Algemene regels in het bestuursrecht

VAR VERENIGING VOOR BESTUURSRECHT

Preadviezen

W.J.M. Voermans, R.J.B. Schutgens,

A.C.M. Meuwese

158

Boomjuridisch

VAR 158

ISBN 978-94-6290-381-4

Boomjuridisch

VAR-reeks
158

Algemene regels in het bestuursrecht

Preadviezen uitgebracht door

W.J.M. Voermans
R.J.B. Schutgens
A.C.M. Meuwese

Boom juridisch
Den Haag
2017

Aanbevolen citeerwijze: VAR-reeks 158

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft

© 2017 VAR Vereniging voor Bestuursrecht

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, 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 verveelvoudigingen 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). 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).

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 978-94-6290-381-4
ISBN 978-94-6274-701-2 (E-book)
NUR 823

www.boomjuridisch.nl

Inhoud

Besturen met regels, volgens de regels 7
Wim Voermans

Rechtsbescherming tegen algemene regels: tijd om de Awb te voltooien 95
Roel Schutgens

Grip op normstelling in het datatijdperk 145
Anne Meuwese

Bestuur en ereleden 185

Overzicht van de preadviezen, uitgebracht door de VAR 187

Besturen met regels, volgens de regels

Preadvies Vereniging voor Bestuursrecht 2017

*Wim Voermans**

1	**Waarom zou je eigenlijk bestuursrechtelijk beroep tegen regels willen?**	**10**
1.1	Het lekenoog	12
1.2	Een andere overheid – een ander bestuur	13
1.3	Administrative State	14
1.4	De centrale vraag	15
1.5	Op zoek naar de doelstelling van het bestuursprocesrecht	16
2	**Het doel van de uitsluiting van bestuursrechtelijk rechtstreeks beroep**	**18**
2.1	Theorie van het bestuursprocesrecht & de democratische rechtsstaat	18
2.2	De bedoeling van de Awb-wetgever	19
2.3	Uitsluiting van rechtstreeks bestuursrechtelijk beroep	23
2.4	Een 'voetstootse' traditie	25
2.5	Kentering?	26
2.6	De uitsluiting blijft – of toch ook weer niet?	27
2.7	De onverwachte plotwending van mei 1997: tijd (toch) nog niet rijp	29
2.8	Van uitstel naar afstel	30
2.9	Slotsom bestuursrechtelijk beroep tegen regels	31
3	**Andere tijden, ander bestuur**	**33**
3.1	'Bestuur' in het recht	34
3.2	Andere kijk op 'bestuur'	36
3.3	'Bestuur' in het echt	37
3.4	Ontwikkeling van de begroting als indicator voor interventionisme	38
3.5	Toegenomen interventionisme: beleidsinstrumenten als indicator	40
3.6	Het veranderende karakter van bestuurlijke interventies	41
3.7	De bestuurlijke mantel van onzichtbaarheid	43
3.8	Een optelsom	43
3.9	Aantal regels als indicator voor bestuurlijke interventies	44
3.10	Aantallen bestuurshandelingen, aantallen beschikkingen	49
3.11	Meer ambtenaren?	49
3.12	Uitbesteding?	55

* Met grote dank aan collegae Willemien den Ouden en Ymre Schuurmans voor het bekijken en becommentariëren van eerdere versies van dit stuk, aan collega Frits van der Meer voor zijn hulp bij het 'ambtenarenrekenen', aan Leo Vester van het Ministerie van Veiligheid en Justitie voor adviezen en het 'regelrekenen' en aan Koen Giezeman – student-assistent bij de Afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden – voor al het andere rekenen, voor raad en daad.

3.13 Automatisering en algoritmisering 56
3.14 De Bredase pillenverstopper: beleidsregels als vorm van generiek afwegen 59

4 Democratische controle en publieke participatie dan maar? 62
4.1 Bestuursregels en democratische controle 63
4.2 Meepraten over regels: participatie 66
4.3 Participatierechten bij de voorbereiding van bestuursregels? 70
4.4 De legitimiteit van bestuur met en via regels 71

5 Hoe nu verder? De zaak van het bestuursrechtelijke beroep tegen regels 73
5.1 Doelen van het Awb-procesrecht behaald? 73
5.2 Wat vindt een normaal mens ervan? 75
5.3 Kan het dan écht niet? 76

Literatuur 84

'There is a considerable diversity of opinion concerning the nature and purpose of administrative law. Description and prescription are not easily separated. For some it is the law relating to the control of government power. Other place greater emphasis on rules designed to that the administration effectively performs the tasks assigned to it. Yet others see the principle objective of administrative law as ensuring governmental accountability, and fostering participation by interested parties in the decision-making process. None of these are right or wrong in some absolute sense. They are however incomplete.
An understanding of the nature and purpose of administrative law requires us to probe further into the way in which our society is ordered. It requires the articulation of the type of democratic society in which we live and some vision of the political theory which that society espouses.'

Paul Craig, *Administrative Law*[1]

'Behind every theory of administrative law there lies a theory of the state.'

Carol Harlow & Richard Rawlings, *Law and Administration*[2]

1 Craig 2016, p. 1.
2 Harlow & Rawlings 2009, p. 1.

1 Waarom zou je eigenlijk bestuursrechtelijk beroep tegen regels willen?

Dit preadvies gaat over rechtsbescherming tegen algemeen verbindende voorschriften (en beleidsregels): hoe ver moet die bescherming vandaag de dag reiken, welke vorm moet die aannemen? Een wezenlijke vraag, want ons lot wordt meer dan ooit bepaald door recht dat in regels is gevat, regels die ook nog eens een keer vaak door bestuursorganen zelf worden vastgesteld. Als *we* – als juristen – hierover nadenken, dan snoeien we die vraag meestal onmiddellijk terug naar ons vertrouwde concepten en denkkaders. We vertalen de vraag, of het vraagstuk, zoals ons is geleerd, 'juridisch'. En dan krijg je zoiets.

We hebben in Nederland ten gevolge van artikel 8:3 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) geen mogelijkheid om rechtstreeks bestuursrechtelijk beroep in te stellen tegen algemeen verbindende voorschriften (hierna ook: avv's) en beleidsregels. Die uitsluiting heeft iets te maken met de manier waarop we in Nederland invulling geven aan het idee van de trias politica – althans het idee van *checks and balances*. Daarbij kennen we een groot gewicht toe aan democratische besluitvorming van volksvertegenwoordigingen bij de rechtsvorming via algemene regels. Die volksvertegenwoordigers bepalen in de kern de inhoud van de regels, niet de rechter. Wellicht weegt – sprekend over die uitsluiting – nog zwaarder dat we een land van tobbers en piekeraars zijn, dat een heleboel beren op de weg ziet als je dat rechtstreekse bestuursrechtelijk beroep wel mogelijk zou maken.[3] O ja, en we wijzen er natuurlijk met nadruk op dat je daarentegen weer wel beroep in kunt stellen tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels bij de burgerlijke rechter op grond van artikel 6:162 BW wellicht, zolang het maar geen algemeen verbindende voorschriften betreft die zijn gevat in de vorm van een wet in formele zin, want die mag de rechter dan weer niet toetsen op grondwettigheid of verdragsmatigheid – en volgens de jurisprudentie ook niet op rechtsbeginselmatigheid of procedureconformiteit (art. 120 Grondwet). Bovendien mag de bestuursrechter natuurlijk wel exceptief toetsen (zoals ook de strafrechter en burgerlijke rechter), en natuurlijk geldt dit alles weer niet voor zaken die worden voorgelegd aan het Hof van Justitie van de EU en het Europese Hof voor de Rechten van de Mens.

Wat zou een gewoon mens daar nou van vinden?

3 Althans, zo vertaal ik de onbewezen 'plagen van Egypte' die als beslissende tegenargumenten worden ingebracht tegen rechtstreeks bestuursrechtelijk beroep tegen algemeen verbindende voorschriften in de Notitie onder die naam uit 1997 *Kamerstukken II* 1996/97, 25383, nr. 1, p. 6 en de latere daarmee verband houdende nota *Kamerstukken II* 2003/04, 29279, nr. 16, p. 12-13.

De empirie gaat terecht een steeds grotere rol spelen in de rechtswetenschap. De nieuwsgierigheid naar hoe recht in werkelijkheid uitpakt en wordt ervaren, groeit. Te weten hoe het recht landt in de werkelijkheid geeft ook kansen om met die kennis het recht te verbeteren. We doen dat misschien nog weinig, zeker op het terrein van belangrijke rechtsgebieden als die van het (bestuurs)procesrecht. In die procedurele regelcomplexen zijn de wezenlijke waarborgen die onze democratische rechtsstaat aan burgers biedt, verankerd: daarin is de tussenbalans opgemaakt van de gedeelde waarden die met het idee van de democratische rechtsstaat worden uitgedrukt. Ons politieke systeem, gekanaliseerd via het recht. Kern van het bestuursprocesrecht – waartoe ik me zal beperken – is daarbij om individuen een procedure te geven om, na meerderheidsbesluitvorming (democratie), een minderheidsbelang (een individueel recht, of rechtens beschermenswaardig belang) uiteindelijk aan een onafhankelijke rechter voor te leggen. In het bestuursprocesrecht komen zo democratie en rechtsstaat bij elkaar in de vorm van een procedure, een afweging door een onafhankelijke rechter en een beslissing. Wikken en wegen, meerderheidsbesluit tegen minderheidsbelang, ieder met een eigen legitimatie, weliswaar uit een verschillende bron.

Hoe kijkt de samenleving aan tegen het samenstromen van democratie en rechtsstaat in de delta van het bestuursprocesrecht, de delta van het bestuursrechtelijke geschil? Hoe wordt aangekeken tegen procesrechtelijke regels en rechterlijke oordeelsvorming? Heel veel wordt daar nog niet naar gekeken, gelukkig wel steeds meer.[4] Draagt bijvoorbeeld de werking van het bestuursprocesrecht, zoals we dat nu kennen, bij aan democratisch geruggesteund, effectief bestuur?[5] Biedt het daarvoor voldoende kansen tot inbreng bij de besluitvorming, ook voor individuen en groepen al dan niet met een minderheidsbelang? Kunnen individuen en groepen zich met succes weren tegen onterechte aantasting van hun individuele rechten? En wat is daarbij dan de rol van de rechter? Wat vinden die meerderheden én minderheden van besluitvorming door die rechter? Draagt de vormgeving van het huidige bestuursprocesrecht, in de huidige context van bestuurlijke besluitvorming, bij aan de legitimiteit van overheidsbesluitvorming? Daar draait het wel om, maar het is iets wat we niet vaak meten. Omdat we denken het niet te kunnen, omdat we bang zijn voor het resultaat, of omdat we het als juristen onder elkaar niet relevant vinden.[6] Om te weten of en hoe de samenleving de in 1992 door de wetgever geijkte balans ervaart (we weten al wel een beetje wat het bestuur en de rechter ervan vinden) is een eerste stap te kijken in hoeverre de balans zelf, de gemaakte keuzes, worden begrepen.

4 Zie voor een lukrake greep uit redelijk recente werken o.a. De Waard 2011, Marseille 2012 (in deze oratie doorloopt Marseille een aantal onderzoeken die te maken hebben met de werkelijkheid van het bestuursrechtelijke geding) en Marseille e.a. 2015 en Boekema 2015.

5 Zie daarover o.a. Koenraad & Verbeek 2011 en Polak 2011.

6 Wim Voermans 2015.

1.1 Het lekenoog

Het zou wel eens leuk zijn om de Nederlandse maatman/vrouw uit de buurt (post- of pakketbezorger, accountant, middelbare schoollerares, reisbemiddelaar), je oudste (niet rechten studerende) nicht of een journalist of redacteur van een lokaal of landelijk dagblad of omroeporganisatie te vragen om het bovenstaande stukje te lezen met de vraag om in eigen woorden weer te geven wat hier (ik geef toe onvolkomen opgeschreven) wordt beweerd. Ik heb niet het vermoeden dat er maar iets terugkomt dat treffend, zij het misschien in andere bewoordingen, weergeeft waar dit vraagstuk in de kern om gaat of welke afweging van welke waarden hierbij een rol speelt. Volgens mij (ik deed de proef zelf een paar keer – waarover later) krijg je heel veel rollende ogen.[7]

'Flauw, Voermans.' Dat zou je inderdaad kunnen zeggen. Iedere discipline heeft zo zijn eigen jargon, haar eigen redeneerkaders. Bijna niemand weet ook wat een bobine is, wat je niet moet doen met je PCI-slot in een computer,[8] of waarop je moet letten bij de aankoop van een kilverbord. Klopt. Maar bij het vraagstuk van de relatie tussen de fundamenten en instituten van het bestuursrecht en de rechtsvorming via algemeen verbindende regels en beleidsregels (die ik samen verder aan zal duiden als 'bestuursregels') gaat het niet om louter juridische dingetjes en details. Het gaat in de kern om hele grote maatschappelijke vragen die niet voorbehouden zijn en ook niet mogen zijn aan juridische specialisten. Zoals de vraag wat voor samenleving we zijn (en willen zijn), hoe we gezamenlijk beslissen over de koers voor de komende jaren, welke procedures en regels we daarbij in acht nemen, vragen over wat wel en niet onderhandelbaar is, hoe we omgaan (en om moeten gaan) met 'andersdenkers', en wat de rol van minderheden is bij meerderheidsbeslissingen. En dan de aller-aller-grootste vraag van onze dagen: heb ik nog iets over mijn eigen lot te vertellen? De flauwe proefneming, hierboven, laat denk ik zien dat wij de juristen – zingend in ons mooiste juridische gregoriaans, ronddraaien in een eigen wereld, een wereld ook van eigen gelijk.[9] Een wereld waarin we de samenleving, politieke processen daarbinnen, de organisaties en de mensen werkzaam binnen de instituten die we overheid noemen, als de abstracties 'burger', 'overheid', 'bestuursorgaan' in een soort zwarte doos hebben geduwd, om er niet de hele tijd bij hoeven stil te staan. Maar met dat mooie gregoriaans hebben we ons misschien wél losgezongen van de realiteit. Een realiteit waarin het allang niet meer zo is dat democratisch gelegitimeerde volksvertegenwoordigingen de regels maken, het bestuur die uitvoert (onder controle van diezelfde volksvertegenwoordiging) en de rechter het recht dat uit die regels voortvloeit toepast op concrete geschillen, maar in beginsel die regels niet op inhoudelijke waarde beoordeelt. Het bestuur is het alfa en omega van het overheidsbestuur geworden in moderne verhoudingen. Volksvertegenwoordigingen

7 In januari 2017 voerden we een enquête uit via Panelclix onder 783 willekeurige respondenten, die een representatieve uitsnede uit de Nederlandse bevolking vormen. Zie voor de vragen en de uitkomsten bijlage I.

8 Niet eruit halen … als je de camcordervideo's van je kinderen tenminste nog een keer veilig wil stellen.

9 Wim Voermans 2015.

spelen een marginale rol bij de concrete rechtsvorming via algemeen verbindende voorschriften (en controle op beleidsregels). Daar waar het gaat om ruimtelijke, financiële en sociaaleconomische ordeningsregelgeving is er nauwelijks sprake van inhoudelijke medebepaling: de volksvertegenwoordiging machtigt het bestuur slechts en legt hoofdzakelijk procedures vast. De regels uit algemeen verbindende voorschriften, bijvoorbeeld, lijken alleen nog in hun juridische verschijningsvorm op rechtsregels die we kenden uit het verleden: ze zijn algemeen, en verbinden eenieder (buiten de eigen overheidsorganisatie) op basis van een bevoegdheid tot regelgeving. Kijkend naar alleen die vorm kunnen we misschien zelfs zeggen dat we zelfs minder van die algemeen verbindende voorschriften hebben gekregen de afgelopen twintig jaar. Dat is een rookgordijn. Voor burgers, bedrijven en instellingen doet het er namelijk helemaal niet toe hoeveel regels er zijn, maar op welke wijze die regels interveniëren, of sturen op hun gedrag. Even voor de goede orde, *interventie* gebruik ik dan in de economische zin van het woord: een ingreep mogelijk gemaakt met publieke middelen, er (direct of indirect) op gericht (markt)gedrag te beïnvloeden.[10]

1.2 Een andere overheid – een ander bestuur

Als je er zo naar kijkt, moeten we vaststellen dat we misschien iets minder regels hebben, maar wel heel veel meer interventies.[11] En dat zijn bijna allemaal uiterst gecompliceerde en ingewikkelde interventies die voor een volksvertegenwoordiging lastig te controleren zijn (qua deskundigheid en mogelijkheden staan die daarbij ver op achterstand bij het bestuur). Bovendien zijn deze regels, als ze worden gevat in algemeen verbindende voorschriften, in de kern 'judge-proof': rechtstreeks bestuursrechtelijk beroep is niet mogelijk, de civielrechtelijke route is moeilijk en duur, en wordt nauwelijks gebruikt.[12] En ook exceptieve toetsing door de (bestuurs)rechter lijkt zelden voor te komen als we mogen afgaan op de op www.rechtspraak.nl

10 Er zijn veel definities in omloop – vaak opgehangen aan het begrip economisch interventionisme. Ik koos betrekkelijk willekeurig deze eenvoudige definitie van interventie als voorbeeld: 'An action taken by a government or international institution in a market economy in an effort to impact the economy beyond the basic regulation of fraud and enforcement of contracts and provision of public goods' (Karagiannis 2001). Ik spreek in hier liever van interventie dan van 'regulation', de vaak gebruikte en wat neutralere term voor overheidsinterventie in markten (en samenlevingen). In Nederland leidt die laatste term snel tot verwarring: wij denken dan aan 'regelgeving'. What's in a name, trouwens. Wat bij de een interventie, interventionisme, of 'regulation' wordt genoemd, wordt bij de ander als (overheids)sturing aangemerkt. Kern is steeds dat het gaat om bewuste acties tot gedragsbeïnvloeding die met publiek geld worden gefinancierd en niet met particuliere investeringen door private marktpartijen.

11 Zie o.a. Leeuw 2008 en Vergeer 2017.

12 Bij een steekproef genomen in december 2016 vonden we in www.rechtspraak.nl in totaal 19 gevallen van civiele zaken, waarbij het – afgaande op de inhoudsindicatie – daadwerkelijk leek te draaien om de rechtmatigheid van een algemeen verbindend voorschrift afgaande op de eis van onverbindendverklaring. We zochten op 'civiel recht', 'algemeen verbindend voorschrift' en 'onverbindend' in de inhoudsindicaties. Veel van dit soort zaken betreft kortgedingzaken (6) en de set is enigszins vervuild, omdat enkele zaken draaiden om verzoeken tot onverbindendverklaring van een beleidsregel. Afgezet tegen het totaal van civiele zaken geregistreerd in www.rechtspraak.nl op 22 december 2016 van 115.083 is dat natuurlijk wel heel erg weinig (0,0165%).

gepubliceerde zaken.[13] De telling was, toegegeven, grofmazig, maar zaken waarin incidentele of exceptieve toetsing een rol speelt, blijven een betrekkelijke zeldzaamheid, zo schat ik in, zelfs als je nog verder zou gaan graven dan met standaardzoektermen en standaardoverwegingen. Er wordt in procedures ook weinig op exceptieve toetsing ingezet, naar blijkt. Dat zou zo maar eens te maken kunnen hebben met de inschatting dat het geen kansrijke beroepsgrond is.

1.3 Administrative State

Daar komt nog bij dat – ten gevolge van de lastenverlichtingsoperatie tien jaar geleden[14] – in het Nederlandse wetgevingsbeleid een duidelijke voorkeur geldt voor interventie via algemene regels boven concrete besluitinterventies (zoals vergunningen)[15] en bestuursorganen kennelijk ook steeds vaker beleidsregels vaststellen, daar waar ze beoordelings- of beleidsvrijheid hebben.[16] Die worden in de praktijk ook als 'regels' ervaren – het verschil tussen beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften is betrekkelijk.[17] Tel het bij elkaar op en je moet concluderen dat we toegroeien naar een 'Administrative State' – zoals Posner en Vermeule dat noemen.[18] Een door het bestuur gedomineerde overheid die zich grotendeels onttrekt aan de klassieke controlemechanismen van de democratische rechtsstaat[19] (rechterlijke controle, legaliteit, machtenspreiding). Een bestuurlijke staat die met geld, maar met name ook met algemene rechtsregels tot in de haarvaten van de samenleving stuurt. De 'regulatory state'.[20] Een heel ander bestuur, dat op een heel andere manier stuurt dan honderd jaar geleden en ook weer heel anders zelfs dan dertig jaar geleden. Is ons bestuursrecht, met name ons bestuursprocesrecht, daar eigenlijk wel goed op ingericht? Zijn de controles en restricties die we in onze hedendaagse democratische rechtsstaat aanleggen op overheidsbestuur wel op de juiste manier vertaald in het bestuursrecht en bestuursprocesrecht? In hun boek *The Executive Unbound* uit 2010 stellen Posner en Vermeule dat de klassieke constitutionele concepten van 'the Executive acting "under the law" and law made by assemblies-have passed away'.[21] De concepten en beginselen van de democratische

13 De praktijk van die exceptieve toetsing leert dat in 0,3% (gezocht op 'except* toets*' onder 'bestuursrecht' – 'alle instanties'), dan wel 0,2% (wat preciezer zoeken op: op 'exceptieve toetsing' onder 'bestuursrecht' – 'alle instanties') van de daarin opgenomen gevallen in de uitspraak of inhoudsopgave sprake is van een exceptieve toets (gezocht op 18 augustus 2016). Eerlijkheid gebiedt te vermelden dat niet in alle 202.585 per 18 augustus 2016 opgenomen uitspraken uniform het woord 'exceptieve toetsing' of een synoniem daarvan wordt gebruikt, en al zeker niet steeds keurig in de inhoudsindicatie wordt opgenomen (dat komt in totaal maar 43 keer voor). Maar ik denk toch dat we mogen aannemen dat exceptieve toetsing erg weinig voorkomt.

14 *Kamerstukken II* 2005/06, 29515, nr. 140 (Kabinetsplan aanpak administratieve lasten).

15 Lees daarover ook Houweling 2006.

16 Zie ook Schueler 2015.

17 Van Ommeren 2012, p. 206.

18 Posner & Vermeule 2010.

19 Het Madison-model van gecontroleerde overheidsmacht, in de woorden van Posner en Vermeule, zie Posner & Vermeule 2010.

20 Majone 1996.

21 Posner & Vermeule 2010, p. 3-5.

rechtsstaat, zoals we die nog steeds definiëren en hanteren, zijn, volgens hen, niet berekend op een administratieve staat waarin het bestuur recht uitvoert dat het zelf grotendeels vormt, en de rechter niet geneigd is de inhoud van het beleid gevoerd door besturen als zodanig te beoordelen – rechters zijn terughoudend.[22] Het recht dat zijn greep verliest op een ontketend bestuur.

1.4 De centrale vraag

Het mooie van de Vereniging van bestuursrecht (VAR) heb ik altijd gevonden dat er goed wordt nagedacht, dat er aandacht en interesse is voor wetenschappelijke inzichten, theorieën en fundamenten, maar dat de leden van de Vereniging en hun preadviseurs, voorgangers of sprekers daar vervolgens graag mee aan de slag gaan.[23] Niet blijven hangen in problemen: oplossen! Binnen de VAR gaan wetenschap en praktijk hand in hand, dus: als een gedegen wetenschappelijke analyse leert dat er iets mankeert aan het bestuursrecht of de bestuurlijke praktijk, luidt het devies: wat gaan we er dan aan doen? Zo wil ik het ook hier doen. Mijn centrale vraag is:

> 'Is de huidige inrichting van het Awb-bestuurs(proces)recht in de context van de administratieve, regelende staat, nog steeds een gedragen en evenwichtige uitdrukking van de kernwaarden en -beginselen van de democratische rechtsstaat?'

Die hele grote vraag kan ik hier helaas niet helemaal behandelen. Dat gaan we in Leiden in de komende jaren wel proberen te doen in het onderzoeksprogramma *The Legitimacy and Effectiveness of Law & Governance in a World of Multilevel Jurisdictions*. Toch noem ik de grote vraag wel, omdat ze de context vormt voor de deelvraag die ik hier aan de orde wil stellen. Dat is een hele concrete, namelijk:

> 'Wordt het doel (of werkhypothese) van artikel 8:3 van de Algemene wet bestuursrecht behaald?'

Dat lijkt dan weer wel heel klein, maar als je wat verder kijkt toch is het een heel groot vraagstuk. Want juist in een tijd waarin de Nederlandse overheid meer en meer bestuurlijk intervenieert, en daarvoor bij voorkeur algemene regels zoals algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels gebruikt, in een tijd waarin vertegenwoordigende organen steeds meer moeite hebben die vormen van overheidsbestuur mee te bepalen en te controleren, doet het vreemd aan dat een in bestuursoptreden

22 Dat laatste element (te grote) 'judicial deference' wordt door Vermeule in zijn laatste boek *Law's Abnegation* uit 2016 nader uitgewerkt. Consequentie van die rechterlijke terughoudendheid is – volgens Vermeule – 'to open a larger space, more room to maneuver, for non lawyers attempting to set the direction of policy choices within the bureaucracy'. Dit ten detrimente van 'Law's Empire' (zoals beschreven door Dworkin in zijn gelijknamige boek uit 1986) – een theoretisch concept dat volgens Vermeule eigenlijk blind is voor de wijze waarop moderne besturen opereren en deelnemen aan de rechtsvorming. Vermeule 2016, p. 4-7.

23 Overigens, zo stelt Tilley speels vast: '*Policy-makers and practitioners are, like it or not, dealers in theory.*' Zie Tilley 2010.

gespecialiseerde rechter niet, naar aanleiding van een rechtstreeks beroep, naar dit soort generieke bestuursinterventies mag kijken. Artikel 8:3 Awb lijkt met de uitsluiting van dit rechtstreekse beroep tegen de stroom van de ontwikkelingen in te roeien.

1.5 Op zoek naar de doelstelling van het bestuursprocesrecht

Overigens geef ik onmiddellijk toe dat het natuurlijk wel een beetje een gekke vraag is, die naar het *doel* van artikel 8:3 Awb, want artikel 8:3 Awb heeft eigenlijk een soort negatief doel. Het doet juist iets niet: het zondert algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels uit van rechtstreeks bestuursrechtelijk beroep. In feite komt die vraag dus neer op de kwestie: zijn de redenen en argumenten om bestuursrechtelijk beroep uit te sluiten nog steeds valide, of zijn ze wellicht achterhaald? En als dat zo is, wat zijn daarvan de gevolgen en wat zou dat dan moeten betekenen?

Het louter nalopen van de redenen voor de al dan niet uitsluiting van rechtstreeks bestuursrechtelijk beroep, en bezien of die ieder afzonderlijk nog bestaansrecht hebben, is zeker interessant,[24] maar levert nog geen inzicht op in de grotere bedoelingen ervan. Want wat is eigenlijk de grotere bedoeling ervan, de werkhypothese? Die is niet eenvoudig uit de wetsgeschiedenis te halen, en daarom ook heel moeilijk te onderzoeken en te evalueren. Tien jaar na de inwerkingtreding van de Algemene wet bestuursrecht noemt het kabinet als voornaamste redenen om (alsnog) geen rechtstreeks bestuursrechtelijk beroep tegen algemeen verbindende voorschriften of beleidsregels open te stellen:

a. mogelijke doorbreking van het evenwicht tussen bestuur en rechter. De controle op de regelgeving dient in de eerste plaats toe te komen aan vertegenwoordigende lichamen;
b. de voortgang van het bestuurshandelen kan te veel belemmerd worden door onzekerheid over de daadwerkelijke inwerkingtreding van de algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels; en
c. hierdoor is een toename van het aantal beroepen bij de rechter te verwachten, in een tijd waarin de bestuursrechter toch al is overbelast.[25]

Met de beste wil van de wereld zijn hier geen rechtstreeks evalueerbare doelen van de wetgever uit te lezen. Dat komt omdat met de genoemde redenen wordt verwezen naar andere doelen, zoals het recht doen aan rechtsstatelijke waarden (met name machtenscheiding (onderdeel a), rechtszekerheid (een element in onderdeel b) en effectieve, onbelemmerde rechtstoegang (in onderdeel c)) en democratische waarden (rol vertegenwoordigende lichamen (onderdeel a), doorzetten meerderheidsbesluiten via effectief bestuursoptreden (onderdeel b) en toewijzing publieke middelen rechterlijke macht (onderdeel c)). De redenen vormen echo's van grotere doelen en bedoelingen met het bestuursprocesrecht. Of die doelen worden gerealiseerd, is niet af te lezen uit de loutere redenen voor de uitsluiting. Die redenen

24 Ymre Schuurmans en ik deden dat al een keer, zie Schuurmans & Voermans 2010.
25 *Kamerstukken II* 2003/04, 29279, nr. 16, p. 13.

houden een-op-een verband met de doelen van het bestuursprocesrecht van de Awb, procesrecht dat in zichzelf al weer een moeilijk kenbare, gelaagde doelstelling kent; die doelen zijn net Baboesjka-poppetjes. Toch moeten we die eerst vinden om iets te kunnen zeggen over de doeltreffendheid van artikel 8:3 Awb.

2 Het doel van de uitsluiting van bestuursrechtelijk rechtstreeks beroep

Veel van de theorie van het bestuursrecht en met name die van het bestuursprocesrecht wordt in bestuursrechtelijke literatuur niet zo vaak gearticuleerd en als het gebeurt, is het meestal in de inleidingen van de handboeken. Het rapport van de VAR-Commissie Rechtsbescherming, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid; van toetsing naar geschilbeslechting*, uit 2004[26] vormt hierop een uitzondering met de uitvoerige aandacht die het wijdt aan de grondslagen van het bestuursprocesrecht.

De vraag waartoe het bestuursprocesrecht op aarde is,[27] wordt misschien nog wel behandeld. Dat is misschien maar goed ook, want het houdt nogal op. De theorie van het bestuursprocesrecht bestaat in een lang, gelaagd verhaal, dat alleen goed te begrijpen is tegen de achtergrond van de historische ontwikkeling van het bestuursrecht én de daarmee verweven ontwikkeling van de constitutionele ideeëngeschiedenis over de vraag wat het recht betekent voor het onder een publiek mandaat en met publieke middelen optredend bestuur.

2.1 Theorie van het bestuursprocesrecht & de democratische rechtsstaat

De theorie van het bestuursprocesrecht vormt onderdeel van de theorie van de democratische rechtsstaat, de gedachte dat overheidsbestuur (lees: interventies mogelijk gemaakt via publieke middelen) in een vrije samenleving alleen dan aanvaardbaar is als die overheid zich houdt aan de basisgaranties die door vroegere of huidige leden van die samenleving zijn neergelegd in het recht. De verbeelde orde[28] van de democratische rechtsstaat werkt als een groot legitimiteitsvehikel

26 VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004.

27 Met een knipoog naar het mooie boek van Hans Nieuwenhuis, *Waartoe is het recht op aarde?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

28 Onze politieke, juridische en economische systemen zijn gebaseerd op 'imagined orders', zo laat Yuval Noah Harari in zijn boek *Sapiens* zien. Die verbeelde werkelijkheden zijn geen sprookjes, maar vormen sterke culturele instituties die ons in staat stellen op metaniveau te communiceren, elkaar te vertrouwen en op een haast onvoorstelbare schaal met elkaar samen te werken, zie Harari 2011, p. 114 e.v.

voor modern overheidsbestuur;[29] aanvaarding van overheidsinterventies is daarin – in theorie – afhankelijk gesteld van een aantal voorwaarden, zoals democratische besluitvorming[30] en rechtsstatelijkheid (legaliteit,[31] deling van overheidsmacht,[32] bescherming van basisrechten,[33] en de aanwezigheid en toegang tot een onafhankelijke rechter). Wat volgens deze theorie altijd moeilijk te verklaren is, is waarom de democratische rechtsstaat, van zeg, zo'n vijftig jaar geleden andere (en vaak minder strenge) eisen stelde aan overheidsbestuur, dan nu het geval is. De ene verklaring daarvoor is dat het idee van die democratische rechtsstaat kind is van verlichtingsdenken; door beter na te denken en te studeren zien we steeds beter wat de geschiedenis met ons voor heeft. Een andere verklaring voor de ontwikkeling van de democratische rechtsstatelijke eisen – die ik aantrekkelijker vind – is dat met het toenemen van overheidsinterventies, de aanvaardbaarheid daarvan in een vrije samenleving steeds verder onder druk komt te staan, en het ook noodzakelijk wordt de democratisch rechtsstatelijke voorwaarden nader te doordenken, definiëren en verfijnen. Kortom: andere interventies, andere, nadere eisen. Dat is bijvoorbeeld goed te zien in de ontwikkeling die het naoorlogse bestuursrecht en bestuursprocesrecht in Nederland doormaakte. Van het Doetinchemse woonruimteverordeningsarrest,[34] via de jurisprudentiële ontwikkeling van de uit het concept van de rechtsstaat afgeleide (ongeschreven) algemene beginselen van behoorlijk bestuur tot aan de codificatie daarvan in de Algemene wet bestuursrecht en latere doorontwikkeling, is een proces waar te nemen dat alleen goed te verklaren valt als *legitimiteitsreactie* op een anders interveniërende overheid, een anders optredend bestuur – daar kom ik nog op terug.[35]

2.2 De bedoeling van de Awb-wetgever

Dat allemaal kom je tegen op je pad (of nog vaker verscholen in de bosjes) als je de theorie of beleidshypothese achter het bestuursprocesrecht van de Awb uit de wetsgeschiedenis probeert te halen. Eenvoudig is dat niet. Toen we in 1996 voor de eerste keer het net nieuwe bestuursprocesrecht van de Algemene wet bestuursrecht

29 Zie Beetham 2003, met name p. 163-171. Beetham laat in zijn boek zien dat legitimiteit een normatieve structuur heeft: legitimiteit wordt volgens hem steeds afgeleid uit regels (vaak ook rechtsregels), die als rechtvaardig of te rechtvaardigen worden beschouwd, en waarvan de expliciete instemming ermee dan wel de eerbiediging of naleving ervan, als een (her)bevestiging van de aanvaarbaarheid te zien is. Dat is trouwens geen kwestie van neuzen tellen of handen opsteken; zolang de regels 'gelden', worden ze door de gemeenschap die ermee werkt waarschijnlijk ook voor legitiem gehouden.

30 O.a. bestaande uit *stem* (toegang tot en aandeel in besluitvorming en uitings- en politieke verenigingsvrijheid), *meerderheidsbesluitvorming*, *transparantie* (o.a. toegang tot informatie).

31 Het idee van een gelimiteerde (bijvoorbeeld tot een gebied of functie beperkte) bevoegdheid tot interventie, die uiteindelijk een basis moet kennen in het met medewerking van vroegere of huidige leden van de rechtsgemeenschap vastgestelde of erkende recht.

32 Via machtenscheiding dan wel machtenspreiding.

33 Grond- of mensenrechten.

34 HR 25 februari 1949, NJ 1949, 558.

35 Zie voor een kernachtig overzicht van de ontwikkeling van het bestuursrecht par. 4 tot en met 6 van Van Wijk/Konijnenbelt 2014, p. 13-23.

mochten onderzoeken,[36] stelden we al vast dat er een soort spaghetti-kluwen van doelstellingen werd nagestreefd met hoofdstuk 8 van de Awb. De hoofdoelstellingen volgden enerzijds uit het uniforme bestuursprocesrecht zelf (dat dan weer zijn doelen leende van de algehele opzet van de hele Algemene wet bestuursrecht) en anderzijds uit de herziening van de rechterlijke organisatie en de daaruit voortvloeiende inrichting van de bestuursrechtspraak in Nederland.[37] We kwamen terugrekenend op zo'n tien doelstellingen, gereconstrueerd uit vele pagina's bedoelingen, doelen, eisen, beginselen en karakteristieken[38] in de toelichting en de parlementaire stukken behorende bij de verschillende wetsvoorstellen. En dat waren eigenlijk allemaal bestuurlijk-technische eisen, en deeldoelstellingen, die moeilijk als behaalbare wetgevingsdoelen te begrijpen zijn. Misschien lag het ook aan ons.

Waartoe is bestuursprocesrecht op aarde? Schlössels en Zijlstra geven een kloek antwoord: 'Bestuursprocesrecht strekt ertoe om het materiële bestuursrecht te realiseren.' Ze bedoelen daarmee uit te drukken dat het doorlopen van een procedure ertoe leidt dat (liefst zo snel mogelijk) vast komt te staan wat rechtens tussen bestuur en burger is.[39] Ook Konijnenbelt en Van Male houden het erop dat 'rechtsbescherming tegen het bestuur is gericht op het bindend beslechten van een geschil over de inhoud van een bestuurlijke rechtsbetrekking'.[40] Dat doel houdt verband met hedendaagse rechtsstatelijke eisen volgens alle vier de auteurs.

Nou, dan zijn we er toch? Zo zou je denken inderdaad.

Boudewijn de Waard nuanceert in zijn recente boek *Leerstukken van het bestuursprocesrecht* dat beeld enigszins. Het bestuursprocesrecht dient meerdere doelen, waaronder het effectueren van het recht en het tot klaarheid brengen van de bestuurlijke rechtsbetrekking via een procedure.[41] De bestuurlijke rechtsgang is er niet alleen opdat snel en definitief kan worden vastgesteld wat de inhoud van de rechtsbetrekking tussen bestuur en burger inhoudt, maar het is ook een procedure voor burgers en organisaties om individuele belangen in te brengen, rechten te claimen, om (bijvoorbeeld als minderheid bij meerderheidsbesluitvorming) gehoord te worden. Die verschillende perspectieven zijn ook terug te vinden in de bedoelingen die de wetgever had met het Awb-bestuursprocesrecht.

De toelichting uit 1990 verwoordt het als volgt:

---

36 Ten Berge, De Waard, Widdershoven, m.m.v. Bok, Albers, Langbroek, Neerhof & Voermans 1996.

37 Beginnend met de voltooiing van de eerste fase van de herziening van de rechterlijke organisatie, *Kamerstukken II* 1991/92, 22495, nr. 1-3.

38 Schlössels en Zijlstra brengen een verhelderend onderscheid aan tussen – uit rechtsstatelijke eisen en daarmee verband houdende – algemene beginselen van bestuursprocesrecht en karakteristieken van het bestuursprocesrecht. De algemene beginselen die aan het bestuursprocesrecht ten grondslag liggen, hebben in hun ogen een duurzamer karakter, de karakteristieken zijn kneedbaarder en ondervinden sneller wijziging onder invloed van maatschappelijke ontwikkelingen. Een waterdichte scheiding tussen algemene beginselen en karakteristieken bestaat er overigens niet. Schlössels & Zijlstra 2010, p. 1079.

39 Schlössels & Zijlstra 2010, p. 1078.

40 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2016, p. 516.

41 De Waard, m.m.v. Ten Berge Deventer 2015, p. 10.

> ‘In de (klassieke visie op) het bestuursrecht staat van oudsher centraal de conceptie dat het bestuurshandelen moet worden gekwalificeerd en benaderd als het eenzijdig jegens de burger vaststellen van diens rechtspositie. Als zodanig werd en wordt het bestuurshandelen beschouwd als de laatste schakel in de keten van publiekrechtelijke besluitvorming. De zogenoemde gebonden beschikking kan, ook historisch, worden beschouwd als het prototype van deze wijze van het eenzijdig vaststellen van diens rechtspositie, waarbij het bestuursorgaan zich kan beperken tot de zuivere uitvoering van door de (formele) wetgever gestelde regels en waarbij van het afwegen van belangen in het algemeen of in concreto geen sprake is. In latere fasen van de ontwikkeling van het bestuursrecht zijn steeds meer taken aan bestuursorganen gegeven. Daarbij zijn ook andere typen van bestuurshandelen tot ontwikkeling gekomen. Zo zijn met het toenemen van de beleidsinstrumentele wetgeving de nodige discretionaire bevoegdheden aan bestuursorganen toegekend. Veel meer dan bij de gebonden beschikking kreeg het bestuur daarbij manoeuvreerruimte bij het vaststellen van wat in het concrete geval rechtens is. Hoewel het ook in deze gevallen gaat om het eenzijdig jegens de burger vaststellen van diens rechtspositie, vragen deze bevoegdheden van het bestuur een andere wijze van besluitvorming, waarbij meer gewicht moet worden toegekend aan de gerechtvaardigde belangen van burgers.’[42]

Dit past heel goed in de hierboven genoemde *legitimiteitsreactie*-theorie. Waar in het verleden – volgens de toelichting – vanuit rechtsstatelijk perspectief nog kon worden volstaan met rechterlijke controle op de rechtmatigheid van bestuurshandelen (de wetgever nam immers het deel belangenafweging voor zijn rekening), en ook met bestuursprocesrecht dat dat mogelijk maakte (al dan niet via een rechterlijke procedure) – het zogeheten *recours objectif* of *contentieux objectif*[43] – is zo’n benadering niet langer toereikend. Door louter te kijken naar de manier waarop het bestuur de wil van de wetgever doorzet, wordt voorbijgegaan aan de nieuwe realiteiten waarbij het bestuur zelfstandig belangen afweegt,[44] eigen keuzes maakt los van die van de wetgever. Die wetgever is op veel terreinen inhoudelijk teruggetreden en laat het aan het bestuur over de uiteindelijke norm vast te stellen, de uiteindelijke beslissing te nemen. De bescherming die het recht in een rechtsstaat beoogt te bieden tegen ingrepen in rechten en vrijheden, moet in zulke gevallen daarom ook verder reiken: tot op dat niveau van de concrete, individuele afweging door het bestuur. Dat heeft ook gevolgen voor de inrichting van het bestuursprocesrecht – het centraal stellen van de belangen en rechten van het individu ligt dan meer voor de hand. Een

---

42 *Kamerstukken II* 1991/92, 22495, nr. 3. Daalder, De Groot & Van Breugel 1994, p. 172 (verder: *PG Awb II*).

43 Zie VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 38-41.

44 Ik zal steeds spreken van *bestuurlijke belangenafweging*, in plaats van besluit of beslissing van een bestuursorgaan, zoals gebruikelijk is in de Algemene wet bestuursrecht. Met ‘belangenafweging’ wordt de activiteit waar het om draait beter beschreven. Het bestuur maakt keuzes. En die keuzes worden uiteindelijk neergelegd in een besluit. De Awb is trouwens taalkundig precies, in die zin dat een besluit wordt gedefinieerd als het resultaat is van een beslissing (de activiteit die leidt tot een keuze). Art. 1:3, eerste lid, Awb.

procedure die meer het accent legt op individuele rechtsbescherming – een *recours subjectif* of *contentieux subjectif*.[45] In de woorden van de toelichting bij hoofdstuk 8 van de Awb:

> 'Gelet op de eenzijdigheid van het bestuurshandelen en de daarmee gepaard gaande ongelijkheid in de verhouding bestuursorgaan-burger, ligt het evenzeer voor de hand dat een bestuursrechtelijke procedure mede tot doel had het bieden van rechtsbescherming aan de burger tegen het eenzijdig optreden van de – machtige(r) – overheid. Daarmee is onverbrekelijk het begrip ongelijkheidscompensatie verbonden, waarmee wordt geduid op het feit dat door de inrichting van het bestuursprocesrecht en het optreden van de administratieve rechter daarin tegenwicht werd geboden tegen de voorsprong die het bestuursorgaan ten opzichte van de burger geacht werd te hebben, en vaak ook had (...).'[46]

In de ogen van de wetgever dient het bestuursprocesrecht van hoofdstuk 8 Awb beide doelen: enerzijds het via de procedure mogelijk maken van een rechtmatigheidscontrole op het handelen van een bestuur (en dus toezicht houden op de toepassing van het objectieve recht) en anderzijds het bieden van een procedure die individuele rechtsbescherming voor belanghebbenden bij bestuursinterventies mogelijk maakt en die het mogelijk maakt om door het bestuur gemaakte belangenafwegingen in bezwaar en beroep te laten beoordelen – uiteindelijk ook door een onafhankelijke rechter. Het Nederlandse bestuursprocesrecht uit hoofdstuk 8 van de Awb heeft dus elementen van zowel het *recours objectif* als het *recours subjectif* en neemt daarmee een soort tussenpositie tussen de beide modellen in, zoals Jurgen de Poorter en Karsten de Graaf stellen.[47] Helemaal keurig in het midden tussen deze twee modellen ligt dat Nederlandse bestuursprocesrecht overigens niet. De wetgever koos in 1992 voor de rechtsbeschermingsfunctie als *primaire* doelstelling van het bestuursprocesrecht. Mede onder invloed van de dominante procestechnische positie van het besluitbegrip,[48] gecombineerd met de (gevoelde) behoefte aan effectieve en efficiënte rechtsbedeling (finale geschilbeslechting, korte doorlooptijden, efficiënter en kostenbewuster gebruik van het proces – kortom betere proceseconomie) heeft het Awb-procesrecht zich in de afgelopen twintig jaar niet helemaal conform die primaire doelstelling ontwikkeld – of althans niet in de zin dat de rechtsbescherming *voorop* is komen te staan. Boudewijn de Waard zegt daar – bij wijze van een soort evaluatie – over:

> '(...) de formulering dat de rechtsbeschermingsfunctie primair is in het bestuursprocesrecht zou het misverstand kunnen wekken dat dat procesrecht erop uit is de burger (juridische) bescherming te bieden tegen de overheid. En een dergelijk beeld van "in bescherming nemen" past eigenlijk juist beter bij het klassieke bestuursprocesrecht, met zijn ongelijkheidscompensatie en waarheidsvinding. Bij het nieuwe

45 Zie VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 38-39 en 41-45.
46 *Kamerstukken II* 1991/92, 22495, nr. 3. *PG Awb II*, p. 172.
47 De Poorter & De Graaf 2011, p. 16.
48 De Poorter & De Graaf 2011, p. 16.

bestuursprocesrecht past het beter om te zeggen dat het de mogelijkheid biedt om op te komen tegen bedreiging van rechtsposities.'[49]

Op dit punt aangekomen vraag ik vergiffenis voor al die lange citaten, maar die wilde ik jullie niet onthouden om het volgende punt te maken. Waar de wetgever in 1992 vanwege de veranderde positie van het bestuur binnen het geheel van overheidsbesluitvorming (machtiger, zelfstandiger besluitend) via de nieuwe inrichting van procesrecht een soort rechtsstatelijke correctie aan wilde brengen op die andere bestuurlijke realiteiten, lijkt dat onderliggende idee – de legitimiteitscorrectie – wat op de achtergrond geraakt. De huidige realiteit van het bestuursproces is dat alleen de uiteindelijke bestuurlijke interventies neergelegd in een beroepbaar Awb-besluit aan (uiteindelijk) rechterlijke rechtmatigheidscontrole kunnen worden onderworpen voor zover de (eisende) wederpartij daar om vraagt. Het bestuursproces is een 'partijenproces' geworden, met korte termijnen en looptijden, dat complex, betrekkelijk duur en aardig formeel (veel minder laagdrempelig dan voorzien) is, veel vergt en vraagt van belanghebbenden die zich proberen te weren tegen de overheid, met daarenboven weinig ongelijkheidscompensatie vanwege de bestuursrechter, die weliswaar meer probeert te doen met het onderzoek ter zitting, maar die veel minder zelfstandig en actief op zoek gaat naar materiële waarheid.[50] Dus, hoe je het ook draait, wendt of keert, dat bestuursproces is *gejuridiseerd*[51] en ook *bestuursvriendelijk*[52] geworden. Dat lijkt niet helemaal te stroken met de analyse van een 'ander bestuur' en de rechtsstatelijke (legitimiteits)correctie die daarop zou moeten volgen bij de inrichting van het bestuursprocesrecht.

2.3 Uitsluiting van rechtstreeks bestuursrechtelijk beroep

Hoe moeten we in dat kader nu de uitsluiting van het rechtstreeks bestuursrechtelijk beroep van artikel 8:3 Awb zien? Hoe past die binnen de grotere theorie, de beleidstheorie van het Awb-bestuursprocesrecht? Eigenlijk niet. Als je door de toelichting en parlementaire stukken van de voorstellen naar die uitsluiting kijkt, tref je weinig verwijzingen aan naar de grotere doelen van de Algemene wet bestuursrecht. Het is net of de toelichting ineens in een andere toonsoort doorgaat. De overwegingen om bestuursrechtelijk beroep tegen algemene regels uit te sluiten volgen niet uit de macro-logica van de plaats van het bestuursprocesrecht binnen de Awb, maar uit die van de micro-logica van indertijd bestaande bestuursrechtelijke procesrechtregels en tradities en vraagstukken van rechtsmachtverdeling. Kamerlid Jurgens valt die

49 De Waard 2015, p. 26.

50 De Waard 2015, p. 27. Volgens De Waard heeft dat ook mede te maken met de Nieuwe zaaksbehandeling.

51 Zie o.a. De Waard 2015, p. 25-28 en ook Damen die in het kader van de rechterlijke hantering van onderdelen van het bestuursprocesrecht spreekt over 'conflictbevorderende juridisering'. Zie o.a. Damen 2006a, p. 85-97.

52 Zie voor deze nogal eens als controversieel ervaren inschatting: Damen 2006b, m.n. p. 277-278 en al eerder daarover in Damen 2003; zie daarover ook Marseille 2004.

registerbreuk op bij de parlementaire behandeling van wat nu artikel 8:3 Awb is. Hij vraagt de minister:

> 'Ik heb geen antwoord gekregen op mijn vraag, waarom de algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels in het bestuursprocesrecht worden uitgezonderd [...] Op p. 92/93 van de memorie van toelichting wordt de beantwoording van die vraag overgelaten aan de civiele rechter. Die wordt plotseling weer tevoorschijn gehaald. De civiele rechter kan zich nog bemoeien met de rechtmatigheid van algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels. Je denkt dan: waar komt die civiele rechtsbescherming nu weer plotseling vandaan, want wij zouden die zaken toch oplossen?'[53]

Jurgens stuit hier op enkele van de blinde hoeken van de Awb. De eerste heeft te maken met de basisaanname van het Awb-procesrecht: die van 'detailhandel', zoals Ymre Schuurmans dat zo mooi noemt.[54] Het idee dat alles – recht, beleid en individuele belangen – bijeenkomt in de afweging die leidt tot de uiteindelijke bestuursbeslissing: de beschikking. De democratische rechtsstaat die landt op een punt. Alleen, klopt die basisaanname wel? Ymre Schuurmans toont in haar oratie uit 2015 overtuigend aan dat het moderne bestuur niet meer te vergelijken is met maatwerk-detailhandel, maar veel meer met die van de 'maakindustrie' waar bestuursorganen in grote zelfstandigheid generieke afwegingen maken en via algemene regels generieke interventies plegen, die individuen direct in hun belangen raken, zonder dat die daar, via hun volksvertegenwoordigers of via andere participatiemechanismen, aan deel kunnen nemen of controle op kunnen uitoefenen. We blijven in de Awb hangen in die fictie dat alle bestuursinterventies, alle potentiële beperkingen van rechten en vrijheden, landen op één punt – en dat doen ze steeds minder. De tweede blinde hoek komt voort uit onze rechtscultuur: wij zijn, als polderland, niet zo van beroep tegen algemene regels, waarbij de rechter een streep kan zetten door moeizaam bereikte politieke compromissen.[55] Daar hebben we het liever niet over – dat weten we gewoon van elkaar. Daarom geen toetsing van wetten in formele zin, en de geneigdheid om vreemde, haast altijd onbewezen vrezen als de 'aanzuigende werking' en het 'ontstaan van een apart punt van twisten' alsook argumenten als 'de onveranderbaarheid van rechtsmachtverdeling' en 'stoelenproblematiek' voor zoete koek te slikken.

---

53 Hij krijgt een ontwijkend antwoord. De minister ziet niets in rechtstreeks bestuursrechtelijk beroep tegen algemene regels uit vrees voor aanzuigende werking en vrees voor ontstaan van 'apart punt van twisten'. En de minister ziet er geen been in om in de daaropvolgende zin te zeggen dat het er al is – via de mogelijkheid van incidentele of exceptieve toetsing en een procedure bij de civiele rechter. Waarom dat dan geen aanzuigende werking heeft of aparte punten van twist genereert wordt (natuurlijk) niet uitgelegd, *PG Awb II*, p. 386.

54 Schuurmans 2015.

55 Schuurmans & Voermans 2010, p. 809.

2.4 Een 'voetstootse' traditie

In zijn door mij gespelde proefschrift[56] *Rechter en bestuurswetgeving* uit 1988 laat Ron van Male zien dat de uitsluiting van rechtstreeks bestuursrechtelijk beroep tegen algemene regels (al dan niet neergelegd in wetten of beleidsregels) vaak als een soort onuitgesproken uitgangspunt diep verankerd ligt in de Nederlandse rechtscultuur. Dit soort beroep werd al vanaf het begin van de twintigste eeuw min of meer terloops en eigenlijk zonder gedegen onderzoek in de vroege Nederlandse bestuurs(procesrechtelijke) wetgeving uitgesloten.[57] Vrij voetstoots werd tot aan de Tweede Wereldoorlog aangenomen dat de democratische, rechtsstatelijke controle op daden van wetgeving plaats moest vinden via volksvertegenwoordigingen – rechterlijke controle daarop was niet gewenst.[58] Dat idee hangt natuurlijk nauw samen met het primaat van de wet,[59] zoals dat ook zijn weerslag heeft gevonden in artikel 120 Grondwet, een idee waaraan binnen de Nederlandse rechtscultuur van de afgelopen eeuwen sterk wordt gehecht. Dat idee, dat het niet aangaat dat de niet democratisch gelegitimeerde rechter een nader oordeel geeft over besluiten die door (of met medewerking van) democratisch gelegitimeerde volksvertegenwoordigingen zijn vastgesteld, gaat wel voorbij aan de realiteit dat steeds vaker niet democratisch gekozen organen, zoals het bestuur, meer en meer wettelijke regels vaststelden. Daarover werd eigenlijk in de beginjaren van het bestuursrecht nauwelijks gesproken. Dat veranderde in 1950, toen de commissie-De Monchy[60] – adviserend over de toekomst van de rechtsbescherming in Nederland – onder ogen zag dat steeds meer bestuurlijk overheidsoptreden ook plaatsvond via 'wetgeving in materiële zin, (...) het geven van algemeen bindende regelen'.[61] Al bestond tegen dat regelende bestuur nog geen rechtsbescherming open, voor de commissie was dat geen reden dat te bepleiten. Tegen algemeen bindende regels was volgens de commissie-De Monchy al in ruime mate rechtsbescherming mogelijk. Met uitzondering van wetten in formele zin stond het de burgerlijke en strafrechter al vrij algemene regels al dan niet incidenteel te toetsen. Bij lagere wetgeving was er een afdoende rechterlijke rechtmatigheidscontrole, volgens de commissie. Wat interessant is, is dat het advies het niet daarbij laat. Controle op en garanties tegen (niet-democratisch gekozen) regelend bestuur zijn op andere plaatsen in ons rechtssysteem voorzien, zo stelt

56 Ik mocht het als assistent staats- en bestuursrecht aan de Katholieke Universiteit Brabant letter voor letter uit de matrixwheelprinter zien komen op het toenmalige Rekencentrum van de KUB – het gehele in Wordstar voorbereide proefschrift kwam er regel voor regel getypt uit. Het was niet minder dan een wonder toentertijd. Zie daarover ook Olivetti M24, *Ars Aequi*, september 2011, p. 635, https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/18344/OllivettiM240.pdf?-sequence=1.

57 Van Male 1988, p. 252.

58 In de toelichting bij de wetsvoorstellen van minister Loeff uit 1904, strekkende tot de introductie van administratieve rechtspraak bij een apart Administratief Gerechtshof, heette het: 'Wat wetten betreft, daarover mag de administratieve rechter nimmer oordelen, onverschillig wat zij inhouden eene algemeene regeling of een regeling voor een bijzonder geval (...)', *Handelingen II* 1904/05, bijlagen 159. Zoals geciteerd door Van Male 1988, p. 243.

59 Zie Van Male 1988, p. 274.

60 Commissie-De Monchy 1950.

61 Commissie-De Monchy 1950, p. 3.

de commissie. Waarborgen dat wetgeving beantwoordt aan de eisen die daaraan in een democratische gemeenschap moeten worden gesteld, zijn door de wetgever zelf voorzien in de vorm van het horen van de Raad van State over ontwerpen van algemene maatregelen van bestuur, de openbare behandeling in verordenende lichamen, de (toen nog vaak, nu nog nauwelijks, voorkomende) eis van goedkeuring door hogere organen van wetgevende producten van de lagere, en het vernietigingsrecht van de regering en gedeputeerde staten. Dat alles leidde de commissie ertoe te adviseren regelingen van algemene strekking (later geheten: besluiten van algemene strekking) uit te zonderen van rechtstreeks bestuursrechtelijk beroep. Deze redenering werd gevolgd en (de uitsluiting) neergelegd in latere wetten als de Wet Beroep administratieve beschikkingen (Wet Bab uit 1963) en de Wet Administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen (Wet Arob uit 1976). Eigenlijk is dat bijzonder, zeker tegen de achtergrond van de toename van het belang en het aantal interventies in regelvorm gedurende de twintigste eeuw en vooral ook de toename van algemeen verbindende voorschriften vastgesteld door niet-democratisch gelegitimeerde bestuursorganen. Misschien valt de min of meer voetstootse uitsluiting van eenvoudig, rechtstreeks beroep tegen veel vormen van wetgeving, als gezegd, te verklaren vanuit de Nederlandse politieke traditie van coalitiedemocratie. Coalities moeten hier op dagelijkse basis met elkaar onderhandelen en standpunten uitruilen om tot werkbare compromissen te komen. Dan gaat het niet aan dat de rechter al te eenvoudig een streep kan zetten door moeizaam tot stand gekomen afspraken, die vaak deel uitmaken van een totaalpakket van uitruil.[62] Van der Hoeven stelde iets dergelijks al eerder vast: 'Van oudsher bestaat in ons land een zekere ambivalentie in het denken over de verhouding tussen bestuur en rechter', oordeelde hij in 1984.[63]

2.5 Kentering?

Niet dat er niks veranderde. Door de komst van de algemeen aanvullende bestuursrechtspraak in 1976 en het van karakter veranderende overheidsbestuur (nu nog intensiever interveniërend op basis van verzorgingsstaatswetgeving) werd de roep om meer waarborgen en rechtsbescherming – ook in de vorm van rechtstreeks bestuursrechtelijk beroep tegen algemeen verbindende voorschriften – groter. Vooral de wetenschap roerde zich vanaf de jaren tachtig.[64] Grotere

62 Schuurmans & Voermans 2010, p. 809.

63 Van der Hoeven 1984, p. 307.

64 De Nederlandse Juristen-Vereniging vergaderde in 1987 over het thema 'Onrechtmatige wetgeving'. Preadviseurs Van Buuren en Polak betoogden aan de hand van jurisprudentie en de groei en dynamiek van bestuurswetgeving dat er veel voor te zeggen zou zijn om ook tegen wetgeving bestuursrechtelijk beroep open te stellen. De vergadering volgde in overgrote meerderheid hun voorstellen. Zie Verslag van de op 12 juni 1987 gehouden algemene vergadering over: 'Onrechtmatige wetgeving' en 'Is het wenselijk wettelijke maatregelen te treffen tot beperking van de aansprakelijkheid van beoefenaren van vrije beroepen?', *Handelingen 1987 der Nederlandse Juristen-Vereniging*, deel 2. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1988. Een jaar later brak Van Male in zijn proefschrift eveneens een lans voor bestuursrechtelijk rechtstreeks beroep tegen bestuursbeslissingen, dit mede op grond van inzichten en argumenten ontleend aan rechtsvergelijking. Zie Van Male 1988. Ook A.J. Bok voegde zich in dit koor: Bok 1991.

rechtsbescherming werd, als *legitimiteitscorrectie*, vooral gewenst, omdat er steeds meer bestuurswetgeving tot stand komt, waarover nauwelijks openbaar debat is gevoerd (bijvoorbeeld via de medewerking van een volksvertegenwoordiging) of waarbij geen extern orgaan heeft geadviseerd. Veel bestuurswetgeving onttrekt zich op deze manier aan iedere vorm van extern toezicht. Bovendien, zo werd erop gewezen, de scheidslijn tussen beroepbare individuele bestuursbeslissingen en niet direct beroepbare bestuursbeslissingen met een algemene strekking is een betrekkelijk willekeurige.[65] Het is steeds het bestuur dat de beslissing neemt, alleen het jasje waarin het besluit wordt genomen, verschilt. Bestuurden wordt daarmee op een betrekkelijk willekeurige wijze rechtsbescherming onthouden tegen een grote groep bestuursbeslissingen.[66] Het mag dan zo zijn dat de burgerlijke rechter wel rechtsbescherming verleent, maar die doet dat wel nadrukkelijk als restrechter. Hij geeft aanvullende rechtsbescherming. En dat is niet de enige hindernis die moet worden genomen. De rechtsgang voor de burgerlijke rechter is voor burgers minder toegankelijk dan het bestuursrechtelijke beroep.[67] Kostbaarder, ingewikkelder, de positie van derde-belanghebbenden is minder goed gewaarborgd, de bewijspositie lastiger, een geschil met het bestuur wordt mogelijk artificieel in twee delen geknipt, en de civiele rechter beschikt over een beperkt instrumentarium. In zijn preadvies zal Roel Schutgens laten zien dat door de manier waarop de burgerlijke rechter zijn relatieve positie en rol ten opzichte van de bestuursrechter nog weer nader heeft gedefinieerd (en beperkt) het alleen nog maar moeilijker is geworden. In feite is de gang naar de burgerlijke rechter om verhaal te halen over een algemeen verbindend voorschrift of beleidsregel voor een individuele burger nauwelijks te doen. Dat verklaart, meer dan wat dan ook, het ongelooflijk lage aantal civiele zaken waarin het in de kern draait om de onrechtmatigheid van algemeen verbindende voorschriften.

2.6 De uitsluiting blijft – of toch ook weer niet?

Je zou zo denken dat het moment om door te pakken voor rechtstreeks beroep tegen algemene regels rond 1990 wel was gekomen. Dat gebeurde niet. De politieke en bestuurlijke realiteiten alsook de traditie bleken taai. Er werd gekozen voor een slingerend pad van gelegenheidsredeneringen.[68] Bij invoering van de Awb werd bijvoorbeeld de voorheen versnipperde bestuursrechtspraak geüniformeerd. Met de koppeling van de rechtsmacht van de bestuursrechter aan het besluitbegrip werd een heldere taakverdeling beoogd tussen de civiele rechter en de bestuursrechter. 'Het stelsel van bestuursrechtspraak wordt eenvoudiger, doorzichtiger en beter, indien de administratieve rechter in de regel bevoegd is een aldus gedefinieerd besluit van een bestuursorgaan op zijn rechtmatigheid te toetsen', meldt de memorie van

65 Vgl. Munneke 2008.
66 Niet alle algemeen verbindende voorschriften kunnen via de weg van het beroep van een nader uitvoeringsbesluit door de bestuursrechter alsnog – exceptief – worden getoetst.
67 Zie Polak 1999, p. 128-133.
68 Zie ook Schuurmans 2015, p. 4-6.

toelichting.[69] Op dat eenheidsstreven maakte de uitsluiting van het voorgestelde artikel 8:2 (nu artikel 8:3) Awb duidelijk een inbreuk. De bestuursrechter kon in een en hetzelfde geschil tussen een burger en een bestuursorgaan de beschikking toetsen en wellicht de onderliggende algemene regel via exceptieve toetsing, terwijl de burgerlijke rechter als restrechter de regel zelf dan weer in isolatie zou kunnen toetsen. Dit soort 'dubbele' rechtsmacht past lastig bij dat geüniformeerde stelsel – ook al kan zoiets natuurlijk net zo goed gebeuren in de relatie tussen de strafrechter en de burgerlijke rechter. Dat wist de wetgever indertijd ook wel.

De systeembreuk (niet langer streven naar één uniforme bestuursrechtelijke procedure) werd indertijd vooral aan de hand van praktische argumenten verdedigd.[70] De regering benadrukte dat bij invoering van de Awb de tijd nog niet rijp was voor deze flinke verschuiving in rechtsmacht. De invoering ging gepaard met een grote reorganisatie binnen de rechterlijke macht. Rechters afkomstig uit verschillende bestuursrechtelijke culturen moesten met een nieuwe algemene wet een uniform stelsel van bestuursrechtspraak op poten zetten. Daar moesten inderdaad alle hens voor aan dek, zoals ook was ingeschat. De organisatie was daarmee niet direct gereed voor ook nog eens een uitbreiding van de rechtsmacht. Bovendien vreesde men voor een aanzuigende werking van de openstelling van direct beroep tegen regels bij de bestuursrechter. De ervaring had geleerd – zo betoogde de regering – dat de burgerlijke rechter in het voorliggende decennium steeds vaker was geadieerd. Het meer laagdrempelige bestuursrechtelijke proces zou waarschijnlijk meer burgers over de streep trekken om de rechtmatigheid van regels te bestrijden. Ook daar was de organisatie niet klaar voor. Een dilemma. Hoe nu kool (uniforme procedure) en geit (praktijkproblemen) te sparen? Kamerlid Jurgens en Biesheuvel kwamen met een tussenoplossing. Ze dienen een amendement in, inhoudende dat vijf jaar na de inwerkingtreding van de Awb de uitsluiting van het bestuursrechtelijke beroep uit artikel 8:3 (toen nog 8:2) Awb zou komen te vervallen.[71] Het stelsel van de nieuwe rechterlijke organisatie zou zich in die tijd kunnen 'zetten', er zou nog wat nader op de openstelling van bestuursrechtelijk beroep kunnen worden gestudeerd tegen de achtergrond van de eerste ervaringen met de nieuwe Awb. 'Wij kunnen geen van beiden de toekomst voorspellen. (...) Het voordeel van het amendement is dus dat op degene die dan minister is, een soort omgekeerde bewijslast rust.'[72] De motie werd aangenomen. Beroep tegen regels zou per 1 januari 1999 werkelijkheid worden. Wilde de regering dit automatisme stoppen, dan moest de Kamer er voor die datum van worden overtuigd dat rechtsbescherming bij de bestuursrechter tegen regels tóch onwenselijk was.

69 *PG Awb II*, p. 377.
70 *PG Awb II*, p. 377-380.
71 *Kamerstukken II* 1992/93, 22690, nr. 19.
72 *PG Awb II*, p. 388.

2.7 De onverwachte plotwending van mei 1997: tijd (toch) nog niet rijp

Voordat artikel 8:3 Awb in 1999 zou komen te vervallen, kwam de regering in 1997 met een notitie waarin de voors en tegens van bestuursrechtelijk beroep tegen regels nog eens op een rij worden gezet.[73] De uitgebreide notitie maakte aan de hand van een brede literatuuranalyse en rechtsvergelijking de balans op van argumenten pro en contra. Wie de notitie van voor naar achter leest, wordt aan het eind verrast door een plotwending. Waar het er in de hele notitie de schijn van heeft dat de regering nu toch eindelijk overtuigd is geraakt van het nut en de noodzaak van het openstellen van bestuursrechtelijk beroep tegen algemene regels (in de rechtsvergelijkende analyse wordt duidelijk dat tussen de West-Europese landen Nederland hier met Luxemburg een uitzonderingspositie inneemt),[74] concludeert het stuk aan het eind ineens met een summiere argumentatie daar beter toch maar niet toe over te gaan.

Het stuk weegt de argumenten op verschillende thema's. Waar het de rechtsmachtverdelingskwestie betreft, worden de argumenten uit 1994 nog eens herhaald. Rechtssystematisch is er veel voor te zeggen om direct beroep open te stellen tegen regels bij de bestuursrechter, die wat expertise betreft meer geschikt is om bestuurshandelingen te beoordelen. Daar staan dan weer de praktische bezwaren tegenover: mogelijk aanzuigende werking en overbelasting van de rechterlijke macht. Ook leidt de mogelijkheid van rechtstreeks bestuursrechtelijk beroep tegen regels tot nieuwe lastige vragen in de praktische vormgeving van het procesrecht. Wie zijn belanghebbenden bij algemene regels? Wat als iemand pas jaren na de inwerkingtreding van de regel belanghebbende wordt? Moet de vaste keten van rechtsbescherming worden doorlopen van bezwaar, beroep, hoger beroep? Kan de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in hoger beroep oordelen, als zij ook al heeft geadviseerd bij de totstandkoming van algemeen verbindende voorschriften? Krijgt een regel formele rechtskracht na afloop van de beroepstermijn, waardoor exceptieve toetsing verdwijnt? Zijn met het oog op de rechtszekerheid andere, kortere termijnen nodig als beroepstermijn en rechterlijke beslistermijn? Duidelijk wordt dat invoering van het beroepsrecht tegen regels nadere eisen stelt aan de vormgeving van het bestuursprocesrecht.[75] Roel Schutgens komt daarop terug in zijn preadvies.

Dit soort doorrekenvragen is natuurlijk van groot belang. Ze spelen bij alle stelselwijzigingen op het gebied van rechterlijke organisatie, rechtsmachtverdeling en verandering van procesrecht. Daarvan hebben we er inmiddels vele achter de rug. Ook daar moest de regering nogal eens een geloofssprong maken als het erom ging te voorspellen wat er zou gebeuren. Wat opvalt in de notitie van 1997 is de toch wat sombere inschatting van het absorptievermogen van het bestuur en de rechterlijke macht om hier mee om te kunnen gaan. De buitenlandse voorbeelden die van stal waren gehaald, overtuigden ogenschijnlijk niet. Waarom lukt het in andere West-Europese landen als Frankrijk, Duitsland, Italië en Zweden[76] wel om de prak-

73 *Kamerstukken II* 1996/97, 25383, nr. 1.
74 *Kamerstukken II* 1996/97, 25383, nr. 1, p. 6-7.
75 Zie ook Lubberdink 1996.
76 *Kamerstukken II* 1996/97, 25383, nr. 1, par. 2.2 en de bijlage.

tische gevolgen en mogelijke juridische afstemmingsvraagstukken en complicaties te adresseren, waar dat kennelijk in Nederland tot zoveel mogelijke afbreukrisico's zou leiden? We noemden die inschatting eerder 'tobberig'.[77]

Het stuk stelt niet veel vertrouwen in een mogelijke rechterlijke compensatie van democratische tekorten. De notitie zingt hier in koor met onze traditie: de angst dat de rechter op de stoel van het bestuur of de wetgever gaat zitten, is alom aanwezig. De analyse is en blijft dat het bestuur in ons coalitieland veel beleidsvrijheid nodig heeft om efficiënt zijn taken te kunnen verrichten. Onzekerheid over de geldigheid van regelgeving belemmert de slagkracht van het bestuur maar, zo majoreert de notitie.

De opmerkelijke tournure aan het einde van de notitie – waarbij ineens het machtenscheidingsargument een bijzonder zwaar gewicht wordt toegekend – is hoogstwaarschijnlijk ook ingegeven door de juridiseringsdiscussie die een paar jaar na de invoering van de Awb de kop op stak. Delen van het Nederlandse bestuur hadden moeite met de toepassing van het Awb-recht en vonden ook dat de bestuursrechter zich (te) intensief met de besluitvorming bemoeide. De bestuurlijke taak zou door een overvloed aan juridische regels ernstig worden belemmerd.[78] De echo van die kritiek klinkt ook door in de notitie die – wederom aan het einde – uitspreekt: 'Gevreesd wordt dat hiermee [de openstelling van direct beroep tegen regels] de juridisering juist zou worden versterkt, omdat het risico van uitholling van de politieke democratie groter zou worden waar avv's bij uitstek de weerslag vormen van politieke afwegingen.'[79] Nog steeds was de tijd niet rijp.

2.8 Van uitstel naar afstel

De voorgestelde automatische vervallenverklaring van artikel 8:3 Awb was in 1997 volgens het kabinet 'op dit moment in ieder geval niet verstandig'.[80] Uitstel betekende nog geen definitief afstel – al had de minister van Justitie dat laatste wel graag gewild.[81] En zo sleepte de kwestie nog weer even door: ervaring met de Awb zou wellicht nog betere inzichten opleveren. Een beetje malle redenering, want als nou ergens géén ervaring mee werd opgedaan, dan was het wel … Nog een keer werd bestuursrechtelijk beroep tegen regels aangekaart. In 2004. Naar aanleiding van de onderzoeksresultaten uit verschillende deelevaluatierapporten van de tweede evaluatie van de Awb kwam de landelijke evaluatiecommissie, onder leiding van Boukema, tot de conclusie dat er niet veel nieuws onder de zon was. De commissie constateerde dat de argumenten vóór en tegen beroep tegen regels uitvoerig waren geïnventariseerd. 'Het komt nu aan op een weging van de argumenten', aldus de evaluatiecommissie. Wie had verwacht had dat op basis van ervaringen en nieuwe inzichten met de Awb (wat is de capaciteit van de bestuursrechter, hoe is het gelopen

77 Schuurmans & Voermans 2010, p. 813.
78 *Bestuur in geding* 2007.
79 *Kamerstukken II* 1996/97, 25383, nr. 1, p. 31.
80 *Kamerstukken II* 1996/97, 25383, nr. 1, p. 31.
81 *Kamerstukken II* 1996/97, 25383, nr. 2, p. 10 en 17.

met de erfafscheiding naar de burgerlijke rechter, hoe heeft de 'juridisering zich ontwikkeld?, etc.) nog eens langs de bezwaren van 1997 was gelopen, die kwam van een hele koude kermis thuis. De evaluatiecommissie vond het beroepsrecht maar niks en de deur ging direct in het slot. Het ging kennelijk om niet-willen en niet zozeer om niet-kunnen (al was dat laatste dan het officiële argument uit 1997).

Het kabinet nam de redenering dankbaar over en serveerde de mogelijkheid van rechtstreeks bestuursrechtelijk beroep tegen regels definitief af met een vrij summiere redengeving. In lijn met de opstelling in de notitie van 1997 vreesde het kabinet nog steeds voor een doorbreking van het evenwicht tussen bestuur en rechter als de mogelijkheden voor de rechter om regelgeving te toetsen worden verruimd. De controle op deze regelgeving dient, volgens het kabinet, toch in de eerste plaats toe te komen aan vertegenwoordigende lichamen als de Staten-Generaal, provinciale staten of de gemeenteraad. Het gekke is natuurlijk wel dat deze vlieger voor beleidsregels nauwelijks op gaat, maar enfin: kniesoor die daarover valt in deze discussie. Daarnaast vreesde het kabinet ook nog steeds dat 'de voortgang van het bestuurshandelen wordt belemmerd door onzekerheid over de daadwerkelijke inwerkingtreding van de algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels' en '(op) de te verwachten toename van het aantal beroepen bij de rechter, in een tijd waarin de bestuursrechter toch al overbelast is'.[82] De eeuwige, maar onbewezen, vrees die zo leidend was en is in de discussie. In 2009 krijgt het hele idee van bestuursrechtelijk beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels de genadestoot. Al die tijd was het amendement-Jurgens/Biesheuvel om rechtstreeks bestuursrechtelijk beroep tegen regels tijdelijk op te schorten – inmiddels het uitstelwetje geheten – als een soort junk-dna in de boeken blijven staan. In het kader van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht werd, zonder enig nader debat, het uitstelwetje[83] dat wijzigingen in de Wet voltooiing eerste fase herziening rechterlijke organisatie[84] aanbracht, ongedaan gemaakt via een apart artikel[85] in de Wet aanpassing bestuursprocesrecht.[86]

2.9 Slotsom bestuursrechtelijk beroep tegen regels

Je zou kunnen zeggen, als je deze hele geschiedenis zo leest, dat de principiële (met name rechtssystematische) argumenten die pleiten voor de mogelijkheid van invoering van rechtstreeks bestuursrechtelijk beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels de relatief kleinsoortiger, voornamelijk praktische tegenwerpingen ruimschoots overtreffen.[87] Maar zo werkt de politiek-bestuurlijke werkelijkheid natuurlijk niet. De praktische bezwaren en beren op de weg, waarbij bij de herziening van de rechterlijke organisatie – in ongeveer datzelfde tijdvak

82 *Kamerstukken II* 2003/04, 29279, nr. 16, p. 13.
83 *Stb.* 1998, 738.
84 *Stb.* 1993, 650.
85 Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29279, nr. 16, p. 12-13.
86 *Stb.* 2012, 682.
87 Zie o.a. Polak 1997.

– en later ook bij de Wet herziening gerechtelijke kaart,[88] betrekkelijk eenvoudig overheen wordt gestapt, blijken overwegend tot doel te hebben om het bestuursrechtelijk beroep tegen regels niet in te voeren. Dat komt omdat het gelegenheidsredeneringen zijn natuurlijk. Het is vooral een kwestie van niet-willen (en niet van niet-kunnen). Toch laat de recente geschiedenis wel een slingerend spoor van twijfel zien. Na een aanvankelijk kleine opening in 1994,[89] waarbij het er even naar uitzag dat per 1 januari 1999 alsnog de mogelijkheid van bestuursrechtelijk beroep tegen algemene regels zou worden geïntroduceerd, trok de regering in mei 1997, om hierna te noemen redenen, voorlopig de stekker uit dit voornemen,[90] in 2004 werd daartoe definitief besloten en met een apart wetje uit 2012 werd het laatste kapstokje opgeruimd. Van het-voordeel-van-de-twijfel, naar voorlopig-nog-niet, naar wellicht toch-nog-maar-beter-wat langer-uitstellen, tot afstel en een definitief nee. *Sic transit gloria mundi.*

88 *Stb.* 2012, 314.

89 Ten gevolge van het amendement Biesheuvel/Jurgens (*Kamerstukken II* 1992/93, 22495, nr. 19) werd een artikel IVa toegevoegd aan de Wet voltooiing eerste fase herziening rechterlijke organisatie dat – als een soort horizonbepaling – tot gevolg zou hebben dat artikel 8:2 (nu art. 8:3) Awb na vijf jaar zou vervallen (i.e. per 1 januari 1999).

90 Zie de brief van 13 mei 1997 inzake het rechtstreeks beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels bij de bestuursrechter, *Kamerstukken II* 1996/97, 25383, nr. 1.

3 Andere tijden, ander bestuur

Het bestuursprocesrecht van de Awb is, zoals we zagen, een antwoord op het soort bestuur dat in Nederland de laatste eeuwen tot ontwikkeling is gekomen. Nadenken over rechtsstatelijke garanties en democratische controles die we aan willen leggen, of aan moeten leggen op het bestuur, hangt voor een groot deel af van het soort bestuur dat we hebben. Maar wat voor soort bestuur hebben we dan eigenlijk?

Als we spreken over bestuursrecht of bestuursprocesrecht, dan doen we dat veelal rechtssystematisch, dus hoofdzakelijk in termen van lichamen, organen, hun taken en bevoegdheden, en dat alles binnen het kader van de theorie van de democratische rechtsstaat, die, zoals we hierboven al bespraken, heel eenvoudig inhoudt dat een overheid legitiem[91] kan opereren, zolang die overheid democratisch en legaal besluit, rechten van minderheden worden ontzien, overheidsmacht is gespreid over verschillende organen, en een onafhankelijke rechter over (juridische) geschillen kan beslissen. Die legitimiteit houdt een soort voorwaardelijke instemming in van de bestuurden; de aanvaarding van overheidsmacht binnen een democratische rechtsstaat – bedoeld om vrijheid te waarborgen en mogelijk te maken – berust op de fictie[92] van een soort tweezijdig contract tussen bestuur en bestuurde. Als elk van de partijen zich houdt aan de voorwaarden, dan mag je ook alle twee nakoming verwachten. Daar kunnen beide partijen op vertrouwen – niet alleen de bestuurde. De taken en bevoegdheden van de met het recht mogelijk gemaakte instituties, zoals wetgever, bestuursorganen, rechter, adviesorganen, enzovoort, zijn een afgeleide van dat basisidee.

Het klassieke schema van de democratische rechtsstaat veronderstelt, daar waar het gaat om de relatie tussen de overheidsmachten,[93] wel een paar dingen:

a. ten eerste dat er een zeker evenwicht in posities is tussen de belangrijkste staatsmachten, zoals bestuur, wetgever en rechter (de hele gedachte van trias politica – hoe ook ingevuld – waarin de ene macht de andere niet geheel kan overvleugelen) (*evenwicht*);
b. ten tweede dat het bestuur de wil van de wetgever doorzet, door de opdrachten en taken uit de wet loyaal uit te voeren (*in opdracht*); en
c. ten derde dat het bestuur daadwerkelijk politiek en juridisch gecontroleerd wordt en ook *kan* worden door volksvertegenwoordiging en rechter (*controle*).

---

91 Dat wil niet meer zeggen dan dat de overheid aanvaarding mag verwachten. Zie de eerder aangehaalde Beetham 2003.

92 Zie daarover Fukuyama 2011.

93 Zie over de relatie van machtenscheiding tot legitimiteit Möllers 2013, p. 80 e.v.

Dit soort aannames zijn de stutten onder het gebouw van het overheidsbestuur, de draagbalken van onze politieke samenleving. En om in de metafoor te blijven, ze geven net als klassieke heipalen geen eeuwigheidsgarantie en de draagkracht is sterk afhankelijk van de zwaarte van de gebouwen die erop rusten. Overheidsbestuur is namelijk geen constante: de verhouding tussen de staatsmachten, hun ambten en organen verandert van dag tot dag. Die veranderingen in hun onderlinge verhoudingen hebben betekenis voor de voorwaarden waaronder overheidsmachten hun werk kunnen doen en voor de aanvaardbaarheid daarvan.[94] Die voorwaarden vloeien voort uit de rechtsbeginselen verbonden aan het idee van de democratische rechtsstaat. Andere verhoudingen, andere eisen. Dat is in de kern ook de beleidstheorie van het bestuursprocesrecht van hoofdstuk 8 van de Algemene wet bestuursrecht, zoals hierboven besproken: door 'steeds meer taken aan bestuursorganen (...)' zijn 'andere typen van bestuurshandelen tot ontwikkeling gekomen'.[95] 'In overeenstemming met en als consequentie van de (...) geschetste ontwikkeling kiezen wij voor de rechtsbeschermingsfunctie als primaire doelstelling van het bestuursprocesrecht.'[96] De aard van het bestuur, en de relatieve positie daarvan tussen de andere overheidsmachten is dus leidend voor de eisen die je eraan mag stellen en ook voor de inrichting van het recht,[97] in dit geval het bestuursprocesrecht.

3.1 'Bestuur' in het recht

Nadenken over de vraag of de wetgever de doelen bereikt die aan het Awb-bestuursprocesrecht, en meer bepaald aan de uitsluiting van rechtstreeks bestuursrechtelijk beroep tegen avv's en beleidsregels en ten grondslag liggen, begint dus eigenlijk altijd met de vraag: wat voor soort bestuur hebben we nu? Op welke wijze en met welke intensiteit is dat bij de rechtsvorming en beleidsbepaling betrokken, hoe verhoudt dat bestuur zich tot de rechter en de wetgever? Al verkende Ernst Hirsch Ballin die vraag hier twee jaar geleden in zijn VAR-preadvies grondig,[98] zo heel veel lees je daar niet over in de Nederlandse bestuursrechtelijke literatuur. En dat is misschien ook niet eens zo verwonderlijk – het is een moeilijk grijpbaar fenomeen.

Besturen verwijst namelijk naar een bundel van heel veel verschillende activiteiten en verschijnselen en wat je eronder verstaat, hangt ook af van het perspectief dat je kiest. Bedoel je de *instituties* (zoals organen) waaraan bestuursverantwoordelijkheid is opgedragen en hun gedrag? Of leg je het accent op *sturen* (als synoniem

94 Zie voor de legitimiteitsbrengende aspecten van het idee van machtenscheiding en de gevolgen daarvan in geval van veranderende verhoudingen tussen de staatsmachten, o.a. Möllers 2013, p. 4-8, p. 51-101 en Ten Napel, Luiten & Voermans 2015, p. 7-29.

95 *PGAwb II*, p. 172.

96 *PGAwb II*, p. 174.

97 Al gaat dat niet altijd even snel. Caranta en Gerbrandy schrijven daarover: 'Though law is generally a slow-moving field, even glacially in reacting to societal changes, and bound with and connected to traditions – by no means in the derogatory sense of the word, even for (scholars of) the law these changes in the way society is (re)shaped may have impact', Caranta & Gerbrandy 2011, p. 4.

98 Hirsch Ballin 2015, p. 9-68.

van interveniëren) als overheidsactiviteit? Of gaat het juist om de meer *rechtsstatelijke functies* – het uitvoeren van regels, het uitdrukken van recht, of juist weer meer om de met de rechtsstatelijke functies verband houdende rechtsstatelijke normen – legaliteit, machtenscheiding, rechtsbescherming?

Er zijn heel verschillende antwoorden mogelijk op die vraag: wat is bestuur? En die antwoorden zullen ook verschillen per tijdsgewricht. Waar in de negentiende eeuw besturen nogal eens (maar zeker niet altijd) vereenzelvigd werd met het uitvoeren van wetten,[99] ligt dat antwoord tegenwoordig anders. Het handboek onder redactie van Bröring en De Graaff benadert de vraag naar wat overheidsbestuur inhoudt, als het ware *vanuit* het bestuursrecht: dat bestuursrecht geeft instrumenten voor en waarborgen tegen overheidsbestuur.[100] Weliswaar volgt aansluitend een korte beschouwing over de vraag waarom overheidsbestuur nodig is, over de toegenomen betekenis van overheidsbestuur, de vraag waarom er aparte bestuursrechtelijke regels zijn en op welke terreinen de overheid optreedt en hoe (ordenende, presenterende, sturende en arbitrerende functie van overheidsbestuur), maar met de constatering dat die vier functies in de loop van de negentiende en twintigste eeuw zijn opgekomen en nog steeds alle van belang zijn, houdt het – overigens heel begrijpelijk – op.[101] Ook andere handboeken blijven een beetje bij een inhoudelijke definitie van het glibberige begrip 'bestuur' weg en pakken liefst ook direct door naar de definitie van bestuursrecht. Dat is dan – volgens de klassieke definitie van De Haan, Drupsteen en Fernhout – het recht 'voor, van en tegen het overheidsbestuur', dat gaat over het instrumentarium van het overheidsbestuur, de normen waaraan dat overheidsbestuur is gebonden, en de (rechtsbeschermings)mogelijkheden voor bestuurden om zich tegen overheidsbestuur te verzetten – een definitie die ook Schlössels en Zijlstra, in de laatste druk van *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat* meenemen.[102] Met deze definitie wordt 'bestuur' teruggebracht tot zijn juridische dimensies en gevat in termen van het recht – en zo kan de jurist er iets mee. Schlössels en Zijlstra kijken in hun handboek uit 2016 in navolging van Konijnenbelt en Van Male nog wel wat verder. Besturen is volgens hen veel meer dan uitvoering van wetten, maar ook meer dan alleen de overheidsactiviteit die niet bestaat uit wetgeving of rechtspraak. Met een verwijzing naar Donner zien zij *bestuur* als het van overheidswege behartigen van het openbaar belang (waar dit naar constitutionele en politiek-democratische maatstaven noodzakelijk wordt geacht).[103] Op zich een mooie, maar ook een voornamelijk juridische blik op bestuur: bestuur moet iets dienen, en de voornaamste eigenschap van bestuur is de *bevoegdheid*. Juist die juridische grondslag legitimeert het bestuursoptreden. Konijnenbelt en Van Male proberen in hun handboek ook wat verder te kijken. Bestuursrecht is, volgens hen, het recht dat aan de overheid die zich actief bemoeit met de samenleving, het daarvoor nodige instrumentarium biedt; en tegelijkertijd het recht dat de leden van de samenleving invloed op en bescherming

99 Zie bijvoorbeeld al Buijs 1883, p. 198-200.
100 Bröring & De Graaf e.a. 2016, p. 27 e.v.
101 Bröring & De Graaf 2016, p. 28-37.
102 Zie P. de Haan, Th. G. Drupsteen & R. Fernhout 2001 en Schlössels & Zijlstra 2016, p. 1 e.v.
103 Schlössels & Zijlstra 2016, p. 4-8.

tegen deze zich met hen bemoeiende overheid moet geven.[104] Zelfs hier kijken we via een juridisch-normatieve lens naar de verzameling van activiteiten die we als besturen aanduiden. Daar is op zich niets mis mee, zelfs al zijn deze definities wat zelfreferentieel.[105] Dergelijke juridische definities en begrippen van bestuur, willekeurig opgehaald uit bestuursrechtelijke handboeken, blijven enigszins beperkt. Ze laten via de spiegel van het recht zien wat besturen is, maar markeren niet zelfstandig en inhoudelijk wat besturen tegenwoordig inhoudt.

3.2 Andere kijk op 'bestuur'

Als we via andere dan de juridische lens naar het begrip bestuur kijken, dan krijgen we andere definities, andere werkelijkheden in het vizier. Bestuur komt dan ineens, vanuit een economisch perspectief, in beeld als een geheel van interventies om (institutioneel) gedrag[106] te beïnvloeden, mogelijk gemaakt met publieke middelen.[107] Of – vanuit meer bestuurskundig perspectief – als het beheer van publieke programma's[108] door een organisatie van (meestal niet gekozen) ambten en ambtenaren, een organisatie die zich bezighoudt met de vertaling van politieke uitkomsten naar de realiteit waarmee mensen iedere dag worden geconfronteerd.[109] Via een politicologische bril zal bij het kijken naar wat een bestuur is en doet meer de nadruk liggen op de wijze waarop de toekenning en inrichting van doorzettingsmacht binnen een samenleving is georganiseerd, hoe die functioneert, en wat de rol van politieke actoren (een beetje plat gezegd, de personen of clubs die strijden om die macht) daarin weer is.[110]

En zo zijn er nog wel een paar opvattingen of percepties op bestuur te noemen. Ik loop ze niet allemaal na, maar wil er hier maar op wijzen dat volgens die 'andere' dan juridische ogen *besturen* een ander accent krijgt. Dat laat een andere werkelijkheid zien. Een waarin het bestuur ook op andere wijze in de samenleving, markten en politieke besluitvormingsprocessen opereert dan langs de lijnen van of beheerst door het recht. Een werkelijkheid waarin de overheid het overheidsbestuur sterk verandert, zelfs als het recht, met waarborgen en instrumenten en al, hetzelfde blijft.

---

104 Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 1-2.

105 Zo beziet en beschrijft Maria Schreuder-Vlasblom, in een recent artikel in het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, de positie en identiteit van het bestuursprocesrecht vooral in relatie tot andere rechtsgebieden. Een juridische vorm van zoeken naar doelen van het bestuursprocesrecht en relaties tot (andere) rechtsgebieden. In dat kader maakt ze zich enige zorgen over de 'versloffende identiteit' van het bestuursprocesrecht. Schreuder-Vlasblom 2016, p. 396.

106 In economische literatuur meestal samenvallend met gedrag van actoren in een markt.

107 Zie daarover o.a. de klassieker van Musgrave 1959 en – meer gericht op de juridische aspecten ervan – Posner 2007, met name de hoofdstukken 19, 20 en 24 en 25.

108 Zie o.a. Denhardt & Denhardt 2009.

109 Zie o.a. Kettl & Fessler 2009.

110 In de politiek en de politicologie gaat het volgens Harold Lasswell's definitie over de vraag 'who gets what, when, how', zie Lasswell 1950.

3.3 'Bestuur' in het echt

In hun boek *Law and Administration* laten Carol Harlow en Richard Rawlings zien hoe in westerse democratieën de overheid, of 'de Staat', gedurende de twintigste eeuw fundamenteel van karakter is veranderd. Waar – heel erg kort door de bocht – het doel van de Staat in de loop van negentiende eeuw daarin bestond vrijheid van de burgers te waarborgen door de overheid te binden aan het recht en zó ook overheidsinterventie te beperken en te begrenzen, krijgen we in de loop van de twintigste eeuw te maken met een Staat die zich meer en meer toelegt op marktcorrecties en welvaartsbevordering en -spreiding. Een Staat die op allerlei manieren intervenieert in het belang van het collectief van de samenleving – de welvaartstaat of '*the Administrative State*' waarin de overheid een sociale opdracht en rol heeft.[111] Die ontwikkeling heeft betekenis voor de inrichting van het bestuursrecht (en het bestuursprocesrecht). Harlow and Rawlings laten zien dat volgens de klassieke '*red light theory*' aanvankelijk het Engelse bestuursrecht primair werd beschouwd als een instrument om machtsuitoefening door de overheid te controleren en zodoende individuele vrijheid te beschermen (met een centrale rol voor de rechter) en dat er tussen de twee wereldoorlogen stilaan een '*green light theory*' ontstond waarbij datzelfde bestuursrecht veeleer een instrument werd voor marktcorrectie en welvaartspreiding (met een centrale rol voor de democratisch gelegitimeerde wetgever).[112] Dat ons soort Staten tot '*Administrative States*' zijn geworden, is geen nieuw inzicht, maar wel dat daarbinnen niet-overlappende percepties over de rol en het doel van het bestuursrecht blijven bestaan. Harlow en Rawlings zeggen over die percepties (die wellicht ook herkenbaar zijn in het Nederlandse bestuursrecht):

> 'Because they look at the administration from the outside, lawyers traditionally emphasise external control through adjudication. To the lawyer the law is the policeman; it operates as an external control, often retrospectively. But a main concern of many greenlight writers was (...) to *minimise* the influence of the courts: courts with their legalistic values, were seen as obstacles to progress, and the control that they exercise as unrepresentative and undemocratic.'[113]

Harlow en Rawlings maken duidelijk dat de ontwikkeling van de Staat tot administratieve of *bestuursstaat* (wellicht tegenwoordig toch een beter woord dan het wat beladen 'welvaartstaat') niet alleen leidt tot een ander gebruik van het recht, maar een andere inkleuring van de onderliggende waarden tot gevolg heeft. In die bestuursstaat dient het bestuur twee heren: die van het algemeen belang (binnen democratisch rechtsstatelijke grenzen) en die van opdrachtnemer van de democratisch gelegitimeerde wetgever. Linksom of rechtsom betekent dat een veel grotere rol voor het bestuur bij de rechtsvorming.

In zo'n bestuursstaat wordt het bestuur daardoor almaar belangrijker en wordt er steeds meer van het bestuur verwacht. Een zichzelf versterkend principe.

111 Harlow & Rawlings 2009, p. 33-34.
112 Harlow & Rawlings 2009, p. 31 e.v.
113 Harlow & Rawlings 2009, p. 37.

Giandomenico Majone heeft laten zien hoeveel welvaartstaten na de Tweede Wereldoorlog zijn geëvolueerd tot '*Regulatory States*' waarin het bestuur, werkend op basis van een steeds breder wordend mandaat gegeven door de democratisch gelegitimeerde wetgever zelf via eigen rechtsvorming – vaak ook via wettelijk verbindende regels – intervenieert in markten en samenlevingen.[114] Vanuit een oogpunt van efficiency en effectiviteit van de vele nodige interventies is dat een goede zaak. Maar er is ook een andere kant. Door hele ruime delegaties van wetgever naar het bestuur – gegeven om het bestuur in staat te stellen slagvaardig op te treden – ontstaat dan een situatie waarin de democratische legitimatie van de regels waarmee wordt gestuurd laag is – het bestuur is meestal niet rechtstreeks door de burgers gekozen – en ook ontstaat een situatie waarbij het bestuur regels uitvoert die het zelf heeft gemaakt. Het bestuur moet zichzelf bij het maken van die regels controleren, want een volksvertegenwoordiging (de formele controleur) is daartoe in moderne verhoudingen nauwelijks bij machte (waarover later). De principaal-agent-theorie (*agency theory*) geeft daarvoor een verklaring. In relaties tussen principalen (opdrachtgever) en agenten (opdrachtnemer) – te vergelijken met de delegerende wetgever en het regelende bestuur als delegataris – zal het vrijwel steeds gebeuren dat de opdrachtnemer niet alleen de belangen van de opdrachtgever nastreeft bij het uitvoeren van taken voor die opdrachtgever. De opdrachtgever op zijn beurt is niet volledig in staat om dit te controleren, doordat deze de taak niet zelf uitvoert en daarmee bepaalde informatie niet heeft. Er is sprake van *informatieasymmetrie* en die pakt eigenlijk altijd uit in het voordeel van de agent. Door de informatie- en kennisvoorsprong van de agent krijgt deze ruimte om buiten of zelfs tegen het belang van de principaal het eigen belang te dienen. De agent is meestal de specialist en heeft door zijn positie 'dichter bij het vuur' ook een kennisvoorsprong. De agent is weliswaar gehoorzaamheid verschuldigd aan de principaal, maar de principaal kan dit niet afdoende controleren.

We zien een machtiger wordend bestuur, dat steeds meer intervenieert en daarbij dat ook nog doet met en volgens regels die het steeds vaker zelf stelt, waardoor het zich aan allerlei rechtsstatelijke garanties en controles kan onttrekken. Althans in theorie. Maar wordt de soep ook echt zo heet gegeten als deze wordt opgediend? Hoe loopt dat nou in de praktijk?

3.4 Ontwikkeling van de begroting als indicator voor interventionisme

Op 20 september 1966 diende minister van Financiën Anne Vondeling, onder de titel de Miljoennota 1967, het voorstel voor de Rijksbegroting voor het 'dienstjaar' 1967 in.[115] Recente geschiedenis – het is inmiddels meer dan vijftig jaar geleden. Een beetje beschroomd meldt de minister in de inleiding dat de uitgaven als gevolg van loon- en prijsstijgingen, en uitbreiding van voorzieningen ruim f 2000 miljoen hoger uitvallen dan de oorspronkelijk vastgestelde begroting 1966, waarmee voor

114 Zie Majone 1994 en Yueng 2010.

115 *Kamerstukken II* 1966/67, 8800, nr. 1, Rijksbegroting voor het dienstjaar 1967, met nota over de toestand van 's Rijks Financiën.

het eerst het uitgaventotaal van de overheid de som van f 20 miljard overschrijdt.[116] Jeroen Dijsselbloem, de huidige Minister van Financiën zou over deze cijfers waarschijnlijk een beetje geamuseerd glimlachen. Omgerekend naar koopkrachtwaarde in 2015 staat dat begrote uitgavenbedrag van f 20,70 miljard uit 1966 gelijk aan € 48,65 miljard nu.[117] De inflatiecorrectie is daarbij al meegenomen – niet de demografische. Nederland telde in 1966 ca. 12,5 miljoen inwoners. Op het ogenblik ca. 17 miljoen – 36% meer dus. De begroting van 2017 vermeldt een uitgavenkant van € 264,4 miljard: dat is 543% meer dan in 1966, en zelfs als we dat corrigeren met die 36% toename van de bevolkingsgroei, doet dat niet af aan het feit dat de overheid met ca. viereneenhalf keer zoveel middelen stuurt als in 1966. Daar staat van alles tegenover en het is ook een niet helemaal zuivere vergelijking, maar als we aanhouden dat overheidsbestuur bestaat uit interventies, mogelijk gemaakt met publieke middelen, dan is de conclusie dat we in 2017 met een veel grotere, op veel grotere schaal opererende overheid van doen hebben dan in 1966. Ongelofelijk veel groter dan degenen die ons grondwettelijke stelsel ontworpen zich konden voorstellen.[118] Ook heel veel groter dan de Awb-wetgever wellicht voor ogen had in 1994 – de begroting is sinds die tijd bijna verdubbeld.[119]

Wat doet de overheid daarmee? Kortgezegd, stuurt de overheid daarmee het gedrag in de samenleving. Soms rechtstreeks via uitkeringen of geld voor infrastructuur, vaak ook indirect via de bekostiging van het apparaat dat de overheid in het leven houdt (ambtenaren, medewerkers zbo's, gebouwen, etc.) bedoeld om regels en beleid uit te voeren of te maken. Hoe dan ook, de middelen gaan door de handen van het bestuur. Het is namelijk aan het bestuur om, als overheidseindstation, de middelen weg te zetten of uit te keren. De wetgever machtigt weliswaar tot het doen van die uitgaven, maar het is het bestuur dat daadwerkelijk die interventies (direct[120] en indirect[121]) pleegt.

---

116 *Kamerstukken II* 1966/67, 8800, nr. 1, p. 5.

117 Uitgerekend met de reuze handige applicatie van het *Internationaal Instituut voor Sociale Geschiedenis* www.iisg.nl/hpw/calculate-nl.php – geraadpleegd op 9 januari 2017.

118 De eerste met de huidige begroting vergelijkbare jaarlijkse begroting betreft die van 1851. Voordien kenden we in Nederland vanaf 1815 begrotingen met een jaarlijks en een tienjaarlijks deel (een deel dat vanaf 1819 maar liefst drie keer werd verworpen), een stelsel dat in de loop van de tijd werd vervangen door tweejaarlijkse begrotingen en vanaf 1851 door jaarlijkse begrotingen. Zie Diamant 2017, hoofdstuk 2. Die begroting van 1851 bevat een uitgavenraming (Staatsuitgaven) van f 69,8 miljoen, omgerekend naar huidige koopkracht (koopkracht 2015) zo'n slordige € 785,8 miljoen, dat wel voor een samenleving met vijfeneenhalf maal zo weinig inwoners (3,1 miljoen inwoners in 1850). Maar zelfs als we het uitgavenbedrag met 5,5 zouden vermenigvuldigen, krijgen we nog maar een bedrag van € 4,3 miljard. Iets meer dan 60 keer zo klein als de uitgaven van 2017. Zie '*Begrooting van de staats-uitgaven voor het dienstjaar 1851*', p. 25.

119 De Rijksuitgaven voorzien in de begroting van 1994 waren f 198,7 miljard – omgerekend naar koopkracht 2015 zou dat € 135,3 miljard zijn. In 1994 bedroeg het bevolkingsaantal 15,3 miljoen – een groei van om en nabij de 11%. Afgezet tegen de begroting van 2017 kijken we nog steeds tegen een overheid aan die met bijna twee keer zoveel publieke middelen stuurt als in 1994.

120 Denk aan allerlei vormen van financiële 'prikkels'. Zie voor een mooi overzicht daarvan (en de beperkingen ervan) het recente WRR-rapport 2014. En De Rooij & Geurts 2014.

121 Bijvoorbeeld door bekostiging van het ambtelijke apparaat, het investeren in fysieke infrastructuur, het verzamelen en naar buiten brengen van informatie, het sturen op financieeleconomische processen, etc.

Wie alleen naar de *vormen* zou kijken waarmee de overheid stuurt, die zou snel de indruk kunnen krijgen dat de overheid er de laatste decennia er vooral op uit is minder te interveniëren. Zo bezien hebben we een wetgever die nog steeds verder terugtreedt,[122] verschillende dereguleringsoperaties (Lubbers in de jaren tachtig, Kok in de jaren negentig, Balkenende in de millenniumjaren nul) om het aantal regelingen terug te dringen,[123] pogingen tot het terugdringen van de lastendruk, operaties om meer ruimte te geven aan de samenleving bij het oplossen van problemen (via vormen van zelfregulering of co-regulering), zoektochten naar alternatieven voor en in regelgeving, meer algemene regels in plaats van vergunningen, meer ruimte latende regels (o.a. via zorgplichten, open normen, etc.) dan dirigistische en gedetailleerde voorschriften.[124] De nuchtere cijfers lijken in een heel andere richting te wijzen. Uit de groei van het overheidsbudget lijkt eerder op te maken dat de overheid juist meer intervenieert – daar wordt het overheidsbudget immers toch voor gebruikt, niet om te sparen. En al gaat een gedeelte van de begroting naar de aflossing van rentelasten of de staatsschuld (€ 6,4 miljard in 2016/2017), dan is dat niet meer dan een luttele 2,4%. Lasten wel te verstaan, van middelen die wel voor sturing nu en in het verleden zijn ingezet. Bekijken we het zo, dan intervenieert die overheid meer dan ooit.

3.5 Toegenomen interventionisme: beleidsinstrumenten als indicator

In zijn Maastrichtse intreerede uit 2008 probeert Frans Leeuw ook een inschatting te maken van interventionisme (de verzamelnaam voor manieren waarop de overheid ingrijpt in de samenleving) in Nederland. Hij kijkt daarbij vooral naar beleidsinstrumenten – de bestuursmiddelen. Met wat tel- en rekenwerk probeert hij te begroten of de verschillende beleidsprogramma's die overheidsbemoeienis in al zijn verschijningsvormen (regels, lasten, etc.) probeerden te verminderen, ook daadwerkelijk het aantal interventies heeft teruggedrongen. Na het optellen van de wettelijke regels op het niveau van de centrale overheid en de informele regels, de groei van het aantal verzelfstandigde uitvoeringsorganisaties (zelfstandige bestuursorganen, agentschappen, stichtingen, e.d.) en de groei van het aantal toezichthouders komt ook hij tot de slotsom dat het onwaarschijnlijk is dat het aantal interventies afneemt. En, zo stelt hij vast, daar houdt het niet mee op, want overheden interveniëren niet alleen via regelgeving in de samenleving, maar ook via tal van andere beleidsinstrumenten, zoals subsidies (al rusten die tegenwoordig op een wettelijke basis), garanties, voorlichtingscampagnes, veilingen, publiek-private partnerships, keurmerken, benchmarking, arbitrage en auditing. Noem maar op. En al weet niemand precies hoeveel van die beleidsinstrumenten er zijn, het is waarschijnlijk veel groter, volgens Leeuw,

122 Het begrip terugtredende wetgever – ter aanduiding van een wetgever die niet meer zelf de keuzes maakt, maar veel overlaat aan het bestuur – werd al in 1910 gemunt door Struycken, zie Struycken 1910, p. 17 e.v. en later, in een meer moderne context, nog weer eens doordacht door H.D. van Wijk in zijn stuk, 'Voortgaande terugtred', in: *Besturen met recht*, Den Haag: VNG 1974, p. 99-115.

123 Zie over de geschiedenis van het regeldrukbeleid Vergeer 2017, hoofdstuk 1, p. 1-31. Zie ook Leeuw 2008, p. 7 en 8.

124 Zie ook Van Ommeren 2012.

dan de eigen telling in het Instrumentenoverzicht Rijk uit 2006[125] laat zien. Dat zijn er in 2006 niet meer dan het schamele aantal van 515, die voornamelijk als een subsidie of overdracht zijn te duiden. Onwaarschijnlijk ook, omdat de allereerste telling van rijkssubsidies van de Algemene Rekenkamer uit 1988 al meer dan 700 subsidies liet zien[126] – dat tegen de achtergrond van een overheidsbudget dat toentertijd ongeveer half zo groot was. Leeuw stelt dan ook vast dat:

> 'Het *totale* aantal interventies dat in Nederland wordt ingezet vanuit de publieke sector, dan wel met behulp van publieke financiering tot stand komt, is met dit alles dus aanzienlijk *groter* dan wat het *Instrumentenoverzicht Rijk* toont, of wat het eerdere tel- en rekenwerk betreffende *wetten* laat zien. En dan zijn interventies van medeoverheden, waaronder gemeenten en provincies, nog niet meegenomen en geldt dat ook voor *Europees en internationaal beleid, respectievelijk wet- en regelgeving.* De conclusie die zich opdringt, is dat onze samenleving anno 2008 gekenmerkt wordt door een aanzienlijke hoeveelheid *interventionisme*. Hoeveel interventionisme er precies is en hoeveel *meer of hoeveel minder* dan dertig jaar geleden, is niet goed te zeggen, maar het is geen *muizenbeetje*.'[127]

Het toenemen van het overheidsbudget vanaf 2008[128] doet niet vermoeden dat sinds het moment dat Frans Leeuw dit schreef, het aantal interventies ineens drastisch verminderd zou zijn. Ook uit zijn analyse lijkt te volgen dat de Nederlandse overheid meer intervenieert dan ooit.

3.6 Het veranderende karakter van bestuurlijke interventies

Het begroten van het totaal van de overheidsmiddelen of optellen van verschillende beleidsinstrumenten leert dat er meer wordt geïntervenieerd, maar nog niet *hoe* dat dan gebeurt. Welk gedeelte van het overheidsbestuur is de afgelopen jaren dan zo gezwollen, waarom heeft dat niet geleid tot heel veel meer ambtenaren, tot een vloed van bestuursrechtelijke geschillen? Dat zou toch logisch zijn? Om dat beter te begrijpen, te weten door welke bestuurskanalen de middelen vloeien, moeten we ook kijken naar de *manieren* waarop de overheid intervenieert en het karakter van overheidsinterventies. Zo spraken we al over het onderscheid tussen de presterende,

---

125 Hiermee wordt verwezen naar het overzicht uit de Brief van de Minister van Financiën met managementsamenvatting Instrumentenoverzicht Rijk (IOR) – Vaststelling van de begrotingsstaat van het Ministerie van Financiën (IXB) voor het jaar 2006. *Kamerstukken II* 2005/06, 30300 IXB, nr. 27. Een (niet eens zo) stille getuige van de hoogtijdagen van het managementdenken binnen de overheid. Al was de gedachte dit overzicht periodiek (vierjaarlijks) aan de Kamers te sturen, lijkt dat er niet van te zijn gekomen. Ik trof in ieder geval geen Instrumentenoverzicht meer aan na 2006. Wel kreeg de Tweede Kamer in 2010 een *Subsidieoverzicht* toegestuurd, dat min of meer als een soort opvolging van het Instrumentenoverzicht wordt gepresenteerd. Zie Subsidieoverzicht Rijk (SOR), *Kamerstukken II* 2009/10, 32335.

126 Leeuw 2008, p. 18.

127 Leeuw 2008, t.a.p.

128 De Rijksbegroting van 2008 omvatte een bedrag van zowat € 236 miljard – € 28 miljard minder dan in 2016.

ordenende, sturende en arbitrerende functies van overheidsbestuur, dat laat zien op welke wijze ons bestuur intervenieert. Verhelderend is ook de recente typologie die de Sociaal-Economische Raad geeft van overheidsinterventies. Bezien vanuit de overheid kennen we het volgende interventiearsenaal:

a. zelf doen (productie, distributie door overheid, bijvoorbeeld door departementen, of zbo's);
b. inkopen, aanbesteden;
c. normeren (wetgeving, regulering, vergunningen, handhaven);
d. toezicht;
e. heffingen (belasting, accijnzen);
f. subsidies (aanbod, vraag, rugzak, output, outcome, belastingaftrek); en
g. beïnvloeden, informeren.[129]

Allemaal laten ze weer een andere dimensie of schakering zien van de activiteiten die de moderne overheid aan de dag legt. In wezen zijn al die interventies terug te voeren op de twee belangrijkste *sturingsbronnen*: geld en recht (hoofdzakelijk uitgedrukt in rechtsregels). Die twee zijn tegelijkertijd ook vaak de wortel en de tak van het overheidsbestuur. Uit die twee bronnen mag de overheid alleen onder voorwaarden putten. Geld mag niet worden opgehaald of uitgegeven zonder een mandaat van een *wetgever* – dat wil zeggen met medewerking van een volksvertegenwoordiging en volgens vooraf vastgestelde procedure. Voor de tak 'gedragsinterventies via het recht' geldt dat die al evenmin mag worden ingezet zonder medewerking van een (grond)wetgever, in een enkel geval zelfs afhankelijk is van rechterlijke permissie.

Het bestuur intervenieert meer dan ooit, daar heeft het alle schijn van, gezien de begrotingsontwikkeling. Kern van het idee van de democratische rechtsstaat is dat het subject van al dat interventiegeweld daarover op hoofdlijnen tijdens de voorbereiding mee kan praten en – wanneer eenmaal vastgesteld – op kan komen voor zijn/haar belang, voor zover rechtens beschermd, in een procedure (o.a. via rechtsbescherming). De belangenafweging die het bestuur maakt, kan vooraf en achteraf worden gecontroleerd. Wie echter zo door het interventielijstje heenloopt, ziet dat de belangenafweging voor een aantal van de activiteiten daar genoemd niet eenvoudig vooraf of achteraf te controleren valt en al zeker niet in een juridische procedure. De afweging die aan feitelijke handelingen ten grondslag ligt bijvoorbeeld is moeilijk als zodanig in een beroepsprocedure aan te pakken en ook de afwegingen die aan vormen van zelf doen of aan het interveniëren via algemene regels kunnen buiten of bijna buiten het bereik van een rechter worden gehouden. Het bestuur kan dus door de jas die het aantrekt bepalen of en onder welke voorwaarden de afwegingen die het maakt in een juridische procedure kunnen worden getoetst. Daar is niks mis mee misschien, zolang het bestuur maar niet verstoppertje gaat spelen, ofwel bewust gaat inzetten op wijzen van interventie die een meekijkende rechter of

129 Zie SER 2010, met name hoofdstuk 4 en daaruit weer, p. 85-86. De typologie komt aardig overeen met die van Ad Geelhoed uit de vroege jaren tachtig in het rapport van de Commissie vermindering en vereenvoudiging van overheidsregelingen, Deregulering van overheidsregelingen, *Kamerstukken II* 1983/84, 17931, nr. 9, p. 16. Dit eindbericht is een vervolg op het tussenbericht van Geelhoed 1983, waarin de interventietypologie voor het eerst opduikt.

meekijkende volksvertegenwoordiging op afstand houden en/of zolang de uiteindelijke *echte* afweging van belangen samenkomt in een (geïndividualiseerd) besluit dat wel beroepbaar en toetsbaar is.

3.7 De bestuurlijke mantel van onzichtbaarheid

In het allereerste boek uit de serie – *De steen der wijzen*[130] – krijgt tovenaarsleerling Harry Potter als kerstcadeau een mantel van onzichtbaarheid, een erfenis van zijn overleden vader. Die mantel maakt de drager volkomen onzichtbaar, behoudt eeuwig zijn kracht en zorgt steeds voor ondoordringbare bescherming, wat voor spreuken er ook op worden afgevuurd. Hebben moderne besturen in Nederland eigenlijk ook niet zo'n jas? Een wikkel die ze kunnen kiezen voor interventies waarmee ze bijna onzichtbaar en ongrijpbaar worden voor de rechter en burger? De vraag stellen is haar eigenlijk al beantwoorden.

3.8 Een optelsom

Hierboven zagen we dat de overheid van karakter verandert, veel meer intervenieert in veel meer verschillende vormen. In een democratische rechtsstaat zou je willen dat waar het bestuur – in welke vorm dan ook – het gedrag van burgers stuurt (en daarmee vrijheden dan wel rechten beperkt) burgers daarover mee kunnen praten of beslissen, dan wel daarover verantwoording tegenover een volksvertegenwoordiging of (toetsende) rechter af moeten leggen. Dat volgens het heel eenvoudige adagium: *garantie-volgt-interventie*. Voldoen onze democratische en juridische praktijken daar nog wel aan? Om daar iets over te kunnen zeggen moeten we kijken naar de vormen waarin interventies worden gegoten, de jassen die de overheid aantrekt.

We zagen al dat er in wezen twee hoofmanieren zijn waarop de overheid en daarmee het bestuur kan interveniëren, i.e. sturen op gedrag in de markt/samenleving. Dat kan via het stellen van normen – met name gedragsregels – of via financiële prikkels. Normen en het geven van financiële prikkels zijn op veel verschillende manieren verbonden. Zo mag er niet zonder een wettelijke grondslag worden gesubsidieerd en soms geven normen negatieve financiële prikkels. Denk aan heffingen, belastingen, boetes, ontnemen voordelen, et cetera. Normen sturen ook lang niet altijd rechtsreeks op gedrag – soms gebeurt dat indirect doordat normen een ambt instellen of een orgaan bevoegd maken die met beslissingen weer gedrag beïnvloeden. Zo ook kunnen financiële prikkels indirect interveniëren, bijvoorbeeld als de overheid met publiek geld diensten of producten inkoopt. Maar hoe je het ook draait, wendt of keert, bijna al het publieke geld op de begroting zal door de handen van het 'bestuur' gaan om zijn bestemming te bereiken. Zelfs als we de justitieketen geheel en al buiten dat begrip 'bestuur' zouden laten (wat een beetje oneigenlijk

130 Rowling 2001.

is),[131] dan nog verlaat in 2017 om en nabij de 97% van de begroting via het bestuur de overheidshaven. Op eenzelfde manier krijgt het bestuur aan het eind van de keten meestal te maken met regels: het is meestal aan het bestuur om die regels uit te voeren, via toepassing, toezicht, nadere detaillering, handhaving, et cetera.

Als we willen weten hoe (en op welke schaal) besturen interveniëren, is het geen gek idee te kijken naar de manieren waarmee ze geldstromen uit de begroting doorsluizen en de verantwoordelijkheden bij het 'uitvoeren' – opgevat in de breedste zin van het woord – van regels en normen (inclusief beleidsregels, overeenkomsten gesloten in het kader van hun taak, etc.).

We mogen daarbij aannemen dat de beste indicatoren voor schaal en omvang van bestuurlijke interventies de omvang van de begroting van enig jaar is (inclusief de kosten van het apparaat van het bestuur – met name personeel), tezamen met het aantal regels, zoals gedragsvoorschriften uit wettelijke regels en beleidsregels.

3.9 Aantal regels als indicator voor bestuurlijke interventies

Dat het aantal publiekrechtelijke regels een indicatie geeft voor de intensiteit van bestuurlijke interventies is een betrekkelijk voor de hand liggend idee. Het gevolg van het hebben van veel regels, en daarmee veel bestuurlijke interventies, zijn administratieve lasten die economische ontwikkeling kunnen belemmeren. Die eenvoudige notie ligt ook ten grondslag aan veel deregulerings- en lastenverlichtingsprogramma's van veel EU-landen (maar ook andere landen).[132] Was het zo simpel, dan zou je aan de hand van (de ontwikkeling van) het loutere aantal regels direct ook iets kunnen zeggen over de schaal en de intensiteit van bestuurlijke interventies. Zo gemakkelijk gaat dat echter niet. Complicerende factor is namelijk dat wettelijke regels een variabel aantal voorschriften (bepalingen) bevatten. Het aantal regels zegt dus nog niks over het aantal voorschriften. De Jong en Herweijer stelden in 2004 vast dat er toen 1800 wetten in formele zin, 2675 algemene maatregelen van bestuur en 7717 ministeriële regels op landelijk niveau golden, tezamen goed voor zo'n 140.000 wettelijke bepalingen. Die bepalingen zijn verspreid over 26 artikelen gemiddeld in een wet in formele zin, 12,5 gemiddeld in een algemene maatregel van bestuur en 7 artikelen per ministeriële regeling.[133] Gemiddeld zo'n 11 artikelen per regeling. De gemiddelden en totalen van 2016 liggen anders: 2028 wetten (met nu ca. 28,4 bepalingen gemiddeld),[134] 1698 algemene maatregelen van bestuur

131 Veel van de posten op de begroting van het Ministerie van Veiligheid en Justitie zijn niet direct gekoppeld aan rechtspleging (en van het deel dat daar wel aan is gekoppeld, hangt slechts een klein deel samen met strafrechtspleging en civiele rechtspleging). De posten voor 'straffen en beschermen' en 'rechtspleging en rechtsbijstand' belopen ca. € 4 miljard op de begrotingsuitgaven van ca. € 12,5 miljard. De kosten voor de politie belopen een totaal van € 5,5 miljard. Van die kosten moet je dan weer wel eerlijkheidshalve de geraamde € 2 miljard inkomsten die dat genereert aftrekken. Zie Ministerie van Veiligheid en Justitie 2016.

132 Zie bijvoorbeeld het rapport van de Organisatie voor Economische en Sociale Ontwikkeling (OESO) 2003.

133 De Jong & Herweijer 2004, par. 2.1.

134 Met dank aan Leo Vester van het Ministerie van Veiligheid en Justitie die dit natelde.

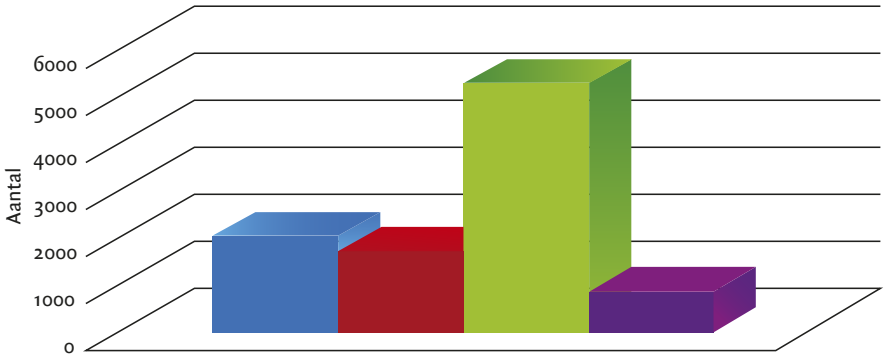
en 5287 ministeriële regelingen en (niet meegenomen in de berekening van 2004) 930 beleidsregels. Als de verhoudingen van artikelen per regeling zo ongeveer hetzelfde zijn gebleven sinds 2004, dan zouden we nu zo'n ergens tussen de 117.804 en 122.988 bepalingen hebben.[135] Het is niet helemaal direct voor de hand liggend hoe we de beleidsregels moeten wegen. Die zijn buiten het onderzoek van 2004 gehouden. Ook in 2004 werkten bestuursorganen op het niveau van de centrale overheid al veel met bestuursregels, en dat is zeker niet minder geworden, waarschijnlijk meer. Tim Borman schreef in 2010 een artikel in *RegelMaat*, 'Alles ineen: het combineren van uitvoeringsregels', waarin hij op vermakelijke wijze aantoont hoe onder invloed van beleid gericht op het terugdringen van regels en lasten, regels tellen tot een soort sport verwordt, en departementale regelgevers op een slimme manier proberen de regelteller 'laag' te houden.[136] Dat kan bijvoorbeeld door het combineren van voorheen afzonderlijke algemene maatregelen van bestuur of afzonderlijke ministeriële regelingen. En soms kan je ook iets regelen in een beleidsregel, waarvoor je eigenlijk ook een algemeen verbindend voorschrift had kunnen gebruiken. Tellen en vergelijken van aantallen regels blijft lastig. De totalen van 2016 liggen met zo'n 120.000 bepalingen (zie hierboven) wat lager dan het totaal van 140.000 bepalingen van De Jong en Herweijer uit 2004. Wat die aantallen dan ook precies mogen zeggen.[137]

135 Bij wetten rekenen we dan volgens het 2016-gemiddelde van 28,4, voor AMvB's en ministeriële regelingen houden we de gemiddelden van 2004 aan. Ingewikkeld is het om tot een gemiddelde bepaling-berekening te komen bij beleidsregels. In weerwil van wat de Aanwijzingen voor de regelgeving adviseren, hebben lang niet alle beleidsregels een artikelopbouw. Van de 930 beleidsregels zijn er maar 241 waarbij dat het geval is. Het gemiddelde aantal bepalingen in een beleidsregel mét artikelopbouw is 8,2. Rekenen we op basis van dat gemiddelde *alle* beleidsregels mee, dan komt het eindtotaal van bepalingen uit alle regelingen op ca. 122.988 uit, rekenen we *alleen* de beleidsregels met artikelopbouw mee (241x8,2), dan komt het eindtotaal van de bepalingen op ca. 117.805.

136 Borman 2010, p. 275 e.v.

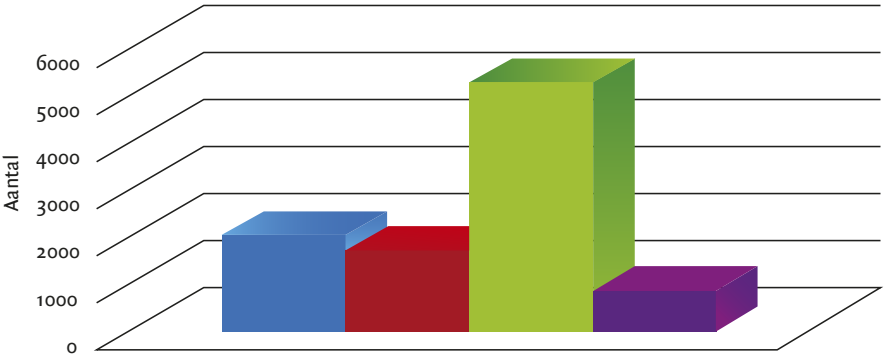
137 Nog daargelaten de hele kwestie van lange en korte bepalingen en de hoeveelheid en soorten normen die door een bepaling worden uitgedrukt. De totalen zeggen daarom niet zoveel en zijn over de jaren heen moeilijk met elkaar te vergelijken.

Figuur 1 Aantal regels op rijksniveau (inclusief wijzigingswetten), 2016



	Total
wet	2028
AMvB	1698
ministeriële-regeling	5287
beleidsregel	873

Figuur 2 Aantal regels op rijksniveau (exclusief wijzigingswetten), 2016

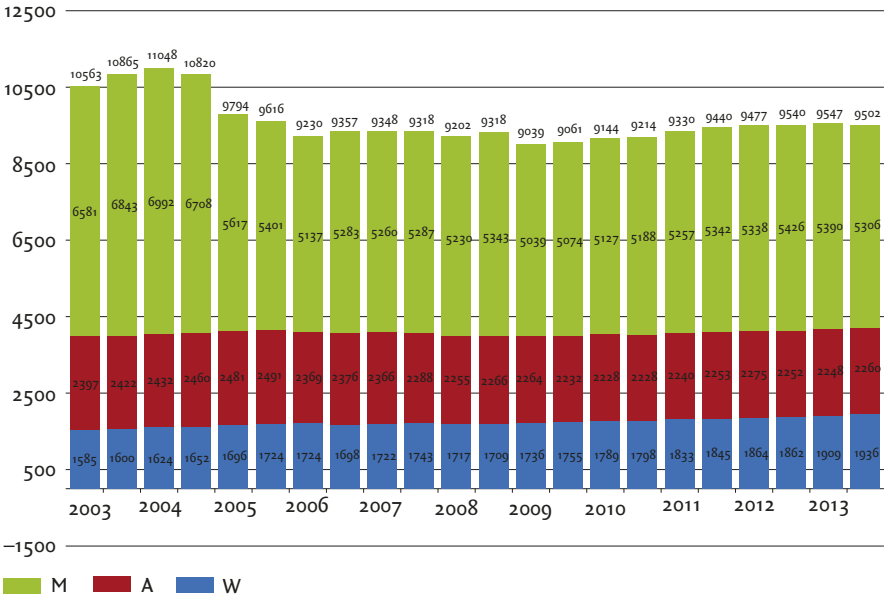


	Total
wet	1973
AMvB	1698
ministeriële-regeling	5287
beleidsregel	873

Het beeld van een min of meer constant gebleven regelproductie op het niveau van de centrale overheid komt ook wel overeen met de vergelijkende cijfers die we daarvan hebben vanaf 2004, waarbij je wel wat door de cijfers heen moet kijken. Het grotere aantal wetten in 2016 staat in verband met een aantal grote stelselwijzigingen, maar

moet weer worden afgezet tegen het sterk gedaalde aantal algemene maatregelen van bestuur. Dat zijn tot op zekere hoogte communicerende vaten.

Figuur 3 Aantal geldende wetten (W), AMvB's (A) en ministeriële regelingen (M) per 1 januari 2003-2013 zoals opgenomen in het Basiswettenbestand[138]



Wat zeggen deze aantallen over interventies en relaties tot de vorm waarin ze zijn gegoten? Niet zo heel veel natuurlijk, want een interventie in de vorm van een gedragsvoorschrift correleert niet een-op-een met een artikel in een regeling. En heel veel voorschriften uit regelingen zijn, zoals we al zagen, gericht op institutioneel gedrag, de zogenoemde competentievoorschriften, die juridisch gedrag van bestuursinstanties of natuurlijke personen sturen of mogelijk maken (denk aan bevoegdheden e.d.). Het aantal voorschriften zegt ook weinig over de wijze waarop wordt geïntervenieerd. Om een voorbeeld te geven. Artikel 5.1 (omgevingsvergunningplichtige activiteiten) van de Omgevingswet (die op 1 januari 2019 in werking treedt), eerste lid, bepaalt: 'Het is verboden zonder een omgevingsvergunning de volgende activiteiten te verrichten: a. een bouwactiviteit (...).' Dat is een verbod met een hele grote portee – een diep reikende interventie. Er mag eigenlijk – op enkele uitzonderingen na, niet gebouwd worden – een verbod dat iedereen raakt. Mocht het bij de Eerste Kamer aanhangige wetsvoorstel Instelling van een gedeeltelijk verbod op het dragen van gezichtsbedekkende kleding in het onderwijs, het openbaar vervoer, overheidsgebouwen en de zorg (Wet gedeeltelijk verbod gezichtsbedekkende

138 Exclusief BES-regelgeving en materieel uitgewerkte regelingen. Bron: Brief van de Ministers van Economische Zaken, Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Veiligheid en Justitie en voor Wonen en Rijksdienst 2013, *Kamerstukken II* 2012/13, 29362, nr. 224.

kleding)[139] het tot wet schoppen, dan zal artikel 1, eerste lid, daarvan luiden: '1. Het is verboden om in het openbaar vervoer en in gebouwen en bijbehorende erven van onderwijsinstellingen, overheidsinstellingen en zorginstellingen kleding te dragen die het gezicht geheel bedekt of zodanig bedekt dat alleen de ogen onbedekt zijn, dan wel onherkenbaar maakt.' Een interventie die slechts weinigen betreft.[140] Toch zijn het allebei verbodsvoorschriften, met heel verschillende soorten interventies naar karakter en reikwijdte. Zo bezien brengt het tellen ons niet veel verder. Het enige wat we wel kunnen constateren, is dat het aantal regelingen en voorschriften de laatste tien jaar betrekkelijk constant is, wellicht zelfs enigszins lijkt te dalen.

Natuurlijk moeten we de regels afkomstig van decentrale overheden niet vergeten. Ook daarmee vinden interventies plaats. Naar onze schatting zijn er in totaal 25.438 van die regels, maar we telden daar niet de uitvoeringsregels en de beleidsregels van bijvoorbeeld gemeenten en provincies bij. Niet uit luiheid, maar omdat er eigenlijk geen vergelijkingsmateriaal uit andere jaren beschikbaar is, en omdat bij dit soort cijfers alles relatief is – nog daargelaten of je ze wel zou kunnen vinden.[141] Niet iedere burger heeft gelijkelijk met de interventies van bijvoorbeeld een gemeentelijke regeling te maken. Per gemeente kan dat verschillen. Ook daalde het aantal gemeenten tussen 2004 van 636 naar 390 begin 2017. En zo zijn er nog meer factoren die het waarnemen van een patroon of tendens lastig maken. Er is in ieder geval geen reden om aan te nemen dat decentrale overheden in de afgelopen twee decennia ineens heel veel meer regels vast zijn gaan stellen. Maar dat hoeft nog niet te betekenen dat dat ook werkelijk zo is.

Figuur 4 Aantallen decentrale regelingen 2017, bron: *www.overheid.nl wet- en regelgeving*[142]

Openbaar lichaam	29
Deelgemeente	7
Gemeente	24437
Koninkrijksdeel	95
Nederlandse Antillen	93
Provincie	307
Regionaal Samenwerkingsorgaan	201
Waterschap	269
totaal	25.438

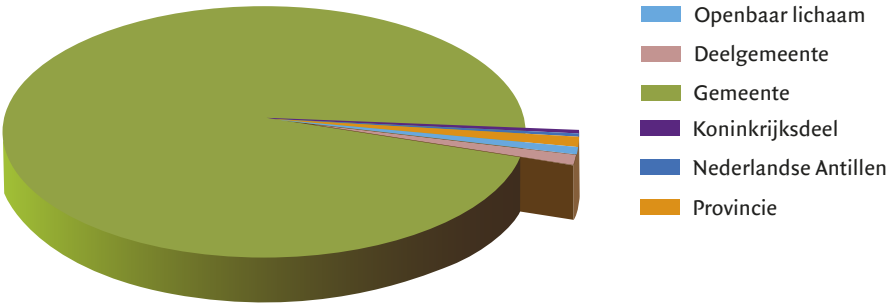
139 *Kamerstukken II* 2015/16, 34349, nr. 2.

140 De Raad van State schat, in zijn kritische advies op dit voorstel, dat slechts 200 tot 400 vrouwen islamitische gezichtsbedekkende kleding dragen. Het is 'in dit licht bezien niet waarschijnlijk dat scholen, overheidsinstellingen, het vervoer of de zorg op enigszins relevante schaal met dit verschijnsel te maken krijgen', volgens de Raad. *Kamerstukken II* 2015/16, 34349, nr. 4.

141 In de praktijk is er veel variatie in de benaming van deze besluiten die verwarrend kan zijn. Zo worden besluiten die het college van B&W neemt op basis van een gedelegeerde bevoegdheid uit een gemeentelijke verordening hier en daar nog steeds 'verordening' genoemd, hetgeen verwarrend is, net als de benaming 'besluit' of 'richtsnoer' voor beleidsregels. Zie voor handreikingen om de consistentie in de benaming en daarmee ook de toegang te verbeteren, Konijnenbelt 2015, met name par. 2.

142 Geraadpleegd op 3 januari 2017.

Figuur 5 Overzicht aantallen decentrale regelingen 2017



3.10 Aantallen bestuurshandelingen, aantallen beschikkingen

Hoe leggen we dan de puzzel van het aantal interventies als we zouden willen kijken naar bestuursinstrumenten? We stelden vast dat de overheid kan interveniëren of sturen via gedragsvoorschriften in regels. De overheid doet dat ook via een ander juridisch bestuursinstrument, het besluit, meestal in de vorm van beschikkingen, maar ook in de vorm van plannen bijvoorbeeld. De beleidsregels rekende ik bij de algemene regels. Hoeveel we er daar van hebben, is onduidelijk. We houden veel bij in Nederland, maar niet dat. Net zo min als het aantal feitelijke handelingen van besturen of hoeveel overeenkomsten ze sluiten. Dat gaat ons dus niets leren over de verhouding interventie per bestuursinstrument. Of moeten we uit een ander vaatje tappen? We weten dat grofweg gesproken de begrotingsomvang tussen de jaren 1994 en 2016 is verdubbeld en dat het aantal regelingen op rijksniveau sinds 2004 redelijk constant is gebleven, alhoewel enigszins afgenomen. Als we daarbij de wetenschap voegen dat op welke wijze dan ook de begroting via het bestuur direct of middellijk – verpakt in enige interventievorm – uiteindelijk in de samenleving aankomt, dan zouden we eens kunnen kijken hoe het bestuur zich inricht op de verdubbeling van die begroting. Dat zou je bijvoorbeeld af kunnen lezen aan het aantal ambtenaren dat het bestuur nodig heeft om die begroting 'uit te rollen'.

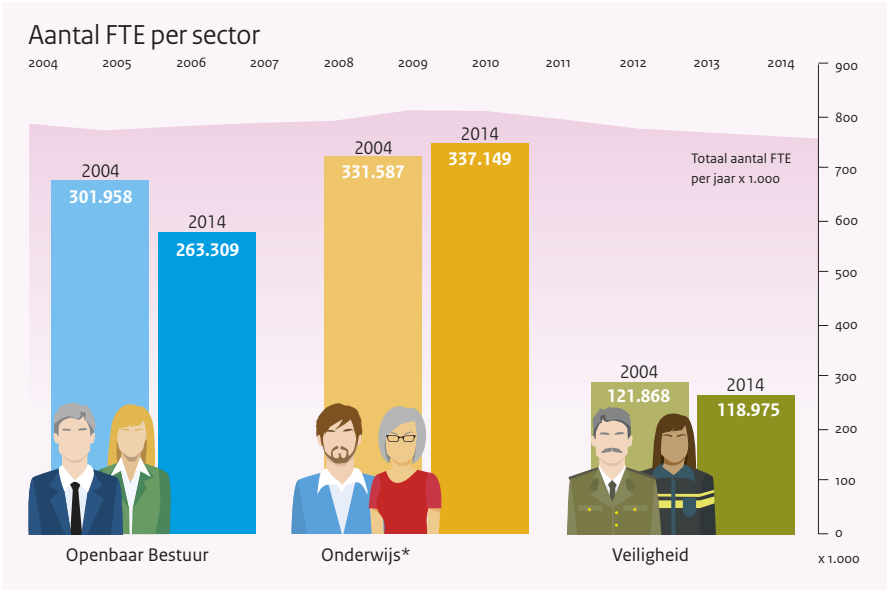
3.11 Meer ambtenaren?

Het begin van het millennium stond in het teken van het terugdringen van van alles: regels, lasten en ook de omvang van het ambtenarencorps werd kritisch de maat genomen in Nederland. Dat corps moest worden teruggedrongen en dat lijkt ook te zijn gelukt. De *Jaarrapportage Bedrijfsvoering Rijk 2011*[143] meldt een totale afname van meer dan 10.000 fte[144] sinds 2006. Een trend die doorzet tot op de dag van vandaag,

143 Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2012.
144 10.616 fte om precies te zijn – waarbij wel gemeld moet worden dat dit later nog is gecorrigeerd met de cijfers voor de zbo's die niet allemaal waren meegenomen.

zoals het vrolijke tekeningetje uit het BZK-rapport *Werken in de publieke sector 2015; trends en cijfers, 2015* laat zien.

Figuur 6 Aantal fte Publieke sector, ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijkrelaties, *Werken in de publieke sector 2015; trends en cijfers, 2015*[145]



Zo'n dikke 770 fte per 2014 en het plaatje laat zien dat die omvang sinds 2004 redelijk constant is gebleven. Ook hier geldt dat deze cijfers niet het hele verhaal vertellen. Want er zijn '*Lies, damned lies, and statistics*'.[146]

In zijn oratie uit 2012 laat Frits van der Meer bijvoorbeeld zien dat er al jarenlang minder personen voor de overheid werken, al dan niet als ambtenaar.[147] De piek in overheidspersoneel werd bereikt rond ongeveer 1980. Na midden jaren tachtig vindt er met de privatisering, afstoting van taken en in de context van de gewenste terugtredende overheid een proces plaats waarbij het openbaar bestuur zich steeds meer terugtrekt uit de directe productie van taken op het economische, gezondheids- en

145 De cijfers van het UWV over dezelfde jaren laten nog een grotere daling van het aantal ambtenaren zien tussen 2004 en 2014 zien – 49.000. Gerrit Dijkstra wijst er wel op dat die daling van 49.000 arbeidskrachten een vertekend beeld geeft, omdat het personeel van de gemeenschappelijke regelingen (Wgr) niet in de cijfers is meegerekend. Als we het Wgr-personeel wel meetellen, bedraagt die daling nog 'slechts' 37.000 ambtenaren. Het blijft sowieso lastig nauwkeurig te vergelijken tussen de jaren, vanwege verplaatsings- en definitieproblematieken, verschillende peildata en een steeds veranderende samenstelling van het openbaar bestuur.

146 De Amerikaanse auteur Mark Twain noemt de Britse premier Benjamin Disraeli als bron voor deze uitspraak. Maar in het werk van Disraeli blijkt daar niets over te vinden.

147 Van der Meer 2012. https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/19715/Oratie%20Van%20der%20Meer.pdf?sequence=1. Geraadpleegd 26 januari 2017.

culturele terrein. Op rijksniveau worden staatsbedrijven geprivatiseerd (waaronder de hele grote PTT[148]), tot op het niveau dat ze eigenlijk niet meer bestaan. Eenzelfde proces vindt (nog steeds) plaats bij decentrale overheden. Ook daar worden nutsbedrijven, het (gemeentelijk) openbaar vervoer, woningbouwbedrijven, (gemeentelijke) zorginstellingen, en dergelijke steeds vaker via privatisering of verzelfstandiging buiten het eigenlijke openbaar bestuur geplaatst.[149] Zo waren, volgens Van der Meer, bij gemeenten in 1982 ongeveer 62.000 personeelsleden in voorgenoemde sectoren (nutsbedrijven, zorg, vervoer, post, telefonie, woningbouwbedrijven) werkzaam op een totaal van ongeveer 230.000. 'Die sectoren en hun personeel behoren niet meer (of niet meer direct) tot de gemeentelijke overheid; via het decentralisatiebeleid zijn daar andere taken voor in de plaats gekomen of uitgebreid. Over provincies met hun energiebedrijven kan iets soortgelijks worden verteld. Nu nadert de omvang van het productiepersoneel in directe dienst van overheden de nul.'[150]

Figuur 7 Ontwikkeling van het aantal ambtenaren (x1000) bij de Rijksdienst in Nederland 1899-2010[151] – bron: Van der Meer 2012[152]

148 Waar ongeveer 100.000 mensen werkten.

149 Met allerlei gevolgen ook voor de mogelijkheden tot politieke sturing en publieke verantwoording van het publieke geld dat door de handen van geprivatiseerde, dan wel verzelfstandigde overheidsdiensten gaat. Zie daarover ook Parlementair Onderzoek Privatisering/Verzelfstandiging, *Kamerstukken I* 2012/13, C, B, o.a. p. 14.

150 Van der Meer 2012, p. 15.

151 Overgenomen uit Parlementair onderzoek privatisering/verzelfstandiging. De figuur laat alleen de aantallen rijksambtenaren zien, niet de aantallen medewerkers van zelfstandige bestuursorganen. Dat zouden er, naar schatting, evenveel zijn. Zie Parlementair onderzoek privatisering/verzelfstandiging, *Kamerstukken I* 2012/13, C, B, p. 30. Zie ook De Kruijff 2011. Deze cijfers zijn wel meegenomen in het rapport van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijkrelaties, *Werken in de publieke sector* 2015, dat hierna nog aan de orde komt.

152 Van der Meer 2012. https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/19715/Oratie%20Van%20der%20Meer.pdf?sequence=1.

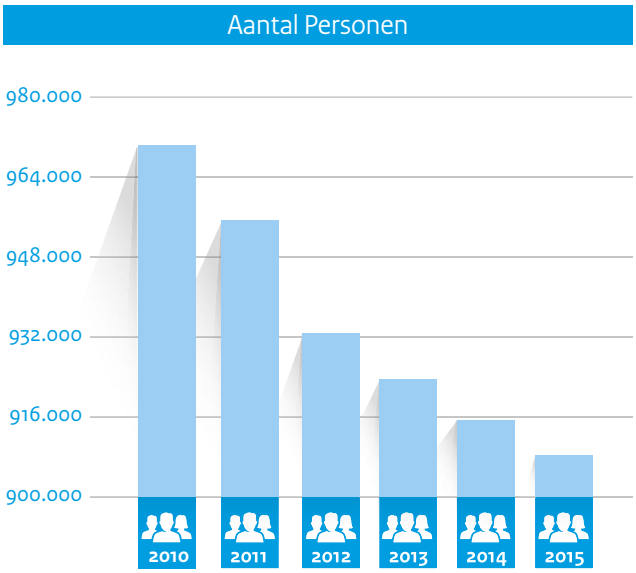
Nu geldt voor het tellen van het aantal ambtenaren nog meer dan voor het tellen van regels dat dat soort operaties is gedoemd tot perversie. Van der Meer en Dijkstra wijzen er in een recent artikel op dat er veel valkuilen bestaan bij het tellen van overheidspersoneel (schuivende definities, verschillende peildata en veranderde samenstelling van het openbaar bestuur) en dat de overheid ook nogal eens naar zichzelf (lees: de doelstellingen) toerekent.[153] Maar, met alle mitsen en maren en nodige correcties van dien, concluderen ze:

> 'Maar goed, voor degenen die van een kleinere overheid houden kan nog wel gemeld worden dat op grond van een bevolkingsstijging tussen 1983 en 2014 het aantal ambtenaren in verhouding tot de bevolking gedaald is.'[154]

Al deze cijfers geven natuurlijk nog geen afdoende beeld van het aantal personen dat in rijksdienst werkt, want velen werken in de semipublieke sector en voor zelfstandige bestuursorganen. Wat gewonnen is aan de ene kant aan minder rijksambtenaren komt er misschien wel weer bij via personeel werkzaam bij de semipublieke sector, zou je zo kunnen denken.

De meest recente cijfers die het trendbericht van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties daarover geeft (2016)[155] probeert dat allemaal mee te nemen. Dat geeft het volgende plaatje waarin alle personeel in dienst van overheid en semioverheid is meegenomen.

Figuur 8 Personen werkzaam voor de overheid 2015



153 Zie Van der Meer & Dijkstra 2016. www.mejudice.nl/artikelen/detail/drie-valkuilen-en-denkfouten-in-de-drang-naar-een-kleinere-overheid (geraadpleegd 25 januari 2017).
154 Van der Meer & Dijkstra 2016.
155 Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijkrelaties 2016.

Een flinke afname dus van ca. 55.000 fte (bijna 60.000 mensen) in de afgelopen vijf jaar.

Figuur 9 Personen werkzaam voor de overheid – gemeenschappelijke regelingen en zbo's 2015

2.2 Gemeenschappelijke regelingen

2.2.1 Omvang

	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Aantal personen	28.195	29.140	30.843	33.680	36.519	38.384
Werkzaam in fte's	24.439	25.313	26.757	29.403	32.040	33.790

2.3 Zelfstandige Bestuursorganen

2.3.1 Omvang (in fte)

	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Werkzaam in fte's	42.681	40.492	40.222	39.796	39.032	38.998

Het personeel in dienst voor gemeenschappelijke regelingen neemt toe met ca. 9.000 fte, daar staat dan weer een afname van ca. 3600 fte van personeel in dienst van zbo's tegenover. Die verschuivingen hebben ongetwijfeld te maken met de decentralisaties van taken in het sociale en zorgdomein per 2015.

Kort en goed: sinds 2010 heeft de overheid (in totaal) ca. 6,4% minder personeel in dienst (en wordt ook ca. 6,6% minder fte ingezet). Rekenen we nog verder terug (vanaf 2006), dan zien we grofweg een afname van 10% van personeel en fte in de afgelopen tien jaar.

Figuur 10 Totaalplaatje personen en fte's 2010-2015

2.1 Omvang van de overheid

2.1.1 Aantal personen

	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Openbaar Bestuur	**324.707**	**314.961**	**305.925**	**296.675**	**289.028**	**286.315**
Rijk	122.537	119.065	116.997	116.413	116.865	116.528
Gemeenten	175.176	169.499	163.115	155.140	147.827	145.464
Provincies	13.217	12.625	12.179	11.494	10.868	10.970
Rechterlijke Macht	3.692	3.665	3.564	3.537	3.482	3.420
Waterschappen	10.085	10.107	10.070	10.091	9.986	9.933
Onderwijs en Wetenschappen	**512.377**	**510.679**	**499.710**	**501.588**	**503.332**	**501.723**
Primair Onderwijs	186.587	182.793	177.193	177.922	175.864	171.654
Voortgezet Onderwijs	106.093	106.002	105.991	105.922	106.376	107.037
Middelbaar Beroepsonderwijs	57.162	55.787	52.002	51.204	51.776	52.858
Hoger Beroepsonderwijs	41.732	42.443	43.015	43.352	44.569	45.779
Wetenschappelijk Onderwijs	52.851	54.185	53.346	53.089	54.140	53.850
Onderzoekinstellingen	2.756	2.751	2.866	2.763	2.746	2.791
Universitair Medische Centra	65.196	66.718	65.297	67.336	67.861	67.754
Veiligheid	**133.487**	**129.884**	**127.210**	**125.710**	**123.153**	**120.007**
Defensie	68.956	65.027	61.770	60.621	59.123	57.510
Politie	64.531	64.857	65.440	65.089	64.030	62.497
Totaal Overheid en Onderwijs	**970.571**	**955.524**	**932.845**	**923.973**	**915.513**	**908.045**

2.1.2 Aantal in fte

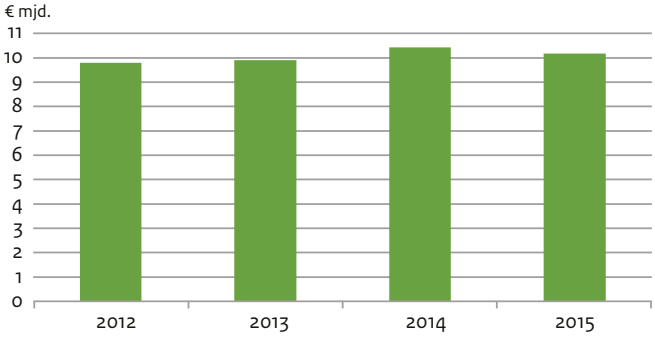
	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Openbaar Bestuur	**293.494**	**284.813**	**277.418**	**269.765**	**263.480**	**261.295**
Rijk	114.272	110.992	109.098	108.836	109.658	109.150
Gemeenten	154.480	149.517	144.490	137.689	131.258	129.574
Provincies	11.929	11.393	11.028	10.431	9.883	9.993
Rechterlijke Macht	3.439	3.419	3.324	3.308	3.267	3.210
Waterschappen	9.374	9.492	9.478	9.500	9.414	9.368
Onderwijs en Wetenschappen	**404.799**	**401.041**	**392.861**	**393.277**	**393.532**	**392.441**
Primair Onderwijs	141.090	136.793	131.338	130.099	127.871	124.127
Voortgezet Onderwijs	86.572	86.200	86.239	85.880	86.478	86.791
Middelbaar Beroepsonderwijs	46.392	45.242	42.231	41.634	42.082	43.010
Hoger Beroepsonderwijs	31.307	31.967	32.349	32.834	33.858	34.893
Wetenschappelijk Onderwijs	43.346	43.834	43.293	43.876	44.317	44.681
Onderzoekinstellingen	2.526	2.536	2.647	2.556	2.544	2.585
Universitair Medische Centra	53.567	54.470	54.764	56.397	56.383	56.354
Veiligheid	**127.650**	**124.496**	**122.008**	**120.910**	**118.975**	**117.685**
Defensie	67.871	64.108	60.943	59.860	58.372	56.805
Politie	59.779	60.387	61.065	61.050	60.603	60.880
Totaal Overheid en Onderwijs	**825.942**	**810.350**	**792.287**	**783.952**	**775.987**	**771.420**

3.12 Uitbesteding?

Een bijna verdubbeld budget sinds 1994, een ongeveer gelijk blijvend aantal regelende interventies en bijna 10% minder ambtenaren en personeel in dienst van de (semi-)overheid. Wat mogen we daaruit afleiden? Ten eerste dat het budget niet – in ieder geval niet meer dan vroeger – wordt verspijkerd aan het apparaat van de overheid zelf: de overheid zet zelf minder personeel in.[156] Dat zou tot een mogelijke tweede conclusie kunnen leiden: de overheid doet het niet meer zelf, maar laat het doen door anderen die daartoe via contracten opdrachten krijgen. Een overheid die zijn publieke taak voor een groot deel aanbesteedt.

Jaarlijks kopen alle overheidsdiensten voor ruim € 60 miljard aan producten en diensten in.[157] € 10,2 miljard daarvan wordt ingekocht door de centrale overheid. Dat bedrag is de afgelopen jaren betrekkelijk constant gebleven. In 2010 was het € 10,5 miljard, in 2011 € 9,9 miljard. De grafiek laat de ontwikkeling voor de jaren 2012-2015 zien.

Figuur 11 Inkoop van producten en diensten centrale overheid 2012-2015[158]



Bron: inkoopuitgaven database.

Dat vertelt alleen iets over de trend bij de centrale overheid. De zaak zou natuurlijk heel anders kunnen liggen bij de andere overheden. Gedetailleerde gegevens

156 In de kosten voor het personeel zijn overigens de overheadkosten inbegrepen. 'Overhead' zegt alleen iets over het *deel* van een (personeels)budget dat een organisatie aan de eigen organisatie besteedt. Zie voor de ontwikkeling en de omvang van overheadkosten in de publieke sector Huijben 2011.

157 Dit volgens de overheid zelf. Zie www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/aanbesteden (laatst geraadpleegd 30 januari 2017) over de totalen van het inkoopvolume. Er gaan ook hogere cijfers om (ca. € 70 miljard), zij het dat die berusten op eigen inschattingen van organisaties, zoals die van *Pianoo* (een expertisecentrum voor aanbesteden). Zie www.pianoo.nl/document/13169/inkoopvolume-van-nederlandse-overheid (geraadpleegd 6 maart 2017). Pianoo (en het rapport waarop de inschatting zich baseert) neemt wel veel aankopen van semi-overheid (zoals academische ziekenhuizen) mee die in de berekeningen van de overheid zelf (terecht denk ik) buiten beschouwing blijven.

158 Uit: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2015, p. 46.

over de ontwikkeling van producten en diensten daar konden we niet achterhalen.[159] Wel weten we dat het totale inkoopvolume van alle Nederlandse overheden in 2006 € 54,8 miljard en in 2007 € 57,1 miljard betrof.[160] Dat zou betekenen dat de omvang van die inkoop tot aan 2016 (net boven de 60 miljard) met gemiddeld ca. 6,7% is gestegen. Ongeveer gelijk aan het percentage afname van personeel in dienst van de overheid in die periode vanaf 2006.

Dat leidt tot een derde observatie: het lijkt erop dat het bestuur erin slaagt met minder personeel meer budget weg te zetten in de samenleving. Dat klinkt fabriekshal-achtig, maar om het wat warmer te zeggen: het zou kunnen duiden op een efficiënter werkend bestuur. Het zou er ook op kunnen duiden (wat samenhangt met die efficiency-slag) dat het bestuur inderdaad, volgens de duiding van Ymre Schuurmans, veel meer als maakindustrie optreedt en zich niet langer verliest in complexe, dure detailhandelvraagstukken van de afwegingen die moeten leiden tot het maatpak van het geïndividualiseerde besluit (beschikking). Ook ziet het ernaar uit dat het bestuur veel meer op bovenindividueel niveau afwegingen maakt en generieke interventiebeslissingen neemt, via beslissingen die naar hun aard terecht zullen komen in generieke instrumenten zoals (beleids)regels. Meer begroting en meer interventies, met minder personeel en iets meer uitbesteding, is ook alleen maar mogelijk als het proces van het nemen van besluiten wordt geautomatiseerd. Dat lijkt op grote schaal te gebeuren, getuige ook de kosten voor automatisering. Die werden door de Algemene Rekenkamer in 2009 nog geschat op € 2,1 miljard per jaar,[161] maar worden inmiddels veel hoger geraamd (ca. € 5 miljard in 2012).[162] Nauwkeurige(r) cijfers zijn er niet, zeker niet voor de laatste jaren. Een afname van de kosten en investeringen gemoeid met overheidsautomatisering sinds 2012 is echter onwaarschijnlijk.

3.13 Automatisering en algoritmisering

Grootschalige automatisering laat de besluitvorming zelf allerminst onberoerd; processen van (voorheen 'handmatige') belangenafweging worden, daar waar maar enigszins mogelijk, omgezet naar algoritmen – pas dan kan een computer er iets mee doen. En dat heeft weer tot gevolg dat de belangenafweging zelf generieker wordt. Je kunt immers niet per geval een algoritme bouwen, als je dat al zou willen. Van die *algoritmisering van de individuele belangenafweging* zie je op papier weinig terug – buiten dan wat loze mededelingen als: 'Deze brief is centraal in een geautomatiseerd proces vervaardigd en is daarom niet ondertekend.' De aan een individuele beschikking ten grondslag liggende algoritmes hoeven niet als zodanig in een algemeen verbindend voorschrift of beleidsregel te zijn neergelegd. Zolang een bestuursorgaan

159 Het volgen van de ontwikkeling van de aanbestedingen bij decentrale overheden wordt ook bemoeilijkt door de weinige en moeilijk onderling vergelijkbare gegevens. Zie Telgen 2001.

160 Zie Weijnen & Berdowski 2012, p. 9-12. Zij maken gebruik van cijfers afkomstig van het CBS.

161 Algemene Rekenkamer 2011.

162 Zie het redactioneel op de Blog *AG Connect*, 'Wat kost IT de overheid eigenlijk?', van 7 september 2012 http://agconnect.nl/artikel/wat-kost-it-de-overheid-eigenlijk (laatst geraadpleegd 1 februari 2017).

op hoofdlijnen uit kan leggen (als een redelijk oordelend bestuursorgaan) hoe het tot zijn beschikking is gekomen, en die informatie ook deelt, is daar de kous mee af.[163] Het bestuursorgaan hoeft al evenmin gedetailleerd uit de doeken te doen hoe zo'n beschikkingsalgoritme in elkaar steekt en hoeft dus ook geen gedetailleerd inzicht te geven in de belangenafweging die erachter steekt. Vanuit het oogpunt van een rechtsbescherming zoekende burger is dat natuurlijk vervelend, zeker als het aangrijpingspunt voor die rechtsbescherming de individuele beschikking is. Een gedeelte van de individuele belangenafweging blijft, door die algoritmisering buiten zijn of haar bereik (lees: die kan de rechtsbescherming zoekende burger niet kennen). En het gedeelte dat mogelijk wel kenbaar is, zal naar zijn aard (uitdrukking gevend aan een bovenindividuele, generieke afweging) nagenoeg altijd zijn opgenomen in een algemene regel (algemeen verbindend voorschrift of beleidsregel). Automatisering leidt tot meer algoritmes en daarmee tot meer generieke vormen van belangenafweging, uitgedrukt in voor een computer leesbare regels, maar die regels vinden maar ten dele hun weerslag in op schrift gestelde algemene regels (beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften).[164] Voor iemand die langs de lijn van de individuele beschikking rechtsbescherming zoekt, is dat onder het bestuursprocesrecht van de Awb een dubbele verliespost.

Al met al heeft de hierboven geschetste situatie een cumulatief opdrijvend effect op bestuurlijke interventies. Die interventies nemen sterk toe (af te lezen uit de groei van het budget), de afwegingen erachter worden steeds generieker en vaker ook verpakt in de vorm van algoritmes en gedeeltelijk in regels.[165] De wereld van de *autobureaucratie*.[166] Het Awb-bestuursprocesrecht gaat dan onbedoeld fungeren als een mantel van onzichtbaarheid voor het bestuur: via generiekere belangenafweging en algoritmisering (al dan niet uitgedrukt in bekendgemaakte algemene regels) worden veel bestuurlijke afwegingen buiten het bereik van rechterlijke toetsing gehouden.[167] Over de band van de individuele beschikkingen is het maar heel moeilijk iets

163 De Rechtbank Rotterdam nam in een voorlopige voorzieningszaak uit 2010 aan dat, als er geen wettelijke verplichting bestaat om een algoritme, dat bij een veilingprocedure door de overheid wordt gebruikt, (vroegtijdig) openbaar te maken, dat ook niet op andere grond (bijvoorbeeld zorgvuldigheid) behoeft te gebeuren. Rb. Rotterdam 25 oktober 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY2637.

164 Zie over het 'inpassen' van regelgeving in informatiesystemen van de overheid, maar ook in die van bedrijven en wat dat betekent voor regelgeving zelf, Hulstijn 2012.

165 Zie Barkhuysen 2016, p. 1527.

166 Zie Jorna 2009. Jorna laat ook zien hoe na een aanvankelijk stroef begin (1994-1997) de Awb snel is geïncorporeerd in de praktijk van uitvoeringsorganisaties, die zich grotendeels bedienen van geautomatiseerde besluitvorming.

167 In een uitzending van 1 februari 2017 gaf het televisieprogramma ZEMBLA een schokkend inkijkje in de manieren waarop de Belastingdienst met behulp van geautomatiseerde systemen probeert de efficiëntie van belastinginning te vergroten. In die uitzending wordt projectorganisatie 'De Broedkamer', die in 2016 overging in het bedrijfsonderdeel *Data & Analytics*, op de korrel genomen. Als belangrijke spil in de reorganisatie van de Belastingdienst hield die Broedkamer zich bezig met het aan elkaar koppelen van verschillende gegevens en die op andere manieren te analyseren om zo de Belastingdienst in staat te stellen tegen minder kosten meer belastinggeld op te halen. De uitzending probeert een sfeer van schimmen en geesten op te wekken, waarbij een groep consultants willens en wetens de wetten en regels terzijde willen schuiven om zo een beter resultaat te halen. Of dat ook werkelijk zo is, valt nog te bezien, maar wat wel zonneklaar is, is dat voor de bestuurlijke individuele afwegingen en beoordelingen waarvoor

te ondernemen – dat is voor veel van die geautomatiseerde beschikkingen niet meer dan de slotsom van de gebruikte criteria en afwegingen. Alleen als er iets vergeten is, of alsnog een procedurele fout is gemaakt, dan wel iets (toch nog) onvoldoende is toegelicht, is er iets tegen dat eindbesluit te ondernemen. De kern van de overwegingen en afwegingen van het bestuur is bij een geautomatiseerde beschikking tegenwoordig moeilijk nog te raken. Verantwoordelijkheid ervoor kan verdwijnen, zoals Corien Prins in haar VAR-preadvies van 2011 vaststelde.[168]

In de praktijk zijn werkmethoden, instructies, meetmethoden en algoritmes moeilijk aan te pakken – het gebeurt dan ook weinig.[169] Zo veel mogelijk generieke afwegingen levert driedubbele efficiencywinst op voor het bestuur. De kosten gemoeid met individuele afwegingen kunnen worden gedrukt, (gedeeltelijke) automatisering van de beschikkingen wordt eenvoudiger, en ook de kosten voor bezwaar en beroep worden gedrukt, ingeval een eiser de kern van de belangenafweging ter discussie zou willen stellen.

Dat heeft wel belangrijke nadelen. Ten eerste geeft de wetgever bestuursorganen meestal geen bestuursbevoegdheden (waaronder interpretatieruimte) om louter als stempelmachine werkzaam te zijn, maar juist om aan de hand van een situationele inschatting van de betrokken belangen een geïndividualiseerd besluit te nemen. En dat gebeurt nu juist niet als je geen echte individuele afweging meer maakt, maar generiek werkt – hoe aardig dat misschien ook moge zijn vanuit een oogpunt van rechtszekerheid. Moderne democratische rechtsstaten zetten waar het de bestuursfunctie betreft juist niet alleen in op mechanische uitvoering, maar juist ook op een aandeel van het bestuur in rechtsontwikkeling. Zouridis zegt daar in zijn proefschrift over geautomatiseerd beschikken over:

> 'Als de uitvoering niet is geautomatiseerd, vindt in veel opzichten een voortdurend proces van rechtsontwikkeling plaats. (...) Iedere situatie die niet zonder meer in het juridisch beoordelingskader kan worden geplaatst daagt het recht uit tot heroverweging, ook op het niveau van de onderliggende "idealen". (...) Tussen het ideaal dat in het recht is verankerd en de uitvoering van de wet in de praktijk bestaat een zekere ruimte, en de invulling daarvan geschiedt in een voortdurend proces. Deze ruimte

---

de belastinginspecteur staat (controle aangifte, vaststellen aangifte, etc.) algoritmes worden gebouwd waarin een aantal elementen zitten die bestuurden, noch de politiek verantwoordelijken, noch de controlerende volksvertegenwoordigers ooit te zien hebben gekregen. Die klaagden dan ook luid 'ach en wee' in de uitzending, maar in wezen is dit een heel normaal verschijnsel in geval van automatisering en daarmee gepaard gaande algoritmisering van bestuurlijke belangenafwegingen. Zie ZEMBLA: 'Prutsen en pielen zonder pottenkijkers', woensdag 1 februari 2017 uitgezonden tussen 21:20-21:55 uur VARA NPO 2. http://zembla.vara.nl/nieuws/belastingdienst-overtreedt-willens-en-wetens-privacywet (laatst geraadpleegd 2 februari 2017).

168 Prins 2011, p. 110.

169 De Centrale Raad van Beroep pakte in 2006 al wél een keer door in het geval van ingewikkelde, haast olografische werkinstructies die UWV hanteerde en die aan de cliënt werden tegengeworpen als 'bekend'. Volgens de Raad kon in dit geval 'in zijn algemeenheid niet staande worden gehouden dat de in de werkinstructie onder a tot en met f beschreven situaties immer zodanig evident zijn dat ook voor niet in het CBBS ingewijde buitenstaanders de passendheid van de betreffende functie zich zonder nadere toelichting steeds op een relatief eenvoudige wijze zal kunnen laten vaststellen', CRvB 12 oktober 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AY9976. De uitspraak is een spreekwoordelijke witte raaf.

> is lang niet altijd aanwezig in een geautomatiseerde context. Het algoritme in de wet en in het systeem komen immers op een concreet niveau met elkaar overeen, hetgeen weinig ruimte laat voor invulling.'[170]

In het jaar 2000, toen Zouridis dit schreef, was de ervaring nog dat signalen van burgers 'kunnen leiden tot een individuele beoordeling, waarbij de normen zelf ter discussie kunnen worden gesteld. Het <<80/20-principe>> is', volgens Zouridis in 2000, 'nog steeds van toepassing, hoewel de verhouding geleidelijk verandert'.[171] Hij verwijst daarmee naar het 80/20-Paretoprincipe, dat inhoudt dat er een bepaalde 'gezonde' balans tussen kwaliteit en efficiëntie kan (blijven) bestaan als 80% van de meeste zaken standaard worden afgehandeld, en 20% van de zaken nadere (individuele) aandacht krijgt.

Harlow en Rawlings zijn, tien jaar na Zouridis, minder positief over de mogelijkheden om in een geautomatiseerde omgeving te laveren tussen de Scylla en Charybdis van enerzijds individuele bestuurlijke beoordeling en rechtsbedeling (ze noemen dat 'individuation' – het eigenlijke doel waarvoor de wetgever bestuursbevoegdheid gaf) en anderzijds het efficiënt en consistent besluiten. Ze stellen:

> 'It is a mistake to think that ICT can be programmed for "individuation"; it is for equal treatment and consistency that we turn to its data storage and retrieval capacities. To balance consistency with individual treatment in such situations is an almost impossible task. (...) computerisation (pushes) departmental[172] decision-making towards the "bureaucratic justice" model of administrative decision-making, in which the goal is the consistent and accurate application of rules and the means of redress are administrative and hierarchical: (...) With automated systems, rules have taken over from discretion and individuation.'[173]

Belangenafwegingen worden, in geval van een efficiënt opererende overheid generieker: regels nemen het over van individuele gevalsbeoordeling. De maakindustrie drukt als zo vaak het geval is de detailhandel uit de markt.[174]

3.14 De Bredase pillenverstopper: beleidsregels als vorm van generiek afwegen

Inderdaad, voor wie het al mocht zijn opgevallen: dit preadvies behandelt niet heel veel jurisprudentie. Dat is zeker niet omdat ik het niet interessant of belangwekkend zou vinden. Integendeel. De jurisprudentiële absentia is het loutere gevolg van een werkafspraak met collega-preadviseur Schutgens, die het op zich heeft genomen de

170 Zouridis 2000, p. 316.
171 Zouridis 2000, t.a.p.
172 'Departmental' wordt hier gebruikt, omdat het door Harlow en Rawlings aangehaalde voorbeeld dat hier aan de orde is (en dat zij zien als een kenmerkend voorbeeld) komt van het Britse Department of Social Security. Het mag dus ook gelezen worden als 'administrative'.
173 Harlow & Rawlings 2009, p. 221.
174 Vrij naar Schuurmans 2015.

voor het onderwerp rechtsbescherming tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels relevante jurisprudentie te behandelen. Zijn werk op dit terrein maakt ook meteen duidelijk waarom hij daarvoor zoveel beter is geplaatst dan ik.[175] Toch mag één recente uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 26 oktober 2016 op deze plaats niet ontbreken.[176] In die uitspraak laat de Afdeling namelijk zien oog te hebben voor de andere werkelijkheid van besturen met regels waarover ik hierboven sprak. De zaak betreft een last onder bestuursdwang opgelegd op grond van artikel 13b van de Opiumwet (de zgn. Wet Damocles). Bij een mevrouw uit Breda worden in haar woning maar liefst 721 XTC-pillen aangetroffen: een nogal flagrante overtreding van artikel 2 van de Opiumwet. De burgemeester volgt daarbij het beleid – neergelegd in een beleidsregel – dat in dergelijke gevallen een last wordt opgelegd tot sluiting en gesloten houden van de woning voor een periode van drie maanden. In bezwaar tegen die beschikking voert die mevrouw aan dat de burgemeester hier niet zonder meer de beleidsregel kan volgen: er zijn bijzondere omstandigheden die op grond van artikel 4:84 Awb die tot een afwijking van de beleidsregel nopen, gezien de onevenredig grote gevolgen die dat voor haar heeft. Zo wist ze er niet van: het was namelijk haar ex-partner die de pillen buiten haar medeweten in het tuinschuurtje had verstopt. Er was nog niet eerder sprake van overlast vanuit de woning. En de sluiting zelf heeft grote gevolgen: ze wordt uit de woning gezet, komt op een zwarte lijst en ondervindt ten gevolge daarvan grote psychische gevolgen als moeder van twee jonge kinderen. De Adviescommissie bezwaarschriften adviseerde de burgemeester daarop de beslissing te heroverwegen en af te wijken van de beleidsregel. Dat doet hij niet. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant oordeelt vervolgens dat de burgemeester bij zijn afweging aan bepaalde omstandigheden te weinig gewicht heeft toegekend, vernietigt daarop het bestreden besluit en voorziet vervolgens zelf in de zaak door de sluiting te vervangen door een waarschuwing. De Afdeling komt voor de vraag te staan welk gewicht nu aan die bijzondere omstandigheden moet worden toegekend? Er zijn verschillende bijzondere omstandigheden. Een aantal daarvan is al meegenomen (i.e. afwezigheid van wetenschap en overlast) bij het opstellen van de beleidsregel zelf – laat de burgemeester weten: ze zijn als het ware *verdisconteerd*. Dat zou betekenen dat de burgemeester zou kunnen volstaan met (een verwijzing naar) de afweging die is gemaakt in de beleidsregel, en – ingevolge het 'consistentiebeginsel'[177] – de beleidsregel zou moeten toepassen zonder nog nader in te hoeven gaan op deze omstandigheden. Ze zijn als het ware niet meer bijzonder. De Afdeling keert zich hier echter tegen deze lijn van stempelmachine-denken. De burgemeester heeft de sluitingsbevoegdheid van artikel 13b Opiumwet niet in de eerste plaats gekregen om (nadere beleids)regels te stellen, maar juist om een situationele afweging te maken in individuele gevallen, opdat de

175 Zie o.a. zijn proefschrift, Schutgens 2009.
176 ABRvS 26 oktober 2016, *AB* 2016/447 m.nt. H.E. Bröring.
177 De verzamelnaam die Jan van Kreveld aan de gecombineerde werking van het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel meegaf. Van Kreveld 1983.

bijzondere omstandigheden en context meegenomen kunnen worden in die individuele beslissing. De Afdeling vindt in dit geval dan ook dat:

> 'omstandigheden die bij het opstellen van een beleidsregel zijn verdisconteerd, dan wel moeten worden geacht te zijn verdisconteerd, *niet reeds daarom* (curs. WV) buiten beschouwing kunnen worden gelaten'.[178]

Als je wel toe zou staan dat een bestuursorgaan eigenlijk blind af mag gaan op een beleidsregel, vooral waar het afwegingen, omstandigheden, of zaken betreft die bij de vaststelling van de regel al op de een of andere manier aan de orde zijn geweest, dan creëer je regelautomatismen, wordt een beleidsregel eigenlijk een verkapt algemeen verbindend voorschrift en ondergraaf je de bedoeling van het toekennen van bestuursbevoegdheden – zelfs al was dat misschien niet je bedoeling. Want zo zegt de Afdeling:

> 'In de praktijk blijkt dat ook al heeft het betrokken bestuursorgaan bij het opstellen van de beleidsregel (...) omstandigheden bezien, het daarmee niet heeft kunnen voorzien of deze omstandigheden alleen of tezamen in een concreet geval niettemin tot onevenredige gevolgen leiden.'[179]

Het is duidelijk dat de Afdeling hier heel goed het fenomeen van de generieker wordende bestuurlijke besluitvorming aanvoelt en daar ook heel terecht paal en perk aan stelt. Een principiële uitspraak. Volgens annotator Bröring moet de betekenis van deze afdelingsuitspraak niet worden onderschat, zeker niet in numeriek opzicht. In het algemeen gesproken zal er nu in het algemeen minder dan voorheen met verwijzing naar beleidsregels worden volstaan. 'Uitgaande van het idee dat beleidsregels slechts een (weliswaar belangrijk) hulpmiddel zijn, zal de aandacht meer dan voorheen moeten worden verlegd naar de gevolgen van de toepassing van beleidsregels, onverschillig of het gaat om gevolgen van verdisconteerde omstandigheden.'[180] Ik schat dat eerlijk gezegd anders in. Bestuursorganen zullen ongetwijfeld een generieke oplossing gaan zoeken, al dan niet gepaard gaand met een standaardzin dat een onderzoek naar de omstandigheden is verdisconteerd in de beleidsregel., zonder onevenredige gevolgen in het licht van de met de beleidsregel te dienen doelen. In diezelfde praktijk zal het vaak een godsbewijs vergen om een dergelijke redenering te weerleggen, en met een dergelijke toverformule blijft het ook voor de rechter heel moeilijk om via zelfstandig onderzoek naar de weging van de omstandigheden zijn eigen weging boven de afweging van het bestuursorgaan te stellen. Wellicht dat bestuursorganen zich bij de motivering van beleidsregels en beschikkingen die eruit voortvloeien iets anders op gaan stellen. Aan het generieker worden van bestuurlijke besluitvorming gaat het niet veel veranderen.

178 R.o. 4.3.
179 R.o. 4.3.
180 H.E. Bröring, noot bij ABRvS 26 oktober 2016, *AB* 2016/447, p. 2825.

4 Democratische controle en publieke participatie dan maar?

De tussentijdse optelsom leert dat waar de beleidstheorie van het Awb-bestuursprocesrecht vanwege het anders geworden karakter van het bestuur, en op last van de kernwaarden van de moderne democratische rechtsstaat, inzet op individuele rechtsbescherming als primaire doelstelling om zo een nieuw evenwicht in de verhouding tussen overheid en burger te bereiken, daarvan in de praktijk niet zo heel veel terechtkomt. Inzetten op individuele rechtsbescherming heeft alleen dan zin als de kern van de afweging die het bestuur maakt ook een werkelijk individuele is. En dat is, zo leerde de analyse, steeds minder het geval. Ons moderne bestuur maakt, zoals we hierboven uit de ontwikkeling van de begroting af konden lezen, om efficiënter te kunnen werken steeds meer gebruik van regels (avv's, beleidsregels, of algoritmen om beter geautomatiseerd te kunnen beschikken) en overeenkomsten (denk aan inhuur e.d.). De kern van de afweging komt daarmee steeds verder buiten het bereik van een kritisch oog, zoals de toetsende rechter, de controlerende volksvertegenwoordiging of de meedenkende, meewetende of participerende burger. Daar waar het bestuur zich steeds verder organiseert als regelende maakindustrie, doet het bestuursprocesrecht juist niet meer wat het zou moeten doen: het geven van effectieve rechtsbescherming die ook toestaat de kern van de gemaakte afweging juridisch te toetsen.

Bij deze stand van zaken is het op zijn minst onhandig geen bezwaar of beroep tegen algemeen verbindende voorschriften of beleidsregels te hebben. Echter, dit is natuurlijk maar één kant van de medaille. Controle op de regelgeving komt volgens de officiële orthodoxie, die de definitieve uitsluiting van het bestuursrechtelijke beroep tegen regels escorteert, in de eerste plaats toe aan de vertegenwoordigende lichamen zoals de Staten-Generaal, de provinciale staten en de gemeenteraden.[181] De noodzaak tot individuele rechtsbescherming wordt in deze benadering ingehaald door de al bestaande democratische controlemogelijkheden. En ook de constitutionele verhoudingen (de trias politica) zouden, volgens diezelfde orthodoxie, worden verhaspeld bij het openstellen van bestuursrechtelijk beroep tegen algemeen verbindende voorschriften: de juridisering zou er door worden versterkt en (daarmee) het risico van uitholling van de politieke democratie vergroten.[182]

181 *Kamerstukken II* 2003/04, 29297, nr. 16, p. 13.
182 *Kamerstukken II* 1996/97, 25383, nr. 1, p. 31.

4.1 Bestuursregels en democratische controle

In wat we de '*Administrative State*' of de 'bestuursstaat' noemden, wordt het bestuur steeds meer bij de rechtsvorming via regelgeving betrokken. Democratisch gelegitimeerde wetgevers, zoals de regering en Staten-Generaal, provinciale staten of gemeenteraden, om er enkele te noemen, missen het apparaat, de kennis en de tijd om alle regels waarmee onze modificerende wetgever de samenleving en de markt stuurt, zelf vast te stellen. Via hele ruime delegaties worden gedelegeerde regelgevers zoals de regering, ministers, colleges van gedeputeerde staten en burgemeester en wethouders ingeschakeld om de nodige detaillering in de regelingen aan te leggen. Het inschakelen van bestuursorganen bij het maken van wetgeving heeft natuurlijk een paar bezwaren: ten eerste zijn bestuursorganen meestal niet democratisch verkozen en daarmee missen ze legitimatie en ten tweede gaat het bestuur zich bezighouden met regels die het zelf moet uitvoeren, hetgeen de klassieke trias politica doorkruist. Daar valt dan weer tegen in te brengen dat wat het bestuur in opdracht van de wel democratisch gelegitimeerde wetgever doet eigenlijk niet meer is dan het inkleuren van de vakjes die met de delegatie-opdracht zijn gegeven, en dat, indien en voor zover het bestuur zich niet aan de delegatie-opdracht houdt, de volksvertegenwoordiging daarop kan controleren en – waar nodig de delegatiegrondslag weer in kan trekken. Als het inderdaad zo zou lopen, worden hiermee de bezwaren die met bestuurswetgeving verbonden zijn, ondervangen.

Maar het is maar de vraag of een volksvertegenwoordiging goed zicht heeft en greep kan houden op gedelegeerde wetgeving die door het bestuur wordt vastgesteld. Op het niveau van de centrale overheid werd in 2016 net iets minder dan 30% van de wetgeving met medewerking van het parlement vastgesteld en iets meer dan 70% door bestuursorganen. De verhouding zou nog wat opschuiven als we de beleidsregels erbij zouden tellen. Is het parlement bij machte die bestuurswetgeving te controleren? Hierboven zagen we al dat een dergelijke controle volgens de principaal-agenttheorie kwetsbaar is. De delegataris zal altijd eigen prioriteiten en eigen doelen hebben en ook een informatievoorsprong die het controleren heel erg moeilijk maakt. Het is een probleem waarmee heel veel democratieën tobben.[183] In de recente geschiedenis hebben we in Nederland geprobeerd de controle van het parlement op gedelegeerde regelgeving beter te maken door te eisen dat delegatiegrondslagen precies en nauwkeurig worden omlijnd in de delegerende wet.[184] Een ander middel is het beginsel van het primaat van de wetgever,[185] dat inhoudt dat de hoofdelementen van een regelingsstelsel (denk aan reikwijdte en structurele elementen),

183 Zie Craig 2016, p. 466-467.

184 Aanwijzing 25 van de *Aanwijzingen voor de regelgeving*, de richtlijnen, vastgesteld door de Minister-president als hoofd van de rijksdienst die onder hem ressorterende ambtenaren en diensten in acht hebben te nemen bij het voorbereiden van regelgeving op het niveau van de centrale overheid.

185 Ontwikkeld door de Commissie Wetgevingsvraagstukken 1985.

of essentiële onderdelen,[186] door de formele wetgever moeten worden vastgesteld.[187] Details, die geen grote politieke keuzes vergen, kunnen dan aan de regering of aan een ander bestuursorgaan worden overgelaten (denk aan een minister, staatssecretaris of een decentraal bestuursorgaan). Een meer procedurele oplossing bestaat in de praktijk van het 'voorhangen'. Om te voorkomen dat het parlement te zeer via delegatie de greep op de vaststelling van regels door het bestuur verliest, zijn door de wetgever procedures opgetuigd die de parlementaire betrokkenheid bij delegatie beogen te vergroten. We kennen verschillende vormen, zoals gecontroleerde delegatie (waarbij het parlement van het ontwerp van een algemene maatregel van bestuur of ministeriële regeling op de hoogte wordt gesteld alvorens deze in werking treedt), tijdelijke delegatie (waarbij een lagere regelgever de bevoegdheid krijgt tijdelijk een regeling te maken die zal worden vervangen door een wet in formele zin), voorwaardelijke delegatie (een voorstel voor een algemene maatregel van bestuur of ministeriële regeling wordt voorgelegd aan het parlement, dat alsnog kan beslissen tot een – gedeeltelijke – wettelijke regeling) en delegatie onder voorbehoud van goedkeuring bij wet, waarbij de mogelijkheid van werking van een gedelegeerde regeling afhankelijk is van goedkeuring bij wet.[188]

Genoeg medicijn zou je zeggen, maar helpt het ook? Daaraan kan getwijfeld worden.[189] Effectief controleren en dusdoende over de band inlopen van het democratisch tekort dat ontstaat door regels die door het bestuur worden vastgesteld, is taaie materie. De hierboven genoemde oplossingen – vormen van controle op gedelegeerde regelgeving – zijn technisch van aard en vormen geen grote bron van politiek kapitaal voor volksvertegenwoordigers.[190] Het spreekt niet erg tot de verbeelding, het overtuigt ook niet direct, en het compenseert meestal ook niet werkelijk het gebrek aan democratische legitimatie.[191] Daar komt nog bij dat deze vormen van volksvertegenwoordigende controle alleen een beperkt aantal regels betreft: die regels die door het bestuur in delegatie worden vastgesteld. Beleidsregels, codes, model- of raamwerkcontracten, door het bestuur vastgestelde rekenmethodes of

186 Zo worden ze genoemd in artikel 290, eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie dat in wezen ook het concept van het primaat van de democratisch gelegitimeerde wetgever kent.

187 Het primaat van de wetgever is ook neergelegd in de Aanwijzingen voor de regelgeving, met name in de aanwijzingen 22 tot en met 26.

188 Zie ook de Aanwijzingen voor de regelgeving 35 tot en met 43; Van Ommeren 2012, p. 261-262 en Borman 2012, p. 267-268.

189 Zo uitte Erik Jurgens al vroeg twijfels over de bijdrage van zoiets als het primaat van de wetgever aan de democratische legitimatie van wetgeving. Jurgens 1993, p. 1383 e.v.

190 Uit een evaluatie van de Minister van Justitie rond 2006 kwam over de praktijk van het voorhangen het volgende naar voren: 'De wijze waarop door het parlement wordt gereageerd op voorgelegde amvb's is wisselend. Sommige Vaste Commissies beleggen in de regel een algemeen overleg over zo'n amvb, andere geven in het algemeen een schriftelijke reactie. Overleg en reacties leiden niet vaak tot aanpassing van de amvb zelf of tot het verzoek om de materie op wetsniveau te regelen; meestal wordt gevraagd om nadere informatie te verstrekken of om in de nota van toelichting zaken nog te verhelderen. Soms wordt de voor- of nahangprocedure benut om andere onderwerpen aan de orde te stellen dan de voorgelegde regeling.' Brief van de Minister van Justitie *Kamerstukken II* 2006/07, 29383, nr. 75.

191 Pünder 2009, waarvan p. 374-377.

tariefstructuren, et cetera[192] vallen er buiten. De kern van het probleem – ontbrekende democratische legitimatie van de vaststeller van de regels en de druk op de scheiding van machten – wordt er niet mee opgelost.[193] Op de een of andere manier hebben onze democratische rechtsstatelijke concepten en beginselen geen goed antwoord op de vraag welke eisen moeten worden gesteld aan dat zo alomvattende bestuur in de moderne bestuursstaat – en vooral niet hoe het zich zou dienen te verhouden tot de andere staatsmachten.[194] Misschien is dat, zoals Dworkin zich plagerig afvraagt, omdat 'consitutional law (is) built on a mistake'.[195] Heeft de rechter wel het vermogen om politieke instituties die de constitutioneel getrokken grenslijn tussen wetgever en bestuur overschrijden terug te fluiten? Moet die rechter wel dat vermogen hebben?

Vermeule gaat nog een stap verder door te stellen:

> 'In classical constitutional theory, laws fills the centre of the frame. In the Administrative State, however, law becomes a marginal phenomenon. (...) (Rather) the triumph of the Administrative State paradoxically occurred as a voluntary abnegation of authority of law, on terms dictated by the law itself, based on considerations internal to the law.'[196]

Die brede bespiegelingen zijn misschien wat abstract, maar er gaan wel hele concrete problemen en vraagstukken achter schuil. Het zijn die abstracte constitutionele noties als democratie en binding aan rechtsstatelijke die een duurzaam draagvlak – legitimiteit – proberen te geven aan een overheid die de samenleving op een wijze stuurt als nooit tevoren in de geschiedenis. De legitimiteit van dat bestuur, dat vooral ook stuurt met gebruikmaking van het recht, staat voortdurend ter discussie. Aan het technische en vooral met juridische middelen sturende EU-bestuur is goed te zien dat het legitimiteitsreservoir van constitutioneel recht eindig is:[197] het

192 Zie voor de indrukwekkende vlootschouw van het soort regels waarmee een bestuur als de Autoriteit Consument & Markt stuurt op een betrekkelijk klein terrein Vegter & Maandag 2015.

193 Zie Taggart 2005, daaruit p. 624-626.

194 Het Amerikaans Hooggerechtshof worstelde ook met die vraag in de fameuze Chevron-zaak. Het ging er daar om welke waarde de rechter moet toekennen aan regels die federale agentschappen – in wezen onderdelen van het presidentiële ambt – stellen, met name interpretaties die ze geven aan federale wetten en regels (wij zouden denk ik zeggen 'wetsinterpreterende beleidsregels' al is het niet helemaal hetzelfde). De zaak wordt beschouwd als een land-mark-case over machtenscheiding, omdat het Hooggerechtshof zich in vrij principiële bewoordingen uitlaat over de vraag hoever de uitvoerende macht onder de Amerikaanse grondwet gaat en wat dat heeft te betekenen voor het werken van moderne *federal agencies*. Uitkomst van de zaak was dat het hof vindt dat de rechter dergelijke interpreterende regels van die agentschappen niet volledig, maar alleen maar marginaal kan toetsen (*courts have to 'defer'*). Slechts als ze kennelijk onredelijk zijn, kan een rechter ze vernietigen. Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984). Al is ons Avanti-arrest (HR 11 oktober 1985, *AB* 1986, 84 m.nt. Van der Burg) in veel opzichten anders dan dat van Chevron, toch is ze daarmee wel enigszins te vergelijken.

195 Dworkin 1986, p. 355.

196 Vermeule 2016, p. 209.

197 Zie Thornhill 2010.

draagvlak voor bestuursoptreden van de EU in zijn huidige vorm begint duidelijke barsten te vertonen.[198]

Die barsten zijn niet eenvoudig te lijmen met kleinere correcties van andere staatsmachten, zoals de volksvertegenwoordiging (optredend als de belangrijkste vertegenwoordiger van de staatsmacht-wetgever). De manier waarop het bestuur zich met rechtsvorming inlaat en de greep die het heeft op beleidsvorming onttrekken zich aan effectieve controle door de volksvertegenwoordiging: die is daar nauwelijks nog toe in staat.[199]

4.2 Meepraten over regels: participatie

Een ander manier om de democratische tekorten op te lossen die ontstaan bij bestuursregelgeving, eentje waar de laatste tijd veel van wordt verwacht,[200] bestaat in vormen van participatie dan wel consultatie tijdens het proces van voorbereiding van die regels (ook regels die in delegatie door het bestuur worden vastgesteld).[201] In Nederland zet de regering hier de laatste jaren sterk in op het vergroten van participatie en consultatie in het voorbereidingsproces van regelgeving, om een veelvoud van redenen. Toch is dat gedeeltelijk oude wijn in nieuwe zakken. In Nederland kenden we tot aan het einde van de twintigste eeuw een grote variëteit van semipublieke overleg- en adviesorganen waarin vertegenwoordigers van allerlei belangen- en maatschappelijke organisaties elkaar en van de overheid troffen om daarin mee te denken over in voorbereiding zijnde wetgeving en beleid. Veel van die adviesorganen en overlegstructuren zijn inmiddels afgeschaft, maar dat heeft de behoefte aan participatie en consultatie weggenomen. Integendeel.

Op de vleugels van de mogelijkheden die digitale technieken en het internet bieden en ook vanuit (een wellicht daarmee samenhangende) teleurstelling over de inclusiviteit en prestaties van de vertegenwoordigende democratie is er – net als in veel andere landen – een zoektocht op gang gekomen naar innovatieve methoden en technieken van publieke participatie bij overheidsbesluitvorming zoals regelgeving. Van publieke participatie bij het voorbereiden van regelgeving wordt onder andere verwacht dat het democratische tekorten bij regelgeving gedeeltelijk op kan lossen en dat het '*encourage(s) civic voluntarism*', met andere woorden een groter draagvlak creëert door die betrokkenheid.[202]

198 Voermans 2016.

199 Ook al omdat wetgever en bestuur, vanwege hun nauwe samenwerking, in feite zijn samengesmolten tot één overheidsmacht. In veel parlementaire systemen is tegenwoordig sprake van een situatie van duas politica in plaats van trias politica. Van correcties over en weer (*checks and balances*) tussen wetgever en bestuur moeten we ons daarom niet meer al te veel voorstellen. Zie Koopmans 2003, p. 247.

200 Zie o.a. het OESO-rapport 2003 en Shipley & Utz 2003, die wel heel positief zijn over de mogelijkheden – bestaande tekortkomingen in 'public participation' wijten zij vooral aan nog gebrekkig gebruik en inzet van technieken.

201 Pünder 2009, p. 377-378.

202 Harlow & Rawlings 2010, p. 175 – het citaat dat hier wordt weergegeven, komt uit een rapport van de Public Administration Select Committee (PASC) van het Britse Lagerhuis, *Public Participation: Issues and Innovations*, HC 373, 2000/1.

Participatie[203] van belanghebbenden bij regelgeving begint bij *meeweten*. In dat licht is er de afgelopen jaren in Nederland veel werk gemaakt van het verbeteren van de transparantie van het wetgevingsproces. Er zijn wetgevingskalenders die het mogelijk maken een wetsvoorstel te volgen, allerlei documenten worden gepubliceerd waaronder wetsvoorstellen. De regels over de actieve openbaarmakingsplicht van de overheid die worden vermeld in de op de rol staande Wet open overheid (nu bij de Eerste Kamer) draagt overheden op informatie uit documenten berustende bij de overheid voor eenieder openbaar te maken. Die informatie betreft in ieder geval informatie over het beleid, de voorbereiding, naleving, handhaving en evaluatie. Dat betekent dat niet alleen wetsvoorstellen zelf, maar ook andere voorstellen en de daarop betrekking hebbende documenten gepubliceerd zullen moeten worden en dat overheidsinstanties daar een elektronisch toegankelijk register van zullen moeten bijhouden.[204] Al bestaat de plicht tot het actief openbaar maken van overheidsdocumenten al lang onder de werking van de Wet openbaarheid van bestuur, toch lijkt het in de praktijk nogal te schorten aan de actieve openbaarmaking, mede omdat actieve openbaarmaking een niet bij de rechter afdwingbare verplichting is van overheidsinstanties.[205] Dat zou onder de nieuwe Wet open overheid mogelijk anders worden, als tenminste de aangescherpte regels die nu bij de Eerste Kamer liggen tot wet worden verheven. En dat valt nog te bezien. Net als bij de mogelijkheid van bestuursrechtelijk beroep tegen regels is er kennelijk overeenstemming over het principe, maar dreigen deze nieuwe regels vast te lopen in het 'kan niet' van de bestuursorganen die het moeten gaan uitvoeren.[206]

Meeweten is voorwaarde voor meedenken en juist dat meedenken is wezenlijk voor het draagvlak van regels.[207] Om burgers en belanghebbende partijen werkelijk te betrekken bij regels is een open, responsieve houding van de overheid nodig.[208] Die laatste moet de daadwerkelijke mogelijkheid tot het meedenken van burgers en belanghebbenden scheppen door op tijd, en met voldoende informatie, dezen te benaderen en met de inbreng of zienswijzen van burgers ook werkelijk rekening te houden door erop te reageren of er iets mee te doen. Vooral dat laatste maakt een bestuurlijk kwetsbare opstelling nodig; burgers en belanghebbenden mee laten denken heeft alleen zin als er nog iets aan passen valt. Publieke participatie organiseren bij wijze van uitleg over beleid of een voorstel waartoe in wezen al is besloten, heeft

203 Koen van Aeken brengt onderscheid aan tussen *consultatie* in publieke besluitvorming zoals voorbereide regelgeving en *participatie*. Participatie begint daar waar deelnemers min of meer *zelf* actief een rol gaan spelen in de besluitvorming en hun inbreng niet een min of meer afgeleide is van een andere speler (de grens blijft natuurlijk altijd een enigszins grijs gebied). Van Aeken onderscheidt tien methoden van consultatie en vijf van daadwerkelijke participatie. De indeling is min of meer geïnspireerd op de 'participation ladder' en de fameuze 'Eight rungs on the ladder of citizen participation' van Arnstein 1969. Zie Van Aeken 2015.

204 Voorstel van de leden Voortman en Van Weyenberg houdende regels over de toegankelijkheid van informatie van publiek belang (Wet open overheid), *Kamerstukken* 33328. (Nu *Kamerstukken I* 2015/16, 33328, A, gewijzigd voorstel van wet.)

205 Zie o.a. ABRvS 19 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY6659.

206 Zie Delaere 2017, www.binnenlandsbestuur.nl/digitaal/nieuws/wet-open-overheid-nek-omgedraaid.9555675.lynkx (laatst geraadpleegd 8 februari 2017).

207 Zie daarover Lind & Arndt 2016.

208 Zie Lind & Arndt 2016.

weinig zin; het zal eerder bijdragen aan afname van draagvlak dan aan de toename ervan. Dit klinkt mooi in theorie, maar het ontplooien van een open en kwetsbare houding op een moment dat nog alles open ligt, is in de (politieke) praktijk, zeker in coalitie- en polderland als Nederland, erg lastig. Dat verklaart wellicht dat Nederland zeker geen koploper is als het gaat om de transparantie van onze processen van voorbereiding van wet- en regelgeving.[209] Desalniettemin behoort brede consultatie tot de goede gebruiken van de voorbereiding van wetgeving in Nederland. Als aanvulling op die consultatiepraktijk is tegenwoordig ook de internetconsultatie vast onderdeel van het voorbereidingsproces van wetgeving geworden. Sinds 2011 moeten de meeste wetsontwerpen via internetconsultatie worden voorgelegd aan burgers, bedrijven en instellingen;[210] dat besloot het kabinet na een succesvolle proef die vanaf 2009 liep.[211] Ook over ontwerpen voor algemene maatregelen van bestuur en ministeriële regelingen kan elektronisch worden geconsulteerd en dat gebeurde ook regelmatig ten tijde van de eerste experimenten tussen 2009 en 2011. In dat tijdvak werden 105 voorstellen voor consultatie aangeboden,[212] die gemiddeld tot zo'n 48 reacties aanleiding gaven. Het instrument voorziet in een behoefte, zo concludeerde het kabinet in 2011.[213] Het verhoogt de transparantie van het wetgevingsproces en is vooral ook effectief in gevallen waarin rechten en plichten van burgers, bedrijven en instellingen aan de orde zijn in het voorstel. De geconsulteerden reageerden positief op de geboden mogelijkheid, departementale medewerkers waren wat minder positief; daar bestond – zoals te doen gebruikelijk kunnen we op dit punt van het preadvies al wel bijna stellen – angst voor een te groot capaciteitsbeslag, zeker waar het betrof de noodzaak terug te koppelen over de gegeven inbreng. In een evaluatie uit 2015 'Doelrealisatie Internetconsultaties', uitgevoerd in opdracht van het WODC van het ministerie van Veiligheid en Justitie, is bij de departementale medewerkers het beeld positiever – de tijdsinvestering is in de meeste internetconsultaties geen probleem.[214] Uit de evaluatie blijkt ook dat internetconsultatie inmiddels een vaste waarde is geworden. Het aantal internetconsultaties is nog weer toegenomen sinds 2011 (472 per 1 augustus 2015), en al is er behoefte aan een nog scherper afwegingskader om te bepalen wanneer en hoe een consultatie wordt gehouden, het instrument wordt door de insprekers erg gewaardeerd. Wel is internetconsultatie slechts bij een kleine groep bekend en de deelnemers vertegenwoordigen voornamelijk één laag van de bevolking (89% van de insprekers is hoogopgeleid – hbo/wo – en het zijn meestal mannen van … inderdaad 55+). Daarnaast klinkt als kritische noot dat het de deelnemers vaak onvoldoende duidelijk is wat er met hun geluid wordt gedaan – er zou meer kunnen worden gedaan om

209 Zie Voermans, Ten Napel & Passchier 2015. Een artikel op basis van de rechtsvergelijkende studie naar wetgevingsprocessen in landen van de EU van Ten Napel, Voermans, Diamant, Groothuis, Steunenberg, Passchier & Pack 2012.

210 Zie www.internetconsultatie.nl (laatst geraadpleegd op 8 februari 2017).

211 Zie Kabinetsstandpunt internetconsultatie wetgeving van 17 juni 2011, *Kamerstukken II* 2010/11, 29279, nr. 121.

212 Bijna allemaal wetsvoorstellen en besluiten, waaronder slechts negen ministeriële regelingen.

213 Zie het Kabinetsstandpunt 2011.

214 Zie Broek e.a. 2015.

de meerwaarde van een consultatie zichtbaar te maken.[215] Uit de evaluatie van 2015 komt overigens ook naar voren – consistent met het beeld van 2016 – dat het vooral wetvoorstellen en ontwerpen voor algemene maatregelen van bestuur zijn waarover wordt geconsulteerd.

In een situatie waarin er breed (elektronisch) wordt geconsulteerd, moet er ook kritisch worden gekeken naar de vraag of iedereen die inbreng wil hebben, wel op gelijke voet toegang heeft tot het wetgevingsproces; ingeval lobbyisten hun invloed hebben proberen aan te wenden, wordt verlangd dat daar op enigerlei manier aantekening van wordt gehouden. Ook daar worden op het ogenblik stappen gezet en zijn nieuwe normen in voorbereiding.[216]

Dit alles overziende zouden we kunnen concluderen dat het met de transparantie en publieke participatie in Nederland buitengewoon goed is gesteld en dat dat meer dan compensatie biedt voor de tekortschietende democratische legitimatie in het geval van een regelend bestuur. We zijn zelfs wereld- en Europees leider op het gebied van elektronische participatie, zo blijkt uit de *VN E-participation indices* over 2012 en 2014, (geëvalueerd in 2015).[217] Ik wil de feestvreugde niet direct bederven of het enthousiasme te veel temperen, maar er kunnen wel enkele kanttekeningen bij de op zich bemoedigende resultaten worden geplaatst. Zo gaat het bij elektronische consultatie om slechts een klein aantal regels (voornamelijk wetsvoorstellen en ontwerpen van algemene maatregelen van bestuur) afkomstig van de rijksoverheid. De praktijk bij decentrale overheden is een andere en lang niet alle regels die een bestuur stelt, komen in aanmerking voor elektronische consultatie (denk aan beleidsregels, instructies, meet- en rekenmethoden, algoritmen, etc.), althans worden daar nu toch geen voorwerp van gemaakt. Wat algemene regels die een bestuur vaststelt betreft, gaat het om een topje van de ijsberg. Ook de bekendheid met en tevredenheid over het instrument elektronische consultatie beperkt zich vooralsnog tot een kleine groep. En ook de wijze waarop wordt omgegaan met de resultaten van de consultatie is een kwetsbaar element. Op welke wijze zijn publieke participatie en consultatie in te passen in het proces van vaststellen van regels? Wat is de rol van deelnemers en geconsulteerden?

---

215 Broek e.a. 2016.

216 Ramlal 2011. Voor het verbeteren van de transparantie van lobbywerk in het geval van voorbereiding van wetgeving is een initiatiefwetsvoorstel Bouwmeester (PvdA) in voorbereiding. Er ligt al een notitie van Bouwmeester en Oosenbrug, Lobby in daglicht: luisteren en laten zien, *Kamerstukken II* 2016/17, 34376, nr. 2. Veel van de voorstellen daarin zijn inmiddels door de regering voorlopig omarmd, getuige de kabinetsreactie *Lobby in daglicht: luisteren en laten zien* van 17 november 2016.Die is inmiddels behandeld, er zijn moties over aangenomen en aantal van de voorstellen is door het kabinet overgenomen (lobbyparagraaf in de toelichting van regelingen, actief openbaar maken uitvoeringstoetsen, verbeteren internetconsultatie en werken naar een digitaal wetgevingsdossier) in de notitie over de transparantie van het wetgevingsproces van de minister van Veiligheid en Justitie van 24 februari 2017 'Transparantie van het wetgevingsproces' *Kamerstukken II* 2016/17, 33009, nr. 39.

217 Broek e.a. 2016, p. 36.

4.3 Participatierechten bij de voorbereiding van bestuursregels?

In zijn nieuwste druk van *Administrative Law* probeert Paul Craig de balans op te maken van voor- en nadelen van publieke participatie en consultatie als onderdeel van het proces van het vaststellen van regels door het bestuur.[218] Tot de voordelen van participatie via consultatie rekent hij de mogelijkheden die het geeft tot verbeteren van de kwaliteit van de regels, de kansen verschillende gezichtspunten mee te nemen en de kans dat volksvertegenwoordigingen hun medewetgevende en controlerende rol nog beter kunnen vervullen – ook al heeft de volksvertegenwoordiging lang niet altijd een rol hierbij. Ook het element van 'horen' van belanghebbenden via consultatie en op deze wijze belanghebbenden nog nauwer en duidelijker bij de belangenafweging betrekken, rekent Craig tot de voordelen. Een nadeel is dat belanghebbenden bij het vaststellen van algemene regels in parlementaire democratieën als het Verenigd Koninkrijk en Nederland in de meeste gevallen geen echt *recht* hebben om geconsulteerd te worden – op enkele uitzonderingen na.[219] Er wordt daarom wel gepleit (in de EU maar ook in het Verenigd Koninkrijk) om vrijwillige consultaties om te zetten in verplichte participatieprocedures, waarbij belanghebbenden participatierechten hebben bij de voorbereiding van algemene regels die door het bestuur worden vastgesteld.[220] Als voorbeeld wordt er dan wel verwezen naar de participatieprocedures uit de Administrative Procedure Act 1946 in de Verenigde Staten. Die procedures behelzen dat alle voorstellen voor federale bestuurswetgeving (*federal agency rulemaking*) worden gepubliceerd in het Federal Register met daarbij een verklaring en aankondiging van welk type consultatie of participatieprocedure op welke tijdstippen zal worden gevolgd. Er zijn in het algemeen gesproken drie typen van dergelijke participatieprocedures. De minst vergaande geeft na de publicatie van het voorstel belanghebbenden de kans om hun zienswijzen naar voren te brengen die dan worden meegenomen in de belangafweging (*notice and comment-procedure*). De zwaarste methode van participatie is die van de '*full trial type hearing*'. In deze procedure wordt de regel gepubliceerd en volgt daarop een soort bestuursrechtelijke rechtszaak waarin mondelinge getuigen- en deskundigenverklaringen kunnen worden afgenomen en tegenbewijs van de stellingen, motieven of grondslagen voor de door het bestuur voorgestelde regel kan worden ingebracht. De rechter weegt en waardeert dan het bewijs en kan uitspraak doen over het voorstel. Een contentieuze procedure kortom, die overigens maar voor een klein aantal gevallen van voorstellen tot federale bestuursregelgeving geldt. Een derde groep procedures wordt gevormd door de '*intermediate*' of '*hybrid process*'-type zaken. Ze zitten tussen de eerder genoemde twee typen procedures in: minder formeel dan het 'full trial'-type en minder informeel dan de 'notice-and-comment': er bestaat een rijke variëteit. Al klinken dit soort procedures aantrekkelijk, zeker als we ze vergelijken met de niet-verplichte en informele consultaties die we in de meeste West-Europese landen

218 Craig 2016, p. 449-454.

219 Denk in Nederland aan planfiguren, zoals bestemmingsplannen of omgevingsplannen.

220 Iets waar Joana Mendes in haar boek *Participation in EU Rule-Making; a Rights-Based Approach*, (oorspronkelijk diss. EUI Florence 2009), Oxford University Press 2011, voor pleit bij het vaststellen van EU-regels door de Europese Commissie en haar agentschappen.

kennen bij de voorbereiding van regels door het bestuur, de Amerikaanse praktijk laat zien dat er ook belangrijke nadelen aan het 'procedureren' van participatie en consultatie (en het hebben van rechten op participatie) zijn verbonden. Een eerste groot bezwaar is dat grote, dominante belangengroepen het proces van regelvaststelling gaan gijzelen door de druk die ze op het regelstellende bestuursorgaan kunnen uitoefenen. Dat kan zelfs zover gaan, dat een bestuursorgaan een soort 'gevangene' wordt (*capture*) van een machtige belangenorganisatie en daardoor het belang van die belangenorganisatie gaat dienen in plaats van het algemeen belang.

Een hiermee samenhangend nadeel is dat niet iedere belanghebbende op gelijke voet toegang heeft tot de procedures en al zeker geen gelijke mogelijkheden heeft om het eigen belang te onderbouwen en naar voren te brengen. Er ontstaat daarmee ongelijkheid in de toegang tot de procedures. Een derde nadeel is dat participatierechten veel tijd en geld kosten en ook de besluitvorming vertragen. Zeker ingeval snel bestuurlijk optreden gewenst is, kan dat verlammend werken.[221] En ik voeg daar nog aan toe dat veel van de regels die door het bestuur worden vastgesteld zich niet direct lenen voor formele consultatieprocedures, met participatierechten voor burgers – denk wederom aan beleidsregels, instructies, et cetera. Craigs slotsom is dat de nadelen van participatierechten en vaste procedures bij de voorbereiding van bestuursregels vooralsnog de voordelen overstijgen.[222]

4.4 De legitimiteit van bestuur met en via regels

In zijn boek *The Failure of Judges and the Rise of Regulators* vraagt econoom Andrei Shleifer zich af waarom we tegenwoordig – in vergelijking met een eeuw geleden – in veel westerse democratieën zoveel regels hebben, en dan vooral regels afkomstig van het bestuur.[223] Volgens zijn '*Enforcement Theory of Regulation*' heeft dat vooral te maken met het onvermogen van rechterlijke organisaties om alle geschillen die in een markteconomie tussen partijen (bedrijven, burgers, organisaties) ontstaan te beslechten. Voor het oplossen van die conflicten (veroorzaakt door wat economen 'marktfalen' noemen) wordt dan maar de toevlucht tot regels gezocht, vooral de tijdelijke remedies en correcties die flexibel en tijdig via regels door een bestuur kunnen worden aangebracht. Het interessante van die theorie van Shleifer is dat rechterlijke geschillenbeslechting enerzijds en bestuursrechtelijke geschillenbeslechting via algemene regels (via een beschikking kun je nu eenmaal heel moeilijk een conflict of marktfalen oplossen) anderzijds, communicerende vaten zijn. Zolang en voor zover het de rechter niet lukt geschillen op te lossen, zullen er – haast wetmatig – meer door het bestuur vastgestelde regels komen.

Dat is wel een belangrijke notie als we bedenken hoe we om moeten gaan met regels die door het bestuur worden vastgesteld. Gezien de volumes waar het om gaat en de politiek-bestuurlijke context waarbinnen het bestuur regels vaststelt, is het niet reëel te verwachten dat volksvertegenwoordigingen bij de huidige stand

221 Craig 2016, p. 450-451.
222 Craig 2016, p. 453-454.
223 Shleifer 2012.

van zaken door anders te werken, beter te controleren, of meer regelgeving naar zich toe te trekken (of te verminderen) in staat zijn het probleem van het democratisch tekort van bestuursregels of het opschuiven van grenzen van machtsverdeling te voorkomen. Volksvertegenwoordigingen hebben daar eenvoudig de capaciteit niet voor als *orgaan*. De theorie van de democratisch rechtsstatelijke stutten voor de vaststelling van wetgeving wordt ingehaald door de praktijk van niet-democratisch gelegitimeerde besturen die in betrekkelijke autonomie de bulk van alle regels vaststellen en met die regels – hoe ze ook heten of hoe het spoor tot aan de volksvertegenwoordiging uiteindelijk ook is vormgegeven – generiek sturen op gedrag van burgers, instellingen, organisaties en bedrijven, op een wijze en schaal die tot nog niet eens zo lang geleden voor onmogelijk werd gehouden. Besturen met en via algemene regels, als in het geval van de vaststelling van gedelegeerde regels, kan rekenen op weinig draagvlak – de legitimiteit ervan is laag en omstreden.[224] Dat is geen voorbijgaand 'technisch' op te lossen probleem. De lage legitimiteit van een steeds technischer wordend bestuur, dat met 'technocratische' regels stuurt op markten en samenlevingen, wordt ook een steeds dringender politiek probleem, zeker in de EU, maar ook daarbuiten. Breder consulteren en voorzien in participatie bij het vaststellen van die regels lost dit soort problemen maar heel gedeeltelijk op.[225] En daarbij kent het dan ook weer zijn eigen problemen.

Wat is dan de slotsom?

Wat we in ieder geval vast kunnen stellen, is dat de gedachte – of theorie – dat het vaststellen van regels het best, en bij uitsluiting, overgelaten kan worden aan de wetgever (die heeft immers het primaat en het democratische mandaat) om op die manier te voldoen aan moderne democratisch rechtsstatelijke eisen, is achterhaald door de realiteiten van bestuursrechtelijke regelgeving. De kern van dat idee die bij de definitieve uitsluiting van bestuursrechtelijk beroep tegen regels zo'n belangrijke rol speelde, klopt gewoonweg niet meer. Als de rechter al op een stoel zou gaan zitten bij de toetsing van niet-parlementaire wetgeving (wetgeving in formele zin), dan gaat hij zitten op de stoel van het bestuur, en niet op die van de wetgever.

224 Voermans, Hartmann & Kaeding 2014.
225 Zie daarover ook Voermans e.a. 2014, p. 8 e.v.

5 Hoe nu verder? De zaak van het bestuursrechtelijke beroep tegen regels

De zaak van het bestuursrechtelijk beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels lijkt een afgesloten dossier. Al bijna een eeuw lang komt die discussie af en toe als een duveltje uit een doosje omhoog schieten om er dan weer snel in geduwd te worden. Maar al verrommelde die discussie van een sirenenzang over hoge geloofsprincipes en beginselen van de democratische rechtsstaat (en de daarbij behorende legitimiteitsreacties bij de vormgeving van het stelsel van bestuursprocesrecht) tot aan gepruttel over 'dat-wordt-misschien-druk-voor-de-rechter' en 'misschien-ook-wel-lastig-voor-het-bestuur', de zaak van bestuursrechtelijk beroep tegen bestuursregels staat nog steeds en die zaak dringt misschien nu meer dan ooit. We hebben te maken met een bestuur dat snel verandert, dat op een schaal intervenieert als nooit tevoren en dat ook steeds generieker doet, waardoor het steeds lastiger wordt de rechtmatigheid van de gemaakte afweging bij de rechter aan de orde te stellen. De uiteindelijke afweging die het bestuur maakt, vindt lang niet altijd meer in het kader van het geïndividualiseerde besluit plaats – zoals de wetgever met de toekenning van bestuursbevoegdheid bedoelde – maar steeds vaker gaat de werkelijke belangenafweging door het bestuur daaraan vooraf en wordt die afweging neergelegd in een beleidsregel, een werkinstructie, reken- of verdelingsmethode of een algoritme. De afweging in de beschikking, als die zo nog mag heten, wordt steeds vaker een automatische afgeleide van de generieke afweging die door het bestuur wordt neergelegd in de een of andere abstracte regel. Op die manier werken is voor een bestuursorgaan efficiënt en effectief: het vergt minder inspanning en kosten en op deze manier werken maakt veel beslissingen '*judge-proof*'.

5.1 Doelen van het Awb-procesrecht behaald?

Het bestuursprocesrecht van de Awb is niet ingesteld op een bestuurlijke werkelijkheid die zich, in de woorden van Schuurmans,[226] op veel terreinen van een detailhandel naar een maakindustrie ontwikkelt. De wereld van de maatpakken-ateliers van de individuele beschikking waarin een bestuursorgaan na veel wikken en wegen tot een uiteindelijke beslissing komt en waarin een burger nog een keer terug mag

226 Schuurmans 2015.

komen voor de uiteindelijke pas (het Awb-model), bestaat in veel gevallen niet meer. Daarmee wordt de theorie van het Awb-bestuursprocesrecht door de nieuwe realiteiten van het bestuur 2.0 achterhaald; als we een kern van de beleidstheorie van het Awb-bestuursprocesrecht samenvatten als: 'tegenover een machtiger wordende overheid hoort een hoger niveau van individuele rechtsbescherming te staan', dan moeten we vaststellen dat dat doel eenvoudigweg niet wordt gerealiseerd in de praktijk. Dat doel heeft plaatsgemaakt voor nieuwe doelen, zoals het informeler maken van het bestuursprocesrechtelijke geding, effectievere geschilbeslechting, betere coördinatie en stroomlijning van het werk en uitspraken van rechterlijke organisaties (met name ook hoogste rechterlijke instanties) en een verlangen naar – wat ik samenvat als – grotere responsiviteit[227] (in termen van grotere procedurele rechtvaardigheid) en betere dienstverlening van bestuur en bestuursrechter. Allemaal doelstellingen die proberen een individu of club die betrokken raakt in een bestuursrechtelijk geschil eerder, effectiever, vriendelijker en eerlijker door dat proces te helpen. Maar het geeft je geen grotere kansen je 'recht' te halen tegenover een bestuur dat met een (weliswaar indirect en flinterdun) democratisch meerderheidsmandaat stuurt op het lot van burgers als nooit tevoren, dat daarvoor steeds vaker regels maakt die niet beroepbaar zijn. Het idee van de democratische rechtsstatelijke legitimiteitsreactie of -correctie via bestuursprocesrechtelijke regels om zo minderheidsbelangen aan te kunnen kaarten en waar aan de orde rechtens te kunnen beschermen, lijkt zo achter de horizon te verdwijnen.

De primaire doelstelling van het Awb-bestuursprocesrecht, rechtsbescherming, zoals die voortvloeit uit de achterliggende beleidstheorie, wordt dus niet behaald. Zou je die doelstelling anno 2017 wél willen behalen, dan kan dat niet anders betekenen dan dat je, bij de huidige stand van zaken, ook bestuursrechtelijk beroep openstelt tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels. Dáárin wordt tegenwoordig door het bestuur, meer dan ooit, de kern van de afweging gemaakt, dáár zou dan ook de rechtsbescherming aan moeten haken. Daar is temeer reden voor, omdat andere controlemechanismen op het regelende bestuur, zoals controle door volksvertegenwoordigingen of vormen van consultatie en publieke participatie, zoals we hierboven zagen, volstrekt niet toereikend zijn om stelselmatig te garanderen dat (rechtens beschermenswaardige) minderheidsbelangen, alsook andere aspecten, mee worden genomen in de afwegingen die een bestuur maakt bij het vaststellen van voorschriften en regels. Geholpen door de technologische mogelijkheden (die leiden tot vormen van algoritmisering van het bestuur) wordt het bestuur in staat gesteld steeds autonomer op te treden, doordat het de ketenen die de democratische rechtsstaat aanlegt af weet te schudden. In moderne democratieën is '*the executive unbound*' zoals Posner en Vermeule stellen.[228]

Inmiddels blijft de discussie over het Awb-bestuursprocesrecht weg bij de nieuwe bestuurlijke realiteiten, zo lijkt het wel, en worden oplossingen voor bestaande problemen toch vooral in de verfijning van de bestaande regels en praktijken gezocht. Daar is op zich niets op tegen (valt zelfs toe te juichen), maar de eenzijdige aandacht voor de secondenwijzer van het bestuursprocesrecht kan ertoe leiden dat we

227 Scheltema 2015, p. 287-289.
228 Posner & Vermeule 2010.

vergeten te kijken naar wat de grote wijzer aangeeft als het uur waarin we leven. En die urenwijzer laat een aantal ontwikkelingen zien die aanleiding geven tot enige zorg.

Geïndividualiseerde besluiten als beschikkingen gaan over steeds minder en generieke beslissingen van het bestuur gaan over steeds meer, met minder garanties en minder controles. Dat schuurt met de democratische rechtsstatelijke beginselen, dat knaagt aan de legitimiteit van de overheid. Het openstellen van bestuurlijk beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels gaat dat niet allemaal in een keer oplossen, maar kan er wel aan bijdragen.

5.2 Wat vindt een normaal mens ervan?

Wat zou een normaal mens hier nou van vinden – van die hele discussie over de uitsluiting van bestuursrechtelijk beroep tegen regels? We hebben de 'doorsneemens' er wat vragen over gesteld in 2017. Het ging om 783 mensen in totaal, bijna gelijkelijk verdeeld over mannen en vrouwen, over opleidingsniveaus (minder dan 1% juristen deden mee), uit alle leeftijdscategorieën boven de 18 jaar en uit allerlei gemeenten. De vraag was niet 'zou u graag bestuursrechtelijk beroep hebben tegen bestuursregels?', want om die vraag te beantwoorden moet je wel eerst weten waar het over gaat, en als je dat niet weet, kan je antwoorden krijgen die je niet zoveel vertellen over de uitgesproken wens. We vroegen dus: begrijpt u op hoofdlijnen waar de discussie over gaat (zie bijlage 1). Dat viel nog best mee: 11% begreep dat kennelijk niet (al valt niet uit te sluiten dat dat aan de voorgelegde tekst lag), 60% begreep op hoofdlijnen waar de discussie over ging, maar zou het een ander niet uit kunnen leggen (zonder die tekst), 25% begreep het en zou het ook aan een ander over kunnen dragen. De volgende vraag was of de respondent het idee had mee te kunnen praten over algemeen verbindende voorschriften die door een volksvertegenwoordiging worden vastgesteld. Een klein kwart had niet dat idee, maar vond het niet erg, een wat groter kwart had evenmin dat idee, maar zou het wel graag willen. En bijna een derde zou wel weten hoe, maar had het nog nooit gedaan. Slechts zo'n 8% bij elkaar heeft wel eens proberen mee te praten en 4% was daarover ontevreden. Dat zou je kunnen lezen als ontmoedigende cijfers voor hen die menen dat burgers hun inbreng bij de vaststelling van regels het best kunnen hebben in de vorm van het opzoeken van volksvertegenwoordigers of in vormen van publieke participatie of consultatie. Dat zou natuurlijk weer net iets anders kunnen liggen bij participatie en consultatie over algemene regels die het bestuur vaststelt, maar heel verschillend zal het toch ook weer niet liggen, denk ik. Verder laten de resultaten van het kleine onderzoekje zien dat het overgrote deel van de gewone mensen weinig contact heeft met de overheid, dat waar dat contact er is het meestal niet over algemene regels gaat, dat gewone mensen in overgrote meerderheid (84%) geen idee hebben wat ze in juridische zin tegen algemene regels zouden kunnen ondernemen. Tja … gelukkig verloopt het contact met de overheid over het algemeen genomen wel prettig, naar het schijnt.

5.3 Kan het dan écht niet?

Halen we ons echt de plagen van Egypte op de hals als we eens zouden proberen bestuursrechtelijk beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels open te stellen? Kan het nou echt allemaal niet? Het onderzoekje hierboven laat – voor wat het waard is – zien dat Nederland niet met verhoogde hartslag in de startblokken zit om te gaan procederen tegen regels die bestuursorganen hebben vastgesteld. Maar dat heeft natuurlijk beperkt voorspellende waarde. Er zal linksom of rechtsom een geloofssprong nodig zijn voor de openstelling, want niemand weet natuurlijk echt wat er zal gebeuren. Toch?

Of weten we eigenlijk wel al meer? In ieder geval bestaan er in veel andere West-Europese landen (zoals Frankrijk, Duitsland, Portugal, Italië en Zweden) al wel vormen van bestuursrechtelijk beroep tegen algemeen verbindende voorschriften. Het valt daar ook wel mee met het aantal beroepszaken zo op het eerste gezicht.[229] Ook het aantal gevallen van exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften in Nederland levert ook niet direct een indicatie op voor de verwachting van een grote aanzuigende werking bij het openstellen van bestuursrechtelijk beroep.[230] Het aantal civielrechtelijke zaken waarin de rechtmatigheid van een algemeen verbindend voorschrift aan de orde is, is erg klein, het aantal onrechtmatigheidsoordelen over die algemeen verbindende voorschriften is zelfs bijzonder klein: in 19 van de 115.083 civiele zaken – mijn zakrekenmachine kreeg het promillage zowat niet uitgerekend,[231] zo weinig. Dat wijst allemaal niet in de richting van een onmiddellijk te verwachten grote aanzuigende werking bij de openstelling van bestuursrechtelijk beroep tegen algemeen verbindende voorschriften. En er is alle kans dat het effect tijdelijk zou zijn.

Trouwens … we hebben op enkele terreinen al vormen van bestuursrechtelijk beroep tegen algemeen verbindende voorschriften. In sommige wetten is beroep opengesteld tegen de (goedkeuring) van algemeen verbindende voorschriften. Een van die uitzonderingen betreft de mogelijkheid van beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State tegen besluiten omtrent vaststelling, wijziging of uitwerking van een bestemmingsplan.[232] Ook bepaalde algemeen verbindende voorschriften op basis van de Wet Luchtvaart, de Elektriciteitswet, de Gaswet, de Wet geneesmiddelenprijzen en de Wet op de architectentitel[233] zijn vatbaar voor vormen van bestuursrechtelijk beroep. Dat heeft niet kunnen voorkomen dat de zon op blijft komen en ondergaan boven onze polder – rechtspraak en bestuur lijken ermee te kunnen werken, zonder dat het over of voor de voeten loopt.

En wat ook al kan, is dat een Nederlandse burger of rechtspersoon op grond van artikel 263, vierde alinea, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, beroep instelt bij het Hof van Justitie van de EU ‘tegen (EU)

229 *Kamerstukken II* 1996/97, 25383, nr. 1, p. 33 e.v.
230 Dit lijkt maar in 0,3% van de zaken voor te komen. Zie noot 13 en paragraaf 1.
231 Een raadselachtige ‘e-4’ verschijnt aan het eind van de breuk. Ik moest daar uitleg over vragen …
232 Zie art. 2 van bijlage 2 bij de Awb.
233 Zie art. 2 jo. art. 4 van bijlage 2 bij de Awb.

regelgevingshandelingen die hem rechtstreeks raken en die geen uitvoeringsmaatregelen met zich mee brengen'.

Zou het dan écht, écht niet kunnen? Waar een wil is, is een weg – luidt een oer-Hollands gezegde uit de tijd van altijd-tegenwind-op-de-fiets, melk van Joris Driepinter en vorstrode appelwangen. Vandaar mijn voorstel en eindstelling.

Waarom zouden we het niet eens een tijdje ook op enkele andere beleidsterreinen proberen en zien wat er gebeurt? Een experiment van een jaar of vier, vijf op overzienbare terreinen. En met een veiligheidsklep, niet in de vorm van een uitstelwetje, maar met een horizonbepaling.[234] *Of willen we het toch écht, écht niet?*

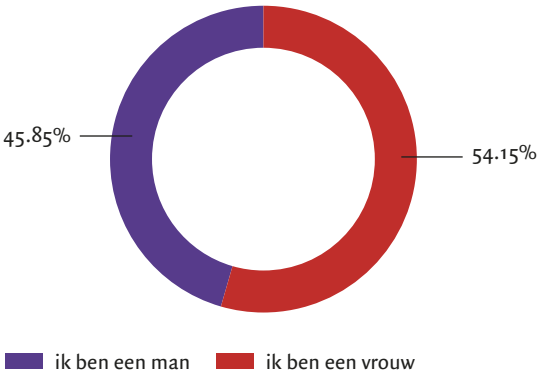
234 Ranchordás 2014.

Bijlage 1: Enquête *Burgerbeleving algemene regels en bestuursrecht*

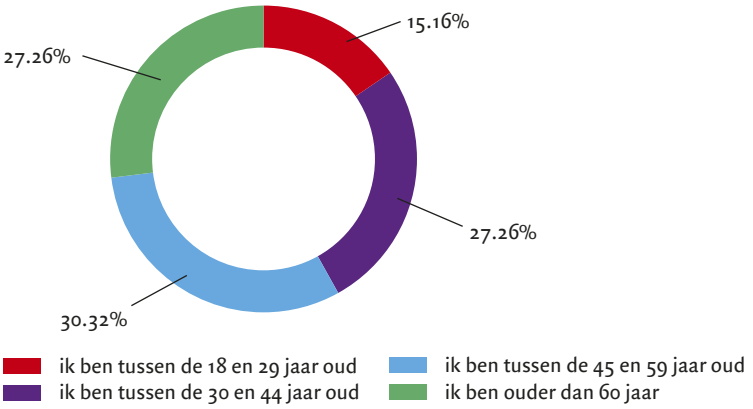
Hieronder volgt het rapport van de Enquête burgerbeleving algemene regels en bestuursrecht. De enquête werd gehouden via een online survey dat werd opengesteld tussen 31 januari en 9 februari 2017 onder een representatief panel van het bureau Panelclix. In totaal 783 respondenten namen deel aan de survey dat via het programma Qualtrix werd vervaardigd en uitgezet. De volgende korte vragen werden in het onderzoek aan de respondenten gesteld.

A. Demografische kenmerken

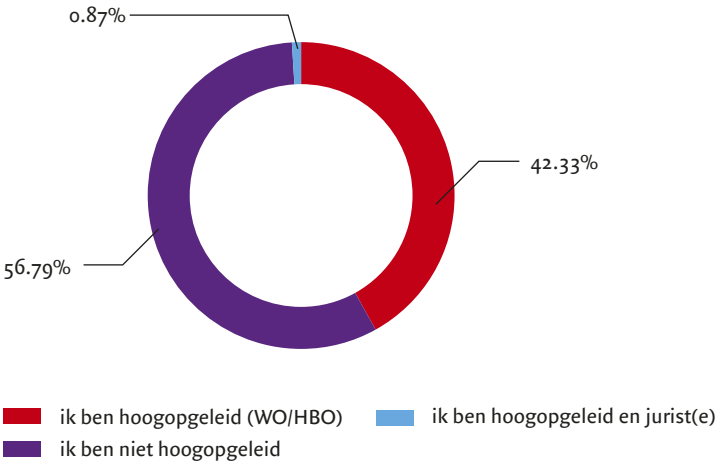
Kunt u aangeven welke situatie op u van toepassing is:



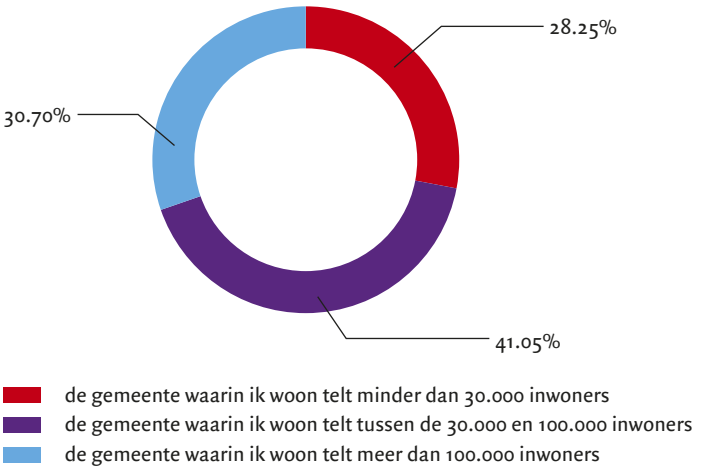
Kunt u aangeven welke situatie op u van toepassing is:



Kunt u aangeven welke situatie op u van toepassing is:



Kunt u aangeven welke situatie op u van toepassing is:

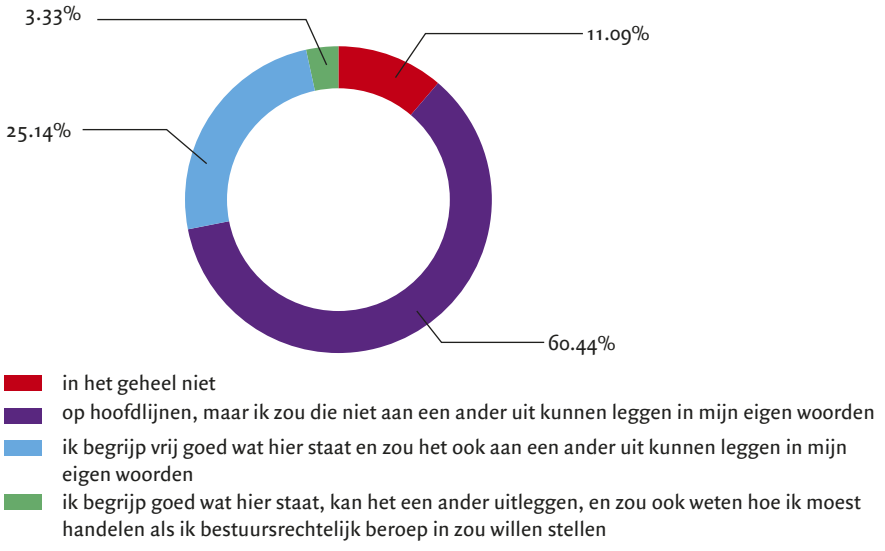


B. De vragen

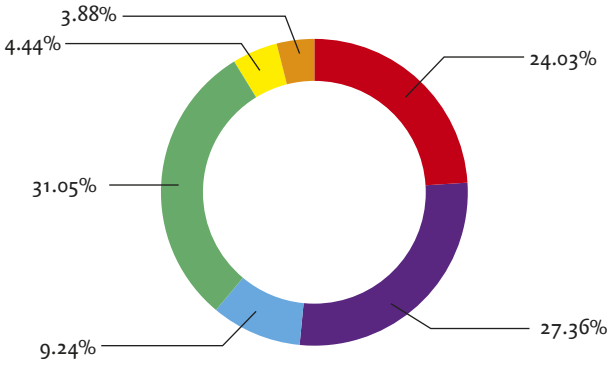
Lees a.u.b. deze tekst en beantwoord de onderstaande vragen:
In Nederland hebben we ten gevolge van artikel 8:3 Algemene wet bestuursrecht (Awb) geen rechtstreeks bestuursrechtelijk beroep tegen algemeen verbindende voorschriften. Die uitsluiting heeft te maken met de manier waarop we in Nederland invulling geven aan de idee van de Trias Politica – althans het idee van checks and balances. Volksvertegenwoordigingen kennen we in dat kader een belangrijke rol toe bij de rechtsvorming via algemeen verbindende voorschriften. Het achterliggende idee is dat burgers vooraf via hun volksvertegenwoordigers mee kunnen praten over de inhoud van algemeen verbindende voorschriften. Die volksvertegenwoordiging bepaalt, niet de rechter. Volgens de regering zou door het

mogelijk maken van rechtstreeks beroep ook het evenwicht tussen bestuur en rechter worden doorbroken. Daarnaast stuit rechtstreeks beroep ook op praktische bezwaren (bijvoorbeeld mogelijk aanzuigende werking). Je kunt in Nederland daarentegen wel beroep instellen tegen algemeen verbindende voorschriften bij de burgerlijke rechter op grond van artikel 6:162 BW, zolang het maar geen algemeen verbindende voorschriften betreft die zijn gevat in de vorm van een wet in formele zin. Die mag de rechter dan weer niet toetsen op grondwettigheid of verdragsmatigheid – en volgens de jurisprudentie ook niet op rechtsbeginselmatigheid of procedureconformiteit (art. 120 Gw). Wel mag de bestuursrechter exceptief toetsen, dat wil zeggen in een beroep tegen een individuele beslissing bezien of het algemeen verbindend voorschrift waarop die beslissing berust, rechtmatig is. De Nederlandse beperkingen voor rechtstreeks beroep tegen algemeen verbindende voorschriften aangelegd gelden niet voor zaken die worden voorgelegd aan het Hof van Justitie en het Europese Hof voor de Rechten van de Mens.

Vraag 1 – Kunt u aangeven in hoeverre u de inhoud van de tekst begrijpt. Ik begrijp deze tekst:

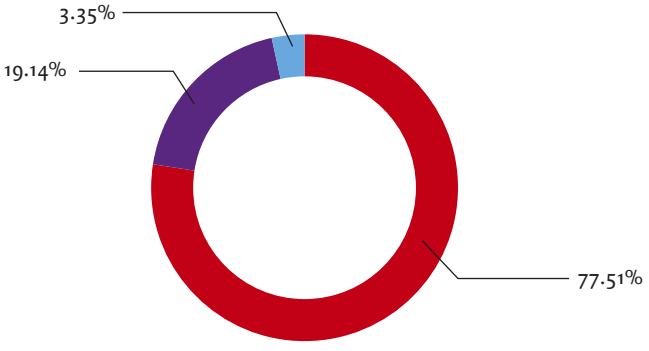


Vraag 2 – Ik heb het idee dat ik mee kan praten over rechtsregels (algemeen verbindende voorschriften) die worden vastgesteld door parlement/volksvertegenwoordiging. Naar mijn idee:



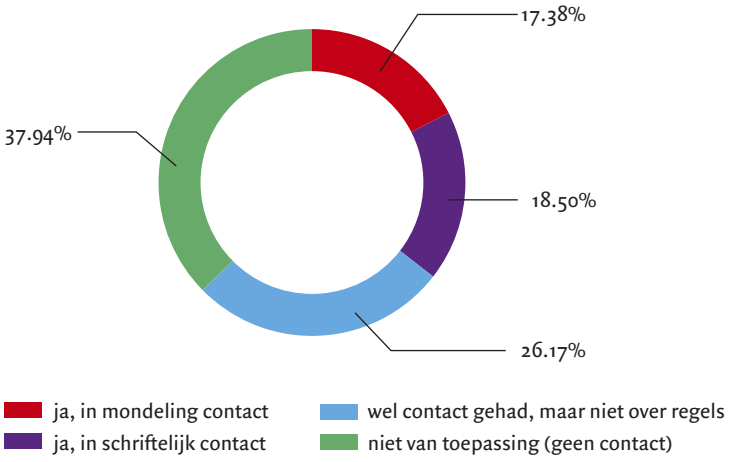
- helemaal niet, maar ik vind dat ook niet erg
- helemaal niet, maar ik zou dat wel graag willen – maar ik zou niet weten hoe
- helemaal niet, al weet ik wel hoe dat moet
- wel, ik heb het alleen nog nooit gedaan
- wel, ik heb het ook al eens gedaan (maar ben ontevreden)
- wel, ik heb het ook al eens gedaan (tot tevredenheid)

Vraag 3 – Ik heb de afgelopen tien jaar (exclusief aanvragen en ophalen paspoort/ identiteitsbewijs, rijbewijs, oproep tot periodieke verkiezingen/referenda, jaarlijkse aangifte belastingen, of contact als werknemer/ambtenaar):

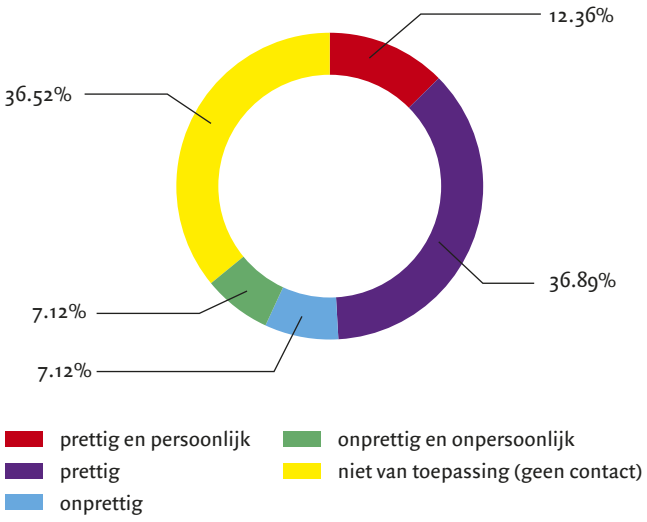


- minder dan vijf keer rechtstreeks (persoonlijk) contact gehad met de overheid
- tussen vijf tot vijftien keer rechtstreeks (persoonlijk) contact gehad met de overheid
- meer dan vijftien keer rechtstreeks (persoonlijk) contact gehad met de overheid

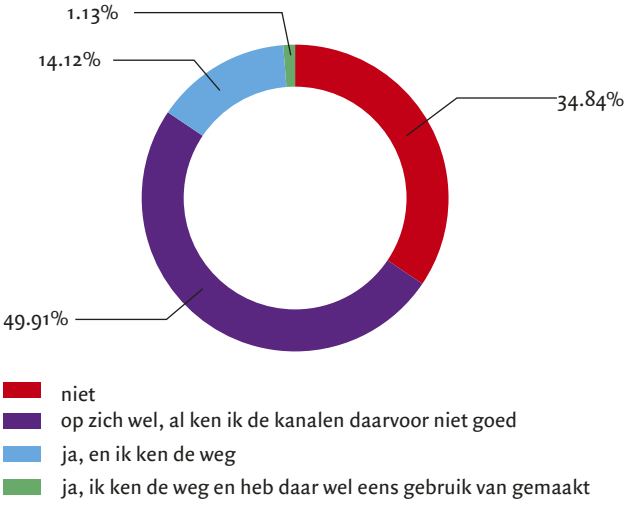
Vraag 4 – In mijn contact met de overheid heeft een verschil van inzicht (tussen mij en de overheid) over algemene regels wel eens een rol gespeeld:



Vraag 5 – Dat contact verliep:



Vraag 6 – Ik heb het gevoel dat, als ik dat zou willen, algemene regels die de overheid stelt, in een procedure juridisch aan de kaak zou kunnen stellen. Ik heb het (dat) gevoel:



Literatuur

Van Aeken 2015
K. van Aeken, 'Does participatory governance travel well? Local interpretations in countries neighboring the EU', *Sociology and Anthropology* 2015 (Accepted/In press).

Algemene Rekenkamer 2011
Algemene Rekenkamer, *Open standaarden en opensourcesoftware bij de Rijksoverheid*, Den Haag 2011.

Arnstein 1969
S.R. Arnstein, 'A Ladder of Citizen Participation', *Journal of the American Planning Association*, Vol. 35, No. 4, July 1969, p. 216-224.

Barkhuysen 2016
T. Barkhuysen, 'Homo Digitalis als uitdaging voor het recht', NJB 2016/1071, afl. 22, p. 1527.

Beetham 2003
D. Beetham, *The Legitimation of Power*, Palgrave MacMillan 2003.

Begrooting van de staats-uitgaven voor het dienstjaar 1851
Begrooting van de staats-uitgaven voor het dienstjaar 1851, gepubliceerd als *Bijblad van de Nederlandsche Staats-courant 1850-1851*.

Ten Berge, De Waard, Widdershoven, Bok, Albers, Langbroek, Neerhof & Voermans 1996
J.B.J.M. ten Berge, B.W.N. de Waard, R.J.G.M. Widdershoven, m.m.v. A.J. Bok, P. Albers, P.M. Langbroek, A.R. Neerhof & W. Voermans, *Ervaringen met de Awb; Het bestuursprocesrecht* (evaluatieonderzoek in opdracht van het Ministerie van Justitie), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Bestuur in geding 2007
Bestuur in geding, Rapport van de werkgroep inzake terugdringing van de juridisering van het openbaar bestuur (Van Kemenade), Haarlem 2007.

Boekema 2015
I.M. Boekema, *De stap naar hoger beroep: Een onderzoek naar het appelgedrag van burgers in bestuursrechtelijke zaken* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.

Bok 1991
A.J. Bok, *Rechterlijke toetsing van regelgeving* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1991.

Borman 2010
T.C. Borman, 'Alles ineen: het combineren van uitvoeringsregels', *RegelMaat* 2010 (25) 5, p. 275-284.

Broek e.a. 2015
S.D. Broek e.a., *Doelrealisatie Internetconsultaties*. Rapport van een onderzoek in opdracht van het WODC van het Ministerie van Veiligheid en Justitie 2015.

Bröring & De Graaf e.a. 2016
H.E. Bröring & K.J. de Graaf e.a., *Bestuursrecht 1; systeem, bevoegdheid, bevoegdheidsuitoefening, handhaving*, vijfde druk, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016.

Buijs 2015
J.T. Buijs, *De Grondwet; toelichting en kritiek. Eerste deel*, Arnhem: P. Gouda Quint: 1883.

Caranta & Gerbrandy 2011
R. Caranta & A. Gerbrandy, 'Introduction', in: R. Caranta & A. Gerbrandy (eds.), *Traditions and Change in European Administrative Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2011.

Commissie De Monchy 1950
Verslag van de Commissie van advies inzake verhoogde rechtsbescherming (ingesteld bij beschikking van de Minister van Binnenlandse Zaken en Justitie van 10 december 1946), Den Haag: Staatsuitgeverij 1950.

Commissie Wetgevingsvraagstukken 1985 (Commissie-Polak)
Commissie Wetgevingsvraagstukken, *Orde in de regelgeving*, Den Haag 1985.

Craig 2016
P. Craig, *Administrative Law*, achtste druk, Sweet and Maxwell, 2016.

Daalder, De Groot & Van Breugel 1994
E.J. Daalder, G.R.J. de Groot & J.M.E. van Breugel (red.), *De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht: Tweede Tranche*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1994.

Damen 2003
L.J.A. Damen, 'Helpt de Centrale Raad van Beroep Jan Splinter door de bestuursrechtelijke winter?', in: R.M. van Male e.a. (red.), *Centrale Raad van Beroep 1903-2003*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2003, p. 243-260.

Damen 2006a
L.J.A. Damen, 'The long and winding road', in: A.W. Heringa e.a. (red.), *Het bestuursrecht beschermd* (Stroink-bundel), Den Haag: Sdu Uitgevers 2006.

Damen 2006b
L.J.A. Damen, 'Is de burger beter af onder het socialezekerheidsrecht van 2006 dan onder dat van 1993?', in: M. Herweijer, G. Vonk & W.A. Zondag (red.), *Sociale zekerheid voor het oog van de meester. Opstellen voor prof. mr. F.M. Noordam*, Groningen: Default Journal 2006.

Delaere 2017
M. Delaere, 'Wet open overheid de nek omgedraaid', *Binnenlands Bestuur*, 7 januari 2017.

Denhardt & Denhardt 2009
R. Denhardt & J. Denhardt, *Public Administration: An Action Orientation*, zesde druk, Belmont CA: Thomson Wadsworth 2009.

Diamant 2017
M. Diamant, *Het budgetrecht van het Nederlandse parlement in het licht van het Europees economisch bestuur* (diss. Leiden), Universiteit Leiden 2017.

Dworkin 1986
R. Dworkin, *Law's Empire*, Hart Publishing 1986 (herdruk 2004).

Fukuyama 2011
F. Fukuyama, *The Origins of Political Order; From Prehuman Times to the French Revolution*, Profile Books 2011.

Geelhoed 1983
L.A. Geelhoed e.a., *De interveniërende staat, Aanzet voor een instrumentenleer*, 's-Gravenhage 1983.

De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001
P. de Haan, Th.G. Drupsteen & R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, deel 1 Bestuurshandelingen en waarborgen*, Deventer: Kluwer 2001.

Harlow & Rawlings 2009
C. Harlow & R. Rawlings, *Law and Administration*, derde druk, Cambridge University Press 2009.

Harari 2011
Y.N. Harari, *Sapiens: a Brief History of Human Kind*, London: Vintage Books 2011.

Hirsch Ballin 2015
E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak; over de betekenis van veranderingen in economie, politiek en samenleving voor de bestuurlijke rechtsontwikkeling', in: E.M.H. Hirsch Ballin, R. Ortlep & A. Tollenaar, *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter*, VAR-preadviezen, VAR-reeks 154, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.

Van der Hoeven 1984
J. van der Hoeven, 'Bestuur en rechter', in: *Recht op scherp; beschouwingen over handhaving van publiekrecht aangeboden aan prof. mr. W. Duk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984.

Houweling 2006
P. Houweling, *Van vergunning naar algemene regel. Een onderzoek naar de vergunningvervangende amvb's op het terrein van het milieurecht* (diss. UvT), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Huijben 2011
M. P.M. Huijben, *Overhead gewaardeerd; Verbetering van de balans tussen waarde en kosten van overhead bij organisaties in de publieke sector* (diss. Groningen), RU Groningen 2011.

Hulstijn 2012
J. Hulstijn, 'Compliance by design: het inbouwen van regelgeving in bedrijfsprocessen en informatiesystemen', *RegelMaat* 2012 (27), 2, p. 88-100.

De Jong & Herweijer 2004
P.O. de Jong & M. Herweijer, *Alle regels tellen; De ontwikkeling van het aantal wetten, AMvB s en ministeriële regelingen in Nederland*, Groningen/Den Haag: Vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde RU Groningen/WODC 2004.

Jorna 2009
F.B.A. Jorna, *De autobureaucratie; informatisering en leren van uitvoering* (diss. Leiden), Delft: Eburon 2009.

Jurgen 1993
E.C.M. Jurgens, 'De mythe van Meerenberg', NJ 1993, p. 1383 e.v.

Karagiannis 2001
N. Karagiannis, 'Key Economic and Politico-Institutional Elements of Modern Interventionism', *Social and Economic Studies*, 50 (3/4) 2001, p. 17-47.

Kettl & Fessler 2009
D. Kettl & J. Fessler, *The Politics of the Administrative Process*, Washington D.C.: CQ Press 2009.

Koenraad & Verbeek 2011
L.M. Koenraad & J.L. Verbeek, 'Finaliseren doe je zo!; de rol van de bestuursrechter bij het vaststellen van feiten na de constatering dat het bestreden besluit een gebrek kent', *NTB* 2011/12, p. 69-80.

Konijnenbelt 2015
W. Konijnenbelt, *100 Ideeën voor de gemeentelijke regelgever*, tweede druk, Den Haag: VNG 2015.

Koopmans 2003
T. Koopmans, *Courts and Political Institutions*, Cambridge: Cambridge University Press 2003.

Van Kreveld 1983
J.H. van Kreveld, *Beleidsregels in het recht*, Deventer: Kluwer 1983.

De Kruijff 2011
J.A.M. de Kruijff, *Autonomy and control of public body* (diss. Enschede), UTwente 2011.

Lasswell 1950
H.D. Lasswell, *Politics: who gets what, when, how?*, New York: Peter Smith 1950 (heruitgave origineel New York: McGraw-Hill 1936).

Leeuw 2008
F.L. Leeuw, *Gedragsmechanismen achter overheidsinterventies en rechtsregels* (oratie Maastricht), Universiteit Maastricht 2008.

Lind & Arndt 2016
E.A. Lind & C. Arndt, *Perceived Fairness and Regulatory Policy; A Behavioral Science Perspective on Government-Citizen Interactions*, OECD Regulatory Policy Working Papers, no. 6, Parijs: OESO 2016.

Lubberdink 1996
H.G. Lubberdink, *Beroep tegen algemeen verbindende voorschriften*, Preadvies Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1996.

Majone 1994
G. Majone, 'The Rise of the Regulatory State', *Western European Politics*, (17) 1994, p. 77-101.

Majone 1996
G. Majone, *Regulating Europe*, Routledge 1996.

Van Male 1988
R.M. van Male, *Rechter en bestuurswetgeving; beroep tegen door bestuursorganen vastgestelde algemeen verbindende voorschriften en toetsing daarvan aan ongeschreven recht in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Tilburg), Zwolle: Tjeenk Willink 1988.

Marseille 2004
A.T. Marseille, *Effectiviteit van de bestuursrechtspraak; een onderzoek naar het verloop en de uitkomst van bestuursrechtelijke bestuursprocedures*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Marseille 2012
A.T. Marseille, *Voor- en nazorg door de bestuursrechter* (oratie Tilburg), Tilburg University 2012.

Marseille e.a. 2015
A.T. Marseille, B.W.N. de Waard, A. Tollenaar, P. Laskewitz & C. Boxum, *De praktijk van de Nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2015.

Van der Meer 2012
F. van der Meer, *Voorwaarden, waarborgen en ambtenaren. De consequenties van de opkomst van de voorwaardenscheppende staat voor de publieke dienst bezien vanuit historisch en internationaal vergelijkend perspectief* (oratie Leiden), Universiteit Leiden 2012.

Van der Meer & Dijkstra 2016
F. van der Meer & G. Dijkstra, 'Drie valkuilen en denkfouten in de drang naar een kleinere overheid', *MeJudice, economen in debat*, 12 januari 2016.

Mendes 2011
J. Mendes, *Participation in EU Rule-Making; a Rights-Based Approach* (oorspronkelijk diss. EUI Florence 2009), Oxford University Press 2011.

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2012
Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2012, *Jaarrapportage Bedrijfsvoering Rijk 2011*, Den Haag 2012.

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2015a
Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *Jaarrapportage bedrijfsvoering Rijk 2015*, Den Haag 2015.

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijkrelaties 2015b
Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijkrelaties, *Werken in de publieke sector 2015: trends en cijfers*, Den Haag 2015.

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijkrelaties 2016
Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijkrelaties, *Werken in de publieke sector 2016: trends en cijfers*, Den Haag 2016.

Ministerie van Veiligheid en Justitie 2016
Ministerie van Veiligheid en Justitie, *Rijksbegroting 2017 VI Veiligheid en Justitie*, Den Haag 2016.

Möllers 2013
Christoph Möllers, *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford: Oxford University Press 2013.

Munneke 2008
S.A.J. Munneke, 'De moeilijke grens tussen algemeen verbindende voorschriften en concretiserende besluiten van algemene strekking; een pleidooi voor minder samenhang', *NTB* 2008/2, p. 11-19.

Musgrave 1959
Richard Musgrave, *The Theory of Public Finance*, New York: McGraw-Hill 1959.

Ten Napel, Luiten & Voermans 2015
H.M.Th.D. ten Napel, J.L. Luiten & W.J.M. Voermans, 'Introduction', in: H.M.T.D. ten Napel & W.J.M. Voermans (red.), *The Powers That Be. Rethinking the Separation of Powers. A Leiden Response to Möllers*, Leiden: Leiden University Press 2015.

Ten Napel, Voermans, Diamant, Groothuis, Steunenberg, Passchier & Pack 2012
H.M.Th.D. ten Napel, W.J.M. Voermans, M. Diamant, M.M. Groothuis, B. Steunenberg, R. Passchier & S. Pack, *Legislative Processes in Transition. Comparative Study of the Legislative Processes in Finland, Slovenia and the United Kingdom as a Source of Inspiration for Enhancing the Efficiency of the Dutch Legislative Process.*, Leiden/The Hague: WODC 2012.

Nederlandse Juristenvereniging 1988
'Onrechtmatige wetgeving' en 'Is het wenselijk wettelijke maatregelen te treffen tot beperking van de aansprakelijkheid van beoefenaren van vrije beroepen?', *Handelingen 1987 der Nederlandse Juristen-Vereniging*, deel 2. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

OESO-rapport 2003
OESO-rapport, Information, *Consultation and Public Participation in Policy-Making: Building Open Government in OECD Member Countries*, Parijs: OESO 2003.

Olivetti 2011
Olivetti M24, *Ars Aequi*, september 2011.

Van Ommeren 2012
F. van Ommeren, Hoofdstuk 5 Wetgevingsbeleid: remedies en instrumenten, in: S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven: Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012.

Organisatie voor Economische en Sociale Ontwikkeling (OESO) 2003
Organisatie voor Economische en Sociale Ontwikkeling (OESO), *From Red Tape to Smart Tape; Administrative Simplification in OECD Countries*, Parijs: OESO 2003.

Polak 1997
J.E.M. Polak, 'Rechtstreeks beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels bij de bestuursrechter: voorlopig van de baan?', *Trema* 1997, p. 269-272.

Polak 1999
J.E.M. Polak, *Burgerlijke rechter of bestuursrechter?* (diss. Amsterdam, UvA), Deventer: Kluwer 1999.

Polak 2011
J.E.M. Polak, 'Effectieve geschillensbeslechting: bestuurlijke lus en andere instrumenten', *NTB* 2011, p. 2-9.

De Poorter & De Graaf 2011
J.C.A.D. de Poorter & K.J.D. de Graaf, *Doel en functie van de bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst*, Den Haag: Raad van State 2011.

Posner 2007
R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, zevende druk, Aspen Publishers/Wolters Kluwer 2007.

Posner & Vermeule 2010
E.A. Posner & A. Vermeule, *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*, Oxford: Oxford University Press 2010.

Prins 2011
C. Prins, 'De Overheid voorbij. Recht doen aan de digitale werkelijkheid', in: M.M. Groothuis e.a., *De digitale overheid*. Preadviezen uitgebracht aan de VAR Vereniging voor bestuursrecht, VAR-reeks 146, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Pünder 2009
H. Pünder, 'Democratic Legitimation of Delegated Legislation – A Comparative View on The American, British and German Law', *International and Comparative Law Quarterly* 2009 (58), p. 353-378.

Ramlal 2011
M. Ramlal, *Naar een glazen wetgevingshuis* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Ranchordás 2014
S. Ranchordás, *Constitutional Sunsets and Experimental Legislation; A Comparative Perspective* (oorspronkelijk diss. Tilburg), Edward Elgar 2014.

De Rooij & Geurts 2014
H.J.M. de Rooij & D. Geurts, 'Hoe de belastingbetaler de mens ontdekt. Een praktijkperspectief op de relatie tussen belastingregels en belastinggedrag', *RegelMaat* 2014, afl. 2, p. 75-91.

Rowling 2001
J.K. Rowling, *Harry Potter en de steen der wijzen*, Amsterdam: Harmonie 2001.

Scheltema 2015
M. Scheltema, 'Bureaucratische rechtsstaat of responsieve rechtsstaat?', *NTB* 2015/9, p. 287-289.

Schleifer 2012
A. Shleifer, *The Failure of Judges and the Rise of Regulators*, Cambridge Massachusetts/London: MIT Press 2012.

Schlössels & Zijlstra 2010
R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, deel 2 Rechtsbescherming Overheidsaansprakelijkheid* (onderwijseditie), Deventer: Kluwer 2010.

Schlössels & Zijlstra 2016
R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, deel 1 Grondslagen, begrippen, normering, uitvoering en handhaving*, zevende druk/onderwijseditie, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Schreuder-Vlasblom 2016
M. Schreuder-Vlasblom, 'De identiteit van het bestuursrecht', *NTB* 2016/53, p. 393-399.

Schueler 2015
B.J. Schueler, 'De verschuivende functies van de Awb', *RegelMaat* 2015 (6), p. 422-436.

Schutgens 2009
R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving* (diss. Nijmegen), Radboud Universiteit 2009.

Schuurmans 2015
Y. Schuurmans, *Van bestuurlijke detailhandel naar maakindustrie* (oratie Leiden), Universiteit Leiden 2015.

Schuurmans & Voermans 2010
Y. Schuurmans & W.J.M. Voermans, 'Artikel 8:2 Awb: weg er mee!', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 809-832.

SER 2010
SER, *Overheid én markt: het resultaat telt!; Voorbereiding bepalend voor succes*, Den Haag 2010.

Shipley & Utz 2003
R. Shipley & S. Utz, 'Making it count: A review of the value and techniques for public consultation', *Journal of Planning Literature* 2003, 27(1), p. 22-42.

Struycken 1910
A.A.H. Struycken, *Administratie of rechter,* Arnhem 1910.

Taggart 2005
M. Taggart, 'From "Parliamentary Powers" to Privatization: The Chequered History of Delegated Legislation in The Twentieth Century', *University of Toronto Law Journal* (55) 2005, p. 575-627.

Telgen 2001
J. Telgen, 'De overheid op weg naar professionele inkoop: zoekend maar niet verdwaald', *Overheidsmanagement* 2001 (12), p. 341-344.

Thornhill 2010
C. Thornhill, Legality, 'legitimacy and the constitution: A historical functional approach', in: C. Thornhill & S. Ashenden (eds.), *Legality and Legitimacy: Normative and Sociological Approaches*, Baden-Baden: Nomos 2010, p. 29-53.

Tilley 2010
N. Tilley, 'Realistic evaluation and disciplinary knowledge: applications from the field of criminology', in: J. Vaessen & F. Leeuw (eds.), *Mind The Gap: Evaluation and the Disciplines*, New Brunswick: Transaction Publishers 2010, p. 203-235.

VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004
VAR-Commissie Rechtsbescherming, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid; van toetsing naar geschilbeslechting*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Vegter & Maandag 2015
J.G. Vegter & P.W.I.R. Maandag, 'Regelgeving en beleid door onafhankelijke toezichthouders; de praktijk van de ACM', *RegelMaat* 2015 (30) 3, p. 201-220.

Vergeer 2017
E.J.M. Vergeer, *Regeldruk vanuit een ander perspectief; onderzoek naar de beleving van deregulering bij ondernemers* (diss. Leiden), 2017.

Vermeule 2016
A. Vermeule, *Law's Abnegation; From Law's Empire to the Administrative State*, Harvard: Harvard University Press 2016.

Voermans 2015
W.J.M. Voermans, 'Waarom is er zo weinig wetgevingsonderwijs in de universitaire rechtenopleiding?', *RegelMaat* (2) 2015, p. 68-80.

Voermans 2016
W.J.M. Voermans, 'Beating about the Bush in Better Regulation (chapter 5)', in: B. Steunenberg, W. Voermans, S. van den Bogaert (eds.), *Fit for the Future; Reflections from Leiden on the Functioning of the EU*, The Hague/Portland: Eleven International Publishing 2016, p. 69-88.

Voermans, Hartmann & Kaeding 2014
W.J.M. Voermans, J.M. Hartmann & M. Kaeding, 'The Quest for Legitimacy in EU Secondary Legislation', *The Theory and Practice of Legislation*, 2 (1) 2014, p. 5-32.

Voermans, Ten Napel & Passchier 2015
W.J.M Voermans, H.M.Th.D. ten Napel & R. Passchier, 'Combining Efficiency and Transparency in Legislative Processes', *The Theory and Practice of Legislation* 3 (3) 2015, p. 279-294.

De Waard 2011
B.W.N. de Waard (red.), *Ervaringen met bezwaar*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

De Waard m.m.v. Ten Berge 2015
B.W.N. de Waard, m.m.v. J.B.J.M. ten Berge, *Leerstukken van bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2015.

Weijnen & Berdowski 2012
T. Weijnen & Z. Berdowski, Het totale inkoopvolume van Nederlandse overheden, Zoetermeer: Instituut voor Onderzoek van Overheidsuitgaven 2012.

Van Wijk 1974
H.D. van Wijk, 'Voortgaande terugtred', in: *Besturen met recht*, Den Haag: VNG 1974, p. 99-115.

Van Wijk/Konijnenbelt 2014
H.D. van Wijk/W. Konijnenbelt, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2016
H.D. van Wijk/W. Konijnenbelt & R. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, zestiende druk, Deventer: Kluwer 2016.

WRR-rapport 2014
WRR-rapport, *Met kennis van gedrag beleid maken*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2014.

Yeung 2010
K. Yueng, 'The Regulatory State', chapter 4, in: R. Baldwin, M. Cave & M. Lodge (eds.), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 64-83.

Zouridis 2000
S. Zouridis, *Digitale disciplinering; over ICT, organisatie, wetgeving en het automatiseren van beschikkingen* (diss. Tilburg), Delft: Eburon 2000.

Kamerstukken

Kamerstukken II 1966/67, 8800, nr. 1.
Kamerstukken II 1983/84, 17931, nr. 9
Kamerstukken II 1991/92, 22495, nr. 1.
Kamerstukken II 1991/92, 22495, nr. 2.
Kamerstukken II 1991/92, 22495, nr. 3.
Kamerstukken II 1992/93, 22495, nr. 19
Kamerstukken II 1992/93, 22690, nr. 19.
Kamerstukken II 1996/97, 25383, nr. 1.
Kamerstukken II 1996/97, 25383, nr. 2.
Kamerstukken II 2003/04, 29279, nr. 16.
Kamerstukken II 2005/06, 29515, nr. 140.
Kamerstukken II 2005/06, 30300 IXB, nr. 27.
Kamerstukken II 2006/07, 29383, nr. 75.
Kamerstukken II 2009/10, 32335.
Kamerstukken II 2010/11, 29279, nr. 121.
Kamerstukken II 2010/11, 33240 VI.
Kamerstukken II 2012/13, 29362, nr. 224.
Kamerstukken I 2012/13, C, B.
Kamerstukken I 2015/16, 33328, A.
Kamerstukken II 2015/16, 34349, nr. 2.
Kamerstukken II 2015/16, 34349, nr. 4.
Kamerstukken II 2016/17, 34376, nr. 2.
Kamerstukken II 2016/17, 33009, nr. 39.

Staatsblad

Stb. 1993, 650.
Stb. 1998, 738.
Stb. 2012, 682.
Stb. 2012, 314.

Rechtsbescherming tegen algemene regels: tijd om de Awb te voltooien

Roel Schutgens

1	**Rechtsbescherming tegen algemene regels: de stand van zaken**	**98**
1.1	Indirect werkende regelingen: exceptieve toetsing krijgt doorgaans voorrang	99
1.1.1	Individuele belanghebbende kan probleemloos exceptieve toetsing afwachten	99
1.1.2	Belangenorganisaties en indirect werkende regelingen	102
1.2	Wél toegang tot de burgerlijke rechter	105
1.2.1	Rechtstreeks werkende regelingen: Leenders/Ubbergen	105
1.2.2	Belangenorganisaties en direct werkende regelingen	106
1.2.3	Publiekrechtelijke regelgeving met feitelijke verplichtingen of belemmeringen	107
1.2.4	Onrechtmatige, zuiver privaatrechtelijke regelgeving	109
1.2.5	Schending van een wetgevingsplicht	110
2	**Pleidooi voor openstelling van het rechtstreeks beroep tegen algemene regels**	**111**
2.1	Argumenten voor openstelling	112
2.1.1	Voorkoming van afstemmingsproblemen	112
2.1.2	Verbetering rechtsbescherming	113
2.1.3	Versterking rol belangenbehartigers	114
2.1.4	Specialisatie	114
2.2	Argumenten tegen openstelling	115
2.2.1	Aanzuigende werking van het beroepsrecht	115
2.2.2	Non-argument: de trias politica	116
2.2.3	Non-argument: rechtsonzekerheid	117
2.2.4	Vervallen argument: de bestuursrechtspraak is er nog niet klaar voor	117
3	**Beroep tegen algemene regels**	**118**
3.1	Rechtstreeks beroep tegen algemene regels	119
3.1.1	Toegang tot de bestuursrechter: ruime uitleg belanghebbendheid van individuen	119
3.1.2	Bezwaar	122
3.1.3	Bezwaar- en beroepstermijn	123
3.1.4	Relativiteit	126
3.1.5	Uitspraakbevoegdheden: schrapping en matiging	128
3.1.6	Aansprakelijkheid	134
3.1.7	Samenloop van beroepen tegen dezelfde algemene regel	135

3.2 Vervolmaking van de bescherming van het individu tegen algemene regels 136

4 Slot 139

Literatuur 140

Deze preadviseur promoveerde op de rechtsbescherming door de burgerlijke rechter tegen algemene regels. Ik herinner mij de vreugde, al vroeg in het schrijfproces, bij het tegenkomen van Kamerstukken waaruit bleek dat de regering het beroep tegen algemene regels voorlopig niet wilde openstellen.[1] Mijn onderzoek zou nog jaren relevant blijven! De wenselijkheid van de invoering van zo'n beroep is in het proefschrift verder angstvallig vermeden. Dit therapeutische preadvies bepleit wat mijn dissertatie grotendeels overbodig zou maken: invoering van bestuursrechtelijk beroep tegen algemene regels.

Hoewel het bestuursprocesrecht de afgelopen jaren ingrijpend is vertimmerd – finaliteit, bestuurlijke lus, nieuwe zaaksbehandeling, relativiteit, grote kamer, Staatsraad Advocaat-Generaal, KEI, twee gloednieuwe schadevergoedingstitels, om maar wat te noemen – is artikel 8:3 Awb ongemoeid gelaten. Deze bepaling blokkeert het bestuursrechtelijk beroep tegen beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften (beide soorten samen hierna: algemene regels). Hoewel deze blokkade geen ernstige rechtsstatelijke problemen schept, zijn er wel degelijk goede redenen om haar te schrappen. Het huidige gemengde stelsel, met een taak voor de burgerlijke rechter én bestuursrechter werkt wel zo ongeveer, maar het blijft lapwerk. Het kan eenvoudiger, efficiënter en effectiever en daarom zou de wetgever bij de eerstvolgende vertimmering van het bestuursprocesrecht artikel 8:3 Awb moeten meenemen.

Dit betoog bestaat uit drie paragrafen. Paragraaf 1 geeft, om te beginnen, de stand van zaken: hoe ziet de rechtsbescherming tegen algemene regels er op dit moment uit? Dit overzicht laat zien dat het bestaande stelsel vanwege zijn houtje-touwtje-karakter vrij complexe afstemmingsproblemen oproept. Vervolgens wordt in paragraaf 2 de openstelling van rechtstreeks beroep tegen algemene regels bepleit. Tot slot wordt in paragraaf 3 bezien hoe zo'n beroep in ons bestuursproces kan worden ingepast.

1 *Kamerstukken II* 2003/04, 29279, nr. 16, p. 13.

1 Rechtsbescherming tegen algemene regels: de stand van zaken

Iemand die zich geconfronteerd ziet met een algemene regel waarvan hij de onverbindendheid (dat is: algehele ongeldigheid)[2] vermoedt, kan deze *uiteindelijk* vrijwel steeds[3] door de straf- of bestuursrechter laten toetsen. Deze rechters toetsen 'exceptief'. Zij toetsen de algemene regel aan hoger recht als verdachte of appellant de onverbindendheid inroept van de bepaling op grond waarvan hij wordt vervolgd,[4] dan wel van de bepaling waarop het geappelleerde besluit berust.[5] Het ontbreken van beroep tegen algemene regels *als zodanig* neemt dus niet weg dat deze wel degelijk getoetst kunnen worden.

Naast eventuele mogelijkheden voor exceptieve toetsing is de burgerlijke rechter formeel altijd bevoegd als een algemene regel hem rechtstreeks wordt voorgelegd op basis van een vordering uit onrechtmatige daad.[6] Echter, hoe vaker de burgerlijke rechter regels toetst die later exceptief door de bestuurs- of strafrechter zullen worden getoetst, hoe groter het gevaar van conflicterende (on)verbindendheidsoordelen. Uit oogpunt van rechtseenheid en specialisatie heeft het dan ook de voorkeur de toetsing van algemene regels bij de gespecialiseerde rechter te concentreren. De Hoge Raad deelt deze voorkeur.[7] Hij streeft ernaar de toetsing van algemene regels zo veel mogelijk via de exceptieve weg bij de bestuursrechter te laten plaatsvinden.

Toch speelt de burgerlijke rechter bij de rechtsbescherming tegen algemene regels nog steeds met verve de rol van 'restrechter'.[8] Deze restrechter biedt rechtsbescherming in geschillen met de overheid waarvoor géén met voldoende waarborgen omklede bijzondere rechtsgang openstaat. Juist de weg naar exceptieve toetsing is niet altijd te beschouwen als een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang voor rechtsbescherming *tegen de algemene regel*.[9] Het recht op effectieve

---

2 Zie voor uitleg: par. 3.1.5 en Schutgens 2009, p. 9-10.

3 Niet altijd, zie par. 1.2.3 en 1.2.4.

4 Exceptieve toetsing van beleidsregels door de strafrechter laat zich lastig denken, omdat die regels geen grondslag voor strafvervolging kunnen vormen.

5 Zie bijv. ABRvS 4 maart 2015, JB 2015/57 (Alcoholslotprogramma).

6 HR 31 december 1915, NJ 1916, p. 407 (Guldemond/Noordwijkerhout).

7 Zie hierna.

8 Zie over die belangrijke rol uitgebreid Schlössels e.a. 2015.

9 Een enkele auteur redeneert overigens formeler: nu bij de bestuursrechter geen *rechtstreeks* beroep tegen algemene regels mogelijk is, bestaat er voor algemene regels dus überhaupt geen met voldoende waarborgen omklede gespecialiseerde rechtsgang. Zo C.N.J. Kortmann 2006, p. 191 (overigens anders: C.N.J. Kortmann & F.J. van Ommeren, AB 2016/268, punt 8) en Van Angeren 1998, p. 57. Dit is echter niet de benadering van de Hoge Raad, par. 1.1.1 en 1.1.2.

rechtsbescherming kan namelijk in het gedrang komen als burgers exceptieve toetsing moeten uitlokken.

Óf een algemene regel in een concrete zaak rechtstreeks aan de burgerlijke rechter voorgelegd kan worden, wordt beoordeeld middels een afweging tussen de twee hiervoor genoemde belangen: specialisatie en rechtseenheid enerzijds en effectieve rechtsbescherming anderzijds.

Als een burger in een 'civiel wetgevingsgeding' rechtstreeks om toetsing van een regeling vraagt, dan wordt hij niet-ontvankelijk verklaard als hij dezelfde regel via een niet onevenredig belastende weg exceptief kan laten toetsen. Het belang van specialisatie en rechtseenheid gaat dan vóór op het (in dat geval geringe) belang om onmiddellijk toegang tot de rechter te verkrijgen. Is de weg naar exceptieve toetsing echter wél onevenredig belastend (of staat zij überhaupt niet open), dan is de eiser ontvankelijk in zijn civiele vordering. Het specialisatiestreven wijkt dan voor de noodzaak van effectieve rechtsbescherming.

Hierna wordt deze afweging voor verschillende gevalstypen geïllustreerd. Eerst bespreek ik in paragraaf 1.1 de gevallen waarin de exceptieve toetsing voorgaat en daarna in paragraaf 1.2 de gevallen waarin de burgerlijke rechter wel rechtstreeks toetst. Voor het overzicht wordt de stof ingedeeld naar verschillende typen eisers en regelingen, niet per arrest. Daardoor komt dezelfde uitspraak soms meermaals aan bod. Ik zie geen redenen waarom de hierna beschreven taakverdeling anders zou uitvallen voor beleidsregels dan voor algemeen verbindende voorschriften. Het betoog ziet dan ook op beide typen algemene regels.

1.1 Indirect werkende regelingen: exceptieve toetsing krijgt doorgaans voorrang

1.1.1 *Individuele belanghebbende kan probleemloos exceptieve toetsing afwachten*

Algemene regels zoals subsidieregelingen, socialezekerheidsvoorzieningen of belastingregelingen worden wel aangeduid als 'indirect werkende regelingen'.[10] Zij scheppen pas afdwingbare rechten of plichten via een uitvoeringsbesluit. Wie bezwaren heeft tegen een indirect werkende regeling kan doorgaans veilig een uitvoeringsbesluit aanvragen of afwachten, en in een beroep dáártegen ook de regeling exceptief laten toetsen. Een civiele vordering tegen een indirect werkende regeling wordt daarom in beginsel niet ontvangen. Dit blijkt duidelijk uit drie arresten over indirect werkende regelingen: *Staat/Vreemdelingenorganisaties*, *Privacy First c.s./Staat* en *SCAU/Universiteiten*.[11] Daarvan is *Privacy First c.s./Staat* het duidelijkst over de positie van individuele belanghebbenden.

10 De term stamt voor zover ik weet van Mok en Tjittes 1995. Zie ook Eijlander 1999. De Hoge Raad past de indeling in rechtstreeks werkende en indirect werkende voorschriften inmiddels met zoveel woorden toe, zie bijv. HR 3 juni 2016, *AB* 2016/268 (SCAU/Universiteiten), r.o. 4.2.2.

11 HR 9 juli 2010, *JB* 2010/174 (Staat/Vreemdelingenorganisaties); HR 22 mei 2015, *JB* 2015/125 (Privacy First c.s./Staat); HR 3 juni 2016, *AB* 2016/268 (SCAU/Universiteiten).

De nieuwe Paspoortwet wekt de toorn van Privacy First en negentien particulieren:[12] ieder paspoort moet voortaan vingerafdrukken van de houder bevatten. De wet voorziet bovendien in de aanleg van een nationaal register met alle afgenomen vingerafdrukken. Die opslag stuit op veel kritiek binnen en buiten de politiek. De Paspoortwet wordt weliswaar aangenomen, maar de aanleg van het register wordt opgeschort. Wel moeten gemeenten alvast decentraal vingerafdrukken opslaan. Stichting Privacy First, die opkomt voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer én negentien individuen eisen een civielrechtelijke onverbindendverklaring wegens strijd met het EVRM. De Hoge Raad verklaart echter alle individuele eisers niet-ontvankelijk:

> 'De verplichting om vingerafdrukken af te staan is een voorwaarde bij de aanvraag en afgifte van een reisdocument op grond van de Paspoortwet. (...) De door [de individuele eisers, RS] gestelde inbreuk op hun persoonlijke levenssfeer (...) kon zich eerst voordoen indien zij op grond van de Paspoortwet een reisdocument aanvroegen. Tegen het stellen van die voorwaarde kon dan door hen worden opgekomen bij de bestuursrechter, die op grond van die inbreuk de verplichting om vingerafdrukken af te staan onverbindend kon oordelen en terzake een voorziening kon treffen, zo nodig een voorlopige voorziening.'[13]

Eisers moeten pas vingerafdrukken afstaan als zij een paspoort aanvragen. Dan kunnen zij een bestuursrechtelijke 'toetsingsingang' creëren door het afstaan van vingerafdrukken te weigeren. De onvermijdelijke afwijzing van hun aanvraag is immers appellabel.[14] In het bestuursrechtelijke beroep kunnen de gewraakte bepalingen uit de Paspoortwet worden getoetst. Exceptieve toetsing biedt deze eisers effectieve rechtsbescherming *tegen deze regeling*, zodat zij bij de burgerlijke rechter niet-ontvankelijk zijn.

De regel *as such* is duidelijk. Wie zonder risico, dus op niet-onevenredig bezwarende wijze exceptieve toetsing kan afwachten of uitlokken, is niet-ontvankelijk in een civiel wetgevingsgeding. Wie civielrechtelijk probeert te procederen tegen een indirect werkende regeling, zal daarom meestal niet-ontvankelijk worden verklaard.

Ik wil er echter op wijzen, dat er ook bij indirect werkende regelingen grond kan zijn om eiser wél in een civiele wetgevingsvordering te ontvangen.

Om te beginnen heb ik mijn twijfels bij de niet-ontvankelijkverklaring van de individuele eisers in *Privacy First*. Kan er werkelijk van burgers worden verwacht dat zij een weigering uitlokken en (mogelijk jaren) zonder paspoort de uitkomst van een bestuursrechtelijke procedure afwachten? Een identiteitsbewijs is in veel situaties onmisbaar. De door de Hoge Raad geopperde voorlopige voorziening is kwestieus, omdat de bestuursrechter waarschijnlijk niet snel bereid zal zijn om opdracht te

12 Rijkswet van *Stb.* 2009, 252.
13 Zie r.o. 3.3.2 en 3.3.3 van het arrest.
14 Art. 46 Paspoortwet.

geven een tijdelijk identiteitsbewijs te verstrekken zonder vingerafdrukken – dat daarmee immers niet aan de wettelijke eisen voldoet.[15] Krijgt de aanvrager zo'n voorlopige voorziening niet, dan gaat zijn weg naar exceptieve toetsing gepaard met het langdurig missen van een paspoort.[16] De weg naar exceptieve toetsing lijkt mij *in casu* wel degelijk onevenredig bezwarend. Het was voor eisers beter als zij gewoon een paspoort mét vingerafdrukken hadden kunnen aanvragen, om vervolgens bij de burgerlijke rechter te procederen tegen de opslag daarvan, eventueel door een bevel tot verwijdering uit de registers te vorderen.

Ook moet in het oog worden gehouden dat indirect werkende regelingen soms hun schaduw vooruitwerpen, omdat nog te verwachten uitvoeringsbesluiten betrokkenen al in het heden tot gedragsverandering kunnen dwingen.

De gemeente X verhoogt de hondenbelasting voor volgend jaar van € 45 naar € 385. Oma Y, die rondkomt van AOW, vindt deze verhoging disproportioneel. Als zij haar teckel houdt en de eerste aanslag afwacht om de achterliggende verordening bij de belastingrechter aan te vechten, loopt zij het risico een voor haar onbetaalbare € 385 verschuldigd te worden. Zij zou daarom meteen toegang tot de burgerlijke rechter moeten krijgen, zodat zij tijdig weet of Takkie naar het asiel moet.[17]

De Gemeente Haarlemmermeer legt reizigers via Schiphol toeristenbelasting op. De luchthaven moet deze innen en afdragen. De luchthaven acht de betrokken belastingverordening in strijd met artikel 224 lid 1 Gemeentewet, omdat slechts bij enigszins duurzaam verblijf toeristenbelasting mag worden geheven. Schiphol kan deze verordening exceptief laten toetsen, nadat een eerste aanslag is opgelegd. Om de toeristenbelasting door te berekenen zijn echter al vooraf kostbare aanpassingen in de software noodzakelijk. Daarom kan de luchthaven deze 'indirect werkende' verordening toch (in kort geding) door de burgerlijke rechter laten toetsen.[18]

Deze indirect werkende regelingen dwingen betrokkene al vooraf tot een ongewenste gedragsverandering: in het eerste geval om onhoudbare kosten te voorkomen, in het tweede dreigt een investering die mogelijk onnodig zal blijken.

Voor een effectieve rechtsbescherming moeten burgers daarom soms wel degelijk bij de civiele (kortgeding)rechter kunnen procederen tegen indirect werkende regelingen.

---

15 De twijfel aan de 'haalbaarheid' van een dergelijke voorlopige voorziening zie ik bevestigd in Vzr. Rb Gelderland 17 januari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:275 (Spaghettimonster), r.o. 7. Tijdelijke identiteitsbewijzen bestaan nu eenmaal niet.

16 Vgl. Schuurmans 2015, p. 8.

17 Hopelijk krijgt zij een toevoeging. Zie over de verplichte procesvertegenwoordiging en de hogere griffierechten in het civiele recht ook par. 2.1.2. Het ligt voor de hand dat een belangenorganisatie gaat procederen. Zie par. 1.1.2: naar geldend recht krijgt ook deze slechts toegang tot de rechter indien personen als Oma Y ook ontvankelijk zouden zijn.

18 HR 17 september 1999, NJ 1999/736 (Toeristenbelasting Schiphol). Zie voor een andere belastingverordening die haar schaduw vooruitwerpt Hof Amsterdam 14 september 2000, *KG* 2000/205 (Toeristenbelasting Enkhuizen). Uitgebreid Schutgens 2009, hfdst. 8.

1.1.2 *Belangenorganisaties en indirect werkende regelingen*

Organisaties die een algemeen of collectief belang behartigen krijgen daartoe krachtens artikel 3:305a BW en artikel 1:2 lid 3 Awb toegang tot de rechter. Het attaqueren van indirect werkende regelingen is voor een belangenorganisatie echter vrijwel onmogelijk geworden. De Hoge Raad koppelt de ontvankelijkheid van de belangenorganisatie namelijk aan die van de leden van haar 'achterban', ingeval die tegen dezelfde regeling zouden opkomen. Kan zo'n individu zélf zonder problemen exceptieve toetsing uitlokken, dan is ook de belangenorganisatie niet-ontvankelijk in een civiel wetgevingsgeding. Ter illustratie van deze gevestigde rechtspraak bespreek ik het recente *SCAU/Universiteiten*.[19]

SCAU/Universiteiten

Sinds 2010 bekostigt de Staat niet langer de vervolgstudie van personen die al een studie hebben afgerond.[20] Zij betalen voortaan niet het reguliere collegegeld (waarin de staatsbijdrage is verdisconteerd), maar het door de instelling zelf vastgestelde 'instellingscollegegeld'.[21] Gemiddeld bedraagt dit € 11.980 per jaar.[22] De Stichting Collectieve Actie Universiteiten (SCAU) vordert een declaratoir dat het instellingscollegegeld aan acht Nederlandse universiteiten op onrechtmatige wijze is vastgesteld, omdat het de werkelijke kostprijs ver zou overtreffen, althans omdat niet inzichtelijk is hoe de bedragen zijn berekend.[23] Nu kent de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW) een bijzondere rechtsgang voor studenten.[24] Zij kunnen (na bezwaar of administratief beroep) tegen 'beslissingen' die hun universiteit krachtens de WHW jegens hen neemt beroep instellen bij het College van Beroep voor het Hoger Onderwijs.[25] Wie een vervolgstudie overweegt, maar het hoge instellingscollegegeld wil aanvechten, kan tegen de beslissing over *zijn* collegegeld beroep instellen bij het CBHO. De Stichting, die het collectieve belang van alle vervolgstudenten behartigt, is bij zulke individuele beslissingen niet belanghebbend.[26]

---

19 HR 3 juni 2016, *AB* 2016/268 (SCAU/Universiteiten). Ook Privacy First (zie hiervoor) werd op deze grond niet-ontvankelijk verklaard. Kritisch daarover: Schuurmans 2015, i.h.b. p. 7-8. Vgl. ook *Staat/Vreemdelingenorganisaties* en HR 3 april 1987, *NJ* 1987/744 (Iusta Causa). Zelf ziet de Hoge Raad deze arresten tevens als een voortzetting van HR 3 september 2004, *AB* 2005/74 (Staat/NJCM) (zie *Privacy First/Staat*, r.o. 3.4.1 en *Staat/Vreemdelingenorganisaties*, r.o. 4.5), maar het NJCM-arrest lijkt mij minder helder dan de Hoge Raad doet voorkomen.

20 Wet van 4 februari 2010, *Stb.* 2010/119 (Wet versterking bestuurskracht).

21 Art. 7.46 lid 1 Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW).

22 Zie het feitenoverzicht, r.o. 3.1 sub (ii).

23 Overigens maximeert de WHW het instellingscollegegeld niet; de wet bevat zelfs niet de norm dat het de kostprijs niet mag overtreffen. Eisers betogen echter dat het grondrecht op toegang tot onderwijs wordt geschonden door de kostprijs te boven te gaan (art. 2 Eerste Protocol EVRM, art. 13 IVESCR).

24 Art. 7.59a lid 3 WHW.

25 Hoger beroep staat niet open, art. 7.66 WHW.

26 Een belangenorganisatie is pas belanghebbend bij een appellabel besluit als dat besluit een boven-individueel belang rechtstreeks raakt, vgl. ABRS 15 december 1997, *AB* 1998/72; ABRvS 28 februari 2000, *AB* 2000/188; ABRvS 23 augustus 2006, *AB* 2006/365.

De lokale collegegeldregelingen als zodanig worden beschouwd als een avv, waartegen (door overeenkomstige toepassing van art. 8:3 Awb) geen beroep openstaat bij het CBHO. Ten behoeve van haar achterban probeert de SCAU daarom bij de burgerlijke rechter de collegegeldregelingen van acht universiteiten aan te vechten.

Om te beginnen bevestigt de Hoge Raad de regel dat een individuele (aspirant-) student niet bij de burgerlijke rechter kan klagen over een indirect werkend voorschrift, omdat hij bij het CHBO terecht kan:

> 'De bestuursrechter heeft (...) de mogelijkheid om algemeen verbindende voorschriften te toetsen (...) indien deze (...) ten grondslag zijn gelegd aan een besluit waarvan bij hem beroep openstaat (de zogeheten exceptieve toetsing). Het middel bestrijdt terecht niet dat deze mogelijkheid meebrengt dat de belanghebbende in de bestuursrechtelijke rechtsgang voldoende rechtsbescherming geniet in een geval zoals hier aan de orde, waarin het betrokken voorschrift eerst tot toepassing komt door een besluit dat voor bezwaar en beroep vatbaar is en de belanghebbende derhalve de werking van dat voorschrift uitsluitend ondervindt langs de weg van een daarop gebaseerd besluit (vgl. HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1296 (Staat/Privacy First), rov. 3.3.3).'

Vervolgens blijkt ook de belangenorganisatie niet-ontvankelijk als zij het voorschrift voor zulke studenten collectief bij de burgerlijke rechter aan de kaak probeert te stellen.

> '[H]et hof [oordeelt terecht] dat indien SCAU op de voet van art. 3:305a BW uitsluitend belangen behartigt van (aspirant-)studenten die deze zelf aan de orde kunnen stellen door bezwaar en beroep op grond van de Awb of titel 7.4 WHW, zij niet-ontvankelijk is in een vordering terzake bij de burgerlijke rechter, ook indien haar vordering zich richt tegen regelgeving die door exceptieve toetsing bij de bestuursrechter aan de orde kan worden gesteld. (...)
> [D]e hiermee door het hof toegepaste regel [geldt] mede als een belangenorganisatie niet slechts opkomt voor de (gebundelde) belangen van een bepaald of bepaalbaar aantal individuele personen, maar tevens voor het algemeen belang van de bescherming van de rechten van een veel grotere groep van personen, die diffuus en onbepaald is ("eenieder"). Ook in dat geval is immers sprake van een bundeling van belangen in de zin van art. 3:305a lid 1 BW.'

Ook hier legt de rechtsbescherming het af tegen het belang van rechterlijke specialisatie. Als individuen zélf het voorschrift (vrij) eenvoudig exceptief kunnen laten toetsen, krijgen niet alleen zij, maar ook belangenorganisaties die voor hen opkomen, geen toegang tot het civiele wetgevingsgeding.

Bestuurlijk rechtsoordeel?

Een tweede discussiepunt uit het arrest mag niet onvermeld blijven. In cassatie is de vraag of aankomende studenten het CBHO inderdaad zonder risico's hun collegegeldbeslissing kunnen voorleggen. Het gerechtshof had niet uitgesloten, dat procederen bij het CBHO alleen mogelijk is *na* een inschrijving als student. Als het beroep *dan* ongegrond blijkt, zou de betrokkene het kostbare instellingsgeld verschuldigd

blijven. Dat is mogelijk een onevenredig bezwarende weg naar exceptieve toetsing. De Hoge Raad ziet voor aspirant-studenten echter een niet bezwarende weg naar exceptieve toetsing:

> 'Zoals hiervoor in 4.1.5 is overwogen, is een beslissing met betrekking tot het door een betrokkene verschuldigde instellingscollegegeld vatbaar voor bezwaar en beroep (...). [B]etrokkene in de zin van titel 7.4 WHW [kan] een dergelijke beslissing ook voorafgaand aan de inschrijvingsprocedure uitlokken door het verzoek te doen om te beslissen dat hij voor het desbetreffende studiejaar een ander bedrag verschuldigd zal zijn dan door het instellingsbestuur op grond van art. 7.46 lid 2 WHW als instellingscollegegeld is vastgesteld. Uit het hiervoor in 5.2.2 overwogene volgt dan ook dat ook de aanstaande student deze mogelijkheid heeft en aldus met betrekking tot het door hem verschuldigde instellingscollegegeld bezwaar en beroep kan instellen, alvorens zich (definitief) in te schrijven (...).'

De aankomende student kan volgens de Hoge Raad dus al vóór inschrijving een (individuele) beslissing over zijn collegegeld uitlokken, om daartegen te procederen.[27] Deze tamelijk gekunstelde weg[28] naar de bestuursrechter is kennelijk niet zodanig bezwaarlijk dat een inbreuk op de rechterlijke specialisatie nodig is.

Ik signaleer deze overweging vooral hierom. De WHV kent geen duidelijke bepaling die het instellingsbestuur de bevoegdheid toekent in individuele gevallen te besluiten of te beslissen over het collegegeld. Als ik mij niet vergis, komt het door de Hoge Raad genoemde 'uitlokken' van een beslissing over de individuele betalingsplicht neer op het voeren van een correspondentie over het bedrag dat men, als men eenmaal is ingeschreven, op grond van de reglementen verschuldigd zal zijn. De brieven van het instellingsbestuur lijken (mij) een soort bestuurlijk rechtsoordeel, dat hier blijkbaar appellabel is. Hier lijkt dus de mogelijkheid om een algemene regel via beroep tegen een bestuurlijk rechtsoordeel aan de bestuursrechter voor te leggen, reden om de toegang tot het civiele wetgevingsgeding te sluiten.

Vanwege de bijzonderheden van de regelingen in de WHW is het (mij) niet geheel duidelijk in hoeverre deze regel te veralgemenen valt. De WHW kent betrokkenen namelijk rechtsbescherming toe tegen 'beslissingen' van hun instelling, niet tegen 'besluiten'. Het begrip beslissing laat mogelijk wat meer ruimte dan het besluitbegrip uit de Awb, zodat wellicht ook rechtsoordelen wat gemakkelijker als 'beslissing' beroepbaar zijn te achten. Appellabele bestuurlijke rechtsoordelen komen echter ook in het commune bestuursrecht voor.[29] De overwegingen van de Hoge Raad suggereren op zijn minst dat de burgerlijke rechter eisers niet-ontvankelijk kan verklaren als die een appellabel bestuurlijk rechtsoordeel kunnen uitlokken waaruit de

---

27 De Hoge Raad gaat er kennelijk van uit, dat een dergelijke beslissing, die volgens mij een bestuurlijk rechtsoordeel inhoudt, appellabel is. Mij lijkt de bestuursrechtelijke rechtspraak over deze kwestie op zijn minst grillig, zodat ik betwijfel of zij civiele niet-ontvankelijkverklaringen kan rechtvaardigen.

28 Vgl. C.N.J. Kortmann & F.J. van Ommeren, *AB* 2016/268.

29 Vgl. ABRvS 15 september 1997, *AB* 1998/8 (Overkappingen Schijndel); ABRvS 18 april 2013, ECLI:NO:RVS:2013:BZ8384 (Stookolie); CBB 12 februari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:31 (Dieetvoeding).

(on)verbindendheid van een regeling blijkt. Wellicht lees ik – om genoemde redenen – te veel in de overweging. Een veralgemening daarvan zou echter een verdergaande beperking van de toegang tot het civiele wetgevingsgeding betekenen (die mij zeer onwenselijk voorkomt).[30]

1.2 Wél toegang tot de burgerlijke rechter

1.2.1 *Rechtstreeks werkende regelingen: Leenders/Ubbergen*

Veel regelingen leggen rechtstreeks verplichtingen op – verplichtingen dus die zonder de tussenschakel van een appellabel besluit onmiddellijk gelden.[31] Zulke bepalingen worden doorgaans met bestuurlijke sancties of via het strafrecht afgedwongen. Betrokkenen kúnnen de weg naar exceptieve toetsing volgen door handhaving uit te lokken door de regeling te overtreden. Sinds de klassieker *Leenders/Ubbergen* staat vast dat het volgen van deze weg niet van de burger kan worden geëist.[32]

Leenders wil in Ubbergen een rijdende winkelwagen exploiteren. De plaatselijke APV verbiedt huis-aan-huisverkoop zonder vergunning. Leenders vraagt een vergunning aan, maar merkt daarbij op dat het verbod volgens hem onverbindend is. B&W delen dat standpunt niet en verlenen Leenders een vergunning. Op Leenders' bezwaar daartegen volgt geen nieuw besluit. Leenders begint dan met huis-aan-huisverkoop buiten zijn beperkte vergunning om. Hij wordt beboet en gedwongen om zijn activiteiten te staken. De strafrechter verklaart de APV-bepaling echter onverbindend. Leenders vordert daarna bij de burgerlijke rechter vergoeding van zijn omzetschade. De gemeente voert het verweer dat de fictieve weigering om op bezwaar te beslissen, formele rechtskracht heeft verkregen, en dat deze formele rechtskracht in de weg zou staan aan Leenders' ontvankelijkheid én aan eventuele schadevergoeding.

De kernoverwegingen van de Hoge Raad vallen in twee delen uiteen. Voorop staat: een regeling die een burger onder dreiging van een sanctie iets verplicht, kan rechtstreeks aan de burgerlijke rechter worden voorgelegd:

> 'Indien de overheid het standpunt inneemt dat een burger voor het verrichten van bepaalde handelingen, (...) ingevolge een algemeen verbindend voorschrift een vergunning nodig heeft, maar die burger dit voorschrift onverbindend en daarom het inroepen en handhaven ervan jegens hem onrechtmatig acht, brengen de eisen van een doeltreffende rechtsbescherming tegen de overheid mee dat hij het geschil omtrent de verbindendheid van het voorschrift aan de rechter moet kunnen voorleggen. Zolang

30 Het ontbreekt hier aan de ruimte om dit uit te werken. Kort gezegd: ik zou dat onwenselijk vinden, omdat de vraag of een bestuurlijk rechtsoordeel appellabel is, zélf van een evaluatief en dus niet al te duidelijk criterium afhangt. Zie bijv. CBB 12 februari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:31 (Dieetvoeding): is het afwachten van een uitvoeringsbesluit 'onevenredig bezwarend'? Deze toegang tot de bestuursrechter is te onvoorspelbaar om een blokkade van de toegang tot de burgerlijke rechter te kunnen rechtvaardigen.

31 Het gaat hier steeds om avv's; beleidsregels kunnen niet rechtstreeks verplichtingen opleggen.

32 HR 11 oktober 1996, *AB* 1997/1 (Leenders/Ubbergen).

de beslechting van een dergelijk geschil niet aan de bestuursrechter is opgedragen (...) moet die burger (...) het voorschrift (...) kunnen voorleggen aan de burgerlijke rechter. (...) *Niet kan immers van de burger worden verlangd dat hij (...) het op een strafvervolging of toepassing van bestuursdwang laat aankomen om die onverbindendheid in rechte te doen vaststellen.*' [cursivering toegevoegd]

Zelfs een mogelijke vergunning of ontheffing doet niet af aan de ontvankelijkheid van eiser in een civielrechtelijk wetgevingsgeding:

'Evenmin kan in voormelde situatie van de burger worden gevergd dat hij, uitsluitend teneinde de vraag of de regeling onverbindend is, aan het oordeel van de rechter te kunnen onderwerpen, de vergunning (...) aanvraagt, vervolgens tegen de beschikking waarbij de vergunning wordt verleend, een bezwaarschrift indient en zo nodig tegen de beslissing daarop beroep instelt bij de bestuursrechter. Met het oog op een doeltreffende, waarborgen tegen misverstanden biedende regeling van rechtsbescherming tegen de overheid moet worden aangenomen dat ook het openstaan van *deze weinig voor de hand liggende weg* blokkering van de toegang tot de burgerlijke rechter niet kan rechtvaardigen. Dit brengt mee dat deze toegang ook openblijft wanneer de burger – zoals hier – slechts de eerste stadia van voormelde weg heeft afgelegd, d.w.z. desgevraagd een vergunning heeft verkregen en een bezwaarschrift heeft ingediend, maar zich nadien, in stede van deze weg te vervolgen tot de burgerlijke rechter wendt teneinde deze voormelde vraag te doen beslissen.' [cursivering toegevoegd]

Voor rechtstreeks werkende regelingen wordt de weg naar exceptieve toetsing dus categorisch als onevenredig bezwarend aangemerkt, zelfs als deze weg kan worden gevolgd door afwijzing van een vergunningsaanvraag uit te lokken. Bij rechtstreeks werkende regelingen staat de weg naar de civiele rechter dus altijd open.[33] Van burgers wordt – terecht – niet verlangd dat zij het risico van een sanctie opzoeken, enkel om toetsing van een regeling mogelijk te maken.[34]

1.2.2 *Belangenorganisaties en direct werkende regelingen*

Bij regelingen die, zoals in het geval Leenders, rechtstreeks verplichtingen aan de burger opleggen, is niet alleen de betrokkene zelf, maar ook een belangenorganisatie ontvankelijk in een civiel wetgevingsgeding. Dit volgt uit de koppeling die de Hoge Raad maakt tussen de ontvankelijkheid van beide categorieën eisers (zie par. 1.1.2).

33 In *SCAU/Universiteiten* benadrukt de Hoge Raad dat deze regel nog altijd geldt, HR 3 juni 2016, *AB* 2016/268, r.o. 4.2.2, laatste alinea.

34 Vgl. Bok 1991, p. 193; kennelijk anders Lubberdink 1996, p. 14. Daar komt soms nog een argument bij. Het 'uitlokken' van een sanctie is relatief eenvoudig bij een verbod dat met een simpele handeling kan worden overtreden. Soms zal de betrokkene echter een (commerciële of andere) verboden activiteit willen ontplooien, die pas ontplooid kan worden nadat een systeem is opgezet of andere investeringen zijn gedaan. Bovenop het risico van een sanctie komt dan nog het risico van achteraf zinloos gebleken investeringen.

1.2.3 *Publiekrechtelijke regelgeving met feitelijke verplichtingen of belemmeringen*

Publiekrechtelijke regelgeving kan feitelijke verplichtingen of belemmeringen meebrengen voor individuen voor wie zij geen rechtsgevolgen heeft. Ook zonder een burger een norm te stellen, kan een regel namelijk een feitelijke constellatie scheppen die hem tot bepaald gedrag dwingt: een 'feitelijke verplichting'.[35] Zo ook kan een regel een 'feitelijke belemmering' inhouden door een omgeving te scheppen die de facto iemands vrijheid beperkt. Zulke regelingen richten zich tot *derden*, niet tot de gelaedeerde zelf. Daarom staat er voor de gelaedeerde überhaupt geen bijzondere rechtsgang open. De weg naar de burgerlijke rechter staat wel open.

Feitelijke verplichtingen of belemmeringen voor gedupeerde

De importeur van bepaalde dieetvoeding wordt geconfronteerd met een uitbreiding van het Warenwetbesluit dieetvoeding voor medisch gebruik, waardoor zijn afnemers vergunningsplichtig worden. De handel in het dieetproduct valt stil.[36] De importeur wil het betrokken Warenwetbesluit laten toetsen aan artikel 28 VWEU. Strikt juridisch raakt de regeling zijn rechten niet. Zij belemmert echter wel degelijk de uitoefening van zijn vrijheid. Als de importeur de vergunning niet zelf kan aanvragen, kan hij de AMvB rechtstreeks aan de burgerlijke rechter voorleggen.

Ook de klassiekers *Pocketbooks II* en *Montenegro* behoren tot deze categorie. In *Pocketbooks II* bleek de Staat aansprakelijk voor de schade van een groothandelaar in pocketbooks, nadat detailhandelaars geen pocketbooks meer afnamen, omdat het boekverkopersbedrijf bij ministeriële regeling – in strijd met artikel 7 Grondwet – vergunningsplichtig was geworden. In *Montenegro* was de Staat aansprakelijk voor de inkomensschade van de buitenlandse schepelingen nadat een subsidie aan reders afhankelijk was gemaakt van de nationaliteit van de bemanning.

Hier stemmen derden hun handelen af op een tot hen gerichte algemene regel, waarna de betrokkenen hun mogelijkheden om met die derden te contracteren, belemmerd zien.[37] Omdat er voor de gedupeerde geen weg naar exceptieve toetsing openstaat, hebben zij toegang tot de restrechter.

Overigens heeft de bestuursrechter de jurisprudentie over de belanghebbendheid van personen met een 'afgeleid belang' de laatste jaren versoepeld. Daardoor zijn personen die zich geconfronteerd zien met een regeling die via een derde de facto hun vrijheid belemmert, soms wél ontvankelijk als zij bij de bestuursrechter een op die regeling gebaseerd besluit aanvechten dat zich tot hun wederpartij richt, zeker als hun recht op arbeidsuitoefening beperkt wordt.[38] Deze op zich terechte juris-

35 Ontleend aan Van Ommeren 1996, p. 84.

36 Vrij naar CBb 12 februari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:31 (Dieetvoeding).

37 HR 24 januari 1969, *NJ* 1969, 316 (Pocketbooks II); HR 20 november 1987, *NJ* 1988, 843 (Montenegro).

38 Zie bijv. ABRvS 17 juni 2015, *JB* 2015/142. Deze versoepeling van de rechtspraak begon voor personen met tegengestelde belangen, maar inmiddels komt er meer ruimte om ook personen met een afgeleid, 'parallel' belang toch als belanghebbende te beschouwen. Zie Schlössels & Zijlstra 2016, p. 154; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 72.

prudentie kan de taakafbakening voor regelingen compliceren. *Als* de betrokkene eenmaal als belanghebbende is aangemerkt in een bestuursrechtelijke procedure tegen een tot zijn wederpartij gericht besluit, kan hij om exceptieve toetsing vragen. De burgerlijke rechter moet hem dan niet-ontvankelijk verklaren. Voor het openen van deze weg naar exceptieve toetsing is de betrokkene echter afhankelijk van een vergunnings- of subsidie-aanvrage door een derde[39] en van de nog schuivende rechtspraak van de bestuursrechter op dit punt.[40] Mijns inziens mag de genoemde verruiming van de beroepsmogelijkheden daarom niet in de weg staan aan ontvankelijkheid in een civiel wetgevingsgeding zolang de betrokkene niet daadwerkelijk als belanghebbende is aangemerkt in een bestuursrechtelijke procedure.

Feitelijke verplichtingen of belemmeringen bij indirect werkende regelgeving

In paragraaf 1.1.1 bleek dat de weg naar exceptieve toetsing ook bij indirect werkende regelingen soms (toch) onevenredig bezwarend is. Als ik het goed zie, gaat het hier steeds om feitelijke belemmeringen of verplichtingen. In de zaak Schiphol bijvoorbeeld was deze luchthaven reeds *vóór* de eerste aanslag *feitelijk* verplicht tot aanzienlijke investeringen. Als die feitelijke verplichting ingrijpend is, kan zij de toegang tot een civiel wetgevingsgeding rechtvaardigen.

Beleidsregels

In de literatuur komt de opvatting voor dat beroep tegen beleidsregels niet nodig zou zijn, omdat die de burger per definitie pas kunnen raken via appellabele uitvoeringsbesluiten.[41] Beleidsregels zijn als het ware steeds 'indirect werkend'. Echter, net als indirect werkende avv's kunnen ook beleidsregels reeds voordat zij in een uitvoeringsbesluit tot uiting komen feitelijke verplichtingen scheppen of via een derde iemands vrijheid beknotten. Het bekende *Montenegro* was dan ook een civielrechtelijk geding tegen een beleidsregel, waarin de eiser terecht ontvankelijk werd verklaard.[42] De burgerlijke rechter heeft naar geldend recht een (bescheiden) taak bij de rechtsbescherming tegen beleidsregels. Na openstelling van het algemeen beroep kan de bestuursrechter die overnemen.[43]

---

39 Vgl. CBb 12 februari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:31 (Dieetvoeding).

40 Zie bijv. ABRvS 9 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3764, waarin een motorclub die aan een veteranendag deelneemt haar 'coulours' niet kan dragen, omdat de burgemeester in de aan de overkoepelende organisator verstrekte defilévergunning eisen stelt aan de kledij van de deelnemers. Hoewel deze voorwaarden indirect de uitingsvrijheid van de motorclub belemmeren, maakt dat de club volgens de Afdeling nog niet belanghebbend. Deze redenering had mijns inziens ook best anders kunnen uitvallen. Vgl. ook Gerechtshof Den Haag 21 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5476: een onscherpe afbakening van de categorie derden-belanghebbenden maakt ook de materiële competentie van de burgerlijke rechter moeilijk te bepalen.

41 Bijv. Eijlander 1999, p. 145 en 148.

42 HR 20 november 1987, NJ 1988/843 (Montenegro).

43 Art. 4:84 Awb staat voor bijzondere gevallen afwijken van de beleidsregel toe. Dat lijkt mij geen reden om een eiser niet-ontvankelijk te verklaren als hij een beleidsregel aanvalt omdat die in de 'doorsnee-gevallen', waarvoor hij bij uitstek is geschreven, onverbindend is.

Als gezegd: als de leden van de 'achterban' een regeling zélf eenvoudig aan de bestuursrechter kunnen voorleggen, dan is de belangenorganisatie niet-ontvankelijk in haar civielrechtelijke vordering. In *Staat/NJCM* maakt de Hoge Raad een uitzondering voor het geval dat de belangenorganisatie een 'eigen belang' heeft bij toetsing door de burgerlijke rechter.[44] Het ging in die zaak om een organisatie die rechtshulp aan vreemdelingen verleent, en opkwam tegen een versnelde procedure voor het afhandelen van asielverzoeken. Die versnelde procedure schiep rechtsgevolgen voor vreemdelingen,[45] maar raakte ook NJCM *zelf*. De door haar aangeboden rechtshulp kwam namelijk door de versnelde procedure in het gedrang. De organisatie had dus een eigen belang bij het veiligstellen van haar dienstverlening. De (tot vreemdelingen gerichte) regeling creëert hier een feitelijke belemmering voor hun hulpverleners, die toegang tot de civiele rechter rechtvaardigde.

1.2.4 *Onrechtmatige, zuiver privaatrechtelijke regelgeving*

Als een zuiver privaatrechtelijke regel (mogelijk) onverbindend is, doen afstemmingsproblemen zich niet voor.

Krachtens de Auteursrechtrichtlijn kunnen lidstaten de bescherming van de rechten van uitvoerend kunstenaars beperken door particulieren toe te staan om niet-commerciële 'thuiskopieën' van hun uitvoeringen te maken, mits de kunstenaar een billijke compensatie ontvangt.[46] De Wet op de naburige rechten implementeert dit zo, dat de producent of importeur van apparaten waarmee thuiskopieën vervaardigd kunnen worden, een 'thuiskopievergoeding' aan rechthebbenden moet afdragen. Bij AMvB worden de apparaten aangewezen waarvoor de thuiskopievergoeding verschuldigd is. Gedurende enkele jaren worden digitale audiospelers en videorecorders niet in de betrokken AMvB's opgenomen. Stichting Norma, die in Nederland de vergoedingen voor uitvoerend kunstenaars int, vordert met succes een declaratoir dat deze AMvB's wegens strijd met het Unierecht een onrechtmatige daad opleveren waarvoor de Staat aansprakelijk is.[47]

Een verwant geval gaat over de implementatie van de richtlijn over het minimale aantal vakantiedagen voor werknemers in het Nederlandse BW. Na meer dan een halfjaar ziekteverzuim kon de werkgever vakantiedagen 'wegstrepen'. Dit bleek in strijd met de richtlijn.[48] De wetgever repareerde dit gebrek slechts voor de toekomst. Reeds vervallen vakantiedagen 'herleefden' niet. Voor die schade is de Staat jegens de gedupeerde werknemers aansprakelijk.[49]

---

44 HR 3 september 2004, *AB* 2005/74 (Staat/NJCM).
45 Die haar echter zelf exceptief zouden kunnen laten toetsen.
46 Art. 2 en art. 5 lid 2 sub e Richtlijn 2001/29/EG.
47 HR 7 maart 2014, *AB* 2014/230 (Thuiskopievergoeding).
48 HvJ EU 20 januari 2009, ECLI:EU:C:2009:18 (Schultz-Hoff).
49 Zie voor een uitgebreidere beschrijving bijv. Schutgens 2016.

Hier moesten regels van materieel burgerlijk recht aan Europese standaarden voldoen. Of die maatstaf wordt gehaald, wordt door de *burgerlijke* rechter getoetst. Deze regelgeving wordt slechts in privaatrechtelijke context toegepast. De burgerlijke rechter maakt geen woorden vuil aan ontvankelijkheidskwesties.

1.2.5 *Schending van een wetgevingsplicht*

De burgerlijke rechter heeft, tot slot, een taak als een burger of een belangenorganisatie het verzaken van een wetgevingsplicht aan de kaak wil stellen. De burgerlijke rechter kan het stilzitten van de wetgever onder omstandigheden onrechtmatig verklaren.[50] Ook kan hij een regeling onrechtmatig verklaren omdat zij – in het licht van een hogere wetgevingsplicht – te 'soepel' is voor bepaalde categorieën burgers.[51] Het blijft hier overigens bij verklaringen voor recht: een bevel om alsnog een regeling uit te vaardigen of om de wet aan te passen, is niet mogelijk.[52]

50 HR 19 februari 1993, *AB* 1993/305 (Aruba/Lopez).
51 Denk aan het zojuist genoemde HR 7 maart 2014, *AB* 2014/230 (Thuiskopievergoeding) of aan HR 10 oktober 2014, *AA* 2015/305 (Rookverbod).
52 HR 21 maart 2003, *NJ* 2003/691 (Nitraatrichtlijn). Uitgebreid daarover: Boogaard 2013.

2 Pleidooi voor openstelling van het rechtstreeks beroep tegen algemene regels

Zoals zojuist besproken is in de loop der jaren de rechtsmachtverdeling voor de rechtsbescherming tegen algemene regels uitgekristalliseerd. Daarmee is er een rechtsbeschermingsstelsel ontstaan dat min of meer 'werkt'. Ernstige rechtsstatelijke problemen veroorzaakt de blokkade van artikel 8:3 Awb dan ook niet. Toch wordt hier uit volle overtuiging betoogd dat het rechtstreeks beroep tegen algemene regels opengesteld zou moeten worden. Systematisch is de Awb eigenlijk al lang op die mogelijkheid ingericht – het funderende besluitbegrip omvat alle beleidsregels en lagere avv's – en het wordt tijd haar op dit punt te voltooien.[53] Omdat over dit onderwerp reeds de nodige literatuur is verschenen, houd ik mijn pleidooi beknopt – temeer omdat nagenoeg alle auteurs het over de wenselijkheid van de invoering van rechtstreeks beroep eens zijn.[54] In paragraaf 2.1 geef ik eerst de vier sterkste argumenten voor openstelling; daarna probeer ik in paragraaf 2.2 de argumenten te weerleggen waarmee de openstelling op de lange baan werd geschoven.[55]

53 Vgl. Konijnenbelt 1991, p. 122 die de blokkade als een 'systeeminbreuk' betitelt.

54 Zie ook het preadvies van collega-preadviseur Voermans. Een fraai betoog is verder Schuurmans & Voermans 2009. Zie voor andere pleidooien 'voor' bijv. Barkhuysen & Den Ouden 2016; Barkhuysen 2015; Polak 2015, Van Male 2001; Eijlander 1999; Allewijn 1998; Lubberdink 1996; Bok 1991, p. 206-210; Konijnenbelt 1991; Van der Vlies 1991; Van Male 1988.

55 De Awb bevatte bij haar uitvaardiging meteen de blokkade van art. 8:2 Awb, inmiddels (ergerlijk genoeg, want zonder noodzaak) vernummerd tot art. 8:3 Awb. Een amendement Biesheuvel/Jurgens zorgde voor een overgangsbepaling (art. IVa Wet voltooiing eerste fase herziening rechterlijke organisatie) op grond waarvan de blokkade op 1 januari 1999 zou vervallen. In 1997 bracht een kabinetsnotitie de voor- en nadelen van openstelling in kaart, met het besluit om openstelling door schrapping van art. IVa op de lange baan te schuiven, *Kamerstukken II* 1996/97, 25383, nr. 1 (hierna: Kabinetsnotitie 1997). In 2004 werd naar aanleiding van de tweede evaluatie van de Awb besloten verder geen wetgeving voor te bereiden om de blokkade op te heffen, *Kamerstukken II* 2003/04, 29279, nr. 16, p. 13. Zie ook Schuurmans & Voermans 2009; Polak 1999, p. 56-58; Lubberdink 1996, p. 9-10. Zie ook paragraaf 2 van het betoog van collega-preadviseur Voermans, die overigens laat zien dat de uitsluiting van rechtstreeks beroep een 'diep verankerde traditie' is die nog veel verder teruggaat. Daarover ook Van Male 1988, p. 239-255.

2.1 Argumenten voor openstelling

2.1.1 *Voorkoming van afstemmingsproblemen*

Hoewel de rechtsbescherming tegen algemene regels wel zo ongeveer 'werkt', valt op hoe complex de rechtsmachtverdeling op dit punt is. Het stelsel is slechts volledig te begrijpen na analyse van uiteenlopende gevalssituaties. Bovendien berust de rechtsmachtverdeling op een materieel-evaluatief criterium. De eiser in een civiel wetgevingsgeding is immers slechts ontvankelijk als de weg naar exceptieve toetsing 'onevenredig bezwarend' is en daarom 'geen effectieve rechtsbescherming' biedt. Zo'n materieel-evaluatief criterium noopt de toepasser daarvan tot eigen normatieve afwegingen, waarvan de uitkomst niet steeds voorspelbaar is. Ik vermoed dat de jurisprudentie over de rechtsmachtverdeling juist daarom blijvend een indruk wekt van wikken en wegen. Er blijven gevallen waarin de uitkomst van de ontvankelijkheidsbeslissing onduidelijk is. Zo kan de vraag gesteld worden of de eiser in een civiel wetgevingsgeding ontvankelijk is:

– als een avv hem rechtstreeks verplichtingen oplegt, maar het daaraan verbonden bestuurlijke-boetenbeleid in een appellabele waarschuwing voorziet, voordat een echte sanctie wordt opgelegd. *Leenders/Ubbergen* suggereert dat de betrokkene bij de burgerlijke rechter terecht kan. De Hoge Raad bevestigt in *SCAU/Universiteiten* dat die uitspraak nog staat, maar de grote nadruk die de Hoge Raad de laatste jaren legt op de waarde van specialisatie, roept (bij mij) de vraag op hoe lang *Leenders/Ubbergen* nog overeind blijft. In de geschetste situatie loopt de betrokkene doorgaans immers weinig risico als hij handhaving afwacht;
– als hij ten aanzien van een regeling een bestuurlijk rechtsoordeel kan uitlokken. Mogelijk kan een door bestuursdwang te handhaven, rechtstreeks werkende verplichting op die wijze (toch) zonder risico aan de bestuursrechter worden voorgelegd, zodat civielrechtelijke toetsing niet nodig is. *SCAU/Universiteiten* suggereert een bevestigend antwoord, maar vanwege de bijzonderheden van de rechtsbescherming onder de WHW is (mij) niet duidelijk of dat te veralgemenen is;[56]
– als hij claimt dat het afwachten van een appellabel besluit krachtens een indirect werkende regeling riskant voor hem is. Het is niet duidelijk hoe groot die risico's moeten zijn, voordat de weg naar de civiele rechter wordt opengesteld, en of de burgerlijke rechter die steeds adequaat kan inschatten.[57]

Ik vermoed dan ook dat zich concrete gevallen zullen blijven voordoen waarin de burgerlijke rechter nieuwe, niet geheel voorspelbare beoordelingen moet verrichten

56 Ik zou dat overigens ook uiterst onwenselijk vinden, zie noot 30.

57 Zie par. 1.1.1: bij aanzienlijke schade staat de weg naar de rechter open, maar hoe groot moet die zijn? Zo is noch de inschatting in *Privacy First*, dat de betrokkene wel een tijdje zonder paspoort kan, noch de inschatting in *SCAU/Universiteiten*, dat een verloren beroep bij het CBHO niet leidt tot het verschuldigd worden van het instellingscollegegeld, voor mij evident.

van de vraag of de weg naar exceptieve toetsing onevenredig bezwarend is. Daarmee wordt de rechtsmachtverdeling niet alleen complex, maar ook vaag.

Nu is rechtspraak op basis van vage, materieel-evaluatieve criteria in onze rechtspleging aan de orde van de dag. Talloze normen, van de maatschappelijke betamelijkheid (art. 6:162 BW) tot de onevenredigheid van een nadeel (art. 4:126 Awb nieuw) vergen een eigen afweging van de rechter. Vage criteria zijn waardevol als zij bijdragen aan een rechtvaardige oplossing voor het concrete geval. Het adiëren van rechter A of juist rechter B is echter een lokettenkwestie. Het vraagstuk wordt uitsluitend opgeroepen door de onvolkomen organisatie van die loketten zelf.[58] Energie die aan lokettenkwesties wordt besteed, is grotendeels verspild, omdat zij niet bijdraagt aan rechtvaardige uitkomsten. Een competentieverdeling moet dan ook zo veel mogelijk via heldere, formele criteria beslist worden. Schrapping van artikel 8:3 Awb zou dat sterk bevorderen.[59]

2.1.2 *Verbetering rechtsbescherming*[60]

Het civiele wetgevingsgeding heeft duidelijke nadelen voor de burger. Schuurmans en Voermans noemen het terecht 'ingewikkeld, kostbaar en omslachtig',[61] door de verplichte procesvertegenwoordiging, de procesingang per dagvaarding en de relatief hoge griffierechten. Niet voor niets zijn bij civiele wetgevingsgedingen doorgaans belangenorganisaties betrokken.[62] Zelden spannen particulieren op persoonlijke titel een wetgevingsgeding aan.[63] Het bestuursproces is veel toegankelijker.

Openstelling kan – afhankelijk van zijn precieze vormgeving, zie paragraaf 3 – de rechtsbescherming voorts verbeteren op het punt van de *uitspraak*. Ook hier is het bestaande stelsel houtje-touwtje-werk. De burgerlijke rechter kan bevelen om een regeling buiten toepassing te laten of voor recht verklaren dat de uitvaardiging of toepassing daarvan onrechtmatig is. De regeling als zodanig verdwijnt daarmee echter niet uit de rechtsorde, en zij kan dus de basis blijven vormen voor toepassing jegens anderen.[64] De bestuursrechter daarentegen kan de regeling schrappen. De rechtszekerheid is hiermee gediend.[65]

Het argument van verbetering van de rechtsbescherming wint nog aan kracht, nu recent in verschillende delen van het bijzondere bestuursrecht individuele beschikkingen uit efficiëntieoverwegingen worden vervangen door stelsels van algemene

58 Zie over materiële en formele rechtsfeitomschrijvingen Schutgens 2011.
59 In vergelijkbare zin Polak 1999, p. 51.
60 Zie voor een argumentatie van vergelijkbare strekking Schuurmans & Voermans 2009, p. 810.
61 Schuurmans & Voermans 2009, p. 810.
62 Zie Schutgens 2009.
63 Het komt overigens wel voor, denk aan *Leenders/Ubbergen*. Zelfs daar ging het overigens om een ondernemer.
64 Er zijn overigens wel afstemmingregels ontwikkeld die ongeveer 'werken', maar dat is voornamelijk het geval bij toetsingsuitspraken van hoogste rechters. De toetsingsoordelen van lagere rechters bieden derden weinig zekerheid, vgl. ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:77, r.o. 6.
65 Zo ook Eijlander 1999, p. 148.

regels met eventueel generieke uitzonderingen.[66] Materieel dezelfde rechtsplichten, die voorheen in de vorm van een appellabele beschikking werden gegoten, bereiken de burger voortaan als avv. Het ligt voor de hand de rechtsbescherming tegen zulke avv's te verbeteren.[67]

2.1.3 *Versterking rol belangenbehartigers*

Een opvallende uitkomst van het specialisatiestreven is dat belangenorganisaties vrijwel niet meer tegen indirect werkende regels kunnen procederen.[68] Juist bij algemene regels kunnen belangenorganisaties echter bij uitstek een zinvolle rol spelen. Regels raken open categorieën personen en de argumenten voor onverbindendverklaring luiden voor grote groepen betrokkenen hetzelfde. Zoals de Hoge Raad opmerkt in *Staat/Vreemdelingenorganisaties*, kunnen belangenorganisaties natuurlijk een individu bijstaan dat op eigen naam om exceptieve toetsing vraagt.[69] Toch moet dan maar net iemand worden gevonden met de *Ausdauer* om een dergelijke procedure – mogelijk in drie instanties – vol te houden. Niet voor niets is de rechtsingang voor belangenorganisaties bij andere kwesties dan toetsing van algemene regels uiterst ruim, óók bij zaken die individuen best zelf aan de orde kunnen stellen. Als belangenorganisaties tegen regelingen kunnen procederen, vergroot dat de efficiëntie van de rechtspleging en de effectiviteit van de behartiging van 'onmachtige' belangen. Openstelling zou belangenorganisaties ook bij algemene regels deze rol (terug)geven.[70]

2.1.4 *Specialisatie*

Openstelling versterkt de met de Awb beoogde rechterlijke specialisatie. Dat argument gaat overigens niet altíjd op. De specialisatie wordt zelfs verstoord bij beroep tegen lagere voorschriften die (in strijd met EU- of internationaal recht) een kwestie van materieel privaatrecht regelen. Kwantitatief is dit echter een ondergeschikte categorie.[71] Verbodsregelingen zonder ontheffingsmogelijkheid die zuiver strafrechtelijk worden gehandhaafd, zijn 'specialisatieneutraal'. De strafrechter ondervindt hierbij op dit moment concurrentie van de burgerlijke rechter; na openstelling zal deze van de bestuursrechter komen. Verreweg de belangrijkste categorie van regels is echter die waarvan alledaagse toepassingen in enige vorm – via vergunningen, ontheffingen of bestuurlijke sancties – op het bureau van de bestuursrechter

66 Zo werden in het kader van de Wet milieubeheer en het Activiteitenbesluit vergunningen vervangen door AMvB's. Deze gedachte is geïnspireerd op Schueler 2015, p. 435. Zie ook Polak 1999, p. 60. Overigens noemde Polak het een kleine twintig jaar geleden al een 'veelal toevallige' kwestie van wetgevingstechniek of een concrete rechtsplicht de burger via een beschikking of een avv bereikt.

67 Zo ook Schuurmans & Voermans 2009, p. 821.

68 Par. 1.1.2.

69 Zie r.o. 4.4.

70 Ik geef toe dat dit probleem niet speelt bij 'rechtstreeks werkende regels', par. 1.2.2.

71 Zie par. 1.2.4; het enige mij bekende voorbeeld is HR 7 maart 2014, *AB* 2014/230 (Thuiskopievergoeding). Gaat het om een formeel-wettelijke regeling (HR 18 september 2015, *AA* 2016/371), dan zou die sowieso onder de 'bevoegdheid' van de burgerlijke rechter blijven ressorteren.

belanden. Deze rechter zou daarom de standaard toetsingsrechter van regelingen moeten worden.

2.2 Argumenten tegen openstelling

Hoewel in het wetenschappelijk debat van de jaren negentig grote eensgezindheid heerste over de wenselijkheid van openstelling, heeft de regering die eerst uit- en daarna afgesteld.[72] Haar interessantste tegenargument lijkt mij de vrees voor een 'floodgate' aan beroepen. Voor het overige kwam zij – *with all due respect, of course* – met non-argumenten: de trias politica, de vrees voor rechtsonzekerheid en de gedachte dat de bestuursrechter nog niet aan rechtstreeks beroep toe was.

2.2.1 *Aanzuigende werking van het beroepsrecht*

De blokkade is in de Awb beland uit beduchtheid voor de 'aanzuigende werking'[73] en de 'juridisering'[74] die van rechtstreeks beroep zou uitgaan. Inderdaad kan er bij een algemene regel een groot aantal personen belanghebbend zijn. De vraag is of dat leidt tot de gevreesde *floodgate*. Vooropgesteld zij: *the proof of the pudding is in the eating*. Zekerheid over de vraag hoe een nieuw rechtsmiddel zal uitpakken, is er vooraf zelden. Toch durf ik uit te spreken dat het met de gevreesde 'aanzuigende werking'[75] wel eens zou kunnen meevallen.

Enige toename van het beroep op de bestuursrechter is te verwachten. De gemakkelijkere procesingang in het bestuursrecht zal er allicht voor zorgen dat het aantal beroepen op de bestuursrechter meer toeneemt dan dat het aantal civiele wetgevingsgedingen afneemt. Dit lijkt (mij) niet problematisch zolang het gaat om beroepen waar juridisch iets 'in' zit. Enige toename van het aantal *kansrijke* beroepen geeft vooral blijk van verbeterde rechtsbescherming. Dat is helemaal niet erg. De bestuursrechter biedt een heilzame vorm van *check and balance* tegenover het bestuur.

Toename van het aantal beroepen is wel erg als deze (1) geen zinvol belang dienen, (2) evident kansloos zijn of (3) een voortdurende herhaling van zetten opleveren.

De vereisten van belanghebbendheid en van voldoende procesbelang kunnen het eerste bezwaar naar mijn indruk voldoende tegengaan. Over kansloze beroepen valt het volgende te zeggen. Bij mijn weten zijn er weinig aanwijzingen dat het laagdrempelige beroep tegen beschikkingen meebrengt dat burgers massaal *kansloze* procedures aanspannen.[76] Burgers hebben er doorgaans weinig behoefte aan om

72 Zie noot 55.

73 Kabinetsnotitie 1997, p. 13 en 18; *Kamerstukken II* 1991/92, 22495, nr. 3 (MvT), p. 92-95.

74 Kabinetsnotitie 1997, p. 30-31.

75 Nader rapport bij Afdeling 8.1.1 (*PG Awb*, p. 374). Zo ook toenmalig minister Hirsch Ballin tijdens het hoofdlijnendebat over deze materie (zie *PG Awb*, p. 386 en 388).

76 Sommige delen van het bijzonder bestuursrecht zijn wel degelijk een magneet voor querulanten. Dat is met name bij de Wob het geval (zie Bakker 2014 met literatuur- en jurisprudentieverwijzingen). Naar mijn indruk kon dit probleem echter ontstaan, doordat aanvragers (1) geen belang bij

tijd en geld weg te gooien voor zinloze beroepen: men procedeert doorgaans pas als er serieuze belangen op het spel staan en als een beroep enige kans van slagen heeft. Vooralsnog zie ik niet waarom dat anders zou worden bij beroepen tegen algemene regels.

Tot slot: wel degelijk zal het vóórkomen dat een algemene regel door veel belanghebbenden geattaqueerd wordt.[77] Omstreden, potentieel onrechtmatige regelingen zullen echter altijd worden geattaqueerd – is het niet rechtstreeks, dan onvermijdelijk in beroepen tegen uitvoeringsbesluiten. Een potentieel onverbindende regeling kan naar geldend recht dus nét zo goed een *floodgate* aan beroepen veroorzaken, zij het dat die zich op dit moment vaak richten tegen uitvoeringsbesluiten.[78] Openstelling zal de toetsing vooral vervroegen. Mits de bestuursrechter erin slaagt beroepen tegen algemene regels snel af te handelen, kan deze vroegtijdige toetsing zelfs procedures over uitvoerings- en handhavingshandelingen voorkómen.[79]

2.2.2 *Non-argument: de trias politica*

Blijkens parlementaire stukken vormt ook de trias politica voor opeenvolgende kabinetten een reden om openstelling op de lange baan te schuiven. Het argument wordt op verschillende manieren naar voren gebracht – 'uitholling van de politieke democratie',[80] 'controle moet gebeuren door de Staten-Generaal en niet door de rechter', de rechter moet 'niet op de stoel van het bestuur gaan zitten' – maar het komt er in de kern op neer dat rechterlijke toetsing van avv's een onwenselijke inbreuk zou vormen op de positie van de politieke ambten. Los van de vraag of dit juist is,[81] is die toetsing al decennia een gegeven. Burgerlijke rechter, bestuursrechter en strafrechter toetsen lagere regelingen in ieder geval al sinds 1864 aan hogere wetgeving en vanaf 1986 tevens aan ongeschreven recht.[82] Openstelling verandert niets aan

---

het primaire besluit hoeven te stellen; (2) er bij omvangrijke Wob-beslissingen altijd wel érgens iets te veel is 'weggelakt': bij beroep op de rechter is er een aanzienlijke kans op succes, waar nog bij komt dat verzoeken gemakkelijk zo gemanipuleerd kunnen worden dat het bestuursorgaan te laat besluit, zodat het een dwangsom verbeurt. Beroepen tegen algemene regels missen deze eigenschappen.

77 In par. 3.1.7 bepleit ik daarom het – binnen een rechtbank – voegen van zulke zaken en het concentreren van rechtsmacht voor landelijke regelingen bij de Rechtbank Den Haag.

78 Schuurmans 2015, p. 11-12 geeft treffende voorbeelden.

79 Schuurmans & Voermans 2009, p. 819; Eijlander 1999, p. 145. Wordt het beroep tegen de algemene regel verworpen, dan ligt het voor de hand dat de rechter, als hem later om exceptieve toetsing van dezelfde regel wordt gevraagd, zich – behoudens een 'novum' – bij die uitkomst aansluit.

80 Kabinetsnotitie 1997, p. 31. Zie ook *Kamerstukken II* 2003/04, 29279, nr. 16, p. 13.

81 Toetsing kan ook worden verwelkomd als een *check* op een steeds invasiever overheidsapparaat. Los daarvan geldt het argument van de positie van de volksvertegenwoordiging bij het bewaken van de evenwichtigheid en de rechtmatigheid van regelgeving vooral voor democratisch vastgestelde regelgeving; bij gedelegeerde regelgeving is de democratische controle veel geringer. Vgl. Schuurmans & Voermans 2009, p. 817.

82 Het toetsingsrecht is door de Hoge Raad reeds verdedigd in HR 6 maart 1864, *W.* 2646 (Pothuis); HR 19 april 1865, *W.* 2706 (Brandweerverordening Haskerland); HR 31 juli 1866, *W.* 2820 (Import buitenlands vee). Hierover Bok 1991, p. 26-32 en Sillen 2010, p. 7 en 150. Over toetsing aan ongeschreven recht HR 16 mei 1986, *NJ* 1987/251 (Landbouwvliegers).

die bevoegdheid. Zij vervroegt de uitoefening daarvan en verstrekt de rechter een subtieler uitspraken-instrumentarium.[83]

In sommige passages is de angst voor verstoring van de verhoudingen niet zozeer ingegeven door de verwachting dat de bestuursrechter niet anders of intensiever zal toetsen, maar vooral *vaker*.[84] De verstoring binnen de trias is dan eerder kwantitatief dan kwalitatief van aard. Enige toename van de frequentie van toetsing is redelijkerwijs wel te verwachten. Ik vermoed echter dat regels waaraan een potentieel gebrek kleeft, ook naar geldend recht op enig moment getoetst *zullen* worden: is het niet rechtstreeks, dan wel exceptief. Een argument dat erom schreeuwt, genoemd te worden, zál genoemd worden. Openstelling leidt vooral tot snellere, efficiëntere toetsing.[85]

2.2.3 *Non-argument: rechtsonzekerheid*

Voorts zou openstelling de juridische status van algemene regels onzeker maken en daarmee de uitvoering van beleid kunnen belemmeren. Dat is niet onjuist, maar de juridische status van algemene regels *is* onzeker. Naar geldend recht blijft de rechter altijd bevoegd tot exceptieve toetsing en onverbindendverklaring. Regelingen waarvan de houdbaarheid 'op het randje' is, *zullen* worden getoetst, ook naar geldend recht. Interessant genoeg kunnen onrechtmatige regelingen indien dat noodzakelijk is, met het rijkere uitspraken-instrumentarium van de bestuursrechter zelfs wat gemakkelijker nog een tijdje 'in de lucht' worden gehouden (zie par. 3).[86] Het 'netto-effect' van openstelling op de rechtszekerheid zou daarom wel eens positief kunnen zijn.

2.2.4 *Vervallen argument: de bestuursrechtspraak is er nog niet klaar voor*

Tot slot meende de regering bij invoering van de Awb in 1997[87] dat het bestuursprocesrecht nog te zeer in ontwikkeling was, om de rechter ook nog op te zadelen met de noviteit van een rechtstreeks beroep tegen algemene regels. Daar zat destijds wellicht iets in, maar inmiddels heeft het argument zijn overtuigingskracht verloren. Naar aanleiding van de eerste decennia ervaring met de Awb is deze wet de afgelopen jaren aanzienlijk aangevuld en mijns inziens ook sterk verbeterd. Naar mijn indruk zit de bestuursrechtspraak inmiddels goed in haar vel. De tijd is rijp.[88]

---

83 Par. 3.1.5.

84 Nader rapport bij Afdeling 8.1.1 (*PG Awb*, p. 374, r.k.). In deze passage wordt overigens wel onder ogen gezien dat onverbindendverklaring naar geldend recht altijd mogelijk is en blijft. Het is hier vooral de verwachte toename van de frequentie van dit soort gedingen die de vrees wekt voor toename van rechtsonzekerheid. In vergelijkbare zin MvA II bij het wetsvoorstel (*PG Awb*, p. 387). Zie de hoofdtekst voor enige relativering.

85 Vgl. Van der Vlies 1991. Dit is dan ook het enige punt waarop ik het, als ik het goed zie, niet helemaal eens ben met Schuurmans & Voermans 2009, die de indruk wekken dat door de openstelling de controle op het bestuur sterk zal worden uitgebreid (zie bijv. p. 816). Ik denk dat dat wel meevalt; de controle zal volgens mij vooral worden vervroegd.

86 Zie par. 3.1.5. Vgl. Van Male 2001, p. 86 en 90.

87 Kabinetsnotitie 1997, p. 31-32.

88 Zo ook Schuurmans & Voermans 2009, p. 817 en 819.

3 Beroep tegen algemene regels

Deze paragraaf bevat concrete voorstellen voor de inrichting van een rechtstreeks beroep tegen algemene regels. De beschouwingen berusten op de volgende uitgangspunten:[89]

1. De Awb is zo opgezet dat een beroep tegen algemene regels er systematisch vrijwel naadloos in past. De hele wet knoopt aan bij een besluitbegrip dat bewust zo is geformuleerd dat het beleidsregels en lagere avv's omvat. Openstelling van rechtstreeks beroep zou de Awb op dit punt voltooien.[90] Hierna wil ik laten zien dat die openstelling binnen het bestaande wettelijke kader ook prima kán. Zo'n inpassing lijkt bovendien 'haalbaarder' dan het ontwerpen van een geheel nieuw procesrecht voor algemene regels. Voor deze beschouwingen is daarom het vertrekpunt dat artikel 8:3 lid 1 Awb wordt geschrapt, waardoor het beroep tegen algemene regels in beginsel geregeld is. Aan de orde komen aspecten van het Awb-procesrecht waarover toch vragen rijzen, hetzij omdat niet meteen duidelijk is hoe zij bij algemene regels zullen uitpakken, hetzij omdat er toch redenen zijn voor een aanpassing in het Awb-procesrecht.
2. Openstelling dient twee voorname doelen. Ten eerste de rechterlijke specialisatie, waardoor het oordeel over algemene regels, veel sterker dan nu het geval is, bij dezelfde rechter wordt geconcentreerd.[91] Ten tweede verbetering van de rechtsbescherming van de burger. Het rechtstreeks beroep moet eenvoudige, laagdrempelige rechtsbescherming tegen algemene regels bieden. In het licht van beide doelen is het minder wenselijk als er na openstelling veel gevallen resteren waarin de burgerlijke rechter alsnog aanvullende rechtsbescherming moet bieden. Verderop, in paragraaf 3.2, brengt dit tweede uitgangspunt (mij) op het punt van de rechtsmiddelentermijn toch tot een pleidooi voor een wezenlijke aanpassing van het Awb-procesrecht.
3. De voornaamste veranderingen die openstelling teweegbrengt, zijn een vereenvoudiging van de toegang tot de rechter en het scheppen van de bevoegdheid om via rechterlijke dicta rechtstreeks in de gelding van algemene regels in te grijpen. Openstelling verandert echter niets aan de toetsingsgronden voor algemene regels. Normenhiërarchie en toetsingsbevoegdheid zijn algemeen staatsrechtelijke vraagstukken, die zich niet tot het rechtstreeks beroep tegen algemene regels beperken. De bestuursrechter zal in het rechtstreeks beroep

89 Ik ben zeker niet de eerste die een poging waagt om een dergelijk stelsel 'door te rekenen'. Zie bijvoorbeeld ook Lubberdink 1996; Kabinetsnotitie 1997; Van Male 1988.

90 Vgl. Polak 1999, p. 59-60.

91 Let wel: de strafrechter zal bevoegd blijven tot exceptieve toetsing; een volledige concentratie bij de bestuursrechter kan niet de bedoeling zijn, vgl. par. 3.1.3.

aan dezelfde maatstaven blijven toetsen als zijn strafrechtelijke en – zij het sporadisch – zijn civielrechtelijke collega: aan iedere nationale regel hoger in rang, aan rechtsbeginselen, eenieder verbindend verdragsrecht en aan Unierecht – dat zijn overigens ook de maatstaven die de bestuursrechter al decennia toepast en ook zal blijven toepassen voor zover hij nog exceptief toetst.[92]

3.1 Rechtstreeks beroep tegen algemene regels

Na schrapping van artikel 8:3 lid 1 Awb kan volgens de gewone procedure en met de gewone rechterlijke bevoegdheden van de huidige Awb tegen algemene regels worden geprocedeerd. Er lijkt onvoldoende reden om ons bestuursproces op de volgende punten aan te passen: de beperking van de toegang tot de rechter tot belanghebbenden, de verplichte bezwaarfase, ontbreken van schorsende werking van bezwaar en beroep, de mogelijkheid van een voorlopige voorziening, berechting in twee instanties, de rechterlijke uitspraakbevoegdheden.

Op de volgende punten lijken wel aanpassingen of op zijn minst een eigen invulling nodig.

3.1.1 Toegang tot de bestuursrechter: ruime uitleg belanghebbendheid van individuen

Het zou systeemvreemd zijn om voor algemene regels, anders dan voor alle andere Awb-besluiten, een *actio popularis* te creëren. Als het in Groningen wordt verboden om met een auto van voor 1991 door het centrum te rijden, maar ik ben een Amsterdammer zonder auto of rijbewijs, dan kan het niet de bedoeling zijn dat mij beroepsmogelijkheden toekomen. Hetzelfde geldt voor de APV die het spreken van Arabisch op straat verbiedt, terwijl ik slechts het Nederlands, Engels en Limburgs machtig ben. In onze rechtstraditie mogen rechtsmiddelen slechts worden ingesteld door hen die daarbij een reëel en te respecteren belang hebben. Zuiver morele verontwaardiging of de enkele wens om de overheid dwars te zitten verdienen geen toegang tot de rechter: zij wegen niet op tegen de vertraging, de kosten en de emoties

92 Zie over de 'inhoudelijke kant' van deze toetsing De Poorter & Capkurt 2017, par. 2. Art. 3:1 maakt enkele voorbehouden bij de toepasselijkheid van Hoofdstuk 3 Awb op avv's. Titel 3.7 (motivering) wordt daarvoor geheel buiten toepassing verklaard. Avv's zijn afkomstig van politieke organen die soms wat ad hoc te werk zullen gaan, bijvoorbeeld bij amendering, zodat het weinig zin heeft de kwaliteit van de motivering van een avv te toetsen. Ik ga er echter van uit, dat deze buitentoepassingverklaring van titel 3.7 alleen op het avv zélf niet van toepassing is. Bij de heroverweging op bezwaar mag, ook als een avv opnieuw wordt bezien, wel een deugdelijke motivering worden verwacht. De bestuursrechter zal dat volgens mij ook kunnen toetsen (vgl. Van Male 1988, volgens wie avv's zich prima lenen voor 'formele toetsing'). Ik meen overigens dat de bestuursrechter er goed aan zou doen de formele toetsing van avv's niet te indringend te verrichten, formele gebreken zo mogelijk te passeren (art. 6:22 Awb en art. 8:72 lid 3 sub a Awb) en vooral de aanvaardbaarheid van het resultaat te bezien. Niemand zit te wachten op eindeloze lussen van vernietigen en opnieuw besluiten die geen ander resultaat opleveren. 'Formalisering' van de toetsing van algemene regels is slecht te rijmen met de in het geldende bestuursproces al jaren te ontwaren tendens tot deformalisering en finalisering. Zie over dat laatste onder meer Albers & Schlössels 2016.

die met rechtszaken gepaard gaan.[93] Ook het beroepsrecht tegen algemene regels komt daarom slechts toe aan belanghebbenden.

De belanghebbendheid bij de regel zal *in beginsel* bepaald kunnen worden via analoge toepassing van de bekende eis dat het belang van appellant rechtstreeks bij het besluit betrokken moet zijn, zoals uitgewerkt in de jurisprudentie[94] en aangevuld door beroepsmogelijkheden voor belangenorganisaties.

Te verwachten valt dat vooral belangenorganisaties van het rechtstreeks beroep gebruik zullen maken.[95] Zeker bij een beroepstermijn van zes weken (zie overigens par. 3.2) is het zaak om de regel snel na uitvaardiging aan te vechten. Belangenorganisaties hebben doorgaans voldoende voeling met de juridische ontwikkelingen op hun terrein om tijdig te registreren dat er een nieuwe regel aankomt, die zij snel kunnen (en moeten) bestrijden. 'Nietsvermoedende' particulieren daarentegen worden vaak pas met regels geconfronteerd als die daadwerkelijk op hen worden toegepast.[96] Belangenorganisaties beschikken bovendien eerder dan individuen over de benodigde kennis en middelen om kansrijk te procederen. Belangenorganisaties – die naar geldend recht vaak niet tegen algemene regels kunnen procederen, zie paragraaf 1.1.2 – zullen algemene regels voortaan snel na hun uitvaardiging kunnen attaqueren, en zo de geldigheid daarvan vlot en eenduidig ten behoeve van de gehele achterban kunnen uitprocederen. Dit is toe te juichen. De geldigheid van een algemene regel speelt bij uitstek in talloze zaken. Het is typisch een 'boven-individueel' belang, waarvoor belangenorganisaties bij uitstek in het leven geroepen zijn.

Ik voorzie weinig bijzonderheden bij het beoordelen van de belanghebbendheid van belangenorganisaties; de rechtspraak op artikel 1:2 lid 3 Awb kan daar naadloos op worden toegepast.

Bij de belanghebbendheid van individuele appellanten rijzen wel vragen.[97] Het uitgangspunt moet een beoordeling naar de bekende maatstaven zijn: de appellant moet een objectief bepaalbaar, persoonlijk, eigen, rechtstreeks betrokken en actueel belang bij de algemene regel hebben.[98] De bestuursrechter zal echter verschillende van die aspecten ruimer dan gebruikelijk moeten interpreteren, wil althans

93 Naar mijn indruk ligt deze gedachte zelfs mede ten grondslag aan recente aanscherpingen van de toegang tot de rechter voor belangenorganisaties en de vloed aan jurisprudentie over misbruik van de WOB. Vgl. ABRvS 17 februari 2016, *AB* 2016/184 (Meerts).

94 Zie echter hierna.

95 Civielrechtelijke 'beroepen' tegen algemene regels gaan vrijwel steeds uit van organisaties. Die dominantie zou overigens wel iets geringer kunnen worden, doordat in het bestuursrecht de kostbare verplichte procesvertegenwoordiging ontbreekt.

96 Vgl. Schuurmans & Voermans 2009, p. 818.

97 Er is wel geopperd om het beroepsrecht uitsluitend aan belangenorganisaties toe te kennen (zo Lubberdink 1996, p. 14-15). De vernietiging *erga omnes* van een algemene regel is vaak 'meer' dan de individuele appellant nodig heeft, terwijl juist belangenorganisaties er wel op uit zullen zijn ongunstige regels geheel van tafel te krijgen. Toch zou het beroepsrecht ook aan individuen moeten toekomen. Beperkingen van hun toegang tot de bestuursrechter kan ertoe leiden, dat zij zich toch weer tot de burgerlijke rechter moeten wenden. Bovendien: als een regel via de rechtspositie van derden een feitelijke verplichting of belemmering voor de belanghebbende schept (par. 1), is diens belang wel degelijk gediend met integrale vernietiging.

98 Zie ook Schlössels & Zijlstra 2016, p. 137 e.v.

het rechtstreeks beroep de rechtsbescherming van de burger daadwerkelijk verbeteren.[99]

De burger moet naar mijn oordeel een rechtstreeks beroepsrecht krijgen als hij *aannemelijk* maakt dat een algemene regel hem *onmiddellijk of in de nabije toekomst* nadeel zal toebrengen, dat door het beroep kan worden voorkomen. Deze maatstaf vereist een soepele benadering van enkele van de traditionele aspecten van belanghebbendheid.

Om te beginnen moet de eis van een 'persoonlijk' belang dat zich voldoende van andermans belangen onderscheidt, niet te streng worden opgevat. Als alle hondenbezitters in een gemeente de verplichting wordt opgelegd hun hond te muilkorven, moet een individuele hondenbezitter niet te horen krijgen dat er in de gemeente talloze hondenbezitters zijn. Als de APV iedere huizenbezitter in de gemeente ertoe verplicht om op Koningsdag de vlag uit te hangen en ik acht die bepaling in strijd met artikel 10 EVRM, dan zou het argument dat er tienduizenden huizenbezitters in de gemeente zijn mijn rechtsbescherming blokkeren – enzovoorts.[100] Kortom: als een algemene regel zich richt op een groep personen met een bepaalde kwaliteit, moet iedereen die aannemelijk maakt tot die groep te behoren, worden beschouwd als iemand met een voldoende persoonlijk belang, wil de openstelling van het rechtstreeks beroep een zinvolle functie vervullen.

Ook de eis dat appellants belang 'voldoende actueel' moet zijn, vereist soepelheid. Stel, de Groningse APV weert auto's van voor 1991 uit het centrum. Als inwoner van het centrum spaar ik al jaren voor een oldtimer. Ik bezit er echter nog geen. Naar traditioneel bestuursrechtelijk denken is mijn belang waarschijnlijk onvoldoende actueel: het is immers nog toekomstig en onzeker; het bestaat slechts 'in mijn hoofd'. Als ik niet-ontvankelijk word verklaard in mijn beroep tegen de verbodsbepaling, zijn wij echter – met *Leenders/Ubbergen* in het achterhoofd[101] – terug bij 'af'.[102] Ik kan dit verbod dan immers alleen nog aantasten door de auto aan te schaffen en het verbod door overtreding daarvan aan de strafrechter voor te leggen – met het risico van een boete én het risico dat ik een auto heb aangeschaft die ik niet kan gebruiken. Daarom zou de bestuursrechter er genoegen mee moeten nemen dat ik met concrete feiten en omstandigheden aannemelijk maak dat de regel in de nabije toekomst op mij van toepassing zou worden – bijvoorbeeld doordat ik lid ben van de Oldtimer Club Nederland en twee proefritten heb gemaakt met een *Citroën Traction Avant*. Kort gezegd: soms brengt pas het actief verrichten van een handeling of het opzoeken van een situatie iemand daadwerkelijk onder het bereik van de algemene regel (auto of hond aanschaffen etc.). Als het voornemen daartoe voldoende reëel is, vereist een

---

99 Vgl. het tweede uitganspunt uit de inleiding van par. 3.

100 De mogelijkheid van toegang tot de bestuursrechter voor individuen doet er niet aan af dat ik verwacht dat vooral belangenorganisaties tegen zulk soort bepalingen zullen ageren.

101 Par. 1.2.1.

102 Vgl. de kritiek van Craig & De Búrca 2015, p. 517 e.v. (met verwijzing naar vele anderen) op HvJ EG 25 juli 1963, zaak 25/62 (Plaumann). In casu kon een importeur van mandarijnen zich niet verzetten tegen een tot Duitsland gerichte beslissing van de Commissie over mandarijnenimport, omdat allerlei anderen ook wel mandarijnen zouden kunnen importeren. Met dit soort redeneringen wordt het rechtstreeks beroep illusoir. Het arrest heeft de rechtsbescherming in het Europese rechtstreeks beroep tegen algemene regels dan ook bepaald niet versterkt.

goede rechtsbescherming dat de betrokkene vooraf zekerheid kan verkrijgen over de geldigheid van de algemene regel. De bestuursrechter moet hem dan niet wegens onvoldoende actueel belang het straf- of civielrechtelijke bos in sturen.

Voor beroepen van individuele burgers bij *indirect* werkende regelgeving[103] valt te twisten over de noodzaak van afwijkingen van het 'traditionele model' van belanghebbendheid. Stel, de gemeente voert, door het woord 'hond' in artikel 226 Gemeentewet creatief te interpreteren als 'huisdier', een kattenbelasting in van € 65 per kat. Een kattenbezitter vecht de betrokken bepaling aan. Er kan betoogd worden dat zijn belang onvoldoende rechtstreeks door de regeling wordt geraakt, niet actueel is of dat hij onvoldoende procesbelang heeft. De betrokkene kan immers zonder problemen de heffing afwachten en daartegen in beroep gaan; het is ook de heffing en niet de regeling die de betalingsplicht afdwingbaar maakt en die eventueel formele rechtskracht kan verwerven. Het is niet noodzakelijk om hier van de traditionele benadering af te wijken.[104] Slechts als de betrokkene aannemelijk kan maken dat hij een belang heeft bij een *onmiddellijk* oordeel over de regeling als zodanig, zal hij wel toegang tot de rechter moeten krijgen. Denk bijvoorbeeld aan de zaak Schiphol, besproken in paragraaf 1. Een nieuwe belastingverordening dwingt de luchthaven feitelijk al vóór de eerste aanslag tot kostbare aanpassingen. In dat geval beschikt de betrokkene echter over een actueel, rechtstreeks door de regeling als zodanig geraakt belang, waarvoor mijns inziens ook naar traditioneel bestuursrecht al toegang tot de rechter bestaat. Dezelfde redenering kan worden gevolgd voor beleidsregels: in beginsel zal rechtstreeks beroep daartegen minder snel nodig zijn, maar dat is wel het geval als de regel zijn schaduw vooruitwerpt.

3.1.2 Bezwaar

Bij het beroep tegen algemene regels is een voorafgaande bezwaarfase mijns inziens minstens zo zinvol als bij (de huidige) appellabele besluiten. (Ook) voor de rechtsfiguur van bezwaar veranderen de argumenten niet fundamenteel als het bestuursrechtelijk beroep wordt gericht tegen algemene regels.[105] De heroverweging op bezwaar heeft ook hier de bekende 'zeefwerking': in veel zaken blijkt een beroep op de rechter niet nodig, doordat enerzijds eenvoudig te herstellen gebreken worden verholpen en anderzijds kansloze beroepen worden ontmoedigd doordat de kansen

103 Par. 1.1.1 en 1.1.2.

104 Daar kan zeker anders over worden gedacht. De rechtsvraag naar de verbindendheid van deze regeling zal toch aan de rechter worden voorgelegd. Als niet door rechtstreeks beroep, dan wel via massale beroepen tegen individuele heffingen. Beroep tegen de regel zelf zal de rechtsvraag slechts naar voren halen; mij lijkt dat weinig problematisch. Een niet-ontvankelijkverklaring sluit echter aan bij het uitgangspunt dat er zo min mogelijk in het bestuursprocesrecht moet veranderen. Mogelijk is dit overigens een non-probleem, omdat individuen vaak pas met regels worden geconfronteerd bij hun uitvoering en daardoor sowieso geneigd zullen zijn pas in beroep tegen het uitvoeringsbesluit om exceptieve toetsing te vragen, zo Schuurmans & Voermans 2009, p. 818 en noot 28.

105 In gelijke zin Lubberdink 1996, p. 21-23.

pover blijken. In de zaken die de rechter wél bereiken, zal het geschilpunt scherper omlijnd zijn.[106]

Los van deze nogal bestuursorgaangeoriënteerde voordelen, lijkt het recht op een griffierechtvrije[107] heroverweging ook in het voordeel van de belanghebbende zelf. In bezwaar kan het besluit immers ook op beleidsmatige en politieke gronden worden heroverwogen. Juist bij algemene regels, die bij uitstek van politieke organen afkomstig zijn,[108] is het waardevol dat belanghebbenden de eigen, mogelijk veronachtzaamde, belangen in de beleidsmatige heroverweging indringend onder de aandacht kunnen brengen. Dat geldt temeer voor belangenorganisaties, die de *algemene* belangen die zij behartigen nog eens op de agenda van de op algemene belangen gerichte politiek kunnen zetten.[109]

Overigens wordt belangenorganisaties of het algemene publiek vaak al inspraak in algemene regels gegund, bijvoorbeeld via hoorzittingen, internetconsultatie of inspraakavonden. Een daarop volgende bezwaarschriftprocedure kan dan een herhaling van zetten zijn. Dat roept de vraag op of de bezwaarfase na vormen van inspraak achterwege zou moeten blijven.

Naar geldend recht kan na toepassing van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb de bezwaarfase achterwege blijven.[110] Deze afdeling bevat daarom enige waarborgen voor belanghebbenden die het overslaan van de bezwaarfase kunnen rechtvaardigen. Afdeling 3.4 kan ook bij de voorbereiding van algemene regels worden toegepast, waarna bezwaar achterwege kan blijven. Verder zou ik niet willen gaan: andere, informelere, meer ad hoc georganiseerde vormen van inspraak zullen, juist door het ontbreken van waarborgen voor de individuele belanghebbende, de bezwaarfase niet overbodig maken.[111] Ook hier behoeft het geldend recht geen aanpassing.

3.1.3 Bezwaar- en beroepstermijn

De rechtsmiddelentermijn lijkt mij *by far* het meest precaire discussiepunt voor het rechtstreeks beroep. Na schrapping van artikel 8:3 Awb geldt in beginsel een termijn van zes weken.[112] Het (zeer) algemene karakter van regels vormt volgens mij echter een zwaarwegende grond om belanghebbenden ook na ommekomst van de beroepstermijn – in enige variant – een beroepsmogelijkheid te bieden. Dat is een

106 Schlössels & Zijlstra 2014, p. 220-223.

107 Art. 7:15 Awb.

108 Ook in materiële zin. De vaststelling van avv's mag immers niet gedelegeerd worden aan ondergeschikten (art. 10:14 Awb), zodat slechts delegatie aan politieke ambten aan de orde is. Mandatering is, anders dan bij beschikkingen, bij avv's ook niet toegestaan (art. 10:3 lid 2 sub a Awb). Zie ook de Aanwijzingen voor de regelgeving, nr. 33.

109 Art. 10:3 lid 2 sub a Awb verzekert dat de beslissing op het bezwaar tegen een avv niet gemandateerd mag worden, zodat 'de politiek' inderdaad 'zelf' heroverweegt. Ik zie overigens geen bezwaren tegen het uitbesteden van het horen en het geven van een advies aan een commissie in de zin van art. 7:13 Awb. Die bepaling verhindert dat ook niet.

110 Art. 7:1 lid 1 sub d Awb.

111 Bij internetconsultatie bijvoorbeeld is de regelsteller niet verplicht om iets met de aangeleverde commentaren te doen.

112 Art. 6:7 Awb.

vrij radicale visie, want materieel staat er dan steeds een vorm van beroep tegen algemene regels open. Aangezien de invoering van het rechtstreeks beroep tóch al moeilijk ligt, werk ik hier de gematigde variant mét rechtsmiddelentermijn uit. Onder paragraaf 3.2 volgt een radicaler scenario.

Een gewone termijn van zes weken

Een rechtsmiddelentermijn van zes weken vanaf de dag na bekendmaking[113] stimuleert het snel uitprocederen van de rechtmatigheid van controversiële nieuwe voorschriften. De laagdrempelige weg naar de bestuursrechter staat immers maar kort open. Vermoedelijk zal dit gegeven het verschijnsel versterken dat vooral belangenorganisaties tegen voorschriften procederen. Voor de doorsnee particulier zullen de zes weken na de bekendmaking van het voorschrift immers vaak al verstreken zijn voordat deze zich überhaupt realiseert dat hij met een nadelig voorschrift te maken krijgt.[114] Omdat belangenorganisaties goed in de materie zitten, valt echter te verwachten dat zij regels waarover rechtsstatelijke twijfels rijzen, zo snel mogelijk willen laten toetsen.[115]

Status van het voorschrift na afloop van de termijn

Wat is het effect van een rechtsmiddelentermijn op de gelding van algemene regels waartegen geen rechtsmiddelen zijn ingesteld? Volgens mij is dat anders dan bij 'gewone' besluiten, waarvoor de leer van de formele rechtskracht geldt. Naar mijn oordeel moet een algemene regel na het verstrijken van de rechtsmiddelentermijn *geen* onaantastbaarheid of formele geldigheid verwerven. Ook als de bestuursrechter zich niet in een rechtstreeks beroep over de algemene regel heeft uitgelaten, kan deze gewoon onverbindend zijn en de strafrechter, de burgerlijke rechter en de (exceptief toetsende) bestuursrechter blijven als vanouds bevoegd dat in voorkomend geval te constateren.[116] Een andere opvatting is ongerijmd en in strijd met het recht. Ik leg dat eerst uit voor personen die pas na het verstrijken van de termijnen belanghebbend worden ('later-belanghebbenden') en daarna voor degenen die van meet af aan belanghebbend waren ('oorspronkelijk-belanghebbenden').

Juist bij algemene regels kunnen burgers pas lange tijd na de uitvaardiging daarvan überhaupt onder het bereik daarvan geraken. Als de Groningse raad een verbod

113 Art. 6:8 Awb.

114 Overigens knopen de rechtsmiddelentermijnen van de Awb aan bij de bekendmaking van het besluit. Vooral avv's treden vaak pas enige tijd na bekendmaking in werking, zie bijv. art. 142 Gemeentewet. Op grond van art. 7 Bekendmakingswet is de default voor Rijksvoorschriften zelfs een inwerkingtredingstermijn van een tot twee maanden. De bezwaartermijn tegen een AMvB of ministeriële regeling kan dus heel goed al voor de inwerkingtreding daarvan verstreken zijn.

115 Vgl. par. 3.1.1.

116 Idem: Nader rapport bij het wetsvoorstel voor Afdeling 8.1.1 Awb (zie *PG Awb*, p. 374); regeringscommissaris Scheltema in het debat over het amendement Jurgens/Biesheuvel (*PG Awb*, p. 389-390); Polak 1999, p. 51; Kabinetsnotitie 1997, p. 23; Lubberdink 1996, p. 12 en 16-17; Bok 1991, p. 279, Van Male 1988, p. 59 (over het Franse systeem).

uitvaardigt tot het muilkorven van alle honden in het openbaar, maar een blinde verhuist pas twee jaar later vanuit Sint Geertruidenberg naar Groningen met een geleidehond die met een muilkorf niet kan functioneren, dan wordt hij pas lang na het verstrijken van de rechtsmiddelentermijnen überhaupt belanghebbend.[117] Het behoeft geen betoog dat het onaanvaardbaar zou zijn hem wegens het verstrijken van de beroepstermijn voor de bestuursrechter óók nog de exceptieve toetsing door de strafrechter te ontzeggen. Dat zou het al sinds de negentiende eeuw aanvaarde toetsingsrecht dat aan iedere rechter ten aanzien van lagere regelgeving toekomt,[118] in de ban doen. Later-belanghebbenden zouden bovendien zoveel aan rechtsbescherming inboeten dat dit mijns inziens onder omstandigheden in strijd met artikel 13 EVRM[119] zou komen.[120] Terecht is ook alle – wat oudere – literatuur over een rechtstreeks beroep op dit punt eenstemmig: invoering van het rechtstreeks beroep beperkt de bestaande mogelijkheden voor exceptieve toetsing (ten aanzien van later-belanghebbenden sowieso) niet.[121]

Voor 'oorspronkelijk-belanghebbenden' bij een regeling is de argumentatie íets anders. Een Amsterdamse toeristische onderneming die na een verbod in de APV zijn bierfietsen niet meer mag verhuren, kán daartegen in beroep.[122] In theorie kan haar later worden verweten dat zij deze beroepsmogelijkheid niet heeft gebruikt.[123] Ook hier mag het verweer van exceptieve toetsing mijns inziens echter niet vervallen. Anders zouden burgers worden gedwongen voortdurend alle nieuwe regelgeving in de gaten te houden waarbij zij mogelijk belanghebbend zijn, en die eventueel moeten attaqueren op straffe van verval van zelfs een vorm van strafrechtelijke rechtsbescherming.[124] Ik acht dit geen realistische eis en daarom een onaanvaardbare.[125] Het (later) inroepen van *exceptieve* toetsing en onverbindendverklaring van de regel kan dus evenmin ontzegd worden aan de oorspronkelijk-belanghebbende die de mogelijkheden van bezwaar en beroep heeft laten lopen.

---

117 Door mijn ruime opvatting van het belanghebbendevereiste wordt de betrokkene overigens al belanghebbend op het moment dat serieuze verhuisplannen aannemelijk zijn. Zie par. 3.1.1.

118 Vgl. par. 2.2.2.

119 Tegen lagere regelingen die in strijd komen met EVRM-rechten zouden aanzienlijke groepen belanghebbenden immers niets kunnen ondernemen.

120 Overigens maakt de burgerlijke rechter bij beschikkingen een uitzondering op de formele rechtskracht voor personen die in bestuursrechtelijke zin niet belanghebbend waren. Vgl. bijv. HR 30 november 1987, NJ 1988/843 (Montenegro); HR 3 februari 2006, *AB* 2006/225 (Staat/European Club Support Foundation); voor een 'later-belanghebbende' zou mijns inziens hetzelfde moeten gelden, al ken ik daar geen voorbeelden van (zie wellicht Rb. Den Haag 4 februari 2015, *JB* 2015/158 (Aanslag Alphen aan den Rijn)).

121 Overigens wordt in het Amerikaanse bestuursprocesrecht na verstrijken van de beroepstermijn van vier maanden aan de algemene regel wél een vorm van onaantastbaarheid toegekend die ook exceptieve toetsing grotendeels uitsluit, zie Schuurmans & Voermans 2009, p. 826. Het gaat daar wel om een beroepstermijn van vier maanden. Het lijkt mij desondanks geen goed idee.

122 Mits zij haar belang aannemelijk kan maken.

123 Dat is ook de gedachte waarop de formele rechtskracht van appellabele besluiten berust.

124 Overigens accepteert de strafrechter de formele rechtskracht van beschikkingen niet, zie HR 27 maart 2007, *JB* 2007/160. Mijn betoog in de hoofdtekst is een analoge toepassing van geldend recht.

125 Daar komt overigens nog bij dat de belanghebbendheid van de individuele betrokkene – ook met toepassing van het voorgestelde soepele criterium – soms lastig zal zijn hard te maken.

Regelingen verwerven na het verloop van de rechtsmiddelentermijn simpelweg geen onaantastbare gelding. Ten aanzien van oorspronkelijk-belanghebbenden die hun beroepsmogelijkheden hebben laten lopen, acht ik op het punt van de aansprakelijkheid overigens een wat genuanceerdere benadering mogelijk. Zie hierna paragraaf 3.1.6.

3.1.4 Relativiteit

Een betrekkelijk recente toevoeging aan de Awb – en een waarover dus niet is nagedacht met het oog op het beroep tegen algemene regels – is artikel 8:69a Awb: de bestuursrechter vernietigt een besluit niet wegens strijd met een norm die de belangen van de appellant kennelijk niet beschermt.

De verbindendheid van avv's is in ieder geval deels een kwestie van openbare orde, waarbij toepassing van artikel 8:69a Awb zich moeilijk laat denken. In andere gevallen is het leerstuk van de relativiteit gewoon toepasbaar.

Verbindendheid van openbare orde?

De bestuursrechter beschouwt de bevoegdheid om het aangevallen besluit te nemen als een kwestie van openbare orde.[126] Als de beroepen algemene regel is vastgesteld zonder deugdelijke rechtsgrondslag, dan zal de bestuursrechter die daarom sowieso vernietigen. Aan toepassing van artikel 8:69a Awb wordt dan als het ware niet toegekomen, omdat openbareordekwesties zich onttrekken aan een oriëntatie op de concrete belangen van partijen.[127]

Nu zijn er uitspraken waaruit blijkt dat de Afdeling en de Centrale Raad in beroepen *tegen een beschikking* de verbindendheid van het avv waarop die beschikking berust, ook als een kwestie van openbare orde beschouwen.[128] Dat is wel te begrijpen, want een 'uitvoeringsbesluit' dat berust op een onverbindend avv, is onbevoegd vastgesteld en die onbevoegdheid is een kwestie van openbare orde. Deze visie betekent echter dat niet alleen de bevoegdheidsgrondslag *van het avv*, maar dat de 'gehele' verbindendheid van dat *avv als zodanig* van openbare orde is. Zo geredeneerd zou toepassing van artikel 8:69a Awb in beroepen tegen avv's wellicht überhaupt niet aan de orde mogen komen.[129] Deze benadering brengt echter mee dat de rechter een avv niet alleen moet toetsen aan de hogere regel waarop de

126 Zie bijv. ABRvS 26 november 2003, JB 2004/46 (Lopik) of ABRvS 4 april 2007, JB 2007/101 (grondslag mandaat).

127 Men kan ook zeggen: normen van openbare orde beschermen per definitie ieders belangen, zodat toepassing van art. 8:69a Awb niet de bedoeling kan zijn.

128 ABRvS 5 juli 2006, Gst. 2006/117; ABRvS 2 augustus 2006, AB 2007/27; ABRvS 9 augustus 2006, Gst. 2006/116; ABRvS 6 september 2006, AB 2006/358; CRvB 12 juni 2007, Gst. 2008/8. Zie recenter Rb. Den Bosch 5 februari 2010, ECLI:NL:RVS:2011:BP2750. Anders: CBb 19 oktober 2007, JB 2007/236.

129 Mijns inziens kan het niet de bedoeling zijn de verbindendheid bij exceptieve toetsing wel als een kwestie van openbare orde te beschouwen, maar bij rechtstreeks beroep niet; dat moet gelijk op lopen. Zo niet, dan gaat de toetsing in het rechtstreeks beroep inhoudelijk afwijken van die bij exceptieve toetsing, waardoor het rechtstreeks beroep minder goed de functie zal vervullen van het verbeteren van de rechtsbescherming.

bevoegdheid tot uitvaardiging van dat avv berust, maar aan iedere regel van hoger recht op grond waarvan dat avv mogelijk onverbindend zou kunnen zijn. Het valt te betwijfelen of de rechter dat kan waarmaken.[130] In navolging van Sillen meen ik dat de rechter de ambtshalve toetsing van avv's moet beperken tot een formele toets: de bevoegdheidsgrondslag en de formele totstandkomingsvereisten, zoals een correcte bekendmaking.[131] Een materiële toetsing, bijvoorbeeld aan een mensenrecht of rechtsbeginsel, vereist een beoordeling van de inhoudelijke afweging die aan het voorschrift ten grondslag ligt, die doorgaans noopt tot feitelijke oriëntatie op daadwerkelijke belangen van (groepen) burgers. Het lijkt mij stug dat rechters dat steeds ambtshalve (kunnen) doen.

Een en ander neemt niet weg, dat artikel 8:69a Awb volgens mij überhaupt niet speelt als de appellant aanvoert dat er aan het algemeen verbindend voorschrift bevoegdheids-, totstandkomings- of bekendmakingsgebreken kleven – gebreken die van openbare orde zijn. Blijven over de gevallen waarin de belanghebbende aanvoert dat de beroepen algemene regel strijdig is met materieel hoger recht, terwijl dat hoger recht volgens de rechter de belangen van appellant niet beschermt.[132]

Materiële toetsing van algemene regels en artikel 8:69a Awb

In beroepen tegen algemene regels waarin de toetsing aan de ingeroepen algemene regel geen kwestie van openbare orde is, kan artikel 8:69a Awb gewoon worden toegepast.

Voor de relativiteit zie ik geen grote rol weggelegd in beroepen waarin appellant zich verzet tegen een hem bij algemene regel opgelegde verplichting, waarvan hij vindt dat die zijn vrijheid of vermogen te vérgaand aantast. In zulke gevallen is het moeilijk denkbaar dat relativiteit met de belangen van de benadeelde ontbreekt.[133] Wie een hogere norm aanwijst die gericht is op de bescherming van vrijheid of vermogen – denk aan het legaliteitsbeginsel, grondrechten of materiële rechtsbeginselen – beroept zich immers bij uitstek op een norm die de strekking heeft om concrete belangen van burgers te beschermen. Uit de gepubliceerde jurisprudentie ken ik geen geval waar een overheid zich met een relativiteit(sachtig) argument succesvol verzet tegen onverbindendverklaring van een voorschrift dat in strijd is met een norm die vrijheid of vermogen van burgers beschermt.

In andere gevalstypen kan de relativiteit wel degelijk een rol spelen. Uit de jurisprudentie over artikel 8:69a Awb op (de huidige) appellabele besluiten, komt de relativiteit vooral in beeld als een derdebelanghebbende een spaak tussen de wielen probeert te steken bij een medeburger die een begunstigend besluit verkrijgt. Als de derde dat begunstigend besluit attaqueert met een beroep op normen waaraan dat begunstigende besluit moet voldoen, rijst de vraag of die normen die derde wel

130 In vergelijkbare zin: J.J.J. Sillen, *Gst.* 2016/117.
131 Zie vorige noot.
132 Die blijven alleen over voor wie het met mij eens is dat de verbindendheid van avv's niet zonder meer van openbare orde is.
133 Vgl. Bok 1991, p. 166.

beschermen.[134] Analoge voorbeelden zijn denkbaar voor beroepen tegen algemene regels, bijvoorbeeld als een bepaalde groep of bedrijfstak in generieke zin iets wordt toegestaan of gegund wat ten koste gaat van een concurrent of omwonende.[135]

Stel, de Flora- en faunawet kent de minister bij een dierenplaag de bevoegdheid toe bij ministeriële regeling een algemene ontheffing te scheppen voor het doden van exemplaren van de betrokken diersoort. Tijdens een ganzenplaag regelt de minister van EZ dat eenieder op wiens terrein ganzen neerstrijken, die mag doden. Er komt ineens zoveel goedkoop ganzenvlees beschikbaar dat een importeur van Pools wild ganzenvlees zijn handel bedreigd ziet. Volgens de importeur is de regeling onverbindend, omdat uit natuurbehoud lichtere bestrijdingsmiddelen hadden kunnen en moeten worden ingezet. In zijn beroep tegen de regeling zal de vraag rijzen of de ingeroepen, op natuurbescherming gerichte normen zijn concurrentiebelangen wel beschermen.[136]

Hier kan de relativiteitsleer gewoon worden toegepast. De basisgedachte achter de relativiteit is kort gezegd, dat burgers de besluitvorming niet mogen blokkeren met een beroep op normen die niet te hunner bescherming zijn bedoeld. Alleen zij wier belang door de regel wordt beschermd, mogen zich daarop beroepen. Als deze 'beschermden' het zélf kennelijk niet de moeite waard vinden om de hen beschermende regel af te dwingen, dan is het niet de bedoeling dat toevallige derden wel van die regel profiteren. Deze basisgedachte gaat ook op bij algemene regels.

De conclusie luidt als volgt. In het rechtstreeks beroep tegen algemene regels zal de bestuursrechter niet altijd aan toepassing van artikel 8:69a Awb toekomen, omdat de toetsingsgronden voor avv's deels van openbare orde zijn. Als de appellant zich beroept op een toetsingsgrond (een hogere regel) die niet van openbare orde is, geldt het volgende. Bij toetsing van regels die door ge- en verboden de vrijheid of het vermogen van de burger aantasten, laat toepassing van de relativiteit zich lastig denken. Bij begunstigende regelingen (ontheffingen, of 'te slappe' verboden) die voor derden nadelig uitpakken, kan de relativiteit haar gewone rol spelen.

3.1.5 Uitspraakbevoegdheden: schrapping en matiging

Op basis van artikel 8:72 Awb kan de bestuursrechter rechtstreeks in de rechtsgevolgen van het aangevallen besluit ingrijpen. Ziehier dé grote *asset* van het rechtstreeks beroep. De burgerlijke rechter kan immers slechts *inter partes* de onverbindendheid van de algemene regel constateren;[137] de bestuursrechter daarentegen zou

134 Zie bijvoorbeeld de voorbeelden van toepassing van de bepaling die de MvT daarbij geeft, *Kamerstukken II* 2009/10, 32450, nr. 3, p. 53-54.

135 Vgl. ook het fictieve voorbeeld van Polak 1999, p. 21.

136 Verder valt bijvoorbeeld nog te denken aan casuïstiek waarin iemand concurrentienadeel lijdt, doordat een regeling een groep derden (volgens hem oneigenlijk) subsidieert.

137 Bovendien kan hij evenmin via wetgevingsbevelen 'middellijk' in de rechtsgevolgen van regelgeving ingrijpen, HR 21 maart 2003, NJ 2003/691 (Nitraatrichtlijn) en HR 1 oktober 2004, NJ 2004/679 (Faunabescherming/Provincie Fryslân). Zie overigens de nuancering in noot 144.

de algemene regel volledig uit de rechtsorde kunnen verwijderen. Dit *erga omnes*-effect is vooral voor belangenorganisaties van meerwaarde. Tegelijkertijd zal juist vanwege het 'dubbel ingrijpende' gevolg van de bestuursrechtelijke uitspraak – mogelijke werking jegens allen en mogelijke terugwerkende kracht – behoefte zijn om de gevolgen daarvan te matigen.[138] In deze paragraaf betoog ik dat het geldende artikel 8:72 Awb daarvoor voldoende mogelijkheden biedt. Daartoe moet eerst wat bekende stof in herinnering worden geroepen: relevante aspecten van artikel 8:72 Awb en de betekenis van onverbindendverklaring. Vervolgens bespreek ik wat de bestuursrechter tegen onrechtmatige algemene regels kan 'doen'; eerst voor (1) 'eenvoudige' onverbindende regels, daarna (2) voor regels met andere gebreken.

De relevante bevoegdheden van artikel 8:72 Awb

Bij een gegrond beroep vernietigt de bestuursrechter het beroepen besluit geheel of gedeeltelijk, zo leert artikel 8:72 lid 1 Awb. Omwille van de leesbaarheid ga ik hierna uit van de (naar verwachting meest voorkomende) situatie dat in het (bij de bestuursrechter) vernietigde besluit op bezwaar een ongegrondverklaring inhield. In dat geval verwijdert de bestuursrechter met zijn vernietiging dus niet de algemene regel zelf, maar slechts het besluit op bezwaar (hierna: bob) uit de rechtsorde,[139] zodat in beginsel een nieuwe heroverweging door het bestuursorgaan op de agenda komt.[140]

Artikel 8:72 lid 3 Awb verleent de bestuursrechter een aantal vergaande, aanvullende bevoegdheden. Hij kan de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit geheel of gedeeltelijk in stand laten – het 'gedekt verklaren' (art. 8:72 lid 3 sub a Awb). Voorts kan hij zijn uitspraak in de plaats stellen van het vernietigde bob – het 'zelf voorzien' (art. 8:72 lid 3 sub b Awb). Ik kom hierna, onder (1) op de inzet van beide bevoegdheden terug. Krachtens lid 4 van de bepaling kan de bestuursrechter het bestuursorgaan bovendien aanwijzingen geven voor het tweede bob. Daarop kom ik terug onder (2).

Onverbindendverklaring

De literatuur is eenstemmig over de betekenis van de naar geldend recht bestaande bevoegdheid tot onverbindendverklaring van algemene regels. Door het gebruik van de termen 'onverbindend' of 'onverbindendverklaring' geeft de burgerlijke rechter, bestuursrechter of strafrechter te kennen dat (volgens hem) de betrokken regel als

138 Vgl. Sillen 2010, deel IV: het Duitse Bundesverfassungsgericht verbindt aan zijn vernietigingsbevoegdheid t.a.v. algemene regels de bevoegdheid tot matiging van de rechtsgevolgen daarvan. Vgl. Eijlander 1999, p. 147.

139 Vernietiging van het primaire besluit is niet mogelijk, vgl. ABRvS 4 juni 1996, JB 1996/172.

140 Soms zal de bezwaarfase wel degelijk een aanpassing van de oorspronkelijke regel opleveren. Rechterlijke vernietiging van een bob waarin een aangepaste algemene regel is vervat, leidt wel rechtstreeks tot het verwijderen van een algemene regel uit de rechtsorde. In mijn verdere bespreking ga ik omwille van de leesbaarheid niet van die situatie uit. Waar zij zich voordoet, kan de bestuursrechter echter materieel dezelfde effecten bereiken als hierna besproken, maar dan door de bevoegdheden 'vernietigen', 'gedekt verklaren' en 'zelf voorzien' in een andere combinatie in te zetten.

zodanig in strijd is met hoger recht.[141] De algemene regel is daarom krachteloos: de door de (materiële) wetgever bedoelde rechtsgevolgen treden niet in, omdat geen rechtmatige toepassing van het voorschrift denkbaar is.

Rechtsdogmatisch bezien is onverbindendverklaring geen rechtshandeling, maar slechts een constatering: de rechter leidt uit het systeem van de normenhiërarchie af dat de lagere regeling krachteloos is. Zo wordt de onverbindendverklaring door de rechter ook meestal gepresenteerd: niet als het rechtsgevolg van een 'eigen' beslissing, maar als iets wat uit de logica van het objectieve recht voortvloeit.[142] De regeling waarvan in objectieve zin de onverbindendheid is geconstateerd, heeft simpelweg nooit rechtskracht verworven en kan dan ook niet meer toegepast worden. Sillen spreekt in dit verband van een declaratoire rechtsvindingstheorie.[143] *In beginsel* heeft de onverbindendverklaring zoals die naar geldend recht bestaat dus al het effect dat de regel *ex tunc* uit de rechtsorde verdwijnt (althans blijkt nooit te hebben bestaan) en categorisch niet meer toegepast kan worden[144] (precies de ingrijpende effecten dus die in het kader van het vernietigingsberoep de vraag naar matiging oproepen). Ik zou echter willen aannemen dat in ieder geval de burgerlijke rechter en de exceptief toetsende bestuursrechter[145] ook naar geldend recht reeds de effecten van onverbindendheid kunnen matigen door te 'schuiven' met het moment waarop die intreedt. Dit valt zelfs binnen een 'declaratoire benadering' soms op elegante wijze te bereiken door te overwegen dat de interpretatie van de hogere regeling waaraan wordt getoetst, een nieuwe interpretatie is, die daardoor pas *ex nunc* of zelfs pas over enige tijd ingaat. De onverbindendheid van de lagere regeling werkt dan 'automatisch' vanaf dát moment, en niet *ex tunc* vanaf de uitvaardiging van de regeling. Deze werkwijze is echter niet altijd mogelijk.[146] In dat geval moet de rechter al naar geldend recht met zoveel woorden overgangsrecht kunnen treffen ten aanzien van de onverbindendheid van een voorschrift. Die bevoegdheid is wat lastig te rijmen met de traditionele benadering van onverbindendheid, omdat de rechter door het formuleren van overgangsrecht zelf ingrijpt in de gelding van de regel. Hij 'doet' zelf iets, in plaats van het bij een constatering te houden. Het postuleren van een dergelijke bevoegdheid past echter wel bij een moderne rechtsopvatting, die erkent dat de rechter recht *ontwikkelt*. Zoals bij alle overheidsambten die het recht ontwikkelen

141 Schlössels & Zijlstra 2014, p. 481-482; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 732-734; Sillen 2010, p. 73-77; De Winter 1987, p. 237; Fleuren 2004, p. 343; Brouwer & Schilder 2004, p. 72-73; Dölle & Elzinga 2004, p. 103-104; iets afwijkend De Winter 1984, p. 1127-1128.

142 Vgl. CRvB 15 november 2005, Gst. 2006/105 en Sillen 2010, p. 222.

143 Sillen 2010, p. 184. Zie ook p. 221-224.

144 Weliswaar werkt die constatering slechts tussen partijen, maar dat doet er niet aan af dat de betrokken rechter in die concrete zaak te kennen geeft dat de regeling volgens hem in algemene zin strijdig is met hoger recht en krachteloos is. Overigens nemen rechters onverbindendverklaringen van de hoogste rechter over, waardoor deze de facto gewoon *erga omnes* werken. Uitgebreid hierover Schutgens 2006.

145 Voor de strafrechter lijkt mij dit problematisch: iemand straffen op basis van een voorschrift dat – eigenlijk – niet meer voldoet, is moeilijk te aanvaarden.

146 Namelijk als er van meet af aan een formeel gebrek aan de regel kleeft, maar bijvoorbeeld ook als een evidente wetshistorische interpretatie van het hoger recht door de lagere regelgever over het hoofd is gezien. Sillen 2010, p. 184-185 bespreekt de mogelijkheid van het postuleren van een ongeschreven rechtsregel die 'declaratoir' de werking van de toetsingsuitspraak beperkt. Ook volgens hem maakt dit de declaratoire benadering echter ongeloofwaardig.

het geval is, noopt het rechtszekerheidsbeginsel tot een prudente omgang met de overgangseffecten die door het vervullen van die taak worden opgeroepen. Deze prudente omgang met het toetsingsrecht is voor mij een voldoende grondslag voor een rechterlijke bevoegdheid om onverbindendheid te matigen. Overigens noemt Sillen twee rechterlijke bronnen die ondersteunen dat de rechter zich – in weerwil van de gangbare opvatting dat onverbindendheid 'objectief bestaat' en geen rechterlijke creatie vormt – bevoegd acht om onverbindendheid pas in de toekomst te laten ingaan teneinde betrokkenen de kans te geven zich op de nieuwe stand van het recht in te stellen.[147] Ondanks dit beperkte aantal ondersteunende bronnen[148] sluit ik mij bij deze gedachte aan: de rechter moet naar geldend recht bevoegd geacht worden om de 'werking' van de onverbindendheid van een regeling in de tijd te beperken.

(1) 'Eenvoudige' onverbindendheid

Wat kan de bestuursrechter nu tegen gebrekkige regels doen? Wij bezien eerst eenvoudige onverbindende regels, dat wil zeggen regels die krachteloos zijn, omdat zij in strijd met hoger recht de vrijheid of het vermogen van de burger te zeer beknotten. Anders gezegd: regels die de rechter naar geldend recht na exceptieve toetsing onverbindend kan verklaren.

Als het bezwaar tegen de algemene regel (gedeeltelijk) ongegrond is verklaard, terwijl de bestuursrechter meent dat de (in het besluit in primo (hierna: bip) vervatte) algemene regel onverbindend is, vernietigt hij het besluit op bezwaar. Als hij meent dat de algemene regel simpelweg nooit zo had mogen worden vastgesteld – als de regel 'echt' onverbindend is dus – zou hij vervolgens het geschil finaal moeten beslechten. Hij kan bepalen dat zijn uitspraak voor het bob in de plaats komt. Via die weg kan hij zelf beslissen dat de onverbindende artikelleden, artikelen of soms de onverbindende regeling als zodanig worden geschrapt.[149] Deze uitspraak moet in hetzelfde publicatieblad verschijnen waarin ook de oorspronkelijke regeling is gepubliceerd[150] en daarmee is het onverbindende en onrechtmatige gedeelte van de regeling daadwerkelijk *erga omnes* uit de rechtsorde verwijderd.

Het lijkt te ontraden dat de bestuursrechter in zijn uitspraak nog verder gaat door zelf aan de algemene regel te gaan 'knutselen'. Het schrappen van losse woorden uit een artikellid of zelfs het aanpassen van de tekst om deze met hoger recht in overeenstemming te brengen, gaat in het licht van de scheiding der machten al snel

147 CBB 19 mei 2004, *AB* 2004/269 en een advies van de Hoge Raad en Procureur-Generaal J. Remmelink, *NJCM-Bulletin* 1992, p. 256-258, beide te kennen uit Sillen 2010, p. 227.

148 Overigens lijkt mij dat de 'grens van de rechtsvormende taak'-jurisprudentie in de kern op dezelfde gedachte berust. Zo wezensvreemd is het dus niet. Het ontbreekt mij hier helaas aan de ruimte om dit uit te werken. Zie over de grens van de rechtsvormende taak hierna.

149 Art. 8:72 lid 3 sub b Awb. Hij zal dan het bezwaar gegrond moeten verklaren en zelf het besluit moeten nemen dat het artikel(lid) uit de regeling wordt geschrapt. Als het aangevallen besluit op bezwaar daarentegen zélf een (nieuwe) algemene regel bevat, zal reeds de enkele vernietiging daarvan een algemene regel uit de rechtsorde doen verdwijnen. De 'oude' regel of regeling zal daarmee herleven. Onder omstandigheden kan de bestuursrechter ook daarbij echter zijn uitspraak in de plaats stellen van het bob, en via die weg het onverbindende gedeelte van de oorspronkelijke regeling kunnen schrappen.

150 Art. 8:80 Awb.

te ver.[151] In zulke gevallen kan de bestuursrechter het beter houden bij een 'kale' vernietiging, waarna het bestuursorgaan opnieuw op het bezwaar tegen de regel zal moeten oordelen.[152]

Zeker als de bestuursrechter de regel pas maanden of zelfs jaren na zijn uitvaardiging schrapt,[153] kan de vraag rijzen of het *erga omnes*-effect daarvan niet te ingrijpend is.

Laat ik, om te beginnen, dit probleem relativeren. De gevolgen van *terugwerkende kracht* zouden in de praktijk wel eens kunnen meevallen. Uitvoeringsbesluiten die op de vernietigde of geschrapte regel berustten, zullen, voor zover zij formele rechtskracht hebben verworven, immers gewoon blijven bestaan. Bij onverbindend verklaarde regelgeving geldt dit uitgangspunt al jaren.[154] Een groter probleem vormt wellicht het schrappen van regels die, ook al kleeft daaraan een gebrek, in de nabije *toekomst* node gemist kunnen worden. Stel dat een belangenorganisatie van gemeentelijke huizenbezitters beroep instelt tegen de OZB-verordening, waaraan essentiële gebreken kleven. Het uit de rechtsorde verwijderen daarvan brengt voor het aankomende jaar mogelijk de gemeentelijke inkomsten in gevaar.[155] Bij gegronde redenen om het uit de rechtsorde verdwijnen van een onrechtmatige regeling te voorkomen, kan de bestuursrechter ook in het rechtstreeks beroep het beste proberen de 'werking' van de onverbindendheid van de beroepen regel te beperken, op de manier die hiervoor is omschreven. Hij kan de onverbindendheid *ex nunc* laten werken en in het verlengde daarvan de verlengde regel *ex nunc* schrappen.

Indien zelfs *ex nunc*-werking voor grote problemen zou zorgen, kan hij overwegen dat de regel op dit moment nog verbindt, maar dat op enig moment in de toekomst niet meer zal doen, om daarna het beroep tegen het bob *gegrond* te verklaren, omdat het bestuursorgaan aan die onvermijdelijke onverbindendheid geen aandacht heeft besteed.[156] Vervolgens krijgt het bestuursorgaan dan, via de nieuwe beoordeling van het bezwaar, de gelegenheid om de regeling aan te passen. Door de vernietiging van

151 Het Duitse Bundesverfassungsgericht doet dit overigens wel, vgl. Sillen 2010, hfdst. 3.

152 Soms verklaart de rechter regelingen in hun geheel onverbindend, omdat hij meent dat hij door het 'afsplitsen' van delen van de regeling of andere knutselarij op de stoel van de wetgever zou gaan zitten. Dit is de beruchte leer van de onverbindendverklaring van een 'onsplitsbare wilsverklaring', zie HR 13 februari 1922, NJ 1922, p. 473 (Wilnisser Visser) en Sillen 2010, p. 79-83, die laat zien dat het leerstuk nog steeds wordt toegepast. In het bestuursrechtelijk beroep tegen de algemene regels is de leer overbodig. De bestuursrechter kan het noodzakelijke knutselen immers bij het bestuursorgaan neerleggen.

153 Door zijn uitspraak in de plaats van het bob te stellen en daarin de oorspronkelijke regel te schrappen dan wel door vernietiging van een bob dat zelf een onverbindende regel bevat.

154 HR 16 oktober 1992, NJ 1993/638 (Vulhop/Amsterdam). Ook onherroepelijke dwangsombesluiten wegens overtreding van een later vernietigde vergunning blijven overeind (HR 17 december 2004, AB 2005/82 Knorhof). Vgl. Polak 1999, p. 52.

155 Terzijde: in theorie is dit voor belasting heffende (en andere) overheden een bedreigend verschijnsel. Uit de praktijk zijn mij echter niet echt voorbeelden bekend van gevallen waarin een onverbindendverklaring grote problemen opleverde. Mogelijk worden problemen gedeeltelijk voorkomen door de jurisprudentie over de grens van de rechtsvormende taak van de rechter. HR 12 mei 1999, NJ 2000/170 (Arbeidskostenforfait).

156 Als het bob zelf de gewraakte regel bevat, kan de bestuursrechter dat bob vernietigen, maar de rechtsgevolgen daarvan gedekt verklaren.

het bob staat de onrechtmatigheid dáárvan tegenover de appellant vast, zodat die in ieder geval een proceskostenvergoeding krijgt. Omdat de onverbindendheid echter vooruit wordt geschoven, wordt de rechtsbescherming van de appellant ernstig beperkt. Schadevergoeding voor de nadelige effecten die de regeling al heeft gehad, wordt in deze constructie lastig. De appellant heeft gelijk, maar krijgt het eigenlijk niet. Rechtsstatelijk bezien heeft deze werkwijze daarom niet mijn voorkeur.

(2) Andere gebreken dan eenvoudige onverbindendheid

Het komt geregeld voor dat de rechter een rechtmatigheidsgebrek in een algemene regel constateert, zonder dat dat gebrek kan of moet leiden tot onverbindendverklaring. Zonder pretentie van volledigheid noem ik drie gevalstypen.

(I) Soms is de wijze waarop een algemene regel is vormgegeven, in strijd met hoger recht, terwijl er voor het opheffen van die strijdigheid verschillende alternatieven bestaan. Dit is de beroemde jurisprudentie over de 'grens van de rechtsvormende taak'.[157] Het naamrecht-arrest is een bekend voorbeeld. Op enig moment in 1988 verklaart de Hoge Raad de familierechtelijke regel dat kinderen door erkenning automatisch de achternaam van hun vader krijgen, in strijd met artikel 26 IVBPR. Ouders moeten de keuze hebben om hun kinderen moeders achternaam te geven. Het simpelweg buiten toepassing laten van het bestaande naamrecht biedt geen oplossing; voor een stelsel waarbij ouders op enig moment op een of andere wijze een keuze uitbrengen zijn er talloze varianten denkbaar. De wetgever moet daarover beslissen. Tot die tijd blijft de Hoge Raad de oude regel, die onrechtmatig is wegens strijd met artikel 26 IVBRP, toepassen. Hij verklaart de regel bewust niet onverbindend.[158]

(II) Hoger recht schept de plicht om iets te verbieden, maar de lagere regelgever komt met een te 'slap' verbod.[159] Bijvoorbeeld: krachtens een Europese richtlijn moet de verkoop van dranken met een bepaald gehalte aan thujon worden verboden. Een Nederlands warenwetbesluit verbiedt de verkoop van zulke dranken, maar legt de ondergrens voor het verboden gehalte te hoog.[160] De Consumentenbond komt in beroep tegen de betrokken AMvB-bepaling. Onverbindendverklaring en schrapping van dit te slappe verbod zou de situatie slechts verergeren.

(III) Een hogere regeling verplicht de lagere regelsteller om de burger iets te bieden: een vorm van ondersteuning, sociale zekerheid of een subsidie, maar de burger krijgt te weinig. Stel, de Wet op het lager onderwijs verplicht gemeenten ertoe om ouders die thuisonderwijs geven, met een didactische cursus te ondersteunen. In de

157 Uitgebreid Boogaard 2013, p. 97-131. Zie ook Uzman 2013, p. 164-176 en De Wit 2012, p. 262-282.
158 HR 23 september 1988, NJ 1989/740 (Naamrecht). Zie ook HR 12 mei 1999, NJ 2000/170 (Arbeidskostenforfait). Een bijzondere variant van deze rechtspraaklijn is HR 5 juli 2016, ECLI:NLHR:2016:1325, AA 2017/119 (Levenslang).
159 Zie ook par. 3.1.4, slot.
160 Thujon is de werkzame stof in absint. Vrij naar Rb. Amsterdam 13 juli 2004, NJ 2004/564 (Absint).

Gemeente X krijgen zulke ouders daarvoor € 100 subsidie. De rechter oordeelt dat dit bedrag voor minvermogenden veel te laag is. Onverbindendverklaring en schrapping van de regeling zal dit probleem niet oplossen.[161]

Als ik het goed zie, zijn dit allemaal gevallen waarin hoger recht de lagere wetgever verplicht iets te doen (daaronder begrepen: belanghebbenden gelijk te behandelen), waarna die lagere wetgever daaraan in onvoldoende mate gehoor geeft. De uitspraakbevoegdheden in het rechtstreeks beroep zijn uitermate geschikt voor zulke situaties. De bestuursrechter kan volstaan met vernietiging van het bob, waarna het bestuursorgaan in een nieuwe heroverweging op bezwaar de regeling alsnog in overeenstemming moet brengen met het hogere recht, desnoods met inachtneming van de aanwijzingen van de bestuursrechter. Toepassing van de bestuurlijke lus kan worden overwogen.[162]

3.1.6 Aansprakelijkheid

Welke effecten zijn er te verwachten voor wetgevingsaansprakelijkheid?

Ik verwacht – wellicht is dat verrassend – dat invoering van het rechtstreeks beroep vooral een matigend effect heeft op de overheidsaansprakelijkheid.

Om te beginnen: al naar geldend recht wordt een groot deel van de potentiële overheidsaansprakelijkheid voor onverbindende regelgeving afgedekt door de formele rechtskracht van uitvoeringsbesluiten die op de betrokken regeling berusten – die besluiten blijven immers gewoon in stand.[163] Het rechtstreeks beroep zal dat niet veranderen. Voor regelgeving daarentegen die jegens de gelaedeerde anders dan door appellabele besluiten wordt uitgevoerd, kan naar huidig recht iedereen die door die regeling schade heeft geleden die schade met succes claimen nadat de onverbindendheid van de regeling is komen vast te staan.[164] De leer van de formele rechtskracht geldt immers niet voor feitelijk handelen, gegrond op een onverbindende regeling.[165]

Na invoering van het bestuursrechtelijk beroep tegen de algemene regel wordt mijns inziens ook op regelingen de bekende Kaveka-leer van toepassing voor gelaedeerden die beroepsmogelijkheden hebben laten liggen.[166]

---

161 Ik ga er even aan voorbij dat deze regeling ook kan worden geattaqueerd door een beroep tegen de te karige subsidietoekenning, waardoor de rechter – afhankelijk van de vraag hoe het belanghebbendebegrip zal uitkristalliseren – mogelijk zou oordelen dat bij een rechtstreeks beroep onvoldoende belang bestaat, vgl. par. 3.1.1.

162 Daarmee zou een variant van de door Uzman 2013, p. 622 bepleite 'constitutionele lus' worden ingevoerd, zij het alleen voor lagere regelingen. De bestuurlijke lus kan voor lagere regelingen de beruchte 'grens van de rechtsvormende taak'-jurisprudentie (zie hoofdtekst) overbodig maken.

163 Vgl. par. 3.1.5 over de Vulhop-jurisprudentie.

164 Ook dit lijkt niet vaak aan de orde, maar het komt voor. Vergelijk de in par. 1.2.4 genoemde arresten over het verval van vakantiedagen en over de thuiskopieheffing.

165 Een voorbeeld is HR 18 februari 2005, NJ 2005/283 (Aujeszky).

166 HR 19 juni 1998, *AB* 1998/416 (Kaveka/Apeldoorn). Zie ook ABRvS 24 maart 2004, *AB* 2004/165 (Grondwaterinfiltratie Noordwijk). Op het rechtvaardigheidsgehalte van deze jurisprudentie is kritiek mogelijk. Die staat echter los van invoering van het rechtstreeks beroep tegen algemene

Stel, onderneming A en onderneming B investeren elk voor zich in een verkoopsysteem voor boeken aan supermarktketens. De staatssecretaris maakt het boekverkopersbedrijf door de detailhandel bij algemene regeling vergunningsplichtig. Slechts traditionele boekhandels komen voor een vergunning in aanmerking. Een van de ondernemers gaat in beroep tegen de regeling, die na drie jaar wegens strijd met artikel 7 Grondwet bij de Afdeling van tafel gaat. De Staat is jegens A aansprakelijk.[167] Hoe zit het met de aansprakelijkheid jegens B? B was van meet af aan belanghebbende, maar heeft geen beroep ingesteld. Hoewel de regeling ook jegens hem haar *rechtskracht* heeft verloren (en dus geen grond meer kan zijn voor bijvoorbeeld vervolging) kan betoogd worden dat uit de uitspraak van de Afdeling slechts jegens A een onrechtmatige overheidsdaad kan worden afgeleid. Mijns inziens leidt een analoge toepassing van de bekende Kaveka-jurisprudentie tot dit oordeel. Let wel: het gaat hier uitsluitend om een beperking van de 'oneigenlijke formele rechtskracht' van het oordeel van de bestuursrechter, niet om het feit dat de regeling *erga omnes* uit de rechtsorde verdwijnt: als de bestuursrechter ingrijpt in de rechtsgevolgen van een besluit, dan raakt dat allen, maar desondanks worden de aan dat ingrijpen door de bestuursrechter ten grondslag gelegde gebreken slechts als onrechtmatig beschouwd jegens degene die in het bestuursrechtelijk beroep was betrokken.[168]

De Kaveka-jurisprudentie zal overigens niet altijd toegepast kunnen worden. Denk bijvoorbeeld aan later-belanghebbenden[169] die pas schade lijden nadat de rechtsmiddelentermijn tegen de regeling is verstreken. *Als* beroep slechts gedurende beperkte tijd mogelijk is, kan hun niet worden tegengeworpen dat zij tegen de regeling bestuursrechtelijke rechtsmiddelen hadden moeten aanwenden. Zij kunnen met succes bij de burgerlijke rechter om onverbindendverklaring en schadevergoeding vragen.[170]

3.1.7 Samenloop van beroepen tegen dezelfde algemene regel

Een nieuw voorschrift zal vaak velen raken en het is daarom goed denkbaar dat tegen hetzelfde voorschrift meerdere beroepen worden ingesteld. Als daardoor verschillende bestuursrechters tegenstrijdige oordelen geven over hetzelfde voorschrift, kan het bestuursorgaan in een lastig parket geraken. Het ligt daarom voor de hand dat binnen een rechtbank de beroepen tegen dezelfde algemene regel gevoegd worden behandeld.[171] Uit de kabinetsnotitie neem ik de gedachte over dat de relatieve competentie aangepast zou moeten worden voor regels met landelijke gelding.[172] De beroepen daartegen zouden – in afwijking van artikel 8:7 lid 2 Awb

---

regels, waarvoor de Kaveka-lijn volgens mij analoog zou gelden. Wie deze vorm van afdekken van overheidsaansprakelijkheid onredelijk vindt, moet de Kaveka-leer over de gehele linie ter discussie stellen.

167 Vrij naar HR 24 januari 1969, NJ 1969/316 (Pocketbooks II).

168 HR 19 juni 1998, *AB* 1998/416 (Kaveka).

169 Zie par. 3.1.3.

170 Dit wordt anders als de beroepstermijn niet begrensd wordt, zie par. 3.2.

171 Art. 8:14 Awb.

172 Kabinetsnotitie 1997, p. 25. Idem Lubberdink 1996, p. 20.

– geconcentreerd moeten worden bij de Rechtbank Den Haag. Zo niet, dan wordt het risico op tegenstrijdige aanwijzingen aan het bestuursorgaan, afkomstig uit beroepen tegen dezelfde regel, behandeld bij verschillende arrondissementsrechtbanken, te groot.[173]

3.2 Vervolmaking van de bescherming van het individu tegen algemene regels

In paragraaf 3.1 wilde ik laten zien, dat openstelling van het beroep tegen algemene regels binnen het kader van de Awb prima kan. De wet is er al vrijwel volledig op toegesneden. Voor de openstelling is weinig meer nodig dan schrapping van artikel 8:3 Awb, en dit zou de rechtsbescherming van de burger en de rechterlijke specialisatie aanzienlijk bevorderen. Een echte vervolmaking van de rechtsbescherming van het individu tegen algemene regels vereist volgens mij echter nog twee, wat verder van het geldende bestuursproces verwijderde, aanpassingen in de Awb.

Rechtsbescherming tegen algemene regels na afloop van de beroepstermijn

Door de open formulering van algemene regels is het aan de orde van de dag dat burgers daarbij pas langer dan zes weken na bekendmaking belanghebbend worden. Wie een baan aanneemt aan de andere kant van het land, brengt zichzelf in een klap onder het geldingsbereik van een heel corpus aan decentrale regels die soms al decennia oud zijn. Als bij openstelling van het rechtstreeks beroep wordt vastgehouden aan de traditionele rechtsmiddelentermijn, staat voor zulke later-belanghebbenden'[174] geen beroep meer open. Hiervoor is al betoogd dat hun het verweer van onverbindendheid bij de straf- en de bestuursrechter niet mag worden ontzegd. Ook voor later-belanghebbenden kan het echter onevenredig bezwarend zijn om exceptieve toetsing af te wachten of uit te lokken.[175] Als gevolg daarvan kan de burgerlijke rechter zich ook na openstelling van het bestuursrechtelijk beroep toch gedwongen zien, voor later-belanghebbenden als restrechter te blijven optreden.

Een nuancering is geboden: het zou wel eens om een beperkt aantal gevallen kunnen gaan. De korte rechtsmiddelentermijn voor hen die wél van meet af aan belanghebbend zijn – onder wie belangenorganisaties – stimuleert dat dezen snel actie ondernemen. Omstreden, potentieel onrechtmatige voorschriften zullen naar verwachting door de oorspronkelijk-belanghebbenden aan de rechter worden

173 Van Male 2001 pleit voor concentratie van de toetsing van algemene regels bij de hoger beroepsrechters. Uit oogpunt van versnelde afdoening valt dit te overwegen. Een behandeling in twee rechterlijke instanties heeft echter ook de bekende voordelen van het beter uitkristalliseren van argumenten, zorgvuldiger – want uitgebreider – feitenonderzoek, de mogelijkheid van herstel van vergissingen van partijen en het inbouwen van enige vorm van 'dialoog' binnen de rechterlijke organisatie. Al met al gaat daarom mijn voorkeur niet uit naar deze afwijking van de hoofdregel van berechting in twee instanties (idem Polak 1999, p. 53 en Lubberdink 1996, p. 18-19).

174 Zie par. 3.1.3 en 3.1.6.

175 Het gaat om de gevalstypen van par. 1.2.1, 1.2.2, 1.2.3 en 1.2.5.

voorgelegd. Dat zal echter niet altijd lukken. Het lijkt mij onwenselijk dat de burgerlijke rechter daarvoor toch weer zijn rol als restrechter oppakt: de (in par. 2 genoemde) redenen om het rechtstreeks beroep open te stellen – en de corresponderende nadelen van het civiele wetgevingsgeding – gelden immers ook voor later-belanghebbenden.

Ik bepleit daarom de volgende relativering van de rechtsmiddelentermijn voor algemene regels. *Individuele* belanghebbenden zouden ook na afloop van de zeswekentermijn bezwaar en (vervolgens beroep) moeten kunnen instellen tegen een algemene regel als zij kunnen aantonen dat zij daarbij pas na het verstrijken van de rechtsmiddelentermijn belanghebbend zijn geworden.[176] De rechtsmiddelentermijn moet daarentegen wel worden gehandhaafd tegenover oorspronkelijk-belanghebbenden en – vooral ook – belangenorganisaties. Door het geheel laten vervallen van een rechtsmiddelentermijn zou namelijk een belangrijke prikkel vervallen om dubieuze voorschriften snel aan de bestuursrechter voor te leggen. Dat lijkt mij het kind met het badwater weggooien: juist het onverwijld aan de rechter voorleggen van deze kwestie kan immers de rechtszekerheid vergroten en soms zelfs beroepen tegen uitvoeringsbesluiten voorkomen.[177] Het blijft de bedoeling om de toetsing van algemene regels – daar waar daaraan behoefte is – zo spoedig mogelijk te laten plaatsvinden. De relativering van de rechtsmiddelentermijn is slechts bedoeld als een uitzondering om individuele later-belanghebbenden wier rechtsbescherming te zeer in de knel komt, tegemoet te komen.[178]

Een vergezicht: bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen verbindende algemene regels

Zelfs *verbindende* algemene regels, waaraan geen gebreken kleven, kunnen soms een individu in de knel brengen.[179] Dat kan het geval zijn als door gebrek aan eenduidigheid in de formulering van de regel onzeker is óf deze op iemand van toepassing is.[180] Ook kan het voorkomen dat bijzondere omstandigheden niet in de regel zijn verdisconteerd, waardoor onverkorte toepassing van de regel in een individueel geval in strijd kan komen met geschreven of ongeschreven recht.[181] Personen die in

176 Mogelijk is dit al binnen het bestaande wettelijke kader te bewerkstelligen via een ruimhartige toepassing van art. 6:11 Awb op later belanghebbenden: hun valt immers onmogelijk te verwijten dat zij niet binnen de termijn rechtsmiddelen hebben ingesteld. Ik heb geen *strong feelings* over de vraag hoe snel de 'later-belanghebbende' vervolgens alsnog bezwaar moet maken. Wellicht kan aansluiting worden gezocht bij het onredelijk laat-criterium van art. 6:12 lid 4 Awb en 8:119 Awb (over dat laatste ABRvS 28 januari 2015, JB 2015/41).

177 Par. 2.2.1.

178 Eerder betoogde ik dat de Kaveka-jurisprudentie op (niet) vernietigde algemene regels van toepassing zou (moeten) worden (par. 3.1.6). De relativering van de gestrengheid van de rechtsmiddelentermijn doet daar mijns inziens niet aan af, omdat het uitgangspunt kan blijven dat een algemene regel slechts civielrechtelijk onrechtmatig is jegens degenen tegenover wie de onjuistheid van de regel in een bestuursrechtelijke procedure is uitgesproken.

179 Zie voor enige, deels verwante beschouwingen De Poorter & Capkurt 2017, par. 8, dat mij in de drukproef-fase van dit preadvies onder ogen kwam.

180 Zie de in noot 29 en 30 genoemde jurisprudentie.

181 HR 19 december 2014, JB 2015/48 (Zorgverzekeringswet).

deze situatie verkeren, zijn zelfs met openstelling van het rechtstreeks beroep niet zonder meer geholpen.[182] Weliswaar kunnen individuen wier belangen ten onrechte niet in een algemene regel zijn verdisconteerd, via bezwaar tegen de algemene regel bewerkstelligen dat opnieuw wordt bezien of er voor hun groep een afzonderlijke bepaling of uitzondering moet komen. De bestuursrechter zou het maken van een dergelijke uitzondering na vernietiging van het bob eventueel weer bij het bestuursorgaan kunnen leggen. Gaat het echter om één concreet geval, dan wordt deze benadering gewrongen.

Voor uitzonderlijke gevallen die door onverkorte toepassing van een rechtmatige algemene regel in de knel kunnen raken, zou de bestuursrechter ruimhartig(er) moeten worden met het verlenen van rechtsbescherming tegen bestuurlijke rechtsoordelen. Dat geldt temeer, nu in moderne wetgeving soms stelsels van vergunningen worden vervangen door algemene regels – die dus bijna per definitie minder duidelijk op het individuele geval zijn toegesneden.[183] Ik zou bepleiten de jurisprudentie die er op dit punt is, de komende jaren langzaam uit te breiden. Op termijn kan wellicht ook het appel tegen een bestuurlijk rechtsoordeel worden gecodificeerd. Dat vereist echter een ingrijpendere vertimmering van het bestuursproces dan de openstelling van het algemeen beroep, die vrij eenvoudig voor elkaar is te krijgen. *First things first* zou ik zeggen.

182 Naar geldend recht kunnen zij – althans in theorie – naar de burgerlijke rechter.

183 Dit helpt overigens niet voor het individu dat vanwege hoogst persoonlijke omstandigheden meent dat een verbindende strafbepaling in zijn geval niet van toepassing zou moeten zijn. Zie bijv. het strafarrest Hof Amsterdam 24 februari 2012, LJN: BV6888, *NJFS* 2012/111: de verbindende en rechtmatige Opiumwet moet buiten toepassing blijven op de Santo Daime-kerk, die een hallucinerende thee gebruikt bij haar eredienst. Zulke personen zouden eigenlijk bij de strafrechter beroep moeten kunnen instellen tegen een bestuurlijk rechtsoordeel van het Openbaar Ministerie. Een dergelijke rechtsfiguur is zo ver van het geldend stelsel verwijderd, dat ik haar niet verder uitwerk.

4 Slot

De academische jurist verhoudt zich tot de wetgever als de recensent tot de romancier. Structuren, thema's, verhaallijnen, motieven, verhoudingen, hoofdrolspelers, argumenten: hij kan prachtig opschrijven hoe het allemaal zit – maar uiteindelijk gaat hij er niet over. Voor het rechtstreeks beroep tegen algemene regels is de wetgever aan zet. Helaas doet zich ook hier de beproefde vaderlandse traditie gevoelen van constitutionele koudwatervrees zodra de verhouding tussen wetgever en rechter in het geding komt.

Nu zijn er romanciers die wél hun voordeel doen met kritiek. Hopelijk draagt mijn lauwe recensie van het civiele wetgevingsgeding eraan bij dat ook de wetgever zijn reflex overwint van het terugdeinzen voor schrapping van artikel 8:3 Awb.

Mocht die schrapping als een sprong in het diepe blijven voelen, dan kan een graduele benadering wellicht helpen. Om te beginnen kan het algemeen beroep uitsluitend voor belangenorganisaties worden opengesteld. Het kan zelfs nog voorzichtiger door – naar analogie van de invoering van KEI – te beginnen met geselecteerde beleidsterreinen.[184] Zo zouden in eerste instantie voorschriften op het terrein van de sociale zekerheid of het milieurecht appellabel kunnen worden. Dit zijn bij uitstek onderwerpen waar 'onmachtige belangen' geholpen zijn met professionele belangenbehartiging. Als een dergelijk experiment de koudwatervrees wegneemt, kan de sprong van algemene openstelling worden gewaagd. Het landt vast als in een warm bad.

184 Vgl. Schuurmans & Voermans 2009.

Literatuur

Albers & Schlössels 2016
C.L.G.F.H. Albers & R.J.N. Schlössels, 'Digitalisering en vereenvoudiging van (bestuurs) procesrecht ... Voor een dubbeltje op de eerste rang met torenhoge ambities?', *RMThemis* 2016, p. 85-96.

Allewijn 1998
D. Allewijn, 'Art. 8:2 Awb: een voorlopig blijvende uitzondering', *NJB* 1998, p. 787-788.

Van Angeren 1998
J.A.M. van Angeren, *De gewone rechter en de bestuursrechtspraak*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Bakker 2014
F.S. Bakker, 'Misbruik van de Wet openbaarheid van bestuur', *NJB* 2014/137.

Barkhuysen 2015
T. Barkhuysen, 'Inspraak en rechtsbescherming bij algemeen verbindende voorschriften', *NJB* 2015/1949.

Barkhuysen & Den Ouden 2016
T. Barkhuysen & W. den Ouden, 'Kroniek van het algemeen bestuursrecht', *NJB* 2016/741.

Boogaard 2013
Geerten Boogaard, *Het wetgevingsbevel. Over constitutionele verhoudingen en manieren om een wetgever tot regelgeving aan te zetten* (diss. Amsterdam UvA), Oisterwijk: WLP 2013.

Bok 1991
A.J. Bok, *Rechterlijke toetsing van regelgeving* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1991.

Brouwer & Schilder 2004
J.G. Brouwer & A.E. Schilder, *Gemeentelijke verordeningen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004.

Craig & De Búrca 2015
P. Craig & G. De Búrca, *EU Law, Text, Cases and Materials* (zesde druk), Oxford: Oxford University Press 2015.

Dölle & Elzinga 2004
A.H.M. Dölle & D.J. Elzinga m.m.v. J.W.M. Engels, *Handboek van het Nederlandse gemeenterecht*, Deventer: Kluwer 2004.

Eijlander 1999
Ph. Eijlander, 'De discussie over het beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels. Gaat het nog over de belangen van de burger?', *NTB* 1999, p. 143-149.

Fleuren 2004
J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Kabinetsnotitie 1997
Kamerstukken II 1996/97, 25383, nr. 1.

Konijnenbelt 1991
W. Konijnenbelt, 'Gevangene van het systeem?', *RegelMaat* 1991, p. 121-122.

C.N.J. Kortmann 2006
C.N.J. Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2006.

Lubberdink 1996
H.G. Lubberdink, *Beroep tegen algemeen verbindende voorschriften. Enkele opmerkingen over de vormgeving van het beroep bij de administratieve rechter* (Preadvies Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid), Alphen aan den Rijn: Samson 1996.

Van Male 1988
R.M. van Male, *Rechter en bestuurswetgeving. Beroep tegen door bestuursorganen vastgestelde algemeen verbindende voorschriften en toetsing daarvan in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

Van Male 2001
R.M. van Male, 'Toetsing van bestuurswetgeving. Grondslag, reikwijdte en procedure van de toetsing door de administratieve rechter', in: W. Konijnenbelt (red.), *Rechter en wetgever* (Boukema-symposium), Den Haag: Raad van State 2001, p. 69-91.

Mok & Tjittes 1995
M.R. Mok & R.P.J.L. Tjittes, 'Formele rechtskracht en overheidsaansprakelijkheid', *RMThemis* 1995, p. 383-404.

Van Ommeren 1996
F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd. De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip* (diss. Amsterdam VU), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

PG Awb
E.J. Daalder, G.R.J. de Groot & J.M.E. van Breugel (medew.), *De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht: Eerste tranche (wet van 4 juni 1992, Stb. 315)*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1993.

Polak 1999
J.E.M. Polak, *Burgerlijke rechter of bestuursrechter? De gewenste verdeling van de rechtsmacht bij: regelgeving, schadeveroorzakend overheidshandelen, tweewegenleer-vragen* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999.

Polak 2015
J.E.M Polak, 'Het wetgevingskortgeding', in R.J.N Schlössels e.a. 2015.

De Poorter & Capkurt 2017
J.C.A de Poorter & F. Capkurt, 'Rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften. Over de indringendheid van de rechterlijke toetsing in een toekomstig direct beroep tegen algemeen verbindende voorschriften', NTB 2017/10.

Schlössels e.a. 2015
R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht. Het eeuwfeest van het arrest Noordwijkerhout-Guldemond (HR 31 december 1915, NJ 1916, 407)*, Deventer: Kluwer 2015.

Schlössels & Zijlstra 2014
R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Onderwijseditie, deel 2*, Deventer: Kluwer 2014.

Schlössels & Zijlstra 2016
R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Onderwijseditie, deel 1*, Deventer: Kluwer 2016.

Schueler 2015
B.J. Schueler, 'De verschuivende functies van de Awb', *RegelMaat* 2015, p. 422-436.

Schutgens 2006
R.J.B. Schutgens, 'Het rechtsgevolg van onverbindendverklaring: naar een stelsel van materiële vernietiging', *RMThemis* 2006, p. 96-105.

Schutgens 2009
R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009.

Schutgens 2011
R.J.B. Schutgens, *Vorm of inhoud. Een beschouwing over de keuze tussen formele en materiële normomschrijvingen in het publiekrecht* (oratie RU), Nijmegen: Radboud Universiteit 2011.

Schutgens 2016
R.J.B. Schutgens, 'Gemiste vakantie en een lesje staatsrecht van de Hoge Raad', *AA* 2016/371.

Schuurmans & Voermans 2009
Y.E. Schuurmans & W.J.M. Voermans, 'Artikel 8:2 Awb: weg ermee!', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 809-831.

Schuurmans 2015
Y.E. Schuurmans, *Van bestuursrechtelijke detailhandel naar maakindustrie* (oratie Leiden), Leiden: Universiteit Leiden 2015.

Sillen 2010
J.J.J. Sillen, *Rechtsgevolgen van toetsing van wetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010.

Uzman 2013
J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten. Over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstineren en de dialoog tussen rechter en wetgever* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013.

Van der Vlies 1991
I.C. van der Vlies, 'Een kans voor het parlement', *NJB* 1991, p. 596.

Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2014
W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Prof.mr. H.D. van Wijk. Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

De Winter 1984
R. de Winter, '"Alles is verboden!". Kleine revolutie in het gemeenterecht?', *NJB* 1984, p. 1126-1130.

De Winter 1987
R.E. de Winter, *Toetsing van gemeentelijke verordeningen door de strafkamer van de Hoge Raad*, in: H.Ph.J.A.M. Hennekens, J.W. Ilsink & R.E. de Winter, *De praktijk van toetsing van gemeentelijke regelgeving*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1987, p. 179-266.

De Wit 2012
J.C. de Wit, *Artikel 94 Grondwet toegepast* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

Grip op normstelling in het datatijdperk

*Anne Meuwese**

1	**Inleiding**	**146**
2	**De dataficatie van het bestuurshandelen**	**149**
2.1	Bestuur en data	149
2.2	Bestuur en Big Data	150
3	**De bestuursrechtelijke inkadering van algemeen verbindend voorschrijven**	**153**
3.1	Regulering van regelgeving	153
3.2	Het vertrouwde kader	155
4	**Bewegingen weg van het bevoegdheidsdenken en hun datagerelateerde acceleratie**	**158**
4.1	Beweging 1: informatiemaatschappij 2.0	159
4.2	Beweging 2: algoritmische besluitvorming	161
4.3	Beweging 3: maatwerk	162
4.4	Beweging 4: machine learning	163
4.5	Beweging 5: outsourcing	164
4.6	Beweging 6: minder vanzelfsprekende taligheid	166
4.7	Beweging 7: technologie bij totstandkoming van algemene regels	167
4.8	Het vertrouwde kader onder druk?	167
5	**Oplossingsrichtingen binnen het Nederlandse bestuursrecht**	**171**
5.1	De ambities van de Awb	173
5.2	Hervormingsscenario's	174
6	**Korte nabeschouwing**	**179**
Literatuur		180

* Hoogleraar Europees en Vergelijkend Publiekrecht, Tilburg University. De auteur bedankt de leden van het departement Publiekrecht, Encyclopedie en Rechtsgeschiedenis voor hun nuttige feedback tijdens en naar aanleiding van de 'erelunch', de andere preadviseurs, de inkomende en vertrekkende voorzitter van de VAR voor het meedenken en Simone Gooijaers en Nico Spijkers voor hun onderzoeksassistentie.

1 Inleiding

Een Brits onderzoek naar de kansen dat bepaalde banen binnen afzienbare tijd overgenomen kunnen worden door computers merkt juridische banen in het hogere segment[1] in het algemeen aan als '*low risk*'.[2] Het gaat hier om 'computers' in de brede zin van het woord, dus van reguliere digitalisering tot robots en toepassingen van *machine learning*. Over de juristerij in het algemeen stellen de onderzoekers dat creatieve en sociale intelligentie voorlopig nog dusdanig belangrijk zijn, dat op de middellange termijn computers vooral complementair zullen zijn aan het juridische handwerk.[3] Opvallend genoeg wordt het risico overbodig te worden voor bestuursrechters en aanverwante functies[4] apart genoemd in het overzicht aan het einde van het artikel, veel hoger en binnen het totaaloverzicht zelfs relatief hoog ingeschat.[5] Helaas is in het artikel geen verklaring te vinden voor het relatief hoge automatiseerbaarheidsgehalte van dit type juridisch werk in het bijzonder.

Digitale toepassingen en juridisch handwerk zouden volgens deze studie dus hand in hand kunnen gaan, waarbij wellicht binnen het bestuursrecht informatisering de overhand zou kunnen krijgen. Dit preadvies gaat verder niet in op de geloofwaardigheid van die laatste specifieke voorspelling als zodanig en wil zeker geen doemscenario's schetsen voor de professionele toekomst van VAR-leden. Wel zal het betogen dat het voortschrijdende gebruik van digitale toepassingen in publieke besluitvorming, in het licht van 'de toename van rechtens relevante normenstelsels'[6] en de nieuwe lading die digitalisering als zodanig heeft gekregen door de datarevolutie, op een fundamenteel niveau de aandacht van de bestuursrechtwetenschap verdient. In het bijzonder vormt deze samenloop van ontwikkelingen aanleiding om nog eens heel goed te kijken naar de bestuursrechtelijke normering van de inzet van 'algemene regels', aangezien over de beschikkingenpraktijk al het

1 Dus niet 'paralegals and legal assistants', waarvan al langer bekend is dat hun werk door algoritmes wordt overgenomen. Zie J. Markoff, 'Armies of expensive lawyers replaced by cheaper "software"', *The New York Times* 4 maart 2011, p. 59.

2 0.035 probability. C.B. Frey & M.A. Osborne, 'The Future of Employment: How Susceptible Are Jobs to Computerisation, *Technological forecasting and social change*, 29 September 2016, www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/future-of-employment.pdf.

3 Frey & Osborne 2016, p. 41: 'engineering bottlenecks to creative and social intelligence will need to be overcome, implying that the computerisation of legal research will complement the work of lawyers in the medium term'.

4 Frey & Osborne 2016, p. 64: 'Administrative Law Judges, Adjudicators, and Hearing Officers'.

5 Frey & Osborne 2016, p. 64: '0.64 probability'.

6 J.M. Smits, 'Wetgeving en andere normenstelsels: zes aanwijzingen aan de Nederlandse wetgever', *RegelMaat*, 2015, 5, p. 354-365; M.W. Scheltema, 'Transnationale private normen in het bestuursrecht', in: J.H. Gerards, M.W. Scheltema & A.R. Neerhof, *Hybride bestuursrecht* (preadviezen VAR), Den Haag: Boom juridisch 2016.

een en ander geschreven is in dit verband.[7] Hoezeer wij 'data' misschien ook associëren met de uitvoeringspraktijk, juist de recente ontwikkelingen rond 'Big Data' wijzen in de richting van nieuwe en eigenstandige processen van normstelling. Om met een berucht voorbeeld uit de Verenigde Staten dat nader besproken wordt in paragraaf 4.2 te beginnen: een docent verliest haar baan, niet omdat zij niet aan van tevoren vastgestelde criteria voldoet, maar omdat een data-analyse aangeeft dat er iets niet klopt.[8]

Een stelling in de trant van dat (Big) Data-toepassingen steeds vaker de echte (beleids)regels vormen, voert nog te ver. Er zijn echter allerlei aanwijzingen dat juist de rol die 'data' tegenwoordig spelen in de praktijk van het openbaar bestuur een relevante invalshoek is voor het opnieuw doordenken van de vertrouwde bestuursrechtelijke kaders voor de verschijnselen algemeen verbindend voorschrift' (avv) en 'beleidsregel'. Was het inperken van ongecontroleerde beweegruimte altijd al zorg nummer één van het algemeen bestuursrecht, met het intreden van het datatijdperk is op een nieuwe dimensie een terrein ontstaan waarin het bestuur kan doen wat het wil of misschien zelfs overgeleverd kan raken aan een heel ander soort 'systeem'.

Over 'digitaal bestuursrecht' wordt al langer nagedacht.[9] Dit is echter geen preadvies over de datarevolutie en het Nederlands bestuursrecht in de volle breedte. Ontwikkelingen rond de manier waarop bestuursorganen data inzetten, worden aangegrepen om de al langer sudderende dogmatische onvrede rond de begrippen 'avv' en 'beleidsregel' te adresseren. Hierbij zal de focus op het algemeen verbindend voorschrift liggen en de beleidsregel meer zijdelings aan de orde komen. Daartoe zal eerst een korte inleiding op de dataficatie en wat deze naar verwachting betekent voor het openbaar bestuur en het stellen en gebruiken van algemene regels in het bijzonder worden gepresenteerd (par. 2). Daarna zullen de grenzen van het huidige conceptuele spectrum van algemene regels (van avv's tot beleidsregels) en het bijbehorende reguleringskader in kaart worden gebracht (par. 3). Vervolgens geeft paragraaf 4 een inventarisatie van wat in dit preadvies worden geduid als 'bewegingen weg van het bevoegdheidsdenken'. Wat daar de concrete gevolgen van zijn voor de publieke besluitvorming, wordt geanalyseerd in subparagraaf 4.8. Het gaat

---

7 S. Zouridis, *Digitale disciplinering. Over ICT, organisatie, wetgeving en het automatiseren van beschikkingen*, Delft: Eburon 2000, p. 315; M. Bovens & S. Zouridis, 'From Street-Level to System-Level Bureaucracies: How Information and Communication Technology is Transforming Administrative Discretion and Constitutional Control', *Public Administration Review* 2002, (62)2, p. 174-184. Zie ook M. van Eck, 'Geautomatiseerde overheidsbesluiten, profielen en artikel 42 Wbp', 9 november 2015, https://marliesvaneck.wordpress.com/tag/geautomatiseerd-besluiten.

8 B. Turque, 'Creative ... motivating and fired', *Washington Post*, 6 maart 2012, www.washingtonpost.com/local/education/creative--motivating-and-fired/2012/02/04/gIQAwzZpvR_story.html?utm_term=.bb2827fdc1f2.

9 B.M.J. van der Meulen, 'Digitaal bestuursrecht', M&M 2001, afl. 8, p. 294-296; Zie ook de Aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht met regels over elektronisch verkeer met de bestuursrechter (Wet elektronisch verkeer met de bestuursrechter). Zie ook de VAR preadviezen 2011 (*De digitale overheid. Preadviezen uitgebracht door mr. dr. M.M. Groothuis, prof. mr. J.E.J. Prins en dr. mr. C.J.M. Schuyt voor de algemene vergadering van de VAR Vereniging voor Bestuursrecht op 20 mei 2011* (VAR-reeks 146), Den Haag: Boom juridisch 2011) en de NJV-preadviezen 2016, i.h.b. G-J. Zwenne & A.H.J. Schmidt, 'Wordt de homo digitalis bestuursrechtelijk beschermd?', in: *Homo digitalis. Preadviezen* (Handelingen Nederlandse JuristenVereniging, deel 2016-I), Deventer: Wolters Kluwer 2016/1, p. 307-385.

hier steeds om bredere fenomenen, die vatbaar zijn voor de in paragraaf 2 beschreven dataficatie. Paragraaf 5 gaat in op oplossingsrichtingen door de ambities van het hedendaagse bestuursrecht te koppelen aan een drietal hervormingsscenario's. In paragraaf 6 wordt afgesloten met een korte nabeschouwing.

2 De dataficatie van het bestuurshandelen

Deze paragraaf biedt bij wijze van korte inleiding een indruk van hoe 'besturen in het datatijdperk' eruit ziet en hoe dit mogelijk nog gaat evolueren onder invloed van de specifieke revolutie die vaak het etiket 'Big Data' krijgt.

2.1 Bestuur en data

De 'dataficatie' is al begonnen rond 1800,[10] maar de toepassing van datagestuurde interventies door overheden als bijna routineus onderdeel van bestuurshandelen is van veel recentere datum.[11] Als we met een feitelijk juridische bril op kijken naar wat er in de bestuurspraktijk gebeurt en de verleiding weerstaan meteen te proberen daar een van het besluitbegrip afgeleid etiket op te plakken, vallen allerlei activiteiten op. Bestuursorganen produceren naast ouderwetse plannen (in de niet-juridische zin van het woord), rapporten en foldertjes ook 'apps' en 'interfaces'. Met dat laatste wordt geduid op een interactieve koppeling tussen een mens en een machine die gegevens en informatie kan omzetten in voor beide kanten van de interface bruikbare taal. Het doel van deze praktijk is om burgers een service te bieden, maar vaak ook om gegevens van burgers te verkrijgen. In de woorden van Van Eck: 'Wat apps doen, welke informatie zij over de burger genereren en hoe we deze moeten plaatsen als nudgingactiviteiten, vinden we niet terug in de standaard handboeken bestuursrecht.'[12] Voorbeelden zijn, naast de bekende DigiD en de daaraan gekoppelde mogelijkheid om bijvoorbeeld vergunningaanvragen digitaal te regelen, het bepalen van de WOZ-waarde door het verwerken van droge data door een computermodel[13] en de geautomatiseerde loonaangifteketen.[14]

---

10 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR-rapport), *Big data in een vrije en veilige samenleving*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2016, p. 36.

11 Zie M.A.P. Bovens, *De digitale rechtsstaat. Beschouwingen over informatiemaatschappij en rechtsstaat*, (oratie Utrecht) 1998; C.J.M. Schuyt, 'Overheid en burger in het digitale tijdperk: een vergelijking met vele onbekenden', in: *De digitale overheid. Preadviezen uitgebracht door mr. dr. M.M. Groothuis, prof. mr. J.E.J. Prins en dr. mr. C.J.M. Schuyt voor de algemene vergadering van de VAR Vereniging voor Bestuursrecht op 20 mei 2011* (VAR-reeks 146), Den Haag: Boom juridisch 2011, p. 117-162.

12 M. van Eck, 'Bestuursrecht: there's an app for that!?', 8 juli 2016, https://marliesvaneck.wordpress.com/2016/07/08/bestuursrecht-theres-an-app-for-that.

13 M. van Eck, 'Algorithms in public administration', 31 januari 2017, https://marliesvaneck.wordpress.com/tag/datamining.

14 http://loonaangifteketen.nl/de-keten/de-keten-in-kaart. De website vermeldt: '[W]erkgevers hoeven nog maar één keer hun gegevens aan te leveren. De overheid verwerkt deze vervolgens

Meestal wordt het onderwerp 'overheid en data' besproken vanuit een gegevensbeschermingsperspectief,[15] gekoppeld aan de observatie van een onkundige of onvoorzichtige overheid. Dit leidt tot conclusies zoals dat de overheid niet goed weet wat wel en wat niet gedeeld mag worden, in hoeverre databases verbonden mogen worden en wanneer data van private bedrijven mogen gebruiken. Zwenne en Schmidt, die zich vooral op informatieveiligheid in contacten tussen overheid en burger richten, identificeren op dit vlak een aantal risico's dat kleeft aan digitalisering van het bestuur.[16] Een recent rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) concludeert ook dat burgers onvoldoende beschermd zijn tegen met name analyse en gebruik van data door allerlei organisaties, omdat het huidige regelgevende kader zich alleen richt op het verzamelen en delen van gegevens.[17] Dit preadvies stelt de vraag of hier niet nog een risico aan toegevoegd dient te worden: het risico van de facto zelfstandige normstelling in digitale toepassingen.

Het perspectief van het in toom houden van de overheid op het digitale pad is belangrijk en valide, maar er is ook een andere kant: datagestuurde toepassingen bieden allerlei mogelijkheden om op meer gerichte, effectievere en meer rationele wijze taken in de sfeer van toezicht, monitoring en handhaving uit te voeren.[18] In het bijzonder geldt dat meer maatwerk geboden kan worden, waarover, en over de spanningen die dit oplevert met het gelijkheidsbeginsel, meer in paragraaf 4. Eerst volgt een korte inleiding op 'Big Data', als een specifieke ontwikkeling die wel eens een bijzonder grote impact zou kunnen hebben op het bestuurshandelen, juist ook op de meer algemene verschijningsvormen daarvan, nu al en zeker in de toekomst.[19]

2.2 Bestuur en Big Data

Aan het hierboven geschetste beeld dienen de ontwikkelingen rond 'Big Data' nog te worden toegevoegd. Van Big Data bestaat geen algemeen geaccepteerde definitie, maar terugkerende elementen in verschillende omschrijvingen lijken te zijn dat data 'Big' wordt genoemd als sprake is van een combinatie van een (zeer) grote hoeveelheid data en de toepassing van slimme statistische methoden die hier patronen in kunnen ontdekken. Het onderscheid tussen Big Data en gewoon 'data' kan overigens niet altijd scherp getrokken worden. De term lijkt vaak vooral te staan voor een bepaalde benadering, waarbij voor de oplossing van problemen die vroeger door

---

in onder meer belastingaanslagen, toeslagen, statistieken en uitkeringen. Door de gegevensstroom zo optimaal, correct en tijdig mogelijk door de keten te laten lopen, krijgt de burger zijn uitkering, toeslag, subsidie of het pensioen waar hij recht op heeft op het juiste moment.'

15 B.J. Koops, 'On decision transparency, or how to enhance data protection after the computational turn', in: M. Hildebrandt & K. de Vries (eds.), *Privacy, due process and the computational turn*, Abingdon: Routledge 2013, p. 196-220.

16 Zwenne & Schmidt 2016.

17 WRR-rapport 2016.

18 T. Daalhuijsen, S. Steenman & A. Meijer, 'Big Data: een revolutie in gemeentelijk beleid?', *Bestuurswetenschappen* 2015, (69)3, p. 6-24.

19 Zie ook de NJV-preadviezen 2016 (*Homo digitalis. Preadviezen* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, deel 2016-I), Deventer: Wolters Kluwer 2016).

inzicht, intuïtie of ouderwets speurderswerk werden opgelost, nu opeens naar dataverzamelingen wordt gekeken.

Als concrete mogelijkheden voor deze laatste trend in juridisch digitaliseringsland[20] voorziet Kitchin 'slim bestuur door nieuwe vormen mogelijk te maken van e-government en operationeel bestuur, verbeterde modellen en simulaties als richtsnoer voor toekomstige ontwikkeling, empirisch onderbouwde besluitvorming, betere dienstverlening en een meer participerend, transparant en verantwoordelijk bestuur'.[21] Het College Bescherming Persoonsgegevens (inmiddels: Autoriteit Persoonsgegevens), daarin later stevig bijgevallen door de WRR,[22] belicht juist de donkere kant van Big Data. Big Data-technieken maken het mogelijk dat 'bedrijven en overheden verbanden en behoeften [kunnen] destilleren waardoor zij toekomstig gedrag van mensen kunnen voorspellen, zónder dat mensen dit zelf ook maar kunnen vermoeden. Organisaties kunnen hierdoor mensen anders behandelen dan anderen'.[23] De trits van kenmerken van Big Data maakt al snel duidelijk waarom deze ontwikkeling het bestuursrecht aangaat: *Volume* (toegenomen informatie(asymmetrie)), *Velocity* (wringt met de relatieve stabiliteit van publieke besluitvorming) en *Variety* (besluitvorming ontsnapt makkelijker aan de veelal reactieve en behoudende, bestuursrechtelijke controlemechanismen).[24]

Het gebruik van risicoprofilering door overheidsorganen via het Systeem Risico Indicatie (SyRI) is een concreet voorbeeld van een Big Data-toepassing waar het bestuursrecht een weerwoord op moet hebben.[25] Dit

> 'omvangrijke, en diep in de persoonlijke levenssfeer ingrijpende, overheidsdigitaliseringsproject beoogt te komen tot een integraal optreden ten aanzien van [...] de voorkoming en bestrijding van onrechtmatig gebruik van overheidsgelden en overheidsvoorzieningen op het terrein van de sociale zekerheid en de inkomensafhankelijke regelingen, de voorkoming en bestrijding van belasting- en premiefraude en het niet naleven van arbeidswetten'.[26]

Hierbij is risicoprofilering door middel van *big data predictive analytics* aan de orde.[27] Dit betreft slechts één voorbeeld van hoe bestuursoptreden door ontwikkelingen in de sfeer van digitalisering kan veranderen. In de meer algemeen gerichte woorden van Aarde en Prins:

---

20 F.L. Leeuw, 'Wetgeving, empirisch juridisch onderzoek en Legal Big Data', *Recht der Werkelijkheid* 2015, 36(2), p. 50-65.

21 R. Kitchin, 'Datagestuurde stedelijke planning en "smart cities"', *Justitiële verkenningen* 2016, (3), p. 23-36.

22 WRR-rapport 2016.

23 College Bescherming Persoonsgegevens (inmiddels: Autoriteit Persoonsgegevens), Jaarverslag 2013.

24 R. Kitchin, *The Data Revolution: Big Data, Open Data, Data Infrastructures and Their Consequences*, London: SAGE 2014 (https://thedatarevolutionbook.wordpress.com).

25 G.H. Evers, 'In de schaduw van de rechtsstaat: profilering en nudging door de overheid', *Computerrecht* 2016, 84(3), p. 167-171.

26 Zwenne & Schmidt 2016.

27 Zwenne & Schmidt 2016.

> '[d]oor patroonherkenning kan het systeem aangeven hoe een proces het best kan worden gevoerd, welke acties waarschijnlijk het meest succesvol zullen zijn en hoe geschillen te regelen'.[28]

Een belangrijk onderscheidend kenmerk van Big Data is dat 'het systeem' zélf stuurt. Een initiatief als de 'Generieke Digitale Infrastructuur' (GDI) van de Dienst Digitale Overheid van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, 'de basis voor de digitale transformatie van de Nederlandse Overheid',[29] komt daarmee in een ander daglicht te staan.

In paragraaf 4 van dit preadvies wordt bekeken, door na te gaan wat de mogelijkheden van Big Data zijn in combinatie met bredere digitaliseringsbewegingen in het openbaar bestuur, of dit betekent dat 'het systeem' ook normen kan stellen. De vraag is steeds in hoeverre nieuwe typen 'bestuurshandelingen' zoals hierboven geschetst niet ook normen kunnen bevatten, de totstandkoming en het gebruik waarvan het bestuursrecht zou moeten willen reguleren. De al lopende discussie over de functionaliteit en de conceptuele scherpte van het begrippenapparaat onder de noemer 'besluit van algemene strekking' en het avv-begrip wordt hierdoor verder opgerekt. Inspiratiebron is de discussie binnen het Amerikaanse bestuursrecht over de gevolgen van besturen met data voor de houdbaarheid van het onderscheid tussen individuele en algemene besluitvorming.[30] Daar wordt geconcludeerd:

> 'De geautomatiseerde besluitvormingssystemen van deze eeuw combineren beschikkingen (*individual adjudications*) met bestuurswetgeving (*rulemaking*) terwijl ze zich aan de procedurele waarborgen van geen van beide houden. [...] Automatisering staat ook in de weg aan participatie in regelgevende processen. "Code", in plaats van "de regel", is wat de uitkomsten van concrete besluitvorming bepaalt. Programmeurs veranderen vaste regels onvermijdelijk als zij deze in "code" vastleggen op zodanige wijze dat burgers, gekozen vertegenwoordigers en rechters dit niet kunnen toetsen. De procedures van de vorige eeuw kunnen deze *accountability* gebreken niet repareren.'[31]

Uiteraard valt een conclusie als deze niet een-op-een te transplanteren naar de Nederlandse situatie. Toch zou ook voor de Nederlandse situatie wel eens kunnen gelden dat nieuwe vormen van 'regels' en nieuwe typen handelingen die door 'regels' genormeerd moeten worden te eenvoudig ontsnappen aan het bestuursrechtelijke kader, zoals hieronder uiteengezet, bestaande uit het minimalistische begrippenapparaat uit de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en de Aanwijzingen voor de Regelgeving als bestuursrechtelijke *soft law*.

---

28 C.M. Aarde & J.E.J. Prins, 'Digitalisering binnen de rechtspraak: van KEI naar Big Data', *RMThemis* 2016, (2), p. 62-73.

29 www.digicommissaris.nl/over.

30 Zie bijvoorbeeld D. Citron, 'Technological due process', *Washington University Law Review* 2008, (85)6, p. 1249-1313.

31 Citron 2008, p. 1249 [vertaling AM].

3 De bestuursrechtelijke inkadering van algemeen verbindend voorschrijven

Het dilemma voor het bestuursrecht: de eigen identiteit behouden,[32] en dus bij de eigen stiel blijven, maar zonder de relevantie bij de normering van de facto publieke machtsuitoefening te verliezen. In dat kader moet het bestuursrecht ook zonder dataficatie zich sinds jaar en dag al wapenen tegen het verschijnsel dat (semi) publieke organisaties disciplinering door de Awb en aanverwante metaregelingen maar al te graag omzeilen.

3.1 Regulering van regelgeving

Dit laatste geldt ook voor het normeringskader voor de inzet van algemene normen. Zoals bekend, bevat de Awb geen definitie van het begrip 'algemeen verbindend voorschrift'.[33] Het begrip is alleen als negatief element van de begripsomschrijving van de beleidsregel opgenomen in artikel 1:3 lid 4 Awb.[34] Daarnaast komt het voor in artikel 2:10 Awb (vertaling naar het Fries), uiteraard ook in artikel 8:3 Awb en artikel 3:1 Awb. Die laatste vermelding leidt ertoe dat Afdeling 3.2 slechts van toepassing is voor zover de aard van de besluiten zich niet tegen toepassing verzet en de Afdelingen 3.6 en 3.7 in het geheel geen toepassing vinden. Het gebrek aan een daadwerkelijke, positief geformuleerde definitiebepaling in de Awb is te herleiden tot de veronderstelling dat avv's vrijwel als vanzelfsprekend worden herkend, of dat in ieder geval de vaste rechtspraak van de Hoge Raad op dit punt ('naar buiten werkende, voor de daarbij betrokkenen bindende regels, uitgegaan van het openbaar gezag dat de bevoegdheid daartoe aan de wet ontleent'[35]) voldoende duidelijk

32 M. Schreuder-Vlasblom, 'De identiteit van het bestuursrecht', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2016, 53, p. 393-399. Refererend aan met name het 'bestuursstrafrecht' schrijft zij: '[N]aarmate het bestuursrecht zich de problemen op andere rechtsgebieden gaat aantrekken, ontstaat het risico dat het de eigen identiteit wat gaat versloffen. Het bestuursrechtelijke debat moet overwegend lopen over de essentie van het bestuursrecht zelf en de richting waarin dat zich moet ontwikkelen, anders wordt die richting mogelijk steeds meer bepaald door hetgeen zich elders voordoet', p. 396.

33 F.C.M.A. Michiels, *Hoofdzaken van het bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 77.

34 R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de Sociale Rechtsstaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2010, p. 261.

35 HR 10 juni 1919, NJ 1919, p. 647. De AvdR sluiten hierbij aan: Aanwijzing 19 luidt: '[A]ls algemeen verbindend voorschrift, vastgesteld vanwege het Rijk, wordt beschouwd een naar buiten werkende algemene regel, vastgesteld bij of krachtens wet dan wel, in bijzondere gevallen, bij of krachtens zelfstandige algemene maatregel van bestuur.' In studieboeken worden kleine

was.[36] De Awb zegt dus niets over de omstandigheden waarin een algemeen verbindend voorschrift moet worden ingezet; dit wordt geheel overgelaten aan bevoegdheidsbepalingen in bijzondere wetgeving, waarin met nog verschillende gradaties van discretionaire ruimte de bestuurswetgeving wordt gestuurd.

Naast de Awb is er nog een algemeen reguleringsinstrument voor regelgeving: de Aanwijzingen voor de Regelgeving. Deze gelden voor 'regelingen', waaronder wordt verstaan 'algemeen verbindende voorschriften', 'interne regelingen' en 'beleidsregels'.[37] Anders dan de Awb geeft deze circulaire wel een positieve gedragsnorm voor de inzet van 'regelingen': '[v]oor het normeren van gedragingen, handelingen of bevoegdheden worden algemeen verbindende voorschriften, interne regelingen of beleidsregels gebruikt'.[38] De toelichting hierbij luidt:

> '[d]e status van andere regulerende instrumenten zoals richtlijnen en circulaires is niet eenduidig en helder. Van gebruik van deze instrumenten voor normering dient dan ook zoveel mogelijk te worden afgezien. Een uitzondering op dit uitgangspunt wordt gemaakt voor normerend bedoelde deskundigenrichtlijnen die bij de vergunningverlening op grond van milieuwetten zoals de Wet milieubeheer en de Wet verontreiniging oppervlaktewateren moeten worden betrokken. Dergelijke richtlijnen, die met name betrekking kunnen hebben op milieutechnische onderwerpen, fungeren als richtsnoer voor de uitoefening van decentrale bestuursbevoegdheden, spelen in de uitvoeringspraktijk vaak een grote rol en zijn in de jurisprudentie van de bestuursrechter geaccepteerd. In de Regeling aanwijzing BBT-documenten is de juridische status van bedoeld type richtlijnen nader verduidelijkt. Deze aanwijzing ziet daarom niet op deze richtlijnen. Circulaires worden alleen gebruikt voor het verstrekken van informatie, die overigens wel betrekking kan hebben op regelgeving.'[39]

Afgaande op de toelichting gaat het dus toch niet echt om een positief geformuleerde gedragsgerichte metanorm; daarvan zou wel sprake zijn als de insteek zou zijn dat steeds waar het openbaar bestuur bezig is met het 'normeren van gedragingen, handelingen of bevoegdheden' een van de drie genoemde juridische instrumenten gebruikt *moet* worden. Zoals ik al eens eerder in een korte bijdrage heb gesignaleerd,[40] vertrouwt het Nederlandse bestuursrecht voor het in goede banen leiden van de inzet van regelgeving momenteel grotendeels op het systeem van de normenhiërarchie en politieke controle.

---

variaties op de formule 'algemene, extern werkende, betrokkenen bindende regels, vastgesteld door een bestuursorgaan, dat de bevoegdheid daartoe ontleent aan de Grondwet of een wet in formele zin' (F.C.M.A. Michiels, *Hoofdzaken van het bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 76) gehanteerd.

36 *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, 3, p. 105.

37 Aanwijzingen voor de Regelgeving (AvdR), Aanwijzing 2.

38 AvdR, Hoofdstuk 2 'Algemene onderwerpen van regelgeving, § 2.1. Gebruik van regelgeving', Aanwijzing 5a.

39 AvdR, Toelichting bij Aanwijzing 5a.

40 A.C.M. Meuwese, 'Regels over regelgeving', in: B.J. Schueler & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Europeanisering van het algemeen bestuursrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2014, p. 99-106.

3.2 Het vertrouwde kader

De normenhiërarchie vindt naadloos aansluiting bij het vertrouwde begrippenkader uit de Awb (zie boven) en bij de juridische krijtlijnen die het rijtje kenmerken dat rechtenstudenten leren opdreunen: naar buiten werkende, voor herhaalde toepassing vatbare zelfstandige norm, die algemeen is naar plaats, tijd en persoon, die geadresseerden rechtstreeks bindt en die is vastgesteld krachtens een specifieke bevoegdheid die direct of indirect is ontleend aan de Grondwet of een wet in formele zin. Het is de rigiditeit van met name dat laatste kenmerk, de aanwezigheid van een specifieke regelgevende bevoegdheid, die voor problemen zorgt in een tijd waarin bevoegdheidsdenken niet bepaald een tweede natuur is (zie par.4).

Een belangrijke bevestiging van de keuze om het avv-begrip volledig afhankelijk te maken van het bestaan van een formele regelgevende bevoegdheid kwam een paar jaar geleden in de vorm van het Knooble-arrest. In dit veelbesproken arrest bevestigde de Hoge Raad dat de benadering van het concept 'algemeen verbindende voorschriften' (avv's) een formele is en dat de perfecte cirkel van 'zonder bevoegdheid worden geen besluiten genomen en iets heet alleen een besluit als er een bevoegdheid aan te wijzen valt' niet makkelijk te doorbreken is. Centraal stonden normen van het Nederlands Normalisatie Instituut (NEN), van private oorsprong, maar aangehaald in het Bouwbesluit en de Regeling Bouwbesluit. Knooble BV heeft tot aan de Hoge Raad bepleit dat het algemeen verbindende voorschriften in de zin van de Awb betreft, die derhalve volgens de voorschriften uit de Bekendmakingswet gepubliceerd zouden moeten worden (hetgeen Knooble in staat zou stellen de NEN-normen auteursrechtenvrij op een website te publiceren).[41] De Hoge Raad hield echter vast aan een formalistische route voor de totstandkoming van avv's door te stellen dat het openen van een mogelijkheid in een wet in formele zin (in casu de Woningwet) om in lagere regelgeving te verwijzen naar 'normen of delen van normen' nog niet neerkomt op het toekennen van een regelgevende bevoegdheid. En zonder een dergelijke bevoegdheid kan geen sprake zijn van een avv en gelden de publicatievereisten uit de Bekendmakingswet dus niet. Begrenzing de andere kant op werkt volgens de redenering van het Fluorideringsarrest:[42] een maatregel die van dusdanig ingrijpende aard is dat deze de vorm van een avv had moeten meekrijgen, mag bij gebrek aan een specifieke wettelijke bevoegdheidsbepaling niet genomen worden. Het is dus niet zo dat de rechter bereid is maatregelen die materieel avv's zijn als zodanig aan te merken. Daar zou, buiten de publicatievereisten en de (door art. 3:1 lid 1 Awb beperkte) toepasselijkheid van algemene beginselen van behoorlijk bestuur, de rechtszoekende ook weinig mee opschieten; zie hier de lange schaduw van artikel 8:3 Awb.[43] Ook is het zo dat de ingrijpende maatregel in het oog moet springen (niet vanzelfsprekend bij datagestuurde handelingen, zie par. 4) en er een hele juridische procedure voor aan te pas moet komen, voordat deze 'begrenzing' geëffectueerd kan worden.

41 HR 22 juni 2012, *AB* 2012/228, *NJ* 2012/397, ECLI:NL:HR:2012:BW0393 (Knooble BV Nederland).
42 HR 22 juni 1973, *NJ* 1973, 386, ECLI:NL:HR:1973:AD2208 (Fluoridering).
43 Zie het preadvies van Schutgens.

Dat het begrip 'algemeen verbindend voorschrift' niet alle in Nederland geldende algemene, potentieel bindende[44] regels dekt, is duidelijk en was al langer duidelijk.[45] Het vasthouden aan de systematiek van een spectrum dat voornamelijk is gebaseerd op de mate van algemeenheid met daarbinnen meerdere vastomlijnde begrippen helpt in dat opzicht niet. Anders dan het Amerikaanse bestuursrecht dat nog uitgaat van '*rulemaking*' ('*quasi-legislative*') en '*adjudication*' ('*quasi-judicial*') als dé twee verschijningsvormen van bestuurshandelen, leeft in het Nederlandse bestuursrecht al langer het beeld van een 'spectrum' dat zich uitstrekt van algemeen verbindende voorschriften aan de ene kant tot beschikkingen aan de andere. Daarbinnen loopt al langer een discussie over de functionaliteit en de conceptuele scherpte van het begrip 'algemeen verbindend voorschrift' (avv).[46] Een terugkerend thema is het dogmatische bestaansrecht van concretiserende besluiten van algemene strekking naast de avv.[47] Verder vergen concrete normen die geen zelfstandige normstelling bevatten nogal eens wat rechterlijk gepuzzel. De 'verwarrende eis'[48] van zelfstandige normstelling slaagt er slechts met mate in om 'avv-achtige' normen te onderscheiden van 'echte' avv's.[49] In het geval van 'normen, bij besluit vastgesteld, die er slechts toe strekken om de werking van reeds bestaande avv's [naar tijd en plaats] te effectueren'[50] werkt dat nog wel, maar als het gaat om '[n]ormen, niet steunend op enig wettelijk voorschrift [...], die ertoe strekken de uitvoering van reeds bestaande wettelijke voorschriften te verzekeren'[51] komt de conceptuele kwetsbaarheid van het vertrouwde spectrum alvast bloot te liggen.

Binnen het spectrum heeft een bepaald type norm een status aparte en leek bovendien lange tijd te ontsnappen aan de juridische kaders: de beleidsregel.[52] Beleidsregels kunnen recht in de zin van artikel 79 Wet RO vormen als de regels 'zich naar hun inhoud en strekking ertoe lenen om jegens de betrokkenen als rechtsregels te worden toegepast'.[53] Het verschijnsel beleidsregel heeft natuurlijk ook niet altijd een wettelijke verankering gehad, maar heeft deze pas gekregen met de derde

---

44 Om even weg te blijven van de terminologie 'eenieder verbindende', die juridisch multi-interpretabel is.

45 In de NJV-preadviezen van 2007 en in de VAR-preadviezen van 2016 over 'hybride bestuursrecht' wordt uitgebreid aandacht besteed aan de bredere juridische consequenties van de opkomst van 'alternatieve regelgeving' (J.H. Gerards, M.W. Scheltema & A.R. Neerhof, *Hybride bestuursrecht* (preadviezen VAR), Den Haag: Boom juridisch 2016).

46 F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd. De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip* (diss. VU), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

47 R. Kooper, 'De mythe van de concrete norm', *Nederlands Juristenblad* 2009, 441/9, p. 553-556; R. Kooper, 'Opnieuw de concrete norm. Over havenatlassen en lijsten van tweede woningen', *Gst.* 2009, 63(7319), p. 297-301; B.W.N. de Waard, 'Het Tussending. Het concretiserend besluit van algemene strekking revisited', in: R.J.N. Schlössels, A.J. Bok, S.D.P. Kole & A.G.A. Nijmeijer (red.), *In de regel: Over kenmerken, structuur en samenhang van geschreven en ongeschreven regels in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 147-166.

48 Schlössels & Zijlstra 2010, p. 263.

49 Schlössels & Zijlstra 2010, p. 263.

50 Schlössels & Zijlstra 2010, p. 263.

51 Idem.: 'rechtsstatelijk bedenkelijk, maar worden soms door de rechter, onder het mom van de eerste categorie, erkend', zie HR 11 januari 1977, NJ 1977, 467 (Bromfietsvalhelm).

52 J. van Kreveld, *Beleidsregels in het recht*, Deventer: Kluwer 1983.

53 HR 28 maart 1990, AB 1990/306 m.nt. F.H. van Burg, NJ 1991/118 m.nt. MS, ECLI: NL:HR:1990:ZC4258, (Leidraad).

tranche van de Awb, en wel in artikel 1:3 lid 4 Awb.[54] De definitie van het begrip 'beleidsregel' kent een positief geformuleerd gedeelte ('een bij besluit vastgestelde algemene regel [...] omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan') en een negatief geformuleerd gedeelte ('niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift'). Hiermee zijn de verschillen tussen de beleidsregel en de avv hooguit deels en op indirecte wijze in de Awb gecodificeerd.[55] Zo valt niet direct uit artikel 1:3 lid 4 Awb af te leiden dat beleidsregels het zelfstandig normstellend karakter missen. Daarnaast geldt natuurlijk dat beleidsregels alleen het bestuur rechtstreeks kunnen binden en de burger alleen via de band van de beginselplicht de beleidsregel te volgen.[56]

Ook bij het onderscheid beleidsregel-overige richtlijnen[57] of circulaires als regels die mogelijk voor beleidsregels kunnen worden aangezien, maar niet te herleiden zijn tot een bevoegdheid als bedoeld in artikel 4:81 Awb moeten we naar de Aanwijzingen voor de Regelgeving kijken voor een tot bestuursorganen gericht gedragsvoorschrift:

> 'Aanwijzing 44a: In een wettelijk voorschrift op grond waarvan een beleidsregel wordt vastgesteld en in het opschrift en de citeertitel van de regeling waarbij een beleidsregel wordt vastgesteld, wordt het woord "beleidsregel" uitdrukkelijk gebruikt.'

Ook hier zien we dat erop vertrouwd wordt dat het professionalisme van juristen werkzaam in het openbaar bestuur, in combinatie met toezichtmechanismen ervoor zal zorgen dat het instrument beleidsregel wordt ingezet waar dat op grond van de normenhiërarchie aangewezen is (en alleen dan). Bij te veel bewegingen weg van het 'bevoegdheidsdenken', in de toekomst mogelijk nog versneld door de mogelijkheden van (Big) Data, is dit niet meer mogelijk, willen we vasthouden aan de ambitie om publieke normstelling die ertoe doet te reguleren binnen bestuursrechtelijke kaders. Over de concrete bewegingen die het openbaar bestuur doen wegdrijven van de lang vanzelfsprekende reflex dat de bevoegdheidsvraag eerst komt, gaat paragraaf 4.

54 Wet van 20 juni 1996, *Stb.* 1996, 333.
55 P.J. Boon, J.G. Brouwer & A.E. Schilder, *Regelgeving in Nederland*, Deventer: Kluwer 2005, p. 122.
56 F.C.M.A. Michiels, *Hoofdzaken van het bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 81.
57 H.E. Bröring, *Richtlijnen. Over de juridische betekenis van circulaires, leidraden, aanbevelingen, brochures, plannen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1993.

4 Bewegingen weg van het bevoegdheidsdenken en hun datagerelateerde acceleratie

We schakelen weer terug naar een niet-juridisch perspectief op bestuurshandelen. Om een open inventarisatie te kunnen maken van de uiteenlopende typen handelingen door middel waarvan het bestuur (en passant) normen stelt, is het nodig het besluitcentrisme geheel los te laten. Alleen al bij wijze van gedachteoefening is het nuttig op een meer bestuurskundige wijze te kijken naar hoe bestuur in het datatijdperk opereert rond algemene regels.[58]

Deze paragraaf brengt bewegingen in het openbaar bestuur in kaart die ook zonder de snelle ontwikkelingen in de datawetenschap een effect zouden kunnen hebben op het vermogen van het Nederlandse bestuursrecht om grip te houden op het stellen en gebruiken van algemene normen. Per beweging laat ik echter ook zien waarom we ons nog extra achter de oren moeten krabben als de mogelijkheden van reguliere data-analyse enerzijds en Big Data anderzijds erbij opgeteld worden. Een aantal voorbeelden uit paragraaf 2 komt hierbij terug.

Ik beperk mij in de onderstaande analyse tot bewegingen die sowieso al wel iets te maken hebben met digitalisering en/of dataficatie. Dat betekent dat de algemene tendens in het openbaar bestuur om bevoegdheden wat minder interessant te vinden buiten beeld blijft en dus in dit preadvies de status van een perceptie niet ontstijgt. Slechts één voorbeeld ter illustratie: in Tilburg was recent nog enige ophef over de ongepubliceerde 'regels' over het dragen van motorclubkleding in het uitgaansgebied van Tilburg, die echter formeel geen regels bleken te zijn, maar afspraken onder dreiging van de inzet van openbareordebevoegdheden.[59]

De bewegingen uit de inventarisatie hierna komen overigens zeker niet allemaal voort uit overwegingen in de trant van 'regels zijn lastig en de Awb is nog lastiger'. Vaak is de drijvende kracht erachter ook de technologische vooruitgang zelf, of de oprechte wens de samenleving te dienen. Dat maakt het echter zeker niet minder nodig om na te denken over welke plaats deze bewegingen, al dan niet in combinatie, aan het traditionele duo 'avv-beleidsregel' laten. Een voorschot op de juridische implicaties die centraal staan in paragraaf 6 wordt in deze paragraaf alvast

58 Voor een meer algemene analyse van de wijze waarop het openbaar bestuur algemene regelgeving inzet, zie het preadvies van Voermans.

59 G.J. Leenknegt, 'Tilburg schendt rechten van motorclubs', *Brabants Dagblad* 3 mei 2014. Zie ook G.J. Leenknegt, 'Maatregelen tegen motorclubs schenden fundamentele rechten', *Nederland-Rechtsstaat.nl*, 5 mei 2014.

gegeven door per beweging een aantal juridische aspecten op een rij te zetten. In paragraaf 4.8 worden deze samengevat in termen die aansluiten bij wat in de paragraaf 3.2 is geïdentificeerd als het vertrouwde kader. Een laatste opmerking vooraf: zoals duidelijk zal worden in de analyse staan de gesignaleerde bewegingen allerminst los van elkaar. Maar om goed na te kunnen denken over bestuursrechtelijke antwoorden op vraagstukken die we soms wat al te generiek een etiket als 'digitalisering' of 'technologie' geven, is het van belang een poging te doen de kluwen eerst te ontwarren.

4.1 Beweging 1: informatiemaatschappij 2.0

Recentelijk vinden we ook in het Amerikaanse bestuursrecht het inzicht terug dat een groot gedeelte van het bestuurshandelen (*agency activity*) plaatsvindt in de ruimte die tussen de twee klassieke typen, regelgeving en individuele besluitvorming, bestaat.[60] Dit gaat gepaard met een nieuwe informaliteit die het hedendaagse bestuurshandelen als een '*highly informationalized activity*' kenmerkt. 'Informatie' als zodanig speelt een steeds grotere rol in publieke besluitvorming. Niet alleen zijn informatievoorziening en informatiemanagement van cruciaal belang om tot handhaving of andere toezichtactiviteiten te komen, het communiceren van informatie als zodanig wordt steeds vaker ingezet als sturingsinstrument. Ook hier hoeft het helemaal niet om Big Data te gaan: een bestuursorgaan kan een bedrijf '*namen & shamen*' of een burger '*nudgen*' op basis van informatie die niet is gebaseerd op een analyse van data. '*Nudging*' verwijst naar het bijsturen van gedrag door in te spelen op inzichten uit de gedragswetenschap.[61] Bij *naming & shaming* publiceert een bestuursorgaan (of een private partij zoals een ngo) bevindingen rondom ongewenste activiteiten bij wijze van voorlichting richting het publiek en sanctie richting de overtreder.[62]

Meer nadruk op analyse van een grotere hoeveelheid veelzijdige data kan leiden tot een praktijk die ik bij gebrek aan een betere term wil aanduiden als '*naming & shaming* 2.0'. De potentiële inzet van 'prognostische beoordelingen',[63] ook al aangeroerd door Hirsch Ballin in zijn 2015 VAR-preadvies, beperkt zich niet tot het gevreesde cliché van de roker die een hogere zorgverzekeringspremie moet gaan

60 Citron 2008. En al veel eerder: H.H. Perritt, 'The Electronic Agency and the Traditional Paradigms of Administrative Law', *Administrative Law Review* 1992, 44, p. 79-105.

61 P. Jonkers, 'Inzicht in gedrag voorwaarde voor goede wetgeving', *RegelMaat*, 2013, 28(1), p. 6-21. De term '*nudging*' komt uit R.H. Thaler & C.R. Sunstein, *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, New Haven: Yale University Press 2008.

62 Voor een heldere uitleg over hoe dit verschijnsel 'bestuursrechtelijk versnipperd' geregeld is, zie G.A. van der Veen, 'Bestuursrechtelijke rechtsbescherming voorbij het besluit', in: *Het besluit voorbij. Preadviezen uitgebracht door prof. mr. F.J. van Ommeren en mr. P.J. Huisman, mr. G.A. van der Veen en mr. K.J. de Graaf voor de algemene vergadering van de VAR Vereniging voor Bestuursrecht op 24 mei 2013* (VAR-reeks 150), Den Haag: Boom juridisch 2013, p. 103-216, p. 130 e.v.

63 E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak', in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter. Preadviezen uitgebracht door prof. dr. E.M.H. Hirsch Ballin, mr. dr. R. Ortlep en mr. dr. A. Tollenaar voor de algemene vergadering van de VAR Vereniging voor Bestuursrecht op 22 mei 2015*, Den Haag: Boom juridisch 2015, p. 7-58, p. 39.

betalen, maar kan toezichthouders ook aanzetten tot uitspraken over toekomstige, mogelijke ongewenstheden. In Kitchins woorden:

> '[D]e bezorgdheid betreft het feit dat deze ondernemingen een vorm van "datadeterminisme" bedrijven, waarbij individuen niet alleen worden geprofileerd en beoordeeld op grond van wat ze hebben gedaan, maar ook op een voorspelling van wat ze in de toekomst zouden kunnen doen, op grond van algoritmen die verre van perfect zijn, maar niettemin worden "geblackboxt". Adequaat toezicht en de mogelijkheid van verbeteringsprocedures ontbreken.'[64]

Daalhuijsen e.a. hebben betoogt dat het ideaal van rationele besluitvorming weer binnen handbereik komt door Big Data.[65] Echter, aangezien nu net de visie op causaliteit in veel Big Data-technieken een niet-traditionele is, is het maar de vraag of dit soort klassieke beleidsparadigma's überhaupt nog wel opgaan. Door toepassing van Big Data-technieken weten gemeenten bijvoorbeeld op welk moment en op welke plek het risico op onrust het grootst is, en zullen daar maatregelen (of zelfs regels?) uit gaan afleiden, maar ze zijn niet per definitie dichterbij een causale verklaring daarvoor.

Ook buiten de categorie van gedragswetenschappelijk geïnspireerde instrumenten (zoals '*naming & shaming*' of '*risk-based inspection*') en benaderingen (*nudging*) doet het toegenomen belang van 'informatie' als bestuursrechtelijke valuta zich voelen. Zo woedde in het bestuursrecht, onder meer naar aanleiding van de Regeling programmatische aanpak stikstof, waarover straks meer, de afgelopen jaren een discussie over het 'meldingenstelsel'. De vraag of een meldingsbevestiging een appellabel besluit is, werd door A-G Rob Widdershoven instemmend, maar door de Afdeling ontkennend beantwoord wegens het ontbreken van gerichtheid op rechtsgevolg.[66] In een Big Data-context, waarin misschien wel een constante stroom data 'gemeld' zal worden door bedrijven aan toezichthouders, zullen de bestuurlijke reacties hierop (van meldingsbevestiging tot een symbool 'groen licht' in een interface) deze kwestie heropenen, aangezien de rechtsgevolgen dan op zijn minst onduidelijk zullen zijn. De kwestie van rechtsbescherming wordt ook urgenter als het 'systeem' de normen die toegepast worden en die een bepaald type 'melding' opleveren, steeds update door middel van Big Data-technieken. Over dit laatste verschijnsel gaan de volgende drie bewegingen die hieronder aangekaart worden.

Als laatste opmerking over de juridische aspecten van de 'informatiemaatschappij 2.0' wil ik echter nog opmerken dat legaliteit, wegens het risico van ongecontroleerd feitelijk handelen, hier gemakkelijk in het gedrang kan komen. Een handeling als een waarschuwing in het kader van *naming & shaming* is normatief op een manier waar het recht vooralsnog niet goed een omgang mee kan vinden. De Franse *Conseil*

64 Kitchin 2016, p. 33, verwijzend naar E. Ramirez, 'The privacy challenges of big data: A view from the lifeguard's chair', Technology Policy Institute Aspen Forum, 19 augustus 2013, http//ftc.gov/speeches/ramirez/130819bigdataaspen.pdf.

65 Daalhuijsen e.a. 2015, p. 10.

66 Conclusie A-G Widdershoven 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4116; ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2903, ECLI:NL:RVS:2016:2898, ECLI:NL:RVS:2016:2893.

d'Etat bracht recent al zo'n praktijk, die in Nederland al snel aangemerkt zal worden als 'feitelijk handelen' wegens twijfel over het publiekrechtelijk karakter en/of het rechtshandelingkarakter, onder de rechtsmacht van de bestuursrechter. Meningen, aanbevelingen, waarschuwingen en standpunten naar voren gebracht door een toezichthouder in het kader van '*naming & shaming*' werden in de uitspraak als appellabel aangemerkt.[67]

4.2 Beweging 2: algoritmische besluitvorming

De inzet van algoritmes kan met recht het schoolvoorbeeld van de impact die technologie op besluitvormingsprocessen heeft, genoemd worden.[68] Toch hoeft er geen sprake te zijn van een '*high tech*'-setting, wil algoritmisch denken zijn intrede doen in besluitvorming met een openbaar tintje. Zo vormt sinds enige tijd een algoritme de kern van het systeem om leerlingen te plaatsen op Amsterdamse middelbare scholen. Dit betreft overigens niet de uitoefening van een bestuursbevoegdheid; de schoolplaatsing wordt geregeld door een vereniging, maar zoals uit een recente zaak bij de burgerlijke rechter bleek, geldt wel een verantwoordelijkheid voor de Gemeente Amsterdam.[69] De kern van het geschil was de geschiktheid van het specifieke algoritme en de legitimiteit van aanpalende maatregelen zoals het beruchte, maar vanuit de wiskundige logica voor de hand liggende 'ruilverbod'.[70] Ook was er in deze zaak het een en ander te doen over de vraag of nu wel of niet duidelijk genoeg was aangekondigd dat het opgeven van slechts één voorkeur grote risico's met zich meebracht voor de schoolkiezer, een consequentie van de keuze de zuiverheid van het systeem te bewaken. De rechter vond uiteindelijk dat alle keuzes door de beugel konden. Het ging hier dan ook om een relatief eenvoudig kenbaar algoritme. Aan de andere kant, als in zo'n geval de spanningen met denken in termen van beginselen al stevig de kop op steken, wat mogen we dan verwachten als we (Big) Data als ingrediënt toevoegen? Daarnaast illustreert deze zaak dat, wat de juridische status van zo'n besluitvormingsalgoritme verder ook is of zou moeten zijn, het nadenken over de randvoorwaarden en waarborgen voor eventuele nadere normstelling (het ruilverbod; nadere uitleg voor 'leken') nog niet zo eenvoudig is.

Een voorbeeld waarin het gebruik van data-analyse voor gevorderden in combinatie met algoritmische besluitvorming wel aan de orde lijkt te zijn, vinden we in de Verenigde Staten. De Amerikaanse federale overheid heeft onder Obama gebruikgemaakt van een Big Data-toepassing die grotendeels bepaalde of leerkrachten goed genoeg waren om hun baan te behouden door te 'meten' wat het aandeel van een leerkracht is in de testresultaten van de kinderen. In één geval werden de gevolgen breed uitgemeten in de media: het ontslag van een geliefde leerkracht bij wie het

67 Conseil d'Etat, Nos. 368082, 368083, 368084 (Fairvesta International GmbH).
68 Zouridis 2000.
69 Rb. Amsterdam 30 juni 2015, NJF 2015/366, ECLI:NL:RBAMS:2015:4085.
70 Dit houdt in dat na plaatsing, ook als beide leerlingen dit graag willen, er niet geruild mag worden. Simpel gezegd, is dit ruilverbod bedoeld om vanuit de algoritmische logicagedachte onwenselijk strategisch gedrag bij het opgeven van voorkeuren te ontmoedigen.

cijferplaatje er niet goed uitzag.[71] De computercode van het complexe wiskundige model dat werd gebruikt, was wegens de licentieovereenkomst die was gesloten met de bedenker, ook niet opvraagbaar op grond van de *Freedom of Information Act*.[72]

Buiten de specifieke context van deze zaak, schreef Cohen over algoritmische handhaving dat het een paradigmatisch nieuw soort schmittiaans bestuursrecht betreft, waarbij het gezag om uitzonderingen te maken niet meer bij de overheid berust, maar bij de technologiebedrijven die algoritmes ontwerpen en implementeren.[73] Op dat laatste aspect wordt hieronder ('Beweging 5: outsourcing') nader ingegaan. De juridische aspecten van algoritmische besluitvorming binnen het openbaar bestuur bevinden zich, naast de in dit preadvies alom aanwezige legaliteitsproblemen, enerzijds op het vlak van transparantie en openbaarheid en anderzijds rondom het vraagstuk van de optimale discretionaire ruimte. Of deze wordt vervangen, verkleind, vergroot of verschoven, hangt af van de functie die het algoritme heeft en wie iets te zeggen heeft over de normstelling die ervan uitgaat, maar het is allemaal mogelijk. In veel gevallen zullen normatieve keuzes in ieder geval niet gemaakt worden door professionals die de Aanwijzingen voor de Regelgeving en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op hun professionele radar hebben, laat staan dat ze de reflex zullen hebben om een norm als een 'ruilverbod' hieraan te toetsen.

4.3 Beweging 3: maatwerk

Een ogenschijnlijk tegengestelde beweging betreft de roep om maatwerk. Van oplossingen voor de vluchtelingencrisis tot financieel toezicht, in allerlei sectoren komen we het idee tegen dat het belangrijk is om de 'omstandigheden van het geval' mee te wegen. Natuurlijk is dit binnen het recht helemaal niets nieuws. In het bestuursrecht bestaat de mogelijkheid van het toekennen van gradaties van beleids- en beoordelingsvrijheid, waarbij de spanning met het gelijkheidsbeginsel en de rechtseenheid ook wordt onderkend. Tegelijkertijd wordt 'een tendens om voorschriften die in het verleden in op maatwerk gerichte individuele beschikkingen werden neergelegd om efficiencyredenen in avv's op te nemen'[74] gesignaleerd.

Het bijzondere aan de opmars van Big Data is nu dat het toevoegen van deze variabele bovenstaande tegenstelling tot paradox reduceert. Door het analyseren van grote datasets, inclusief ogenschijnlijk ongerelateerde data,[75] kan niet alleen meer informatie verkregen worden over een 'geval', maar kan het ook in een context bekeken worden die relevant kan zijn (gemaakt kan worden?) voor de beoordeling ervan.

---

71 Turque 2012.

72 G. Janssen, 'Wiskundige Cathy O'Neil en de 'weapons of math destruction', *Vrij Nederland*, 16 november 2016, www.vn.nl/cathy-oneil-en-weapons-math-destruction.

73 J.E. Cohen, 'The Regulatory State in the Information Age', *Theoretical Inquiries in Law*, 2016, 17(2), p. 32 verwijzend naar Adrian Vermeule, 'Our Schmittian Administrative Law', *Harvard Law Review*, 2009, 122, p. 1095-1149.

74 T. Barkhuysen, 'Inspraak en rechtsbescherming bij algemeen verbindende voorschriften', *Nederlands Juristenblad* 2015, p. 1949.

75 Daalhuijsen e.a. 2015.

In de totstandkoming van 'maatwerk' in de bestuurlijke praktijk, moeten we deze beweging in combinatie met het gebruik van algoritmes zien. In 2000 schreef Zouridis al:

> 'ICT is in staat om geïndividualiseerde massaproductie te leveren, mits de juridische context daarvoor geschikt is. Dat betekent dat op het bestuurlijk algoritme vertrouwd moet kunnen worden, hetgeen min of meer vereist dat het algoritme van een wettelijke basis wordt voorzien.'[76]

In een Big Data-context is van groot belang te onderkennen dat 'maatwerk' in zekere zin een illusie is: het is juist gebaseerd op algemene conclusies en structurele patronen. Een voorbeeld is het gebruik van 'afwijkende cijferpatronen [...] bij het invullen van belastingaangiften'[77] door de Belastingdienst en de FIOD om te bepalen welke aangiften zij nader onder de loep zullen nemen. De WRR zegt hierover: '[B]ij de toepassing daarvan op concrete situaties en specifieke individuen bestaat altijd een mismatch, omdat een profiel zowel over- als onder-inclusief is.'[78] Op juridisch vlak betekent dit enerzijds dat de algemeenheid (zowel de algemeenheid naar rechtssubject als de algemeenheid naar rechtsfeit),[79] en daarmee de gelijkheid onder druk staat. Anderzijds kan het gegeven dat inclusiviteit door middel van datatoepassingen beter te finetunen is, ten koste gaan van de rechtszekerheid. Ook als dit gerelateerd is aan een wettelijke bevoegdheid, zal die bevoegdheidsbepaling heel ruim van opzet moeten zijn, omdat het bij Big Data-gestuurd maatwerk nu juist niet mogelijk is om de modaliteiten daarvan in algemene regels te vangen.

4.4 Beweging 4: machine learning

Zoals in paragraaf 1 al is aangestipt, zijn robots en computers voorlopig niet in staat de creatieve kanten van het juridische vakmanschap over te nemen. Dit zou tot op zekere hoogte kunnen veranderen als Big Data-toepassingen ook juridisch relevante '*machine improved rules*' mogelijk gaan maken. We zouden het hier hebben over een sprong van geautomatiseerde besluitvorming naar geautomatiseerde normstelling. Zou deze mogelijkheid de reden zijn dat Frey en Osborne, de onderzoekers achter het in de inleiding genoemde Britse onderzoek, bestuursrechtjuristen relatief computervervangbaar achten? Waarschijnlijk geenszins; aangezien specifiek de rechterlijke tak van het bestuursrecht werd genoemd, zou deze prognose wel eens gebaseerd kunnen zijn op de misvatting dat er in de bestuursrechtspraak of in ieder geval bij het toetsen aan regels weinig plaats is voor creativiteit, maar dat terzijde. Hier

76 Zouridis 2000, p. 315.

77 B.H.M. Custers, 'Risicogericht toezicht, profiling en Big Data', *Tijdschrift voor Toezicht*, 2014, 3, p. 9-16.

78 WRR-rapport 2016, p. 12.

79 B.W.N. de Waard, 'Het Tussending. Het concretiserend besluit van algemene strekking revisited', in: R.J.N. Schlössels, A.J. Bok, S.D.P. Kole & A.G.A. Nijmeijer (red.), *In de regel: Over kenmerken, structuur en samenhang van geschreven en ongeschreven regels in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 147-166, p. 150.

hebben we het echter over de mogelijkheid dat bestuurswetgeving niet langer een kwestie van het samenkomen van politiek en recht is, maar van een computeradvies dat bijvoorbeeld gebaseerd is op een vergelijking tussen de '*real time*' resultaten van twee vergunningensystemen.

Geautomatiseerde besluitvorming als zodanig bevindt zich al langer op de radar van de (Europese) wetgever en de politiek[80] als probleemdossier. Echter, geautomatiseerde *algemene* besluitvorming, zou pas legaliteitsproblemen in het kwadraat opleveren. De 'menselijke tussenkomst voor het nemen van een besluit'[81] die het kabinet in reactie op het WRR-rapport zo belangrijk zegt te vinden, vergt voldoende inzicht in de processen van *machine learning*. Gelukkig geeft het kabinet ook aan te willen 'onderzoeken of er buiten situaties waarvoor dat verbod geldt, nog andere situaties zijn waarin Big Data-toepassingen een aanmerkelijk impact op burgers kunnen hebben'.[82]

4.5 Beweging 5: outsourcing

Een duidelijk voorbeeld van outsourcing van regelgeving is te vinden in de al genoemde Knooble-zaak, of eigenlijk in alle verschijningsvormen van private regelgeving waarbij sprake is van enige erkenning door een regelgever.[83] Daarmee komt Big Data nog niet automatisch in beeld. Het NNI wordt niet door de wetgever omarmd, omdat het bepaalde data bezit of weet te analyseren, maar vanwege zijn technische expertise op bepaalde terreinen. Uit sommige van de hierboven aangehaalde voorbeelden, zoals in het geval van de algoritmische vaststelling van docentkwaliteit in de VS, blijkt echter wel, dat 'outsourcing' al snel om de hoek komt kijken als de wens of de mogelijkheid bestaat om te gaan werken met Big Data.

Het WRR-rapport zegt het als volgt:

> '[I]n Big Data-processen wordt vaak een koppeling van verschillende databases gemaakt. Het oorspronkelijke doel waarvoor gegevens zijn verzameld gaat daarbij verloren. Naarmate meer data in samenwerkingsverbanden en informatienetwerken belanden en hergebruik van data de regel wordt, neemt de druk op het principe van doelbinding toe. Big Data-processen zijn in het veiligheidsdomein zeker nog geen standaardwerkwijze, maar de tendens om data te delen is binnen de overheid zeker aanwezig. Bovendien komt ook het combineren van publieke gegevens met private data steeds vaker voor. Overheidsorganisaties begeven zich daarmee steeds meer op terreinen die niet traditioneel tot hun takenpakket behoren en laten data die verzameld

80 E.M.H. Hirsch Ballin & J.A. Kamphuis (red.), *Trias Automatica. Automatisering in wetgeving, bestuur en rechtspraak*, Deventer: Kluwer 1985; M. van Eck, 'Geautomatiseerde overheidsbesluiten, profielen en artikel 42 Wbp', 9 november 2015, https://marliesvaneck.wordpress.com/tag/geautomatiseerd-besluiten. Art. 42 Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) vormt de neerslag van Europeesrechtelijke verplichtingen op dit onderwerp.

81 Kabinetsstandpunt over WRR-rapport Big Data in een vrije en veilige samenleving, 11 november 2016.

82 Idem.

83 Scheltema 2016.

zijn op basis van afgebakende taken en doelstellingen over de grenzen van die organisatie en taken heen vloeien.'[84]

Bij 'intrinsieke technoregulering' kan bepaalde normativiteit in het ontwerp worden gelegd,[85] ook als de gebruiker de desbetreffende reguleringsdoelen niet kent, wat leidt tot vragen rondom transparantie en draagvlak.[86] Ook los van Big Data gaat in technologische vertalingen van regelgeving in het algemeen een risico schuil. Ook als in de specificaties voor de ontwikkeling van bepaalde software die een bestuursorgaan gaat gebruiken in besluitvormingsprocessen goed gelet wordt op het regelgevende kader dat in de software terecht moet komen, is het lastig toezicht houden op de implementatie ervan. De software zal altijd op een bepaald niveau oncontroleerbaar zijn voor de gewone jurist en daarmee een onvermijdelijk 'black box'-gehalte hebben. Uiteraard is het tot stand komen van regelgeving en de ontwikkeling van software ook vaak een proces dat wordt gekenmerkt door wisselwerking. Groothuis schreef al over wat zij noemt de '*rule based architecture*' die uitvoeringsorganisaties in staat stelt om tijdens het wetgevingsproces wijzigingen die overwogen worden 'te vertalen naar de gegevens, beslismodellen en procesmodellen die nodig zijn voor de geautomatiseerde uitvoering'.[87] Als de '*know*' ('de in het systeem opgeslagen regels, die op flexibele wijze kunnen worden gewijzigd, bijvoorbeeld naar aanleiding van een amendement' en de '*flow*' (die betrekking heeft op het proces van uitvoering van de regels in de software)) maar van elkaar gescheiden worden, houdt de regelgever de regie, terwijl problemen in de uitvoering voorkomen worden. Groothuis waarschuwt echter ook voor gevallen waarin 'het computersysteem van de uitvoeringsorganisatie belangrijker [lijkt] dan de tot stand te brengen wet',[88] zodanig dat het latere wijzigingen van het wetsvoorstel in de weg staat. Dit betreft echter nog steeds de situatie voordat Big Data hun intrede deden. In die situatie kan software inderdaad gelijkgesteld worden aan 'uitvoering'[89] en is de oplossing gelegen in het onderwerpen van deze 'fase' aan de fase met het primaat: die van de regelgeving. Dat wordt veel lastiger als software ook in de regelgevingsfase een belangrijke rol gaat krijgen.

84 WRR-rapport 2016, p. 107.

85 Zie L. Lessig, *Code version 2.0*, New York: Basic Books 2006, p. 350: 'Steven Johnson powerfully makes a similar point: "All works of architecture imply a worldview, which means that all architecture is in some deeper sense political"', *Interface Culture: How New Technology Transforms the Way We Create and Communicate*, San Francisco: Harper Edge 1997, p. 44; Zie ook J. Grimmelmann, 'Regulation by Software', *Yale Law Journal*, 2005, 114, p. 1719-1758.

86 R.E. Leenes, *Harde lessen. Apologie voor technologie als reguleringsinstrument* (oratie Tilburg University) 2010, p. 31-32. Deze oratie richt zich op 'technoregulering door niet-overheidspartijen'.

87 M.M. Groothuis, 'Wetgeving en ICT. Over de rol van de wetgever, het bestuur en de burgers', *RegelMaat* 2008, 6, p. 219-229.

88 Groothuis 2008.

89 Groothuis noemt het voorbeeld van het expertsysteem voor de uitvoering van de Vreemdelingenwet dat sinds 2007 is ontwikkeld door de IND.

4.6 Beweging 6: minder vanzelfsprekende taligheid

Een zesde beweging die vermelding verdient in een inventarisatie van krachten die de juridische werkelijkheid wegtrekken van de bestuursrechtelijke fictie van een veilig hiërarchisch bouwwerk betreft de niet-talige aspecten van regulering. Veel literatuur over de grenzen aan de taligheid van het recht gaat bijvoorbeeld over het gebruik van symbolen. In verhandelingen over de 'rafelige randen' van het begrippenkader rond bestuurshandelingen is meestal in ieder geval de schriftelijkheid van besluiten een gegeven.[90] De 'taligheid van de norm' staat echter in meerdere deelrechtsgebieden onder druk.[91]

Een zo'n terrein is het omgevingsrecht, waar de wijze van besturen überhaupt en grotendeels als gevolg van digitalisering en nog eens versterkt door de datarevolutie aan het veranderen is. Door het werken met digitale plannen is het wegens het verminderde talige karakter van de kaders waarmee gewerkt wordt niet altijd duidelijk in hoeverre hier zelfstandige normstelling plaatsvindt. Sterk in opmars zijn ook de online rekentools die in beginsel sec bepalen of een norm uit een avv of avv-achtige publiekrechtelijke regeling wordt nageleefd, maar die wel geprogrammeerd worden door niet-juristen en een hoog 'black box'-gehalte kennen. Eventuele fouten zullen moeten worden opgespoord door de vakspecialisten die met deze tools werken, waarbij het meer voor de hand ligt dat technische fouten komen bovendrijven dan dat duidelijk wordt dat de criteria niet conform de bevoegdheidstoedeling uit de publiekrechtelijke regeling zijn toegepast. Een voorbeeld is de AERIUS Calculator voor de Regeling programmatische aanpak stikstof.[92] In de wettelijke regeling staat in dit geval niet veel meer dan een verwijzing naar deze specifieke software. Waar voor de NEN-normen nog geldt dat hun inhoud kenbaar is voor eenieder die zijn portemonnee trekt, zijn de criteria voor het bepalen van de emissie van stikstof uit een bron, de verspreiding door de lucht en de depositie op Natura 2000-gebieden (voer voor een klassieke beleidsregel zou je toch zeggen) alleen met zekerheid te achterhalen voor wie in de binnenkant van de Calculator kan kijken. Ook in de waterveiligheid wordt overigens veel met dit soort tools gewerkt, bijvoorbeeld bij het vaststellen van de betrouwbaarheid van dijken. Verder gebruikt Rijkswaterstaat uiterst complexe rekenmodellen om de geluidsoverlast langs de snelweg te toetsen.[93] Aangezien deze rekenmodellen erg gevoelig zijn voor de aangeleverde (veelal niet talige) input, kan dit leiden tot onduidelijkheden in de vaststelling van

90 Bijvoorbeeld in R.M. van Male, T.G. Oztürk & G.A. van der Veen, 'Bestuurshandelingen', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2016, p. 55.

91 Zie hierover maar met een focus op het 'lezen' van normen door machines, R.G.F. Winkels, 'Van juridische naar computertaal', *Ars Aequi*, 2015, 7, p. 585-591.

92 Art. 1 Regeling programmatische aanpak stikstof, definitiebepaling: 'AERIUS Calculator: rekeninstrument als bedoeld in artikel 2, bestaande uit een softwareprogramma', beschikbaar op www.aerius.nl, versie 2015, en een handboek, beschikbaar op www.aerius.nl, versie 2015, www.aerius.nl/en/about-aerius/products/aerius-calculator.

93 Rijkswaterstaat beschrijft de methode om geluidsoverlast te meten als volgt: 'Hoe hoog het geluidniveau langs een rijksweg mag zijn, hangt af van de locatie. Aan beide kanten van de rijkswegen zijn ongeveer 60.000 referentiepunten ingesteld. Dat zijn geen fysieke punten waar we geluid meten, maar virtuele punten in een digitaal rekenmodel. Voor ieder punt is een maximaal toegestane geluidproductie berekend. Dit maximum noemen we het geluidproductieplafond of

wegverkeerlawaai en andere uitvoeringsaspecten van de Wet milieubeheer, zoals de vraag of een burger wel of niet recht heeft op geluidswerende middelen.[94]

4.7 Beweging 7: technologie bij totstandkoming van algemene regels

Aan de beweging dat technologie steeds meer ingezet wordt bij het maken van regelgeving zou een heel preadvies gewijd kunnen worden. Hier wordt het fenomeen slechts even aangestipt voor zover het mogelijk doorwerkt in de regulering van algemene normstelling. Voor internetconsultatie bij wetgevingsprocessen zijn uiteraard geen Big Data nodig. Burgers en bedrijven vullen in een reactieformulier op de daarvoor bedoelde website in wat zij van de wetgevingsplannen vinden en een ambtenaar verwerkt dat naar zijn of haar beste vermogen. Zelfs het beroemde LinkedIn-experiment bij STROOM kwam uiteindelijk neer op een kwalitatieve verwerking van de input.[95] Maar dezelfde software die hierboven (bij 'Beweging 5: outsourcing') al genoemd werd, kan bijvoorbeeld ook simulaties uitvoeren, waarmee de impact van de voorgestelde wetswijziging voor de uitvoering in beeld kan worden gebracht.[96] Met Big Data in gedachten gaan Aarde en Prins nog verder: 'Data-analyse voorspelt immers niet alleen, het toont ook de complexiteit van de wet- en regelgeving en "adviseert" over de maatschappelijke acceptatie van de wetgeving.'[97] Door Legal Big Data[98] is een aparte consultatiesite niet meer nodig 'en zijn alle uitingen hoe mensen (en organisaties) "aankijken" tegen nieuwe wet- en regelgeving snel en volledig analyseerbaar, ook al zijn het ongestructureerde data.'[99] Deze beweging heeft vele mogelijke juridische implicaties, maar één in het oog springende is dat de toch al toegenomen druk om werk te maken van consultatie bij de totstandkoming van bestuurswetgeving,[100] onder invloed van deze ontwikkelingen nog wel eens verder zou kunnen toenemen.

4.8 Het vertrouwde kader onder druk?

Bij geen van de genoemde bewegingen heb ik de suggestie willen wekken dat hier duistere krachten aan het werk zijn. Dé grote kwestie is juist dat als een praktijk van bestuurshandelen die niet goed aansluit bij het vertrouwde conceptuele spectrum

---

GPP. De referentiepunten liggen steeds op 50 m afstand van de weg, op 4 m hoogte en 100 m uit elkaar.'

94 KRO-NCRV de Monitor, 25 januari 2017, http://demonitor.ncrv.nl/binnengekomen-tips/geluidsdeskundige-bepaling-wegverkeerlawaai-niet-altijd-eenduidig.

95 J.B. van Beuningen, 'De Eerste Kamer had het laatste woord. Over het interactieve totstandkomingsproces van STROOM en de behandeling in de Staten-Generaal', *RegelMaat* 2016, 5, p. 358-372.

96 M.M. Groothuis, 'Wetgeving en ICT. Over de rol van de wetgever, het bestuur en de burgers', *RegelMaat* 2008, afl. 6, p. 219-229.

97 Idem; zie ook Leeuw 2015.

98 Leeuw 2015.

99 Leeuw 2015.

100 Zie bijvoorbeeld Barkhuysen 2015.

ook nog eens Big Data gaat incorporeren, juridisch relevante normstelling 'elders' kan plaatsvinden zonder dat iemand dat in volle omvang doorheeft. Gezien de inventarisatie hierboven, waar wringt het dan bij de paragraaf 3 geconstateerde aanname dat in het Nederlandse recht alle voorschriften die algemeen verbinden ook worden neergelegd in 'algemeen verbindende voorschriften' in de zin van de Awb?

Samenvattend zijn er ook ongerelateerd aan dataficatie als zodanig normen met publiekrechtelijke relevantie of zelfs erkenning, die aan het predicaat 'avv' ontsnappen. Ook hoeft het verschijnsel algoritmische besluitvorming, waarin niettalige verwerking van besluitvormingscriteria, niet per definitie te zijn gekoppeld aan 'online', 'Big Data' of zelfs informatietechnologie. Wijzigingen in de manier waarop regulering tot stand komt (bijvoorbeeld doordat '*nudging*' toegepast wordt) maken ontwijkingen van het schema 'wet in formele zin > avv > bestuursbevoegdheid > beleidsregel' waarschijnlijker. Verder gaat het bij 'outsourcing' niet alleen om 'outsourcing' naar de private sfeer, maar ook om 'outsourcing' richting de techniek. Naast het algemenere probleem van verminderde relevantie van de bevoegdheidstoedeling en de normenhiërarchie die daarachter zit, resulteert dit in verminderde grip op de praktijk vanuit het perspectief van de volgende waarden die het traditionele normeringskader voor algemene regels steeds hoog heeft willen houden.

Kenbaarheid

Uiteraard is het voor bestuursorganen, anders dan voor bedrijven die ook met dit soort cijfermatige risicoprofielen werken, aan de orde dat risicoprofielen en andersoortige algoritmische besluitvormingsmodellen worden opgevraagd via de Wet openbaarheid van bestuur.[101] Hiervoor is echter wel vereist dat men van het bestaan afweet. Gebruikmaking van een 'interface' betekent nog niet automatisch dat een burger of bedrijf ook kennis heeft van de meer technische structuren erachter. Zoals door Smits al gesignaleerd, staat '[h]et ideaal dat burgers en bedrijven (of hun adviseurs) alle op hen toepasselijke regels op eenvoudige wijze kunnen vinden, [...] door toenemende fragmentatie van regelgeving steeds meer onder druk'.[102] De wijze waarop de overheid informatie verschaft over regels is hier echter niet op aangepast.

Legaliteit

Het uitgangspunt dat het bestuur alleen bevoegd is om dat te doen waarvoor het een wettelijke basis heeft, is een van de hoekstenen van het algemene bestuursrecht. Zwenne en Schmidt vroegen al naar de betekenis van het legaliteitsbeginsel, gezien de verhouding van de digitale overheid ten opzichte van de digitale burger.[103] Informatiegestuurd besturen, ook als dat gebeurt op een weinig '*high tech*' manier, kan in de praktijk eenvoudig leiden tot het omzeilen van het legaliteitsbeginsel. Zo leidt 'datagestuurd regelgeven' waarschijnlijk vaker tot 'nudging' door de overheid[104]

101 Custers 2014.
102 Smits 2015.
103 Zwenne & Schmidt 2016.
104 Evers 2016.

en kan dit vervolgens juridisch gezien vorm krijgen als 'feitelijk handelen'. Wat bovenstaande analyse laat zien, is dat een deel van de normstelling die in het klassieke schema in avv's en beleidsregels zou moeten plaatsvinden, de facto vervangen zou kunnen gaan worden door datagerelateerde mechanismen (zoals *code* in ICT-applicaties, algoritmes, etc.). De vraag is niet alleen of algoritmes die de facto een algemeen verbindende norm bevatten te herleiden zijn tot een regelgevende bevoegdheid, maar ook wie in staat is dit te controleren? Een bijkomend probleem dat met 'legistische oogkleppen'[105] op niet opgelost kan worden, is de aanname van fixatie van de regel in de tijd niet meer opgaat als geëxperimenteerd gaat worden met '*real time*' regulering door data.

Ten slotte ligt het in de rede dat avv's en beleidsregels soms van aard veranderen door de inzet van datagerelateerde mechanismen binnen het bestuur. Het risico is er waarschijnlijk niet zozeer een van 'vage normen', maar eerder van verwijzingen naar concrete rekenprogramma's (zie het voorbeeld van de AERIUS Calculator) zonder toevoeging van enige inhoudelijke normcondities. Ook dit staat op gespannen voet met het legaliteitsbeginsel, dat ook los van dataficatie al onder druk stond door de constatering dat bestuurswetgeving steeds vaker belangrijke beleidskeuzen impliceert.[106]

Algemeenheid

Het algemeenheidsvereiste geeft uitdrukking aan eisen van gelijkheid, consistentie en rechtszekerheid. Een avv kan algemeen zijn naar tijd, plaats, persoon en rechtsfeit (meestal persoon of rechtsfeit).[107] Maar als de praktijk zich zo ontwikkelt dat voor het ene bedrijf net een iets andere maatstaf gaat gelden, omdat een Big Data-toepassing aangeeft dat dit op algoritmisch-logische wijze voortvloeit uit een bepaald risicoprofiel, waar blijft dan de algemeenheid? Hebben we dan wellicht te maken met een nieuwe categorie 'tussendingen'?[108]

Uitdagingen voor de beleidsregel

Doordenkend over datagestuurde toepassingen met een centrale rol in bestuursrechtelijke besluitvorming komt het beeld van een nieuw type beleidsregel bovendrijven. De bevoegdheid op zich om een regel te maken die vervolgens wordt vertaald naar een interface/app/rekentool zal immers veelal nog wel in een wettelijk voorschrift geregeld staan. Echter, hoe exact de belangenafwegingen plaatsvinden, de feiten worden vastgesteld en de wettelijke voorschriften worden uitgelegd, kan heel goed in niet-talige vorm in de 'digitale handeling' in kwestie verstopt zitten. Dit soort kwesties wordt saillanter naarmate bestuursorganen meer gebruik

105 I.C. van der Vlies, 'Het legaliteitsbeginsel en de Algemene wet bestuursrecht: voor burger of bestuur', in: M. Lurks e.a. (red.), *De grootste gemene deler. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Th.G. Drupsteen*, Deventer: Kluwer 2002, p. 139.
106 Barkhuysen 2015.
107 Schlössels & Zijlstra 2010, p. 263.
108 De Waard 2012.

zouden gaan maken van de extra mogelijkheden die (Big) Data bieden. Hierbij valt te denken aan maatwerk van het type 'wie meer gegevens aanlevert, krijgt een meer coulante behandeling', het aanwenden van algoritmes om tot dynamische normen te komen en het introduceren van extra normen van het soort dat in het bestuursrechtelijk denken echt een wettelijke grondslag nodig heeft. Ook als we erin slagen door kwalitatief goed politiek en bestuurlijk toezicht regelgevende bevoegdheden als basis voor al dit soort praktijken een belangrijke functie te laten behouden, valt te verwachten dat de uitoefening van *bestuurs*bevoegdheden en daarmee de rol, aard en inhoud van dat andere type 'algemene regel', de beleidsregel, verandert. Hoe ziet een 'regel [...] omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften'[109] eruit als deze zaken grotendeels 'datagestuurd' plaatsvinden? De criteria die beleidsregels normaal gesproken expliciteren, kunnen zelfs voor de betrokkenen bij de overheid implicieter dan ooit zijn (want opgesloten in een algoritme of een Big Data-toepassing).

In bovenstaande analyse is duidelijk geworden dat de kenbaarheid, de link tussen ingrijpend bestuurshandelen en een regelgevende bevoegdheid, alsook andere aspecten van legaliteit, en de algemeenheid onder druk kunnen komen te staan. Wellicht is het risico op een niet-Awb-conforme inzet vooral een risico voor de beleidsregel. Deels hebben we het hier over problemen die in de praktijk al bestaan, maar het grootste risico betreft de toekomst als de dataficatie doorzet.

109 Art. 1:3 lid 4 Awb.

5 Oplossingsrichtingen binnen het Nederlandse bestuursrecht

In de vorige paragraaf van dit preadvies is betoogd dat er gegronde redenen zijn aan te nemen dat we met ons huidige regulerings- en begrippenkader voor algemene regels een groot risico lopen de grip op bepaalde categorieën de facto normstellingen, die in de toekomst wellicht belangrijker zullen worden, te verliezen. Hiermee komen we toe aan de achterliggende vraag die dit preadvies drijft:

Welk antwoord heeft het bestuursrecht op de (toenemende?) neiging normen die feitelijk algemeen verbindend zijn buiten de publiekrechtelijke kaders te houden of te brengen?

In deze paragaaf wil ik betogen dat het Nederlandse bestuursrecht hier iets mee moet en iets mee kán, ook los van (alhoewel natuurlijk wel gerelateerd aan) algemene kwesties rond de digitale overheid en de impact op de beschikkingenpraktijk als zodanig.

Rond die laatstgenoemde thema's ontspint zich namelijk, zoals al kort genoemd, wel degelijk iets van een reguleringskader.[110] Zo kent artikel 42 Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) bij wijze van implementatie van artikel 15 Richtlijn bescherming persoonsgegevens (Rbp) een verbod op geautomatiseerde besluitvorming dat in de nieuwe Europese privacy-verordening zal terugkeren. Nog los van het gegeven dat ook deze bepaling maar beperkt 'positief regulerend' werkt,[111] is deze bepaling sterk gericht op de veronderstelling dat dataficatie in ieder geval geen afbreuk doet aan de gewone gang van zaken dat er een 'besluit', gericht aan een burger, op een gegeven moment nog steeds op de deurmat valt. De WRR vraagt terecht aandacht voor striktere handhaving van het verbod op geautomatiseerde besluitvorming en alertheid op semiautomatische besluitvorming.[112] Echter, bovengenoemde aanname en de focus op geautomatiseerde individuele *besluit*vorming[113] zorgen ervoor dat risico's van dataficatie rond *norm*stelling, zoals in paragraaf 4 in kaart gebracht, buiten beeld blijven.

110 WRR-rapport 2016, p. 46: 'Zeker waar de impact op de levenskansen van mensen groot is, is het nemen van automatische besluiten verboden, conform artikel 15 van de Databeschermingsrichtlijn. Dat geldt ook voor de overheid over de volle breedte.'

111 Zie M. van Eck, 'Geautomatiseerde overheidsbesluiten, profielen en artikel 42 Wbp', 9 november 2015, https://marliesvaneck.wordpress.com/tag/geautomatiseerd-besluiten voor een gedetailleerde uitleg van de verwarringen rond deze specifieke bepaling en het onderscheid tussen '*profiling*' en geautomatiseerde besluitvorming in het bijzonder.

112 WRR-rapport, p. 142.

113 WRR-rapport, p. 142.

Grip terug krijgen is überhaupt een lastige kwestie voor het bestuursrecht. De Amerikaanse bestuursrechtwetenschapper Vermeule spreekt in dit verband van 'zwarte en grijze gaten' en noemt deze 'onvermijdelijk'.[114] Zwarte gaten zijn onderwerpen of terreinen binnen het openbaar bestuur die bewust uitgezonderd worden van algemene bestuursrechtelijke kaders, zoals bepaalde 'unieke presidentiële taken' in de Amerikaanse *Administrative Procedure Act* (APA). Volgens Vermeule zijn bestuursrechtelijke zwarte gaten toe te schrijven aan een consensus tussen bestuur, wetgever en rechter dat bepaalde onderwerpen en terreinen nu eenmaal niet te reguleren zijn.[115] Een voorbeeld uit de Nederlandse context zouden de uitzonderingen van artikel 1:1 lid 2 Awb kunnen zijn. Grijze gaten daarentegen zijn 'verkapte zwarte gaten' waarin enige bestuursrechtelijke beperkingen voor het bestuur gelden, maar deze zijn van beperkt praktisch belang. Deze grijze gaten bieden wel een façade van bestuursrechtelijke normering, maar geen inhoudelijke bescherming aan rechtsgenoten.[116]

De normering van algemene regels valt in het Nederlandse bestuursrecht allerminst in een 'zwart gat'. Alhoewel, zoals paragraaf 3 is geconstateerd, de regulering van dit verschijnsel licht en formeel van aard is, wordt het hiërarchische systeem dat ertoe moet leiden dat alle echte algemene regels ofwel voortvloeien uit een specifieke regelgevende bevoegdheid (avv's) ofwel uit een bestuursbevoegdheid (beleidsregel) en daardoor worden omgeven door randvoorwaarden (zoals publicatievereisten), gezien als een belangrijke constitutioneel-bestuurlijke bouwsteen. Het risico op 'grijze gaten' is echter wel degelijk aanwezig. Ook als er nog geen concrete aanwijzingen zijn dat, bijvoorbeeld, middels *machine learning* regels worden 'gemaakt' (zie par. 4), blijft het gegeven dat met een kader dat niet ontworpen is voor een tijdperk waarin het ontwijken van bevoegdheidsdenken zo eenvoudig is, er geen garantie op daadwerkelijke bescherming kan worden gegeven.

Welke strategieën zijn denkbaar om het risico op grijze gaten, op dit onderwerp, maar wellicht in bredere zin, te beperken? Houden we vast aan het strakke, besluitcentrische bouwwerk en laten we alles wat daar niet meteen in past over aan het privaatrecht? Of doen we gewoon iets beter ons best binnen de huidige aanpak? Proberen we het bouwwerk zelf wat flexibeler en veerkrachtiger te maken? Of stappen we af van het beeld van het bestuursrecht als hiërarchisch bouwwerk?

We kunnen alvast vaststellen dat het Nederlandse bestuursrecht geen eenduidige strategie heeft om het eeuwige dilemma van controle tegenover flexibiliteit te ontstijgen. Soms wordt een formalistische benadering gecombineerd met een soort hardheidsclausule voor randgevallen, bijvoorbeeld bij het bestuursorgaanbegrip; soms blijft het bouwwerk onaantastbaar. Hierna wordt eerst de vraag gesteld wat meer in het algemeen de ambitie voor de Awb en een hierop aansluitend algemeen bestuursrechtelijk reguleringskader zou moeten zijn. Daarna worden drie scenario's

114 Vermeule 2009, p. 1133. Vermeule geeft de credits voor het bedenken van de term '*legal black hole*' aan J. Steyn, 'Guantanamo Bay: The Legal Black Hole', *International and Comparative Law Quarterly* (53)1, 2004, p. 1 en voor de term '*grey hole*' in dit verband aan D. Dyzenhaus, The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency, Cambridge: Cambridge University Press 2006.

115 Vermeule 2009, p. 1133.

116 Vermeule 2009, p. 1096.

geschetst voor oplossingsrichtingen die in lijn zijn met een bepaald antwoord op de laatste drie hierboven opgeworpen vragen en die mogelijk de problemen en risico's uit paragraaf 4 kunnen adresseren: finetuning van de huidige benadering, een metareguleringsbenadering en een meer beginselmatige benadering. Voor wie meegaat in de veronderstelling dat de Nederlandse bestuursrechtgemeenschap op ambitieuze wijze over de Awb wil nadenken, is het scenario dat neerkomt op een bevestigend antwoord op de eerste vraag ('zullen we alles wat niet in het huidige Awb-straatje past maar overlaten aan het privaatrecht?') immers geen optie.

5.1 De ambities van de Awb

We spreken vaak over de doeleinden van de Awb, zoals 'rechtseenheid, kenbaarheid, voorspelbaarheid, efficiëntie in de wetgeving en borging van rechtsstatelijkheid',[117] maar minder vaak over de achterliggende ambities. Het verschil tussen de twee is dat individuele doeleinden geschikt zijn om concrete wijzigingen aan te toetsen en ambities nodig zijn om de inschattingen op grond van die toetsing af te kunnen wegen. Het recente voorstel van regeringscommissaris Awb Scheltema om het doel van de Awb te herformuleren als 'het bieden van een eigentijds bestuursrechtelijk kader voor effectief bestuur op basis van de waarden van de rechtsstaat'[118] beweegt zich duidelijk op dit ambitieniveau. Dit voorstel maakt de keuze om borging van rechtsstatelijkheid als Awb-doel voorop te zetten, zoals ook al door Hirsch Ballin voorgesteld.[119] Daarnaast opent het voorstel door de kwalificatie 'eigentijds' de weg voor meer flexibiliteit in wat ik hierboven het 'bouwwerk' heb genoemd. 'Eigentijds' betekent ook 'proactief': we kunnen niet van de werkelijkheid verwachten dat deze zich aan de Awb-kaders aanpast. We zien steeds meer specifieke wetgeving gericht op overheidsactoren ontstaan, juist naar aanleiding van digitalisering en dataficatie (bijvoorbeeld de genoemde bepaling uit de Wbp, maar ook de plannen rond de Wet open overheid (Woo)). In het belang van de rechtseenheid, maar ook de kenbaarheid van de algemene eisen die het recht stelt aan bestuursorganen, zouden deze onderwerpen onder het Awb-dak gebracht moeten worden. Met Witteveens 'pleidooi om de wet te zien als een maatschappelijke betekenisconstructie waarvan de functie met de tijd verandert'[120] in gedachten is de vraag hoe het Awb-beleid op de in het voorgaande geconstateerde ontwikkelingen inspeelt?

117 B.J. Schueler, 'De verschuivende functies van de Awb', *RegelMaat*, 2015, 30(6), p. 422.
118 M. Scheltema, 'Rechtseenheid of rechtsstaat als doelstelling van de Awb?', NJ 2015/814, zoals ook aangehaald in Schueler 2015, p. 423.
119 E.M.H. Hirsch Ballin, 'Bestuursrecht en het ethos van de rechtsstaat', in: M. Groenhuijsen, E. Hondius & A. Soeteman (red.), *Recht in geding*, Den Haag: Boom juridisch 2014, p. 107-117.
120 Genoemd in Smits 2015, p. 363.

5.2 Hervormingsscenario's

Het probleem dat dit preadvies aan de orde stelt, is niet eenduidig. Zoals we hebben gezien in paragraaf 4 zit er om te beginnen een bepaalde tegenstrijdigheid in sommige van de bewegingen die daar in kaart worden gebracht. Big Data leiden tegelijkertijd tot 'lopendebandwerk' en tot 'maatwerk' in besluitvorming. Regels kunnen inhoudelijk misschien wel beter worden omdat we meer kennis kunnen verwerven over wat zij 'doen', maar tegelijkertijd leveren de processen die dit mogelijk maken legaliteits- en daarmee legitimiteitsproblemen op. De hieronder aangestipte scenario's bevatten dan ook geen pasklare oplossingen. Zoals de titel van deze paragraaf al suggereert, betreft het oplossingsrichtingen die ons kunnen helpen om concrete ideeën te koppelen aan een bredere visie op de ontwikkeling van het algemene bestuursrecht.

Scenario 1: finetuning

Voor een aanpak gericht op finetuning van het huidige kader valt iets te zeggen vanuit de overtuiging dat het gaat om een 'vanuit een oogpunt van machtsbeheersing, rechts- en bestaanszekerheid een zowel kwetsbaar als onovertroffen stelsel, dat voortdurend onderhoud, verbetering en versterking behoeft'.[121] De gedachten gaan dan al snel uit naar het toevoegen van procedurele randvoorwaarden. Met name op het vlak van de kenbaarheid van het recht, een essentiële taak van de overheid die momenteel op te ouderwetse wijze vervuld wordt,[122] zijn stapsgewijze verbeteringen denkbaar. Zo zou van bestuursorganen die datatoepassingen inzetten verwacht kunnen worden dat zij een 'digitale bijsluiter' publiceren, waarin zo goed als mogelijk wordt uitgelegd wat er gebeurt in een algoritme, interface of computerprogramma. Deze denkrichting sluit aan bij die van de WRR[123] en die van het kabinet in de reactie op het rapport:

> '[H]et kabinet vindt dat de transparantie rond gegevensverwerking waar mogelijk moet worden vergroot. Dat gaat bijvoorbeeld om transparantie van toelaatbare foutmarges, informatie aan burgers over de gehanteerde logica achter Big Data-processen en informatie over het doel van Big Data-analyses en de daarvoor gebruikte databestanden.'[124]

Dan zijn we er echter nog niet voor wat betreft de verkapte normstelling die mogelijk plaatsvindt in deze processen. Hier wringt het vooral bij de eis dat sprake moet zijn van een uitdrukkelijk toegekende regelgevende bevoegdheid of bestuursbevoegdheid, waar weinig positief-regulerende werking van uitgaat. Een oplossing zou kunnen zijn om de Aanwijzingen voor de Regelgeving veel meer het karakter te geven van dwingende en specifieke *executive orders*, zoals die in de Verenigde Staten

121 Schreuder Vlasblom 2016.
122 Smits 2015.
123 WRR-rapport 2016, p. 12.
124 Kabinetsstandpunt WRR-rapport 2016.

bestaan.[125] We zouden ook kunnen denken aan een nieuwe Awb-bepaling die de gelding van het legaliteitsvereiste relateert aan het daadwerkelijk opleggen van verplichtingen. Ter inspiratie valt best een parallel te trekken tussen de ongevraagde fluoridering van drinkwater en gebrekkig gecommuniceerde dataficatie van interacties met burgers.[126] De formulering van de Hoge Raad

> 'dat de toevoeging van stoffen aan het drinkwater teneinde daarmee een geheel buiten de eigenlijke drinkwatervoorziening gelegen doel te dienen en daarom een maatregel is van zo ingrijpende aard, dat zonder wettelijke grondslag niet kan worden aangenomen dat een waterleidingbedrijf daartoe bij de vervulling van de hem in artikel 4 lid 1 van de Waterleidingwet opgedragen taak de vrijheid geeft'

biedt echter niet genoeg sturing om een-op-een verheven te kunnen worden tot een criterium dat in deze bewoordingen een plaats kan krijgen in de Awb of de Aanwijzingen voor de Regelgeving. Er zou dus eerst nog nagedacht moeten worden over een voldoende specifieke omschrijving, zoals die er voor de beleidsregel wel is. Binnen het huidige stelsel zal het echter onmogelijk zijn om hierbij geen aansluiting te zoeken bij het besluitbegrip, dat nu net deel uitmaakt van de kern van de beperkingen in het huidige reguleringskader voor algemene regels.

Een aanvullende mogelijkheid is om het verknooptheidscriterium te laten evolueren tot een leerstuk dat geldt buiten het 'vertrouwde spectrum' of, anders gezegd, dat ons in staat zou stellen niet-talige normen binnen het bereik van de Awb-kaders te brengen. Niet alleen concretiserende besluiten zouden dan 'verknoopt' kunnen zijn met een avv en ondanks het ontbreken van een duidelijke zelfstandige normstelling het rechtskarakter van een algemeen verbindend voorschrift kunnen aannemen, dit zou ook kunnen gelden voor een niet-schriftelijke 'toepassing' die direct de besluitvorming beïnvloedt, zoals een algoritme. Hiermee zouden aparte publicatievoorschriften wellicht niet nodig zijn. Voor de rechtsbeschermingskant zou het daarnaast gewenst zijn om de mogelijkheid van een 'omgekeerd verknooptheidscriterium' te onderzoeken.[127] Een alternatief is een aparte titel binnen de Awb over 'besluiten tot het aanwenden van digitale toepassingen'. Een dergelijke regeling zal echter al snel 'over-inclusief' zijn, aangezien er ook altijd veel interfaces en apps zullen zijn waarin helemaal geen normstelling plaatsvindt en waarin ook niet de uitoefening van bestuursbevoegdheden nader wordt genormeerd.

Daarnaast is in ieder geval één groot probleem met deze aanpak als geheel: we weten dat geldt 'hoe strakker de kaders, hoe groter de verleiding ze te omzeilen'. Op het moment dat een bestuursorgaan geconfronteerd wordt met verplichtingen om, bijvoorbeeld, niet-talige regels uit te leggen in (eenvoudige) juridische taal, kan dat één reden temeer zijn om toch tot outsourcing van het regelgevende kader over

125 Meuwese 2014, p. 101, verwijzen naar executive order 13563 waarin voormalig president Obama agentschappen verplicht gedragswetenschappelijke inzichten te benutten in regelgevingsprocessen.

126 HR 22 juni 1973, NJ 1973, 386, ECLI:NL:HR:1973:AD2208 (Fluoridering).

127 De Waard 2012.

te gaan. Daarom zijn de volgende twee scenario's, die een meer fundamentele verschuiving inhouden van groot belang.

Scenario 2: metaregulering

Veel ingrediënten van wat hier als de metareguleringsbenadering wordt gebracht,[128] sluiten aan bij de hierboven genoemde ideeën in het kader van de benadering die uitgaat van finetuning. Een cruciaal verschil is echter dat in eerstgenoemde benadering het 'probleem' dat aangepakt moet worden als een gedragsprobleem wordt gezien. De professionals die zich bezighouden met datagestuurd besturen, en ik gebruik hier bewust die term omdat het gaat om zowel juristen, als programmeurs als procesbegeleiders, moeten een gedrags- of mentaliteitsverandering ondergaan, in die zin dat er in de dagelijkse praktijk een rechtsstatelijke reflex moet zijn, ook als men bezig is met technische uitvoeringsdetails. Deze toestand is zeker niet eenvoudig te bereiken, maar met slechts één positief geformuleerde gedragsnorm in de Aanwijzingen voor de Regelgeving, afgezwakt in de toelichting en waarschijnlijk nauwelijks bekend buiten het kringetje van Haagse wetgevingsambtenaren, komen we er in ieder geval niet. Hoe wel? In een tijdperk waarin de begrenzing die uit zou moeten gaan van zoiets simpels als een bepaling die bevoegdheid toedeelt niet meer vanzelfsprekend is,[129] is positieve sturing aangewezen.[130]

Dit wil niet zeggen dat top-down sturing de oplossing is. Integendeel, aangezien allerlei nieuwe 'regels over regelgeving' in de trant van 'gij zult de normenhiërarchie respecteren' weinig effect zullen sorteren, komt *meta*regulering hier in beeld. In deze aanpak worden niet zozeer direct regels gesteld, maar vindt regulering op afstand plaats. De situatie wordt gemonitord en er wordt pas opgetreden als de situatie niet toereikend worden geacht. Verschillende partijen (zowel publieke als private) kunnen hier een bijdrage aan leveren.[131] Hier liggen kansen voor het bestuurlijk toezicht, dat zelf ook meer gebruik zou kunnen maken van het verzamelen en analyseren van data over hoe het bestuur intervenieert, daarover communiceert en daarover verantwoording aflegt. Ook private *watchdogs* zouden wel eens in dit gat kunnen springen.

Aangezien in paragraaf 3 werd geconstateerd dat het enige deel van het kader dat momenteel enigszins in de buurt komt van gedragsgerichte richtlijnen de Aanwijzingen voor de Regelgeving zijn, wil ik hier enkele woorden wijden aan hoe deze

128 Zie voor een heldere uitleg van het begrip 'metaregulering' in het algemeen, P. Verbruggen & T. Havinga, 'Metatoezicht op voedselveiligheid', *Tijdschrift voor Toezicht*, 2014-1, p. 6-32. Zij presenteren in dit artikel een heldere samenvatting van de internationale literatuur, zoals C. Coglianese & E. Mendelson, 'Meta-regulation and Self-regulation', in: M. Cave, R. Baldwin & M. Lodge (red.), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 147 en C. Parker, *The Open Corporation: Effective Self-regulation and Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press 2002.

129 Het zou mijn verbeelding kunnen zijn, maar ik krijg wel eens de indruk dat ook rechtenstudenten juist met deze schakel in het juridisch denken, de reflex om zich af te vragen 'valt dit wel binnen de grenzen van een expliciet toegekende bevoegdheid', steeds meer moeite krijgen.

130 Smits 2015.

131 C. Scott, 'Regulating everything: From mega- to meta-regulation', *Administration*, 2012, 60(1), p. 65 e.v.

kunnen inspelen op de in het voorgaande geconstateerde ontwikkelingen. Misschien is het, gezien de voorgaande analyse, beter om dit soort richtlijnen niet te beperken tot 'regelgeving', aangezien nu net het vasthouden aan dit verschijnsel als een vastomlijnde, formeel te definiëren categorie tot een verminderde relevantie van het reguleringskader leidt. De wetgevingsjuristen die momenteel de doelgroep vormen, weten op dit punt al wel van wanten. Een programmeur zal nooit en te nimmer als onderdeel van zijn professionele referentiekader de inhoud van de Aanwijzingen tot zich nemen. Bredere richtlijnen over de verbinding tussen interveniëren in de samenleving en de rechtsstaatgedachte zijn wellicht meer aangewezen. Beter is het misschien nog om met een soort basispalet aan vaardigheden voor werken bij en voor[132] het openbaar bestuur te gaan werken, waar dan in ieder geval een mate van sensitiviteit voor de impact van het eigen handelen op burgers onderdeel van zou moeten uitmaken.

Scenario 3: beginselenbestuursrecht

De conclusie dat het legaliteitsdenken niet meer in staat is het bestuur te normeren en dat het hooguit nog kan structureren is door sommige Amerikaanse rechtswetenschappers al getrokken.[133] De titel van het boek dat deze gedachte het sterkst uitdraagt, *The Executive Unbound*, heeft door het presidentiële stelsel, en door de gebeurtenissen sinds de verkiezingen aldaar, in de Verenigde Staten natuurlijk een bepaalde connotatie. Maar ook in de context van de meer technische aspecten van het Nederlandse bestuursrecht is de gedachte van de neergang van het legaliteitsdenken uiterst relevant.

Is er een alternatief voor het bouwwerk van het bestuursrecht? Deze kunnen we in ieder geval proberen te vinden in een meer beginselmatige fundering van het bestuursrecht.[134] De meest concrete stroming in de bestuursrechtelijke literatuur die hierdoor gedreven lijkt te worden, is die welke kritisch schrijft over het besluitbegrip (in een beschikkingencontext). Over het verruimen of zelfs loslaten van het besluitbegrip als alfa en omega van bestuursrechtelijke rechtsbescherming wordt al lange tijd gediscussieerd. Dit vergt veel meer dan 'finetuning' en is alleen mogelijk als het bouwwerk van de Awb een meer flexibele fundering krijgt. Voorstellen rond het loslaten, of in ieder geval relativeren, van het besluitbegrip worden in de bestuursrechtelijke literatuur meestal ingegeven door een variant op de vraag 'waarom het besluit, als voornaamste handelingsvorm van het bestuur, de enige handelingsvorm van het bestuur zou mogen zijn die aan de bestuursrechter voorgelegd kan worden?'.[135] In dit preadvies is de reden een andere. Het gegeven dat het besluitbegrip zo centraal staat in de regulering van de bestuursrechtelijke praktijk zoals die uitgaat van de Awb, betekent dat de categorie feitelijke handelingen, ook als deze van aard verandert en in belang toeneemt te veel buiten beeld blijft. De zorg

132 Vanwege de outsourcingstrend.
133 E.A. Posner & A.Vermeule, *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*, Oxford: Oxford University Press 2010.
134 Hirsch Ballin 2015, p. 39.
135 Zie bijv. Van der Veen 2013, p. 113.

op de achtergrond is er niet primair een van rechtsbescherming, maar van de ambitie van het algemeen bestuursrecht om de uitoefening van openbaar gezag zowel te disciplineren als te faciliteren. Het relativeren van de centrale rol van het besluitbegrip zou voor de regulering van normstelling in het datatijdperk zeker kunnen helpen, al zullen aanvullende maatregelen vanuit bijvoorbeeld de hierboven geschetste metareguleringsaanpak nodig zijn om de toegenomen onzekerheid wat op te vangen.

Er is een goede reden om gezien de analyse uit paragraaf 4 in 'beginselenbestuursrecht' de oplossingsrichting te zien. Zoals het WRR-rapport onderstreept, wringt het nogal eens tussen de logica van beginselmatig juridisch denken en de logica van Big Data.[136] Tegen de redenering 'als het kan, dan moet het ook', waarbij het 'mogen' uit elke overweging wegvalt, helpt alleen een fundamenteel tegendenken vanuit beginselen. Zoals ervaringen in de Britse en Franse rechtspraak, minder terughoudend om handelen dat daadwerkelijk ingrijpt als bestuurshandelen aan te merken,[137] laten zien, is het ook niet zo dat de identiteit of de autonomie van het bestuursrecht meteen als sneeuw voor de zon verdwijnt bij een meer materiële benadering.[138] Wel zal voor elke verruiming een prijs betaald moeten worden, in termen van rechtszekerheid voor het bestuur of belasting van rechterlijke en bestuurlijke toezichtmechanismen. Dit kan dan deels weer opgevangen worden door wat meer ruimte te brengen in het toetsingskader. Dat laatste past dan wel weer bij een meer beginselmatige benadering, die het handelen van bestuursorganen steeds beziet in een bredere sociale en maatschappelijke dynamiek.

136 Zie bijvoorbeeld WRR-rapport 2016, p. 108.

137 Conseil d'Etat, Nos. 368082, 368083, 368084 (Fairvesta International GmbH); R v Panel on Takeovers and Mergers, ex parte Datafin plc [1987] QB 815 (Datafin).

138 Zie voor meer rechtstheoretische en rechtshistorische achtergronden bij dit vraagstuk L. van den Berge, *Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding. Naar een relationeel bestuursrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2016.

6 Korte nabeschouwing

Voor een positief reguleringskader voor normstelling door het bestuur in het datatijdperk, dat momenteel ontbreekt, is een combinatie van een meer beginselmatige benadering van het algemene bestuursrecht en de benadering die hier 'metaregulering' wordt genoemd veelbelovender van finetuning van de huidige aanpak. Dat is omdat de fundamentele verschuivingen in de wijze waarop het bestuur intervenieert in de samenleving zoals die door de opkomst van Big Data op de loer liggen, de traditionele categorieën minder relevant maken.

Waarom zijn we dan niet al zover? Wat houdt ons tegen? Wat is de trade-off? Brengen hervormingen zoals hierboven voorgesteld geen nieuwe risico's met zich mee? Uiteraard zijn er ook goede redenen waarom het bestuursrecht conservatief van aard is.[139] En zoals de preadviezen van Schutgens en Voermans laten zien, is het juridisch-technisch al lastig genoeg om 'gewone' avv's toetsbaar te maken. In het kader van '*pick your battles*' moeten we misschien eerst daar maar eens mee aan de slag. Echter, aangezien a) de hier geschetste oplossingsrichtingen ook nog niet meer zijn dan dat én zien op een bredere problematiek en b) ambitieus algemeen bestuursrecht een proactieve houding vergt, is er alle aanleiding om de *mogelijkheid* van datagedreven normstelling aan te grijpen om de discussie te starten.

139 R. Stewart, 'Administrative Law in the 21st Century', *NYU Law Review*, 2003, 78(2), p. 437-460.

Literatuur

Aarde & Prins 2016
C.M. Aarde & J.E.J. Prins, 'Digitalisering binnen de rechtspraak: van KEI naar Big Data', *RMThemis* 2016, (2), p. 62-73.

Barkhuysen 2015
T. Barkhuysen, 'Inspraak en rechtsbescherming bij algemeen verbindende voorschriften', *Nederlands Juristenblad* 2015, p. 1949.

Van Beuningen 2016
J.B. van Beuningen, 'De Eerste Kamer had het laatste woord. Over het interactieve totstandkomingsproces van STROOM en de behandeling in de Staten-Generaal', *RegelMaat*, 2016, 5, p. 358-372.

Boon e.a. 2005
P.J. Boon, J.G. Brouwer & A.E. Schilder, *Regelgeving in Nederland*, Deventer: Kluwer 2005.

Bovens 1998
M.A.P. Bovens, 'De digitale rechtsstaat. Beschouwingen over informatiemaatschappij en rechtsstaat', (oratie Utrecht) 1998.

Bovens & Zouridis 2002
M. Bovens & S. Zouridis, 'From Street-Level to System-Level Bureaucracies: How Information and Communication Technology is Transforming Administrative Discretion and Constitutional Control', *Public Administration Review*, 2002, (62)2, p. 174-184.

Bröring 1993
H.E. Bröring, *Richtlijnen. Over de juridische betekenis van circulaires, leidraden, aanbevelingen, brochures, plannen*, (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1993.

Citron 2008
D. Citron, 'Technological due process', *Washington University Law Review* 2008, (85)6, p. 1249-1313.

Cohen 2016
J.E. Cohen, 'The Regulatory State in the Information Age', *Theoretical Inquiries in Law*, 2016, 17(2), p. 32.

Custers 2014
B.H.M. Custers, 'Risicogericht toezicht, profiling en Big Data', *Tijdschrift voor Toezicht*, 2014, 3, p. 9-16.

Daalhuijsen e.a. 2015
T. Daalhuijsen, S. Steenman & A. Meijer, 'Big Data: een revolutie in gemeentelijk beleid?', *Bestuurswetenschappen* 2015, (69)3, p. 6-24.

Evers 2016
G.H. Evers, 'In de schaduw van de rechtsstaat: profilering en nudging door de overheid', Computerrecht 2016, 84(3), p. 167-171.

Frey & Osborne 2016
C.B. Frey & M.A. Osborne, 'The Future of Employment: How Susceptible Are Jobs to Computerisation, Technological forecasting and social change, 29 September 2016, www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/future-of-employment.pdf.

Grimmelmann 2005
J. Grimmelmann, 'Regulation by Software', *Yale Law Journal*, 2005, 114, p. 1719-1758.

Groothuis 2008
M.M. Groothuis, 'Wetgeving en ICT. Over de rol van de wetgever, het bestuur en de burgers', *RegelMaat*, 2008, afl. 6, p. 219-229.

Hirsch Ballin 1985
E.M.H. Hirsch Ballin & J.A. Kamphuis (red.), *Trias Automatica. Automatisering in wetgeving, bestuur en rechtspraak*, Deventer: Kluwer 1985.

Hirsch Ballin 2014
E.M.H. Hirsch Ballin, 'Bestuursrecht en het ethos van de rechtsstaat', in: M. Groenhuijsen, E. Hondius & A. Soeteman (red.), *Recht in geding*, Den Haag: Boom juridisch 2014, p. 107-117.

Hirsch Ballin 2015
E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak', in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter. Preadviezen uitgebracht door prof. dr. E.M.H. Hirsch Ballin, mr. dr. R. Ortlep en mr. dr. A. Tollenaar voor de algemene vergadering van de VAR Vereniging voor Bestuursrecht op 22 mei 2015*, Den Haag: Boom juridisch 2015, p. 7-58.

Jonkers 2013
P. Jonkers, 'Inzicht in gedrag voorwaarde voor goede wetgeving', *RegelMaat*, 2013, 28(1), p. 6-21.

Kitchin 2014
R. Kitchin, *The Data Revolution: Big Data, Open Data, Data Infrastructures and Their Consequences*, London: SAGE 2014 (https://thedatarevolutionbook.wordpress.com).

Kitchin 2016
R. Kitchin, 'Datagestuurde stedelijke planning en "smart cities"', *Justitiële verkenningen*, 2016, (3), p. 23-36.

Kooper 2009
R. Kooper, 'De mythe van de concrete norm', *Nederlands Juristenblad*, 2009, 441/9, p. 553-556; R. Kooper, 'Opnieuw de concrete norm. Over havenatlassen en lijsten van tweede woningen', Gst. 2009, 63(7319), p. 297-301.

Koops 2013
B.J. Koops, 'On decision transparency, or how to enhance data protection after the computational turn', in: M. Hildebrandt & K. de Vries (eds.), *Privacy, due process and the computational turn*, Abingdon: Routledge 2013, p. 196-220.

Van Krevels 1983
J. van Kreveld, Beleidsregels in het recht, Deventer: Kluwer 1983.

Leenes 2010
R.E. Leenes, Harde lessen. Apologie voor technologie als reguleringsinstrument (oratie Tilburg University) 2010.

Leeuw 2015
F. Leeuw, 'Wetgeving, empirisch juridisch onderzoek en Legal Big Data', *Recht der Werkelijkheid*, 2015, 36(2), p. 50-65.

Lessig 2006
L. Lessig, *Code version 2.0*, New York: Basic Books 2006.

Van Male e.a. 2016
R.M. van Male, T.G. Oztürk & G.A. van der Veen, 'Bestuurshandelingen', Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht 2016.

Van der Meulen
B.M.J. van der Meulen, 'Digitaal bestuursrecht', M&M, 2001, (8), p. 294-296.

Meuwese 2014
A.C.M. Meuwese, 'Regels over regelgeving', in: B.J. Schueler & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Europeanisering van het algemeen bestuursrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2014, p. 99-106.

Michiels 2016
F.C.M.A. Michiels, *Hoofdzaken van het bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 77.

Van Ommeren 1996
F.J. van Ommeren, De verplichting verankerd. De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip (diss. VU), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Perritt 1992
H.H. Perritt, 'The Electronic Agency and the Traditional Paradigms of Administrative Law', *Administrative Law Review*, 1992, 44, p. 79-105.

Posner & Vermeule 2010
E.A. Posner & A. Vermeule, *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*, Oxford: Oxford University Press 2010.

Scheltema 2015
M. Scheltema, 'Rechtseenheid of rechtsstaat als doelstelling van de Awb?', NJ 2015/814.

Scheltema 2016
M.W. Scheltema, 'Transnationale private normen in het bestuursrecht', in: J.H. Gerards, M.W. Scheltema & A.R. Neerhof, *Hybride bestuursrecht (preadviezen VAR)*, Den Haag: Boom juridisch 2016.

Schlössels & Zijlstra 2010
R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de Sociale Rechtsstaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2010, p. 261.

Schreuder-Vlasblom 2016
M. Schreuder-Vlasblom, 'De identiteit van het bestuursrecht', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, 2016, 53, p. 393-399.

Schueler 2015
B.J. Schueler, 'De verschuivende functies van de Awb', *RegelMaat*, 2015, 30(6), p. 422-436.

Schuyt 2011
C.J.M. Schuyt, 'Overheid en burger in het digitale tijdperk: een vergelijking met vele onbekenden', in: *De digitale overheid. Preadviezen uitgebracht door mr. dr. M.M. Groothuis, prof. mr. J.E.J. Prins en dr. mr. C.J.M. Schuyt voor de algemene vergadering van de VAR Vereniging voor Bestuursrecht op 20 mei 2011 (VAR-reeks 146)*, Den Haag: Boom juridisch 2011, p. 117-162.

Scott 2012
C. Scott, 'Regulating everything: From mega- to meta-regulation', *Administration*, 2012, 60(1), p. 57-85.

Smits 2015
J.M. Smits, 'Wetgeving en andere normenstelsels: zes aanwijzingen aan de Nederlandse wetgever', *RegelMaat*, 2015, 5, p. 354-365.

Stewart 2003
R. Stewart, 'Administrative Law in the 21st Century', *NYU Law Review*, 2003, 78(2), p. 437-460.

Thaler & Sunstein 2008
R.H. Thaler & C.R. Sunstein, *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, New Haven: Yale University Press 2008.

Van der Veen 2013
G.A. van der Veen, 'Bestuursrechtelijke rechtsbescherming voorbij het besluit', in: *Het besluit voorbij. Preadviezen uitgebracht door prof. mr. F.J. van Ommeren en mr. P.J. Huisman, mr. G.A. van der Veen en mr. K.J. de Graaf voor de algemene vergadering van de VAR Vereniging voor Bestuursrecht op 24 mei 2013 (VAR-reeks 150)*, Den Haag: Boom juridisch 2013, p. 103-216, p. 130 e.v.

Van der Vlies 2002
I.C. van der Vlies, 'Het legaliteitsbeginsel en de Algemene wet bestuursrecht: voor burger of bestuur', in: M. Lurks e.a. (red.), *De grootste gemene deler. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Th.G. Drupsteen*, Deventer: Kluwer 2002.

Verbruggen & Havinga 2014
P. Verbruggen & T. Havinga, 'Metatoezicht op voedselveiligheid', *Tijdschrift voor Toezicht*, 2014, (1), p. 6-32.

Vermeule 2009
Adrian Vermeule, 'Our Schmittian Administrative Law', *Harvard Law Review*, 2009, 122, p. 1095-1149.

De Waard 2012
B.W.N. de Waard, 'Het Tussending. Het concretiserend besluit van algemene strekking revisited', in: R.J.N. Schlössels, A.J. Bok, S.D.P. Kole & A.G.A. Nijmeijer (red.), *In de regel: Over kenmerken, structuur en samenhang van geschreven en ongeschreven regels in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 147-166.

Winkels 2015
R.G.F. Winkels, 'Van juridische naar computertaal', *Ars Aequi*, 2015, 7, p. 585-591.

WRR 2016
Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR-rapport), 'Big data in een vrije en veilige samenleving', Amsterdam: Amsterdam University Press 2016.

Zouridis 2000
S. Zouridis, *Digitale disciplinering. Over ICT, organisatie, wetgeving en het automatiseren van beschikkingen*, Delft: Eburon 2000.

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

Overzicht van de preadviezen, uitgebracht door de VAR

II	mr. A. Koelma mr. R. Kranenburg	De verhouding van staatsrecht en administratief recht	(1940)
IV	mr. J. Kruseman mr. J.H. Scholten	De verhouding van administratief recht en burgerlijk recht	(1941)
VI	mr. A. Kleyn mr. J.V. Rijperda Wierdsma	De rechtsgevolgen van formeel onjuiste of onbevoegd genomen (verrichte) handelingen of besluiten	(1942)
VIII	mr. L.J.M. Beel mr. G.J. Wiarda	Publiekrechtelijke overeenkomsten	(1943)
X	mr. E. Bloembergen mr. H.E.R.E.A. Frank	Administratieve rechtspraak op economisch terrein	(1946)
XIII	mr. J.M. Kan mr. W.G. Vegting	De grenzen van de verordenende bevoegdheid van de gemeente	(1947)
XV	dr. G.A. van Poelje mr. A.M. Donner dr. Jules Lespes	Codificatie van de algemene beginselen betreffende het administratief recht	(1948)
XVII	mr. S. Fockema Andreae mr. D. Simons	Het administratief recht in de Grondwet	(1949)
XIX	dr. S.O. van Poelje mr. C.H.F. Polak	Het begrip 'algemeen belang' in de verschillende onderdelen van het administratief recht	(1950)
XXII	mr. H. Fortuin mr. A.J. Hagen	De voorwaardelijke beschikking	(1951)
XXIV	dr. I. Samkalden mr. G.J. Wiarda	Algemene beginselen van behoorlijk bestuur	(1952)
XXVI	dr. J.W. Noteboom mr. L.R.J. Ridder van Rappard	Samenwerking van overheid en particulieren	(1953)
XXIX	dr. W.F. Prins mr. H.D. van Wijk	Politiedwang	(1954)

XXXI	mr. D. Simons dr. F.E. de Visschere mr. S.F.L. Baron van Wijnbergen	Bestuursrecht en bestuurskunde	(1955)
XXXIV	dr. B. de Goede dr. M. Troostwijk	Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen	(1956)
XXXVI	mr. A.D. Belinfante mr. A. Mulder	De verhouding van administratieve sancties en straffen	(1957)
XXXVIII	mr. J. Korf mr. L.G. van Reijen	De overgang van rechten en verplichtingen uit administratieve rechtsbetrekkingen	(1958)
XL	mr. B. Bolkestein dr. D. van der Wel	Het goedkeuringsrecht	(1959)
XLII	mr. A.M. Donner mr. I. Samkalden	Zijn de traditionele vormen en begrippen van het bestuursrecht toereikend bij de uitbreiding van de overheidstaak met name op sociaal en economisch gebied?	(1960)
XLIV	mr. R.A.V. Baron van Haersolte dr. H.A. Brasz mr. J.G. Steenbeek	De overheidssubsidie	(1961)
XLVI	mr. W.F. Leemans mr. W.M.J.C. Phaf	Figuren als overdracht, machtiging en opdracht met betrekking tot bestuursbevoegdheden	(1962)
XLIX	mr. E.H. s'Jacob mr. J.C. Somer	De onderlinge verhouding van wettelijke voorschriften van verschillende wetgevers afkomstig	(1963)
LIV	mr. W. Duk mr. H.J.M. Jeukens	Terugwerkende kracht	(1965)
LVII	mr. J.M. Kan mr. N.H. Muller mr. R. Streng	Doeltreffendheid van het administratief beroep	(1966)
LIX	mr. D. van Duyne mr. J. Bulthuis	Het plan in het openbaar bestuur	(1967)

LX	mr. L.J. Brinkhorst mr. T. Koopmans mr. A.D. Peiffer mr. W.M.J.C. Phaf prof. mr. S.O. van Poelje	Tenuitvoerlegging van Gemeenschapsrecht door de Nederlandse overheid	(1968)
LXII	mr. O.A.C. Verpalen mr. F.J. Beunke	Schadevergoeding terzake van rechtmatige overheidsdaad	(1969)
LXIV	mr. F.H. van der Burg	Overheid en onderdaan in een representatieve democratie	(1970)
LXVI	mr. J.A.M. van Angeren mr. Th.J.C. Verduin	De sanctionering van het administratief recht	(1971)
LXIX	mr. A.M. Donner mr. P.J. Boukema mr. H.J.M. Jeukens	Naar aanleiding van enkele belangrijke aspecten van het rapport van de Staatscommissie Cals/Donner	(1972)
LXXIV	mr. M. Scheltema mr. W. Konijnenbelt	De rechtsverwerking in het administratieve recht	(1974)
LXXVI	mr. B. Plomp drs. E.L. Berg	Milieuheffingen	(1975)
LXXVIII	mr. W. Brussaard J. Rothuizen	Nieuwe juridisch-bestuurlijke ontwikkelingen in de ruimtelijke ordening	(1976)
LXXX	mr. S.V. Hoogendijk-Deutsch mr. R. Samkalden	Advisering in het bestuursrecht	(1977)
LXXXII	mr. A.G. van Galen mr. H.Th.J.F. van Maarseveen	Beginselen van administratief procesrecht	(1978)
LXXXIV	mr. R. Bergamin mr. C.J.G. Olde Kalter	Overheidspersoneel en grondrechten	(1979)
LXXVI	mr. F.W. ter Spill mr. A.Q.C. Tak	Onwetmatig bestuur	(1981)
LXXXVIII	mr. P.J.J. van Buuren mr. M. de Groot-Sjenitzer	De omvang van de rechtsbescherming	(1982)
XC	mr. F.J.P.M. Hoefnagel mr. drs. Alex Reinders	Kunst, kunstbeleid en administratief recht	(1983)
XCII	mr. Chr. Kooij dr. F.P.C.L. Tonnaer	Vergunningverlening in stroomversnelling	(1984)
XCIII	mr. D.W.P. Ruiter drs. C.J.N. Versteden	Het gelijkheidsbeginsel in het administratieve recht	(1985)
XCIV	mr. D.A. Lubach mr. W.A.M. van Schendel	Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht	(1986)

XCVI	mr. H.Ph.J.A.M. Hennekens mr. J.W. Ilsink mr. R.E. de Winter	De praktijk van toetsing van gemeentelijke regelgeving	(1987)
XCIX	mr. E.M.H. Hirsch Ballin mr. J.H. van Kreveld	Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen	(1988)
z.nr.	mr. drs. J.P. Balkenende mr. drs. B.M.J. van der Meulen mr. J.S. van den Oosterkamp mr. G. Sebus mr. W.A.C. Verouden mr. drs. S.O. Voogt	Bestuursrecht na 1992	(1989)
102	mr. N.S.J. Koeman mr. J.H.W. de Planque	Overheidsaansprakelijkheid administratieve en burgerlijke rechter	(1989)
104	mr. Th.G. Drupsteen mr. K.J. Kraan	De beslechting van bestuursgeschillen	(1990)
106	mr. J.B.J.M. ten Berge mr. E.J. Daalder dr. J. Naeyé	De Nationale ombudsman	(1991)
108	mr. M.B. Koetser mr. Ch.J. Langereis mr. R.M. van Male	De belanghebbende	(1992)
110	mr. H. Franken mr. dr. I.Th.M. Snellen mr. J. Smit mr. A.W. Venstra	Beschikken en automatiseren	(1993)
112	mr. D. Allewijn prof. mr. P. Nicolaï mr. M. Schreuder-Vlasblom	Het nieuwe bestuurs-procesrecht	(1994)
114	mr. J.T.K. Bos mr. G.A.M. Giesen mr. J. de Groot prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels	Handhaving van het bestuursrecht	(1995)
116	mr. E. Steyger mr. R.J.G.M. Widders-hoven mr. A.W.H. Meij	Europees recht en het Nederlands bestuursrecht	(1996)

118	mr. C.P.J. Goorden mr. M.M. den Boer mr. F.K. Buijn	Zbo's, verzelfstandiging en privatisering	(1997)
120	mr. H.P. Heida prof. mr. F.A.M. Stroink mr. P.C.E. van Wijmen	Complexe besluitvorming	(1998)
122	mr. A.J.C. de Moor-van Vugt mr. J.L. de Wijkerslooth mr. N. Verheij	Verschuiving van de magische lijn	(1999)
124	prof. mr. C.A.J.M. Kortmann prof. mr. B.P. Vermeulen mr. P.J.J. Zoontjens	De Awb en de bijzondere wetgeving	(2000)
126	mr. B.J. van Ettekoven mr. M.A. Pach prof. dr. I.C. van der Vlies	Alternatieven van en voor de bestuursrechter	(2001)
128	mr. J.E. Hoitink prof. mr. G.E. van Maanen mr. drs. B.P.M. van Ravels prof. mr. B.J. Schueler	Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad	(2002)
130	prof. mr. B.M.J. van der Meulen mr. A.T. Ottow	Toezicht op markten	(2003)
132	mr. T. Barkhuysen mr. A.B. Blomberg mr. M.K. Bulterman prof. mr. J.M. Verschuuren	De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht	(2004)
134	prof. mr. B. Hessel mr. J.R. van Angeren mr. drs. W. den Ouden mr. G.J. van Slooten	Staatssteun op het grensvlak van bestuursrecht, Europees recht en fiscaal recht	(2005)
136	mr. drs. Th.G.M. Simons mr. dr. A.T. Marseille prof. mr. B.W.N. de Waard	De voorlopige voorziening in het bestuursrecht	(2006)
138	prof. mr. L.J.J. Rogier mr. M.A.D.W. de Jong mr. drs. C.M. Bitter prof. mr. F.W. Bleichrodt	Bestuursrechtelijke aanpak van criminaliteit en terrorisme	(2007)
140	prof. mr. S.E. Zijlstra prof. mr. R.A.J. van Gestel prof. mr. A.A. Freriks	Privaat bestuur?	(2008)

142	prof. mr. R.J.N. Schlössels mr. dr. Y.E. Schuurmans mr. dr. R.J. Koopman mr. drs. D.A. Verburg	Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?	(2009)
144	mr. J.C.A. de Poorter prof. mr. G.T.J.M. Jurgens mr. H.J.M. Besselink	De toegang tot de rechter beperkt	(2010)
146	mr. dr. M.M. Groothuis prof. mr. J.E.J. Prins dr. mr. C.J.M. Schuyt	De digitale overheid	(2011)
148	prof. mr. M.J. Jacobs prof. dr. H.E. Bröring prof. dr. C.W. Backes mr. dr. M.R.T. Pauwels	Tijd voor verandering	(2012)
150	prof. mr. F.J. van Ommeren mr. P.J. Huisman mr. G.A. van der Veen mr. K.J. de Graaf	Het besluit voorbij	(2013)
152	mr. dr. C.L.G.F.H. Albers mr. dr. M.L. van Emmerik mr. C.M. Saris mr. drs. F.J. P.M. Haas	Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?	(2014)
VAR 75 jaar	Ben Schueler & Rob Widdershoven (red.)	Europeanisering van het algemeen bestuursrecht	(2014)
154	prof. dr. E.M.H. Hirsch Ballin mr. dr. R. Ortlep mr. dr. A. Tollenaar	Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter	(2015)
156	Prof. mr. J.H. Gerards Prof. mr. M.W. Scheltema Dr. A.R. Neerhof	Hybride bestuursrecht	(2016)