

**Mr. Y.E. Schuurmans**

Als mensen die interveniëren drie à vier vragen per persoon stellen, ontstaat het gevaar van overlap. Ik zal proberen mijn bijdrage aan te passen.

Graag wil ik voortzetting geven aan de gedachtewisseling over de expertise van bestuursorganen en de manier waarop rechters daarmee kunnen omgaan. Naar aanleiding van vooral het preadvies van Hirsch Ballin wil ik verkennen wat nu precies de mogelijkheden van de bestuursrechter en het bestuurs(proces)recht zijn om het bestuur scherp te houden. Bij de gedachtewisseling wil ik ook graag de bevindingen uit de casestudies van Tollenaar betrekken. Hirsch Ballin verkent in zijn preadvies hoe de rechter intensiever zou kunnen toetsen. In hoofdstuk 5 wordt meer concreet bekeken of de rechter anders met beoordelingsruimte kan omgaan. Kan de afstand die de rechter vanwege de expertise van het bestuur in acht neemt, worden doorbroken? Die vraag was zojuist ook al in de discussie met

Polak aan de orde. Uit onderzoek naar feitenvaststelling is gebleken dat de rechterlijke beoordeling van de feiten in de praktijk bijzonder uiteen kan lopen. Hoewel het theoretisch voor de rechter vaak mogelijk is een eigen feitenvaststelling te doen, is de praktijk dikwijls dat hij vooral het onderzoek van het bestuursorgaan op zorgvuldigheid controleert. Zoals Hirsch Ballin schrijft, speelt de expertise van het bestuursorgaan daarbij een grote rol, bijvoorbeeld in asielzaken.

Op bladzijde 39 staat: “Dit komt erop neer dat de rechtspraak hier een bewijslastverdeling hanteert die inhoudt dat de expertise van de overheid behoudens eenduidig bewijs van het tegendeel voor juist wordt gehouden. Hoe strak deze lijn is, blijkt daaruit dat de Afdeling deswege de uitspraak van de rechtbank waarbij een onafhankelijke deskundige werd benoemd, vernietigde. Gelet op de zwaarte van de gevolgen voor de betrokkene had het geschil over de omstreden feiten echter niet buiten het domein van de *pleine jurisdiction* behoren te worden afgedaan.” Ik ben heel benieuwd wat deze beschouwing precies voor de praktijk om het lijf heeft.

De preadviseur laat wel iets van een inkijk zien, door te overwegen dat de huidige beperkte toetsing van de feiten in asielzaken in strijd kan komen met de herziene Procedurerichtlijn, die een volledig *ex nunc*-onderzoek naar de feiten vergt. Maar wat moet er nu precies veranderen? Daarover hebben we in de beantwoording van zojuist al iets kunnen horen. Er moeten minder documenten de status van deskundigenbeoordeling krijgen. Ook ik vroeg mij af of een algemeen ambtsbericht van Buitenlandse Zaken wel een deskundigenbeoordeling is, als dat ambtsbericht in zo'n politieke gevoelige omgeving tot stand komt en beperkt van wetenschappelijke bronnen is voorzien. Moet wellicht veel eerder worden aangenomen dat eiser erin slaagt een concreet aanknopingspunt voor twijfel aan een deskundigenrapport te leveren? Moet dat criterium minder strikt worden uitgelegd, of moeten rechters meer deskundigen gaan benoemen? Expertise intensiever toetsen kan niet budgettair neutraal plaatsvinden.

Bij deze zoektocht naar oplossingen vroegen ook de casestudies van Tollenaar aandacht. Daaruit blijkt dat er soms weinig verband is tussen een open of gesloten wettelijke norm en de vraag of de rechter zich tot rechtsontwikkeling laat verleiden. Alleen beoordelingsruimte als criterium loslaten zet misschien niet zoveel zoden aan de dijk. Een ander opvallend punt is dat ik eigenlijk geen cases over expertise ben tegengekomen. Dat doet het vermoeden rijzen dat er in de praktijk niet bijzonder veel werk van wordt gemaakt de expertise van het bestuur hoog te houden, bij te sturen en te prikkelen. Hoe moeten we dit aanpakken?

Interessant is ook Tollenaars bevinding over specialistische rechtspraak. Bij het toezicht op de financiële markten is de rechtsgang geconcentreerd bij de rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven, en hoewel er dan een grote expertise aanwezig is, leidt dit niet tot de bevinding dat de rechter zich daar intensiever met de besluiten bemoeit, of beter de gevolgen voor de rechtspraak kan overzien.

In verband met al deze onderzoeksbevindingen vraag ik mij vooral af wat de rechters die aan deze vergadering deelnemen en die aangestoken worden door het pleidooi om intensiever te toetsen, nu precies het komende jaar gaan doen. Kunnen er acties of maatregelen worden genoemd die van de rechters mogen

worden verwacht? Dat is natuurlijk juist heel spannend in het jaar waarin die rechters politiek onder druk staan en zichzelf met snelle en efficiënte rechtspraak moeten verkopen.

**Voorzitter:** In verband met de tijd – we zijn bijna aan de lunchpauze toe – moeten we de vraag aan de rechters vanmiddag aan de orde stellen. Ik vergeet die vraag niet!

Nu eerst aandacht voor het eerste deel van de interventie. Ligt er aan bewijs dat door de overheid wordt geleverd een soort presumptie ten grondslag, inhoudende dat het bewijs deugdelijk is tenzij het tegendeel is aangetoond? Moet het anders en, zo ja, hoe moet dat praktisch in het vat worden gegoten?

### **Mr. E.M.H. Hirsch Ballin**

Schuurmans heeft terecht herinnerd aan de passage in mijn preadvies, inhoudende dat de rechter de taak heeft het bestuur scherp te houden, in het interactiespel waarbij ook wetgeving en politieke beleidsbepaling betrokken zijn. In sommige nieuwe benaderingen van het constitutionele recht wordt de politieke beleidsbepaling onderscheiden als het echte regeren: datgene wat in Europees perspectief gezien de Europese Raad doet, in onderscheid tot de Raad van de Europese Unie en de Commissie. Het bestuur is steeds minder te karakteriseren als uitvoerende macht onder een soort dagelijks wakend oog van de politiek verantwoordelijken, maar het wordt wél begrepen in een verantwoordingscontext. Naar mijn mening brengt de politieke verantwoordelijkheid in onze samenleving mee dat de verantwoordelijke politicus moet kunnen verantwoorden dat het bestuur kwalitatief, qua personeelsbezetting en toerusting, op orde is.

Dat de rechtspraak die met dit spel te maken heeft, zelf ook weer rekening moet houden met budgettaire en temporele beperkingen, is zeker waar. Ik vermoed zelfs – maar dit gaat het bestek van mijn preadvies te buiten – dat bij een historisch onderzoek van de duidingen van de rol van de bestuursrechter zou blijken dat deze beperkingen in de periode na 1994 zeker een rol hebben gespeeld. Men had toen te maken met enorme aantallen zaken en met de noodzaak van een zekere routinematige behandeling daarvan. Dat is natuurlijk geen wenselijke context, maar het was wél een realiteit die geen andere uitweg vond dan in pogingen om op een of andere manier tot verkorting van de behandelingstermijn te komen. Van belang was ook de relatie tot het kroonberoep, waarbij de oude beelden van dat beroep een soort beperkende benadering van de manier waarop de rechter zijn eigen taak verwoordde, hebben opgeroepen. Veel van de argumenten in die sfeer vinden we terug in de terughoudendheidsdogmatiek waarop ik in mijn reactie op een vorige interventie ben ingegaan. Mijns inziens moeten de dogmatische bevestigingen van de terughoudendheid maar worden losgelaten, met volle erkenning dat het leven zich intussen wel degelijk verder ontwikkelt.

Ik denk dat dit ook geldt voor de feitenvaststelling en de expertise. Er is van alles in beweging, en er kán ook van alles in beweging komen naarmate procespartijen in de behandeling van de zaak meer de mogelijkheden benutten – soms met verwijzing naar het verdragsrecht – om feiten naar voren te brengen. De ontwikkelingen in de jurisprudentie zijn zeker niet ten einde. Soms ziet de wetgever zelf

ook ruimte om een verruiming toe te passen. Ik wijs op de wijziging van artikel 83 van de Vreemdelingenwet in 2010, die eerst niet door de Afdeling is gevolgd, maar naderhand wél. Reeds voorafgaand aan de Procedurerichtlijn worden stappen gezet om te doen wat collega Schuurmans impliciet in haar interventie bepleit.

**Mr. A. Tollenaar**

Over de interessante vragen van Schuurmans kun je lang praten, maar dat moeten we zo vlak voor de lunchpauze maar niet doen. Op een paar punten ga ik nu in. Inderdaad ben ik weinig rechtsontwikkelingen tegenkomen die verband houden met de expertise van het bestuursorgaan. Dat heeft ermee te maken dat de selectie van mijn cases sterk gebaseerd is op wat bestuursorganen, rechters en procespartijen mij voorhielden. Een uitzondering is te vinden in de Wft-hoek. Het fascinerende daarvan is dat de rechter de AFM en de Nederlandsche Bank alle ruimte laat om hun expertise bij de beoordeling van iemands geschiktheid en betrouwbaarheid ten toon te spreiden. Bij de Delta Lloyd-zaak, die de voorpagina's van de NRC heeft gehaald, gaan we straks zien of het College aan de beoordeling van de betrouwbaarheid van de betrokkene paal en perk gaat stellen. Het interessante is dat zo'n vraag niet vaak bij het College terechtkomt. Als de rechter niet wordt uitgedaagd iets te zeggen, dan zégt hij ook niets.

**Schuurmans:** Samenvattend: er is ruimte voor rechtsontwikkeling, we gaan nog veel zien en later vandaag gaan we kijken wat er dan kan gebeuren.

**Voorzitter:** Precies. Dat horen we vanmiddag.

# Uitreiking van de Lex Michielsprijs

**De voorzitter van de jury, prof. mr. B.M.J. van der Meulen, draagt het juryrapport voor**

De VAR stelt eenmaal in de vier jaar een geldprijs van 1.000 euro beschikbaar aan een persoon die naar het oordeel van de jury een innovatieve prestatie heeft verricht op een bijzonder terrein van het bestuursrecht. Naast een geldbedrag is aan die prijs ook het voorrecht en de morele plicht verbonden om het desbetreffende terrein van het bijzonder bestuursrecht nader onder de aandacht van de leden van de VAR te brengen door middel van een viertal columns op de website van onze vereniging.

Deze prijs, de Lex Michielsprijs, genoemd naar onze voormalige voorzitter, wordt in 2015 voor de derde keer uitgereikt. Op de jury, die bestaat uit Fleur Onrust, advocaat te Amsterdam, Marte van der Loop, secretaris van de VAR, en mijzelf, rustte de taak om op basis van het reglement – dat de jury overigens veel vrijheid laat – een keuze te maken. Het reglement schrijft wel voor dat de leden van de VAR in de gelegenheid moeten worden gesteld kandidaten voor te dragen. Daarvan hebben leden ook gebruikgemaakt. De jury heeft deze voordrachten in haar overwegingen betrokken en ze zijn van invloed geweest op de uiteindelijk genomen beslissing.

Mede in het licht van de voorgedragen prestaties moest de jury een beslissing nemen ten aanzien van de afbakening van ‘bijzonder bestuursrecht’. Ze heeft daarbij vooropgesteld dat bijzonder bestuursrecht bestuursrecht is, maar geen algemeen bestuursrecht. Daarmee heeft ze zich tevens voor de vraag gesteld, te bezien wat dan algemeen bestuursrecht is. De jury heeft voor de beantwoording van die vraag een simpel en formeel criterium gekozen: als het onderwerp in de Algemene wet bestuursrecht is geregeld, valt het niet onder het bijzondere bestuursrecht. Dat betekent bijvoorbeeld dat het subsidierecht door de jury niet tot het bijzondere bestuursrecht is gerekend. Ook de algemene beginselen rekent de jury niet tot het bijzondere bestuursrecht.

Een positief criterium voor wat bijzonder bestuursrecht is, heeft de jury niet gevonden. Ze heeft wel de observatie gemaakt dat bijzonder bestuursrecht, juist omdat het procedurele recht is gecodificeerd in het algemene bestuursrecht, voor een belangrijk deel materieelrechtelijk van aard is. Het betreft dan een bepaalde economische activiteit, zoals het bouwrecht, een bepaalde markt, zoals het energierecht, een wijze van reguleren van markten, zoals het mededingingsrecht, een bepaalde problematiek, zoals het milieurecht. Zo beschouwd leunt het materiële bestuursrecht dicht aan tegen de functionele rechtsgebieden. Waar functionele

rechtsgebieden zich echter kenmerken door een zekere doorsnijdendheid van publiek- en privaatrecht, kenmerkt bijzonder bestuursrecht zich naar het oordeel van de jury door een zekere dominantie van het bestuursrecht. Deze dominantie lijkt overigens vooral een kwestie te zijn van afbakening van het terrein.

Door de wijze waarop de jury aldus invulling heeft gegeven aan het onderwerp van de prijs zijn bepaalde nominaties afgefallen. De jury hoopt dat degenen die deze nominaties hebben gedaan zich daardoor niet laten ontmoedigen. Er is immers nóg een VAR-prijs.

Vervolgens heeft de jury in een bijeenkomst een brainstormsessie gehouden. Op deze wijze heeft zij zelf namen aan de kandidatenlijst toegevoegd. De jury heeft uit de namen die ze zelf heeft bedacht en de voordrachten van de leden een *shortlist* samengesteld. De bijdragen van de personen op deze lijst zijn door de jury nader tegen het licht gehouden, en daaruit is een definitieve keuze gemaakt. Deze definitieve keuze blijkt afkomstig te zijn uit de namen die zijn voorgedragen door de leden.

Wat sprak nu de jury aan in de uitverkoren beoefenaar van een terrein van het bijzondere bestuursrecht? Dat waren een paar dingen:

- de wijze waarop het betrokken rechtsgebied niet alleen positiefrechtelijk wordt geïnd, maar tevens in een historische en sociologische context wordt geplaatst;
- de wijze waarop de uitverkorene de wetenschappelijke beoefening van het vak vertaalt naar de maatschappelijke relevantie, waarbij betrokkene ook het debat over de wenselijkheid van rechtsonwikkelingen aangaat;
- de wijze waarop de uitverkorene niet alleen binnen de academie actief is, maar ook kennis aan belanghebbenden overdraagt en met die belanghebbenden de dialoog zoekt; dit is levendig gedocumenteerd in een filmpje op het internet.

U weet wie de uitverkorene is? Het is iemand die in 1999 oereerde, passend bij het thema van de jaarvergadering van vandaag, over de verhouding tussen de rechter en de wetgever in zijn vakgebied. Ook toen al constateerde hij dat de rechter soms moet repareren als de wetgever internationale verplichtingen niet implementeert. Het is iemand die in 2000 al schreef over de mogelijke strijd met internationale grondrechtelijke verplichtingen bij het uitsluiten van illegalen van sociale bijstand. Het is iemand die verleden jaar in het NJB de discussie over de decentralisaties wilde aanwakkeren onder de kop ‘Repressieve verzorgingsstaat’ door aandacht te vragen voor de spanning tussen in concrete, in wetten neergelegde beleidsvoornemens en rechtsbeginselen als de rechtszekerheid. Dat deed hij zonder daarbij het wetenschappelijk betoog in te ruilen voor het politieke traktaat. Het is iemand die al vele jaren met veel gezag het socialezekerheidsrecht beoefent. Het is prof. Gijsbert Vonk.<sup>8</sup>

[Applaus]

Misschien wil de notulist dit applaus in het verslag vermelden, want het is ons niet gelukt de laureaat naar Utrecht te lokken, ondanks het feit dat een naaste collega van hem vandaag een van de preadviseurs is. Prof. Vonk heeft een vergadering in München. We zullen hem op een ander moment moeten gelukwensen.

---

8 Prof. dr. G.J. Vonk, hoogleraar socialezekerheidsrecht Rijksuniversiteit Groningen.

# Interventies, met reacties van de preadviseurs [middagedeelte]

**Voorzitter:** Ik loop met een microfoon de zaal in, want ik wil van enigen van u weten wat u nu eigenlijk vond van wat er vanochtend is besproken. De gedachte is, kort gezegd, dat *marginale toetsing* óf een vergissing, óf iets uit het verleden is. Aan terughoudende toetsing moeten we niet te veel als dogma vasthouden. Hoe zou indringender of inhoudelijker toetsing in het vat kunnen worden gegoten? Of zegt men dat er al lang uitvoering aan wordt gegeven? Moet er iets veranderen en, zo ja, wat zou dat kunnen zijn?

**Mr. J.L. Verbeek**

Tijdens de lunchpauze heb ik hierover een beetje kunnen nadenken. Ik bekijk het onderwerp vanuit de rechterlijke praktijk, ook omdat wij rechters zijn opgeroepen iets met de bevindingen in deze vergadering te gaan doen. Mijn eerste reactie was: we gaan gewoon door met wat we altijd al deden, en dat is gewoon toetsen. Maar dat is natuurlijk veel te simpel.

Moeten we spreken van marginale toetsing? Het is zaak niet in semantische discussies verzeild te raken. Als ik probeer te bedenken wat wij als rechters het komende jaar zouden kunnen doen, lijkt mij het belangrijkste dat we als we toetsen heel goed uitleggen hoe we toetsen, hoe indringend we dat doen, waarom we dat doen en hoe we het proberen handen en voeten te geven. Bij de aanpak die we marginale toetsing noemen, moeten we precies uitleggen wat die inhoudt: we brengen in kaart of alle relevante belangen wel bij de zaak betrokken zijn, we gaan na of de motivering inzichtelijk en begrijpelijk maakt hoe die belangen tegen elkaar zijn afgewogen en hoe dit heeft geleid tot de uitkomst die uiteindelijk in het besluit is neergelegd, en we concluderen in hoeverre we de door het bestuur of de politiek gedane keuzen al dan niet hebben te respecteren. Het is zaak onze overwegingen op die manier in ieder geval inzichtelijker te maken. Mij lijkt het vooral onze taak heel goed en begrijpelijk te motiveren.

**Voorzitter:** Dit slaat een brug tussen de preadviezen van Hirsch Ballin en Ortlep. Vooral de motivering is dus van belang. Verandert dan hetgeen de rechter in zijn oordeelsvorming doet eigenlijk wel, of verandert alleen de manier waarop hij zijn oordeel opschrijft?

**Verbeek:** Een van de redenen waarom een rechter zijn uitspraken moet motiveren, is dat hij op die manier wordt gedwongen heel goed na te denken over de vraag

hoe hij nu eigenlijk tot zijn beslissing is gekomen. Ortlep heeft daarover – ik meen onder verwijzing naar Veegens – het een en ander geschreven dat echter alleen het laatste stukje van de rechterlijke besluitvorming betreft. Er gaat nog van alles aan vooraf: het bestuderen van het dossier en het wegen van de argumenten. Het discursieve dat Ortlep zo graag in de motivering van de uitspraken terug zou zien, zetten we niet in de motivering, maar het vindt in het voortraject van het geven van de beslissing wel degelijk plaats. Goed motiveren dwingt je heel goed over je beslissing na te denken. Naarmate wij proberen beter te motiveren wat we doen, moeten we ook beter gaan nadenken, hetgeen kan betekenen dat we teruggaan naar onder andere de discursieve fase en wellicht tot andere oordelen komen.

### **Mr. L. van den Berge**

Hirsch Ballin heeft naar mijn mening een prachtig preadvies geschreven, maar er is één punt waar ik niet uitkom. Misschien kan hij zich op dat punt nog verder verduidelijken. Als ik het goed heb begrepen pleit hij voor een soort intersubjectief model van bestuursrecht, en misschien wel meer in het algemeen van publiekrecht, waarbij de concrete verhoudingen leidend moeten zijn voor de nader te bepalen inhoud van enerzijds rechten die individuen zouden kunnen hebben en anderzijds bevoegdheden van overheidsorganen. Dat lijkt verdacht veel op een figuur die hij in het verleden, mede ontleend aan het werk van Norbert Achterberg, in het Nederlands recht heeft geïntroduceerd, namelijk de wederkerige bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Gezien de enorme discussie die dit begrip in de jaren negentig heeft veroorzaakt, begrijp ik volledig dat Hirsch Ballin het in dit preadvies heeft willen vermijden, maar naar mijn indruk komen zijn ideeën in het preadvies toch eigenlijk wel een beetje op hetzelfde neer.

Algemeen bekend is dat in de discussie in de jaren negentig bezwaren tegen het idee van wederkerigheid in het bestuursrecht werden geuit. Er waren zelfs mensen die betoogden dat er in het bestuursrecht in feite helemaal geen verhoudingen zijn en dat het bestuursrecht altijd gericht moet zijn op rechtstoepassing en op de rechtsorde in het algemeen. De afgelopen tijd hebben we een verschuiving gezien waarbij steeds minder mensen dit zijn gaan vinden. Aan de andere kant werden tegen de figuur van de wederkerige bestuursrechtelijke rechtsbetrekking bezwaren geuit, inhoudende dat het bestuursrecht als deze figuur er haar beslag in zou krijgen op onoorbare wijze zou privatiseren. Anderen betoogden dan weer dat wel degelijk met een wederkerigheidsbegrip zou kunnen worden gewerkt als het maar van een eigen, van het civiel recht te onderscheiden aard zou worden voorzien.

Bij het lezen van het preadvies speelde deze discussie in mijn hoofd voortdurend op de achtergrond een rol. Ik ben erg benieuwd of de ideeën van Hirsch Ballin hieromtrent zich in de loop van de tijd hebben ontwikkeld. In ditzelfde verband denk ik ook aan het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht. De preadviseur heeft bijvoorbeeld weleens ergens geschreven dat dat onderscheid obsoleet is en dat er eerder sprake is van een continuüm. De afgelopen tijd hebben steeds meer mensen juist betoogd dat het bestuursrecht wel degelijk een eigen aard heeft.

Met andere woorden: hoe verhoudt het preadvies van Hirsch Ballin zich tot deze discussie?



## Mr. E.M.H. Hirsch Ballin

Ik zou me diep moeten schamen als ik nu zou moeten melden dat sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw mijn gedachten zich niet verder hebben ontwikkeld! Dit preadvies is ook echt bedoeld om te reflecteren op de veranderingen die zich in het openbaar bestuur in Nederland voltrekken: de vervlechting met de Europese en internationale rechtsontwikkeling, de ontwikkeling van de taak van de rechters en onze veranderende inzichten op dat punt. Een en ander betekent niet dat ik het nu bij nader inzien verkeerd acht, te spreken van een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Dat begrip acht ik zeker nog steeds juist. Het was trouwens destijds wat minder nieuwlichterij dan sommigen dachten. Ook Vegting sprak bijvoorbeeld over een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking en ook in eerdere publicaties was het begrip te vinden. Wat mijns inziens in de analyses van Norbert Achterberg over de *Rechtsverhältnisse* in het bestuursrecht relevant was en is, is het onderscheiden van de heteronome en de autonome componenten in de bepaling ervan.

Uit de discussie die later gevoerd is, heb ik geleerd dat het beter is niet het woordje ‘wederkerig’ vóór ‘rechtsbetrekking’ te zetten. Dat heeft twee redenen. In de eerste plaats is het woordje overbodig. In de tweede plaats: als men denkt dat het niet overbodig is, roept het de suggestie op dat er een gelijkwaardigheid of zelfs een gelijkstelling van de types posities van de betrokkenen bij de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking zou zijn, hetgeen een misverstand is. Ik heb, gelet ook op wat Zijlstra hierover heeft geschreven, het woordje ‘wederkerig’ dus achterwege gelaten.

Hiermee heb ik duidelijk gemaakt welke bedoeling ik met deze discussie heb. Ook de bijdrage van Verbeek betrek ik hierbij: zijn visie vanuit de praktijk is heel interessant. Wat wij bij ordening van gedachten en van rechtsontwikkelingen in de bestuursrechtspraak moeten doen, is goede begrippen vinden en de vertroebelende begrippen achter ons laten als we willen begrijpen wat een rechter in de context van de democratische rechtsstaat doet en moet doen. We hebben te maken met de huidige verhoudingen tussen openbaar bestuur en private actoren, met driepartijenverhoudingen en met een sterke verwevenheid met Europees en internationaal recht. Soms komen we dan tot het inzicht dat een begrip dat misschien niet verkeerd is, toch vertroebelend werkt. Zoiets zei ik zojuist over het woord ‘wederkerig’ bij ‘rechtsbetrekking’, en vanochtend heeft Polak, de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak, er blijk van gegeven dat er bij de term marginale toetsing associaties zijn die vertroebelend werken. Dat is een deel van de gedachteontwikkeling die we hier bij de VAR steeds aan de hand van preadviezen ter hand nemen.

**Voorzitter:** Marseille zal nu als interveniënt een vraag stellen over het preadvies van Ortlep.

## Mr. A.T. Marseille

Voordat ik mijn vraag stel, wil ik iets over Ortlep zelf zeggen. Toen ik zijn preadvies aan het lezen was, merkte ik dat we hier te maken hebben met de bestuursrechtswetenschapper die het meest genereus is. Er wordt weleens

geklaagd over de ellenlange literatuurlijsten achter Ortleps publicaties, maar mij is in ieder geval duidelijk geworden dat hij de enige in Nederland is die alles wat ik ooit heb geschreven heeft gelezen! Soms ga je in een literatuurlijst kijken of je wordt genoemd – hier hoeft je je daarover geen zorgen te maken! – en dan zie je tot je verbazing een stuk dat je óók nog hebt geschreven en waarvan je eigenlijk niet meer weet wat er instond. Ortlep weet dat wél.

[Hilariteit]

U lacht erom, maar ik vind dit geweldig. Hij is iemand die wat er gebeurt heel serieus neemt.

Nu mijn vragen: twee vragen over de advocaat-generaal en een vraag over een motie van twee Kamerleden. Eén van mijn vragen over de advocaat-generaal is eigenlijk al beantwoord. Ik denk dat ik tot die vraag kwam doordat ik het preadvies niet goed had gelezen. Mijn redenering was als volgt. Op het ogenblik is de advocaat-generaal afhankelijk van een vraag van bijvoorbeeld de Afdeling bestuursrechtspraak of de Centrale Raad van Beroep. Je zou je ook kunnen voorstellen dat de advocaat-generaal zelf mag bepalen welke zaken hij de moeite waard vindt om er conclusies in te nemen. Ortlep heeft in zijn toelichting vanmorgen al gezegd dat dit hem een heel goed idee lijkt.

Een andere vraag is waar de advocaat-generaal nu het beste kan worden ondergebracht. In de huidige situatie hangt deze functionaris als het ware in de instantie zelf. Wij<sup>9</sup> hebben ooit onderzoek naar de wenselijkheid van een advocaat-generaal gedaan, waarbij we met twee advocaten-generaal van de belastingkamer van de Hoge Raad hebben gesproken. Zij zeiden wat mij betreft twee heel verstandige dingen: je moet de advocaat-generaal niet in de instantie zelf, maar ook niet te ver af positioneren. Als het, zo zeiden zij een aantal jaren geleden, ooit in het bestuursrecht zo ver komt dat een advocaat-generaal wordt ingevoerd, maak dan een apart parket bij de hoogste bestuursrechters, want als je voor positionering bij de Hoge Raad kiest, zullen de hoogste bestuursrechtelijke instanties dat te ver weg vinden. Er moet een zekere voeling, maar ook een zekere afstand zijn. Ik ben heel benieuwd wat Ortlep van dit idee vindt; hij pleit voor positionering bij de Hoge Raad.

Dan een vraag over een motie van de Tweede Kamerleden Recourt en Taverne die eind april is ingediend.<sup>10</sup> In de motie wordt, nu er toch sprake is van het opnieuw organiseren van de hoogste bestuursrechtspraak, de regering verzocht een element uit de eerste fase van de reorganisatie van de rechterlijke macht in 1992 over te nemen, te weten het in het leven roepen van een prejudiciële procedure. Dit zou inhouden dat de hoogste bestuursrechters – straks vermoedelijk alleen nog de Afdeling bestuursrechtspraak – aan de Hoge Raad prejudiciële vragen kunnen stellen als kwesties van rechtseenheid en rechtsontwikkeling aan de orde zijn. Ik had zelf dit idee alweer helemaal uit het oog verloren, maar ik denk dat het zeker relevantie heeft. De motie is aanvaard en de regering moet er

---

9 Marseille is hoogleraar in de bestuurskunde, in het bijzonder de empirische bestudering van het bestuursrecht, aan de Rijksuniversiteit Groningen.

10 Kamerstukken II 2014/15, 29 279, nr. 235; voorgesteld 29 april 2015.

een standpunt over kenbaar maken. Deze VAR-vergadering, ikzelf en ook de regering zijn denk ik heel benieuwd wat Ortlep ervan vindt.

**Mr. R. Ortlep**

Ik stel natuurlijk allereerst vast dat de eerste opmerking van Marseille mijn dag gemaakt heeft. Ik zweef zo meteen op een wolk naar buiten. Dank!

Ook ik begrijp niet waarom de advocaat-generaal niet zelf kan bepalen in welke zaken hij een conclusie neemt. Er lijkt achter de huidige regeling te zitten dat men hem niet vertrouwt en dat hij alleen de zaken mag krijgen waarvan de colleges vinden dat hij ze ter hand mag nemen. Op dit punt zijn Marseille en ik het eens.

Inderdaad heb ik een voorkeur voor positionering van de advocaat-generaal bij de Hoge Raad, omdat daar al een onafhankelijk professioneel parket is, dat zijn sporen heeft verdiend. Het voordeel van deze positionering is dat ook de rechtseenheid met het civiele recht en het strafrecht kan worden gewaarborgd. Ook dit is overigens een punt waarmee ik om het zo te zeggen niet getrouwd ben. Als de Afdeling bestuursrechtspraak als enige hoogste rechter naast de Hoge Raad overblijft en ook graag een professioneel onafhankelijk parket wil, is dat wat mij betreft prima. Het gaat mij vooral om afstand tot de bestuursrechter en eigen identiteit binnen de organisatie, zodat er niet zoals nu alleen een conclusie komt als het college dat waarschijnlijk in een achterkamertje al heeft dichtgetimmerd.

In de motie-Taverne/Recourt wordt aangedrongen op het invoeren van prejudiciële vragen. Ook ik viel van mijn stoel toen ik die motie zag. Men gaat terug naar 1992 en volgens mij was het toen de bedoeling dat de hoogste bestuursrechters hun prejudiciële vragen zouden stellen aan de Hoge Raad, dus niet aan de andere hoogste bestuursrechters. Alleen al daarom acht ik het 'originele' voorstel, waartegen de Raad van State zich wel zal verzetten, niet haalbaar.

**Marseille:** Mijn vraag was niet op de haalbaarheid, maar op Ortleps mening gericht.

**Ortlep:** Daar kom ik nu op. Ik vind het een goede gedachte dat een prejudiciële vraag kan worden gesteld aan een hoogste bestuursrechter, ongeacht of het om de Hoge Raad of om de Afdeling bestuursrechtspraak zal gaan. Het prejudiciële stelsel kennen we nu in het burgerlijk procesrecht. Ik zou het bijvoorbeeld toejuichen als eerstelijnsrechters bij bepaalde rechtseenheidsvragen, om te voorkomen dat ze een kant op gaan die hun hoogste bestuursrechter niet wil, een prejudiciële vraag zouden kunnen stellen. Ik ben van dit idee dus een voorstander.

**Mr. M.W.C. Feteris<sup>11</sup>**

Mijn bijdrage zal niet zozeer een vraag behelzen als wel twee opmerkingen die tot een reactie kunnen prikkelen. Ik begin echter met complimenten voor de degelijke preadviezen.

---

<sup>11</sup> President Hoge Raad.

Mijn eerste opmerking betreft het rechtseenheidsoverleg. Is dat, met min of meer een Ivo Niehe-benadering, een feestje, of heeft het eigenlijk twee kanten: lukt het maar half en is het in plaats van een feestje iets met een lach en een traan? Dit laatste is het beeld dat Ortlep naar mijn indruk in zijn preadvies en ook in het NJB heeft geschetst. Hij komt in dat verband met lijstjes, aan de ene kant van uitspraken waarbij er in het verleden rechtsonenigheid was en de hoogste bestuursrechters uiteindelijk op één lijn zijn gekomen, en aan de andere kant van uitspraken waarbij de rechtspraak nog steeds uiteenloopt. Als je dat naast elkaar ziet, denk je dat de verhouding ongeveer 50/50 is.

Ik ben zelf een van de initiatiefnemers geweest van het rechtseenheidsoverleg in de intensieve vorm waarin het nu plaatsvindt, zodat ik misschien een beetje partijdig ben en men mij wellicht kan betichten van het 'WC-eend-effect' uit de reclame: wij van WC-eend adviseren WC-eend. Toch wil ik iets over dit onderwerp zeggen en wil ik met een kijkje achter de schermen aangeven wat er bij dit overleg gebeurt.

Mijn indruk is namelijk dat er al veel meer rechtseenheid bestaat dan je misschien zou denken als je aan de hand van de lijstjes zou gaan turven. In de Commissie Rechtseenheid bestuursrecht wordt actief gezocht naar onderwerpen waarbij nog verschillen optreden, en de Commissie doet haar uiterste best om die verschillen weg te werken. Mijn eigen ervaring in een aantal jaren is dat het bij de overgrote meerderheid van de onderwerpen die we aanpakken inderdaad lukt de verschillen te laten verdwijnen. Voor kritische commentaren en signalen in de wetenschap zijn we heel dankbaar omdat ze ons behulpzaam zijn. Naast wat we zelf al aan bestaande verschillen constateren, onderkennen we langs deze weg beter hoe de situatie is. Ortleps lijstjes zijn in de Commissie punt voor punt besproken, waarbij we telkens nagaan of iets wellicht al onderhanden is genomen, of er überhaupt wel een verschil te ontwaren valt en of een bepaald punt al dan niet op de agenda moet worden gezet. Daarbij bleek bij het overgrote deel van de punten die hij heeft gesignaleerd door ons geen verschil (meer) te worden gezien. Over bepaalde punten zijn we het inmiddels eens geworden en aan bepaalde punten wordt door de Commissie nog gewerkt. Daarnaast zijn er punten waarbij een college erkent dat het een aantal jaren geleden een uitspraak heeft gedaan, maar waarbij het geneigd zou zijn inmiddels een andere richting in te slaan zonder dat het een zaak te behandelen heeft gekregen waarin het van verandering van opvatting blijkt heeft kunnen geven. Als er bij wijze van spreken de volgende week een soortgelijke zaak aan de orde zou zijn, zou blijken dat er wel degelijk rechtseenheid is, maar dat wordt bij gebrek aan voldoende zwaarte nog niet in een persbericht neergelegd. Soms ook geeft een college te kennen: het staat er niet op dezelfde manier, maar we bedoelen eigenlijk hetzelfde; materieel gezien is er dan geen onenigheid.

In de Commissie is overigens meer rechtseenheid bereikt dan tot uitdrukking komt in lijstjes van uitspraken waarin men op eerdere rechtspraak terugkomt. We hebben vaak te maken met iets wat je zou kunnen omschrijven als preventieve rechtseenheid: niet het wegwerken van al bestaande verschillen, maar gedachtevorming over nieuwe rechtsvragen. Het overgrote deel van de bestaande verschillen is inmiddels via onderlinge afstemming al weggewerkt. Daarnaast is er een gebied dat Portalis aanduidde als de *mille questions inattendues*. Zulke vragen doen

zich bij de huidige wetgeving onder de Awb natuurlijk ook voor, en het grootste deel van de activiteiten in de commissie heeft nu juist betrekking op nieuwe rechtsvragen waar een van de colleges in dit verband als eerste tegenaan loopt en die we niet tot nieuwe verschillen willen laten leiden. Het lukt dan vrijwel altijd op één lijn te komen, en als vervolgens het college dat tegen de kwestie aan is gelopen uitspraak doet, is een op rechtseenheid gericht rechtsoordeel gegeven, soms bij een kleine kwestie een apodictisch oordeel, soms een oordeel met een juridische motivering, zonder dat overigens kenbaar wordt gemaakt dat de kwestie een rechtseenheidsvraag is geweest. Als je om de balans op te maken zuiver wilt turven in welke kwesties rechtseenheid is bereikt, moet je eigenlijk ook dit soort uitspraken in de beschouwing betrekken. Op die manier kom ik tot het oordeel dat in een grote meerderheid van de gevallen rechtseenheid is bereikt.

Het tweede punt waarover ik een opmerking wil maken, is zojuist al aan de orde gesteld door Marseille: de motie-Recourt/Taverne. Deze motie is de dag nadat zij is ingediend door de Kamer al aangenomen, zonder debat. Ik bespeur hier toch wel een mogelijke bedreiging voor het rechtseenheidsoverleg. De motie roept de regering op een prejudicieel stelsel in te voeren. Als de hoogste bestuursrechter, volgens het voorgenomen wetsvoorstel alleen nog de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State, op een vraag stuit die van belang is voor de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling, zou de verplichting moeten bestaan een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad te stellen als die vraag ook in de kolom van de Hoge Raad kan rijzen. De Afdeling zal zich dan vervolgens moeten richten naar het antwoord van de Hoge Raad.

De indieners van de motie hebben hierbij naar mijn indruk voor ogen dat het bij een dergelijk prejudicieel stelsel niet meer de bedoeling is dat deze twee rechters, ook al zijn zij in hun kolom de hoogste, ook nog afstemmings- en rechtseenheids-overleg hebben. Ik wijs hier nog eens op de voordelen van het intensieve rechtseenheidsoverleg, waarmee al honderden kwesties zijn beslist, op korte termijn en preventief. Ik denk hier onder meer aan overgangsrecht voor nieuwe kwesties. Als het inderdaad de consequentie van de motie zou zijn dat dit overleg niet meer mogelijk is, zou dat neerkomen op een groot verlies voor een praktische en effectieve rechtseenheid. Men kan aanvoeren dat hier tegenover staat dat de Hoge Raad door het geven van antwoorden op prejudiciële vragen rechtseenheid kan brengen. Dat gebeurt nu al in het civiele recht, maar ik wil onder de aandacht brengen dat het daar wezenlijk anders ligt aangezien de prejudiciële vragen binnen dezelfde kolom blijven. De vragen zouden anders bij de Hoge Raad terecht zijn gekomen via hoger beroep, en de bedoeling van het prejudiciële stelsel in *civilibus* is uitsluitend dat er in een eerder stadium een beslissing van de hoogste rechter is. Het stelsel van de motie heeft, ook al heet het eveneens 'prejudicieel', naar mijn indruk een wezenlijk andere strekking: het is erop gericht te waarborgen dat de hoogste rechters op één lijn komen.

Op het ogenblik worden in de commissie vele vragen en vraagjes snel opgelost. Ik denk aan punten op het gebied van proceskosten, de redelijke termijn en griffierecht. We hebben dan niet te maken met hemelbestormende juridische vragen, maar het is voor de praktijk toch wel heel erg nuttig dat de betrokken rechters binnen korte tijd op één lijn kunnen komen. Je kunt je afvragen of het de moeite waard is dat op zulke punten telkens een prejudiciële procedure wordt

doorlopen. Juist omdat het kwesies zijn die regelmatig voorkomen, zou dit tevens betekenen dat alle andere zaken waarin zulke vragen bestaan bij de Afdeling in de tussentijd in de ijskast zouden moeten. Ik heb er dan ook serieuze twijfel over of de rechtseenheid er per saldo op vooruit zal gaan. Die zorg wilde ik hier uitspreken.

### **Mr. R. Ortlep**

Ik begin met het tweede punt van de interventie van Feteris. Zoals ik zojuist in mijn reactie aan het adres van Marseille al heb aangegeven, zie ik voordelen in een prejudicieel stelsel, zeker in vergelijking met informeel overleg. Feteris heeft betoogd dat vele punten in overleg worden besproken, met als gevolg dat er soms geen rechtseenheid meer is en dat de verschillen uit de weg zijn geruimd. Dat hoor ik dan in deze vergadering, en vaak niet via de rechtspraak, en ik hoor niet wanneer zich verschillen voordoen die niet kunnen worden opgelost. Ik moest van iemand die lid van de Commissie is of in ieder geval de besprekingen heeft bijgewoond, A.S.H.M. Strik, vernemen dat er een probleem aan de orde is geweest dat niet kon worden opgelost. De betrokken uitspraak, een van de eerste van mijn lijstje, gaf daarover geen duidelijkheid. Ik zou in dit verband voor transparantie willen pleiten. Ik hoef geen lijstjes op het internet te zien, maar in de uitspraak moet naar mijn mening tot uitdrukking komen dat er verschil bestaat en waarom dat zo is. Daaraan zou ik absolute voorrang willen geven.

Als het prejudiciële stelsel een kant op gaat waarin het ten koste gaat van de conclusie van de advocaat-generaal, heeft het niet mijn voorkeur. De advocaat-generaal brengt immers een onafhankelijk advies uit, waarin ook ruimte is om discursief dingen op te schrijven. Misschien kan er een combinatie tot stand komen, maar de weg die ik vandaag wil presenteren en waaraan ik vasthoud, is dat aan de conclusie van de advocaat-generaal een ambtshalve karakter wordt gegeven. Hij moet zelf kunnen bepalen, al dan niet op instigatie van de literatuur of van mensen uit het veld, dat er een probleem is waarover hij moet gaan concluderen.

**Voorzitter:** Zijn er mensen in de zaal die concrete voorbeelden kunnen geven van gevallen waarin ze tegen rechtseenheid zijn aangelopen? Ik doel dan, met een term van Ortlep, op situaties waarin uiteenlopende jurisprudentie van de hoogste bestuursrechters in het spel is en waarbij het niet duidelijk is welke lijn moet worden gevolgd.

### **Mr. J.R. van Angeren**

Ik heb laatst een geval meegemaakt waarbij, zonder te veel in detail te treden, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven aan de ene kant en de Belastingkamer van de Hoge Raad aan de andere kant op twee verschillende lijnen bleken te zitten. Wat heb ik toen gedaan? Ik heb een verzoek gericht tot de voorzitter van de Afdeling en de meervoudige kamer om een advocaat-generaal te benoemen, en ik wacht eigenlijk nog steeds op antwoord. Hopelijk krijg ik het antwoord binnenkort.

Aan de hand van een analyse van de jurisprudentie heb ik in dit geval kunnen vaststellen dat er echt verschillende lijnen zijn. Ik ben benieuwd hoe dit wordt opgelost. In dit verband sluit ik aan bij het pleidooi van Ortlep voor transparantie: ik zou het fijn vinden als het lijstje openbaar zou worden, en dat zou in mijn ogen ook voor de praktijk van belang zijn. We weten dan over welke punten al wordt nagedacht, zodat het niet nodig is er lange stukken over in te dienen.

**Voorzitter:** Dit nodigt uit tot een vraag aan Feteris. Mag het lijstje openbaar worden?

**Mr. M.W.C. Feteris**

Het is niet onze bedoeling alle notulen en alles wat er speelt te publiceren. Bij de grote vragen is er ook in het huidige systeem al ruimte voor transparantie. Bij de Afdeling is het mogelijk een grote kamer samen te stellen waarvan rechters van alle betrokken colleges deel uitmaken. Langs die weg raken partijen ervan op de hoogte dat de zaak als een grote rechtseenheidszaak wordt aangepakt. Op de zitting of in een 'tiendagenstuk' kunnen ze dan anticiperen door nog extra argumenten aan te voeren. In het algemeen zal het dan ook om zaken gaan waarin bij de Afdeling een conclusie wordt gevraagd. Partijen kunnen dan reageren, waarmee voor de buitenwereld helemaal duidelijk is dat er een grote rechtseenheidsvraag speelt.

In zijn advies over het conceptwetsvoorstel heeft de Hoge Raad ervoor gepleit ook het omgekeerde mogelijk te maken: een gemengd samengestelde kamer bij de Hoge Raad is onder de huidige wetgeving niet mogelijk, maar uit het oogpunt van 'gelijk oversteken' achten wij beide figuren wel degelijk wenselijk. Op die manier zou ook bij de Hoge Raad een rechtseenheidsvraag van groot gewicht met tijdig medeweten van partijen in een gemengd samengestelde kamer kunnen worden behandeld. Ook de buitenwereld zou, bijvoorbeeld via een persbericht, op de hoogte kunnen raken. Er zijn allerlei modaliteiten.

**Voorzitter:** Het is in beweging!

**Mr. R. Ortlep**

Ik zit niet elke dag met de president van de Hoge Raad op één podium, en ik wil graag nog reageren.

Is Feteris, zou ik hem willen vragen, er voorstander van dat de advocaat-generaal ambtshalve zelf die bevoegdheid kan aanwenden?

**Feteris:** U bedoelt de bevoegdheid tot ambtshalve concluderen, in een door een partij aanhangig gemaakte zaak, of de bevoegdheid tot het ambtshalve aanhangig maken van een zaak die door partijen niet als een zaak wordt gezien?

**Ortlep:** Ik doel op het mogelijk maken van een soort cassatie in het belang der wet in het bestuursrecht. Ik ben het eens met hetgeen u over het nut van de advocaat-generaal en de grote kamer hebt gezegd, maar de kans bestaat dat het oordeel van de advocaat-generaal of van de grote kamer alleen wordt gevraagd als van tevoren

is dichtgetimmerd dat rechtseenheid kan worden bereikt. Je moet natuurlijk geen grote kamer vormen waarvan je weet dat niet alle neuzen dezelfde kant op wijzen! Bent u er voorstander van dat de advocaat-generaal zelf kan bepalen, al dan niet op instigatie van de literatuur of een in het leven geroepen adviescommissie – naar analogie van de advocaat-generaal met betrekking tot het civiel recht –, dat een zaak in behandeling wordt genomen?

**Mr. M.W.C. Feteris**

Prangende bestuursrechtelijke vragen die regelmatig voorkomen en die uit een oogpunt van rechtseenheid en rechtsontwikkeling beantwoording vergen, worden bij de belastingkamer van de Hoge Raad bijna altijd wel door een partijberoep aan de orde gesteld. In belastingzaken mag de advocaat-generaal zelf beslissen of hij conclusie neemt. Tien tegen één dat hij de keus dan op een zaak als door Ortlep bedoeld laat vallen. Cassatie in het belang der wet in belastingzaken is mogelijk, maar de behoefte eraan wordt in de praktijk heel mondjesmaat gevoeld. Het komt een enkele keer voor, en kan zeker geen kwaad.

**Ortlep:** “Kan zeker geen kwaad” betekent dat u er een voorstander van bent?

**Feteris:** Als het wordt ingevoerd, zou ik het een goed idee vinden.

**Mr. K.J. de Graaf**

Het merkwaardige feit doet zich voor dat wij vanuit Groningen<sup>12</sup> een soort offensief hebben gepland tegen het preadvies van Ortlep. Daarbij hebben wij heel zorgvuldig getracht onderlinge afstemming over probleempunten te bereiken, maar geen enkel woord is gezegd over wat we positief zouden kunnen waarderen. Het eerste gedeelte van de door mij voorbereide interventie is zojuist door Marseille weggekaapt! Nu Ortlep al op wolven uit deze zaal gaat drijven, hoef ik de woorden van Marseille niet te herhalen. Ook ik ben bij tijd en wijle wel gecharmeerd van zo'n literatuurlijst, en meer dan mijn collega uit Groningen ben ik ook soms wel gecharmeerd van passieve zinnen, maar dat mag je tegenwoordig helemaal niet meer zeggen!

Toen het preadvies uiteindelijk op de deurmat viel, waren de verwachtingen hoog gestegen. Dan rijst de vraag waaraan zo'n werkstuk niet kan voldoen. Ik heb daarnaar gekeken en ik ben tot een vraag gekomen: waarom is hoofdstuk 2 geschreven? De discussie over de institutionele inrichting van de bestuursrecht-spraak, die in dat hoofdstuk aan de orde komt, is in deze vergadering ook al besproken, maar voor mij blijft de vraag bestaan waarom dit hoofdstuk geschreven is. Ik denk namelijk: er is een Ortlep, en die is bijzonder intelligent en goed in het bestuursrecht ingewijd, hij kent alle meest recente jurisprudentie en neemt nooit een blad voor de mond, getuige de vele referenties aan Ivo Niehe. Waarom zou zo'n rechtswetenschapper, die zichzelf een systeembouwer noemt, dan niet

---

12 De Graaf is adjunct-hoogleraar bestuursrecht en duurzaamheid aan de Rijksuniversiteit Groningen [red.].



gewoon zeggen wat hij vindt?! Daarom heb ik een vraag over het einde van hoofdstuk 2, op bladzijde 100. Daar lees ik – in een zin die trouwens meermalen terugkomt –: “In de literatuur ten aanzien van het huidige recht is dan ook terecht meermaals uitgesproken dat op zichzelf het rechtseenheidsargument in overtuigingskracht te licht is om de bestuursrechtspraak institutioneel anders in te richten.” Nu begrijp ik dat heel goed, maar was het nu niet juist mooi geweest in literatuur die Ortlep zou kunnen schrijven steeds meer weer te blijven herhalen dat juist één hoogste bestuursrechterlijke instantie in zijn perspectief het meest wenselijke beeld is? Dat had ik leuker gevonden om te lezen.

Dan iets anders, namelijk over de prachtige term *gedifferentieerd discursief motiveren*. Ik krijg daar een goed gevoel bij, en dat geldt ook voor *kwaliteit* en voor *duurzaamheid*. Met dat goede gevoel is het dus wel in orde. Ik weet niet of iemand het ermee oneens is, maar wat betekent het nu precies dat de rechter discursief gaat motiveren? En daaraan voorafgaand, is het wel zo dat, conform een van Ortleps stellingen,<sup>13</sup> discursief motiveren meer overtuigt dan legistisch motiveren? Sillen heeft zich in zijn recensie soortgelijke dingen afgevraagd. Moeten we niet ook rekening houden met een soort vertrouwen in de rechtspraak waaraan wellicht juist zelfs wel afbreuk zou kunnen worden gedaan als er discursief wordt gemotiveerd? Ik denk dat dit ook de achtergrond van de benadering van Sillen is.

Een andere stelling van Ortlep<sup>14</sup> gaat over de advocaat-generaal. Die advocaat-generaal is voor hem bij uitstek een voertuig voor discursieve argumentatie. Zou de preadviseur bereid zijn, zo vraag ik mij af, deze twee stellingen tegen elkaar in te ruilen? Als de advocaat-generaal ambtshalve – de stellingen zijn al bijna allemaal binnen! – een conclusie kan nemen, zou het dan niet verstandiger zijn de advocaat-generaal discursief te laten argumenteren en juist de rechter dan maar mooi legistisch te laten aangeven dat wat hij zegt uit de feiten en de toepassing van het recht op die feiten volgt? De advocaat-generaal kan dan laten zien welke afwegingen zijn gemaakt.

Nog een laatste vraag over het discursief motiveren. Ik vraag mij af wat dit nu voor Ortlep precies betekent. Is het voldoende dat wordt verwezen naar andere hoogste bestuursrechters of dat argumenten voor de ene en voor de andere uitleg worden gegeven, of moeten ook de maatschappelijke gevolgen van een uitspraak bij de discursieve motivering worden betrokken? Vooral in dat laatste element ben ik sterk geïnteresseerd.

## Mr. R. Ortlep

Waarom heb ik hoofdstuk 2 geschreven? Eigenlijk is dat de meest terechte vraag van vandaag, want dit hoofdstuk is, net als het hele preadvies, zoekend geschreven. Ik wist van tevoren niet waar ik op uit zou komen – ook dat is discursief –, al zou ik desgevraagd hebben gezegd dat ik misschien wel alles onder de Hoge Raad zou willen laten vallen. Ook in mijn toelichting van vanmorgen heb ik duidelijk gemaakt dat het wat mij betreft esthetischer is alles in één kolom te hebben. Bovendien heeft de Hoge Raad jaren ervaring met cassatie en zit er een professioneel parket. Dit college heeft gewoon alles om de hoogste top te zijn.

---

<sup>13</sup> Stelling 2 in de toelichting van Ortlep op zijn preadvies, eerder in dit verslag.

<sup>14</sup> Stelling 5.

Maar al schrijvende aan hoofdstuk 2 kreeg ik het idee dat er in het kader van de rechtseenheid eigenlijk geen voldoende argument is om het hele stelsel op de schop te nemen. Het argument van de rechtseenheid is te licht om daarvoor het stelsel drastisch te wijzigen. Je zou andere argumenten dan de rechtseenheid kunnen verzinnen, maar daar gaat mijn preadvies niet over. Ik verwijs naar publicaties van Schlössels, waarin synergie en ervaring als argumenten worden genoemd en waarin wordt betoogd dat de deskundigheid niet in de organisatie maar in de mensen zit. Zodra je de mensen naar de Hoge Raad zou brengen zou je de deskundigheid die nu bij de Afdeling zit ook daar hebben. Als De Graaf op hoofdstuk 2 zou doorvragen – misschien gaat hij dat nog wel doen –, zouden we, denk ik, wel op hetzelfde punt uit komen. Ik geef toe dat het hoofdstuk wat korter had gekund, maar het heeft wel degelijk een functie in het geheel. Al zou je het stelsel willen veranderen, het wordt niet geaccepteerd. Hoe je het ook wendt of keert, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State zal er altijd, met een link naar de politiek, vóór gaan liggen. Je kunt willen wat je wilt, maar het is alsof je met je hoofd tegen een muur botst. Ook een niet-rationeel argument wordt verpakt in een rationeel argument.

**De Graaf:** Zou je niet ook het omgekeerde kunnen beweren: dat het werken met twee hoogste bestuursrechters – *twin peaks* – juist aan de discursiviteit zou kunnen bijdragen?

**Ortlep:** Dat komt in het tweede deel van mijn betoog aan de orde.

In mijn inleidende toelichting heb ik al verteld wat ik precies onder discursief motiveren versta. Laat ik dat nog wat concreter maken. In hoofdstuk 3 heb ik enkele uitspraken besproken aan de hand waarvan je althans naar mijn idee kunt zeggen dat het anders had gekund. Een van die uitspraken, van de Afdeling bestuursrechtspraak, houdt in dat beleidsregels geen aanvulling van rechtsgronden kunnen opleveren omdat beleid geen recht is. Als je die uitspraak leest, is het echt alsof je te maken hebt met dat Perzische verhaal waarbij iemand een pijl in een boom schiet en er vervolgens de roos omheen tekent. Het eindpunt stond al vast. Het kwam erop neer dat rechters niet al die beleidsregels hoeven te kennen en dat er dus een redenering moest worden gevolgd die ervoor zorgt dat ambts-halve aanvulling van rechtsgronden geen beleidsregels insluit. Mensen die deze uitspraak lezen, denken ook dat de vork zo in de steel zit, althans de mensen die ik spreek, en dat zijn er nogal wat. Ik denk dan: schrijf gewoon op dat dit de reden is. Laat men opschrijven waar men op wil uitkomen en laat men de argumenten vóór en tegen vermelden, maar laat men de uitspraak niet verpakken in een redenering die je als je er lang over nadentk lek kunt prikken. Laat men discursief motiveren, wikken en wegen. Dat hoeft men niet bij alle uitspraken te doen, maar wel bij uitspraken die erg belangrijk zijn voor de rechtsontwikkeling en voor de rechtseenheid. Op die manier kan men meer overtuiging teweegbrengen dan wanneer men, zoals Sillen bepleit, legistisch motiveert.

De Graaf heeft in dit verband aandacht gevraagd voor ‘het vertrouwen in de rechtspraak’. Dat gaf mij op mijn beurt niet zo’n goed gevoel omdat ik niet weet wat dit betekent. Misschien kan de interveniënt een toelichting geven.

Ook de suggestie om twee stellingen tegen elkaar in te ruilen is heel interessant; ik had nooit gedacht dat mijn stellingen inwisselbaar zouden zijn! De Graaf bepleit de advocaat-generaal discursief te laten motiveren en de rechter in de uitspraak legistisch – of beter: apodictisch – te laten zijn. Ik ben daar geen voorstander van. In bijvoorbeeld het civiele recht en het belastingrecht zien we soms dat de Hoge Raad een uitspraak doet en voor de motivering verwijst naar de advocaat-generaal, maar de advocaat-generaal doet geen uitspraak: die adviseert. De uitspraak is dan ook geen verlengstuk van de motivering. Het zou zinvol kunnen zijn de argumenten in verkorte vorm weer geven, zoals de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State laatst in de zaak over het begrip ‘bestuursorgaan’ heeft gedaan. Ik ben er geen voorstander van dat men in twee zinnen een legistische uitspraak doet en voor de motivering naar de advocaat-generaal verwijst.

Tot slot iets over de maatschappelijke gevolgen. Ik heb dit element enigszins uit mijn preadvies geschreven, omdat ik voornamelijk op de motivering inzet. Dat een uitspraak *werkkracht* krijgt, kan men ook bewerkstelligen door naar de maatschappelijke gevolgen te kijken. Dit is de De Poorter- en eigenlijk nog meer de Vrankenslijn, die ik heel goed vind. De Hoge Raad of de Afdeling bestuursrechtspraak die een uitspraak met veel mogelijke maatschappelijke implicaties wil doen, zou iemand kunnen verzoeken er zijn mening over te geven wat die gevolgen zouden kunnen zijn.

**Voorzitter:** Ik verzoek De Graaf met het oog op de tijd heel kort te reageren.

#### **Mr. K.J. de Graaf**

Dan zal ik niets over vertrouwen in de rechtspraak zeggen, want dat wordt te moeilijk. In mijn perspectief is het opmerkelijk dat Ortlep ervoor pleit de advocaat-generaal een conclusie te laten nemen waarin discursief geargumenteed wordt en dat hij vervolgens dat hele proces min of meer opnieuw wil laten plaatsvinden in een uitspraak van de hoogste bestuursrechter. De advocaat-generaal lijkt mij bij uitstek een instrument om discursieve argumentatie te laten zien. Ortlep maakt het zich makkelijk door over verwijzingen naar de motivering te spreken, maar dat bedoelde ik natuurlijk niet.

Ook heeft de preadviseur de uitspraak genoemd die de Afdeling bestuursrechtspraak laatst over het begrip ‘bestuursorgaan’ heeft gedaan. Is hij werkelijk van mening dat daarin discursief wordt gemotiveerd? Er wordt door de Afdeling aangeven hoe het in de toekomst zal gaan, en ik hoop dat de advocaat-generaal discursief heeft geargumenteed. Dit geval zou juist een voorbeeld kunnen zijn van de door mij bepleite aanpak.

#### **Mr. R. Ortlep**

Ik denk dat op het punt van de motivering de waarheid tussen ons tweeën in het midden ligt. Natuurlijk moet niet geheel opnieuw worden gedaan wat de advocaat-generaal heeft gedaan, maar er is vast een oplossing te vinden waarbij enigszins

een doorkijk wordt geboden op de redenering die aan de uitspraak ten grondslag ligt zonder al het werk van de advocaat-generaal te doen.

### **Mr. S. van Heukelom-Verhage**

Ik ben advocaat bij Pels Rijcken. Mijn interventie begin ik met het uitspreken van dank voor de preadviezen. Ik vond ze heerlijk omdat ze een verscholen oproep tot innovatie bevatten. Als ik érgens van houd, dan is het van innoveren in het bestuursrecht, en ik denk dat we, kijkend naar het onderwerp van vandaag, op dat punt winst kunnen behalen.

Aan welk innoveren denk ik dan? Het zou misschien wel kunnen gaan om een vernieuwde rol voor de rechter, met instrumenten die ontleend zijn aan de wens tot rechtseenheid. Dat is een heel mooie innovatiedenklijn, die echter wat mij betreft iets te beperkt is omdat ik aan een veel groter innoveren denk. Wat mij betreft innoveren we op een ander gebied door toe te werken naar wat ik de *trias 2.0* noem, een *trias politica* die meer recht doet aan de systemen die we op dit moment kennen.

De afgelopen anderhalf jaar ben ik druk bezig geweest met de hier al enige malen genoemde decentralisatie van overheidstaken naar de gemeenten. De wetgever heeft een set van drie prachtige wetten ontwikkeld en heeft vervolgens het bestuur het bos in gestuurd om de inhoud van die wetten in de praktijk te brengen. Het was werkelijk een worsteling; ik heb anderhalf jaar genoten van krachtige bestuurders die probeerden in hun gemeente al dan niet de huishoudelijke hulp te handhaven, al dan niet de ouderen goed dan wel slecht te informeren, kortom: invulling te geven aan wetgeving die naar haar aard heel open is en veel zeggenschap voor de bestuurders biedt. Op zich kun je dat mooi noemen. Je kunt ook met een negatieve formulering constateren dat de wetgever iets heel slechts heeft gedaan, maar ik zie dit liever positief: het bestuur heeft de mogelijkheid gekregen een eigen invulling te geven en maatwerk te verrichten.

Dit brengt mij op de worsteling van de rechter, die daarna kwam. Enige betrokkenen zitten in de zaal. Als de wetgever de normen niet zelf invult en als het bestuur dat doet, hoe moet de rechter dan toetsen? Moet hij vrijheid aan het bestuur laten, of moet hij toch op een gegeven moment harde grenzen gaan stellen aan wat toelaatbaar is? En welke normen moet hij daar dan precies bij betrekken? Zijn dat normen van rechtsgelijkheid, of zijn het normen die veel meer zien op de ruimte die het bestuursorgaan heeft?

We zijn geconfronteerd met een worsteling in de praktijk, heel zichtbaar in dit domein, die om een andere kijk op de *trias* vraagt, de *trias 2.0*. De worsteling ontstaat doordat we – ik zie dat ook enigszins in de preadviezen terug – de taakinfilling van de drie actoren in de *trias* negatief kwalificeren. We vinden dat de wetgever het niet goed doet omdat hij de wet niet voldoende heeft ingevuld, we vinden dat het bestuur het niet goed doet omdat het de huishoudelijke hulp wegbezuinigt en we vinden dat de rechter het niet goed doet omdat hij voortdurend met zijn taakinfilling worstelt en er moeite mee heeft rechtseenheid te bereiken.

*Trias 2.0* vraagt om een andere invulling van de verschillende actoren. Ik kom daartoe vanuit de in mijn ogen vrij reële aanname dat de wetgever niet langer de

wet tot in detail gaat invullen. Dat vergt een andere invulling van de rol van het bestuur en van de rol van de rechter. Ik vraag de preadviseurs hoe we het bestuur handen en voeten kunnen geven. We kunnen heel mooie dogmatische leerstukken ontwikkelen, maar het gaat erom de dingen concreet te maken: wat heeft het bestuur, wat heeft de rechter en wat heeft de wetgever in het nieuwe trias 2.0-systeem nodig?

Het bestuur heeft in ieder geval enige zekerheid, althans zelfverzekerdheid nodig. We moeten het bestuur handvatten geven en duidelijk maken dat het moeten verrichten van maatwerk kan inhouden dat er een zekere mate van rechtsongelijkheid ontstaat en dat er in de krant kan komen te staan dat je beter naar Wassenaar kunt verhuizen als je een traplift wilt hebben. Dat hoort nu eenmaal bij de gedachte dat het bestuur maatwerk mag toepassen. Ik noem dit een positieve invulling van de rol van het bestuur. Bij de rechter hoort dan ook de vrijheid om rechtschepend te doen wat de wetgever niet heeft gedaan. Als er een leemte is, stapt de rechter daarin. Dat kan negatief als een verkeerde tendens in deze tijd worden gekwalificeerd, maar ik denk dat we het moeten accepteren.

De vervolgvraag is alleen: wat doen we met de verschillende actoren? Je kunt het geheel als een keten zien, met een wetgever die wordt opgevolgd door het bestuur, dat op zijn beurt wordt opgevolgd door de rechter, een keten die zichzelf in stand houdt. Ik van mijn kant denk dat trias 2.0 ook een andere benadering van de keten vraagt, waarbij het cyclische karakter van het proces meer aandacht krijgt. Het gaat hier om een cyclus die we eigenlijk al kennen en die bij de verschillende actoren past: *plan* [de wetgever] – *do* [het bestuur] – *check* [de rechter] – *act*. Mijn grote vraag is wie er in de *act*-fase aan zet is. Als we de rechter rechtschepend laten zijn en hem de taak en bevoegdheid geven om aan rechtsontwikkeling te doen waar de wetgever het niet doet, dan wil het bestuur en dan wil misschien heel Nederland wel weten wie bij vervolmaking van deze cyclus de aangewezen actor wordt om de *act*, de vertaling na de *check*, voor zijn rekening te nemen. Heel concreet: de rechter spreekt uit dat in het systeem wel degelijk huishoudelijke hulp moet worden geboden, ook al staat dat niet in de wet, maar wie moet daarmee vervolgens iets doen? Moet de wetgever weer aan zet komen om in de wet op te schrijven dat er huishoudelijke hulp moet zijn, of moet het bestuur in de leemte stappen?

Kortom: als we trias 2.0 hebben en we volgen een cyclische benadering van *plan* – *do* – *check* – *act*, wie gaat er dan *acten*?

### **Mr. E.M.H. Hirsch Ballin**

Naast de benadering van de interveniënte zou ik het volgende willen leggen. In mijn preadvies heb ik geprobeerd een soort posttriasmodel neer te leggen, en ik denk dat dit qua innoverende kracht niet onderdoet voor trias 2.0.

**Van Heukelom:** What's in a name?

**Hirsch Ballin:** Op het punt van de huishoudelijke hulp doet zich inderdaad een geweldig probleem voor. Het lijkt mij fascinerend daarmee bezig te zijn, in de advisering van de gemeenten die enig houvast proberen te vinden in

‘keukentafelgesprekken’ – ik ontleen dit aan de beschrijving op de websites van de invoering van de desbetreffende wetgeving – om te beoordelen of zo’n voorziening al dan niet wordt gegeven. Het is wel heel bijzonder zoiets dan aan de bestuursrechter, en via de bestuursrechter aan appellant, te moeten uitleggen. Daar komt nog bij dat vergelijkingen zullen moeten worden gemaakt met hoe het in andere gemeenten gaat. Er kunnen relevante redenen zijn om binnen hetzelfde kader een voorziening in de ene gemeente wél te geven en in de andere niet, maar de rechter zal een taak hebben om te waarborgen dat de manier waarop fundamentele rechten in Nederland worden gerealiseerd nog voldoende vergelijkbaarheid heeft. Anders gezegd: we stuiten hier mijns inziens op een heel mooie illustratie van de wijze waarop een breder begrip van de fundamentele rechten inwerkt op een posttriatistisch denken over de invoering en uitvoering van de hier bedoelde wetten.

**Voorzitter:** Dus de leegte die de wetgever achterlaat moet de rechter opvullen, voortbouwend op fundamentele rechten. Mag ik het zo samenvatten?

**Hirsch Ballin:** Ja, maar uiteraard moet het bestuursorgaan worden bevraagd op de maatstaven die het voorstel daarbij hanteert. Die stap zit ertussen en die zal de bestuursorganen in Nederland ook voor de vraag plaatsen een en ander, ook op bovenregionaal niveau, onderling af te stemmen.

**Voorzitter:** Ik leg dit aan de interveniënte voor. Bieden de fundamentele rechten voldoende kader en houvast?

**Mr. S. van Heukelom-Verhage**

Op zichzelf wel, want ze leiden ertoe dat rechtsongelijkheid niet tot stand kan komen. Het probleem in dit domein met medebewindstaken is echter nu juist dat de wetgever in zijn regelgeving de sterke wens en opdracht heeft verdisconteerd dat er maatwerk komt. We hebben dus niet helemaal meer een juist houvast aan een uitkomst van rechtsgelijkheid als de wens van de wetgever een bepaalde mate van rechtsongelijkheid is. Het is de vraag hoe rechtseenheid daarin past.

**Voorzitter:** Het komt hierop neer. Als de wetgever wil dat er flexibiliteit en maatwerk is, is het dan aan de rechter algemene normen te stellen?

**Mr. E.M.H. Hirsch Ballin**

De term *maatwerk* wordt gehanteerd in combinatie met de verwijzing naar de keukentafelgesprekken, maar je kunt inderdaad geen maatwerk leveren zonder maatstaven.

**Van Heukelom:** Natuurlijk, dat is uitgangspunt, maar het zorgt er niet voor dat het bestuur weet wat het moet doen. De rechter weet het ook nog niet zo goed, want die worstelt ook met de gedachte dat de wetgever aan de ene kant maatstaven geeft en...

**Voorzitter:** Is het niet juist ook de bedoeling dat het bestuur zelf bedenkt wat het doet en dat de rechter daarna aan de hand van de fundamentele rechten toetst?

**Hirsch Ballin:** Misschien was mijn reactie iets te elliptisch, of te voorzichtig. We stuiten hier op een beoordelingsfout waarover ik al eens iets heb geschreven. De wetgever heeft ervoor gekozen dit onderwerp te decentraliseren aan de hand van maatwerk, te leveren door de gemeenten, zonder op een of andere manier vast te leggen dat de maatstaven binnen een bepaalde marge per gemeente of per regio mogen verschillen en zonder een verplichting te creëren om daarover helderheid te verschaffen. Er is voor een deel een tekortschieten in helderheid in de wetgeving zelf in het geding. Misschien is dit een van de dingen die de Rekenkamer over deze wetgeving nog niet heeft gezegd. Voor een ander deel zitten we nog met de gevolgen van de grote druk waaronder deze operatie moest worden uitgevoerd. De Vereniging van Nederlandse Gemeenten heeft grote inspanningen verricht om handleidingen op dit terrein aan de gemeente te geven, maar tast nogal in het duister omdat je die maatstaven alleen kunt ontwikkelen op basis van een zekere periode van het opdoen van ervaringen in verhouding tot de budgetten en de noden die je tegenkomt. Die periode is er nog niet geweest. Ik denk dat er nog enorme ontwikkelingen moeten komen, maar het is in ieder geval goed te weten dat de gemeenten daarin juridisch goed worden geadviseerd.

#### **Mr. E. Steyger**

Aan de totstandkoming van de Participatiewet, de Wet langdurige zorg en de Wmo 2015, is een politieke keuze voorafgegaan. De wetgever heeft hier niet iets ins Blaue hinein gedaan. De situatie is overigens in ieder geval juridisch iets minder afschuwelijk dan Hirsch Ballin schetst, want de gemeenten zijn wel degelijk verplicht een beleidsplan voor het verstrekken van maatwerk op te stellen waarin maatstaven zijn neergelegd. De keerzijde van die medaille is dan weer dat de gemeenten daartoe niet in staat zijn.

De wetgever is van mening dat maatwerk moet worden geleverd, door middel van een onderzoek dat 'het keukentafelgesprek' is gaan heten en waarbij het individuele zeer bepalend is. Gegeven deze omstandigheid kunnen we niet zeggen dat de rechter zich niet in dit domein mag begeven. De rechter zal vol moeten toetsen hoe dat onderzoek heeft plaatsgevonden, of de maatstaven van de gemeente daarbij zijn gehanteerd en of die maatstaven in zichzelf non-discriminatoir, transparant en openbaar zijn. Als de wetgever lokale bestuursorganen een zo grote macht geeft, is een grotere macht voor de rechter onvermijdelijk.

#### **Mr. E.M.H. Hirsch Ballin**

Als ik mij goed herinner, schrijft de wetgever voor dat per gemeente een programma moet worden gemaakt; er is naar ik meen geen sprake van regels. Misschien kan zo'n programma het karakter van regelgeving aannemen, maar dat zal zich nog moeten ontwikkelen.

De besluiten die op grond hiervan worden genomen, kunnen worden geman-dateerd aan de uitvoerende instanties, zodat de politieke aansturing van de

uitkomsten van de keukentafelgesprekken zeer betrekkelijk zal zijn. Er wordt nogal eens ten onrechte politieke aansturing verondersteld. Dit is een heel mooie illustratie van de thematiek die we vanochtend hebben besproken.

Het is een verrijking van de discussie dat dit onderwerp nu aan de orde wordt gesteld. Ik heb er in mijn preadvies niets over geschreven. Er is een terugtrekkende beweging van twee kanten: van de kant van de wetgever en van de kant van de organen die voorheen met de uitvoering belast waren en die deze nu moeten mandateren. De rechter zal daarmee ongetwijfeld iets moeten doen. Bovendien stuiten we hier op een heel interessante illustratie van het gegeven dat fundamentele rechten alleen maar inhoud kunnen krijgen als politiek gelegitimeerde organen er uitwerking aan geven. Soms lijkt het in discussies alsof grondrechten iets zijn voor de rechter dan wel voor de wetgever, maar hier zien we behoorlijk confronterend geïllustreerd dat het op beiden aankomt.

### **Mr. J.P. Wemes**

Ik ben Jan Paul Wemes, ik werk bij de gemeente Groningen en heb in het kader van allerlei procedures vooral te maken met de Wet maatschappelijke ondersteuning [Wmo]. Ik ben heel blij met de interventie.

Laat ik schetsen waar wij tegenaan lopen. We bevinden ons hier in de gemeente Utrecht. Welnu, de gemeente Utrecht heeft bepaald dat iemand aan anderhalf uur huishoudelijke zorg voldoende heeft. Dat is de maat en dat gaat men toekennen. Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen de één met zijn zorgbehoefte en de ander met zijn zorgbehoefte. Ik ben dan heel blij dat we een rechtbank hebben. De rechtbank Midden-Nederland heeft uitgemaakt dat het op deze manier niet kan.

Vanmorgen bleek Hirsch Ballin een oplossing te zoeken in de richting van een minder marginaal toetsende rechter. De rechtbank Midden-Nederland heeft dit met het dossier Wmo prima opgepakt. Stap er maar in! Durf maar te zeggen: dit is niet de norm en zo ga je daar niet mee om. Het heronderzoek had overigens in dit geval bij de betrokkenen helemaal niet plaatsgevonden.

Tollenaar heeft er aandacht voor gevraagd dat de Wmo een heel lastige wet is. Er is een rijkswetgever, die een probleem neerlegt bij de lokale wetgever – de gemeente is medewetgever – en laatstgenoemde moet dan maar vorm en inhoud aan de normen geven. Je ziet dan landelijk heel grote verschillen, wat bij mij de vraag doet rijzen of er geen behoefte is aan een rechtseenheidskamer die bepaalt welke norm landelijk zo ongeveer dient te gelden. Wat is nu de norm voor huishoudelijke zorg? De rechtbank Midden-Nederland heeft aangegeven hoe een schoon huis er ongeveer moet uitzien. Op die manier gaat een rechter al heel ver en neemt hij in feite een deel van de taak van de wetgever over. Moet er bij decentralisatie niet een minimumnorm voor de gemeenten worden vastgelegd?

### **Mr. A. Tollenaar**

Juist in de onzekere situatie van de Wmo 2015 komt er op het ogenblik van alles los. Ik zit in een paar bezwaarcommissies: je wilt niet weten wat er allemaal aan de orde komt. Je zoekt wat een 'schoon huis' nu precies inhoudt, waarbij dan natuurlijk de uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland ten tonele komt,



terwijl dat een compleet andere rechtbank is dan je eigen rechtbank. Er blijken bureautjes en adviseurs – ik noem Schulinck, Stimulansz en de VNG – allerlei richtlijnen de wereld in te slingeren. Dat is het forum waarop de normering plaatsvindt. Ik vind dat fascinerend: de wetgever verlaat zich compleet op dit soort partijen. Moeten we dat willen? Ik zou van mijn kant willen dat de wetgever zelf wat meer materiële duidelijkheid biedt over wat een schoon huis is. Blijkbaar willen we dat niet, want het kost geld. Dat is wat er uiteindelijk met die decentralisatie aan de hand is en wat de rechtsvorming zo ingewikkeld en onzeker voor bestuursorganen en burgers maakt.

### **Mr. A.P. Klap**

Ik had een interventie geformuleerd over voornamelijk het preadvies van Hirsch Ballin, maar om te voorkomen dat deze inmiddels als mosterd na de maaltijd kan worden beschouwd, zal ik het een en ander aanpassen. Er zijn al vele vragen gesteld, en ik denk dat mijn bijdrage voor een deel samenvalt met die van Zijlstra en Polak.

Wat ik mooi in Hirsch Ballins preadvies vind, is dat hij het concept van de marginale toetsing in zoverre van tafel veegt, dat er in zijn ogen soms te gemakzuchtig en te snel gebruik van wordt gemaakt. Tegelijkertijd ben ik het met Polak eens dat marginale toetsing nog steeds zinvol is. Marginale toetsing komt er niet op neer dat de rechter er niet is, maar dat hij niet zelf de belangen afweegt en dat hij als er sprake van beoordelingsvrijheid is niet zelf een finaal oordeel velt. In het preadvies wordt de bestuursrechter terecht gezien als een tegenmacht die nodig is voor de legitimiteit van democratisch staatsbestuur.

Het pleidooi voor een consequente en intensieve toetsing aan het Europeesrechtelijke evenredigheidsbeginsel verdient wat mij betreft directe navolging. Zo'n toetsing kan heel veel opleveren, omdat niet alleen de evenredigheid in strikte zin ter discussie staat, maar ook de vraag of met een minder vergaand besluit kan worden volstaan. Ik denk dat vooral bij discretionaire bevoegdheden een aanzienlijke winst kan worden geboekt.

Ik onderschrijf verder de in het preadvies neergelegde opvatting dat de woorden van de wet niet allesbepalend zijn voor de taakopvatting en -uitoefening van de bestuursrechter. Zo zou ik het onjuist vinden als een bestuursrechter zich terughoudend opstelt ten aanzien van de vraag of iemand in het kader van een verblijfsvergunning feitelijk tot het gezinsverband behoort louter omdat gebruik is gemaakt van de *clausule naar het oordeel van*.

Naar aanleiding van het preadvies van Hirsch Ballin heb ik enkele vragen, en ik denk dat ik ook voor Tollenaar nog een vraag heb. Ik kom met een vraag over de verhouding rechter-bestuur, maar ik heb ook een vraag over de verhouding van de rechter tot de wetgever.

In het preadvies van Hirsch Ballin mis ik enigszins de differentiatie – of misschien moet ik mét Zijlstra zeggen: nuancering – in de verhouding rechter-bestuur, vooral als het om de door de preadviseur gewenste doorwerking in de rechterlijke toetsing van fundamentele rechten gaat. Ik juich een toetsing aan fundamentele rechten toe in bepaalde zaken, bijvoorbeeld asielzaken, socialezekerheidszaken en zaken waarbij sancties in het geding zijn, omdat daar de kern

van die rechten op het spel staat. Ik zie echter minder reden om ook in het economische en financiële bestuursrecht aan fundamentele rechten te toetsen. Mijn argument daarbij is niet dat fundamentele rechten op die bijzondere rechtsgebieden geen rol kunnen spelen, maar dat toetsing eraan over de gehele linie te veel gaat lijken op de toetsing door de Duitse rechter, die ik te ver vind gaan. In het Duitse recht wordt onder andere bij beroep tegen een examenbeoordeling bij de rechter aangevoerd dat er strijdigheid is met het grondwettelijk recht op vrije beroepskeuze. Dat zien we ook bij de weigering van een taxivergunning op grond van het openbaarvervoersbelang, terwijl bij de weigering van een bouwvergunning al vrij snel het eigendomsrecht op de proppen komt, ook als het om een goede ruimtelijke ordening gaat. Naar mijn mening heeft niet geheel ten onrechte de bekende Franse hoogleraar bestuursrecht Fromont, nadat hij uitvoerig onderzoek had gedaan naar de Duitse jurisprudentie, de conclusie getrokken dat de toetsing door de Duitse rechter het bestuur dreigt lam te leggen. Als men met toetsing aan fundamentele rechten te ver gaat, kan dit naar ik vrees weleens een soortgelijke consequentie hebben.

Vervolgens mijn vraag over de verhouding van de rechter tot de wetgever. Van Ortlep heb ik begrepen dat ik de rechter geen rechtsvormer moet noemen, maar *rechtsontwikkelaar*, weer een woord dat niet in het woordenboek staat. De taak van de rechter als – toch nog maar even – rechtsvormer zou ik met name in relatie willen zien tot de wetgever, zeker als sprake is van instabiele politieke verhoudingen, zoals ook Zijlstra in het NTB-artikel over de preadviezen opmerkt. Bij zulke instabiele verhoudingen is immers de kans groot dat de politieke meerderheid, in het besef dat zij binnenkort wellicht weer de minderheid wordt, probeert grote en snelle wijzigingen in wet- en regelgeving door te voeren. Ik wijs op het Besluit aanscherping handhaving en sanctiebeleid in de socialezekerheidswetgeving, kortweg het Boetebesluit. Deze algemene maatregel van bestuur voorziet in een boete van 100% van het benadelingsbedrag, ongeacht de ernst van de overtreding of de verwijtbaarheid van de overtreder. Het is, denk ik, van groot belang dat de rechter ook zulke, ongenuanceerde regels kritisch tegen het licht houdt. Op dat punt laten de hoogste rechterlijke colleges in ieder geval zien dat ze hun mannetje of vrouwtje staan. Op 24 november 2014 heeft de Centrale Raad van Beroep het zojuist aangestipte Boetebesluit buiten toepassing gelaten en daarvoor in de plaats een eigen boetesysteem ontworpen waarbij de boete wel op de mate van verwijtbaarheid is afgestemd. Ook de Afdeling bestuursrechtspraak heeft onlangs een mooie bijdrage aan de rechtsontwikkeling geleverd – Hirsch Ballin wees er al even op – door de ministeriële regeling inzake het alcoholslotprogramma onverbindend te verklaren, omdat deze te snel tot onevenredige besluiten leidde. En het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft zelfs al in 2006 aangegeven dat het zich niet zonder meer bij een wettelijk gefixeerde boete neerlegt. In een aantal uitspraken overwoog het CBb dat het de opgelegde boete toch, ondanks artikel 5:46, derde lid, Awb in een concreet geval op evenredigheid zou toetsen en, voor zover de wetgever zich bij het bepalen van de boetheoogte geen rekenschap van de bepalende evenredigheidsfactoren had gegeven, zou corrigeren.

Tegen deze achtergrond zou ik graag van Hirsch Ballin horen of de verhouding tussen rechter en bestuur niet meer zou moeten worden gedifferentieerd/genuanceerd, vooral op het punt van de toetsing aan de fundamentele rechten. Ik denk hier ook aan de situatie in Duitsland, die wat mij betreft op dit punt te ver gaat.

Verder ben ik benieuwd – ook Tollenaar mag daarop wat mij betreft reageren – of de preadviseurs het met mij eens zijn dat de rol van de rechter als rechtsvormer evenzeer gelegen is in het corrigeren van bestuurswetgeving en of ze mijn enthousiasme voor de genoemde uitspraken delen.

### **Mr. E.M.H. Hirsch Ballin**

Van de interventie van mijn Amsterdamse collega Klap bleef nog heel wat over nadat hij een deel had weggelaten! Ik zal proberen enigszins compact te reageren.

Tijdens de interventie heb ik geprobeerd aan *close listening* te doen. Eigenlijk heb ik de indruk dat een deel van wat hij heeft gezegd eruit voortkomt dat hij bepaalde onderdelen van mijn preadvies vanuit het denkschema van de territorien wetgever-rechter-bestuur beziet. Misschien wil Klap zijn gedachten nog eens proberen te ijken aan de hand van de vraag of een dergelijke interpretatie te bepalend is geweest. Ik hoorde hem op een gegeven ogenblik iets zeggen over de waardering van belangen die niet door de rechter zou moeten geschieden. Het gaat iets te ver dat zo te zeggen, want de Nederlandse rechter doet dag in, dag uit niets anders dan belangen waarderen. Ik denk dat Klap doelde op bepaalde gezichtspunten in de belangenwaardering. Hij stelde een vraag over de *clausule naar het oordeel van*: wijst die niet op het vereist zijn van terughoudendheid waarbij de rol van de rechter zoals ik die heb geschetst ophoudt? Deze *clausule* wordt inderdaad in wettelijke regelingen gebruikt met als boodschap dat ‘het bestuursorgaan er nog het een en ander aan moet doen’, maar het gaat mij te ver er een soort delegatie van wetgevende bevoegdheid in te lezen die in de onschendbaarheid van de wet gaat delen.

Wat de fundamentele rechten betreft: mag de rechter zich met sommige van die rechten bezighouden en met andere niet? Zo zou ik het niet willen zeggen, maar de realisering van fundamentele verwerkelijking van grondrechten kan, bij een minder op domeinen maar meer op interacties gebaseerde benadering – eerder vanmiddag noemde ik dit een *posttriasbenadering* – inhouden dat het niet bij voorbaat uitgesloten is dat *andere* fundamentele rechten een rol spelen. Een voorbeeld is de intrekking zonder overgangstermijn van de Wet werk en inkomen kunstenaars. Daarin speelde artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM een rol. De conclusie was niet dat er helemaal niets op dit terrein mocht worden gedaan, maar wel dat grenzen in acht moeten worden genomen die mede door de grondrechtelijke waardering worden bepaald.

Dit geldt ook voor de boetes. Er is een lijn van wetgeving met *hard and fast rules* geweest waarvan in het kader van de hier besproken decentralisaties voorbeelden zijn gegeven. De rechter heeft daarover inmiddels laten blijken dat die *rules* niet worden geaccepteerd als ze leiden tot een schending van evenredigheidseisen, waarmee we weer in de grondrechtelijke sfeer zijn. Ik noem het Groninger voorbeeld en het voorbeeld van het alcoholslotprogramma.

**Voorzitter:** Heeft Klap niet ook gezegd dat je wellicht op sommige terreinen met de fundamentele rechten méér kunt dan op andere?

**Hirsch Ballin:** Uiteraard. De aard van de rechtsbetrekking, in verband met de verschillende rollen die aan het bestuur in verhouding tot de maatschappelijke

organen worden toegekend, leidt tot differentiatie. Er is inderdaad geen simpel beeld.

**Voorzitter:** Betekent dit dan ook dat het op sommige terreinen praktisch niet mogelijk is met inhoudelijke toetsing heel veel verder te komen?

**Hirsch Ballin:** Zeker, en op andere terreinen wél veel verder, en een heleboel ertussenin.

**Mr. A.P. Klap**

Misschien heb ik iets niet duidelijk gezegd, maar ik heb over de vaak in wetgeving gebruikte woorden naar het oordeel van juist betoogd dat die voor mij niet zozeer bepalend zijn. Ik zou eroverheen lezen. Naar mijn mening wordt er juist soms te gemakzuchtig met deze formule geschermd, zodat ik haar nogal eens naast mij neer zou willen leggen. Op dit punt zijn Hirsch Ballin en ik het, denk ik, eens.

In mijn interventie heb ik niet ontkend dat de fundamentele rechten overal een rol zouden kunnen spelen. Wél denk ik dat ze zich op bepaalde terreinen en bij bepaalde zaken veel meer opdringen dan bij andere. Als de toetsing aan fundamentele rechten over de gehele linie zou worden ingevoerd, zou naar ik vrees de situatie kunnen ontstaan die in Duitsland al jaren bestaat en die daar steeds meer verlamdend werkt.

**Mr. A. Tollenaar**

Dank voor de uitnodigende interventie. Als iemand vraagt of je zijn enthousiasme deelt, ben je snel geneigd dit volmondig te beamen, maar ik moet toch enigszins nuanceren. De zaken die Klap noemt, de zaak betreffende het alcoholslotprogramma en een boetezaak, zijn aantrekkelijk omdat de rechter daarin ten opzichte van *hard and fast rules* – ik zal maar zeggen: de politieke waan van de dag – even zijn tanden heeft laten zien. Toch zijn het verschillende zaken. De boete-uitspraak kan iets meer mijn enthousiasme wegdragen dan de uitspraak over het alcoholslotprogramma.

**Klap:** Dat geldt ook voor mijn enthousiasme.

**Tollenaar:** Dan zijn we het in zoverre eens.

Het mooie van de boete-uitspraak vind ik het volgende. De Centrale Raad verricht, nu het om een *criminal charge* gaat, een volledige evenredigheidstoetsing en komt bij de zoektocht naar wat in deze evenredigheid is met een mooie driedeling. Het startpunt is 50%. Valt de overtreding iets méér aan de betrokkene te verwijten, dan wordt de boete iets hoger, en valt er minder verwijt te maken, dan valt de boete lager uit. Dit is een mooie regel, die overigens op het ogenblik in de eerstelijns-rechtspraak tot ontzettend veel debat leidt over de vraag hoe hij nu moet worden toegepast, maar dat is tot daaraan toe.

Bij de alcoholslotuitspraak kun je het mooi vinden dat de regeling onverbindend wordt verklaard. Minder mooi is dat de Afdeling niet expliciet zegt dat er een *criminal charge* in het geding is. Ze haalt het alcoholslotprogramma onderuit met een soort 3:2-zorgvuldighedsredenering die ietwat overdreven geformuleerd neerkomt op: bij het vaststellen van de regel hebt u gedacht dat die alcoholslotjes maar 1.000 euro kosten, en ze kosten 3.000 euro. Dat is net even niet overtuigend genoeg om de hele regeling onverbindend te verklaren, wat mij betreft.

**Klap:** Dat geeft wel aan dat er iets aan de belangenafweging heeft ontbroken en dat is hopelijk een signaal voor de wetgever om tot reparatie te komen. Zonder die rechterlijke uitspraak was de wetgever daar misschien niet toe overgegaan.

**Tollenaar:** Dat zeker, maar je komt als rechter wat minder in de hoek van: dit is full jurisdiction en ik mag daar dus van alles van vinden. Dat had ik overtuigender gevonden.

In algemene zin heb ik weleens de indruk dat wetgevingsjuristen soms, opgejaagd door de politieke waan van de dag, wetgeving en amvb's de wereld in slingeren en dan hopen dat de Afdeling of de Centrale Raad die onderuit zal schoffelen. Hier is dat twee keer gebeurd, en dat is heel bijzonder, want het gebeurt ook heel vaak niet. Soms overleven dit soort 'wangedrochten' de rechterlijke toets.

### Mr. N. Verheij<sup>15</sup>

Mijn interventie betreft het preadvies van Tollenaar, maar ik ben om persoonlijke redenen zo vrij om één zin te gebruiken om Ortlep te bedanken voor zijn voetnoot 74. Toch leuk om te zien dat een recensie ook generaal-preventieve werking kan hebben!

Voor Tollenaar heb ik enige vragen. Sommige daarvan heb ik ook al gesteld in mijn korte bespreking – recensie is misschien iets te veel gezegd – in het NTB, die naar ik hoop Tollenaar wel is meegevallen. Een van mijn opmerkingen betrof de terminologie rechtsontwikkeling/rechtsvorming, maar dat is maar een etiket. Een belangrijker punt wordt gevormd door de drie perspectieven op rechtsvorming/rechtsontwikkeling die Tollenaar in hoofdstuk 2 van zijn preadvies geeft. Het tweede daarvan noemt hij het systematisch perspectief. Mij is niet helemaal duidelijk geworden wat hij daarmee nu bedoelt. Zou hij een nadere toelichting kunnen geven?

Mijn volgende vraag betreft de in mijn ogen belangrijkste conclusie uit het preadvies, luidende dat van de door diverse auteurs, onder wie De Poorter, bepleite dialoog over rechtsvorming tussen wetgever en rechter in de praktijk weinig terecht komt. Dat is niet altijd waar: in de dialoog over het alcoholslot verwacht ik van de wetgever nog wel antwoord, en over 'bed, bad en brood' is, denk ik, ook het laatste woord nog niet gezegd! Toch vrees ik dat door de bank genomen Tollenaar wel gelijk heeft; de dialoog komt doorgaans niet of heel moeizaam tot stand.

---

<sup>15</sup> Auteur recensie preadvies Tollenaar NTB.

Voor de rechter doet zich ook weleens een dilemma voor als er een probleem aan de orde is dat hij probeert op te lossen terwijl hij eigenlijk vindt dat de wetgever met een veel betere oplossing zou kunnen komen. Een rechter die dan toch met een oplossing komt, loopt het risico dat de wetgever het er vervolgens bij laat zitten, onder het motto dat het probleem al is opgelost. Dit is bijvoorbeeld gebeurd bij de schadevergoeding wegens overschrijding van de redelijke termijn als bedoeld in artikel 6 EVRM. Er is ooit een wetsvoorstel gemaakt dat nooit is ingediend omdat op een gegeven ogenblik mensen vonden dat de rechter met een adequate oplossing was gekomen. Dat leidde er dan vervolgens weer toe dat de rechter doorging met het proces van rechtsvorming dat tot nu toe is uitgemond in de grotkameruitspraak van begin verleden jaar.

Hoe dan ook, Tollenaars conclusie dat de dialoog tussen rechter en wetgever niet goed werkt, roept bij mij meteen een vervolgvraag op, die uiteenvalt in drie subvragen. Ik kan die – laat de voorzitter zich geen zorgen maken – heel kort formuleren.

Vraag a luidt: is dat erg? Vraag b: hoe komt het dat die dialoog niet werkt? Vraag c, de belangrijkste: wat doen we eraan? Het zal duidelijk zijn dat bij ontkennende beantwoording van de eerste deelvraag de overige deelvragen geen bespreking meer behoeven.

#### **Mr. A. Tollenaar**

De eerste vraag ging over de perspectieven en de tweede vraag bestond uit drie deelvragen, waarbij de eerste deelvraag, ‘is dat erg?’, natuurlijk met ja moet worden beantwoord.

Allereerst iets over de perspectieven. Het was voor mij een kleine worsteling het begrip ‘rechtsontwikkeling door de rechter’ handen en voeten te geven. Ik kwam daarbij uit op twee indicatoren die wel overtuigen. In de eerste plaats kun je kijken of er in de procedure iets bijzonders gebeurt. Als de advocaat-generaal of de grote kamer is ingeschakeld, is wel herkenbaar dat er iets op het gebied van rechtsontwikkeling plaatsvindt. Het tweede perspectief is dat van de rechter. Je kunt de rechter vragen of hij vindt dat hij aan rechtsontwikkeling doet; veel rechters blijken dat trouwens niet te vinden. Het derde perspectief – in mijn preadvies het middelste – is het systematische. Ik begrijp best dat het vragen oproept, maar ik heb bedoeld te zeggen dat soms de wetgever expres ruimte aan de rechter laat om termen in de vullen. Je ziet dat soms ook in memories van toelichting staan. Vaak spreekt men van ‘de praktijk’ in plaats van ‘de rechter’, maar het komt op hetzelfde neer: de rechter zal er uiteindelijk een klap op moeten geven. Dit valt te kwalificeren als een flexibele opstelling waarbij ruimte voor creatieve oplossingen wordt geboden, maar ook als een brevet van onvermogen om tot goede normering te komen. In ieder geval zal de rechter ermee aan de gang moeten en zal hij in zijn uitspraken recht aan het ontwikkelen zijn. Hij keurt goed wat het bestuur met een bepaling heeft gedaan, of keurt dat af waarmee een algemeen signaal wordt afgegeven over de gang van zaken. Dit is wat ik met het systematische perspectief heb bedoeld te zeggen. Grappig is het – of interessant moet ik dan zeggen – te zien dat de wetgever soms de nadere invulling door bestuur en rechter opdraagt,

als een soort van pseudodelegatie, en soms juist aangeeft dat hij geen rechtsontwikkeling door de praktijk wil zien, alsof de rechter zich daar iets van aantrekt!

Dit is mijn reactie op de eerste vraag van Verheij. Ik hoop dat zij zijn goedkeuring kan wegdragen!

Zijn tweede vraag heeft betrekking op het haperen van de constitutionele dialoog. Ik heb de vraag of dat erg is al met ja beantwoord, en dat ga ik nu nuanceren. Het is namelijk heel erg. De consequentie is namelijk uiteindelijk een erg grote rechtsonzekerheid, in het bijzonder voor nieuwe toetreders tot een bepaald rechtsgebied. Ik kom nogal eens in een bezwaarcommissie, en ik zie daar dat iedereen aan het zoeken is wat nu precies de normen zijn waar we ons aan moeten houden. Het onderwerp is vandaag al eerder aan de orde geweest, maar bijvoorbeeld bij de Wet maatschappelijke ondersteuning zie je dat de wetgever iets de wereld in heeft geslingerd en het overlaat aan bestuursorganen en rechters om uit te zoeken waar de grenzen liggen. Dat zoekproces gaat langzaam en de wetgever is niet genegen om aan de hand van de uitspraken zijn regels aan te scherpen of duidelijk te maken wat nu eigenlijk werd bedoeld.

Dit brengt mij bij de tweede subvraag: hoe komt dit? Desinteresse van de wetgever zou ermee te maken kunnen hebben, maar er is misschien ook onkunde of een zekere mate van politieke onwil. In het geval van de Wmo wil men het onderwerp bijvoorbeeld bewust niet dichtregelen want er zijn kosten mee gemoeid. Maar dat maakt het wel lastig voor de rechter: die wordt geconfronteerd met concrete beschikkingen en kan niet altijd op basis daarvan een algemene regel formuleren. Je weet als rechter immers niet wat de consequenties van de algemene regel zullen zijn. Aan beide kanten van de dialoog tussen rechter en wetgever ligt dus een probleem. De wetgever heb ik doof genoemd en de rechter is min of meer stom. Dit klinkt erg vervelend, maar het komt er wel op neer: ze spreken in de dialoog elkaars taal niet.

Op de subvraag 'wat doen we eraan?' reageer ik als volgt. Het begint wat mij betreft bij de uitspraken. Nu we hier toch met veel rechters bijeen zijn, pleit ik ervoor duidelijker te formuleren wanneer de rechter bij wil dragen aan rechtsontwikkeling. Laat men de uitspraken die een bijdrage tot de rechtsontwikkeling leveren een apart label geven en op de website publiceren. Er is ook wel een rol aan de AB-annotatoren toegedacht, maar die worden tegenwoordig op een andere manier dan via het nootjes schrijven gefinancierd, zodat je je niet op hen kunt verlaten. In het kader van de Wmo hebben we op het ogenblik echt te maken met een *moving target*, waarbij de ontwikkelingen via AB-noten niet te volgen zijn. Bij de Centrale Raad van Beroep moet bij wijze van spreken iedere relevante uitspraak meteen op de website, met een toelichting op de reikwijdte.

Aan de andere kant mag de wetgever weleens investeren in evaluatiebepalingen waarbij ook de jurisprudentie wordt meegewogen. Evaluatie is in het verband van wetgeving geloof ik bijna een vloek geworden, of niet?

**Verheij:** Nou nee. Er zitten mensen in de zaal die er min of meer van leven!

**Tollenaar:** Dat dacht ik wel!

Laat ik mij dan genuanceerder uitdrukken. Er vindt natuurlijk wel evaluatie plaats, maar het valt mij op dat die evaluatie eigenlijk vrij zelden leidt tot....

**Voorzitter:** Wat gebeurt er met de evaluatieresultaten? Dat is eigenlijk de vraag. Wat is de indruk?

**Tollenaar:** Er gebeurt niet veel mee.

**Voorzitter:** En hoe valt dat te verklaren? Misschien kan de vragensteller, Verheij, daar ook nog een antwoord op geven: hij heeft een verleden in de wetgeving. Wat gebeurt er eigenlijk met de evaluatieresultaten?

**Verheij:** Dat is heel wisselend. Naarmate de uitkomsten politiek welgevalliger zijn, is de kans dat ze worden uitgevoerd groter. Soms is ook het tijdsverloop van belang. Er komt een wet, en na een paar jaar wordt die geëvalueerd, want je moet een paar jaar wachten voordat zoiets is ingezonken. Vervolgens zijn de onderzoekers een jaartje bezig. Tegen de tijd dat je iets met de evaluatie moet gaan doen, is de politieke aandacht al lang weer naar een ander onderwerp verschoven. Zo simpel is het soms.

**Tollenaar:** Dat is ook mijn observatie, en het is nog érg: dan is de volgende wet er alweer. De Wmo 2015 is de opvolger van de vorige Wmo, die van 2007 dateert. Het gaat heel snel! Ik heb het idee, ook al ben ik daarmee dan misschien in dit gezelschap de conservatieveling, dat er steeds meer wegwerp-wetgeving aan het ontstaan is. Dat draagt niet bij aan een conclusente rechtsontwikkeling.

**Mr. N. Verheij**

Op de vraag 'hoe komt het?' heeft Tollenaar gereageerd door het noemen van een aantal elementen. Is er ook niet aan beide kanten soms gewoon onvermogen in het spel? Tollenaar zei zelf al dat het voor een rechter vaak lastig is de materie te overzien. Zeker is dat lastig voor een rechter, maar juist als oud-wetgevingsjurist kan ik vertellen dat het ook voor de wetgever soms heel lastig is.

**Voorzitter:** Waar zit 'm die lastigheid in?

**Verheij:** In het feit dat de werkelijkheid ingewikkelder is dan je kunt bedenken. Ik ben het met Tollenaar eens dat het haperen van de constitutionele dialoog inderdaad erg is. Het benodigde inzicht kan men alleen in een soort cyclisch proces verwerven. Het komt niet in één keer. De wetgever kan het niet achter de tekentafel krijgen en de rechter kan het niet in één of twee zaken krijgen. Je hebt naar mijn overtuiging de cyclus nodig

**Mr. A. Tollenaar**

Met Verheij ben ik het volledig eens dat er een cyclus nodig is. Hij wijst er terecht op dat ook de wetgever de materie niet goed kan overzien. In de beleidswetenschap is bekend dat beleidsinstrumenten altijd onvoorziene en onverwachte effecten hebben. Het komt erop neer dat men moet monitoren, evalueren en



repareren. Dat is dan een variant van *plan – do – act*, waarbij het de wetgever is die uiteindelijk moet ‘acten’

### Mr. J.C.A. de Poorter

Laat ik beginnen met de preadviseurs te complimenteren met de mooie preadviezen die zijn geschreven. Elk vanuit verschillende perspectieven belichten zij de rechtsvormende taak van de bestuursrechter en komen zij tot interessante waarnemingen en conclusies.

Ik heb een vraag voor Tollenaar, in het bijzonder naar aanleiding van paragraaf 5.4.3 van zijn preadvies, waarin hij ingaat op de vraag of de onderzoeksbevoegdheden van de rechter moeten worden uitgebreid met het oog op zijn rechtsvormende taak. Nu heb ik weleens betoogd dat een van de problemen in het proces van rechtsvorming door de rechter is dat hij het nu vooral moet doen met hetgeen partijen hem aanreiken. Dat betreft over het algemeen informatie die betrokken is op de feitelijke situatie in het individuele geval. Bij het formuleren van nieuw recht, bij rechtsontwikkeling, is ook andersoortige informatie van belang. Het gaat dan om informatie die veeleer de gevolgen van de rechterlijke beslissing op macro-niveau betreft.

Tegen die achtergrond lijkt het mij, zo heb ik mét anderen eerder betoogd, een niet onaantrekkelijke gedachte om in bepaalde gevallen het met name uit de Angelsaksische rechtssystemen bekende instrument van de *amicus curiae* te beproeven. Tollenaar lijkt ook te erkennen dat de rechter niet altijd gemakkelijk de gevolgen van zijn rechtsvormende beslissing voor de rechtspraktijk kan overzien. Hij merkt echter op dat hij erover aarzelt of deze voorgestelde Awb-vreemde figuur soelaas biedt en noodzakelijk is. Ik zou hem in dat verband enige vragen willen voorleggen.

In de eerste plaats stelt Tollenaar dat de advocaat-generaal onderzoek zou kunnen doen naar de implicaties van de te nemen rechterlijke beslissing voor de rechtspraktijk. Dat zou er dan toe moeten leiden dat de conclusies worden uitgebreid met een overzicht van die implicaties. Ik vraag mij af of het niet een beetje vreemd is enerzijds te erkennen dat de rechter met zijn ondersteuning niet goed in staat is de maatschappelijke implicaties van zijn beslissing te overzien, veelal omdat het daarbij ook gaat om andere dan juridische expertise, maar vervolgens als oplossing te presenteren dat de advocaat-generaal met zijn bureau dat heel goed kan doen. Waarop is dat vertrouwen in de advocaat-generaal gebaseerd?

Het antwoord zou kunnen zijn dat de advocaat-generaal daartoe mensen uit het veld en andere deskundigen zal moeten horen. Hiermee kom ik op het tweede deel van mijn vraag. Ik wijs er overigens op dat de advocaat-generaal die bevoegdheid nog niet heeft. Je kunt dat regelen, maar dan rijst de vraag of het niet meer voor de hand ligt het horen van deze – ik noem ze toch maar zo – *amici curiae* te doen plaatsvinden in een op tegenspraak gevoerd debat voor de rechter waarbij partijen betrokken zijn. Dat lijkt mij beter dan ze, min of meer onttrokken aan het zicht van partijen, door de advocaat-generaal te laten horen. Uiteindelijk vindt ook Tollenaar, zo lees ik even later, dat de rechter meer gebruik zou moeten maken van het instrument van artikel 8:45 Awb. Dat ben ik met hem eens, maar hoe

verhoudt zich dat dan met zijn daarvóór gedane suggestie dat de advocaat-generaal hier een belangrijke taak heeft? Gaan ze dan beiden hetzelfde doen? En, als een intensiever gebruik van artikel 8:45 wordt bepleit, zijn we het dan stiekem toch niet gewoon met elkaar eens dat er behoefte bestaat aan de figuur van een *amicus curiae*? Ik ben erg benieuwd naar de gedachten van Tollenaar.

### Mr. A. Tollenaar

Bedankt voor de uitnodigende vraag over de *amicus curiae*, ook wel ‘het vriendje van de rechter’ genoemd. De reden waarom ik over de inschakeling van een *amicus curiae* aarzel, is vooral dat de rechter zich daardoor blootstelt aan een argumentatie waar hij eigenlijk niet zo heel veel mee kan. Ik voel sowieso aarzeling als het erom zou gaan de maatschappelijke gevolgen mee te laten wegen bij wat uiteindelijk een juridisch oordeel is over de houdbaarheid van een bepaalde wet of beleidsregel. Men stelle zich voor dat je bij het alcoholslotprogramma mensen over de psychologische effecten van zo’n programma moet gaan horen. Mij lijkt dat eerlijk gezegd niet zo relevant. Dit is eigenlijk de voornaamste reden dat ik zeg: waarom zou je de rechter een *amicus curiae* laten inschakelen?

Als je de maatschappelijke gevolgen er al bij wilt betrekken, denk ik, in verband met het onverbindend verklaren van de alcoholslotprogrammaregeling, eerder aan vragen als ‘aan hoeveel mensen is al een alcoholslotprogramma opgelegd?’ en ‘wat zijn de financiële consequenties als we die allemaal moeten gaan compenseren?’ Dat lijken mij nuttige vragen waarop een advocaat-generaal gemakkelijk de antwoorden zou kunnen achterhalen. Sterker nog, je kunt ook als rechter zelf de antwoorden vinden, door gewoon het CBR een briefje te sturen.

Dit brengt mij op de onderzoeksbevoegdheden. Tegen de achtergrond van wat ik net heb gezegd, is het bestaande instrumentarium eigenlijk wel voldoende. Ik geef toe dat de advocaat-generaal bepaalde dingen nog niet kan doen. Ik zou de advocaat-generaal ook niet zozeer zelf een procedure op tegenspraak in willen sturen. Alsjeblieft niet! Ook zou ik hem niet zelf een empirisch onderzoek willen laten verrichten. Maar hij kan wel iets van een meta-evaluatie verrichten: verzamelen wat er al aan feiten bekend is. Er worden heel veel data verzameld en er worden, in andere bladen dan de juridische, heel veel wetenschappelijke artikelen geschreven. Die zou de advocaat-generaal kunnen gebruiken voor zijn inventarisatie van de maatschappelijke consequenties, mocht hij die al relevant vinden voor de beantwoording van de rechtsvraag.

**Voorzitter:** De vraag is dus wat een *amicus curiae* eigenlijk méér kan dan de advocaat-generaal met het bestaande instrumentarium zou kunnen.

**Tollenaar:** Nee, je zult het instrumentarium iets moeten uitbreiden.

**Voorzitter:** Wat moet er dan bij?

**Tollenaar:** Hij zal sowieso medewerkers moeten hebben. Dat lijkt me wel het beginpunt.

**Voorzitter:** Ja, daar heeft Ortlep ook al op gewezen.

**Tollenaar:** Een eigen parket of een eigen onderzoeksbureau bijvoorbeeld.

**Voorzitter:** De vraag aan De Poorter is dan: wat kan een *amicus curiae* méér dan een advocaat-generaal?

**Mr. J.C.A. de Poorter**

Ik ben nog niet zo overtuigd van het door Tollenaar gemaakte onderscheid tussen de juridische toetsing en de maatschappelijke implicaties. In dit verband wijs ik op twee zaken waarin conclusie is gevraagd, de zaak over het begrip ‘bestuursorgaan’ en de zaak over de meldingenstelsels.

In het geval van de bestuursorganen heeft een en ander uiteindelijk geresulteerd in een uitspraak van een aantal maanden later, maar zou het niet handig zijn geweest meer te weten over de implicaties van de beslissing voor bijvoorbeeld de waarborgfondsen? En misschien zit daar nog wel een hele wereld achter. Ik had mij kunnen voorstellen dat men deze dingen op grond van artikel 8:45 Awb in de procedure had betrokken. Volgens mij hebben we het dan over een *amicus curiae*.

Wat de meldingenstelsels betreft: ik denk dat de rechter ook in zo’n zaak merkt dat het beperkend is als hij het alleen maar moet doen met wat partijen hem aanreiken. Het had handig kunnen zijn bijvoorbeeld de VNG in de procedure te betrekken en te horen wat bij de verordeningen die in het geding waren de achterliggende gedachte is geweest.

Ik geloof dus niet zo in het strikte onderscheid dat Tollenaar maakt. Zeker in gevallen waarin je een zaak aan de grote kamer voorlegt en waarin je conclusie vraagt – met andere woorden: in gevallen waarin echt iets aan de orde is dat belang heeft voor de rechtsontwikkeling – zal naar mijn mening het instrument van de *amicus curiae* een toegevoegde waarde voor de rechtsvormende taak van de rechter kunnen hebben. Ik ging er trouwens van uit dat dit besloten ligt in de paragraaf die tot mijn interventie heeft geleid, maar ik merk dat Tollenaar nu enigszins terugkomt van wat hij daar heeft geschreven.

**Mr. A Tollenaar**

Het is verleidelijk te zeggen dat we het eens zijn, maar ik denk dat wij het op dit punt werkelijk niet eens zijn. Uitgangspunt is volgens mij dat iedereen zijn werk moet doen. De rechter is er om recht te spreken en de politiek is er om daar politieke consequenties aan te verbinden, ook waar het bijvoorbeeld de reikwijdte van zo’n meldingenstelsel betreft. Inderdaad had men gewoon de VNG een briefje kunnen sturen met de vraag: waarom hebben jullie die meldingenstelsels zo opgezet en wat bedoelen jullie ermee? Het antwoord kan dan worden meegewogen in de kwalificatie met het oog op een juridische consequentie.

Wat de waarborgfondsen betreft: je maakt als rechter een juridische analyse en je komt tot een conclusie, en daarmee moeten de andere organen in onze trias – de bestuursorganen en de wetgever – het dan maar doen. De wetgever kan een nieuwe wet maken. Dan is de constitutionele dialoog helemaal rond.

**De Poorter:** Zullen we dit tijdens de borrel voortzetten?

**Voorzitter:** Ik voeg nog even toe dat de constitutionele dialoog zich niet alleen tussen de drie van de trias afspeelt.

**Mr. A.R. Neerhof**

Aan het eind van mijn nu volgende opmerkingen naar aanleiding van het preadvies van Tollenaar zal ik proberen een conflict te genereren tussen Hirsch Ballin en Tollenaar. We gaan kijken of dat lukt!

Het preadvies van Tollenaar biedt een heel interessante doorkijk in de praktijk van de rechtsontwikkeling door de bestuursrechter. Zijn er verwachtingen op dit vlak bij rechtshulpverleners, bestuursorganen en de wetgever? Zo ja, in hoeverre wordt daaraan voldaan en welke factoren zijn hierop van invloed? Dat zijn, als ik het goed zie, de kernvragen. Zijn er verwachtingen? Kort en bondig constateert Tollenaar het volgende. Burgers willen in een kwart van de gevallen een duidelijk antwoord op een vraag die verder reikt dan het geschil, bestuursorganen willen weten of hun beleid juridisch door de beugel kan – als dat niet zo is willen ze het liever niet horen – en de wetgever interesseert het betrekkelijk weinig hoe de rechter de wetgeving interpreteert: hij neemt daar kennis van.

Tot zover een schets van de verwachtingen. Wordt aan die verwachtingen voldaan? Hebben we daarvan na het preadvies van Tollenaar een duidelijker beeld? Centrale vraag van zijn preadvies is immers of de rechtsontwikkeling door de bestuursrechter tegemoetkomt aan de verwachtingen van de drie typen actoren waar we het over hebben. Ik schets in het kort wat Tollenaar heeft gevonden. Rechtsontwikkeling is moeilijk te herkennen. Eigenlijk spelen omgevingsvariabelen bij de mogelijkheden tot herkenning een grote rol. Ik noem het al dan niet ingeschakeld zijn van de advocaat-generaal, het al dan niet behandelen van de zaak in een grote kamer, de mate waarin een procespartij *repeat player* is en de beleidscontext. Al deze elementen blijken behulpzaam te zijn bij het beantwoorden van de vraag of in een bepaalde zaak iets aan rechtsontwikkeling wordt gedaan.

Ik zeg dan *soit*, maar dit biedt alleen een aanzet tot een antwoord op de kernvraag: voldoet de rechtsontwikkeling aan de verwachtingen? Het gaat hier om factoren die niet allemaal zijn te beïnvloeden. Een belangrijke bevinding als het echt om de verwachtingen gaat, is de volgende. De rechter sluit zich in rechtsontwikkeling vaak, niet altijd, aan bij keuzen die wetgever en bestuur hebben gedaan. Hij maakt in feite het klusje af. Wat betekent dat voor het voldoen aan de verwachtingen van burgers en rechtshulpverleners? Daarop hebben we volgens mij ook nu nog geen duidelijk antwoord.

In ieder geval hoeven we niet zonder meer veel van de rechtsontwikkeling te verwachten als de wetgever open normen geeft, hetgeen ik in mijn dissertatie in 1995 over de bruikbaarheid van bestuursrechtelijke jurisprudentie als kenbron ook al min of meer constateerde. Het is niet zo dat bij open normen de rechter met veel enthousiasme algemene regels ontwikkelt: dit komt ook weer uit de casestudies van Tollenaar naar voren. Ik herken mij, terugdenkend aan mijn dissertatie, ook erg in het beeld dat hij schetst van het belang van pluriformiteit.

Rechtspraak met meerdere instanties, in lage instantie en een appelrechter, bevordert een wisselwerking die de kwaliteit van de uitspraken, in termen van het geschiloverschrijdende houvast dat ze bieden, ten goede komt. Het valt aan te nemen dat dit ook leidt tot meer uitspraken die voldoen aan verwachtingen van burgers, rechtshulpverleners en wellicht ook bestuursorganen. Ik meen dat dit zo langzamerhand een vrij hard gegeven aan het worden is. Tollenaar stelt ook vast dat een professionele hulpverlener meer dan anderen beschikt over instrumenten om de rechter tot rechtsontwikkeling te verleiden.

Al deze belangrijke bevindingen, die deels bestaande beelden bevestigen, zouden tot een antwoord op de vraagstelling moeten leiden. Ik hoop dat Tollenaar hierover iets naders kan zeggen. Wordt voldoende of echt onvoldoende aan verwachtingen voldaan? Zijn er echt problemen die urgent zijn? Zijn er punten waarop de rechtsontwikkeling tekortschiet, niet op een bepaald deel terrein maar ten aanzien van een structureel probleem? Het lijkt er een beetje op van niet. Nieuwe onderzoeksinstrumenten voor de rechter – De Poorter is erop ingegaan – zijn naar de mening van de preadviseur niet nodig. Vooral zouden, aldus zijn conclusie, het analytische vermogen van het bestuur en een responsieve houding van de wetgever met betrekking tot de jurisprudentie van belang zijn. Maar wat betekent dit concreet, en gaat de rechtsontwikkeling dan met sprongen vooruit of een beetje? Of ligt dat allemaal heel genuanceerd?

Ik sluit dit deel van mijn bijdrage af. Ik zou de preadviseur willen verleiden tot een meer expliciete beantwoording van de vraag of de rechtsontwikkeling aan verwachtingen van deze of gene voldoet. Vooral ook ben ik benieuwd te vernemen wat nu echt de belangrijkste ingreep is om op dit punt verbetering te organiseren. Moeten we dan toch niet naar cassatie in het hele bestuursrecht? Ik denk hierbij niet aan het prejudiciële stelsel van de motie-Taverne/Recourt, maar gewoon aan appelrechters in het bestuursrecht die allen bevoegd zijn in de gewone kolom een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad te stellen, met advocaten-generaal die goed zijn toegerust om niet alleen aan rechtseenheid, maar ook aan rechtsontwikkeling bij te dragen. Ik vind de preadviseur op dit punt voorzichtig. Een citaat: “Wanneer men de grote kamer en in het bijzonder de advocaat-generaal als substituut ziet voor de pluriformiteit van rechtspraak, dan zouden deze faciliteiten veel vaker dan nu het geval is moeten worden ingeschakeld. De grote kamer en de advocaat-generaal hebben dan niet alleen als taak rechtseenheid te bewaken, maar ook bij te dragen aan de rechtsontwikkeling op een bijzonder terrein van het bestuursrecht.”<sup>16</sup> Een beetje een conditionele redenering. Of zou Tollenaar de stelling willen bevestigen dat er over de gehele linie van het bestuursrecht een volwaardige advocaat-generaal-functie en cassatiemogelijkheden moeten komen?

**Voorzitter:** Ik wil Tollenaar vragen in de eerste plaats in te gaan op het punt dat rechters niet zo veel aan rechtsvorming doen als burgers verwachten. Tollenaar heeft dit in zijn preadvies beschreven, en Neerhof vraagt zich af of dit een urgent probleem is.

---

<sup>16</sup> Preadvies Tollenaar, p. 225 [red.].

**Neerhof:** Ja, en: wat is de belangrijkste oplossing?

**Mr. A. Tollenaar**

Veel dank voor de interventie. Als preadviseur die tot empirisch onderzoek wordt verleid, bouw je voort op wat er al ligt, en het proefschriftonderzoek van Neerhof was voor mij een belangrijke bron. Eigenlijk was dat onderzoek het enige wat er was; het was een heel prettige bron.

De interveniënt heeft zelf geschetst wat de verwachtingen van de burgers bleken te zijn. Een kwart tot 30% van hen verwacht iets van rechtsontwikkeling door de rechter, terwijl die er niet komt. De vervolgvraag is of dat erg is. Als ik nu nee zou zeggen, zou het afgelopen zijn, dus ik zeg ja: het is ontzettend erg, en dat heeft met het volgende te maken. Uiteindelijk is de juridische procedure één groot verwachtingsmanagement, bedoeld voor de burger. In dat beeld is de rechter er vooral om verwachtingen te managen, want anders krijg je ontevreden burgers. Wij hebben ook weleens burgers geïnterviewd na een uitspraak, waarbij we dingen hebben geconstateerd die Neerhof ook zelf wel weet: mensen komen vrolijk een rechtbank uit, maar als de uitspraak op de deurmat valt, slaat die vrolijkheid om in verbijstering. Ook dat heeft te maken met het onderwerp dat we bespreken. Men verwacht hemelbestormende jurisprudentie en die komt er niet. Ik kan u vertellen dat dit een grote deconfiture is. De deelnemers aan deze vergadering die *repeat player* zijn, weten dit allemaal wel, maar de andere mensen in Nederland niet.

**Voorzitter:** Is uit het onderzoek een voorbeeld gebleken waarin men die verwachting had en vervolgens erg teleurgesteld werd?

**Tollenaar:** De verleiding is groot om heel veel over de *cases* te gaan vertellen. Mij is vooral de Wft-zaak [Wet financieel toezicht] opgevallen. Van de kant van de rechtshulpverlener werd om rechtsvorming door de rechter gevraagd, met als doel dat paal en perk zou worden gesteld aan wat de AFM had besloten, en de rechter gaf niet thuis. Hier ging het om een *repeat player*, die zoiets wel begrijpt, die naar huis gaat en die er geen boterham minder om eet, maar in het algemeen ligt hier een lastig probleem. Je verwacht méér, je voert van alles aan, bijvoorbeeld over de berekening van de boete, en de rechter laat het in zijn uitspraak gewoon allemaal liggen.

Volgens mij was de volgende vraag: hoe lossen we het op?

**Voorzitter:** Ja, en Neerhof heeft zich in dat verband afgevraagd of we dan toch niet die grote operatie moeten verrichten waarover we het naar aanleiding van het preadvies van Ortlep al hebben gehad: cassatie over de volle linie of prejudiciële vragen aan de Hoge Raad conform oorspronkelijke voorstellen voor de herziening van de rechterlijke organisatie van begin jaren negentig.

**Tollenaar:** Ik vind dat moeilijke materie, want ik ben geen superprocesrechtjurist. Ik denk gewoon dat men zijn uitspraken beter moet motiveren, maar dat is achter deze tafel makkelijk gezegd. Toch begint het er wél mee. De advocaat-generaal herken ik inmiddels ook als een goede bron van recht omdat hij alle argumenten

afweegt en tot een conclusie komt. Het verschijnsel van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad ken ik eerlijk gezegd onvoldoende om er iets zinnigs over te kunnen zeggen.

**Voorzitter:** Misschien kan Ortlep op het punt van de prejudiciële vragen ingaan. Dat punt kwam naar aanleiding van de bijdrage van Marseille al naar voren. Ortlep is er gedeeltelijk wel op ingegaan, maar nog niet geheel duidelijk is hoe we nu moeten aankijken tegen een gedachte die ook door een motie in de Tweede Kamer weer naar voren is gekomen, namelijk dat de bestuursrechtshouders, inclusief de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, prejudiciële vragen over de rechtseenheid aan de Hoge Raad zouden kunnen stellen. Die Raad zou dan een regierol krijgen inzake de rechtseenheid in het recht als geheel, niet alleen het bestuursrecht, maar ook het bestuursrecht in relatie tot het strafrecht en het privaatrecht. Overigens werd dit idee bij de reorganisatie van de rechterlijke organisatie begin jaren negentig al als een tussenoplossing gepresenteerd. Nu het toch weer op tafel ligt: hoe kijkt Ortlep er tegenaan?

### **Mr. R. Ortlep**

De tussenoplossing werd in de route naar een oplossing gepresenteerd. Toen kwam er geen oplossing en toen was de tussenoplossing weg. Zo ging het destijds in het wetgevingsproces.

**Voorzitter:** Oké, maar nu ligt het punt er weer.

**Ortlep:** Naar aanleiding van de interventie van Marseille heb ik al gezegd dat een betere bewerktuiging van de advocaat-generaal mijn absolute voorkeur heeft. Daarvóór zit een optie die niet haalbaar is.

**Voorzitter:** Als ik zo vrij mag zijn even uit mijn rol als voorzitter te vallen en in debat te gaan met een van de preadviseurs: dit antwoord hebben we ook eerder vandaag gehoord. Wanneer echter iets – in dit geval prejudiciële vragen aan de Hoge Raad – niet haalbaar is, kun je nog wel vinden dat het een goede structuur zou zijn.

**Ortlep:** Er zit, zoals ik zei, nog iets anders vóór. Laat ik gewoon eerlijk en open zijn. Alles onder de Hoge Raad heeft mijn voorkeur. Verder ben ik voor een aangeklede advocaat-generaal met een professioneel parket. Wat de prejudiciële vragen betreft: ik vind het lastige van het voorstel van Taverne – dat heb ik vaker met zijn voorstellen – dat ik niet precies weet wat hij ermee bedoelt en hoe het gaat uitpakken. Als wordt bedoeld dat bij elke vraag een prejudiciële procedure bij de Hoge Raad kan worden gestart, ben ik er geen voorstander van. Op die manier raakt het systeem verstopt.

**Neerhof:** En een soort verlofstelsel erbij?

**Ortlep:** Er zou inderdaad een verlofstelsel bij moeten. Prejudiciële vragen in het stelsel? Ik moet nog precies zien wat Taverne daarbij in gedachten heeft, maar in ieder geval niet bij elke vraag. Het moet om een uitzonderlijke situatie gaan.

**Voorzitter:** Hoe uitzonderlijk?

**Ortlep:** In het kader van de rechtseenheid en de rechtsvorming.

**Voorzitter:** Zijn er reacties uit de zaal op de nu weer actueel geworden gedachte dat de bestuursrechters, inclusief de Raad van State, prejudiciële vragen aan de Hoge Raad kunnen stellen als het om de rechtseenheid gaat?

**Mr. C.J.A. Crasborn**

Dit zou een prejudiciële beslissingsprocedure zijn die we niet kennen. Wat we kennen, is dat binnen een kolom om een hogere voorziening overbodig te maken een prejudiciële vraag kan worden gesteld. Wat hier nu aan de orde is, heeft een totaal andere functie, terwijl bovendien verschillende hoogste rechters al in de procedure betrokken zijn. Alleen al omdat dit zeer ondoordacht is, zou ik ertegen zijn.

**Voorzitter:** Zit die ondoordachtheid er dan vooral in dat het een heel andere functie heeft?

**Crasborn:** Inderdaad. Over zo'n soort prejudiciële procedure is gewoon nog niet behoorlijk nagedacht.

**Voorzitter:** Het gaat inderdaad om een prejudiciële procedure die bedoeld is om rechtseenheid te bewerkstelligen, met als eigenaardigheid dat de Hoge Raad over de rechtseenheid in het bestuursrecht oordeelt, terwijl je je zou kunnen afvragen of niet de Afdeling bestuursrechtspraak dan wel nu nog de Centrale Raad van Beroep casu quo het College van Beroep voor het bedrijfsleden de aangewezen instantie is om op het eigen terrein een oordeel over de wenselijke uitleg van een bepaling te geven. Ik roep in herinnering dat ook Feteris vandaag op dit punt is ingegaan.

**Mr. R.J.G.M. Widdershoven**<sup>17</sup>

Op het gevaar af dat men denkt dat ik hier belang bij heb: ik denk dat dit inderdaad niet zo'n goed plan is. In de motie staat dat het over elk punt zou kunnen gaan waarop rechtsoneenheid zou kunnen bestaan. Het gaat dan ongeveer over de hele Awb! Stel dat in verband met zaken van de Centrale Raad van Beroep het besluitbegrip vragen zou oproepen: men zou dan naar de Hoge Raad toe moeten, en iets soortgelijks geldt voor het bestuursorgaanbegrip, of voor

---

<sup>17</sup> Widdershoven is staatsraad advocaat-generaal bij de Raad van State.



schadevergoedingszaken. Er zal altijd weer een bepaalde keuze moeten worden gedaan, en ik vrees voor een stortvloed van prejudiciële vragen. Dán kunnen we nog beter met cassatie of cassatie in het belang der wet gaan werken, want het is ook weer vreemd een verlostelsel bij prejudiciële vragen te hebben. Op die manier zijn we alles door elkaar aan het frutselen. De prejudiciële procedure, afkomstig van 'Europa', was oorspronkelijk bedoeld om op bepaalde punten tot rechtseenheid te komen. Het lijkt me niet goed die procedure voor het nu bepleite doel te gebruiken, want dan kunnen we beter een verticaal systeem maken. Ik ben daar niet per se voor, maar nog liever dát.

**Voorzitter:** Naar aanleiding van de interventie van Neerhof wil ik nog iets anders in de groep gooien. Hij heeft Tollenaar de vraag gesteld of het nu zo erg is dat de rechter niet altijd tegemoetkomt aan de verwachtingen van rechtszoekenden die op rechtsvormende jurisprudentie uit zijn. Hebben de aanwezigen hier zelf ervaring mee? Zijn zij weleens teleurgesteld geweest, voor henzelf, voor hun cliënten, hun onderneming, hun organisatie? Hebben zij meegemaakt dat ze in beroep gingen om te kijken welke rechtsontwikkeling er uit zou komen en dat dit ontzettend tegenviel?

**Mr. O.J.D.M.L. Jansen**

Ik was al bang dat de voorzitter het zo zou 'framen'!

Volgens mij is het niet de taak van de rechter aan alle verwachtingen te voldoen die elk van de afzonderlijke partijen in een concrete procedure heeft. Wel doet de rechter aan verwachtingsmanagement, en dat gebeurt dan, lijkt mij, vooral op de zitting. Het gebeurt heel vaak, zeker in het financieel recht, dat er advocaten zijn die pagina's vol met superintelligente stellingen poneren, waarna de rechter zegt: ik beslis gewoon hiérop, en dat wordt 'm. Dat lijkt me heel normaal.

Heel in het kort: advocaten worden geregeld teleurgesteld door rechters; wat misschien wel vaker voorkomt, is dat rechters teleurgesteld zijn in advocaten, en wat ook vrij vaak voorkomt, is dat advocaten teleurgesteld zijn in bestuursorganen. Dat is dan misschien de communicatie en de dialoog tussen die drie partijen.

**Voorzitter:** Jansen zegt dus eigenlijk dat we niet van de rechter moeten verwachten dat hij aan te hoge verwachtingen voldoet, want hij moet op een gegeven ogenblik een knoop doorhakken en kan niet overal op ingaan. Wie ziet dat anders? Wie vindt dat het anders kan dan het nu gaat?

**Mr. J.J.R Lautenbach**

Ik ben Jolize Lautenbach, advocaat, meestal namens marktpartijen. Mij is het weleens gelukt een zaakoverstijgende uitspraak te krijgen, met een *obiter dictum* erin dat verder reikt dan het voorliggende geschil, maar ik heb me later dan ook wel afgevraagd of we daarmee nu wel zo blij moesten zijn. Je moet je namelijk afvragen wat de waarde van zo'n uitspraak in juridisch opzicht is en er blijken allerlei vervolproblemen op te treden. In een specifiek geval waren wij niet zo blij, omdat je eindeloos over die waarde verder kunt steggelen.

**Voorzitter:** Wat voor soort vervolproblemen waren dat?

**Lautenbach:** Ze betroffen de waarde van dat *obiter dictum*. Wat kun je daar nu mee? Het is heel duidelijk wat je met het dictum in de uitspraak kunt: dat kun je ten uitvoer laten leggen, maar met een *obiter dictum* gaat dat niet.

**Voorzitter:** U vraagt zich dus eigenlijk af wat de verbindende kracht van zo'n overweging ten overvloede is.

**Mr. J.E. Janssen**

Mijn naam is Jan Erik Janssen; ik ben advocaat bij Stek in Amsterdam. Ik denk dat de taak van de rechter voor een deel is partijen teleur te stellen; daar is niets mis mee. Maar soms kan hij misschien wel wat méér, bijvoorbeeld in de motivering. Op het gevaar af dat Stam mij tijdens de borrel in elkaar gaat slaan: om de zoveel tijd kom ik bij het CBB voor de energiesector, en uitspraken beginnen eigenlijk altijd met de beoordeling van het geschil in bewoordingen als 'het College stelt voorop dat de Autoriteit Consument en Markt bij zijn keuzes hoe de uit de wet voortvloeiende doelstellingen het best kunnen worden gerealiseerd de nodige beoordelingsruimte toekomt, waarbij in beginsel verschillende rechtmatige benaderingen denkbaar zijn'. Zijn dit soort bezweringsformules nu nuttig? Daar kan verschillend over worden gedacht.

In de tweede plaats zou iets meer generositeit als het CBB bijvoorbeeld ómgaat voor mijn cliënten heel erg helpen. Laatst had ik een zaak waarbij het CBB heel duidelijk omging, maar er werd gezegd dat de vorige uitspraak nuancering behoeft. Dat kan misschien wel iets beter. Zeg maar waarom je omgaat!

In de derde plaats is er behoefte aan iets meer doorkijk. Als je voelt aankomen dat er een volgende zaak aankomt die er heel erg op gaat lijken, kun je bij het motiveren van een uitspraak misschien iets meer lef hebben. Ik heb weleens een zaak gehad waarin het CBB te kennen gaf dat energiebedrijven volledig gecompenseerd moesten worden voor bepaalde kosten. Als het College daar iets aan had toegevoegd, had ik bij de volgende zaak niet gezegd: mag ik dan het geld ophalen? Er bleek namelijk toch een nuancering in te zitten, en die had de eerste keer, bij het doorkijkje, kunnen worden meegenomen. Op die manier voorkom je teleurstellingen.

**Voorzitter:** U hebt eigenlijk veel te maken met een gebrek aan wat Ortlep *discursief motiveren* heeft genoemd. Waarom gaat een rechter wel of niet om en waarom trekt hij al dan niet een lijn in jurisprudentie? Meer duidelijkheid in dat opzicht kan een advocaat helpen.

Terwijl De Waard, die ik bij dezen het woord geef, naar het spreekgestoelte loopt, kan Neerhof even zijn slotzin uitspreken. Dat kan geen vraag meer zijn. Sorry, ik zit echt even omhoog met de tijd.

**Neerhof:** Dan maak ik er één zin van. Botst rechtsontwikkeling die algemeen en geschiloverstijgend is niet met de constitutionele taakstelling waarbij de rechter steeds al de drie door Hirsch Ballin geschetste perspectieven in acht moet nemen?

Daarbij moet je namelijk heel erg naar de omstandigheden van het geval kijken. Zit er geen spanning tussen die twee?

**Mr. A. Tollenaar**

Ik ben erachter gekomen dat Hirsch Ballin en ik inderdaad anders denken. Dat is volgens mij de achtergrond van de vraag van Neerhof. Hirsch Ballin neemt als uitgangspunt dat de wetgever terugtreedt en dat de rechter dan maar met een invulling moet komen. Ik van mijn kant vind eerlijk gezegd dat de wetgever niet terug moet treden. De normen moeten maar worden ingevuld door de wetgever, en de rechter kan zich dan netjes beperken tot de beoordeling van het concrete geval en de afweging van de concrete belangen. Op de vraag of er spanning is, antwoord ik dus bevestigend.

**Voorzitter:** Is daarmee je vraag beantwoord, Richard?

**Neerhof:** Ja!

**Voorzitter:** Dankjewel.

**Mr. B.W.N. de Waard**

Aanstaande dinsdag<sup>18</sup> gaan er weer veel rechters aan het werk. Ymre Schuurmans heeft de deelnemers aan deze vergadering gevraagd zich uit te spreken over de concrete betekenis voor hun werk van hetgeen hier vandaag is besproken. Ik zie in de zaal een aantal collega's zitten van wie ik mij van mijn kant afvraag hoe zij de beraadslagingen van vandaag zullen ervaren. Hoe erg is de wereld veranderd sinds het preadvies van Hirsch Ballin en de anderen? Ik richt mij met name op de bijdrage van Hirsch Ballin omdat hij een aantal dingen heeft beweerd over begrippen voor de uitleg waarvan aan studenten wij als docenten genoeg moeite doen, zoals de marginale toetsing. Ik zie zelfs studenten in de zaal, en ik weet ook een beetje waarom! Ook voor die studenten is nu natuurlijk de vraag: hebben we het nu verkeerd geleerd en moeten we het allemaal anders gaan zien? Ik wil al die mensen iets meegeven, met name wat de marginale toetsing betreft.

Moeten we dat begrip nu helemaal weggooien? Mijn antwoord is: natuurlijk niet. Het is wel duidelijk dat er iets aan het begrip mankeert: het geeft niet heel veel duidelijkheid over wat de rechter moet doen en het zegt met name niets over de intensiteit van de toetsing. Maar wat heb ik nu bijvoorbeeld vandaag en bij het lezen van het preadvies van Hirsch Ballin geleerd? Dat is dat we minder zouden moeten denken aan de vraag hoe intens de toetsing moet zijn. De vraag naar de intensiteit van de toetsing is misschien niet helemaal de goede vraag. Mijn boodschap aan de rechters is dus ook: als u weer met discretionaire bevoegdheden wordt geconfronteerd – en het is natuurlijk dinsdag meteen al raak! –, zou u niet te veel gefixeerd moeten zijn op de mate van terughoudendheid van toetsing van

---

<sup>18</sup> Op maandag 25 mei 2015 was het Tweede Pinksterdag [red.].

het besluit, maar zou u naar twee kanten moeten kijken. Aan de ene kant moet natuurlijk worden nagegaan of het besluit deugt, en uiteraard – dat weten we allemaal wel – zit daarin begrepen dat ook de belangen van degene(n) om wie het gaat afgewogen moeten zijn, maar de rechters zouden daarnaast ook zelf moeten kijken naar de rechtspositie van degene(n) om wie het gaat.

Dat laatste mag dan best, zoals Hirsch Ballin bepleit, sterk geïnspireerd zijn door een grondrechten-/mensenrechtenbenadering. Wat mij betreft is dat niet eens zo heel erg nodig, want het zou ook vanuit het bestuursrecht al wel kunnen, maar het gaat hier in ieder geval om een heel belangrijke toevoeging. Als ik verneem over een vreemdeling wiens afkomst in het vreemdelingenrecht wordt beoordeeld door een taalanalyse en die vervolgens voor de vraag staat ‘hoe kan ik nu aantonen dat dit geen adequaat advies is geweest’, dringt zich aan mij het besef op dat in zo’n situatie de rechter heel goed moet nagaan of hij met zijn beoordeling van de zaak wel recht doet aan de rechten van de eiser. Dit moet wat mij betreft niet alleen gebeuren in duidelijk aan mensenrechten gerelateerde zaken, maar veel vaker. Dat zou een winstpunt kunnen zijn dat we vandaag zouden kunnen leren van het advies dat we van Hirsch Ballin en de andere preadviseurs hebben gekregen. Ik had eigenlijk meer over de motivering willen zeggen, maar dat laat ik nu achterwege.

Met andere woorden: niet fixeren op de toetsing, niet altijd maar op de intensiteit van de toetsing letten, want daar winnen we niet heel veel mee, maar vooral ook kijken of je als rechter, gegeven de overheid met haar bevoegdheden, wel recht doet aan de mogelijkheden van iemand om de beoordeling te beïnvloeden.

**Voorzitter:** Dus: doen we wel recht aan de mogelijkheden van degene die tegen de overheid opkomt om feiten naar voren te brengen, die zo nodig te bewijzen, zijn belangen te beargumenteren en zijn juridische betoog te houden? Het gaat eigenlijk om de *voice* van appellant.

**De Waard:** Ja. Ik heb het nu zelf enigszins toegespitst op het bewijs, evenals Ymre Schuurmans heeft gedaan, maar ik kan me voorstellen dat er ook andere omstandigheden zijn waarbij je je kunt afvragen of iemand wel voldoende mogelijkheid heeft om tegenover wat de overheid aandraagt ook het zijne naar voren te brengen.

#### **Mr. E.M.H. Hirsch Ballin**

Dank voor deze belangrijke opmerkingen, die volgens mij bijdragen aan verheldering. Dat verheldering nodig is, merk ik op verschillende punten in de discussie. Ik heb heel veel herkenning bij wat er naar voren is gebracht, ook naar aanleiding van concrete gevallen vanmiddag. Af en toe doet zich echter toch ook nog een moeilijkheid voor. Het is natuurlijk problematisch om te zeggen dat Tollenaar zich vergist als hij denkt dat wij beiden het oneens zijn, maar desalniettemin: ik merk hoe moeilijk het is los te komen van de manier waarop we gewend zijn naar dit soort onderwerpen te kijken. Laat ik proberen daarover nog iets te zeggen, want ik vind de opmerkingen van De Waard op dit punt buitengewoon waardevol.

Er wordt sterk in sequenties gedacht. Misschien komt dat voort uit het beeld dat we allemaal hebben meegekregen van de gelede rechtsvorming, of van de taakverdeling, en iets van de triasgedachte is ook vertaald in sequenties: we kijken ernaar en zien afgescheiden taken. Natuurlijk is er soms sprake van een sequentie. Je kunt pas beroep instellen tegen een besluit nadat het is genomen, je kunt een besluit pas nemen nadat er een wettelijke grondslag voor is gelegd, maar als het om de rechtsbetrekking gaat en om het proces waarin die wordt bepaald, moeten we minder in sequenties denken. Een rechtsbetrekking heeft een geschiedenis waarin ze zich ontwikkelt. Daarbij spelen verwachtingen een rol, uitvoering, handhaving en dergelijke. Er zijn verschillende organen die vanuit verschillende bevoegdheden en vanuit verschillende verantwoordheden daaraan als het ware slijpen en er iets aan bijdragen dat die rechtsbetrekking een voorlopig bepaalde vorm krijgt, die nooit helemaal absoluut definitief is, want er kunnen ook nog intrekkingen en wijzigingen plaatsvinden.

Ik denk dat we op dit punt nog heel erg veel moeite moeten doen om onze mindset meer op de nu geschetste dynamiek te bepalen. Om die reden heb ik mijn preadvies de titel 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak' gegeven; ook een kleinere beschouwing die eerder is verschenen ging onder die vlag.<sup>19</sup>

Toen Crasborn zojuist zei dat prejudiciële beslissingen alleen in hiërarchische relaties zouden voorkomen, moest ik even aan het Europese recht denken. Crasborns opmerking berust op een misverstand. De bekendste en belangrijkste prejudiciële beslissingen zijn die van het Hof van Justitie van de Europese Unie, en dat hof is niet een hiërarchisch hogere rechter ten opzichte van de nationale rechters. Het levert de dienst van het geven van interpretaties ter wille van de eenheid van de rechtspraak in de Europese Unie. Het wás niet allemaal zo ondoordacht. De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel van 1992 is nog in de archieven te vinden. Ik bepleit niet om dat voorstel nu uit de kast te halen, want ik deel de observatie van Feteris dat er inmiddels dingen zijn gebeurd die dat minder opportuun maken. Ook hier geldt: het is een kwestie van *co-actorship* van verschillende rechters.

Als het om de ontwikkeling van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking gaat, is wat ons juristen die er in de praktijk mee bezig zijn te doen staat, het aanreiken van de begrippen aan onze studenten en aan elkaar om in te zien dat vanuit verschillende optieken aan die rechtsbetrekking wordt geslepen, wordt gewerkt, en dat zij zich zo verder ontwikkelt. Daarom ben ik het met de opmerkingen van De Waard op alle cruciale punten eens, behalve op het punt van de rechten van de mens. Ik denk dat daar te veel doorwerkt dat wij gewend zijn de rechten van de mens als een apart domein in de academische curricula te zien. Dat beeld klopt voor de academische curricula, maar niet voor de realiteit van het leven. Dus met de nuanceringsen die de voorzitter net socratiserend inbracht, zijn de mensenrechten ook in de ontwikkeling van de rechtsbetrekking voortdurend aanwezig.

**Voorzitter:** De bijdrage van De Waard komt er ook op neer dat hij zich afvraagt of het streven naar versteviging van de positie van de burger ten opzichte van het

---

19 E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek van het bestuursrecht, Verwachtingen voor de toekomst', NTB 2014/34, p. 265-267 [red.].

bestuur niet ook gevolgen moet hebben voor hoe we het proces inrichten. Daarbij gaat het met name om de *say*, de *voice*, de inbreng die we toekennen aan de eisende partij, de rechtzoekende burger.

**De Waard:** Met name dat laatste. Over de vormen in de procedure heb ik mij niet...

**Voorzitter:** Ik bedoel alleen dat laatste.

**De Waard:** Daar ben ik het mee eens.

**Voorzitter:** Hoe zien de preadviseurs dat? Vandaag zijn we op allerlei momenten aan het zoeken geweest naar tegenwicht voor de invloed en de macht van het bestuur. Zijn de preadviseurs het ermee eens dat dit niet alleen te maken heeft met de rechtsregels die de rechter bedenkt, maar dat we het minstens evenzeer moeten zoeken in de processuele positie van de eisende partij?

Bedoelde Hirsch Ballin te zeggen dat hij het daarmee eens is?

**Hirsch Ballin:** Ja, dat bedoelde ik te zeggen. En het betekent niet dat er een soort gelijkvormigheid ontstaat van het proces voor de rechter ten opzichte van het bestuurlijke besluitvormingsproces. De Waard heeft een voorbeeld overgenomen waaruit blijkt dat er situaties zijn waarin contra-expertise moet worden aangeboden en waarin je niet in een soort abstinentie kunt zeggen: we weten het niet en daarom wordt het beroep maar verworpen. Daarmee ben ik het zeer eens.

Het is eigenlijk opvallend dat er in wat wij schrijven en zeggen over het bestuurs-(proces)recht maar een zo beperkte rol is voor het bewijs. Het gaat dan ook om vragen van het naar voren kunnen brengen van feitelijke argumenten die kleur krijgen in het bestuurlijk proces van het waarderen van de belangen. Die behoren een plaats te krijgen. Mijn antwoord was inderdaad bevestigend.

**Voorzitter:** Dat is wellicht een mooi slotakkoord. Er is nu eigenlijk een antwoord niet alleen op de vraag van De Waard, maar ook op die van Ymre Schuurmans aan het eind van de ochtend, die zich afvroeg wat we nu eigenlijk anders gaan doen. Dit is iets wat zonder wetswijzing gewoon met de Awb in de hand kan worden gedaan. Een praktische afsluiting van de behandeling van de preadviezen kan nooit kwaad.

# Huldiging van de winnaars van de VAR-pleitwedstrijd

## De voorzitter spreekt als volgt

U weet ongetwijfeld dat op de woensdag, voorafgaand aan de jaarvergadering van de VAR, een pleitwedstrijd voor studenten wordt gehouden. Dat is ook dit jaar gebeurd, en wel aan de Vrije Universiteit in Amsterdam, met een voortreffelijke organisatie. Ik noem de naam van Sjoerd Zijlstra, omdat hij daar flink zijn schouders onder heeft gezet. Het was een heel plezierige dag, met prachtige casus waarbij Rens Koenraad en Peter Nihot als toneelrechter ook nog een belangrijke rol hebben gespeeld.

Teams van negen universiteiten hebben deelgenomen, in een nek-aan-nekrace. In de finale eindigden de nummers 1 en 2 eigenlijk met hetzelfde aantal punten, en toen heeft men net niet alleen op de kleur van de ogen maar ook nog op de overtuigingskracht van de presentatie toch nog een winnaar kunnen aanwijzen. Dit neemt allemaal niet weg dat er ontzettend hard is gewerkt, niet alleen door het winnende team, maar ook door alle anderen. Er is hard gewerkt door de studenten om zo goed mogelijk te leren pleiten. Ik was erbij en ik heb het kunnen zien. Het was een genoegen ernaar te kijken hoe goed ze dat over het algemeen deden, sommigen zelfs heel erg goed, en die hebben dan ook gewonnen.

In de finale zaten Leiden, Utrecht en de Universiteit van Amsterdam. Iemand had een bestuursrechtelijke procedure waarin Sjoerd Zijlstra als onbezoldigd procesvertegenwoordiger – Nico Verheij zou zeggen: ‘onbezoldigd rijksverklikker’ – is opgetreden, en dit heeft tot een interessante casus bij de VU geleid. Al met al heeft het team van de Universiteit Utrecht gewonnen. Het team is hier aanwezig. Ik vraag de leden ervan naar voren te komen, zodat zij het welverdiend applaus in ontvangst kunnen nemen.

[Applaus]

**Voorzitter:** Dames en heren. U ziet hier vóór u Hans Balfourt, Quirine Sluijs, Tara Sikking, Bart de Vries en Daan Elings. Is het nu de bedoeling dat jullie alle vijf advocaat of vertegenwoordiger van een bestuursorgaan in de rechtszaal worden?

Een van de studenten geeft te kennen advocaat te willen worden, een heeft gedachten die voorlopig naar de advocatuur uitgaan en een hoopt uiteindelijk rechter te worden.

**Voorzitter:** Ook rechters moeten met pleiten kunnen omgaan. Wie rechter wil worden, moet vooral ook leren luisteren.

Het was een genoegen jullie bezig te zien. Met de schriftelijke stukken hadden jullie al behoorlijk gescoord, maar vooral in de mondelinge rondes met het pleiten hebben jullie veel punten gehaald, en dan nog eens extra in het bijzonder in de finale. Ik geloof dat jullie vóór de finale derde stonden en na de finale dus eerste. Zo hoort het bij een pleitwedstrijd: daar moet je vooral laten zien dat je goed kunt pleiten.

Jullie hebben een beker gewonnen, maar die hebben jullie blijkbaar thuisgelaten, hoewel het altijd leuk is die in de lucht te kunnen houden. Jullie namen worden in de beker gegraveerd en jullie zijn ook nog bij wijze van eerbetoon een jaar lang gratis lid van de VAR geworden. Mooier kun je je het niet wensen! We wensen jullie heel erg veel succes in de toekomst van het bestuursrecht.

[Applaus]

**Voorzitter:** Een van de studenten krijgt op verzoek nog kort het woord.

**Hans Balfoort:** Sprakeloos, kent u die uitdrukking? De ene dag in de week win je, door de dingen die je op de goede momenten zegt, een pleitwedstrijd en de andere dag sta je hier sprakeloos, stiekem heel trots op ons team, maar ook op iedereen die heeft meegeholpen. Anders dan het misschien lijkt, ben ik niet zo'n held met dit spreken. Ik weet dat ik mij vandaag onsterfelijk kan maken als ik het kort zal houden, en dat ga ik ook echt wel doen.

**Voorzitter:** Daar gaan we inderdaad van uit!

**Hans Balfoort:** Eerlijk is eerlijk: we stonden hier niet zonder de vele begeleiding die we hebben gekregen, de trainingen van verschillende mensen en de bereidwilligheid die er bijvoorbeeld bij Jolize Lautenbach van NautaDutilh was. Zij heeft ons een aantal vragen gesteld en pleittrainingen gegeven. Ik noem ook enige mensen bij Stibbe: Valérie van 't Lam, Olivia den Hollander en Emma van Dam. Ik zie collega's in de zaal zitten; wellicht kunnen zij onze dank overbrengen. Natuurlijk noem ik ook André Verburg van de rechtbank Midden-Nederland, die ons wat deze casus betreft het vuur na aan de schenen heeft gelegd. Mede dankzij onze begeleiders, Rob Widdershoven en Titia de Kramer, hun bezielende leiding en hun support, ook geestelijk, konden wij als team opereren en hebben wij dit resultaat bereikt. Niet het minst gaat onze dank uit naar Sjoerd Zijlstra voor de gastvrijheid en de bereidwilligheid, al begrijp ik dat, net als bij het schrijven van een preadvies, iemand die wordt gevraagd de pleitwedstrijd te organiseren geen nee mag zeggen!

Hartelijk dank ook aan de VAR. Deze vereniging biedt jonge studenten een podium om met deze dingen bezig te zijn. Doordat zij zo'n wedstrijd organiseert, krijgen wij de kans ons te profileren en dingen te doen die verder gaan dan alleen de vakken uit het curriculum. De wisselbeker, die wij helaas niet bij ons hebben, heeft een voet met vier zijden. Op één zijde staat 'Winnaar VAR-pleitwedstrijd' en op de drie andere zijden bevinden zich zilveren plaatjes waarop vier universiteiten



per plaatje kunnen worden vermeld. De naam van onze universiteit is de zesde die erop komt, dus er kunnen nog meer pleitwedstrijden volgen.

**Voorzitter:** Dat zal ook gebeuren!

**Hans Balfort:** Ik sluit mij aan bij mijn kleuterjuf, die op de rapporten altijd schreef 'Ga zo door!', inclusief het sierlijke uitroepteken. Dit is een heel goed initiatief en wij danken de vereniging voor deze mogelijkheid.

Ik heb beloofd het kort te houden...

**Voorzitter:** Is gelukt!

**Hans Balfort:** ...en ik denk dat nu het grote moment is gekomen om bij de borrel terug te kijken.

# Bestuur en ereleden

## Bestuur

Prof. mr. B.J. Schueler (voorzitter)  
Mr. M.L.M. van der Loop (secretaris)  
Mw. mr. M.L. Batting (adjunct-secretaris)  
Mr. dr. R.J. Koopman (penningmeester)  
Prof. mr. dr. Ch.W. Backes  
Prof. mr. T. Barkhuysen  
Mw. mr. N.H. van den Biggelaar  
Mr. H. Bolt  
Mw. mr. S.A. van der Does  
Mr. dr. K.J. de Graaf  
Mw. mr. dr. J.E. Hoitink  
Mw. mr. dr. M.J. Jacobs  
Mr.dr. H.G. Lubberdink  
Mr. R.C. Stam  
Mr. W. Wensink

## Ereleden

Mw. mr. A. Rothuizen-Geerts  
Mr. M. Scheltema