

# **De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht**

Verslag van de algemene vergadering  
van de VAR Vereniging voor Bestuursrecht  
gehouden op 14 mei 2004

Ter behandeling van de preadviezen van

Mr. T. Barkhuysen  
Mr. A.B. Blomberg  
Mr. M.K. Bulterman  
Prof. mr. J.M. Verschuuren

© 2005 VAR, Vereniging voor Bestuursrecht

*Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veeleelvoudigd, 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.*

*Voorzover het maken van reprografische veeleelvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.cedar.nl/pro](http://www.cedar.nl/pro)).*

*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 90 5454 588 7

NUR 823

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

# Inhoud

<b>Rede van de voorzitter, prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels</b>	<b>7</b>
<b>Interventies, met reacties van de preadviseurs (ochtendgedeelte)</b>	<b>13</b>
Mr. I. Sewandono	13
Mr. G.H. Addink	16
Mr. H.J.M. Havekes	18
Mevrouw mr. G. Overkleef-Verburg	18
Mr. O.J.D.M.L. Jansen	26
Mr. N. Verheij	29
Mr. C.A.J.M. Kortmann	35
Mr. L.M. Koenraad	37
<b>Uitslag van de VAR-pleitwedstrijd, gehouden op 12 mei 2004</b>	<b>39</b>
<b>Interventies, met reacties van de preadviseurs (middaggedeelte)</b>	<b>43</b>
Mr. A.M.L. Jansen	43
Mr. E.A. Alkema	47
Mevrouw mr. E. Steyger	48
Mr. A.J.Th. Woltjer	50
Mr. M.L. van Emmerik	52
Mr. drs. A.P.J. van der Eijden	57
Mr. H.B. Hieltjes	61
Mevrouw mr. J.H. Gerards	62
Mevrouw mr. A.J.C. de Moor-van Vugt	67
Mr. L.J.J. Rogier	72
<b>Stellingenprocedure</b>	<b>76</b>
<b>Schriftelijke interventie mevrouw mr. C.L.G.F.H. Albers</b>	<b>80</b>
<b>Reactie van mevrouw mr. A.B. Blomberg op de schriftelijke interventie van mevrouw mr. C.L.G.F.H. Albers</b>	<b>84</b>
<b>Verslag van de secretaris over 2003</b>	<b>89</b>
<b>Bestuur en ereleden</b>	<b>92</b>



# Rede van de voorzitter, prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels

*De betekenis van de grondwet voor Europa voor het Nederlandse bestuursrecht*

Het zal u, dames en heren, niet ontgaan zijn, dat op 1 mei de Europese Unie met tien leden is uitgebreid. Deze uitbreiding is zonder meer van groot historisch belang te noemen, niet vanwege de omvang ervan, maar vanwege het feit dat de scheiding tussen oost en west daarmee officieel en naar het lijkt definitief is opgeheven, al zal het, gelet op de vele overgangs- en vrijwaringsmaatregelen die in het Toetredingsverdrag zijn voorzien, nog jaren duren voor de nieuwe lidstaten volwaardig meedoen.<sup>1</sup> Toch vraag ik mij af of velen van u nu nog, laat staan over enkele maanden, een antwoord zouden kunnen geven op de vraag: wat deed u die nacht dat de Unie werd uitgebreid tot 25 landen? Mocht u aan het zappen zijn geweest, dan heeft u op ongeveer elke zender het slotkoor uit de negende symfonie van Beethoven gehoord, waaraan de hymne van de Unie is ontleend. En wat deed u afgelopen zondag trouwens? Toen was het 9 mei, inderdaad: moederdag, maar ook de aanstaande officiële verjaardag van Europa. Een en ander ontleen ik aan artikel IV-1 van het ontwerp voor een verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa, op 18 juli 2003 door het presidium van de Europese Conventie voorgelegd aan de voorzitter van de Europese Raad.

Die voorgestelde Grondwet is nog niet helemaal klaar, zoals u weet. Vlak ná de Europese verkiezingen zal het werk worden afgemaakt. Zo doen wij dat in Europa! Bovendien moet de Grondwet dan nog geratificeerd worden en alleen al gezien het te houden referendum in het Verenigd Koninkrijk is het maar de vraag of die Grondwet binnen een enigszins afzienbare termijn in werking gaat treden. Maar omdat die mogelijkheid bestaat, is het goed vooruit te kijken, in het bijzonder naar de betekenis van de Grondwet voor Europa voor het bestuursrecht. Eerst maak ik echter een paar algemene opmerkingen over de voorgestelde 'Grondwet voor Europa'.

Om te beginnen is het natuurlijk geen grondwet voor Europa, dat wil zeggen héél Europa, maar voor de landen die tot de Europese Unie (gaan) behoren. Een grondwet in de gebruikelijke zin is het eigenlijk ook niet, omdat de Unie geen staat is,<sup>2</sup> de

- 
1. Zie K. Inglis en A. Ott, EU-uitbreiding en Toetredingsverdrag: verzoening van droom en werkelijkheid, SEW 2004, 20, p. 146-157.
  2. Dat neemt niet weg dat men van een verdrag met een constitutioneel karakter kan spreken. Zie L.A. Geelhoed, Een Europawijde Europese Unie: een grondwet zonder staat?, SEW 2003, nr. 9, p. 284-310.

lidstaten soeverein blijven en zelfs uittreding mogelijk zal zijn (art. 59); dat kan niet bij een echte grondwet.<sup>3</sup> Het is een soort revisieverdrag, waarin de voortschrijdende samenwerking binnen de Unie wordt geregeld, welke regeling in verband met de uitbreiding toe was aan een grondige herziening. De Grondwet komt in de plaats van het EG-verdrag, het Verdrag tot oprichting van de EU en alle verdragen en akten tot wijziging van deze verdragen (art. IV-2) alsmede het huidige Handvest van de grondrechten. Hij bestaat uit vier delen, waarvan deel I met name gaat over de bevoegdheden van de Unie en van de Unie-organen en over het democratisch bestel, deel II het Handvest van de grondrechten bevat, deel III het materiële EG-recht en deel IV een aantal algemene en slotbepalingen. In totaal bevat de Grondwet 465 artikelen (deel I telt 59 artikelen, deel II 54, deel III 342 en deel IV 10). Niettegenstaande deze overzichtelijke indeling is de systematiek niet helder. Dat krijg je wanneer je het Handvest van de grondrechten in zijn geheel als deel II in de Grondwet zet. Merkwaardig is bijvoorbeeld dat de Unie in artikel I-7 lid 1 de rechten, vrijheden en beginselen uit deel II erkent. Deel I bevat voorts diverse bepalingen die overlappen met bepalingen uit deel II.

Voor het Nederlandse bestuursrecht van belang zijn enkele bepalingen in deel III: er komt iets meer ruimte voor individueel beroep (art. III-270 lid 4) en ook voor beroep tegen besluiten van agentschappen (art. III-270 lid 1). In de systematiek van de rechtsbescherming verandert er overigens niets, zij het dat de organisatiestructuur van de communautaire rechtspleging tamelijk ingrijpend aan het evolueren is, door de voorziening van nieuwe, gespecialiseerde gerechten van eerste aanleg, met hoger beroep bij het huidige Gerecht van Eerste Aanleg en mogelijk zelfs toedeling van prejudiciële competentie aan dat gerecht. Voorts noem ik nog artikel III-6 dat de grondslag bevat voor Europese wetgeving inzake beginselen en voorwaarden voor het functioneren van diensten van algemeen belang, artikel III-185 inzake administratieve samenwerking tussen de lidstaten en artikel III-304, waarop ik later inga. Verreweg het belangrijkste voor het Nederlandse bestuursrecht is evenwel deel II, dat de tekst bevat van het Handvest van de grondrechten. Over dat deel II wilde ik het verder met name hebben. Het huidige Handvest van de grondrechten is vooralsnog geen bindend document.<sup>4</sup> Het is slechts een politieke verklaring, eind 2000 te Nice geproclameerd door het Europees Parlement, de Raad van de Europese Unie en de Commissie, en uitdrukkelijk niet bedoeld als juridisch bindend document voor de lidstaten.<sup>5</sup> Het zou feitelijk wel invloed kunnen krijgen, hetgeen vergemakkelijkt wordt door het feit dat bij de proclamatie ervan is verklaard dat het Handvest slechts zou aansluiten bij het bestaande en niets nieuws zou bevatten. Het Handvest speelt inmiddels ook feitelijk wel een rol. De voorzitters van het Europees Parlement en de Commissie alsmede de Europese Ombudsman hebben verklaard het Handvest te zullen toepassen. Wat de Europese rechter betreft: behalve in tal van conclusies van A-G's bij het Hof van Justitie, werd in enkele arresten van het Gerecht van Eerste

---

3. Aldus ook R. Barents, *Naar een Europese Constitutie?* (VI), NTER 2003, nr. 7/8, p. 218-224.

4. Zie uitvoerig over het Handvest J.W. Sap, *Het EU-handvest van de grondrechten*, Deventer: Kluwer 2003.

5. Zie ook E.M.H. Hirsch Ballin, 'Een wezenlijke maatstaf voor alle actoren in de gemeenschap', SEW 2001, nr. 10, p. 330-337.

Aanleg gerefereerd aan het Handvest, met name aan artikel II-41 (recht op behoorlijk bestuur), dat wordt gezien als neerslag van een algemeen rechtsstatelijk beginsel dat de constitutionele tradities van de lidstaten gemeen hebben.<sup>6</sup> Maar de formele status van het Handvest is dus laag. Dat verandert wanneer de Grondwet in werking treedt. Op de betekenis van deze statusverandering kom ik straks nog terug. Laten we eerst eens kijken wat deel II van de Grondwet voor bepalingen bevat die voor het bestuursrecht van belang zijn.

Interessant in dit verband zijn vooral de artikelen II-41 t/m II-43 (behoorlijk bestuur, openbaarheid, ombudsman), de artikelen II-47 t/m II-50 (toegang tot behoorlijke rechtspraak, waarborgen bij handhaving) en de artikelen II-51 t/m II-54 (werkingssfeer Handvest, reikwijdte rechten en beginselen, evenredigheid, beschermingsniveau, verbod misbruik van bevoegdheid).

Veel van deze bepalingen bevatten uiterst herkenbare normen: normen die we in het EVRM en in onze nationale wetgeving vinden, maar ook in EG-verdragsteksten. Deels nieuw, namelijk de leden 1 en 2 ervan, is het grondrecht op behoorlijk bestuur (art. II-41).<sup>7</sup> Deze luiden als volgt:

- ‘1. Een ieder heeft er recht op dat zijn zaken onpartijdig, billijk en binnen een redelijke termijn door de instellingen, organen en bureaus van de Unie worden behandeld.
2. Dit recht behelst met name:
  - a. het recht van een ieder te worden gehoord voordat jegens hem een voor hem nadelige individuele maatregel wordt genomen;
  - b. het recht van een ieder om inzage te krijgen tot het dossier hem betreffende, met inachtneming van het gerechtvaardigde belang van de vertrouwelijkheid en het beroeps- en het zakengeheim;
  - c. de plicht van de betrokken instanties om hun beslissingen met redenen te omkleden.’

Afgezien van lid 2 sub c gaat het hier om niet eerder in Europese bindende teksten neergelegde rechten op bepaalde gedragingen van de organen, instellingen en bureaus van de Unie.<sup>8</sup> Artikel II-41 verdient enig commentaar. De tekst van dit artikel suggereert dat dit grondrecht alleen betrekking heeft op gedrag van de organen e.d. van de Unie. Uit artikel II-51 blijkt echter dat ook de lidstaten dit grondrecht moeten eerbiedigen voorzover zij unierecht uitvoeren, hetgeen aansluit bij de jurisprudentie van het Hof van Justitie.<sup>9</sup> Dat de lidstaten het grondrecht van artikel II-41 in acht zouden nemen alléén voorzover ze unierecht toepassen, ligt evenwel niet voor de hand. Dat zou tot een onwerkbaar gespletenheid leiden. Bovendien valt niet altijd goed uit te maken wat nog unierecht is en wat nationaal recht. Reeds daarom is artikel II-41 ook voor het Nederlandse bestuursrecht van grote betekenis. De nieuwe inhoud van

---

6. Zie o.a. GvEA 30 januari 2002, Zaak T-54/99 (Max. mobil).

7. Lid 3 (schadevergoeding) is overgenomen van art. 288 EG-verdrag, lid 4 (recht van petitie en antwoord in eigen taal) van art. 21 lid 3 EG-verdrag.

8. De motiveringsplicht is al opgenomen in art. 253 EG-verdrag.

9. Zie hierover Sacha Prechal, Een constitutionele ‘post-Nice’ agenda?, NJB 2001, afl. 9, p. 384-389.

artikel II-41 is overigens in zoverre niet nieuw, dat ze, los van het feit dat dit artikel al een paar jaar in het Handvest staat, is gebaseerd op EG-jurisprudentie die al lange tijd een 'algemeen rechtsbeginsel van behoorlijk bestuur' erkent (naast talloze andere, meer specifieke beginselen).<sup>10</sup> Ook de specifieke onderdelen daarvan in lid 1 en lid 2 zijn terug te vinden in uitspraken van het Hof (waarvan ik onder vele andere<sup>11</sup> noem de arresten Heylens, Orkem, TU München en Burban).<sup>12</sup> Het Nederlandse bestuursrecht, in het bijzonder de Awb, wijkt hiervan wel op enkele punten af.

Zo kent het Nederlandse bestuursrecht geen algemeen recht op een behandeling van een aanvraag binnen een redelijke termijn. Wettelijke regelingen kunnen beslistermijnen bevatten; alleen bij afwezigheid daarvan geldt de redelijke termijn van de Awb. Het hoorrecht van artikel II-41 lijkt ruimer dan dat van de Awb: bij het nemen van een voor hem nadelige individuele maatregel (dat is veel ruimer dan een sanctie) zou betrokkene altijd moeten worden gehoord. Vergelijk dan eens de vele uitzonderingen die de Awb op de hoorplicht kent ook als het gaat om een nadelige individuele maatregel. Telt men de bezwaarschriftprocedure mee, als verlengde besluitvorming, dan kan echter moeilijk een geval worden gevonden, waarin niet op enig moment een hoorplicht geldt. Het inzagerecht lijkt enger dan dat van ons, nu reeds 'het gerechtvaardigde belang van de vertrouwelijkheid' daaraan in de weg kan staan, hetgeen door zijn vaagheid de deur wel erg wijd openzet voor geheimhouding. De plicht van de betrokken instanties om hun beslissingen met redenen te omkleden ten slotte is ruimer dan de geclausuleerde motiveringsverplichting die de Awb kent, al moet worden opgemerkt dat het EG-motiveringsvereiste slechts de aanwezigheid van een kenbare motivering betreft; de draagkrachtigheid van de motivering wordt als inhoudelijk vereiste gezien.

Alles bijeen lijkt artikel II-41 niet meteen tot herziening van ons nationale bestuursrecht te moeten leiden. Hetzelfde geldt voor de artikelen II-42 en II-43. Het recht op openbaarheid van artikel II-42 klinkt fundamenteler dan het is. Het is overgenomen uit artikel 255 EG-verdrag en aan dezelfde beperkingen onderworpen; en zoals u weet stelt de openbaarheid binnen de Unie nog niet zo vreselijk veel voor, zij het dat de situatie met de inwerkingtreding van de Eurowob wel beter wordt.<sup>13</sup> Wat betreft de toegang tot de Europese Ombudsman verandert er in feite ook niets; zie reeds de artikelen 21 en 195 EG-verdrag.

Toch durf ik te stellen dat vooral opname van het recht op behoorlijk bestuur in de Europese Grondwet van groot belang is. Het is, evenals de andere grondrechten in deel II, een recht met rechtstreekse werking. De inhoud van dat recht kan groeien in jurisprudentie van het Hof van Justitie (dat in de terminologie van de Grondwet

---

10. Zie R.J.G.M. Widdershoven, Rechtsbeginselen in het Europese recht, in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), In beginsel, Deventer: Kluwer 2004, p. 293-327.

11. Zie J.H. Jans e.a., Inleiding tot het Europees bestuursrecht, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2000, hoofdstuk 5.

12. Resp. HvJ EG 15 oktober 1987, Jur. 1987, p. 4097 (effectieve rechtsbescherming en motivering); HvJ EG 18 oktober 1989, Jur. 1989, p. 3283 (zwijgrecht); HvJ EG 21 november 1991, zaak C-269/90 (zorgvuldig onderzoek, horen, motivering) en HvJ EG 31 maart 1992, zaak C-255/90 (belangenafweging).

13. Zie over de ontwikkelingen terzake (tamelijk positief) H.R. Kranenburg, De Eurowob in de hand, de EU transparant?, SEW 2002, nr. 12, p. 447-456.



zowel het 'Europees Hof van Justitie' omvat als de rechtbank van de Europese Unie en de gespecialiseerde rechtbanken; art. 28 lid 1). Die jurisprudentie kent een eigen dynamiek. Ontwikkelingen in de rechtspraak hebben al zo vaak voor stappen voorwaarts in de Europese rechtsorde gezorgd. Zodra het Hof het recht op behoorlijk bestuur als grondwettelijk, of zo u wil, verdragsrecht, vorm moet geven, is dat wat anders dan refereren aan een politieke verklaring. Daar komt bij dat de nieuwe lidstaten qua bestuursrechtelijke rechtsbescherming naar mijn inschatting van verder moeten komen dan de oude lidstaten. Dat haalt niet alleen het gemiddelde in prestaties omlaag, maar vergroot waarschijnlijk de strengheid bij het Hof. Iets dergelijks zien we ook in de jurisprudentie van het EHRM.

Een andere mogelijk belangrijke grondslag voor invulling van het recht op behoorlijk bestuur en de daarmee samenhangende normen voor het bestuur, zou artikel III-304 kunnen zijn. Volgens Duijkersloot en Widdershoven<sup>14</sup> zou dit artikel de grondslag voor een soort Europese Awb kunnen vormen.<sup>15</sup> Op het eerste gezicht lees je dat er niet in. Het eerste lid zegt dat de instellingen, organen en bureaus van de Unie bij de vervulling van hun taken steunen op een open, doeltreffend en onafhankelijk ambtenarenapparaat. Het tweede lid van dit artikel draagt de Europese wetgever op bepalingen daartoe vast te stellen. Maar waartoe precies? Ik neem aan dat het gaat om bepalingen die er voor moeten zorgen dat het ambtenarenapparaat open, doeltreffend en onafhankelijk is. Maar ik mag hopen dat bedoeld is dat niet alleen die ambtenaren, maar ook de besturen van de instellingen, organen en bureaus open, doeltreffend en onafhankelijk te werk moeten gaan. Dat het ambtenarenapparaat onafhankelijk dient te zijn, is inmiddels niet goed te begrijpen, gezien de inherente ondergeschiktheid van ambtenaren aan de uitvoerende macht, maar wellicht is onpartijdig bedoeld en is sprake van een onzuivere vertaling. Opvallend is overigens dat de trits open, doeltreffend en onafhankelijk niet wordt aangevuld met doelmatig. Als er namelijk iets is waarom de Brusselse bureaucratie wordt gekritiseerd, dan is het wel de beweerde ondoelmatigheid van de besteding van de middelen. Hoe dan ook: een eventuele Europese Awb die primair op de ambtenarij is gericht, zal zijn weerslag niet alleen hebben op de organen enzovoort. van de Unie, maar ook op die van de lidstaten voorzover zij unierecht uitvoeren. Dat de lidstaten vervolgens de EG-Awb alleen in acht zouden nemen voorzover ze unierecht toepassen, ligt evenwel niet voor de hand. Dat zou opnieuw tot een onwerkbaar situatie leiden. Zie mijn vergelijkbare opmerkingen inzake artikel II-41.

Ten slotte (en om te landen bij het onderwerp van vandaag) hoe is de verhouding van de grondrechten in de Europese Grondwet tot het EVRM? Men zou kunnen zeggen dat het EVRM breder is, maar de organisatie zwakker, dat wil zeggen dat het Hof minder bevoegdheden heeft dan de organen van de EU hebben. Als het bereik van de grondrechten binnen de EU echter groter wordt dan thans, en dat zal met inwerkingtreding van de Grondwet onmiskenbaar het geval zijn, dan wordt de EU-grondrechtenbescherming door de combinatie met de vergaande bevoegdheden

---

14. A.P.W. Duijkersloot en R.J.G.M. Widdershoven, *Kroniek Europees bestuursrecht*, NTB 2003, p. 350-359.

15. Zie ook Widdershoven, a.w., p. 327.

waarschijnlijk sterker dan de bescherming via het EVRM.<sup>16</sup> De kans op divergenties tussen het HvJ EG en het EHRM wordt er niet kleiner op. Om die divergentie geheel uit te sluiten, zou toetreding van de Unie tot het EVRM de meest radicale oplossing zijn. De Unie streeft ingevolge artikel I-7 lid 2 ook naar toetreding tot het EVRM. Maar of die juridisch lastige weg ook de meest wenselijke is, is nog maar de vraag. Is het EHRM gezien zijn samenstelling, bepaald door de veelheid aan onderling sterk verschillende lidstaten, wel de ideale, knopen doorhakende mensenrechtenrechter? Zouden we niet al een heel eind komen met de informele, maar tamelijk doeltreffende weg van het dubbeldidmaatschap van enkele rechters van HvJ EG en EHRM (personele unies)? Misschien dat die Nederlandse oplossing iets zou kunnen betekenen voor Europa.

---

16. Vgl. E.A. Alkema in zijn (bespreking van) 'De preadviezen voor de VAR 2004', NTB 2004, p. 116-121. N.B.: art. II-53 verzekert dat deel II van de Grondwet geen afbreuk doet aan bestaande bescherming via het EVRM.

# Interventies, met reacties van de preadviseurs (ochtendgedeelte)

**Voorzitter:** De preadviseur mevrouw Bulterman is momenteel in het ziekenhuis aan het bevallen. Dit is de reden dat zij hier vandaag niet aanwezig kan zijn.

## Mr. I. Sewandono

Ik zou huichelen als ik zou zeggen dat ik de preadviezen helemaal gelezen heb, maar wat de inhoudelijke aspecten over het EVRM betreft meen ik dat het heel verdienstelijke preadviezen zijn.

Toch heb ik één punt van principiële kritiek: de preadviezen gaan uit van een heel klassiek beeld van de verhouding tussen rechtsregels en één geheel samenhangend nationaal rechtssysteem. Binnen een dergelijk systeem komt voorrang toe aan de regels die zijn neergelegd in het meest oorspronkelijke constitutionele document. Men denke hierbij aan de Grondwet, maar ook aan de mensenrechtenverdragen. Uitgaande van deze klassieke opvatting beogen de preadviezen een beeld te geven van de inhoudelijke gevolgen die het EVRM voor de bijzondere gedeelten van het Nederlandse bestuursrecht heeft.

Deze benadering kan in de praktijk erg vruchtbaar zijn, maar men dreigt hierbij uit het oog te verliezen dat (enigszins gechargeerd gezegd) de inhoud en strekking van de bepalingen uit het EVRM in concrete gevallen wordt bepaald door de waarden en normen die in Nederland leven. In werkelijkheid hebben wij immers een pluriform rechtssysteem. Ik herinner aan de woorden van de voorzitter in zijn rede: niet altijd valt goed uit te maken wat unierecht en wat nationaal recht is. Dat is maar één aspect. Het geldende recht komt voort uit diverse elkaar aanvullende en niet concurrerende rechtsbronnen: nationaal recht, gemeenschapsrecht en de mensenrechten (zowel de VN als de Raad van Europa).

Het is vaste rechtspraak van het EHRM dat de nationale autoriteiten moeten zorgen voor de bevordering en bescherming van de mensenrechten. Het internationale toezichtsmechanisme is slechts een aanvulling op de nationale stelsels. Ik zal dit illustreren aan de hand van enkele voorbeelden uit met name het vreemdelingenrecht. De inhoudelijke reikwijdte van de rechten van het EVRM hangt vaak af van de uitleg van vage termen. Die termen zijn nu eens in de bepalingen zelf neergelegd, dan weer verder ontwikkeld in de rechtspraak. Zo wordt over de 'vernederende behandeling' van artikel 3 EVRM volgens mij in Nederland en de VS heel anders

gedacht. Een ander voorbeeld is de vreemdelingenbewaring van artikel 5 EVRM. In de rechtspraak is het begrip opgekomen dat er met de vereiste voortvarendheid moet worden onderzocht of de betrokkene al dan niet kan worden uitgezet. Ook noem ik de 'redelijke termijn' van artikel 6 EVRM: heel illustratief is dat het Hof in Straatsburg zelf moeite heeft te bepalen wat redelijk is. Statistische gegevens over wat precies redelijk is, zijn door de nationale rechters zelf ontwikkeld. Ik laat het bij deze voorbeelden.

Wat deze termen nu precies aan verplichtingen meebrengen, kan slechts door de nationale autoriteiten worden ingevuld. De internationale rechter moet daarin terughoudend zijn en dient te volgen. Iets dergelijks geldt voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van beperkingen van mensenrechten. Het ligt op de weg van de nationale autoriteiten om als eerste een oordeel te geven over het werkelijkheidsgehalte van een beroep op een dringende maatschappelijke behoefte. Een bekende formule is *pressing social need*. Ik haal hier de zaak *Handyside* aan: *'The machinery of the convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights'*, en dit arrest is al heel oud.

Wat betekent dit allemaal in concreto? Nederlandse bestuursorganen die worstelen met vragen op het gebied van de mensenrechten moeten zelf het voortouw nemen en niet naar antwoorden blijven zoeken in Straatsburg. Enige hulp daarbij kan wellicht heel nuttig zijn. De bestaande publiekrechtelijke instellingen, ik noem het College Bescherming Persoonsgegevens en de Commissie Gelijke Behandeling, hebben ieder tot taak om in Nederland naleving te behartigen van een specifiek mensenrecht: privacy, gelijke behandeling, maar niet de mensenrechten in het algemeen. Er ontbreekt dus een adviesorgaan dat met een breed mandaat het gehele terrein van de mensenrechten bestrijkt, een orgaan dat gevraagd en ongevraagd advies kan geven over de inhoud van mensenrechten.

De oplossing is mijns inziens een nationale mensenrechtencommissie met een breed mandaat, die op het gebied van mensenrechten een functie kan vervullen van nationaal kenniscentrum. Deze commissie zou toegankelijk moeten zijn voor rechters, volksvertegenwoordigers, andere bij wetgeving betrokken personen en instanties, bestuurders, advocaten en iedereen die in de dagelijkse praktijk met mensenrechten te maken heeft. Voor zo'n nationale mensenrechtencommissie zie ik een belangrijke taak bij bevordering, toepassing en bescherming van de rechten van de mens in Nederland.

### **Mr. T. Barkhuysen**

Ik wil Sewandono, die ook voorzitter is van het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten, dat voorstander is van een nationale mensenrechtencommissie, bedanken voor zijn opmerkingen.

Als nu de vraag is of ook de preadviseurs voorstander zijn van een dergelijke commissie, dan moet ik daarover wel even nadenken. Ik heb in mijn preadvies betoogd dat het wenselijk is de kennis over het EVRM in Nederland te vergroten door in ieder geval binnen de overheid een kenniscentrum of interdepartementale werkgroep op te richten waarin de verschillende ministeries participeren en waar ook lagere overheden informatie kunnen krijgen over het EVRM. Het lijkt mij niet goed

weer een los van de overheid staande club of commissie in te stellen. Ik denk dat we er daarvan al vele hebben in Nederland, en het zou wellicht beter zijn voor de bevordering van kennis binnen de overheid en rechterlijke macht wanneer een dergelijk centrum binnen de overheid tot stand zou komen. Een dergelijke werkgroep en daaraan gekoppeld kenniscentrum zou ook vertegenwoordigers moeten hebben in de verschillende ministeries en in contact moeten staan met de procesvertegenwoordigers van Nederland in Straatsburg. Op die manier zou er een goede wisselwerking kunnen ontstaan tussen het Europese niveau en het nationaal niveau met de verschillende lagen daarbinnen. Ik vraag me af of een onafhankelijke nationale mensenrechtencommissie (en ik begrijp dat het NJCM en Sewandono daarop doelen) in die wisselwerking voldoende zou kunnen slagen, maar ik moet toegeven dat ik daarover nog niet helemaal ben uitgedacht.

### **Mr. J.M. Verschuuren**

Ook ik heb daarover nog niet ten volle nagedacht. Wel heb ik na het schrijven van mijn onderdeel, het omgevingsrechtelijke deel, het idee dat er als het gaat om de doorwerking van het EVRM vooral iets verbeterd moet worden in de bestuurspraktijk en de rechterlijke praktijk. De vraag is inderdaad of een commissie die daarbuiten staat daaraan veel kan bijdragen. Dat zal ook erg afhangen van de manier waarop het gaat. Ik heb dus dezelfde aarzelingen.

Hiernaast wil ik iets zeggen over het pluriforme rechtsstelsel, dat hiermee sterk samenhangt. Ik denk dat het EHRM zich dat heel goed realiseert en ook aansluit bij de nationale wetgeving. In de jurisprudentie is dit ook goed terug te zien, dus daar zie ik het probleem niet zo. Wat echter opvalt als je naar de nationale jurisprudentie kijkt, is dat die pluriformiteit kennelijk zover is doorgeschoten dat er niet eens meer wordt verwezen naar het EVRM, terwijl dat wel wordt aangevoerd door partijen of anderszins speelt. Dat vind ik wél bezwaarlijk. Dat het EVRM volledig onderdeel is gaan uitmaken van ons nationale recht, vind ik prima en is volgens mij ook zoals het moet. Ik vraag mij alleen af of dit wel écht zo is. Uit de jurisprudentie kan het nu in ieder geval niet werkelijk worden afgeleid. Het EVRM wordt weggelaten. Soms is er weliswaar een zinnetje om nog even recht te doen aan de mensenrechten, maar het verdrag wordt niet serieus behandeld. Ik heb dus ook wat aarzelingen bij het idee van pluriform recht en het EVRM dat helemaal geïntegreerd zou zijn in het nationale recht. Dat móét zo, maar in de praktijk zijn we daar volgens mij nog heel ver vanaf.

### **Mr. I. Sewandono**

Ik heb drie opmerkingen, maar de discussie laat ik het liefst aan de zaal over. Mijn eerste opmerking betreft de vraag of in het bestuursrecht wel voldoende rekening wordt gehouden met het EVRM. Ik denk dat dit ook samenhangt met de omvang van beroep (art. 8:69 Awb). In dit gezelschap hoef ik daarover niet veel te zeggen. De bestuursrechter beoordeelt beroepen aan de hand van de aangevoerde gronden, eventueel met ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden, maar ik denk dat kenne-

lijk (het staat nooit expliciet in al die uitspraken) niet alle bepalingen van het EVRM van openbare orde zijn. Het zijn ook geen bepalingen over omvang en competenties. Ik signaleer hier de verhouding tot artikel 8:6g Awb, maar ik zou de discussie daarover dus graag aan de zaal overlaten.

Het tweede punt is wie een dergelijk kenniscentrum zou moeten bemannen en trekken. Particuliere organisaties en non-gouvernementele verenigingen missen het vereiste financiële en personele draagvlak. Er moet dus echt een impuls komen uit de overheid.

Een derde opmerking naar aanleiding van de reactie van Barkhuysen, is de volgende. Ik deel de mening dat het niet zinnig is een geheel nieuwe instantie in het leven te roepen. Het gaat vooral om de bundeling en het uitbouwen van bestaande expertise, en dat vergt enige coördinatie en samenwerking.

### **Mr. G.H. Addink**

Ik ben zeer gefascineerd door de discussie over de vraag of er een nationale mensenrechtencommissie in Nederland zou moeten komen, zoals wel eerder is voorgesteld. In het kader van een onderzoeksproject dat wij samen met Indonesië hebben, is een maand geleden onder meer de vraag aan de orde geweest of in de sfeer van klachten ter zake van mensenrechten een dergelijke commissie nodig is.<sup>17</sup> Is Nederland anders dan zo'n tachtig landen waarin zulke commissies een belangrijke rol spelen? Er werd gewezen op de Commissie Gelijke Behandeling en men vroeg zich af of dat niet een soort voorloper is van zo'n commissie mensenrechten. Mijn eerste vraag aan de preadviseurs en Sewandono is daarom of we deze Commissie Gelijke Behandeling niet zouden moeten uitbouwen tot een commissie mensenrechten.

Als we denken aan klachten in de sfeer van mensenrechten is mijn tweede vraag hoe de verhouding ligt met de klachtmogelijkheid bij de ombudsman. Ook de ombudsman houdt zich immers (hoewel steeds minder duidelijk) bezig met mensenrechten. Zou een nationale mensenrechtencommissie op het punt van klachten ter zake van mensenrechten wel een rol kunnen vervullen naast de ombudsman?

### **Mr. I. Sewandono**

In vele landen bestaan nationale mensenrechtencommissies, zoals in Griekenland, Polen, Duitsland en Frankrijk. Deze instellingen zijn vaak opgericht naar aanleiding van de zogenaamde Paris Principles.<sup>18</sup> Hierin worden vier soorten bevoegdheden genoemd. Eén ervan is de bemiddeling bij klachten, de ombudsmanfunctie waarop Addink zinspeelde. Een tweede rol is die van adviesorgaan voor het regeringsbeleid.

---

17. Mr. G.H. Addink is senior docent/onderzoeker bij het Instituut voor Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Utrecht.

18. 'Principles relating to the status and functioning of national institutions for protection and promotion of Human Rights', aangenomen door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties op 20 december 1993.

Een derde rol is die van kenniscentrum, en een vierde rol is die van het ontlasten van het Straatsburgse toezichtsmechanisme door te fungeren als een soort voorvang- of zeefmechanisme. Afhankelijk van de taken die men aan een nationale mensenrechtencommissie toedeelt, moeten volgens mij verschillende constructies gekozen worden. Een uitgebreide Commissie Gelijke Behandeling kan volgens mij niet alles, maar wél veel doen. Wat ik nu echter vooral voor het voetlicht wilde brengen in dit forum is de behoefte aan een kenniscentrum. Dat neemt niet weg dat de andere drie functies natuurlijk ook van groot belang zijn.

### **Mr. T. Barkhuysen**

Ik wil nog reageren op het voorstel om de Commissie Gelijke Behandeling eventueel uit te bouwen tot een bredere mensenrechtencommissie, waar burgers zouden kunnen klagen over schending van mensenrechten. Ik ben hiervan geen voorstander. Als we kijken naar de praktijk van de huidige Commissie Gelijke Behandeling, zien we dat daarop ook al veel kritiek bestaat. Dat heeft enerzijds te maken met het feit dat de commissie vaak enigszins een *one-issue*-benadering hanteert, maar dat nadeel zou worden weggenomen wanneer zij wordt verbreed tot een commissie voor mensenrechten in algemene zin. Een punt van kritiek rijst echter wanneer we kijken naar wat de burger met oordelen en aanbevelingen van de Commissie Gelijke Behandeling opschieft. Te vaak moet worden geconstateerd dat er weliswaar een mooi gemotiveerd oordeel komt (daarop kan vaak niet veel worden aangemerkt), maar dat de vraag is of dat oordeel ook ten uitvoer wordt gelegd. Is het oordeel niet te vaak een aanbeveling die, bijvoorbeeld door een werkgever, terzijde wordt gelegd? Dat gebeurt heel vaak, en dan moet de burger alsnog naar de rechter stappen om zijn recht te halen. Wat we in de rechtspraktijk zien, is dat de Hoge Raad heeft uitgesproken dat er niet een bijzondere verplichting bestaat om de oordelen van de Commissie Gelijke Behandeling te volgen. Sterker nog: er wordt vaak gewoon keihard van afgeweken, ondanks een wel aangenomen verplichting dit te motiveren.

Mijn idee is daarom dat wij zeker niet toe moeten naar meer instanties waar klachten over mensenrechten kunnen worden ingediend. Laten we het simpel houden. We hebben in Nederland over het algemeen een adequaat systeem van rechtsbescherming bij de rechter. Daar moeten de klachten over mensenrechtenschending op een goede manier worden behandeld. We kunnen constateren dat de expertise bij de Nederlandse rechter op sommige punten nu nog wat ontoereikend is, en de bereidheid om het EVRM toe te passen kan groter zijn. Laten we onze aandacht dáárop richten. Daarbij zou een kenniscentrum een rol kunnen spelen, waar de rechterlijke macht, maar ook de ambtenaren ten departemente bij de voorbereiding van regelgeving en lagere overheden bij de voorbereiding van besluiten informatie kunnen krijgen over de betekenis van het EVRM in een concrete zaak. Daar schort het aan in Nederland. Ik zou daarom willen vasthouden aan het in mijn preadvies gedane voorstel om daarvoor een kenniscentrum in de boezem van de overheid te gebruiken, en niet weer een los van de overheid staande bundeling van diverse non-gouvernementele organisaties.

**Mr. H.J.M. Havekes**

Afgezien van mijn bestuurslidmaatschap van deze vereniging, ben ik werkzaam bij de Unie van Waterschappen en, misschien extra interessant, bestuurslid van het Kenniscentrum Europa decentraal. Misschien kan ik iets van de oplossing aandragen. Op initiatief van de ministeries van BZK en BuZa, het IPO, de VNG en de Unie van Waterschappen is ongeveer anderhalf jaar geleden het Kenniscentrum Europa decentraal opgericht, met als belangrijkste doelstelling de decentrale overheden, provincies, gemeenten en waterschappen te informeren over de gevolgen van Europese regelgeving. Dit kenniscentrum draait nu enige tijd, en medio 2004 zal worden geëvalueerd of het moet blijven bestaan. Wat de waterschappen betreft in ieder geval wel, zeker als we zo'n lage financiële bijdrage mogen blijven betalen! In dit centrum gebeurt al veel, vooral op het gebied van aanbestedingsrecht. Zo nu en dan komt ook het EVRM om de hoek kijken, en ik kan mij voorstellen dat het Kenniscentrum Europa decentraal allerlei bestuursorganen in dit opzicht goed van dienst kan zijn. Ik moet Sewandono namelijk nageven dat de kennis bij de decentrale overheden misschien niet altijd even goed ontwikkeld is. Ik kan mij nog herinneren dat een jaar of twaalf geleden de Waterschapswet totstandkwam, waarin iets stond over verkiezingen. Ik meen dat het Sewandono was die erop heeft gewezen dat de regeling dáár misschien niet helemaal in overeenstemming was met het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag. De waterschappen, maar ook de wetgevingsjuristen in Nederland hadden daar op dat moment eigenlijk helemaal niet over nagedacht. Daarover zullen we het wat mij betreft nu verder niet hebben. Mijn idee is in ieder geval dat dit bestaande kenniscentrum, dat hopelijk zal blijven bestaan, mogelijk ook een functie op het hier besproken terrein zou kunnen vervullen.

**Mevrouw mr. G. Overkleef-Verburg**

Mijn welgemeende dank aan het bestuur voor deze keuze van onderwerp. Ik heb grote waardering voor de wijze waarop de preadviseurs zich van hun taak hebben gekweten. Het resultaat is een kloeke studie, waarin mede op basis van een heldere analyse van de jurisprudentie van het EHRM, de betekenis van het EVRM voor het materiële en formele bestuursrecht stevig is neergezet. Is de aandacht in het bestuursrecht voor het EVRM lang in hoofdzaak beperkt gebleven tot artikel 6 EVRM, deze preadviezen maken duidelijk dat ook andere in het EVRM gegarandeerde grondrechten doorwerking hebben, ook in het materiële bestuursrecht. Een belangrijke factor is de dynamiek in de grondrechtsinterpretatie van het EHRM, toegespitst op de verzekering en verdieping van de *rule of law*. Aldus levert het Hof tevens een belangrijke bijdrage aan een verdergaande harmonisatie van grondrechtenbescherming in Europa, met name via het concept van in de grondrechten geïncorporeerde positieve verplichtingen.

Ik heb mijn eigen preadvies, 'De Awb en de beperking van grondrechten', voor de Staatsrechtconferentie van 1998 er nog eens op nageslagen. De belangrijkste bevindingen van toen blijken volgens Barkhuysen nog steeds geldig te zijn. Zelf vind ik vooral treffend hoe sterk de EVRM-jurisprudentie van het Hof zich sindsdien heeft



ontwikkeld en welke ontwikkelingspotentie er nog is voor ons nationale recht. Ik denk daarbij met name aan het recht op onderwijs in artikel 2 Eerste Protocol EVRM, dat niet alleen een (van overheidswege te garanderen) recht op deugdelijk onderwijs omvat, maar ook de keuzevrijheid van de ouders. Op dit punt heb ik in mijn preadvies voor de Vereniging voor Onderwijsrecht van 2001 al eerder een steen in de vijver gegooid, toegespitst op het recht van ouders op openbaarmaking van kwalitatieve toezichtsinformatie. Naar ik meen heeft dit grondrecht jo. artikel 14 EVRM een aanvullende functie in relatie tot artikel 23 Grondwet, in het bijzonder waar het gaat om aanscherping van stichtingsnormen inzake achterstandsleerlingen met het oog op het afremmen van de groei van islamitisch onderwijs (risico van indirecte discriminatie) en de bemoeilijking via de leerplichtwetgeving en andere voorschriften in de onderwijswetgeving van het particulier onderwijs. Onze onderwijswetgeving is sterk getoontzet door het gelijkheidsbeginsel, in het bijzonder in de verhouding tussen algemeen en bijzonder onderwijs, en de relatie naar het particulier onderwijs is nog nauwelijks doordacht. Dat bleek mij enige tijd geleden toen ik een uitspraak van de Afdeling moest annoteren met betrekking tot de teruggaveregeling op het punt van cursusgeld aan een leerling die uitstroomde naar het particulier onderwijs. Er bleek een heel bijzondere benadering in die regeling te zitten.

Wat ik in de preadviezen wel onderbelicht vind, is de belangrijke taak van de Raad van Europa als Europese verdragsorganisatie. De preadviezen zijn sterk toegesneden op de grondrechten zoals verwoord in het EVRM, maar daaronder hangt vaak een meer specifieke verdragsregeling (vergelijk de recente verdragen inzake cybercrime, terrorisme en corruptie). Deze verdragen geven mede uitvoering aan grondrechtsaanspraken, via concretisering en belangenafweging bij botsende grondrechten, terwijl toezicht en handhaving als regel specifiek zijn verzekerd.

Geen stuk zonder kritiek. Dat is tenslotte het zout voor de juridische discussie in deze kring. Vandaar, ondanks mijn grote waardering voor de deelstudies, toch een enkele kritische noot. Daarbij ligt de nadruk op het preadvies van Barkhuysen. Veel meer tijd zal de voorzitter mij ook niet gunnen, naar hij me reeds heeft voorgehouden.

Gezien de betekenis ervan lijkt het thema privacy en gegevensbescherming bij Barkhuysen wat stiefmoederlijk bedeed. Hij houdt het op een vermelding van een aantal uitspraken en gaat voorbij aan de uitwerking van dit element van artikel 8 EVRM in het Europees Data Verdrag (EDV) van 1981, dat in 1985 in werking trad. Dit verdrag betreffende persoonsgegevens van natuurlijke personen (en dat kunnen ook gegevens zijn in een bedrijfsmatige context) regelt de rechtmatigheidscriteria inzake gegevensverwerking, waaronder het belangrijke beginsel van doelbinding, de rechtspositie van de geregistreerden en de uitzonderingsgronden, dit mede in het perspectief van de door gegevensverwerking uitgelokte botsing van grondrechten, met name van de artikelen 8 en 10 EVRM, en het anti-discriminatiebeginsel als onderdeel van het gelijkheidsbeginsel in artikel 14 EVRM. Op 1 juli aanstaande, en daarmee wordt ook de dynamiek van dit type regelgeving aangegeven, treedt een aanvullend protocol in werking inzake toezicht en handhaving en grensoverschrijdend gegevensverkeer.

Ook dit verdrag is een dynamisch rechtsinstrument. Het EDV heeft nadere uitwerking gekregen via nader geconcretiseerde aanbevelingen op deelterreinen. Dat is een permanent proces dat sinds 1985 loopt. Op dit punt ligt er ook een directe relatie met

het communautaire recht, met name in de Richtlijn 95/46/EG, de Richtlijn bescherming persoonsgegevens, waarin dit EDV is geïncorporeerd in het Europese gemeenschapsrecht. Omdat deze richtlijn het karakter heeft van een totaalharmonisatie, zijn de EG-lidstaten op dit punt niet meer regelingsbevoegd, althans niet onder de eerste pijler. Uit de uitspraak van het HvJ van 20 mei 2003 inzake *Österreichischer Rundfunk* blijkt dat het Hof de werkingssfeer van deze richtlijn heeft uitgebreid tot alle gegevensverwerking in nationaal verband, ook wanneer die geen relatie heeft met door het communautair recht bestreken activiteiten. Deze uitspraak was verrassend. Op basis van eigen waarneming kan ik melden dat een dergelijke ruime werkingssfeer van deze regeling niet beoogd was (zie ook mijn noot bij deze uitspraak; JB 2004, 112). Reeds eerder had de Europese Commissie aangenomen dat de gemeenschap sinds de inwerkingtreding van deze richtlijn over de exclusieve competentie beschikt met betrekking tot de normering van gegevensverwerking. Er wordt overigens veel gesproken over de toetreding van de EG tot het EVRM, maar toetreding van de EG tot deelverdragen is nu al praktijk. Om die reden loopt thans een procedure tot wijziging van het EDV ten behoeve van de toetreding van de EG tot dit verdrag. De desbetreffende teksten, die (complementair) voorzien in een beperking van de bevoegdheden van de EG-lidstaten, zijn in 1999 door het Comité van Ministers goedgekeurd. Het is dus een kwestie van ratificatie door de lidstaten. Zoals met name blijkt uit de zaak *Rotaru vs. Roemenië*, betreft het EHRM het EDV in zijn jurisprudentie, met name inzake de afbakening van het begrip persoonsgegevens als onderdeel van het begrip *private life* of *privé-leven*.

Uit de uitspraak van het HvJ inzake *Österreichischer Rundfunk* blijkt een zekere rechtsmachtverdeling tussen Hof en nationale rechter met in het verlengde daarvan het EHRM. De uitspraak van het Hof in de zaak *Lindqvist* van 6 november 2003 (JB 2004, 114) betreffende het onder de reikwijdte van deze privacyrichtlijn brengen van internetpublicaties, een op basis van de totstandkomingsgeschiedenis te verwachten uitspraak, laat zien dat het HvJ zich in dit verband ook moet uitspreken over botsende grondrechten, in dit geval het recht op privacy en gegevensbescherming enerzijds en het recht op vrije meningsuiting anderzijds.

Hieruit is tevens een signaal af te leiden voor het bestuursrecht, in het bijzonder betreffende de weging van grondrechten en achterliggende waarden. In Europees verband krijgt de bescherming van de individuele privacy een zwaar accent, dikwijls sterker dan in ons nationale rechtssysteem het geval is. Dit kan gevolgen hebben voor de openbaarheid van bestuur, welke ik ook verwacht. De effecten van deze rechtsontwikkeling voor de openbaarheidswetgeving zijn nog steeds niet voldoende doordacht. Ik heb de indruk dat de preadviseurs dit onderwerp wat hebben laten liggen, maar misschien heb ik te vluchtig over bepaalde onderdelen heen gelezen om het einde te kunnen halen! Anders dan de bestuursrechter nog steeds doet bij WOB-jurisprudentie, kan niet meer worden volgehouden dat openbaarheid het uitgangspunt moet zijn bij de toepassing van de WOB en de bepalingen in de Awb waarin de WOB is geïncorporeerd. De inwerkingtreding van de Richtlijn bescherming persoonsgegevens heeft tot gevolg dat in het licht hiervan wettelijke openbaardingsverplichtingen als rechtvaardigingsgrond kunnen werken, echter als element in een bredere toetsing. Zie in dit verband voorts de afzonderlijke garantie in de artikelen 7 en 8 EVRM van respectievelijk het recht op eerbiediging van het *privé-leven*

en het familie- en gezinsleven, woning en communicatie, en het recht op bescherming van persoonsgegevens.

Geconcludeerd kan worden dat sprake is van een grote complexiteit van normering waar het gaat om gegevensverwerking, waarbij sprake is van onderlinge samenwerking van Europese, communautaire en nationale normstelsels.

Nu terug naar de preadviezen. Uit het voorgaande blijkt dat over de grondrechtelijke aspecten van informatieverplichtingen in het bestuursrecht, in of buiten de Awb, niet meer kan worden gesproken zonder de zojuist behandelde regelingen in de beschouwingen te betrekken. Men kan het niet alleen houden op de interpretatie van artikel 8 EVRM door het HvJ en het EHRM.

Zie ook de betekenis voor de rechtspraktijk, met name voor toezicht en handhaving. Daar moet een breder toetsingsperspectief worden gebruikt. Daarbij denk ik in het bijzonder aan de afbakening van de openbaarheid van bestuur en toezicht en handhaving. We zien het recent bij de grote operatie Rekenschap, waar het gaat om het onderzoek naar fraude in het hoger onderwijs. Daar heeft de vraag of de onderzoeksbevoegdheden van de betreffende commissie niet werden ingeperkt door de privacyrechten van leerlingen en studenten uitdrukkelijk een rol gespeeld. U begrijpt, dit type overweging is buitengewoon instrumenteel gebruikt. Er is geen grondrecht dat zo'n sterke alibifunctie heeft als juist het recht op privacy. Het is heel goed om dat te zien, want dan is het een kwestie van daarmee om kunnen gaan. In dat verband wil ik ook de toenemende instrumentele functie van openbaarheid noemen, als sanctie, waarschuwing of prikkel van de markt. Daarnaast zien we een steeds sterkere profilering van het recht op eer en goede naam, want ook dat is een element dat door artikel 8 EVRM wordt beschermd. Het begrip reputatiemanagement kom ik steeds meer tegen. Hetgeen tot slot nader moet worden doordacht is de modernisering van het openbaar bestuur en in het bijzonder het multifunctioneel gebruik van basisadministraties.

### **Mr. T. Barkhuysen**

Ik wil mevrouw Overkleef bedanken voor haar uitvoerige beschouwing over een klein onderdeel van de preadviezen: artikel 8 EVRM, privacybescherming, gegevensbescherming, openbaarheid en dergelijke. Aan het begin van haar betoog gaf zij aan dat de preadviseurs onvoldoende oog zouden hebben voor andere normen op dat terrein die al dan niet op internationaal niveau zouden gelden. Ik denk inderdaad dat wij niet alles hebben meegenomen – dat is nou eenmaal ook praktisch niet mogelijk – maar in ieder geval in het tweede hoofdstuk van mijn preadvies wordt wel degelijk aangegeven dat ook binnen de Raad van Europa andere normstelling plaatsvindt. Ook wordt wel degelijk gewezen op verdragen die in dat kader totstandkomen.<sup>19</sup>

Natuurlijk heb ik mij afgevraagd (en zeker met de wetenschap dat mevrouw Overkleef wellicht zou interveniëren) of ik niet meer moest zeggen over dat belangrijke aspect van de gegevensbescherming, de databescherming. Toen bedacht ik echter

---

19. Preadvies Barkhuysen, p. 22 e.v.

dat Sewandono ook zou komen en dan zou ik misschien ook het vreemdelingenrecht er uitgebreid bij moeten gaan betrekken! Schrijvend aan het eerste gedeelte besloot ik uiteindelijk dat ik mij toch maar moest beperken, en de voorzitter keek natuurlijk ook kritisch mee naar de omvang van de preadviezen. Ik heb daarom besloten het te laten bij een opmerking waarin werd gewezen op het belang van totstandkoming van verdragen in het kader van de Raad van Europa. Bovendien, en dat is iets wat mevrouw Overkleeft niet genoemd heeft, heb ik daaraan toegevoegd dat er naast de bindende verdragen die in de Raad van Europa totstandkomen andere belangrijke elementen zijn, zoals de aanbevelingen die op diverse terreinen door het Comité van Ministers worden gedaan. Deze worden in het eerste gedeelte van mijn preadvies ook genoemd, althans waar zij relevant zijn voor het gebied van het materiële bestuursrecht. Wellicht kan daarnaar nog nader worden gekeken. Overigens kunnen we het verslag van deze bijeenkomst, waarin de interventie van mevrouw Overkleeft wordt opgenomen, natuurlijk zien als een goede uitbreiding op dit punt. Aangezien een en ander als één geheel moet worden beschouwd, is het aspect van artikel 8 EVRM en de dataverdragen daarmee volgens mij wel voldoende gedekt.

Mevrouw Overkleeft gaf ook aan dat het heel belangrijk is om oog te hebben voor de verflechting tussen EVRM-recht, EG-recht en nationaal recht en dat de betekenis van artikel 8 EVRM niet los kan worden gezien van de eisen die het EG-recht op dat terrein stelt. Ik denk dat dit een terechte constatering is, die naar ik meen ook in de preadviezen naar voren komt. Uiteraard kunnen wetgever, rechter en bestuur op een terrein waar zowel het EVRM als het EG-recht normen stelt, te maken krijgen met bijvoorbeeld elkaar versterkende normen, maar ook met normen die elkaar tegenspreken. Daar zou inderdaad een probleem kunnen ontstaan, waarvoor overigens in de preadviezen, met name in het preadvies van Bulterman, wel degelijk aandacht wordt gevraagd. Hoe ga je bijvoorbeeld om met een situatie waarin normen over de dataprotectie op het terrein van het EG-recht conflicteren met de normen die voortvloeien uit artikel 8 EVRM? Daaraan wordt uitvoerig aandacht besteed en de conclusie van de preadviseurs op dat punt (in ieder geval van Bulterman en van mijzelf) is dat uiteindelijk toch de interpretatie van het privacyrecht door het Hof in Straatsburg zou moeten voorgaan. Het HvJ voor de EG in Luxemburg probeert de jurisprudentie van het EHRM in principe ook steeds te volgen. De voorzitter heeft in zijn rede al het incorporeren van de EVRM-rechten als fundamentele beginselen van gemeenschapsrecht genoemd, maar het is niet uitgesloten dat het HvJ tot een minder vergaande bescherming zou kunnen komen dan het EHRM, zoals ook op diverse plaatsen wordt geconstateerd. Daar zou inderdaad een toetreding van de EG tot het EVRM soelaas kunnen bieden, opdat de geldende grondrechten eenduidig worden uitgelegd.

Als er beleidsvrijheid is aan de zijde van de Nederlandse rechter en het EVRM als het ware een minimumnorm stelt, kan de vraag opkomen hoe zo'n minimumnorm nu moet worden toegepast in de rechtspraak. Dat is een vraag die ook op het terrein van de dataprotectie naar voren zou kunnen komen. Daarbij moet natuurlijk rekening worden gehouden met eisen die het EG-recht op dat punt stelt, zoals ook in het preadvies naar voren wordt gebracht.

Met andere woorden: de interventie is een waardevolle toelichting. Ik zal waarschijnlijk niet alle punten naar tevredenheid van mevrouw Overkleefte hebben beantwoord, maar daarvoor moet zij nog maar eens terugkomen!

### **Mevrouw mr. G. Overkleefte-Verburg**

Ik heb het gevoel dat wij een soort doorlopende discussie voeren, dus een voortgaande gedachtewisseling is wel verzekerd! Ik begon natuurlijk niet voor niets met het recht op onderwijs. Barkhuysen zet mij volledig in de hoek van de privacybescherming, maar dat is niet helemaal terecht. Aan de andere kant is het wel zo dat we op dit punt in de ontwikkeling van het bestuursrecht veel te maken hebben, en steeds meer te maken krijgen, met de normering van de gegevensverwerking. Deze preadviezen laten dat ook zien.

Wat ik bedoeld heb te zeggen, maar misschien moet ik dat nog iets scherper zeggen, is dat men op het punt van bepaalde grondrechten niet kan volstaan met een interpretatie van het grondrecht zelf, of met op te merken dat er ook nog zulke aardige resoluties, aanbevelingen en misschien ook wel verdragen zijn. Op enkele punten zal men het achterliggende verdrag rechtstreeks bij zijn beschouwing moeten betrekken. Dat heeft ook te maken met de tweeslag die te zien is in de jurisprudentie van het Straatsburgse Hof, die terugkomt in het Handvest en die men nu ook ziet rond de richtlijn die ik heb genoemd. Dat is een tweeslag tussen privacybescherming met haar ruime betekenis enerzijds, en in toenemende mate een zelfstandige gegevensbescherming met eveneens een grondrechtelijke dimensie anderzijds. Dat is wat ik wilde zeggen. Barkhuysen heeft uitgebreid geschreven over de beperkingssystematiek van de grondrechten. Ik vind dat dit een derde element is, omdat we zien dat grondrechten juist via de onderliggende verdragen worden geconcretiseerd, ook in de rechtspositie van de betrokkenen. Vaak geven ze tegelijkertijd de beperkingen aan, en ten minste zo belangrijk is dat er een belangenafweging heeft plaatsgevonden op het punt van botsende grondrechten. Ik wijs hier nog eens op het EDV, waarin als het ware bepaalde rechtsvragen op voorhand worden ingekaderd.

Wat betreft de vervlechting en elkaar tegensprekende rechtsnormen: ach, dat risico is er natuurlijk altijd. Aan de andere kant ben ik niet zo somber, zeker niet op de terreinen die ik zelf goed kan overzien, want ik ben toch wel sterk getroffen door vormen van informele coördinatie. Ik ben niet zo somber over de relatie tussen het Hof in Luxemburg en het Hof in Straatsburg. In ieder geval zien we dat het Straatsburgse Hof kampt met een enorme overbelasting en erg veel werk heeft (en nog zal houden) met het op niveau brengen van de nieuwe lidstaten. Dat betekent dat het Hof in Luxemburg een steeds sterkere functie krijgt op het punt van grondrechtenbescherming, en daarover ben ik niet zo negatief.

Tot slot het punt van de Nederlandse wetgever en rechter, die dan misschien toch hun eigen beleid zouden moeten voeren, ook in de gevallen waarin sprake is van een overdracht van bevoegdheden aan Brussel dan wel van een dynamische interpretatie van de betrokken regeling, zoals met de richtlijn is gebeurd. Ik denk dat dat niet kan. In het kader van een steeds verdergaande harmonisatieontwikkeling op weg naar een geïntegreerde rechtsorde is het natuurlijk buitengewoon dapper wanneer we

hier gaan zeggen dat wij ons eigen beleid voeren, maar zo werkt dat natuurlijk niet. Er is geen tijd voor, maar ik kan laten zien hoe de rechtsontwikkeling de afgelopen jaren toch ook al heel sterk beïnvloed is door juist deze jurisprudentie en rechtsontwikkeling. De lijn loopt niet van nationale staten naar Europa: er is sprake van een wisselwerking en daarvoor bestaan ook mechanismen. Voor beleidsvrijheid, althans wat de gegevensverwerking betreft, hebben wij niet te veel ruimte.

Voorzitter, ik durf niet meer!

**Voorzitter:** Blijft u nog rustig even staan, want u heeft het ook over het preadvies van mevrouw Blomberg gehad.

**Overkleeft:** Mag ik daar misschien nog één opmerking over maken? Het gaat om de eerste stelling. Die zou ik toch zeer dringend willen ontraden.

**Voorzitter:** 'Bedrijfsruimten verdienen alleen bescherming van artikel 8 EVRM voorzover de persoonlijke levenssfeer van één of meer natuurlijke personen in het geding is.'<sup>20</sup> Over deze stelling zullen wij vanmiddag overigens nog stemmen, maar het is heel goed, en ik roep anderen op dat in de loop van de dag eveneens te doen, om in hun al dan niet geplande interventies ook te refereren aan stellingen. Dat licht ons immers des te beter voor over het standpunt dat wij daarover vanmiddag moeten gaan innemen.

**Overkleeft:** De eerste stelling wil ik ontraden vanwege inmiddels uitgekristalliseerde jurisprudentie van het HvJ en het EHRM. Ook heb ik moeite met de tweede stelling. Ik denk dat het niet mogelijk is om de artikelen 5:15 tot en met 5:17 Awb als afzonderlijke bepalingen nog eens door te exerceren. Ik denk dat je die, ook gezien de huidige ontwikkeling op weg naar een elektronische overheid, in onderlinge samenhang zult moeten interpreteren, waarbij de functionele interpretatie ongetwijfeld gaat prevaleren. Dat is een interpretatie waarover het nodige is gezegd in de aanloop naar de Wet elektronisch bestuurlijk verkeer. Daaraan danken wij een heel kleine wet.

**Mevrouw mr. A.B. Blomberg**

Ik begrijp nu beter waar mevrouw Overkleeft heen wil, want haar beschouwingen over de privacybescherming gingen mij op een gegeven moment iets boven mijn pet!

Mijn eerste stelling komt niet zomaar ergens vandaan. Ik heb het onderwerp van mijn preadvies heel duidelijk beschreven vanuit het oogpunt van de handhaver. Dit is de gedachte dat handhaving niet een doel op zich is, maar wel een heel belangrijk middel om andere doelen, de naleving van rechtsnormen, te bewerkstelligen. Daarmee moeten natuurlijk niet allerlei grondrechten of mensenrechten opzij worden gezet, maar zoals ik in het begin ook heb gezegd, de grondrechtenbescherming

---

20. Preadvies Blomberg, p. 191.

moet wel realistisch zijn. Voor mij is die grens op dit punt bereikt. Natuurlijke personen moeten uiteraard beschermd worden in hun persoonlijke levenssfeer, maar ik vind het erg ver gaan om klakkeloos iedere bedrijfsruimte als woning of persoonlijke levenssfeer in de zin van het EVRM aan te merken, zonder dat er enige relatie met de persoonlijke levenssfeer van daarin aanwezige of daarbij betrokken natuurlijke personen bestaat. Vandaar die eerste stelling.

Het verrast mij dat mevrouw Overkleeft het niet eens is met de tweede stelling, want daarin heb ik juist tot uiting gebracht dat wij op grond van de mensenrechten, en trouwens ook op grond van ons eigen nationale recht, grenzen moeten stellen aan wat er op basis van de Awb-toezichtsbevoegdheden is toegestaan. Er zijn verschillende voorbeelden in de jurisprudentie waarin die bevoegdheden worden opgerekt. Uiteraard realiseer ik mij dat de huidige bevoegdheden in het ICT-tijdperk misschien niet toereikend zijn, althans niet duidelijk genoeg. Ik denk echter dat het een taak is van de wetgever om daar een antwoord op te geven en dat het wel erg ver gaat, ook in het licht van de Straatsburgse jurisprudentie, om de toezichtsbevoegdheden dan maar zo ruim te gaan oprekken.

Mevrouw Overkleeft vroeg zich naar mijn mening terecht af of mijn eerste stelling wel verdedigd kan worden in het licht van de huidige jurisprudentie van het EHRM, die heel sterk in de richting van bescherming van de persoonlijke levenssfeer lijkt te gaan, ook als het gaat om bedrijfsruimte. Nu kwam mevrouw Overkleeft zelf met de opmerking dat het Europese recht heel dynamisch is. Ik denk, ook enigszins in de lijn met de vorige interveniënt, dat wanneer wij in Nederland vinden dat sommige vormen van mensenrechtenbescherming te ver gaan, we dan ook af en toe een tegen geluid moeten laten horen. We moeten ons niet altijd maar van bovenaf alles laten opleggen. Nederland is partij bij dat verdrag, maar we kunnen het door middel van wetenschap en door blijk te geven van onze mening natuurlijk ook proberen te beïnvloeden. Ik pleit dus eigenlijk voor een *bottom-up*-benadering.

### **Mevrouw mr. G. Overkleeft-Verburg**

Ten eerste de bescherming van bedrijfsruimte: ik vind dat een uiterst legitieme wens. Mevrouw Blomberg gaat uit van een veel te beperkt begrip privacy. Ik merk, want we zitten er nu wat lacherig over te doen, dat het begrip persoonlijke levenssfeer een connotatie heeft waarbij het met name gaat over natuurlijke personen. Ik wil erop wijzen dat het EVRM het begrip persoonlijke levenssfeer niet kent. Het gaat om *private life*, een term die ook in de totstandkomingsgeschiedenis al een vrij ruime betekenis had. Gezien de dynamiek in de grondrechtenjurisprudentie van het EHRM heeft het mij niet zo erg verbaasd dat dit werd opgerekt, omdat er waar de overheid allerlei acties wil ondernemen op het punt van bedrijfsruimte simpelweg een legitieme beschermingsbehoefte ligt.

Mevrouw Blomberg veronderstelt dat ik de inherente waarborgen van de artikelen 5:15 tot en met 5:17 Awb zou willen afschaffen. Dat is uitdrukkelijk niet het geval. Ik zeg slechts dat die bepalingen als zodanig niet meer voldoende zijn toegesloten op het karakter van de informatievoorziening en gegevensverwerking, zoals op dit moment de praktijk is. Ik denk dat ook dat punt nader moet worden bekeken, of dat

nu door de wetgever of door de rechter moet gebeuren. De rechter zal daarbij overigens, op het punt van aanvullende werking van het zorgvuldigheidsbeginsel en ook het *legal privilege*, naar mijn mening een heel belangrijke rol moeten vervullen. Dat is de reden dat ik zeg: staar je niet blind op die ene bepaling, maar probeer die drie artikelen als totaalpakket te zien en ga eens kijken wat er wel en niet kan. Waar ik dus voor pleit, is een herijking van wat er aan beschermingsbevoegdheden in die artikelen ligt, toegesneden op de werkelijkheid van alledag. Dat is iets anders dan het afschaffen van bescherming.

#### **Mevrouw mr. A.B. Blomberg**

Ik denk dat we het dan op dat laatste punt met elkaar eens zijn, behalve dat er naar mijn mening weliswaar een belangrijke taak ligt voor de rechter, maar eerder in de zin dat de rechter een duidelijke grens moet trekken. Ook wanneer deze bepalingen in samenhang worden gezien, is het niet de bedoeling dat dit leidt tot een verruiming van bevoegdheden ten opzichte van hetgeen er tot nu toe volgens ons onder de toezichtsbepalingen viel.

**Overkleeft:** Zelf denk ik dat de beperking niet zozeer ligt in de gegevensvergaring, als wel in het gegevensgebruik.

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

Ik sta niet als interveniënt op de lijst omdat het boek te dik was voor de treinreis. Misschien kan het bestuur in het kader van de groot-Europese gedachte de VAR-vergadering eens in Spanje organiseren; dan kunnen de preadviezen van dit niveau blijven!

Ik wil iets opmerken over het verschil van opvatting over het begrip bedrijfsruimte en de vraag of deze grondrechtelijk moet worden beschermd. Ik vind dit eigenlijk een non-discussie, omdat de norm dat bedrijfsruimten onder artikel 8 EVRM vallen er ligt sinds het arrest Colas Est. Nu kan men erover twisten hoe ver deze norm zal worden opgerekt, maar ik denk dat we er verstandig aan doen om de Colas Est-norm voor lief te nemen, en overigens ook om die norm niet als een probleem te zien. Praktische moeilijkheden lijken me oplosbaar, want met de beperkingssystematiek in het tweede lid van deze bepaling en ons evenredigheidsbeginsel komen we al een heel eind. We waren het er bijvoorbeeld al over eens dat allerlei ernstige zaken als doorzoeking niet konden, en dat verandert niet. De ruime opvatting van bedrijfsruimte is wat mij betreft een reden om die eerste stelling wat ongelukkig te noemen.

Mijn tweede opmerking heeft te maken met het debat over artikel 5:15 e.v. Awb en de tweede stelling van mevrouw Blomberg. Ik zie het probleem van mevrouw Overkleeft wel en niet, maar voorzover ik het probleem wél zie, is het ook al door de wetgever gezien. In de parlementaire behandeling van deze bepalingen, met name van de artikelen 5:16 en 5:17 Awb, is al gesproken over het probleem van de digitalisering. Daarvan is toen gezegd dat in de wet de mogelijkheid zou worden geïncorpo-



reerd dat het niet alleen gaat om papier, maar ook om digitale documenten. Wat mij betreft is de tijd op dit moment nog niet rijp voor om de wetgeving met het oog op die digitalisering te veranderen. De ontwikkelingen zijn niet uitgekristalliseerd, en ik denk dat men er met de bestaande bepalingen wel komt. Men zou natuurlijk altijd kunnen pleiten voor een procedure zoals in het strafprocesrecht is ondernomen. Dat begon met de Commissie-Franken, die allerlei aanbevelingen heeft gedaan om het Wetboek van Strafvordering toe te spitsen op de digitalisering. De digitale doorzoeking is toen bijvoorbeeld geïntroduceerd. Bij de parlementaire behandeling van de Derde Tranche van de Awb heeft de regering in de toelichting mijns inziens terecht gezegd dat de tijd nu nog niet rijp is om tot wetgeving te komen. Ik ondersteun het betoog van mevrouw Overkleef wel in die zin dat het buitengewoon zinnig is om eens te gaan nadenken over hoe men hiermee omgaat. Ook vraag ik mij af of men mijn analyse dat we er met de wetgeving van dit moment wel komen, kan delen.

### **Mevrouw mr. A.B. Blomberg**

Ik denk dat het een stap te ver gaat om uit het Colas Est-arrest af te leiden dat bedrijfsruimte zonder meer de bescherming van artikel 8 EVRM geniet. In de eerste plaats omdat in dat arrest uitdrukkelijk wordt gezegd dat onder omstandigheden artikel 8 EVRM van toepassing is, wat dus ruimte openlaat voor uitzonderingen daarop en in mijn ogen zelfs suggereert dat het in de casus om een uitzondering ging. Daarnaast moeten we niet vergeten dat de situatie heel extreem was en dat er natuurlijk sowieso vooral extreme situaties voor het EHRM komen. Het ging hier om een heel grote inval waarbij duizenden documenten in beslag werden genomen, en ik meen mij te herinneren dat deze na afloop ook niet allemaal werden teruggegeven. Dat gaat veel verder dan wat de Nederlandse toezichthouders in het kader van het gewone toezicht op de naleving mogen.

Zoals ook het uitgangspunt in mijn preadvies is geweest, denk ik dat het als de overheid op een normale manier toezicht wil uitoefenen, niet werkbaar is bedrijfsruimte onder de bescherming van artikel 8 EVRM te brengen. Wat het probleem van machtigingen tot betreden betreft: ik zou zelf geen absolute eis uit het Colas Est-arrest willen afleiden. Er zijn wellicht ook andere mogelijkheden om te waarborgen dat een dergelijke betreding en het vervolgens uitgeoefende toezicht voldoen aan de EVRM-eis, bijvoorbeeld als de vordering tot medewerking dermate concreet is dat het bedrijf ongeveer weet wat het aan documenten moet verstrekken. Hiervoor kan misschien het een en ander uit het Ernst-arrest worden afgeleid.

Ik heb gezocht naar een balans tussen enerzijds het belang van effectief toezicht en handhaving en anderzijds uiteraard het belang van de bescherming van de mensenrechten. Als er geen belangen van natuurlijke personen aan de orde zijn, moet in mijn visie normaal toezicht op de naleving op een fatsoenlijke manier gewoon mogelijk zijn. Niet fatsoenlijk is dan bijvoorbeeld een grootscheepse inval, iedereen klem zetten achter een deur en kasten openbreken, iets wat volgens mij ook op basis van de Awb-toezichtsbevoegdheden helemaal niet mag.

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

In de uitkomst zijn mevrouw Blomberg en ik het volgens mij vrijwel volkomen eens. Het verschil van opvatting zit in het volgende. Colas Est, waarover wij het nu hebben en waarmee ook de stelling te maken heeft, is hier natuurlijk de cruciale uitspraak. Ik lees dit arrest zo dat het eerste lid van artikel 8 EVRM, dat de reikwijdte van het privacyrecht omschrijft, zonder meer op bedrijfsruimte van toepassing is. De pijn zit hem in het tweede lid en daarover gaat op dit moment ook de discussie: de mogelijkheden om inbreuken op dat grondrecht te rechtvaardigen. Mijn opvatting is dat het aantal inbreuken dat niet gerechtvaardigd is op basis van het tweede lid naar huidig Nederlands recht (toezichtsbevoegdheden en de verhouding tot het evenredigheidsbeginsel) minimaal zal zijn. Die verwachting heb ik precies om de reden die mevrouw Blomberg noemde: het is naar Nederlands recht al niet toegestaan dat er op grote schaal wordt doorzocht en invallen worden gedaan. Mijn inschatting is dat bedrijfsruimten vallen onder de bescherming van artikel 8 EVRM, eerste lid, maar dat de beperkingssystematiek zodanig is ingericht dat er niet vaker sprake zal zijn van schending. Ik weet dat ik nu geen advocatenstandpunt vertegenwoordig, want vooral in het mededingingsrecht volgen advocaten een wat andere lijn. Dit is echter wat volgens mij heersend recht is, althans, dit is mijn lezing daarvan. Ik denk dan ook dat mevrouw Blomberg en ik het in de uitkomst niet oneens zijn.

**Voorzitter:** Het is opmerkelijk dat u spreekt over een cruciaal arrest. Volgens mij zijn arresten van Straatsburg eigenlijk nooit cruciaal, omdat je er nooit iets van begrijpt en er altijd nog tien andere arresten nodig zijn om erachter te komen wat nu precies bedoeld is!

**Mr. T. Barkhuysen**

We hebben het nu steeds over de Awb en dat is volgens mij in dit gezelschap ook wel terecht, maar we hebben natuurlijk ook te maken met de Nederlandse Grondwet en de Algemene wet op het binnentreden. Ook daarin wordt uitgegaan van een andere systematiek. Daar wordt ervan uitgegaan dat onder de bescherming van het huisrecht alleen de woning valt waarin zich privé huiselijk leven afspeelt. De meer principiële en achterliggende vraag, waarop de discussie over de Awb eigenlijk een vervolg zou moeten zijn, is of wij niet ook de regeling in de Grondwet en de Algemene wet op het binnentreden, gelet op de uitspraak in de zaak Colas Est, zouden moeten heroverwegen in die zin dat daarin ook bedrijfsruimte in beginsel onder de bescherming van het huisrecht wordt gebracht.

Mevrouw Blomberg gaf aan dat wij kunnen proberen om het Straatsburgse Hof tot een nieuwe uitspraak te verleiden in een zaak vergelijkbaar met Colas Est, waar de huidige Nederlandse regeling onverkort zou worden toegepast zonder rekening te houden met een ruim uitgelegd huisrecht. Je kunt bekijken hoe door 'Straatsburg' in dergelijke zaken wordt geoordeeld, en of het Hof tot een andere interpretatie kan worden verleid. Ik denk dat dit voorstel op zich heel interessant is en dat wij van deze aanpak in Nederland misschien wel iets te weinig gebruik maken. Aan de andere

kant denk ik dat juist de zaak Cola Est ook laat zien dat Nederland er al eerder bij had moeten zijn. Waarom heeft Nederland zichzelf niet al op het moment dat die zaak in Straatsburg op de rol stond via de procesvertegenwoordiging, die er in Straatsburg toch is, als derde-partij laten registreren en het Hof uitleg gegeven over het feit dat wij in Nederland op dat punt een andere regeling hebben, waarbij er goede argumenten zijn om bedrijfsruimte niet ten principale onder het huisrecht te laten vallen?

### **Mr. N. Verheij**

Allereerst ook van mijn kant complimenten aan de preadviseurs. De preadviezen geven een mooi overzicht van de betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht. Het is natuurlijk niet compleet. Het VAR-bestuur had ook nog preadviezen kunnen laten schrijven (Barkhuysen refereerde er al aan) over het vreemdelingenrecht, het sociaal zekerheidsrecht, het belastingrecht en ga zo maar door, maar dan werd het boek weer te dik zodat daar dus maar van is afgezien. Bovendien laten de preadviezen van vandaag volgens mij zien dat men ook zonder absolute volledigheid na te streven een goed algemeen beeld kan krijgen.

Wat mij na lezing van de vier preadviezen het meest opviel, is dat het met de impact van het EVRM op het materiële bestuursrecht nog wel meevalt. In feite constateren alle vier de preadviseurs dat de grenzen die het EVRM aan het materiële bestuursrecht stelt tamelijk ruim zijn, zeker niet vaak aan een effectief bestuur in de weg staan en ook niet zo vreselijk vaak in Nederland worden overschreden. Bij lezing van de preadviezen kreeg ik soms enigszins de indruk dat sommige preadviseurs dat stiekem een beetje jammer vonden. Dat begrijp ik wel vanuit het perspectief van een schrijver. Het is altijd leuker als je een paar forse misstanden aan de kaak kunt stellen, want dan kun je lekker mopperen en klagen. Maar eigenlijk is het natuurlijk wel verheugend dat het nogal meevalt. Kennelijk doen we het nog niet zo heel erg slecht en leven we nog altijd in een min of meer net land.

Van belang zijn natuurlijk ook opvattingen over de manier waarop we met het EVRM zouden moeten omgaan. In dat verband wil ik één punt noemen, waarop ik graag een reactie zou krijgen van één of meer van de preadviseurs. Een aantal preadviseurs (Verschuuren heel expliciet, maar naar ik meen ook Barkhuysen) klaagt er enigszins over dat de rechter in zijn uitspraken te weinig en te weinig systematisch naar het EVRM verwijst. Mij valt op dat zij daarbij meestal niet zeggen dat het resultaat strijdig is met het EVRM. Kennelijk gaat het hen vooral om de motivering. Zij wijten de houding van de rechter ook aan gebrekkige kennis of belangstelling. Ik vraag mij af of er niet nog iets anders aan de hand is: waarom zou een rechter er eigenlijk het EVRM bij moeten halen als hij er ook, zoals vaak het geval is, met het nationale recht wel uitkomt? Zolang het resultaat maar verenigbaar is met het EVRM! Daar zit ook een constitutionele dimensie aan, want op het moment dat een rechter zegt: 'zus en zo zit het, en dat volgt uit het EVRM', dan is dat ook zo. Dan zitten we daaraan vast en kan zelfs de wetgever niet meer corrigerend optreden als hij anders denkt over wat er uit het EVRM voortvloeit, wat toch voorstelbaar is. Dat probleem bestaat minder als de rechter een concrete zaak weet op te lossen zonder

naar het EVRM te grijpen. Eerlijk gezegd begrijp ik daarom heel goed dat rechters wel eens vermijden dat te doen als het niet nodig is.

Over de misstanden vermeldt Barkhuysen dat Nederland op het gebied van het materiële bestuursrecht vijf keer in Straatsburg is veroordeeld. Dat is natuurlijk vijf keer te veel, maar het is geen aantal om heel erg van wakker te liggen. Het onderwerp wakker liggen brengt mij bij de arresten Hatton en wederom bij het preadvies van Verschuuren. Ik geloof dat ik deze arresten iets anders heb beleefd dan Verschuuren. Ik was boos over Hatton I en slaakte een zucht van verlichting bij Hatton II. Dat kwam merkwaardig genoeg onder meer door iets waarover Verschuuren en ik het eens blijken te zijn. Verschuuren zegt op pagina 304 dat hij het altijd geforceerd heeft gevonden om een mensenrecht op bescherming van het leefmilieu onder te brengen bij de bestaande mensenrechten. Dat ben ik helemaal met hem eens en dat was juist een reden waarom ik minder gelukkig was met Hatton I. Als we een mensenrecht op bescherming van het leefmilieu in het EVRM willen opnemen, is het inderdaad veel beter dat de verdragsluitende partijen dat netjes met zoveel woorden in een nieuw protocol doen dan dat het EHRM dit in de sleutel van artikel 8 EVRM brengt. Dynamische interpretatie of niet, *living instrument* of niet, er zijn grenzen aan hoever je een tekst kunt oprekken en er zijn nog belangrijker grenzen aan de rechtsvormende taak van een rechter, ook van de rechter van het Straatsburgse Hof. Mijn concrete vraag aan Verschuuren is: waarom zouden wij nu eigenlijk zo'n grondrecht op bescherming van het leefmilieu willen? Meer concreet: wat zou daarvan voor mevrouw Hatton de meerwaarde zijn geweest? Een andere reden waarom ik bij Hatton II die zucht van verlichting slaakte, was namelijk dat het Straatsburgse Hof daarin erkende dat het in het milieurecht nu eenmaal gaat om heel complexe, meerdimensionale en soms moeilijk te objectiveren belangenafwegingen. Het Hof erkende dat dergelijke afwegingen niet zonder meer des rechters zijn, maar in veel opzichten aan democratisch gelegitimeerde organen moeten worden overgelaten. Het Hof moet de nationale overheid daarbij noodzakelijkerwijs een ruime marge van *appreciation* laten. Zou dat nu zoveel anders worden als er in het EVRM een recht op bescherming van het leefmilieu zou staan? Het is onontkoombaar dat een dergelijk recht heel algemeen en abstract zou zijn geformuleerd. Het zou dan toch evenzeer een heel ruime beperkingsclausule moeten kennen, met onder meer economische belangen als beperkingsgrond? Het Hof zou daarom net zo terughoudend moeten toetsen als in Hatton II. Begrijp mij goed, ik zeg niet dat het leefmilieu niet belangrijk genoeg is voor het EVRM. Dat zou ik ook niet dŭrven zeggen, want anders word ik straks door een milieujurist nog met pek en veren ingesmeerd! Ook erken ik uiteraard dat het voor een adequate bescherming van het leefmilieu nodig is op bovennationaal niveau ten minste minimumnormen vast te leggen, maar ik betwijfel of een algemeen mensenrecht op bescherming van het leefmilieu een geschikt middel is om dat doel te bereiken. Om bij de casus van Hatton te blijven: kunnen we niet beter, zoals eveneens op tal van andere terreinen wordt gedaan, gewoon binnen de Europese Unie concrete en dan ook harde normen voor nachtvluchten afspreken? Ik denk dat mevrouw Hatton daaraan meer zou hebben gehad. Deze benadering roept ook wel weer vragen op, dat weet ik, maar ik begin maar eens met een concrete vraag aan Verschuuren: wat, *if anything*, zou mevrouw Hatton nu aan een grondrecht op bescherming van het leefmilieu hebben gehad?

Wat heeft mevrouw Hatton aan een grondrecht op bescherming van het leefmilieu? Ik denk dat we dat precies kunnen zien aan Hatton I. Naar mijn idee is dit arrest een uitspraak die gedaan zou moeten zijn als er een echt mensenrecht op milieubescherming in het EVRM had gestaan. Volgens mij was dit dan een aardige uitkomst geweest. In werkelijkheid is Hatton I gebaseerd op artikel 8 EVRM. Ik ben het met Verheij eens dat Hatton I in vergelijking met andere jurisprudentie rond deze bepaling nogal een uitzonderingspositie inneemt. Het EHRM onderbouwt dat wel. Aan de hand van vele argumenten komt het Hof tot de conclusie dat artikel 8 EVRM in milieuzaken anders geldt dan in andere zaken. Maar dat is geforceerd. Ik ben het wat dat betreft dus met Verheij eens dat de teruggang in Hatton II, geredeneerd vanuit het systeem van het EVRM, tamelijk logisch was. Ik kan mij echter nog herinneren dat ik ten tijde van Hatton I voor de radio een discussie had met een bekende mensenrechtenspecialist uit Nederland, die juist heel erg benadrukte dat de dynamische kracht van het EVRM zo belangrijk was. Hatton I was dan eigenlijk een heel normale uitspraak, omdat het EVRM zich nu eenmaal ontwikkelt. Nieuwe problemen zorgen voor nieuwe jurisprudentie, waarin een nieuwe betekenis wordt gegeven aan bestaande mensenrechten. Ook van die opvatting zijn kennelijk toch behoorlijk wat voorstanders te vinden. We kunnen er niet omheen dat de uitspraak Hatton I is gedaán en dat er bij Hatton II erg veel dissenters waren. Ook binnen het Straatsburgse Hof ligt hier dus duidelijk een punt van discussie.

Wat is dan de meerwaarde? Volgens mij is het belangrijkste punt in Hatton I dat het bevoegd gezag zich beter rekenschap moet geven van de verschillende in het geding zijnde belangen. Dat is ook een link naar de jurisprudentie van de Nederlandse rechter. Er is een verschil tussen hetgeen er nu in Nederland met het EVRM gebeurt en hoe het volgens mij zou moeten. Misschien is de uitkomst niet zozeer verschillend, maar dat weet je niet helemaal zeker. Er wordt namelijk vaak op een heel abstract niveau, in zekere zin vanuit het overheidsperspectief, naar een zaak gekeken. Er wordt gezegd: er zijn kennelijk economische belangen in het geding, dus dan bestaat er een rechtvaardiging voor de inbreuk. Maar zijn die belangen ook echt in het geding? Is dat onderzocht? En wat zijn dan precies die economische belangen? Dat is de ene kant van het verhaal. Vaak is dat niet helemaal duidelijk. Er wordt gewoon geroepen dat er sprake is van economische belangen, zonder dat dit goed is onderzocht. Dat blijkt heel duidelijk uit Hatton I. De andere kant van de zaak blijft vaak onderbelicht. Wat is de precieze situatie van de klager, de individuele burger? Wat voor klachten zijn er? Wat is de schade die deze burger ondervindt? Dat hele microniveau zien wij in de Nederlandse jurisprudentie bijna niet terug. Dat is volgens mij de meerwaarde van de jurisprudentie van het Hof in Straatsburg, en überhaupt van een mensenrecht. Er behoort veel meer te worden gekeken naar de individuele positie van de burger. Is die positie in het geding en heeft de overheid dáárnaar gekeken? Dat mis ik nu in de jurisprudentie van in ieder geval de Afdeling. Deze benadering zou volgens mij meer aandacht krijgen als een zaak meer vanuit het mensenrechtenperspectief wordt bekeken. Ik denk niet dat dit heel vaak tot andere uitkomsten leidt, dat ben ik met Verheij eens, maar het zorgt er wel voor dat het bevoegd gezag zaken beter op een rij moet hebben.

Ik ben het er helemaal mee eens dat harde normen effectief zijn. Vandaar dat ik ook altijd een enigszins dubbel gevoel heb bij zo'n pleidooi voor een meer bindende fundamentele norm. Er zijn volgens mij twee dingen die daarover gezegd kunnen worden.

Ten eerste heb je een vangnet nodig, omdat heel veel problemen nieuw zijn. Dat zien we ook aan de jurisprudentie waarin allerlei nieuwe milieuproblemen opkomen, zoals gsm-antennes en straling. Hiervoor bestaan nog helemaal geen harde normen, maar er is mogelijk wel schade voor de individuele burger. Die burger moet ergens een beroep op kunnen doen als hij daadwerkelijk schade lijdt en als we vinden dat de overheid daarvoor bescherming moet bieden (de positieve verplichting uit het EVRM). Deze eerste opmerking is van heel praktische aard.

Meer fundamenteel geldt volgens mij het volgende. Ik constateer dat we kennelijk de bescherming van het milieu iets heel belangrijks vinden. Dat staat ook in alle documenten van internationale instanties, zoals ik kort heb beschreven in het begin van mijn preadvies. Het is raar dat we op dat gebied heel veel concreet hebben uitgewerkt, maar dat we daarvan geen fundament hebben. Vanuit systematisch oogpunt vind ik het daarom ook belangrijk dat er voor al dat milieubeleid en milieurecht een fundament ligt in het EVRM, ook gezien het grote aantal zaken dat bij het EHRM komt. Er worden daar heel veel milieuzaken aangebracht, terwijl er niet eens een milieumensenrecht is. Dat geeft toch iets aan. Daarmee kom ik meteen op een derde element: om die klachten goed te kunnen behandelen, kunnen we beter een specifiek mensenrecht hebben dat daarop is toegesneden, dan elke keer onze toevlucht te moeten zoeken tot rechten die daarvoor eigenlijk niet bedoeld zijn.

Waarom zou de rechter naar het EVRM moeten verwijzen? Ik ben het met Verheij eens dat er geen reden is om het erbij te halen als er niemand over klaagt, tenzij een evidente schending aan de orde is. Door mijn onderzoek en na rondvraag is mij echter duidelijk gebleken dat de rechter er liever niet naar verwijst, ook als partijen heel uitdrukkelijk een beroep op de mensenrechten doen. Vaak beginnen burgers juist over de mensenrechten, omdat zij denken: dat is een heel hoge norm, dat is iets heel belangrijks, daar ga ik mee beginnen. Vervolgens vind je dat in een uitspraak helemaal niet terug (dat vind ik heel erg kwalijk) of is het met één zinnetje afgedaan aan het eind van de uitspraak. In feite trekt men eerst de conclusie en zegt men vervolgens: o ja, nu het EVRM nog even! Ik zie veel liever dat daarmee wordt begónnen, en dat de hele uitspraak daaraan wordt opgehangen. Nogmaals, ik ben het met Verheij eens dat dit materieel allemaal niet zoveel uitmaakt, maar het geeft wel beter aan welke status wij aan het EVRM zouden moeten toekennen.

## **Mr. T. Barkhuysen**

De algemene indruk van Verheij na lezing van de preadviezen is dat het met de impact van het EVRM nog wel meevalt. Een geruststellend beeld: we leven in een beschaafd land. Gelukkig, inderdaad, maar mijn vraag is wat Verheij bedoelt met de term impact. Gebruiken ook de preadviseurs deze term om aan te geven wat de betekenis van het EVRM is? Ik heb in ieder geval in mijn preadvies, en ik meen dat Verschuren dat ook in zijn preadvies doet, de woorden betekenis en invloed

gebruikt, in een meer normatieve zin. Ik denk ook dat we daaraan de waarde van het EVRM moeten afmeten, de waarde die het heeft als een abstracte norm die geldt in de rechtsorde, waaraan de diverse onderdelen van de staat gebonden zijn. Als wij ons nu afvragen wat de impact, in de definitie van Verheij, van het rechtszekerheidsbeginsel in Nederland is en gaan kijken, zoals hij kennelijk doet, naar het aantal schendingen dat wordt vastgesteld in de rechtspraktijk, dan zal de conclusie misschien moeten zijn dat de impact van het rechtszekerheidsbeginsel zeer gering is. Toch zal Verheij niet betogen dat het rechtszekerheidsbeginsel daarom onbelangrijk is. Ik denk dat vooral moet worden gekeken naar de normatieve betekenis van het EVRM, en die kan zeker belangrijk worden genoemd. Verder zien we aan de hoeveelheid vastgestelde schendingen ook niet de preventieve werking die uitgaat van het bestaan van een dergelijke norm, zoals bijvoorbeeld bij de wetgever die in de aanloop naar een nieuw wetsvoorstel een bepaalde maatregel niet neemt vanwege EVRM-vereisten, of het bestuur dat iets dergelijks doet in de aanloop naar het nemen van een besluit. Dat zijn allemaal zaken die men moet meewegen bij het beoordelen van de betekenis en het belang van het EVRM.

Dan het punt van Verheij over de opstelling van de rechter: waarom zou de rechter aan het EVRM refereren wanneer dat voor de uitkomst toch niets uitmaakt? Ik ben het met Verschuuren eens. In ieder geval als partijen een beroep op het EVRM doen, zal de rechter daarop ten minste gemotiveerd moeten ingaan, ook los van de eisen die voortvloeien uit het EVRM, en wel op grond van nationaal recht. Het EVRM mag niet zomaar onbesproken worden gelaten of met een gratuite opmerking terzijde worden geschoven. Ik denk dat partijen recht hebben op een gemotiveerde behandeling van een dergelijke beroepsgrond. Nu is het misschien wel zo dat sommige bestuursrechtspraak in Nederland ook los van EVRM-beroepsgronden lijdt aan een wat beperkte motivering, maar dat zou voor mij geen reden zijn om bij het EVRM te zeggen: dan hoeft het daar ook niet. Misschien zou je dan moeten zeggen dat we het in brede zin beter gaan doen. Ik wil wel benadrukken dat we ons nu erg focussen op de rol van de rechter, het bestuur en de wetgever. Mijn indruk is echter dat in veel zaken waarin het EVRM aan de orde wordt gesteld, partijen dat beroep ook een beetje gratis doen. Partijen komen vaak met een argument in de zin van: en er is ook nog een schending van artikel 8, en 9, en 10 enzovoort van het EVRM. Ik denk dat er aan die kant eveneens het een en ander kan worden verbeterd. Als partijen overwegen een beroep te doen op het EVRM, moeten zij mijns inziens nagaan in hoeverre dat in die concrete situatie zinvol is, en als zij concluderen dat dit zo is, moeten zij vervolgens ook een *gemotiveerd* beroep doen. In een zaak als Hatton bijvoorbeeld: mocht in Nederland in het kader van de discussie over de nachtluchten op Schiphol een beroep op artikel 8 EVRM worden gedaan, dan zou ik de advocaat van de omwonende belanghebbenden aanraden om zelf al een adviesbureau in de arm te nemen dat onafhankelijke akoestische rapporten opstelt. Op die manier kan hij dan aantonen dat er sprake is van een grote geluidsoverlast. Vervolgens zou hij een adviesbureau in de arm kunnen nemen dat aantoonde dat het economische gewin voor de luchthaven Schiphol relatief gering is. Als je met zo'n zaak bij de rechter komt, dan dwing je de rechter misschien ook meer serieus in te gaan op een beroep op het EVRM.

Ten slotte een reactie op de vraag of het opnemen van een apart milieurecht in het EVRM dan wel bescherming van het milieu via artikel 8 EVRM wel zo zinvol is, en of niet meer moet worden aangesloten bij normen waarin bijvoorbeeld precieze geluidbelastingsmaxima worden neergelegd. Ik denk dat je het één moet doen, maar het ander niet moet laten. Het is op zich belangrijk dat zo veel mogelijk wordt geprobeerd milieunormen te concretiseren, maar anderzijds denk ik dat de wetgever ook moet erkennen dat hij niet alle situaties kan voorzien. Je kunt niet altijd voorzien hoe een concrete algemene regeling in een bijzondere zaak uitwerkt. Iets kan best in algemene zin rechtmatig zijn terwijl de effecten in een concreet geval onevenredig uitpakken. De bescherming van zo'n milieurecht, al dan niet afzonderlijk neergelegd in het EVRM, is nu juist voor die gevallen bedoeld.

### **Mr. N. Verheij**

Ik zal niet op alles opnieuw ingaan. Wat het grondrecht betreft: mij spreekt het heel pragmatische argument van de vangnetfunctie wel enigszins aan. Waar ik toch bang voor ben, en daar ging Verschuuren voor mijn gevoel een beetje aan voorbij, is dat bij dat soort moeilijke afwegingen te veel van de rechter wordt verwacht. Natuurlijk zal het best eens zo zijn dat de overheid maar roept dat er economische belangen zijn en als dat evident zo is, kan de rechter daarop wel de vinger leggen, maar er is altijd een heel grote grijze zone, waarin je daarover kunt twisten en waarin de rechter vaak niet de expertise heeft om dat echt te beoordelen. Dat maakt dat hij toch terughoudend moet zijn.

Het eerste punt, waarop zowel Verschuuren als Barkhuysen niet echt is ingegaan, betrof het volgende. Een rechter kan zijn uitspraak baseren op nationaal recht of op het EVRM, en dat heeft verschillende implicaties voor de verhouding tussen rechter en wetgever. Ik opperde, en ik heb er geen onderzoek naar gedaan, dat dit een reden zou kunnen zijn waarom rechters zich liever op nationaal recht baseren. Uiteraard moet de rechter in beginsel ingaan op hetgeen partijen hebben aangevoerd, maar er zijn domweg situaties waarin hij aan het verhaal over het EVRM helemaal niet toekomt, omdat het besluit toch al op een nationaalrechtelijke grond moet worden vernietigd. Dat kan toch? En dat is toch legitiem?

### **Mr. T. Barkhuysen**

Dat laatste punt is natuurlijk een oud argument, dat al tientallen jaren geleden naar voren is gebracht. Als een rechter inderdaad een formele wet buiten toepassing zou laten wegens strijd met het EVRM, en dat zou in hoger beroep of in het civiele recht eventueel in cassatie in stand blijven, dan is dat eigenlijk het laatste woord. Daarna is de wetgever buiten spel gezet. Daarover wil ik zo meteen nog iets zeggen, maar dat zou in ieder geval niet een argument hoeven zijn in de zaken waarop Verheij doelde, de zaken waarin de rechter een beroep op het EVRM in wezen niet honoreert. Verheij noemt zaken waarin het voor het resultaat toch niet uitmaakt, en daaronder schaar ik



ook maar zaken waarin de klager geen gelijk krijgt en het beroep op het EVRM dus niet gehonoreerd zou worden. Daar gaat het argument eigenlijk niet op.

**Verheij:** Of zaken waarin hij op een andere grond gelijk krijgt!

**Barkhuysen:** Dat houdt verband met het volgende punt dat ik wilde noemen. Voor die categorie zaken zou het argument in beginsel wel kunnen opgaan. Maar je kunt je afvragen in hoeverre dat zo strak ligt, en of er dan daadwerkelijk in een andere zaak met iets andere omstandigheden niet meer de mogelijkheid zou bestaan om alsnog toepassing te geven aan de wet. Want formeel-juridisch gezien heeft zo'n uitspraak natuurlijk alleen maar werking tussen partijen, en als het betrokken overheidsorgaan of de instantie goede argumenten meent te hebben om in een andere zaak diezelfde wet toch toe te passen, ondanks het feit dat de rechter er eerder voor heeft gekozen deze buiten toepassing te laten, dan bestaat die mogelijkheid natuurlijk. Het is aan de rechter om vervolgens te beoordelen in hoeverre dat 'precedent' (zo noem ik het maar even oneerbiedig) van de andere rechter gevolgd zal worden. De dialoog of discussie daarover kan dus wel degelijk worden voortgezet. Ik geef toe dat de betreffende overheidsinstantie dan enigszins op achterstand staat, maar formeel-juridisch gezien is het niet verboden om die formele wet een volgende keer toch toe te passen.

**Voorzitter:** Misschien ook om een wat meer finale geschilbeslechting te krijgen, bedacht ik mij. Je kunt vernietigen op grond van het feit dat een stuk een dag te kort ter inzage heeft gelegen, en dan hoef je die 51 aan het EVRM ontleende argumenten niet meer te behandelen. Dat scheelt ontzettend veel tijd (volgende zaak!) maar dan weet je natuurlijk ook niet waar je aan toe bent.

**Mr. C.A.J.M. Kortmann**

Ik begrijp dat er door Verheij, maar vooral door Verschuuren gepleit wordt voor het opnemen in het EVRM van een recht op een schoon, veilig milieu. Ik vind dat een uitgesproken pervertering van de grondrechten, en wel hierom. In de eerste plaats zijn wij het zelf, die in hoge mate bijdragen aan de vervuiling van het milieu. Aan de ene kant dragen we daaraan bij, en aan de andere kant zeggen we dat we recht hebben op een schoon milieu! In de grondrechtensfeer is dat nogal bezopen, tenzij je ervan uitgaat dat we allemaal schizofreen zijn. Aan de ene kant zeggen we dan: 'vervuilen, dat moeten we altijd doen', en vervolgens hebben we recht op niet vervuilen. Dit is een heel fundamentele reden, want die milieuvervuiling is grotendeels niet het gevolg van overheidsactiviteiten, waartegen de andere grondrechten zich juist keren. Dan kan wel gezegd worden dat we dat oplossen met positieve verplichtingen, maar in feite zou dan in het hele EVRM één heel typisch grondrecht worden opgenomen, dat eigenlijk alleen gebaseerd is op eventuele positieve verplichtingen van de overheid. Ik zou zeggen dat als men een dergelijk recht wil, het in het Europees Sociaal Handvest moet worden gestopt. Het milieu heeft ook te maken met je sociale bestaan.

Mijn tweede punt vind ik eigenlijk nog veel fundamenteler. Als Verschuuren ervoor zou pleiten om zo'n milieugrondrecht (dat ook nog mensenrecht heet, wat ik helemaal gek vind) op te nemen in het EVRM, waarom zegt hij dan niet dat we in het EVRM een grondrecht moeten opnemen om beschermd te worden tegen elke vorm van hinder die ons menselijk bestaan in aanmerkelijke mate benadeelt? Dat is in feite hetzelfde, dus eigenlijk zou een anti-hindergrondrecht in het EVRM moeten worden opgenomen. Want waarom is beschadiging van geest en lichaam in de sfeer van wat wij het milieu noemen ernstiger dan beschadiging van geest en lichaam op andere manieren? Kortom, ik denk dat Verschuuren hierop totaal vast zal lopen, zowel om dogmatische als om praktische redenen. Daarom zou ik tegen Verheij willen zeggen: neem die vangnetnorm nu ook niet voor uw rekening, maar zeg gewoon dat het zo niet gaat en dat als wij iets aan het milieu moeten doen, dit moet gebeuren door middel van normale wettelijke regels.

**Voorzitter:** Dank u wel, zo kennen we u weer. We moeten iets aan het milieu doen, dat geloof ik wél, maar hoe? Dat is de vraag. Moet er een 'ah-grondrecht' komen, een anti-hindergrondrecht, of toch maar een grondrecht op het schone leefmilieu?

### **Mr. J.M. Verschuuren**

Kortmann komt met een bekend argument, dat wij ook al vaak hebben moeten aanhoren.

**Kortmann:** Dan trek ik mijn woorden terug!

**Verschuuren:** Nee, hoor! Ik wil er ook heel graag op reageren. We vervuilen allemaal zelf het milieu, dat is natuurlijk waar. Mensenrechten zijn inderdaad vooral gericht op bescherming van de burger tegen de overheid. Nu is het zo dat die overheid over het algemeen de besluiten neemt die ervoor zorgen dat de kwaliteit van het milieu verslechtert, verbetert of hetzelfde blijft. Meestal zijn overheidsbesluiten de basis voor vervuilende handelingen. Een burger mag het milieu volgens onze wetgeving niet vervuilen, tenzij hij daarvoor een vergunning heeft, en ook bedrijven moeten een vergunning hebben. De overheid maakt regelgeving die het handelen van burgers aan banden legt. Het is dus vaak juist wel de overheid die daarin een heel centrale rol speelt. Vanuit dat perspectief is het niet zo raar dat daarop een mensenrechtencontrole plaatsvindt, ook omdat veel verdragen en verklaringen al in die richting wijzen. In een aantal bindende verdragen, de internationale 'hard law'-verdragen op het gebied van milieu, wordt zelfs expliciet naar een mensenrecht op bescherming van het milieu verwezen. Het is dus niet iets heel geks en nieuws. Er zijn bovendien veel landen waar dergelijke grondrechten in het nationale recht bestaan, waarop ook veel jurisprudentie is gebaseerd. Sterker nog: er zijn veel landen waar juist op basis van dit mensenrecht het hele milieurecht tot ontwikkeling is gekomen. We kunnen beter andersom redeneren: waarom hebben wij het eigenlijk niet? Het is raar dat het bij ons niet bestaat, terwijl we zoveel milieurecht hebben. Je begint bij de bescherming van burgers en mensenrechten, en van daaruit ga je verder redeneren. Dat zou mijn

benadering zijn. Ik denk dus dat het wel meevalt met het bijzondere eraan, en dat zo'n mensenrecht als vangnet en als toets op overheidshandelen een heel goede functie zal hebben, ook bij een overheid die in de positieve sfeer met bescherming van het milieu bezig is.

**Kortmann:** Maar het zijn dingen die wij willen doen, waarvoor de overheid vervolgens wel of niet een vergunning geeft. Dat is een totaal andere situatie dan die Verschuuren schetst, waarin het de overheid is die door afgifte van vergunningen eigenlijk het milieu verpest. De activiteit gaat telkens uit van particulieren, en de overheid probeert dit te reguleren. Dat is volkomen anders dan bij de normale klassieke grondrechten, waarbij het gaat om overheidsactiviteiten.

**Verschuuren:** Ik denk dat het wel meevalt. Ik probeer nu even snel alle jurisprudentie langs te lopen. In alle milieuzaken die bij het EHRM zijn geweest, heeft de overheid duidelijk een grote stempel. De overheid is degene die met een nieuw nachtvluchtenregime komt. Dan kun je wel zeggen dat het British Airways is die iets wil, maar het is toch de overheid die de afwegingen moet maken. De overheid heeft de verplichting om de gezondheid van burgers te beschermen, en dus ook het milieu. Ik zie dat dus niet zo.

**Kortmann:** Dat komt nog wel.

### **Mr. L.M. Koenraad**

Nu ik de discussie zo beluister, krijg ik de indruk dat Verschuuren geschillen in het omgevingsrecht te veel als tweepartijengeschillen ziet: de kleine burger tegen de grote boze overheid. Als ik het tweede deel van zijn stelling 1 bekijk, dat rechter en bestuur ten onrechte (veel) meer oog zouden hebben voor het systeem en de bedoeling van de wet dan voor de rechten van de individuele burger, dan doelt hij daarmee kennelijk op de individuele burger die bezwaar maakt en beroep instelt. In het omgevingsrecht zit je echter juist met méér individuele burgers, en dan kom je terecht in het grote grijze gebied waar Verheij op doelt en bij die complexe belangenafweging. Deze belangenafweging wordt er in het geval van zendmastinstallaties natuurlijk niet minder complex op door hetgeen Verschuuren op pagina 289 min of meer terloops zegt: 'Interessant aan deze zaak is nog wel dat hier een potentiële botsing tussen mensenrechten uit het EVRM zichtbaar wordt.' Het omgevingsrecht is natuurlijk vergeven van botsende grondrechten en als deze tegen elkaar moeten worden afgewogen, is er de *margin of appreciation*. Ik denk dat de rechter en het bestuur het dan toch niet zo heel slecht doen. Binnen dat systeem proberen wij in de sfeer van botsende belangen en grondrechten een redelijk evenwicht te vinden.

### Mr. J.M. Verschuuren

Ik ben het daar helemaal mee eens, en deze reactie sluit ook aan bij de opmerking: verwacht je niet te veel van de rechter? Volgens mij is het niet de rechter die de afweging moet maken, maar de rechter moet wel toetsen of het bestuur een goede afweging heeft gemaakt. De vraag is of het bestuur de afweging heeft gemaakt van het individuele belang van die ene klagende burger in relatie tot alle andere partijen die in een bepaalde zaak een rol spelen. Die partijen kunnen zijn: belangenorganisaties, andere omwonenden of zelfs andere burgers, want onder het milieurecht hebben we nog heel even een *actio popularis*, dus iedereen kan daarbij in feite betrokken zijn. Wat de rechter dus wel kan doen is toetsen of het bestuur de goede afweging heeft gemaakt op basis van de goede feiten. In Hatton was duidelijk te zien dat de belangrijkste kritiek van de rechter op het bevoegde gezag was: u heeft de gegevens die nodig zijn om die afweging te kunnen maken helemaal niet op tafel gehad, dus hoe heeft u die afweging kunnen maken? Op zo'n manier kan de rechter hiermee volgens mij omgaan. Dan hoeft hij niet zelf alle onderzoeken te doen of alle informatie te hebben, maar hij moet wel controleren of de overheid die gegevens heeft gehad. Als dat niet het geval is, kan er nooit een goede afweging zijn geweest tussen het individuele mensenrechtenbelang en het algemene belang dat met een bepaald besluit kennelijk wordt gediend.

### Mr. N. Verheij

Ik wil nog kort antwoorden op de vraag van Kortmann. Ik heb niet sterk voor een mensenrecht op een schoon leefmilieu gepleit. Naar aanleiding van hetgeen Verschuuren zei, heb ik alleen gezegd dat ik mij iets kan voorstellen bij een soort algemene vangnetnorm op nationaal niveau.

**Voorzitter:** U zei dat het u aansprak.

**Verheij:** Maar een dergelijke norm hoeft wat mij betreft niet per se in het EVRM te staan. Ik ben het wel met Kortmann eens dat het daarin begripsmatig minder goed zou passen. Het hoeft wat mij betreft ook geen mensenrecht te heten. Het enige praktische argument dat je zou kunnen hebben om een dergelijk recht in het EVRM te zetten, is dat je dan het bestaande toezichtsmechanisme kunt gebruiken. Maar als het mogelijk zou zijn om bijvoorbeeld een Europees milieuverdrag te sluiten met een vergelijkbaar toezichtsmechanisme, dan zou ik dat óók prima vinden. Mijn argumenten zijn dus heel pragmatisch.

**Barkhuysen:** Ik wil nog even wijzen op de Nederlandse Grondwet. We discussiëren nu wel over de vraag of er een apart mensenrecht moet komen, maar je zou in ieder geval kunnen zeggen dat het recht op een schoon leefmilieu al als een apart grondrecht in de Nederlandse Grondwet staat, zij het als een sociaal grondrecht.

**Voorzitter:** En die gaan geloof ik nergens over, om het even kort samen te vatten!

# Uitslag van de VAR-pleitwedstrijd, gehouden op 12 mei 2004

## De voorzitter spreekt als volgt

Het is de dertiende keer dat deze wedstrijd is georganiseerd. Dit jaar vond hij plaats aan de Erasmus Universiteit in Rotterdam onder de bezielende leiding van collega Rogier, die het geheel, met een moderne term, op voortreffelijke wijze heeft aange-stuurd. Ik ben er de hele dag bij geweest, dus ik kan uit eigen ervaring spreken als ik zeg dat er een uitstekende organisatie was, prima locaties, een goede lunch en een goede borrel. Alles liep op rolletjes, maar het ging natuurlijk om de teams en het pleiten. Het gaat uiteindelijk ook om wie er wint, maar toch vooral om het meedoen: een soort Olympische spelen voor rechtenfaculteiten.

Zeven teams van zeven verschillende faculteiten namen deel in de mededinging en één team buiten mededinging. Omdat het nu eenmaal lastig pleiten is tegen een team dat er niet is, wordt een oneven aantal teams aangevuld met een tweede team van een universiteit, maar dat tweede team doet dan buiten mededinging mee. Nu zult u zeggen: maar er zijn toch meer rechtenfaculteiten dan zeven? Dat klopt, maar een paar waren niet vertegenwoordigd, waaronder helaas Nijmegen. U zult zich afvragen hoe dat kan, want wellicht kunt u zich herinneren dat Nijmegen vorig jaar de trotse winnaar was. Naar ik begrepen heb, hebben ze in Nijmegen het standpunt dat het een ernstige tegenvaller is als je het jaar daarop dan niet wéér eerste wordt. Er waren redenen om aan te nemen dat er, hoewel geringe, kans bestond dat ze geen eerste zouden worden. Kortom, ze konden geen team op de been krijgen, maar ze hebben mij verzekerd dat ze volgend jaar wél mee zullen doen en datzelfde geldt overigens voor de Universiteit Maastricht.

Tilburg was zo vriendelijk om een extra team in te zenden, dat dus buiten mededinging participeerde. Dat team had beter wél kunnen meedingen, want dat heeft het heel goed gedaan! Bij het pleiten heeft het zelfs de tweede plaats behaald. U zult zeggen: het gaat toch alleen maar over pleiten? Er is echter ook een schriftelijke ronde, waarin een beroep- en een verweerschrift moet worden ingediend, en die ronde telt voor de helft van het totale aantal punten mee. Op de dag van de pleitwedstrijd vinden 's ochtends de mondelinge ronden plaats, en daarin zou het extra Tilburgse team als tweede zijn geëindigd, zou het hebben mogen meedingen. Dat is dus een eervolle vermelding waard.

De teams hebben het geweldig goed gedaan. Als u nagaat dat er 50 punten te verdienen vielen en dat het zwakste team 37 punten haalde en het sterkste 47 (dat

laatste was overigens het team van de VU), dan ziet u dat het geheel van een behoorlijk hoog niveau was. Ook de finale in de middag was trouwens van een zeer hoog niveau.

Wat was nu de uitslag? Als zevende eindigde, en dat is ook heel netjes en heel gastvrij, het team van de Erasmus Universiteit. Zij wilden het voordeel van de thuiswedstrijd niet benutten (dat deed mij even aan Feyenoord-Groningen denken). Op de zesde plaats eindigde het eerste team van Tilburg, op de vijfde plaats de Universiteit van Amsterdam en de wedstrijd om de derde en vierde plaats, want daarvoor is dan nog een kleine finale, ging tussen de VU en Groningen. Deze wedstrijd werd gewonnen door Groningen, dus de VU werd vierde en Groningen werd derde. Groningen, dat dit jaar als derde is geëindigd, werd vorig jaar tweede en het jaar daarvoor eerste. Nu mag u uitrekenen hoeveelste ze volgend jaar worden! Zij denken tweede, maar dat is Groningse rekenkunde. In de finale stonden Leiden en Utrecht en dat was niet alleen een buitengewoon spannende aangelegenheid, maar ook één van hoog niveau. U zult er straks nog iets meer over horen. Het team dat gewonnen heeft is het Utrechtse team. Eindelijk! Dat zeiden wij in Utrecht allemaal, want het was acht of negen jaar geleden dat dat voor het laatst, en toen trouwens ook voor het eerst, gebeurde. De Utrechtenaren zitten er altijd wel redelijk dichtbij, maar nu hebben ze toch een keer gewonnen. Ik wil graag Rolf Ortlep, Jasper van Kempen, Roland Voogt, Janneke Vervest en Anne Marie Ferwerda, de leden van het team, vragen naar voren te komen. Geeft u ze een klaterend applaus, waarna ik de beker zal uitreiken, want dat moet ik ook nog even zeggen: de beker was kwijt. Ja, dat heb je met die Nijmegenaren die niet komen opdagen. Zij hadden immers de beker mee moeten nemen. Ik moet echter meteen iets ter verdediging zeggen en ook een compliment maken aan Nijmegen, want de beker was onderhand al aardig oud en stond helemaal vol met namen van al die mensen die hem ooit hadden gewonnen. Nijmegen heeft daarom voor een nieuwe beker gezorgd, waarop weer heel veel namen kunnen van veel teams. Die beker wil ik nu graag uitreiken aan het Utrechtse team.

(Volgt uitreiking)

(Applaus)

**Voorzitter:** Weet je wel wat je met zo'n beker moet doen? Je moet er een zoen op geven, dat doen voetballers ook altijd. Anne Marie, jij hebt de eer verdedigd in de finale, om maar even met het einde te beginnen. Hoe vond je dat gaan?

**Anne Marie Ferwerda:** Ja, het is dat ik hier nu sta...! Nee, het ging goed. We hadden een goede tegenstander en het was inderdaad heel close, maar uiteindelijk was ik toch net iets beter dan Leiden.

**Voorzitter:** Maar was je zenuwachtig, of dacht je: nou ja, ik ga dit gewoon doen en we gaan gewoon die beker pakken?

**Anne Marie Ferwerda:** Het laatste natuurlijk. Gewoon ervoor gaan, niet zenuwachtig zijn en helemaal zeker van m'n eigen standpunt.

**Voorzitter:** En wat ga je doen als je afgestudeerd bent?

**Anne Marie Ferwerda:** Hopelijk naar de advocatuur.

**Voorzitter:** Dames en heren, u weet het, straks tijdens de theepauze kan ze alvast aangekocht worden. Er zijn ook heel leuke andere dingen, trouwens. Vóór de finale, 's morgens, is er ook gepleit. Hoe is dat jullie vergaan?

**Jasper van Kempen:** Prima, 20 punten van de 25, en daarover was ik zeer tevreden. Ook ik had een goede tegenstander. Ik moest in de eerste ronde pleiten tegen Rotterdam, dus het was volle bak, maar het ging goed.

**Janneke Vervest:** Daar sluit ik me helemaal bij aan.

**Voorzitter:** Ik ben bij verschillende wedstrijden geweest en ik kan mij herinneren dat de rechter in de tweede ronde, waar jij moest pleiten, na ongeveer tien seconden, toen je net met je pleidooi bezig was, al allerlei vragen begon te stellen. Was dat niet eng?

**Janneke Vervest:** Bijzonder vervelend...

**Voorzitter:** We zullen eens kijken wat we daaraan kunnen doen. Ik geloof dat het in het echt meestal niet zo gaat. Daar is het veel saaier dan op een pleitwedstrijd. Er worden eindeloze verhalen voorgelezen en dan vinden mensen het ook nog wel eens gek dat rechters in slaap vallen! Zij hebben het verhaal dan allemaal al schriftelijk voor zich. Maar goed, dat verschilt natuurlijk ook een beetje per rechter. Het pleiten was dus wel leuk, begrijp ik. Er zijn ook nog twee mannen die dat kunstje niet hebben kunnen laten zien, maar wel van dichtbij een belangrijke rol hebben gespeeld als stille krachten bij het schrijven van de stukken en het ondersteunen gedurende de dag. Het is natuurlijk heel belangrijk dat er goede processtukken liggen en daarop had Utrecht, samen met Leiden, eveneens het best gescoord. Utrecht heeft die lijn vervolgens voortgezet en is daarmee in de finale gekomen, waarin Leiden het overigens ook heel goed gedaan heeft. Hoe zit het wat de toekomst betreft met de rest? Wordt dat allemaal advocatuur?

**Jasper van Kempen:** Het lijkt me erg leuk, maar ik ben er nog absoluut niet uit. Ik heb me nog te weinig georiënteerd op dat punt, dus ik moet nog even kijken.

**Voorzitter:** Jij wel, Janneke? Dat zei je woensdag, lang na afloop.

**Janneke Vervest:** Nog steeds, nog steeds.

**Voorzitter:** Ja, de overwinning wordt natuurlijk gevierd, dat begrijpt u wel! En de voorzitter mag altijd mee, maakt niet uit wie er wint! En jullie? U moet wel aan dé kant van de tafel gaan staan, mijnheer Ortlep. Rolf wil voorzitter van de VAR worden!

**Rolf Ortlep:** Inderdaad, mijn ambitie is om voorzitter te worden van de VAR! Mijn toekomst, was dat de vraag? Ik wil graag promoveren bij de grote baas, dat is in mijn geval Rob Widdershoven.

**Roland Voogt:** Ik ben er nog niet helemaal uit. De advocatuur spreekt mij heel erg aan, maar ik houd ook graag de andere mogelijkheden nog open en daarover ga ik me de komende tijd beraden.

**Voorzitter:** Nou, dat is een echte jurist! Dat brengt mij er overigens nog op te zeggen dat de reeds genoemde Widdershoven en onze collega mevrouw Knijff de begeleiders waren van het team. Zij hebben dat met grote inzet en veel plezier gedaan. Kortom: het was een schitterende dag, een heel leerzame ervaring en het is prachtig dat jullie het zo goed hebben gedaan. We verwachten nog heel veel van jullie. Het is natuurlijk altijd mooi om later te kunnen zeggen: o díé, maar die heeft toen ook een keer de VAR-pleitwedstrijd gewonnen! Ik hoop dat het inderdaad zo zal gaan. Heel veel succes verder, bedankt voor jullie komst en jullie zijn hier de hele dag nog onze gast.

**Roland Voogt:** Ik wil nog iets vertellen over het Utrechtse team. We hebben heel vaak meegedaan en we hebben een beetje aan het Joop Zoetemelk-syndroom geleden. Dat betekent dat we heel vaak erg ver zijn gekomen, maar meestal werden we net geen eerste. Uiteraard onderschrijven we de gedachte 'meedoen is leuker dan winnen', zeker bij zo'n prachtig evenement als het VAR-pleitconours, maar toch waren we erg blij om deze keer eindelijk weer eens eerste te worden. Dat heeft niet alleen aan onszelf gelegen en daarvoor wil ik graag een aantal mensen bedanken. In de eerste plaats de organisatie vanuit Rotterdam en in de tweede plaats uiteraard de organisatie vanuit de VAR. Daarnaast hebben we een aantal keren geoefend met pleiten, want dat hebben we tijdens onze studie bijna niet gedaan. Daarvoor wil ik graag Tijn Kortmann van Stibbe bedanken en Oswald Jansen, die net ook heeft geïntervenieerd. Dank jullie wel! En natuurlijk Rob Widdershoven en Cathine Knijff, onze begeleiding. Ik wil graag afsluiten met te zeggen dat dit onze eerste kennismaking is met de VAR en dat wij alle vijf hopen hier nog eens terug te keren en langer lid te blijven.

(Applaus)

**Voorzitter:** De deelnemers van de pleitwedstrijd worden tegenwoordig allemaal van rechtswege een jaar gratis lid en daarna moeten ze de belangrijkste beslissing in hun leven nemen: blijf ik lid of niet?



# Interventies, met reacties van de preadviseurs (middaggedeelte)

Mr. A.M.L. Jansen

Allereerst mijn complimenten aan de preadviseurs. Eveneens mijn complimenten aan het VAR-bestuur voor de keuze van het onderwerp: de betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht. Desalniettemin loopt mijn vraag via een een-tweetje met het formele bestuursrecht, althans het onderwerp 'de positie van de rechter'. Dat een-tweetje heb ik nodig om aan de preadviseurs een kwestie voor te leggen die samenhangt met de rol van de rechter in het materiële bestuursrecht. Er is namelijk jurisprudentie van het EHRM (onder andere de reeds genoemde zaak Hatton II en de zaak Kingsley, ook tegen Engeland) waaruit men kan afleiden dat de beperkte rechterlijke toetsing van bestuursoptreden nogal eens niet door de Straatsburgse beugel kan. Soms wordt een dergelijke toetsing van bestuursoptreden te mager bevonden. Uit die rechtspraak kunnen we afleiden dat de bestuursrechter het bestuursoptreden, en misschien zelfs wel het bestuursbeleid, wat indringender en steviger behoort te toetsen dan in sommige gevallen geschiedt, in Engeland maar ook in Nederland. Mijn vraag aan alle preadviseurs is daarom of het EVRM noopt tot een minder beperkte toetsing van het bestuurlijk optreden door de rechter. Die vraag is volgens mij nauwelijks met goed fatsoen helemaal ontkennend te beantwoorden. Als de rechter zich aan de arrestenlijn van het EHRM wil houden, moet hij zich volgens mij noodzakelijkerwijs enigszins met het materiële optreden van het bestuur, en misschien zelfs wel met het bestuursbeleid, gaan bemoeien. Mijn eerste vraag met ja beantwoordend (dat zou nog even bevestigd kunnen worden door de preadviseurs), kom ik tot mijn volgende vraag: op welke terreinen dan precies? In Hatton II, de zaak die ook figureert in de preadviezen en die door Verheij al is genoemd, zien we dat er misschien bepaalde gevallen zijn waarin de rechter inderdaad nog heel terughoudend moet toetsen, maar dat er ook terreinen in het bestuursrecht zijn waar de terughoudende toetsing door de rechter, zo beperkt als nu geschiedt, volgens mij niet meer is te handhaven. Mijn tweede vraag luidt dus als volgt: noopt het EVRM tot een bemoeienis van de rechter met het materiële bestuursrecht, en zo ja, op welke terreinen zien de preadviseurs daar een belangrijke rol voor die rechter? Deze vraag is in ieder geval aan Barkhuysen gericht, maar gezien de toevoeging kunnen ook de andere preadviseurs hierop wellicht reageren.

**Mr. T. Barkhuysen**

Noopt, zo vraagt Jansen, het EVRM tot een minder beperkte toets van overheidsop treden dan nu kennelijk door de Nederlandse rechter wordt uitgevoerd?

**Jansen:** Onder bepaalde omstandigheden, althans in bepaalde gevallen en situaties.

**Barkhuysen:** Ik kan die vraag niet zo gemakkelijk met ja of nee beantwoorden, want dat zou geen recht doen aan de complexiteit van de kwestie. Het algemene uitgangspunt is volgens mij wel dat, wanneer de wetgever het bestuur beleidsvrijheid heeft toegekend en het bestuur gebruikmakend van die beleidsvrije ruimte handelt of niet handelt, de Nederlandse rechter moet kunnen nagaan in hoeverre dat optreden in overeenstemming is met de eisen die voortvloeien uit het EVRM. Dat is een algemeen vereiste, dat bijvoorbeeld volgt uit artikel 13 EVRM in samenhang met het recht dat in een kwestie aan de orde is, zoals het privacyrecht, het verbod van een vernederende behandeling en, in relatie tot het vreemdelingenrecht, de vraag of bij uitzetting het familieleven in het geding is. Als daar beleidsvrijheid bestaat aan de zijde van het bestuur, moet de rechter kunnen nagaan in hoeverre de invulling daarvan, en het resultaat van die invulling, in overeenstemming zijn met het EVRM. Ik kan in algemene zin niet beoordelen of de Nederlandse rechter dat nu wel of niet voldoende doet. Kijkend naar het vreemdelingenrecht zou je misschien wel kunnen vaststellen dat de toetsing die daar plaatsvindt wat terughoudend genoemd kan worden, ook in verhouding tot de toetsing die het EHRM op dat punt uitvoert, want dat is een ander ankerpunt. Ik noemde artikel 13 EVRM als een belangrijke norm die bepaalt hoe ver de rechter met zijn toetsing zou kunnen gaan, maar tegelijkertijd moet door de Nederlandse rechter ook gekeken worden naar de mogelijkheden die het EHRM heeft om uiteindelijk, nadat alle nationale instanties zijn uitgeput, overheidsop treden te toetsen. Het Hof in Straatsburg moet volgens mij geen indringender en diepgaander toetsing kunnen uitvoeren dan de Nederlandse rechter. Dat is ook niet de bedoeling van het EVRM, en het zou een ongewenste situatie zijn, die niet overeenstemt met de subsidiariteitsgedachte die in het EVRM besloten ligt. Indien we bijvoorbeeld kijken naar het terrein van het vreemdelingenrecht, zien we dat daar mogelijk spanning zou kunnen ontstaan. Op grond van de Vreemdelingenwet 2000 zijn immers de mogelijkheden van de rechter om beslissingen van de Immigratie- en Naturalisatiedienst c.q. de Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie te toetsen relatief beperkt. Ook zien we dat er aardig wat procedurele obstakels in dat traject zitten, waardoor bepaalde feiten die zich weliswaar materieel gezien werkelijk afgespeeld zouden kunnen hebben, in een procedure niet meer meegenomen mogen worden, bijvoorbeeld omdat ze door de vreemdeling in kwestie te laat in de procedure naar voren zijn gebracht. Kijken we nu hoe een dergelijke zaak verder gaat, dan zien we dat de Nederlandse rechter op grond van de Vreemdelingenwet en de Awb mag toetsen in hoeverre het bestuur in redelijkheid tot een bepaalde feitenvaststelling heeft kunnen komen. Dat is volgens mij een meer afstandelijke toets. Als zo'n zaak vervolgens doorgaat naar Straatsburg, trekt het Hof zich eigenlijk niet zoveel aan van de obstakels die in ons procesrecht zijn aangebracht. 'Straatsburg' mag wél rekening houden met feiten die een vreemdeling pas later in

de procedure naar voren brengt. Sterker nog: in de Straatsburgse procedure zie je dat rapporten en dergelijke die dáár nog ingebracht worden (waaruit bijvoorbeeld blijkt dat een vreemdeling bij uitzetting wordt blootgesteld aan vernederende behandeling) door het EHRM wel degelijk worden meegewogen. Recente jurisprudentie van het EHRM tegen Nederland, in de zaak Venkadajalasarma bijvoorbeeld, bevestigt dat. Het Hof in Straatsburg toetst *ex nunc* en trekt zich ook niet zoveel aan van de terughoudende feitenoetsing die op grond van de Vreemdelingenwet aan de Nederlandse rechter wordt opgelegd. Resumerend: een algemener antwoord is niet goed te geven. Ankerpunten zijn dat beleid wel degelijk moet kunnen worden getoetst op EVRM-conformiteit (op grond van art. 13 EVRM) en dat het bij feitenvaststelling erg belangrijk is rekening te houden met de mogelijkheden die het EHRM heeft, en dáárbij aan te sluiten voor de rechterlijke toetsing in Nederland. In die zin denk ik, en dat is ook het punt van Jansen, dat nog wel eens kritisch mag worden bekeken in hoeverre de Nederlandse rechter daaraan op alle punten voldoet.

### **Mr. J.M. Verschuuren**

Ik ben het met de reactie van Barkhuysen helemaal eens. Voor het omgevingsrecht is het volgens mij goed om toe te voegen dat daar uitdrukkelijk de *wide margin of appreciation* naar voren komt. Op dat gebied is er heel veel bevoegdheidsruimte aan de overheid gegeven, dus daar verwacht je een wat meer marginale toetsing. Toch denk ik dat ook het omgevingsrecht een terrein is waar de EVRM-jurisprudentie noopt tot een verdergaande toetsing of in ieder geval tot een betere motivering en afweging van het concrete individuele belang, zoals ik volgens mij ook duidelijk heb aangegeven in mijn preadvies. Ik sluit mij aan bij hetgeen werd gezegd over de feiten. Het meest opmerkelijke als je de jurisprudentie van het Hof in Straatsburg bestudeert, is dat de feiten in hoge mate centraal worden gesteld. Bij ons heb je op het gebied van het milieurecht (en op andere terreinen) nog vaak het idee dat de discussie bij de rechter over allerlei juridische zaken gaat. De klager vraagt zich dan af of het nog wel om zijn geschil gaat. Het geschil betreft bijvoorbeeld de vraag of iets onder het begrip inrichting van de Wet milieubeheer valt, maar of de klager door bepaalde vormen van milieuhinder inderdaad hinder ondervindt of schade lijdt, lijkt haast wel een afgeleide kwestie te zijn. Terwijl dát voor de burger juist de centrale kwestie is. Het goede van het EVRM en de manier waarop de Straatsburgse rechter daarmee omgaat, is dat heel sterk wordt uitgegaan van de feiten. Dat is volgens mij iets waarvan de Nederlandse rechter zou kunnen leren.

### **Mr. T. Barkhuysen**

Ter aanvulling op de opmerking van Verschuuren over de feiten als uitgangspunt wil ik nog iets zeggen over de *margin of appreciation*, de beoordelingsruimte die het Straatsburgse Hof in zijn toetsing laat aan de verdragsstaten. Dat is mogelijk een ander belangrijk punt en ik wil onderstrepen dat daarover in de Nederlandse rechtspraak misschien nog wel wat misverstanden bestaan. We zien namelijk in de juris-

prudentie dat als de Nederlandse rechter overheidsoptreden toetst, er vaak zonder enige omweg wordt verwezen naar de *margin of appreciation*-doctrine, die door het Straatsburgse Hof ontwikkeld is om de nationale autoriteiten een bepaalde beoordelingsruimte te laten. Die verwijzing impliceert dan een daarbij behorende terughoudender toetsing door de rechter. Een van de stellingen die later op de dag nog in stemming wordt gebracht, betreft nu juist de vraag in hoeverre de Nederlandse rechter dat wel zo één-op-één zou mogen doen. Is die *margin of appreciation* inderdaad bedoeld om ook toegepast te worden door de Nederlandse rechter, of is dat een toetsingsdoctrine die met name geldt voor toetsing op Straatsburgs niveau? Naar mijn mening is dat laatste het geval: de *margin*-doctrine moet met name worden toegepast op het Straatsburgse niveau, zoals je ook ziet aan de motivering die het Hof vaak gebruikt om in een zaak een *margin* aan te nemen, namelijk dat de nationale autoriteiten in een betere positie verkeren om de feiten vast te stellen, de omstandigheden in de samenleving te proeven en het daarbij behorende normniveau vast te stellen. Bij de huidige praktijk van de Nederlandse rechter om die *margin* ook zonder meer zelf toe te passen, dus één-op-één over te nemen van de Straatsburgse toetsing, moeten daarom naar mijn mening ten minste serieuze vraagtekens worden gezet.

Nu zie ik Jaap Polak al een beetje in mijn richting kijken, want wij hebben hierover in het verleden veel gediscussieerd. Hij zou nu ongetwijfeld tegenwerpen: ja, dat is in theorie natuurlijk misschien wel waar, maar tegelijkertijd is er in de verhouding tussen de rechter, de wetgever en het bestuur in Nederland ook een soort marge. Inderdaad bestaat er een zekere constitutionele verhouding die maakt dat de rechter bepaald optreden afstandelijker moet toetsen dan ander optreden. Natuurlijk geldt dat de toetsingsintensiteit ook in die verhouding kan, of moet, verschillen. Waartegen ik mij echter te weer stel, is het zonder nadere motivering overnemen van die Straatsburgse *margin*.

### **Mevrouw mr. A.B. Blomberg**

In grote lijnen ben ik het wel eens met wat Barkhuysen en Verschuuren hebben opgemerkt. Misschien kunnen we nog één stap teruggaan: het begint natuurlijk bij het bestuur, dat zich al aan de grens van het EVRM moet houden. Op het moment dat er bij de uitoefening van bepaalde bestuursbevoegdheden beleidsvrijheid is, wat natuurlijk op het terrein van de handhaving heel duidelijk naar voren komt, wordt die beleidsvrijheid al begrensd door het EVRM. Als er dan een zaak voor de rechter ligt, heeft de rechter die beleidsvrijheid van het bestuur ook alleen maar te respecteren, voorzover de EVRM-grenzen niet worden overschreden. De vraag van Jansen is of de rechter in dat verband minder terughoudend moet toetsen dan gewoonlijk. In beginsel moet hij, denk ik, gewoon op dezelfde manier toetsen, tenzij er echt strijd is met het EVRM. Voor mijn onderdeel, de handhaving, heb ik een aantal mensenrechten bekeken. In hoeverre stellen deze grenzen aan de discretionaire handhavingbevoegdheid? Dat is in de tweede paragraaf van mijn preadvies ook een soort denkoefening voor mijzelf geweest. Mij is gebleken dat er slechts in heel extreme omstandigheden een absolute grens geldt. Pas dan ligt er een positieve verplichting voor de overheid en moet echt worden gehandhaafd. Artikel 2 EVRM, het recht op

leven, is daarvan in het bijzonder een voorbeeld. Aan de andere kant zijn er natuurlijk ook rechten die aan handhaving in de weg kunnen staan (we komen dan in de sfeer van het gedogen), maar daar laat het EVRM ook meer ruimte toe voor een belangenafweging op nationaal niveau. Ik vind het moeilijk om met heel concrete voorbeelden te komen van gevallen waarin de rechter voller moet toetsen dan hij thans doet, behalve natuurlijk als het gaat om *criminal charge*, maar ik denk niet dat dit het punt is waarop Jansen doelt.

### Mr. E.A. Alkema

Ik wil een enkele opmerking maken over de werkwijze van de rechter in Straatsburg en zijn verhouding tot de Nederlandse rechter. In de eerste plaats de kwestie van de feitenbeoordeling. Ik denk dat daar een ongelukkige taakverdeling is tussen het Hof in Straatsburg en de nationale rechter. Uit goede overwegingen, namelijk bescherming van het individu, komt het Hof er nog té vaak toe zich indringend met feiten bezig te houden, maar daarvoor heeft het steeds minder de gelegenheid. Ik denk dat het Hof in dit opzicht een voorbeeld zou kunnen nemen aan zijn tegenhanger in Luxemburg, die in een uitspraak die mevrouw Overkleeft vanochtend citeerde uitdrukkelijk heeft gezegd dat het voor de feiten een rol toekent aan de nationale rechter. Dat kan in het EG-recht natuurlijk ook makkelijker, omdat men daar met prejudiciële beslissingen werkt.

Bij hetgeen Barkhuysen over het vreemdelingenrecht heeft gezegd, moet toch wel de kanttkening worden gemaakt dat, blijkens het arrest Maaoui/Frankrijk het vreemdelingenrecht voor een deel onttrokken is aan met name artikel 6 EVRM. Uit dit arrest volgt tevens dat bepaalde zaken slechts in het licht van bepalingen als de artikelen 3, 5 en 8 EVRM, met behulp van artikel 13 EVRM, in Straatsburg aan de orde kunnen worden gesteld. De toetsing *ex nunc*, zoals daar gebeurt, is natuurlijk ook eigenlijk geen uitzondering, want men kan in Straatsburg toetsen aan zaken die de nationale rechter zelfs niet gekend heeft!

Aangaande andere verschillen wil ik erop wijzen dat er wat het toezicht betreft een aanzienlijk verschil is in cultuur. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de zaken over Engelse woonwagabewoners, die ook door de preadviseurs behandeld zijn. Ik herinner mij discussies over die zaken in de Commissie voor de Rechten van de Mens, waarbij de Britse collega zei: daar kunnen we helemaal niet aan beginnen, want het zou merkwaaardig zijn als een rechter zich daarmee bemoeit. Ik geloof dat uiteindelijk een van die zaken door het EHRM ontvankelijk is verklaard en dat er slechts in beperkte mate naar een schending is gekeken, terwijl daar in de commissie gedeeltelijk heel anders over werd gedacht. Er is wat dat betreft een groot cultuurverschil. Denkt u maar aan de *Wednesbury Principles* die in Engeland gehanteerd worden, en die veel minder ver reiken dan wat wij in ons bestuursrecht in het algemeen gewend zijn. Op dat punt moet het Hof in Straatsburg natuurlijk een zekere gelijkheid betrachten.

Ten slotte over de *margin of appreciation*: ik vind de redenering van Barkhuysen wel mooi, natuurlijk heeft die *margin* voor het Hof in Straatsburg een eigen betekenis, maar aan de andere kant wil ik zeggen dat we ons daarop niet te veel blind moeten staren. Wat in Straatsburg eigenlijk telt, is of de nationale rechter behoorlijk moti-

veert. Als hij behoorlijk gemotiveerd heeft, is de uitspraak bijna altijd ook in Straatsburg aanvaardbaar. Dat is belangrijker dan de kwestie van de *margin of appreciation*.

### **Mr. T. Barkhuysen**

De laatste opmerking van Alkema moeten we maar beschouwen als een ondersteuning van de stelling van in ieder geval Verschuuren en mij, dat de Nederlandse rechter inderdaad in de motivering van zaken waarin een beroep op het EVRM wordt gedaan minder terughoudend zou moeten zijn. Dat zou kunnen bijdragen aan een betere acceptatie van die uitspraak als deze uiteindelijk in Straatsburg terecht komt.

Het is waar dat artikel 6 EVRM op grond van vaste Straatsburgse jurisprudentie niet van toepassing is op de meeste terreinen van het vreemdelingenrecht, maar daar ging het mij niet om. Het ging mij erom dat als de artikelen 3, 8 en met name 13 EVRM aan de orde zijn, wat in het vreemdelingenrecht in veel zaken het geval is, er ook wel degelijk eisen worden gesteld aan de toetsing door de nationale rechter, ook als artikel 6 EVRM niet van toepassing is. Artikel 13 is dan wel van toepassing, en zelfs als dit artikel er niet zou zijn en er zou wel een mogelijkheid zijn om een vreemdelingenzaak voor het Hof in Straatsburg te laten komen, dan nóg zou het voor de nationale rechter verstandig zijn om zich voor de intensiteit van de toetsing en de wijze van feitenweging te oriënteren op hoe 'Straatsburg' daarmee omgaat. Als staat wil je toch voorkomen dat het Straatsburgse Hof in een zaak die in jouw land behandeld is een schending vaststelt? Dat moet volgens mij het uitgangspunt zijn.

### **Mevrouw mr. E. Steyger**

Uiteraard wil ook ik mijn waardering uitspreken voor het onderwerp van deze VAR-jaarvergadering, de preadviezen en de preadviseurs, die veel moeite hebben gedaan om een heel dik boek te schrijven. Ik heb het gelezen, maar mijn interventie heeft betrekking op het preadvies van mevrouw Bulterman en zij is er niet, dus dat ik het gelezen heb hielp niet zoveel! Niettemin hoop ik dat de andere preadviseurs er ook iets mee kunnen. Bovendien zag ik al een enkele collega uit de sfeer van het Europese recht in de zaal zitten.

Mevrouw Bulterman beschrijft de invloed van het EVRM op het economisch bestuursrecht en betreft daarbij vanzelfsprekend ook het EG-recht. Deze beschrijving beslaat het volle derde en vierde hoofdstuk van haar preadvies. Ik wil met name ingaan op de paragrafen waarin zij de invloed van de jurisprudentie van het Hof van Luxemburg over het vrij verkeer beschrijft. Zij noemt daar in het bijzonder de media-arresten en de arresten betreffende reclame-uitingen en dienstverlening, alsmede het Brennerpas-arrest betreffende het vrij verkeer van goederen. Ook vermeldt ze het arrest Grogan. In dit rijtje zou mogelijk nog het arrest Conegate thuishoren, over afbeeldingen die door de één als kunst en door de ander als pornografisch werden gezien. Terecht constateert mevrouw Bulterman dat het HvJ lange tijd vermeden heeft zich uit te spreken over de invloed van het EVRM in het kader van het vrij verkeer. Als het Hof om het EVRM heen kon door uitsluitend prejudiciële vragen te

beantwoorden die betrekking hadden op het dienstenverkeer in enge zin, of het vrij verkeer van goederen in enge zin, dan deed het dat ook. Wat het Hof in Luxemburg zeker niet deed, was het EVRM uit eigen beweging in de overwegingen betrekken. In dit verband is het jammer dat mevrouw Bulterman niet het arrest Akrich heeft behandeld. Akrich gaat weliswaar niet over een van de in het EVRM gewaarborgde rechten die figureren in de jurisprudentie van het HvJ die mevrouw Bulterman bespreekt (het recht op eigendom en de vrijheid van meningsuiting), maar het betreft wel een van de vrijverkeerartikelen van het EG-verdrag. Dit arrest is interessant omdat het een opvallende trendbreuk met bovengenoemde jurisprudentie lijkt te vormen. Nu de vrijverkeerartikelen in het EG-verdrag sinds het arrest Bosman, de zaak over transfers in het betaald voetbal uit 1995, als een uitdrukkelijke eenheid moeten worden gezien, is het arrest Akrich in dit verband van zeer groot belang. Deze zaak gaat om de toelating tot de Gemeenschap van een derdelander, de heer Akrich, die met een EG-onderdaan getrouwd is, maar tot het moment van toegangsaanvraag geen legale toegang tot een EG-lidstaat heeft weten te verkrijgen. Door middel van zijn echtgenote zou hij toegang kunnen krijgen tot een EG-lidstaat, waartoe hij op zichzelf geen toegang heeft en waar zelfs een uitzettingsbevel tegen hem loopt. De hoofdvraag in de zaak is of het beroep dat Akrich op het gemeenschapsrecht doet, te beschouwen is als een beroep op het gemeenschapsrecht met de bedoeling het nationale recht te omzeilen, en of in dat geval de lidstaat mag weigeren het uitzettingsbevel op te heffen en toegang te verlenen. Het HvJ oordeelde dat een onderdaan van een derde land, die met een burger van de Unie is getrouwd, in beginsel wettig verblijf moet houden in een lidstaat wanneer hij zich begeeft naar een andere lidstaat, waarnaar die burger van de Unie is geëmigreerd. Niettemin moet de lidstaat, indien de onderdaan van het derde land geen wettig verblijf had in de oorspronkelijke lidstaat, en dus niet heeft voldaan aan de voorwaarde van het EG-verdrag en de betreffende secundaire wetgeving, bij terugkeer van de eigen onderdaan rekening houden met het recht op eerbiediging van het gezinsleven, zoals neergelegd in artikel 8 EVRM. Om deze reden is de zaak zo interessant. Het HvJ wijst in een zaak die op zich de vreemdelingenrechtelijke en familierechtelijke aspecten van het vrij verkeer betreft, de nationale rechter zonder meer op de rechten van artikel 8 EVRM in dit verband, terwijl de nationale rechter daaromtrent helemaal geen vraag heeft gesteld. Ook blijkt uit het arrest niet dat Akrich zelf op dit artikel een beroep heeft gedaan. In vergelijking met de eerder door Bulterman genoemde arresten is dit significant. Mijn vraag aan mevrouw Bulterman zou dan ook zijn geweest of zij dit arrest ook binnen het kader van het door haar beschreven gebied, het economisch bestuursrecht, kan plaatsen, en of er mogelijk een verschuiving van de positie van het Luxemburgse Hof inzake de toepasselijkheid van het EVRM in het kader van het vrij verkeer te verwachten valt. Aangezien zij er niet is, zal ik maar zeggen wat ik er zelf van vind. Volgens mij is dat wel het geval en is haar tweede stelling ook niet meer juist, dit laatste om een stemadvies te geven.<sup>21</sup>

Nu ik toch bezig ben met stellingen ga ik daarmee meteen maar verder. De derde stelling van mevrouw Bulterman is: 'Ook in zaken die binnen de reikwijdte van het

---

21. Preadvies Bulterman, p. 252.

Gemeenschapsrecht vallen, dienen de nationale wetgever, bestuurder en rechter zich de mogelijkheid voor te behouden zelfstandig aan de bepalingen van het EVRM te toetsen.' Dat lijkt mij buitengewoon onhandig, omdat de harmonisatie, waarnaar de EG en de EU uiteindelijk toe willen, dan mogelijk in disharmonisatie verandert. Je kunt immers heel gemakkelijk zeer uiteenlopende interpretaties krijgen.

Tot slot de volgende opmerking. Toen ik hier vanmorgen binnenkwam, hoorde ik voor de zoveelste keer de discussie gaan over de vraag of de EU partij moet worden bij het EVRM. Ik moet eerlijk zeggen: zullen we daar gewoon over ophouden? Alle meningen zijn nu wel bekend en bovendien: zolang we niet willen praten over het feit of de EU een federale staat moet worden, lijkt mij dat een overbodige discussie.

**Voorzitter:** Waarvan akte. Ik weet natuurlijk niet of we ons daarvan iets zullen aantrekken.

**Steyger:** Het is een voorstel!

**Voorzitter:** Dat is duidelijk. We kunnen het straks in stemming brengen, maar dat zult u niet willen, want dan gaan we het er weer over hebben!

**Mr. A.J.Th. Woltjer**

Ik vind het heel interessant dat mevrouw Steyger de zaak Akrich ter sprake brengt en daaraan ook de discussie verbindt over de vraag of de EU partij zou moeten worden bij het EVRM. Het probleem bij Akrich is nu juist dat de combinatie met artikel 8 EVRM op een erg ongelukkige manier is gemaakt. De combinatie is begrijpelijk als je de conclusie van de advocaat-generaal Geelhoed leest, die het over het gemeenschapsrechtelijke evenredigheidsbeginsel heeft en in dát verband zegt dat misschien artikel 8 EVRM (gezinsleven) van belang is. Het HvJ doet het op een heel ongelukkige manier: in tegenstelling tot hetgeen het Hof in de zaak Carpenter deed, zegt het dat het moet gaan om een authentiek huwelijk, iets wat in Straatsburg op die manier nooit is overwogen, en past criteria van openbare orde toe. Anders gezegd: het Hof in Luxemburg trekt op deze manier een heleboel dingen overhoop die in Straatsburg tot dat moment redelijk geordend waren. In dat opzicht vind ik wat het Hof in Luxemburg heeft gedaan niet zo erg overzichtelijk. Ik zou het daarom ook niet willen gebruiken als argument voor de wenselijkheid van de toetreding van de EU tot het EVRM. Ik denk dat het HvJ beter de lijn van Straatsburg had kunnen aanhouden dan hier, misschien uit concurrentieoverweging, een geheel eigen lijn uit te zetten.

**Mevrouw mr. E. Steyger**

Om te beginnen had ik die twee kwesties niet aan elkaar gekoppeld. Mijn laatste opmerking was meer een soort Carthago-overweging, voornamelijk omdat ik van die discussie over toetreding van de EU tot het EVRM een beetje flauw word. Op zich



ben ik het helemaal met Woltjer eens: Akrich is een heel ongelukkig arrest en het HvJ haalt er een heleboel dingen mee overhoop, zonder zelfs maar een fatsoenlijke motivering te geven. Niettemin is het een opvallende trendbreuk met bijvoorbeeld de media- en kabelarresten, waar het Hof nog nooit had bedacht dat het kon ingaan op het EVRM, en met bijvoorbeeld Grogan, waar dit wel degelijk ter sprake was gekomen, maar het Hof er toch ook omheen loopt. In Akrich heeft het Hof opeens wel artikel 8 EVRM erbij betrokken, zonder dat daartoe vanuit partijen of door een vraag van de nationale rechter enige aanleiding was. Volgens mij is dit toch een heel andere benadering dan we tot dusver gezien hadden. Ik wilde dat signaleren omdat we nu niet meer zo hard kunnen zeggen dat het Hof in Luxemburg het er echt altijd bij laat zitten. Aangezien Akrich een typisch arrest over het vrij verkeer van werknemers is, is de vraag wel of dat ook binnen het economisch bestuursrecht, waarover mevrouw Bulterman haar preadvies heeft geschreven, kan worden geplaatst. Ik zou zeggen van wel, omdat wat mij betreft alle vrijverkeerartikelen bij elkaar horen en een eenheid vormen: het is één groot systeem. Anderen zullen hier daarentegen geheel verschillende kolommen signaleren. Daarover had ik willen debatteren.

### **Mr. T. Barkhuysen**

Als iemand zegt dat ergens niet over gepraat mag worden, schiet ik altijd wakker en wil ik er toch iets over zeggen.

**Voorzitter:** Sliep u dan?

**Barkhuysen:** Dat impliceer ik niet! Ook vandaag lijkt het mij goed te benadrukken dat het wel degelijk belangrijk is dat de EU c.q. de EG toetreedt tot het EVRM. Ter informatie kan ik meedelen dat in dit verband op het niveau van de Raad van Europa deze week een belangrijke stap is gezet, want daar heeft het Comité van Ministers ingestemd met een ontwerp-Veertiende Protocol, dat inmiddels ook is ondertekend door Nederland. Daarin zijn voorzieningen opgenomen waarmee de EU tot het EVRM zou kunnen toetreden. Nu is het wachten nog op de aanvaarding van de Europese Grondwet, waarin voorzieningen om de toetreding mogelijk te maken zijn opgenomen aan de zijde van de EG en de EU. Ik wil benadrukken dat het heel belangrijk is om dat punt niet uit het oog te verliezen. De mening van mevrouw Steyger hierover ken ik ook eigenlijk niet. Is zij nu wel of niet voor een dergelijke toetreding?

### **Mevrouw mr. E. Steyger**

Ik moet zeggen dat ik er nooit zo'n hard punt van heb gemaakt, want ik vind het niet zo vreselijk belangrijk. Als echter de acceptatie op een gegeven moment zover gaat, dan zou je volgens mij de derde stelling al helemaal niet kunnen goedkeuren.<sup>22</sup> Dan

---

22. Preadvies Bulterman, p. 252.

moet je immers accepteren dat we gewoon te maken hebben met de EU als federale staat. En dat is weer een andere discussie.

**Mr. M.L. van Emmerik**

Ik sluit mij aan bij alle gemaakte complimenten. Enigszins verschrikt zie ik Barkhuysen nu naar mij kijken. Ik heb hem de laatste weken wat gepest met te zeggen dat ik mijn belangrijkste vraag over zijn preadvies tot vandaag had bewaard, maar dat is niet het geval. Ik heb een paar vragen over het preadvies van mevrouw Blomberg. Allereerst mijn complimenten over dit uitstekend leesbare preadvies, dat in het bijzonder voor handhavers en ook voor de wetgever op het terrein van handhaving een aantal duidelijke vingerwijzingen geeft. Vanuit het perspectief van de wetgever wil ik twee vragen stellen. Ik wijs erop dat het voor de wetgever niet altijd even gemakkelijk is de precieze implicaties van de Straatsburgse jurisprudentie te duiden. Dat zal trouwens ook voor anderen gelden. In dat verband is het bijvoorbeeld verheugend dat de precieze reikwijdte van het zwijgrecht in het preadvies helder is verwoord. Mijn twee vragen hebben betrekking op de bijzondere positie van de rechter bij de toetsing van boetebesluiten.

In de eerste plaats het punt van de evenredigheidstoets door de rechter in geval van wettelijk gefixeerde bestuurlijke boetes. In de literatuur en de nationale jurisprudentie wordt veelal het standpunt ingenomen dat een wettelijk gefixeerd boetestelsel in strijd is met artikel 6 EVRM. Uit deze bepaling zou vanuit het recht op een *full jurisdiction* voortvloeien dat de rechter te allen tijde zelf de evenredigheid van de hoogte van de bestuurlijke boete zou moeten beoordelen. Uit de jurisprudentie van het EHRM kan ik echter nog steeds niet afleiden dat een wettelijk gefixeerd boetestelsel op zichzelf in strijd zou komen met het uit artikel 6 EVRM af te leiden evenredigheidsbeginsel. Integendeel: uit de zaak *Malige tegen Frankrijk* van 23 september 1998 valt af te leiden dat een gefixeerd boetestelsel wel degelijk geoorloofd is, mits de wetgever bij de totstandkoming van die regeling de evenredigheid in acht heeft genomen. Ook de recentere zaak *Göktan tegen Frankrijk* van 2 juli 2002 wijst in deze richting. In deze zaak overweegt het Straatsburgse Hof onder meer dat het EVRM wettelijk gefixeerde sancties niet verbiedt en de rechter evenmin dwingt tot het aanpassen van deze sancties naar de omstandigheden van het geval. Verder dient te worden opgemerkt dat het EVRM niet dwingt tot een ambtshalve toets op evenredigheid door de rechter. De klager zal hierop derhalve uitdrukkelijk een beroep moeten doen. Een en ander betekent dat de rechter in beginsel kan uitgaan van de door de wetgever gemaakte afwijking. Hetzelfde geldt voor het bestuur, tenzij het bestuur sterke aanwijzingen heeft dat de hoogte van de boete in een bepaalde casus onevenredig uitpakt, bijvoorbeeld vanwege de geringe draagkracht van de overtreder. Een dergelijke aanwijzing zal het bestuur in de meeste gevallen krijgen doordat de betrokkene op dergelijke bijzondere omstandigheden een beroep doet, bijvoorbeeld bij het geven van zijn zienswijze over een voorgenomen boeteoplegging. Preadviseur Barkhuysen stelt, mede naar aanleiding van deze Straatsburgse jurisprudentie, dan ook terecht dat een wettelijk gefixeerd boetestelsel op zichzelf niet in strijd is met artikel 6 EVRM, mits de wetgever zelf het vereiste van evenredigheid in acht heeft genomen en de rechter kan toet-

sen of die wettelijke regeling juist is toegepast.<sup>23</sup> Het is natuurlijk altijd makkelijk om de preadviseurs te verwijten dat ze op bepaalde dingen niet zijn ingegaan, maar ik ben in dit verband benieuwd naar de zienswijze van mevrouw Blomberg.

Mijn tweede punt houdt verband met het *ne bis in idem*-beginsel. Op pagina 180 van haar preadvies werpt mevrouw Blomberg de vraag op of dit beginsel in de weg staat aan het opnieuw nemen van een punitief sanctiebesluit ingeval het eerdere besluit door de rechter is vernietigd. Mevrouw Blomberg geeft aan geneigd te zijn die vraag ontkennend te beantwoorden en voegt daaraan toe dat daarover anders gedacht kan worden, zoals in het strafrecht, waarin is uitgesloten dat een mislukte vervolging opnieuw wordt gestart. Brengt echter de bijzondere positie van de rechter bij de toetsing van boetebesluiten niet met zich mee dat hij na vernietiging van een dergelijk besluit de zaak zo veel mogelijk zelf afdoet? Zoals bekend, gebeurt dit thans reeds vaak, in het bijzonder indien de rechter constateert dat de opgelegde boete onevenredig hoog is en zelf een lagere boete vaststelt. Ook is denkbaar dat de rechter het boetebesluit vernietigt en de boete op nul stelt, aangezien de feiten die de boete constitueren onvoldoende bewezen zijn. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming, zoals onder meer voortvloeiend uit artikel 6 EVRM, brengt naar mijn oordeel mee dat de rechter de zaak dan zo veel mogelijk zelf afdoet. De burger heeft er zeker in een geval van bestraffende sancties recht op dat de zaak door de rechter definitief wordt afgehandeld. Een en ander doet mijns inziens recht aan de eis van artikel 6 EVRM om een *criminal charge* binnen redelijke termijn te behandelen. Uiteraard is er in een dergelijk geval voor het bestuur geen ruimte meer om een nieuw boetebesluit ter zake van hetzelfde feit te nemen. Graag hoor ik hierop een reactie.

Tot slot heb ik een opmerking over stelling 3, de stelling dat niet iedere punitieve bestuurlijke sanctie een *criminal charge* is. Ik kan mij daarin wel vinden. Mevrouw Blomberg geeft echter zelf het voorbeeld dat zij onlangs is aangehouden wegens het fietsen zonder licht. Zij vraagt zich af of bij een boete van 23 euro nu alle eisen van artikel 6 EVRM in acht moeten worden genomen. Ik ben het weliswaar met haar stelling eens, maar ik moet bekennen dat ik die bescherming van artikel 6 EVRM laatst zelf genoten heb. In Amsterdam zijn ze tegenwoordig heel streng. Ik werd bij de Munt aangehouden wegens het fietsen door rood licht, de agent begon een bon uit te schrijven en, niemand gelooft het, zijn pen begaf het. Daarop zei hij dat hij mij niet kon vragen om aan mijn eigen veroordeling mee te werken, en dat heb ik bevestigd!

**Voorzitter:** Waarmee u een verkeerde opvatting van het zwijgrecht weergaf!

**Van Emmerik:** Zeker. Desalniettemin wil ik die derde stelling ondersteunen. Wel wil ik opmerken dat inmiddels een voorontwerp van wet is gepubliceerd, waarin de gedachte is neergelegd dat het zwijgrecht op alle vlakken zou moeten gelden.

---

23. Preadvies Barkhuysen, p. 64.

Mevrouw mr. A.B. Blomberg

Op het eerste punt van Van Emmerik kan mijn reactie heel kort zijn: ik ben het helemaal met hem eens. Ik geloof niet dat ik in mijn preadvies iets anders heb betoogd. Ik meen zelfs dat ik daarop niet of nauwelijks ben ingegaan, ook omdat de reikwijdte van wat wij mochten schrijven beperkt was. Wat de gefixeerde boete betreft: ik ben het er helemaal mee eens dat, op het moment dat de wetgever de evenredigheidsaspecten heeft meegenomen, het bestuur en de rechter daarvan ook mogen uitgaan, bijzondere omstandigheden daargelaten.

Het tweede punt: is er op het moment dat een boetebesluit door de rechter is vernietigd nog plaats voor het bestuursorgaan om opnieuw voor hetzelfde feit een boete op te leggen, of is dat in strijd met het *ne bis in idem*-beginsel? Van Emmerik oppert dat de rechter de zaak wellicht zelf zou moeten afdoen. Soms zal dat inderdaad kunnen. Als de boete bijvoorbeeld onevenredig hoog is, kan de rechter deze mitigeren. Dit is in het belang van finale geschilbeslechting en het voorkomt dat het allemaal langer duurt dan nodig is. Het hangt er natuurlijk wel van af wat de reden is voor vernietiging van het besluit. Ik kan mij bijvoorbeeld voorstellen dat een boetebesluit wordt vernietigd vanwege onzorgvuldig onderzoek: het is niet helemaal zeker dat er géén overtreding is gepleegd, maar ook is niet onomstotelijk vast komen te staan dat dat wél het geval is. Ook kan vernietiging bijvoorbeeld plaatsvinden omdat het boetebesluit slecht is gemotiveerd. In die gevallen is er volgens mij geen plaats voor de bestuursrechter om een eigen beslissing voor het vernietigde besluit in de plaats te stellen. In ieder geval zal niet door de rechter een boete kunnen worden opgelegd. Om dan te zeggen: 'het bestuur heeft een fout gemaakt, jammer maar helaas, er mag geen boete meer worden opgelegd', enigszins zoals de weg die in het strafrecht wordt gevolgd, gaat mij duidelijk te ver. Ik denk ook niet dat het *ne bis in idem*-beginsel daartoe noopt, omdat er volgens mij een elementair verschil bestaat tussen de strafprocedure en de procedure tot het opleggen van een bestuurlijke boete. Vanuit dat verschil is naar mijn mening te rechtvaardigen dat een mislukte strafvervolgning niet wordt overgedaan: van het strafproces gaat immers ook al een bepaalde stigmatiserende of zelfs incriminerende werking uit, terwijl dat voor het proces tot opleggen van een bestuurlijke boete in veel mindere mate geldt. Daarom gaat het mij te ver om in gevallen dat er aan het boetebesluit gebreken kleven die in een nieuwe procedure kunnen worden hersteld, te zeggen dat dat niet meer mag.

Moet ik nog iets zeggen over stelling 3?

**Van Emmerik:** We zijn het eens, geloof ik.

**Blomberg:** Ja, we zijn het gewoon eens. Fijn: hoe meer medestanders, hoe beter.

## Mr. T. Barkhuysen

Het is op zich opmerkelijk dat Van Emmerik en mevrouw Blomberg beiden op de lijn zitten dat het bestuur in een concrete casus niet ambtshalve zou moeten nagaan of een boete al dan niet onevenredig uitpakt. Er is op dat punt thans nog leidende jurisprudentie van de Rechtbank Rotterdam. In financieel-economische bestuursrechtelijke zaken zou de rechter volgens deze rechtbank verplicht zijn de evenredigheid ambtshalve te toetsen, ook wanneer er door de wetgever al een afweging is gemaakt. Een signaal van de VAR aan de Rechtbank Rotterdam en misschien eveneens aan de wetgever zou in dit verband heel interessant zijn.

**Blomberg:** Stel dat die afweging door de wetgever is gemaakt en dat er niet door de burger een beroep wordt gedaan op bepaalde omstandigheden die rechtvaardigen dat er een uitzondering op het gefixeerde boetebedrag wordt gemaakt. Het lijkt mij dat de rechter op de stoel van de wetgever gaat zitten als hij die afweging dan nog eens ambtshalve over gaat doen.

**Voorzitter:** Het is misschien goed om te onderscheiden tussen twee verschillende kwesties. Ten eerste bestaat de mogelijkheid dat de wetgever met gefixeerde boetebedragen invulling geeft aan het begrip redelijkheid, wat op zichzelf ook door het Hof in Straatsburg is toegestaan, maar daarover zijn we het geloof ik wel eens. De tweede kwestie is of niettemin het bestuur in incidentele gevallen, al dan niet naar aanleiding van argumenten die door partijen naar voren worden gebracht, genoopt zou zijn om daarvan toch af te wijken, en of de rechter dat eventueel moet doen als het bestuur dat ten onrechte niet heeft gedaan.

**Barkhuysen:** En dan zegt de Rechtbank Rotterdam: zelfs als partijen daarover niets aanvoeren, moet het bestuur in een concrete casus toch ambtshalve nagaan of een sanctie die uit de wet voortvloeit, onevenredig uitpakt.

**Voorzitter:** De Rechtbank Rotterdam is een heel belangrijke rechtbank. Wat vinden wij van haar standpunt?

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

Het punt van dat tarievenstelsel is een interessant punt.

**Voorzitter:** Het gaat nu dus even over de vraag of wij het standpunt van de Rechtbank Rotterdam kunnen delen.

**Jansen:** Het is niet alleen het standpunt van de Rechtbank Rotterdam. Ik denk dat dit bijna staande jurisprudentie is van elke administratieve rechter die zich bezighoudt met de bestuurlijke boetes, met uitzondering wellicht van de Afdeling bestuursrecht-spraak, maar dat weet ik niet helemaal zeker. Ik wil dit even kort toelichten. Als je de uitspraak Malige leest, ook hier een cruciaal arrest, dan zie je dat het EHRM akkoord

gaat met een automatische sanctie in het bestuursrecht, waarbij dus de wetgever een soort evenredigheidsbeoordeling heeft gedaan, gekoppeld aan een strafrechtelijke veroordeling, omdat er een strafrechter is geweest die over de gedraging heeft geoordeeld. In het licht van artikel 6 EVRM is het volgens mij als volgt: je kunt niet zeggen dat het de wetgever verboden is om een tarievenstelsel te ontwerpen om in bepaalde gevallen boetes voor te schrijven, maar daarmee is nog niet gezegd dat het de rechter verboden is om dat stelsel vervolgens anders toe te passen. Voortvloeiend uit de *full jurisdiction*-eis is de rechter mijns inziens zelfs verplicht dat te doen als hij in een concreet geval meent dat er een onevenredige sanctie uit dat tarief voortvloeit.

Dan kom ik tot mijn tweede punt. We zien dat de Rechtbank Rotterdam worstelt met de vraag of je artikel 8:72 Awb, dus het zelf voorzien in de zaak, ruimer moet opvatten in boetezaken. Ik vind van wel. Ik denk dat de eis van *full jurisdiction* betekent dat een administratieve rechter, als hij meent dat een boetebesluit of een bestraffende sanctie niet juist is, verplicht is zo veel mogelijk zelf in die zaak te voorzien. Ik zie de Rechtbank Rotterdam worstelen met de vraag tot hoe ver die eis gaat. Ik heb een zaak in mijn hoofd (zonder vindplaats) van de financieel-economische kamer van de Rechtbank Rotterdam, waarin haast tot het moment dat de rekenmachine moet gaan bepalen hoe hoog de boete gaat worden, wordt voorgeschreven hoe de sanctie eruit moet zien, zonder dat de rechter zelf in de zaak voorziet. De zaak wordt toch teruggewezen. Ik denk dat dit op gespannen voet staat met de combinatie van de eisen van *full jurisdiction* en *ne bis in idem*.

### Mr. N. Verheij

Ik denk dat we op het punt van de toetsing een aantal situaties goed uit elkaar moeten houden. Er zijn volgens mij verschillende niveaus. Bij een wettelijk boetetarievenstelsel is het in de eerste plaats in theorie denkbaar dat de wetgever dit stelsel in een vlag van verstandsverbijstering in het algemeen zó onevenredig heeft vastgesteld, dat de rechter, hoewel eraan gebonden, moet zeggen: dit kan niet. Laten we hopen dat dit niet al te vaak zal voorkomen.

Daarnaast moet de rechter de mogelijkheid hebben (maar die zit ook in alle Nederlandse boeteregelingen) om in een concreet geval de boete lager vast te stellen als de bijzondere omstandigheden van het geval dat vergen. De discussie gaat er volgens mij over hoe actief hij daarin moet zijn. Dan zijn we het, denk ik, ook nog eens. In de situatie dat de overtreder weliswaar niet met zoveel woorden om matiging heeft gevraagd, maar het dossier duidelijke aanwijzingen bevat dat er in deze zaak wel iets bijzonders aan de hand is, moet het bestuur daarmee rekening houden. Dat volgt gewoon uit het zorgvuldigheidsbeginsel. Waar het om gaat, is dat je uit de uitspraken van de Rechtbank Rotterdam zou kunnen afleiden dat ook in het geval waarin de overtreder zich nergens op heeft beroepen en er geen aanwijzingen in het dossier zitten dat er iets bijzonders aan de hand is, het bestuur en de rechter als het ware actief moeten gaan vragen: bent u misschien een bijzonder geval? Daarover ben ik het met Van Emmerik en andere personen eens: dat lijkt mij niet juist. Bovendien wil ik onderstrepen dat mij dat in veel gevallen praktisch totaal onuitvoerbaar lijkt.

**Mr. T. Barkhuysen**

Ik ben blij met deze analyse van Verheij, omdat de interventie van Jansen met name over de positie van de rechter ging. De cruciale vraag in de discussie over de uitspraken van de Rechtbank Rotterdam is volgens mij inderdaad: moet het bestuur als er geen aanwijzingen zijn ambtshalve toch iets doen? Ik denk dat een dergelijke eis in ieder geval niet voortvloeit uit het EVRM. Het interessante is overigens wel dat deze uitspraken kennelijk soms anders worden gelezen, bijvoorbeeld door de Autoriteit Financiële Markten. In de praktijk van deze toezichthouder is ervoor gekozen een ruime uitleg te geven aan artikel 6 EVRM en in dossiers ambtshalve op zoek te gaan naar mogelijke onevenredigheden. Kennelijk heeft men daarvoor – praktische – ruimte ontwaard, maar ik moet er niet aan denken dat er in de grotere boetefabrieken een dergelijke verplichting zou gaan gelden! Dat zou tot volslagen onuitvoerbaarheid kunnen leiden.

**Mr. M.L. van Emmerik**

Ik denk dat dit punt uitstekend belicht is. Ook op het tweede punt verschillen mevrouw Blomberg en ik volgens mij niet zo erg veel van mening. Misschien dat ik toch wel mede namens Verheij mag zeggen dat de Vierde Tranche nu op komst is.

**Voorzitter:** Ja, maar dat hoor ik al jaren!

**Van Emmerik:** Voor de zomer! Ik zeg dit nu maar alvast om pijnlijke vragen tijdens de theepauze te vermijden.

**Voorzitter:** Het wordt dus in elk geval 2004?

**Van Emmerik:** Zeker.

**Voorzitter:** Inwerkingtreding 1 januari 2009...!

**Mr. drs. A.P.J. van der Eijden**

Terecht krijgen de preadviseurs complimenten. Ik zou de stelling willen betrekken dat de EVRM-toets een intelligent instrument moet worden voor alle overheidsactoren. De preadviseurs spreken in het algemeen over wetgeving, bestuur en rechters, maar er zijn zeer veel overheidsprofessionals (om maar eens een categorie te noemen) voor wie dit een persoonlijke houding zou moeten worden. Er liggen uitstekende preadviezen, en ik zou ze als verplichte literatuur willen beschouwen voor alle overheidsactoren, niet alleen bestuursjuristen. Na het heldere betoog van Barkhuysen verwacht ik zelf van de EVRM-toets nogal veel. Toch moeten we er volgens hem niet te veel van verwachten;

zie zijn stelling 2.<sup>24</sup> Nu moet je natuurlijk nóóit te veel verwachten, maar zit hier niet een tegenstrijdigheid? Hij betoogt immers dat de EVRM-toepassingspraktijk minder terughoudend moet worden, dat de abstineringsjurisprudentie van de Nederlandse rechter afkeuring verdient en dat een EVRM-toepassingswet onderzoek verdient. Waarom biedt hij geen wetsontwerp aan?

Barkhuysens vijfde stelling spreekt mij bijzonder aan: 'Bestuur en rechter mogen (...) niet schromen om in individuele casus (...) toepassing te geven aan het EVRM, ook wanneer daarvoor formele wetgeving moet wijken.' Kortom: de EVRM-toets moet een intelligent instrument zijn, dat intelligent gebruikt wordt door alle overheidsactoren. Zij zouden moeten uitblinken in een EVRM-allure, een EVRM-esprit of een EVRM-spirit.

Laat ik een concrete casus noemen, waarmee ik ook op het preadvies van mevrouw Bulterman kom. In Nederland wordt de onroerendezaakbelasting (OZB) geheven op basis van formele wetgeving, de Wet waardering onroerende zaken (Wet WOZ). Amsterdam, monopolist-eigenaar van circa tachtig procent van de Amsterdamse grond, heeft een erfpachtsysteem en laat voor een overigens gelijkwaardig huis een eigenaar op erfpachtgrond hetzelfde bedrag aan OZB betalen als een eigenaar op eigen grond. Dit is evident ongelijke behandeling, omdat een huis op erfpachtgrond natuurlijk minder waard is. De belastingheffer maakt misbruik van de ficties in de Wet WOZ, en de Hoge Raad oordeelde dat bij de bepaling van de waarde in het economisch verkeer geen rekening hoeft te worden gehouden met het erfpachtcontract. Dit is een arrest uit 1994 en vaste jurisprudentie, dus dit geldt alweer tien jaar: nationaal (wetgever, bestuur en rechter) zit deze zaak potdicht. Nu kom ik bij artikel 14 EVRM. De EVRM-toets, al dan niet in de vorm van een prejudiciële beslissing, is op zijn plaats, want er is sprake van een oneigenlijke vorm van onteigening (art. 1 Eerste Protocol EVRM, bescherming eigendom) en de nationale formele wetgever kan op grond van aantasting van het gelijkheidsbeginsel door het EVRM tot de rechtsorde worden geroepen. De onrechtvaardige heffing werkt overigens ook door in de inkomstenbelasting. Ik hoop dat Barkhuysen en de andere preadviseurs niet abtineren van een zo concreet mogelijk antwoord op de vraag of een EVRM-toets kans van slagen heeft.

Tot slot heb ik een opmerking over het preadvies van mevrouw Bulterman. Volgens haar moeten de nationale wetgever, bestuurder en rechter zich de mogelijkheid voorbehouden zelfstandig aan de bepalingen uit het EVRM te toetsen; zie haar stelling 3.<sup>25</sup> Zouden de preadviseurs dit willen uitbreiden tot de stelling dat alle overheidsactoren het EVRM in hun dagelijkse praktijk moeten toepassen? Op die manier kan tevens worden voorkomen dat het EHRM overbelast raakt.

---

24. Preadvies Barkhuysen, p. 109.

25. Preadvies Bulterman, p. 252.



**Mr. T. Barkhuysen**

Ik wil Van der Eijden bedanken voor zijn bemoedigende opmerkingen. Ik voel mij daardoor wel gesterkt, en ook de stellingen die in de preadviezen naar voren worden gebracht, worden door zijn opmerkingen ondersteund, dus dat is mooi. Verder is zijn oproep aan alle overheidsactoren om vooral van deze preadviezen kennis te nemen natuurlijk van harte welkom. Het lijkt me een goed idee, en dat zeg ik zonder enig financieel belang!

Los daarvan denk ik dat de interventie van Van der Eijden onderstreept dat het binnen de overheid heel goed zou zijn wanneer de algemene kennis over het EVRM wordt verbeterd. Ik herinner daarom aan mijn pleidooi voor een kenniscentrum binnen de overheid, een kenniscentrum, dus geen nationale mensenrechtencommissie zoals Sewandono eerder vandaag voorstelde.

Van der Eijden vraagt mij waarom er bij het preadvies niet meteen een wetsontwerp is geleverd, de zogenaamde EVRM-toepassingswet, waarover ik in navolging van Alkema een balletje heb opgeworpen. Dat is iets wat wellicht in een later stadium aan de orde kan komen, maar om te beginnen zou daarvoor de steun van deze vergadering nodig zijn. Mocht dus deze vergadering het in de stemming van vanmiddag inderdaad een goed idee vinden om nader de wenselijkheid en mogelijkheid van een dergelijke wet te laten onderzoeken, dan houdt de Universiteit Leiden zich graag aanbevolen om dat onderzoek te verrichten en daarbij ook eventueel een wetsontwerp aan te leveren.

**Voorzitter:** Het ministerie van Justitie houdt zich misschien ook wel aanbevolen?

**Verheij:** Wat zou daar in 's hemelsnaam in moeten staan?

**Barkhuysen:** Dat zou voorwerp van onderzoek moeten zijn. Ik ga u natuurlijk nu geen gratis advies geven! Wellicht kunnen we hierover op een ander moment nader debatteren.

Dan kom ik bij het concrete punt van Van der Eijden over de waardering, zo begrijp ik het althans, van huizen die op erfpachtgrond staan en huizen die op eigen grond staan. Ik moet zeggen dat ik op dat punt geen expert ben, omdat ik in de gelukkige omstandigheid verkeer dat ik in Amsterdam woon op eigen grond. Misschien bevind ik mij daardoor in een ongelijke positie met Van der Eijden?

**Van der Eijden:** Dat is zo, ja.

**Barkhuysen:** Om het probleem scherp op tafel te krijgen, kunt u voor alle duidelijkheid misschien nogmaals uitleggen wat u nu precies aan dat systeem onrechtvaardig vindt.

**Mr. drs. A.P.J. van der Eijden**

Als je een huis op erfpachtgrond hebt, dan betreft de waarde van dat huis alleen het huis zelf, want de grond is geen eigendom. Na ommekomst van de periode van de

erfpachtcanon, gaat zelfs de erfpachtcanon omhoog. Een exact vergelijkbaar huis op eenzelfde hoeveelheid vierkante meters *eigen* grond, wordt echter in de OZB gelijk belast, en dat is een ongelijke behandeling. In de belastingheffing is dat evident. Omdat de formele wetgever in verband met de perceptiekosten en dergelijke heeft gedacht: 'we willen af van al die verschillen', worden gemakshalve allerlei zaken weggeabstraheerd, en daarvan wordt misbruik gemaakt. Als een belastingheffer voor die situatie komt, zou hij ook kunnen overwegen: dit is onredelijk, want het is onbehoorlijk bestuur. Men moet zich realiseren dat het geen rijkeluisaffaire is.

**Voorzitter:** Laten we ons beperken tot het punt zelf. We moeten ons niet gaan verliezen in de details van de casus. Van der Eijden gaat ervan uit dat huizen op erfpachtgrond en huizen op eigen grond verschillend moeten worden gewaardeerd. Als de belastingheffer dat feitelijk niet doet, handelt hij dan in strijd met het EVRM en moet de rechter daaraan consequenties verbinden?

**Mr. T. Barkhuysen**

Zo wordt de vraag van Van der Eijden enigszins duidelijk. Vanuit het perspectief van het EVRM kan daarover het volgende worden gezegd. Van der Eijden heeft zelf al gezegd dat hier in eerste instantie twee rechten uit het EVRM in beeld komen. Dat zijn het eigendomsrecht en de bepaling, inhoudende dat bij het genot van rechten uit het EVRM geen discriminatie mag plaatsvinden (art. 14 EVRM). De stelling van iemand die met een dergelijke belastingheffing ontevreden is, zou kunnen zijn dat hij onevenredig wordt getroffen in zijn vermogen, dat door het eigendomsrecht wordt beschermd, als gevolg van het feit dat zijn huis voor de belastingheffing een waarde krijgt toebedeeld die eigenlijk veel te hoog is, gelet op de waarde die het huis op de vrije markt zou hebben. Dan zou het interessant zijn, te weten in hoeverre er inderdaad een substantieel verschil in waarde is op de vrije markt tussen huizen op erfpachtgrond en huizen die op eigen grond staan. Ik ben zelf op zoek naar een iets groter huis in Amsterdam.

**Van der Eijden:** Dan zou ik maar opletten!

**Barkhuysen:** Ik heb tot nu toe vermeden om te kijken naar huizen die op erfpachtgrond staan, dus ik heb zelf niet onderzocht in hoeverre daarin heel grote prijsverschillen zitten. Wat ik ervan weet, is dat het eigenlijk op de vrije markt heel erg meevalt. Als je daarbij zou aansluiten, zou er geen sprake zijn van een echt onevenredig groot verschil, waardoor er een onevenredige belangen aantasting zou plaatsvinden. Als dat zo is, zou het argument van artikel 14 EVRM, de gelijke behandeling, minder sterk zijn. Als Van der Eijden met deskundigenrapporten, taxaties door onafhankelijke makelaars, wél een substantieel verschil zou kunnen aantonen, is het wellicht de moeite waard de haalbaarheid van een dergelijke zaak nader te laten onderzoeken. Dat zou een mogelijkheid zijn.

**Mevrouw mr. A.B. Blomberg**

Ik ben geen deskundige op het terrein van de OZB, maar ik meen dat de waarde van woningen wordt vastgesteld aan de hand van prijzen die in de voorafgaande periode voor vergelijkbare woningen in dezelfde buurt zijn betaald. Nu weet ik niet precies hoe de verkaveling in Amsterdam is, maar volgens mij zijn er wel bepaalde gebieden waar huizen op eigen grond staan, en bepaalde gebieden waar grond in erfpacht is uitgegeven. Ik vraag mij daarom af of het verschil in prijs tussen huizen op eigen grond en huizen op erfpachtgrond niet al in die waardebeschikking is meegenomen.

**Van der Eijden:** Nee dus.

**Blomberg:** Maar weet u dat heel zeker? Ik twijfel daarover.

**Mr. H.B. Hieltjes**

Ik ben eigenaar van een erfpachtrecht met opstal. Misschien belangrijker in dit verband is dat ik werk op het ministerie van Financiën en mede verantwoordelijk ben voor de Wet WOZ.

**Voorzitter:** Nou, vertelt u eens: wat is dat allemaal voor onrechtvaardigheid?

**Hieltjes:** Het verheugt mij erg dat onze vereniging het fiscale recht volledig bij het bestuursrecht betreft. De Wet WOZ kent inderdaad een aantal wetsficties en houdt geen rekening met het feit dat een opstal op erfpachtgrond staat. De wetgever heeft daarbij echter een belangenafweging gemaakt, die naar mijn overtuiging de toets van het EVRM kan doorstaan. Het gelijk behandelen van ongelijke gevallen is immers op basis van jurisprudentie geoorloofd, mits daarvoor een goede rechtvaardigingsgrond bestaat, die ook met doelmatigheid te maken heeft. In het algemeen gesproken, had de wetgever ervoor kunnen kiezen om een deel van de waarde toe te rekenen aan de bloot eigenaar van de grond en een deel aan de rechthebbende van het erfpachtrecht, die dat dan met elkaar zouden moeten verrekenen. De wetgever heeft echter geoordeeld dat het veel doelmatiger is om één waardebeschikking aan de rechthebbende van het erfpachtrecht toe te bedelen, en die voor het geheel aan te slaan in de OZB. Dat werkt inderdaad door in de inkomstenbelasting, maar een dergelijke belastingplichtige heeft recht op aftrek van de jaarlijkse canon, als hij die betaalt. Daarin is dus een compensatie gevonden. In verband met artikel 1 van het Eerste Protocol is er ook jurisprudentie over het fiscale recht. Fiscaal recht raakt aan eigendom, dus dat valt ook onder toetsing aan het EVRM. De jurisprudentie daarover laat de rechter echter een grote mate van beoordelingsvrijheid, mits hij voldoet aan proportionaliteitseisen en dergelijke. Het is ook met name jurisprudentie over fiscale wetgeving die een zekere mate van terugwerkende kracht kent, en tot op heden is er door het EHRM een aantal arresten gewezen waarin gezegd werd dat de wetgever een rechtvaardige belangenafweging heeft gemaakt. Ik heb er daarom alle vertrouwen in dat de Wet WOZ, onderworpen aan deze toets, stand zal houden.

**Voorzitter:** Wij zullen het zien, want binnenkort kunnen we een procedure verwachten, begrijp ik.

**Mr. drs. A.P.J. van der Eijden**

Er moet rekening worden gehouden met een vereniging van Amsterdamse erfpachters. Die laat het er inderdaad niet bij zitten, want het verhaal van het ministerie van Financiën is bekend, maar het klopt niet. Het is zo loos als wat, en met deze fictie wordt nadeel toegebracht aan kleine zelfstandigen, van wie de oudedagsvoorziening slechts in een klein huisje op erfpachtgrond zit. Het is dus ook een sociale kwestie.

**Voorzitter:** Dat was duidelijk. Daarom zei ik al: ik neem aan dat we dat nog gaan zien. We komen er dus misschien nog op terug.

**Mevrouw mr. J.H. Gerards**

Ook ik spreek graag mijn waardering uit voor de preadviezen, alsmede voor de keuze van het onderwerp, dat inderdaad heel belangrijk is en wellicht ook binnen het bestuursrecht af en toe iets te veel over het hoofd wordt gezien. Op verzoek van de voorzitter zal ik proberen mijn vragen enigszins kort te houden, maar ik heb toch een kleine inleiding nodig.

Mijn vragen richten zich vooral op het preadvies van Barkhuysen, en met name op het feit dat hij in zijn preadvies bij de toepassing van het EVRM een behoorlijk sterke rol lijkt toe te bedelen aan de rechter. Ik heb eens geïnventariseerd welke extra bevoegdheden, of in ieder geval veranderingen in de toepassingspraktijk, Barkhuysen graag zou zien. Een eerste punt is dat naar zijn mening rechters zo veel mogelijk niet alleen een abstracte toetsing, maar ook een concrete toetsing zullen moeten uitvoeren. Een tweede punt is een ambtshalve aanvulling van rechtsgronden met EVRM-bepalingen, in het geval zaken daartoe aanleiding geven en partijen iets hebben aangevoerd dat daartoe in ieder geval aanleiding zou geven. Gezegd is dat rechters zeker in vreemdelingenzaken vaker in navolging van het EHRM *ex nunc* zouden moeten toetsen. Ook zou in dergelijke gevallen meer bewijs moeten worden toegelaten. Barkhuysen heeft opgemerkt dat niet automatisch terughoudend moet worden getoetst, in ieder geval lang niet in alle gevallen waarin dat nu gebruikelijk is. De *margin of appreciation* zou ten minste de minimumnorm moeten zijn. Het laatste, en misschien nog het meest vergaande, punt is dat de Hoge Raad en misschien ook andere rechters zouden moeten afstappen van hun abstineringsjurisprudentie. Zij zouden in gevallen waarin strijd met het EVRM is geconstateerd steeds vaker een eigen regeling moeten geven, een eigen oplossing, of op zijn minst een schadevergoeding.

Nu kan ik mij tot op zekere hoogte vinden in de stelling dat de rechter zich misschien meer bezig zou moeten houden met het EVRM, maar ik wil ook opmerken dat het EVRM in toenemende mate een zeer brede reikwijdte heeft gekregen. Het EVRM richt zich, zeker door de uitleg van het EHRM, lang niet meer alleen op de

klassieke echt ernstige grondrechtenschending, maar ook steeds meer op allerlei tamelijk politieke onderwerpen, betrekking hebbende op zaken als geluidsoverlast van vliegvelden, milieuvervuiling en ruimtelijke ordening (planning policy zoals in de arresten Gillow en Chapman). Steeds meer zaken die voor de rechter komen, hebben een redelijk sterk politiek of beleidsmatig karakter. Je kunt je in dergelijke gevallen afvragen of het nu echt wijs is om die rechter zoveel extra bevoegdheden toe te delen, of aan te geven dat de rechter in een dergelijk concreet geval misschien zelf maar een regeling moet treffen. Ik denk dat het in dat soort gevallen primair aan de wetgever en het bestuur zou moeten zijn om een afweging te maken, en dat rechterlijke terughoudendheid in veel gevallen toch heus wel geboden is. De rechter is eigenlijk ook helemaal niet toegerust om in dergelijke gevallen een uitspraak te doen. Ik kom daarom tot een vraag, primair aan Barkhuysen, maar ik zal ook graag zien dat andere preadviseurs zich erover uitspreken. Is het wenselijk dat de rechter een sterker geprononceerde positie in de zojuist aangegeven zin inneemt? Mijn tweede vraag is of die positie zou moeten gelden voor alle grondrechtenschendingen, of dat we een onderscheid moeten maken tussen de kernrechten, de ernstige aantastingen van grondrechten, en de relatief mildere zaken. Indien dat onderscheid wenselijk wordt geacht, zou ik ook graag horen hoe we er vorm aan zouden kunnen geven. In welk opzicht zou de rechter zich in bepaalde gevallen terughoudend kunnen opstellen, en is er ruimte om uitzonderingen te maken op Barkhuysens standpunt inzake de abstiningsjurisprudentie en inzake de concrete toetsing?

### **Mr. T. Barkhuysen**

Het zijn interessante en prikkelende vragen die mij door mevrouw Gerards worden voorgelegd. Ik begin bij haar constatering dat ik nogal sterk het accent leg op een vergroting van de rol van de rechter, en zelfs een uitbreiding van de bevoegdheden van de rechter zou propageren. Misschien liggen onze standpunten helemaal niet zover van elkaar af. Als we immers de rest van mijn betoog erbij nemen, zien we dat hierin de rol van de wetgever op de voorgrond wordt geplaatst. Het in abstracto voldoen aan de vereisten die uit het EVRM voortvloeien, is bij uitstek een taak voor de wetgever, omdat op dat niveau constitutioneel gezien de meeste mogelijkheden bestaan om de eerste afweging te maken. In die zin denk ik dat wij helemaal niet zo erg van mening verschillen. Het belang blijkt ook bijvoorbeeld uit een recente uitspraak van het EHRM inzake Hirst tegen het Verenigd Koninkrijk, waarin het kiesrecht van gedetineerden aan de orde was. Deze zaak werd aan het Hof voorgelegd door een aantal gedetineerden dat niet mocht gaan stemmen. Nu lijkt het voor het Hof op zichzelf niet zo'n probleem te zijn dat een gedetineerde, als resultaat van wetgeving, in een concreet geval niet zou mogen stemmen. Het Hof is met name kritisch over het feit dat de Engelse wetgever bij opneming van dat verbod in de wet helemaal geen blijk heeft gegeven van een belangenafweging op dit punt. Het is dus, zoals ook in mijn preadvies staat, heel belangrijk dat de wetgever qua belangenafweging het voortouw neemt. Op die manier zal het Hof in Straatsburg minder snel tot een negatief oordeel komen.

Ook al maakt de wetgever in abstracto een afweging, het kan altijd gebeuren dat bepaalde zaken die zich in een concreet geval bij de toepassing van die wet voordoen mogelijk niet EVRM-conform zijn. In mijn systeem zou in zulke gevallen primair het bestuur, bij het toepassing geven aan de wet, een voorziening moeten kunnen treffen. De huidige Nederlandse grondwettelijke bepalingen voorzien daarin. De artikelen 93 en 94 van de Grondwet bieden uitdrukkelijk ook het bestuur de mogelijkheid om als dat nodig is een formeelwettelijke bepaling buiten toepassing te laten. Daarover is nogal eens verschil van mening in Nederland: er zijn auteurs die beweren dat het bestuur die mogelijkheid niet zou hebben, maar mijn mening, en die wordt ook ondersteund door de Nijmeegse school, is dat het bestuur die mogelijkheid wel degelijk heeft. Als we die twee actoren, de wetgever en het bestuur, gehad hebben, en in een concreet geval bestaat bij een natuurlijk persoon of rechtspersoon alsnog de mening dat er sprake is van een aantasting van EVRM-recht, dan komt de rechter in het spel. In die zin constateer ik dat de rechter nog te terughoudend optreedt. Laten we de punten even aflopen die mevrouw Gerards in dit verband genoemd heeft.

In de eerste plaats heeft zij gezegd dat ik zou voorstellen dat de rechter concreter moet toetsen dan hij nu doet. Ik denk dat we inderdaad kunnen vaststellen dat in sommige zaken, waarin burgers de klacht aan de rechter voorleggen dat er in hun concrete zaak een onevenredige aantasting heeft plaatsgevonden, de rechtzoekende niet naar huis moet worden gestuurd met het argument dat er in abstracto een belangenafweging is gemaakt en dat het daarbij maar moet blijven. Uit het EVRM vloeit naar mijn mening voort dat de rechter in zulke zaken óók moet kijken naar de effecten in het concrete geval. Dat is volgens mij ook de ratio van de mensenrechtenbescherming. De meerderheden maken abstracte afwegingen, waaruit abstracte regels voortvloeien, algemeen verbindende voorschriften. De mensenrechten beogen nu juist om minderheden daartegen bescherming te bieden, en daarbij hoort een zo veel mogelijk concrete toetsing.

Het tweede punt dat mevrouw Gerards noemde, betreft de ambtshalve toepassing van het EVRM door de rechter. Ik geef in mijn preadvies aan dat er wellicht mede aan de artikelen 93 en 94 van de Grondwet argumenten voor een ambtshalve toetsing door de rechter zouden kunnen worden ontleend. Een ambtshalve toetsing betekent heel simpel gezegd dat, hoewel partijen in het geheel niet naar het EVRM hebben verwezen, in formele noch in materiële zin, de rechter zelf spontaan het EVRM erbij moet betrekken. Daarvan zeg ik in mijn preadvies: zo ver gaat die verplichting waarschijnlijk niet. Wel constateer ik dat we uit de artikelen 93 en 94 Grondwet, in combinatie met vereisten als artikel 13 EVRM, het recht op een effectief nationaal rechtsmiddel, en artikel 8:69 Awb (nu we het over het bestuursrecht hebben), in ieder geval kunnen afleiden dat als partijen in materiële zin een beroep hebben gedaan op een EVRM-bepaling, de rechter naar het EVRM moet kijken. Als bijvoorbeeld de beroepsgrond in een zaak zou zijn dat de vrijheid van meningsuiting in het gedrang komt, en alleen artikel 7 Grondwet wordt genoemd, dan zou de rechter, ambtshalve de rechtsgronden aanvullend, daarbij ook artikel 10 EVRM moeten betrekken, waarin een veel meer materieel ingevuld toetsingskader te vinden is. Nu heb ik de indruk dat dit in algemene zin in de Nederlandse rechtspraak wel wordt gedaan, hoewel ik ook wat oudere uitspraken heb aangetroffen waarin dit met name

door de Afdeling bestuursrechtspraak achterwege is gelaten. Daarop heb ik kritiek. Als in *substance* een beroep op het EVRM wordt gedaan, dan moet de rechter naar mijn mening ten minste ambtshalve rechtsgronden uit het EVRM erbij betrekken.

Het derde punt van mevrouw Gerards gaat over mijn stelling dat de nationale rechter meer *ex nunc* zou moeten toetsen. Die stelling heb ik met name betrokken in verhouding tot de toetsing door 'Straatsburg'. Dit is voor de pauze al kort aan de orde geweest. Zolang het EHRM in zaken waarin zeer fundamentele rechten aan de orde zijn, zoals artikel 3 EVRM over het folterverbod, wel *ex nunc* toetst, kan de nationale rechter het volgens mij niet volhouden om een dergelijke toetsing niet al op nationaal niveau uit te voeren. Zou immers een dergelijke toetsing worden geweigerd en *ex tunc* worden getoetst, dan wordt daarmee een enorme hoeveelheid zaken in Straatsburg uitgelokt, iets waarop niemand zit te wachten.

Over het vierde punt, de toepassing van de *margin*, zijn eveneens voor de pauze al wat opmerkingen gemaakt. Ik ben het met mevrouw Gerards eens dat als de Nederlandse rechter de Straatsburgse *margin* niet één-op-één zou overnemen, er nog steeds uit de Nederlandse constitutionele verhouding en de positie van de Nederlandse rechter een bepaalde terughoudendheid voortvloeit. Ik erken bijvoorbeeld dat de rechter soms niet over de vereiste deskundigheid beschikt om feiten te kunnen waarderen. Waartegen ik mij te weer stel, is slechts het klakkeloos overnemen van de Straatsburgse *margin*. Ik vind dat de rechter meer op grond van de Nederlandse staatkundige verhoudingen en praktische mogelijkheden zijn positie moet bepalen. Daaruit kan voortvloeien, en in zoverre wil ik met mevrouw Gerards meegaan, dat de rechter in sommige zaken moet constateren: dit vergt zoveel deskundigheid of dit is een dusdanig politieke belangenafweging, dat ik mij terughoudend moet opstellen. Ik heb zeker niet willen betogen dat de rechter de beleidsvrijheid van het bestuur, of de ruimte voor het waarderen van feiten op nul zou moeten stellen.

Ten slotte noemde mevrouw Gerards mijn stelling over de abstineringjurisprudentie van de Nederlandse rechter, met name jurisprudentie van de Hoge Raad, maar ook recente jurisprudentie van bestuursrechters. Dat is een interessant, maar tegelijkertijd ook lastig en fundamenteel probleem. In de rechtspraak zien we twee reacties van rechters op situaties waarin een formele wetsbepaling in strijd met het EVRM wordt bevonden en er vervolgens meer mogelijkheden bestaan om aan die geconstateerde schending een einde te maken. Denk bijvoorbeeld aan de vaststelling in een concrete belastingzaak dat de ene groep belastingplichtigen veel meer belasting moet betalen dan de andere groep. Een dergelijk verschil zou in strijd kunnen zijn met het beginsel van gelijke behandeling, artikel 14 EVRM jo. artikel 1 Eerste Protocol EVRM ('eigendomsrecht in belastingzaken'). In zo'n situatie kiest de Nederlandse rechter vaak uit twee opties.

De eerste optie is dat hij in het midden laat of er sprake is van een schending. Hij voorziet dan dat er meer mogelijkheden zijn om een einde te maken aan de schending, verdoezelt het feit dat er mogelijk een schending is, en zegt dat het in het midden kan blijven of hier sprake is van een schending van het EVRM daar het de rechtsvormende taak van de rechter te buiten zou gaan een voorziening te treffen. Dit zouden we *impliciete* abstinering kunnen noemen. Daarnaast zien we de wat meer recente jurisprudentie waarin *expliciet* wordt geabstineerd. Hierin stelt met name de Hoge Raad vast dat in een bepaalde situatie inderdaad sprake is van een schending,

maar dat hij in rechte geen voorziening kan treffen. Een geconstateerde ongelijkheid, aldus soms de Hoge Raad in zulke situaties, kan niet, door het toekennen van schadevergoeding of anderszins, worden opgelost.

De eerste vorm van abtineren is volgens mij sowieso niet in overeenstemming met het recht. Ik vind dat de rechter waar een rechtsoordeel wordt gevraagd dat oordeel in principe ook moet geven. Als gesteld wordt dat er sprake is van een verdragsschending moet de rechter een oordeel daarover niet uit de weg gaan. Over expliciet abtineren, waarbij ook een meer gemotiveerd toetsingskader van de Hoge Raad hoort, moet ik iets meer zeggen. Ongetwijfeld zullen er zaken bestaan waarin de rechter inderdaad geen voorziening kan treffen. Van de zaken waarin de Hoge Raad tot nu toe expliciete abtineren heeft toegepast (belastingzaken waarin het om een simpel financieel nadeel van de gediscrimineerde belastingplichtige ging) denk ik echter dat de rechter wel degelijk een voorziening zou hebben kunnen treffen. Hij zou namelijk degene die gediscrimineerd wordt in dezelfde financiële positie kunnen brengen als de vergelijkingsgroep. Dat is een relatief simpele mogelijkheid: de betaling van een geldsom, bijvoorbeeld via schadevergoeding. Dat zou ook in overeenstemming zijn met antwoorden die het HvJ van de EG in de zaak Terhoeven op dit punt aan de Nederlandse rechter heeft gegeven. Hier werd aan het HvJ gevraagd hoe onder het EG-recht met een dergelijke situatie moest worden omgegaan. Aan schending van het gelijkheidsbeginsel kan op twee manieren een einde worden gemaakt: of de één meer, of de ander minder. Wat moeten we doen als zo'n geval zich voordoet? Het HvJ heeft daarop geantwoord dat de rechter een voorziening moet treffen, waarbij degene die gediscrimineerd wordt een financieel voordeel wordt gegeven, in die zin dat hij in een gelijke positie wordt gebracht als de vergelijkingsgroep. Ik denk dat er ruimte bestaat om vaker een voorziening te treffen dan nu door de rechter wordt gedaan. De verplichting om die ruimte te benutten vloeit naar mijn mening voort uit de reeds genoemde bepalingen van de Grondwet en ook uit de verplichting om een *effective remedy* te verschaffen.

**Voorzitter:** Dit had Barkhuysen allemaal nog in zijn preadvies erbij willen schrijven, maar dat mocht niet van mij.

**Barkhuysen:** Het stáát er toch...

**Voorzitter:** Als dat er precies staat, had u kunnen zeggen: dat heeft u toch wel in mijn preadvies gelezen? Mevrouw Gerards, kunt u genoeg nemen met dit antwoord?

**Mevrouw mr. J.H. Gerards**

Ik neem graag genoeg met dit antwoord. Ik heb zelf niet de indruk dat alles precies op deze manier in het preadvies staat en dat Barkhuysen een aantal punten in het betoog dat hij zojuist hield wel wat heeft afgezwakt. Ik had mijn vragen anders waarschijnlijk ook in ieder geval op een andere manier gesteld. Op één vraag heb ik nog niet echt een antwoord gekregen. Het voornaamste argument om de rechter een zwaardere rol toe te bedelen is het feit dat het steeds gaat om het EVRM, waarin



fundamentele rechten worden beschermd. Wat mij betreft zijn al deze verzwareningen van rechterlijke taken misschien minder gerechtvaardigd in zaken waarin er sprake is van wat meer perifere rechten en belangen. Mijn vraag is wel enigszins beantwoord doordat Barkhuysen zegt dat daarvoor ook een nationale *margin of appreciation*-doctrine zou kunnen worden ontwikkeld, maar dat lost het probleem van de concrete toetsing nog niet geheel op. Het HvJ heeft daarover bijvoorbeeld in landbouwzaken, waarin juist veel discretie bestaat, immers gezegd dat er bij proportionaliteit gewoonweg geen concrete toetsing wordt uitgevoerd, omdat dat te ingewikkeld is en te veel rechtsonzekerheid oplevert. Barkhuysen heeft mijn vraag dus weliswaar min of meer beantwoord, maar ik blijf niet geheel overtuigd.

### **Mr. T. Barkhuysen**

Gelukkig zijn wij collega's in Leiden, zodat deze discussie daar ook zeker voortgezet kan worden. Je vraagt je inderdaad af hoe daarvoor op nationaal niveau een toetsingsmodel kan worden ontwikkeld. We hebben daarover in het verleden gediscussieerd. Een van de oplossingen is te bekijken of bepaalde rechten als fundamenteeler kunnen worden gekwalificeerd dan andere. Als de rechter dan te maken heeft met de categorie minder fundamentele rechten, zou zijn toetsing navenant wat terughoudender kunnen zijn. Op zich is dit een interessante gedachte, die echter ook meteen veel vragen oproept, want hoe ga je dan bepalen welke rechten fundamenteeler zijn dan andere? Betekent het feit dat het rechten zijn die in het EVRM staan niet sowieso al dat het gaat om fundamentele rechten? Vervolgens krijg je in een concrete zaak natuurlijk de discussie: in welke categorie valt dit dan, gaat het hier om een heel belangrijk recht of niet? Hierna volgt dan weer de discussie over de vraag welke toetsingsintensiteit in dat concrete geval vereist is. Ik denk dat je met deze oplossing een heel nieuw blik van problemen opentrekt, die misschien wel sterk vergelijkbaar zijn met de problemen die we nu hebben met het model waarin in principe alle fundamentele rechten uit het EVRM als het ware gelijk worden behandeld. Ik ben er daarom nog niet over uitgedacht of dit een oplossing zou zijn.

### **Mevrouw mr. A.J.C. de Moor-van Vugt**

Ik heb uiteraard ook veel waardering voor de preadviezen, waarvan ik er in ieder geval twee gelezen heb. Aan die twee preadviezen zal ik een enkele vraag en wat observaties verbinden.

Mevrouw Blomberg benadrukt in haar preadvies dat de betekenis van de EVRM-rechten voor het handhavingsrecht, met uitzondering van artikel 6 EVRM, misschien niet zo heel erg groot is. In de jurisprudentie rond de bedrijfsruimte is de betekenis van het EVRM volgens mevrouw Blomberg groter gemaakt dan zij zou moeten zijn. Ik signaleer hier in verschillende opzichten een enigszins terughoudende benadering van de betekenis van het EVRM. Een ander voorbeeld daarvan is te vinden in stelling 4: 'Met het recht om om schorsing van (punitieve) sanctiebesluiten te verzoeken, is in voldoende mate voldaan aan de onschuldpresumptie; schorsende

werking hoeft aan het indienen van zo'n verzoek alleen maar te worden toegekend voorzover (de gevolgen van) sanctiebesluiten onomkeerbaar zijn.<sup>26</sup> In het bestuursrecht is van zo'n onomkeerbaarheid niet zo snel sprake. Bij bestuurlijke boetes zou je misschien nog aan faillissementen kunnen denken, maar voor het overige kan ik geen voorbeelden bedenken. Misschien kan mevrouw Blomberg dit zelf nog toelichten. Wat mij opvalt, is de terughoudendheid: de betekenis niet al te groot maken en de invloed van het EVRM op het handhavingsrecht zo beperkt mogelijk uitleggen.

Dit is een heel andere benadering dan die van Verschuuren. Hij bespreekt uitgebreid de jurisprudentie van het Hof met betrekking tot het milieurecht, geeft een positief oordeel over het arrest inzake Hatton waarin het EHRM de bescherming die uitgaat van artikel 8 EVRM vrij groot maakt, heeft kritiek op het arrest waarin dat weer wordt teruggenomen en eindigt met de stelling dat de bescherming van het EVRM nog niet ver genoeg gaat. We hebben dus twee preadviseurs met tegengestelde benaderingen van het EVRM. Dat kan natuurlijk samenhangen met het rechtsgebied waarover het gaat, maar ik heb mij afgevraagd of het niet ook met iets anders te maken heeft: de vraag wie nu eigenlijk de drager is van de rechten waar het om gaat. We hebben vanochtend een uitgebreide discussie gehad over het betreden van bedrijfsruimte, waarbij mevrouw Blomberg heeft gezegd dat zij vindt dat bedrijfsruimten niet beschermd moeten worden, omdat ze niets met het privé-leven te maken hebben. Hieruit leid ik af dat mevrouw Blomberg er een groot belang aan toekent dat de drager van grondrechten een natuurlijk persoon is.

In de jurisprudentie over bedrijfsruimte heb je, zeker als het gaat om financiële toezichtswetgeving, het boeterecht enzovoort, heel vaak te maken met bedrijven, ondernemingen, en dat zijn rechtspersonen. Nu zien we in de jurisprudentie van het Hof dat de onderneming daar een zekere mate van bescherming heeft gekregen, in navolging van het Colas Est-arrest ook op grond van artikel 8 EVRM. Daarvóór had het Hof echter ook de stelling betrokken dat zo'n ingrijpende bevoegdheid als het betreden van bedrijfsruimte niet zomaar uitgeoefend zou mogen worden, en in ieder geval onderhevig is aan rechterlijke toetsing, waarbij het evenredigheidsbeginsel een grote rol speelt. Er werd weliswaar niet teruggevallen op een mensenrecht of verdragsrecht, maar er werd eigenlijk wel hetzelfde beslist.

Mijn eerste vraag aan beide preadviseurs luidt als volgt. Is het voor hen heel belangrijk wie de drager is van de grondrechten, en is daarop ook de betekenis gebaseerd die zij aan het EVRM toekennen? Mijn tweede vraag is: wat moeten wij dan doen met bedrijven? We zien in de jurisprudentie van het EHRM steeds meer dat ook aan bedrijven bepaalde soorten van fundamentele rechten worden toegekend. Wat moeten we daarmee doen? Zijn bedrijven totaal verstoken van bescherming van het EVRM, of zou je, zoals Verschuuren ook voorstelt, in situaties die strikt genomen niet zijn terug te voeren op het grondrecht zoals het in het EVRM is neergelegd en zoals het oorspronkelijk bedoeld is, tot een heroverweging moeten komen? Zou je voor het milieurecht bijvoorbeeld een nieuw recht moeten formuleren en zou je misschien ook voor bedrijven een bepaalde bescherming moeten bedenken en

---

26. Preadvies Blomberg, p. 191.

moeten neerleggen in een document? Daarbij hoeft overigens niet per se aan het EVRM te worden gedacht.

### **Mr. J.M. Verschuuren**

Het verschil in benadering komt volgens mij in de eerste plaats voort uit het ontbreken van een mensenrecht op bescherming van het milieu. Er is geen concreet recht dat daarop betrekking heeft, waardoor je steeds je toevlucht zult moeten nemen tot andere rechten. Zoals ik al eerder heb gezegd, vind ik dat een dergelijk recht zou moeten bestaan. Er zijn immers allerlei verdragen en verklaringen die telkens weer door staten worden ondertekend en waarin is neergelegd dat een ieder een fundamenteel recht heeft op bescherming van zijn leefmilieu (Nederland ratificeerde in april nog het Verdrag van Aarhus). In een rapport van de VN-mensenrechtencommissaris staat zelfs dat dit recht eigenlijk het basisrecht is van alle rechten, want als je geen schoon milieu hebt om in te leven, wat heb je dan aan een recht op vrije meningsuiting? Zover wil ik niet gaan, maar het is een hoge VN-commissaris die dat zegt en dus niet de eerste de beste!

Wie is de drager van grond- en mensenrechten? Ik heb sterk gepleit voor een antropocentrische benadering. Ik denk dat we dicht moeten blijven bij wat het EVRM nu eenmaal is, en daarom, ook kijkend naar de milieujurisprudentie van het Hof, denk ik aan individuele burgers die onevenredig worden getroffen door een besluit van de overheid, waardoor die burgers aanmerkelijke schade ondervinden. De omwonenden van vliegveld Heathrow werden door een besluit van de overheid dermate in hun gezondheid aangetast dat er echt grote klachten waren. Dat was niet zomaar wat. Het gaat wat mij betreft puur om de individuele burger wiens persoonlijke belangen vanwege toevallige omstandigheden onvoldoende aan bod zijn gekomen in de wat meer algemene belangenafweging. Het gaat mij dus echt om een vangnet voor de situaties waarin de burger onevenredig klem komt te zitten. Bedrijven komen in dit verhaal alleen indirect aan bod. Zij zijn degenen die toestemming hebben gekregen van de overheid om iets te doen. De belangenafweging en de toepassing van een mensenrecht horen volgens mij bij de overheid thuis. Ingrijpen door de overheid kan vereist zijn als een bedrijf handelt in strijd met het recht. Veel jurisprudentie van het Hof betreft situaties waarin in strijd met nationaal milieurecht werd gehandeld, terwijl de overheid daartegen niet optrad, en dat is voor het Hof ook vaak een extra reden om een inbreuk aan te nemen. Dus ook daar zie je dat het Hof aansluit bij wat er nationaalrechtelijk geregeld is. Dat zie ik als de functie van een mensenrecht op bescherming van het leefmilieu.

**De Moor:** Vanochtend werd al door Kortmann de vraag opgeworpen of een dergelijk recht wel in het EVRM moet. Als je nu denkt vanuit de oorspronkelijke betekenis van de bescherming van de natuurlijke persoon in zijn integriteit, hoort dat recht daar dan wel thuis?

**Verschuuren:** Dat vind ik wel: kijkend naar de huidige jurisprudentie van het EHRM zien we dat alle milieuzaken kennelijk onder artikel 2, 3 en 8 EVRM kunnen worden

afgedaan. Het recht op bescherming van het leefmilieu zit dus al erg dicht aan tegen heel persoonlijke zaken. Het vastleggen van zo'n recht is voor mij helemaal niet zo'n enorm nieuw of wild voorstel, maar een kleine uitbreiding en een poging om milieuzaken een goede plaats te geven, omdat het nu zo gewrongen is telkens je toevlucht tot die andere rechten te moeten nemen. Wat ik bepleit, biedt tevens de kans iets te doen met de politieke issues waarover mevrouw De Moor heeft gesproken. Ik ben het met haar eens dat het privacyrecht wel een héél persoonlijk karakter heeft. Het treffen van een goede eigensoortige regeling heeft mijn voorkeur boven het steeds maar in stelling brengen van het privacyrecht.

### Mevrouw mr. A.B. Blomberg

Mevrouw De Moor komt met een hele waslijst met vragen, maar ik zal proberen het kort te houden. De vraag wie de drager is van de grondrechten, heb ik mij toen ik begon met het schrijven van mijn preadvies niet zo bewust gesteld. Op het moment dat ik stuitte op de jurisprudentie over bedrijfsruimte, die ik wel erg ver vond gaan, kwam die vraag bij mij op. Ik heb een publicatie van Finaly aangehaald, die een voor mij acceptabele benadering hanteert.<sup>27</sup> Hij zegt dat je wat de rechtspersonen betreft een onderscheid zou moeten maken tussen de grondrechten die in de wat meer procesrechtelijke sfeer zitten (iedereen heeft bijvoorbeeld recht op een eerlijk proces, zowel natuurlijke als rechtspersonen) en de grondrechten die zó zeer met het menszijn te maken hebben (zoals het recht op leven en het verbod van foltering) dat je je kunt afvragen of ook rechtspersonen die rechten nu wel toegekend moeten krijgen. Onder die laatste categorie schaar ik ook het recht op privacy. Ik ben bang voor een te vergaande opvatting van het begrip mensenrechten. Dat betekent niet dat ik een soort rechteloze situatie voor rechtspersonen voorsta. Integendeel: uit mijn preadvies blijkt in voldoende mate dat ook bedrijven bescherming genieten en dat de huidige manier van bejegenen van die bedrijven soms wel erg ver gaat. De suggestie van mevrouw De Moor dat formulering in een ander document wenselijk is, lijkt mij het overwegen waard, maar aan de andere kant hebben we toch ook al onze nationale wetgeving waarin allerlei waarborgen ter bescherming van de rechten van bedrijven te vinden zijn. Is zo'n fundamenteel document echt nodig, en kan niet beter met nationale wetgeving worden volstaan?

**De Moor:** Daarop kan ik wel iets zeggen. Wetten zijn eenvoudig te wijzigen en het EVRM of een dergelijk vrij fundamenteel document kan niet zomaar worden veranderd. Daarin leg je iets neer wat je van zeer belangrijke waarde acht.

**Blomberg:** Daarin kan ik wel meegaan. Een ander punt, ook om een eventueel misverstand weg te nemen: het is niet mijn standpunt dat het EVRM niet zo van belang is voor de handhaving. Ik denk alleen dat veel van de waarborgen die uit het EVRM voortvloeien ook al in onze nationale wetgeving zitten. De meerwaarde van

---

27. Preadvies Blomberg, p. 154.

het EVRM is dus voor de handhaving heel erg beperkt. Niet altijd valt nog te achterhalen of bepaalde waarborgen in onze nationale wetgeving spontaan zijn ontstaan, of ooit op het EVRM zijn geïnspireerd. Het EVRM is natuurlijk ook niet zomaar uit de lucht komen vallen, het is ook een neerslag van wat toen belangrijk werd gevonden. Ik denk dat het met mijn ontkenning van de betekenis van het EVRM dus wel meevalt. Een laatste opmerking is dat het niet mijn bedoeling is punitieve besluiten alleen te laten schorsen als ze tot onomkeerbare gevolgen zouden leiden. Mijn idee is dat je de schorsende werking alleen wettelijk hoeft te regelen als de gevolgen van dergelijke besluiten onomkeerbaar zijn. In andere gevallen zal de schorsing op verzoek kunnen worden toegekend. Ik weet echter dat in ieder geval Widdershoven dit niet met mij eens is.

**Mevrouw mr. A.J.C. de Moor-van Vugt**

Ik heb nog één vraag over de bedrijfsruimte. Ik heb een parallel getrokken met de jurisprudentie van het HvJ uit het pré-Colas-Est-tijdperk, waarin het Hof zegt dat bedrijven wel degelijk een bepaalde bescherming genieten tegen het binnentreden van bedrijfsruimte en het willekeurig uitoefenen van bevoegdheden. Is dat de situatie waarnaar u terug wilt?

**Blomberg:** Ik begrijp niet precies wat u bedoelt met 'terug willen'.

**De Moor:** In de Colas Est- en Roquette Frère-jurisprudentie wordt gezegd dat een bedrijf bescherming heeft van het huisrecht van artikel 8 EVRM. Vóór deze jurisprudentie was dat niet het geval en heeft het HvJ een arrest gewezen waarin gezegd is dat bedrijven weliswaar geen huisrecht hebben, maar dat dit niet wil zeggen dat je zomaar naar willekeur allerlei bevoegdheden kunt gaan uitoefenen. Er is dan dus eigenlijk bescherming door een beginsel in plaats van door een grondrecht.

**Mevrouw mr. A.B. Blomberg**

Dat spreekt mij in zoverre meer aan dat je dan niet via de band van de mensenrechten hoeft te spelen, terwijl hier in mijn ogen geen mensenrecht in het geding is. Ik ben het er helemaal mee eens dat er bepaalde waarborgen moeten gelden en dat ook bedrijven bescherming verdienen tegen misbruik van bevoegdheden en al te willekeurig optreden van de overheid. Misschien is het dan goed om dat ook van een fundament te voorzien dat iets verder gaat dan de wet in formele zin. Daarover zijn wij het denk ik wel eens.

**De Moor:** Prima, dan zijn we het allemaal weer eens.

**Voorzitter:** Dan zal ik ervoor zorgen dat we het weer niet eens zijn! Is het niet zo dat sommige sprekers van vandaag misschien toch iets meer lezen in Colas Est dan er staat? Het wordt tijd, zegt het Hof, om te erkennen dat onder omstandigheden ook

bedrijven de bescherming van artikel 8 EVRM genieten. Volgens mij staat daar dus ongeveer niets. Anders gezegd: ja, vanzelf! Je kunt het er het nauwelijks mee oneens zijn dat bedrijven een zekere bescherming genieten en dat het Hof van de gevallen waarover het in de jurisprudentie gaat, gevallen waarin door de overheid op een volstrekt rabiate wijze wordt opgetreden, zegt dat het zo niet kan. De vraag is natuurlijk wat dat dan betekent en hoe ver dat gaat, en of bedrijven dan evenveel bescherming genieten als natuurlijke personen. Volgens mij is dát de vraag en kunnen we dáárover verschillend denken, maar kan geen van degenen die daarover een mening hebben zich volledig beroepen op het arrest Colas Est, omdat deze uitspraak in dat opzicht gewoonweg te onduidelijk is.

### Mr. L.J.J. Rogier

Ook mijn complimenten voor de prachtige preadviezen. Ik heb ze niet allemaal tot in de finesses kunnen lezen, want in Rotterdam waren wij, zoals al is vermeld, bezig met iets anders. Als ik in mijn vraag daarom geen recht heb gedaan aan alle finesses, dan hoor ik dat wel. Ik wil een vraag stellen over stelling 3 van mevrouw Blomberg, die vandaag al eerder aan de orde is geweest. Niet iedere punitieve sanctie is een *criminal charge*, staat daar. Daar werd eerder vandaag vrij luchtig overheen gewandeld. Iedereen vond dat dit natuurlijk zo was. Ik heb mij over deze stelling, zoals ik geleerd heb, afgevraagd: wat staat daar nou? Is dat nu een alethische of een deontische uitspraak? Is het een uitspraak waarvan je kunt zeggen: dat is waar of niet waar? Als dat zo is en als deze stelling waar is, dan kunnen we misschien snel ophouden. Als zij niet waar is, dan wil ik, net als in het eerste geval overigens, graag horen waarom.

Ik denk echter dat eerder is bedoeld te zeggen dat het niet zo zou moeten zijn dat elke bestuurlijke punitieve sanctie een *criminal charge* is, want als ik mij baseer op de (vooral wat meer strafrechtelijk georiënteerde) jurisprudentie, dan wordt bij punitieve sancties toch al snel artikel 6 EVRM van toepassing geacht, ook al wordt dat niet altijd gezegd. Met name de Afdeling bestuursrechtspraak van de RvS draait als het even kan om die vraag heen. Ik heb hier zelf ook al een paar keer op gewezen, want ik had graag op dat punt meer duidelijkheid gezien. Ik heb ook al eens geopperd dat er misschien punitieve sancties zijn die geen *criminal charges* zijn, maar ik ben op dat punt steeds voorzichtiger geworden. Op deze manier krijgen we immers te maken met:

- strafrechtelijke punitieve sancties (*criminal charges*) waarop artikel 6 EVRM van toepassing is;
- punitieve sancties in het bestuursrecht waarop artikel 6 EVRM eveneens van toepassing is;
- andere punitieve sancties in het bestuursrecht, waarop deze bepaling niet van toepassing is.

Dan wordt het wel ingewikkeld. Strafrechtelijke collega's, dat weet u misschien, zijn rabiaat tegen dit soort nuancerings. Zij zeggen: punitieve sancties zijn punitieve sancties, eigenlijk is het zelfs allemaal strafrecht, dus artikel 6 EVRM is van toepassing. Die nuancerings die wij in het bestuursrecht gewend zijn, vormen al een heel

oude kwestie. Ik herinner mij dat de Vereniging voor Internationaal Strafrecht zich ooit eens over deze problematiek gebogen heeft, en getracht heeft een nuance aan te brengen.<sup>28</sup> Uiteindelijk was men daar gewoon tegen en achtte men artikel 6 EVRM van toepassing, met name ook op bestuurlijke boetes. Ook Corstens heeft in de jaren tachtig in zijn preadvies bepleit dat we maar gewoon moeten spreken van punitief, en dus *criminal charge*.<sup>29</sup> In het aloude Öztürk-arrest was dat eveneens aan de orde. Toen men in Duitsland dacht dat bepaalde *Ordnungswidrigkeiten* misschien niet onder artikel 6 EVRM vielen, heeft het Hof daaraan met het Öztürk-arrest een eind gemaakt.

Het gaat mevrouw Blomberg misschien zelfs niet zozeer om de boetes, als wel om andere sancties, en dan wordt het nog ingewikkelder. Dan gaat het om intrekkingen en de maatregelen in de sociale zekerheid. Over de intrekkingen is een rapport van de Raad van State verschenen waarin is geprobeerd een oplossing te vinden, die overigens niet in alle gevallen erg gelukkig en even duidelijk is. Dan spreek ik nog niet eens over de meningsverschillen die je op dat punt kunt zien tussen het Hof in Straatsburg en het Hof in Luxemburg. Ik herinner mij een uitspraak die mevrouw De Moor heeft geannoteerd over de Käserei Champignon waarin het Hof in Luxemburg erg categorisch was in het ontkennen van het evenredigheidsbeginsel in een sanctie die wij puur punitief zouden noemen. Wat schieten we er nu mee op, vroeg ik mij af, als we dat onderscheid gaan maken, als we gaan zeggen: er zijn punitieve sancties die geen *criminal charges* zijn? Het gaat natuurlijk om de waarborgen van artikel 6 EVRM. Staan er niet nu al heel veel waarborgen in bijvoorbeeld de Awb? Bestaat er niet al een *ne bis in idem*- of een *una via*-regeling? Bestaat er niet al zoiets als het zwijgrecht? Bestaat er niet al zoiets als een regeling over het inzien van processtukken?

**Verheij:** Dat is nog niet allemaal aangenomen.

**Rogier:** Laat ik het dan zo zeggen: gaan we al niet de goede weg op?

**Jansen:** En de bijzondere boeteregelingen?

**Rogier:** Die zijn natuurlijk ook van belang. Denk ook aan de Europese Grondwet. Vanochtend is er ook op gewezen: op het voorleggen van stukken voordat je gestraft wordt, moet je kunnen reageren. Kortom: kan mevrouw Blomberg misschien toelichten wat we ermee opschieten als we met punitieve bestuurlijke sancties gaan werken die geen *criminal charges* zijn? Wordt het dan niet eigenlijk alleen maar ingewikkelder, of zie ik voordelen over het hoofd?

---

28. Aanbevelingen van het Internationaal Strafrechtelijk Congres van de Association Internationale de Droit Pénal (AIDP) te Wenen, genoemd door D. Schaffmeister, Afzonderlijk straf- en strafprocesrecht voor veel voorkomende criminaliteit, in: Rechtshandhaving in de schaduw van Justitie, WODC, Justitiële Verkenningen, mei 1990, p. 24-25.

29. G.J.M. Corstens, Civielrechtelijke, administratiefrechtelijke of strafrechtelijke rechtshandhaving? Preadvies NJV 1984, deel 1, eerste stuk, E.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1984, p. 61-62.

**Mevrouw mr. A.B. Blomberg**

Het is geenszins mijn bedoeling geweest om het ingewikkelder te maken dan het is. De realiteit is echter dat sommige sancties een enigszins diffuus karakter hebben. Dat is natuurlijk niet de boete, want die is hoe dan ook punitief, en ik kan er heel goed mee leven als een boete zonder meer als *criminal charge* wordt aangemerkt. Juist bij de sancties op het gebied van de intrekkingen zien we echter een vrij gekunstelde constructie: óf ze zijn reparatoir, óf de kwalificatie wordt vermeden. Ik heb het nu over het intrekken van een begunstigende beschikking, zoals een subsidie of een uitkering. Er zijn situaties waarin die intrekking meer behelst dan wat nodig is om herstel van de rechtmatige toestand te bewerkstelligen. Over het meerdere zou je kunnen zeggen: is die sanctie dan niet als leedtoevoeging te kwalificeren en dus als punitief? Wanneer een dergelijke sanctie als punitief te kwalificeren valt (de uitvoerige discussie hierover in mijn preadvies zal ik nu niet herhalen), vind ik dat er wel bepaalde waarborgen moeten gelden, in ieder geval het evenredigheidsbeginsel. In de praktijk zie je dat burgers door verschillende organen, of door hetzelfde bestuursorgaan op verschillende manieren, worden gepakt voor wat zij ervaren als één overtreding of normschending. Niet altijd wordt dan rekening gehouden met de andere sancties. Het is niet mijn bedoeling voor dat soort sancties het *criminal charge*-verhaal los te laten, maar als er een subsidiebeschikking wordt ingetrokken, lijkt het mij een beetje ver gaan bijvoorbeeld ook een zwijgrecht toe te kennen. Vandaar mijn suggestie: ik denk dat we allerlei problemen die nu ontstaan, kunnen omzeilen door niet klakkeloos te zeggen dat iedere punitieve sanctie ook een *criminal charge* is. Die gelijkstelling leidt er immers toe dat het punitieve karakter soms wordt verhuld, terwijl het wel degelijk om een sanctie gaat die betrokkenen leed toevoegt en in ieder geval geen reparatoir doel dient.

**Mr. L.J.J. Rogier**

Daarmee kan ik goed leven, maar een stapje verder: zou dat dan ook betekenen dat de rechter zelf zo'n intrekking kan afdoen of zo'n maatregel kan opleggen? Zou u ervoor zijn om dat apart te regelen, nog los van de vraag of je het een *criminal charge* noemt?

**Mevrouw mr. A.B. Blomberg**

In beginsel niet. Het hangt af van de aard van de bevoegdheid. In veel gevallen gaat het om vrije bevoegdheden en dan zal een rechter op net zo'n manier moeten toetsen als gebruikelijk, waarbij voor het punitieve deel natuurlijk wel naar de evenredigheid kan worden gekeken. In zoverre lijkt een mitigeringsbevoegdheid mij daarbij te passen, maar alleen voorzover je die nu ook accepteert bij bestuurlijke boetebevoegdheden.



**Rogier:** Ik concludeer dat je eigenlijk een heel eind komt, en dat zegt u volgens mij impliciet ook, als je het per sanctie en per rechtsbeschermingsmogelijkheid gewoon goed regelt. Dan heb je het begrip *criminal charge* ook niet nodig.

**Blomberg:** Nee, maar juist bij intrekkingen van subsidies is niet altijd wettelijk vast te leggen wanneer de intrekking een punitief karakter heeft en wanneer niet. Ik heb ook het voorbeeld genoemd van beleidsdoelstellingen van de subsidieverlener die, bij het verrichten van slechts een deel van de gesubsidieerde activiteit, waarmee niet aan de beleidsdoelstellingen is voldaan, kunnen rechtvaardigen dat de gehele subsidie wordt ingetrokken. Onder omstandigheden kan dat reparatoir zijn, zoals ook in de jurisprudentie met zoveel woorden is uitgemaakt, terwijl er ook heel goed situaties denkbaar zijn waarin het onevenredig is om de gehele subsidie in te trekken en waarin je zou moeten zeggen: voorzover er meer wordt ingetrokken dan het deel waarvoor de activiteit niet is verricht, is het punitief. Ik vraag mij af of dat altijd in een wet kan worden geregeld.

**Rogier:** En dan blijft het nog spannend of er verschillen van opvatting bestaan tussen het Hof in Staatsburg en het Hof in Luxemburg.

# Stellingenprocedure

**Voorzitter:** U zult begrijpen dat we niet over alle stellingen van Barkhuysen gaan stemmen, niet omdat ze niet allemaal buitengewoon interessant zijn, maar omdat het er nogal veel zijn. Ik heb met hem afgesproken dat wij gaan stemmen over de stellingen 3, 8, 12 en 13. Wij hebben niet de tijd om de stellingen allemaal eerst te gaan toelichten. Voor wie de voorafgaande teksten heeft gelezen en de discussie heeft gehoord, is dat ook niet nodig. Bovendien hebben we vandaag al enige stemadviezen gehoord.

## **Stelling 3 van Barkhuysen**

*De huidige EVRM-toepassingspraktijk van wetgever, bestuurder, rechter en rechshulpverlening is mede in het licht van de uit het verdrag en de Grondwet voortvloeiende vereisten te terughoudend en moet daarom worden aangepast.*

### **Oordeel**

Een zeer kleine meerderheid van de vergadering blijkt het met de stelling eens te zijn.

## **Stelling 8 van Barkhuysen**

*De abstineringjurisprudentie van de Nederlandse rechter, die erop neerkomt dat de rechter in een concreet geval geen oordeel geeft over de vraag of er sprake is van een schending van het EVRM dan wel dat bij een wel vastgestelde schending rechtsherstel of een vervangende schadevergoeding uitblijft, verdient afkeuring in het licht van de uit de artikelen 93 en 94 Grondwet en artikel 13 EVRM voortvloeiende vereisten.*

### **Oordeel**

Een meerderheid blijkt het met de stelling eens te zijn.

## **Stelling 12 van Barkhuysen**

*Er is sprake van een toenemende integratie van nationaal (materieel) bestuursrecht, EVRM-normen en EG-recht, als gevolg waarvan de rechtsvorming op dit terrein deels verschuift naar het internationale niveau. Dit vergt een (pro)actief optreden van de nationale autoriteiten om deze rechtsvorming te beïnvloeden en er tijdig gevolg aan te kunnen geven. De oprichting van een interdepartementale EVRM-werkgroep – al dan niet gekoppeld aan de bestaande werkgroep voor EG-recht – kan dit faciliteren en verdient daarom aanbeveling.*

### **Oordeel**

Een overgrote meerderheid blijkt het met de stelling eens te zijn.

### **Stelling 13 van Barkhuysen**

Het EHRM moet duidelijkere en meer richtinggevende uitspraken doen zodat de nationale autoriteiten hun optreden daarop daadwerkelijk kunnen afstemmen. Verder moet het Hof sneller zaken afdoen dan thans het geval is en ervoor waken de bescherming van het EVRM uit te breiden tot detailkwesties waarin geen fundamentele belangen aan de orde zijn.

Oordeel

Een overgrote meerderheid blijkt het met de stelling eens te zijn.

### **Stelling 1 van mevrouw Blomberg**

Bedrijfsruimten verdienen alleen bescherming van artikel 8 EVRM voorzover de persoonlijke levenssfeer van één of meer natuurlijke personen in het geding is.

Oordeel

Een grote meerderheid blijkt het met de stelling eens te zijn.

### **Stelling 2 van mevrouw Blomberg**

De betredingsbevoegdheid op grond van artikel 5:15 Awb omvat níet de bevoegdheid tot het openen van kasten en laden, ook niet als de bevoegdheid wordt uitgeoefend in samenhang met een vordering tot inzage.

Oordeel

Een meerderheid blijkt het met de stelling eens te zijn; veel aanwezigen onthouden zich van stemming.

### **Stelling 3 van mevrouw Blomberg**

Niet iedere punitieve bestuurlijke sanctie is een criminal charge.

**Voorzitter:** Moeten we deze stelling letterlijk lezen of, zoals Rogier vroeg, in die zin dat u van mening bent dat het begrip *criminal charge* niet zo zou moeten worden uitgelegd?

**Blomberg:** Ik durf deze stelling wel aan, anders zou ik hem ook niet hebben opgenomen.

**Voorzitter:** Ik begrijp dat u zegt dat we het letterlijk moeten nemen? Dus niet 'zou moeten zijn', maar gewoon 'is'.

**Blomberg:** Ja, want volgens mij zijn er sancties die wel als punitief zijn aan te merken, maar die op grond van de criteria van het EHRM niet een *criminal charge* zijn.

Oordeel

Een kleine meerderheid blijkt het met de stelling oneens te zijn.

#### **Stelling 4 van mevrouw Blomberg**

Met het recht om om schorsing van (punitieve) sanctiebesluiten te verzoeken, is in voldoende mate voldaan aan de onschuldpresumptie; schorsende werking hoeft aan het indienen van zo'n verzoek alleen maar te worden toegekend voorzover (de gevolgen van) sanctiebesluiten onomkeerbaar zijn.

#### *Oordeel*

De vergadering spreekt zich over deze stelling niet uit, aangezien de stemmen blijken te staken; veel aanwezigen onthouden zich van stemming.

#### **Stelling 1 van mevrouw Bulterman**

Een ondernemer moet geen overspannen verwachtingen hebben van een klacht bij het EHRM: het EVRM staat efficiënte regulering van het economische verkeer niet wezenlijk in de weg.

#### *Oordeel*

Een grote meerderheid blijkt het met de stelling eens te zijn; geen van de aanwezigen is het met de stelling oneens en veel aanwezigen onthouden zich van stemming.

#### **Stelling 2 van mevrouw Bulterman**

De wijze waarop het Hof van Justitie toetst aan rechten die mede in het EVRM bescherming vinden, doet geen recht aan de bijzondere betekenis die het EVRM toekomt binnen de Europese rechtsorde.

**Voorzitter:** Dit is de stelling waarvan de juistheid vanochtend al door mevrouw Steyger is betwist.

#### *Oordeel*

Een grote meerderheid blijkt het met de stelling oneens te zijn; veel aanwezigen onthouden zich van stemming.

#### **Stelling 3 van mevrouw Bulterman**

Ook in zaken die binnen de reikwijdte van het Gemeenschapsrecht vallen, dienen de nationale wetgever, bestuurder en rechter zich de mogelijkheid voor te behouden zelfstandig aan bepalingen uit het EVRM te toetsen.

#### *Oordeel*

Een overgrote meerderheid blijkt het met de stelling eens te zijn.

#### **Stelling 1 van Verschuuren**

Rechter en bestuur besteden ten onrechte weinig of geen aandacht aan het EVRM in omgevingsrechtelijke kwesties in Nederland. Rechter en bestuur hebben ten onrechte (veel) meer oog voor het systeem en de bedoeling van de wet dan voor de rechten van een individuele burger.

#### *Oordeel*

Een meerderheid blijkt het met de stelling eens te zijn.

**Stelling 2 van Verschuuren**

Ook indien zij *wel* correct zouden worden toegepast, staan de huidige mensenrechten uit het EVRM de hedendaagse daadkrachtige overheid niet in de weg. Ze vragen *wel* om een zorgvuldige voorbereiding van besluiten. Dat komt de kwaliteit van het bestuur ten goede.

**Voorzitter:** De stelling bestaat uit verschillende beweringen. Ik stel voor dat wij de eerste volzin in stemming brengen.

Oordeel

Een overgrote meerderheid blijkt het met de eerste volzin van de stelling eens te zijn.

**Stelling 3 van Verschuuren**

Nu het EHRM in de zaak *Hatton II* de klok heeft teruggedraaid, is opnemng van een mensenrecht op bescherming van het leefmilieu in een protocol bij het EVRM dringend gewenst.

Oordeel

Een grote meerderheid blijkt het met de stelling oneens te zijn.

# Schriftelijke interventie mevrouw mr. C.L.G.F.H. Albers

Tot mijn spijt verkeer ik – wegens aanstaande gezinsuitbreiding – niet in de mogelijkheid bij de jaarvergadering aanwezig te zijn. Anders had ik vandaag graag met mevrouw Blomberg in discussie willen treden. Vandaar deze schriftelijke interventie.

Ik wil met name stilstaan bij hetgeen de preadviseur stelt over het karakter van de last onder dwangsom. Gaat het om een punitieve of een reparatoire sanctie?<sup>30</sup>

Deze discussie – die ook van belang is ter beantwoording van de vraag of de last onder dwangsom moet worden gezien als 'criminal charge' in de zin van artikel 6 EVRM en dus voor de vraag naar de toepasselijkheid van de uit het EVRM voortvloeiende strafrechtelijk getinte waarborgen zoals bijvoorbeeld de onschuldpresumptie – is mijns inziens nog steeds actueel en van groot belang ook al stelt Alkema dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) reeds 'zeer impliciet' geoordeeld heeft dat een door de rechter opgelegde last onder dwangsom valt onder de noemer 'civil rights and obligations' en niet onder de noemer 'criminal charge'.<sup>31</sup> Uit de door hem aangehaalde arresten kan ik niet afleiden dat kwalificatie van de last onder dwangsom een rol heeft gespeeld in die procedures. De zaak Chapman<sup>32</sup> is in het bijzonder gericht op de vraag of de weigering om een bouwvergunning te verlenen en de aanschrijving om (woonwagen)bewoning van het eigen perceel te staken in strijd zijn met artikel 8 EVRM en artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Over de last onder dwangsom en het karakter daarvan wordt niets gezegd door het Hof. In de door Alkema aangehaalde zaak Canea<sup>33</sup> komt het karakter van de last onder dwangsom evenmin aan de orde. Sterker nog. Centraal stond de vraag of de Canea Catholic Church (als rechtspersoon) op grond van artikel 6 EVRM een recht had op toegang tot de rechter in het kader van een procedure tot opleggen van een *rechterlijke* last onder dwangsom aan de bureu. Deze bureu schonden het eigendomsrecht van de kerk door een aan de kerk toebehorende scheidingsmuur deels te slopen.<sup>34</sup> Er was dus,

---

30. Over dit onderscheid valt veel te zeggen. Een en ander ligt genuanceerd. Om mijn hierna geplaatste opmerkingen op hun waarde te kunnen schatten is het van belang kennis te nemen van de beschouwingen die ik aan de door mij gegeven definitie van een 'punitieve sanctie' ten grondslag leg. Zie C.L.G.F.H. Albers, *Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten. Balanceren op een magische lijn?* (diss. Maastricht), Den Haag 2002, p. 25 e.v.

31. E.A. Alkema, *De preadviezen voor de VAR 2004*, NTB 2004, 17, p. 116 e.v., i.h.b. p. 119.

32. EHRM 18 januari 2001, AB 2003, 32 m.nt. J. Gerards.

33. EHRM 16 december 1997, Reports 1997-VIII, no. 25528/94.

als ik het goed zie, sprake van een *civielrechtelijke dwangsom* vanwege een door de burens jegens de kerk gepleegde onrechtmatige daad. Het geschil betrof dan ook duidelijk een 'civil right' en derhalve was artikel 6 EVRM van toepassing. Beide aangehaalde zaken bieden dus géén aanknopingspunt met betrekking tot het niet-punitieve karakter van een (bestuursrechtelijke) last onder dwangsom. Bovendien, al zou uit een van beide uitspraken al volgen dat in dat geval de last onder dwangsom géén punitief karakter bezit, dan nog zou de discussie daarmee niet zonder meer beëindigd zijn. Immers, zolang de rechtspraak van het EHRM zo casuïstisch is dat één (exact dezelfde) sanctie de ene keer onder de noemer 'criminal charge' valt en de andere keer niet<sup>35</sup> is het mijns inziens niet verstandig af te gaan op een enkele casus van het EHRM waarin een bepaalde sanctie wordt geschaard onder 'civil rights and obligations' en niet onder de noemer 'criminal charge'. Dit klemmt te meer nu het EHRM niet aangeeft wanneer een sanctie 'punitieve' van aard is maar slechts constateert dát een sanctie punitief van aard is.<sup>36</sup> Met andere woorden het Hof hanteert de term punitief wel in de rechtspraak maar werkt niet met zoveel woorden uit wat onder deze term moet worden verstaan. Daardoor ontbreekt in de rechtspraak van het Hof een (algemeen) aanknopingspunt voor beantwoording van de vraag wanneer de oplegging van een sanctie moet worden gezien als 'criminal charge'.

Dat de preadviseur het, evenals de (meeste) andere leden van de 'Utrechtse handhavingsschool', niet met mij eens is wat betreft de kwalificatie van de last onder dwangsom als een punitieve sanctie, moge duidelijk zijn. Hoewel de standpunten over en weer reeds uitvoerig aan de orde komen in mijn dissertatie<sup>37</sup> en de preadviseur ze op hoofdlijnen in haar preadvies heeft aangestipt, wil ik daar nogmaals kort bij stilstaan.

Voor de volledigheid wijs ik erop dat ik niet de enige ben die van oordeel is dat de last onder dwangsom dan wel de verbeurte ervan gekwalificeerd moet worden als een punitieve sanctie. Ook Rikmenspoel, Hazewindus, Addink en Sluijs, Rogier, Van Ommeren en Hartmann en Van Russen Groen nemen dit standpunt in.<sup>38</sup>

Zoals gezegd is de discussie over het karakter van de last onder dwangsom op hoofdlijnen gevoerd. In het preadvies werpt Blomberg echter enkele nieuwe argumenten op. Deze moeten worden gewogen. Ten eerste stelt de preadviseur (p. 161) dat kwalificatie van de last onder dwangsom als punitief – zoals door mij voorgesteld – de 'merkwaardige, zo niet absurde' consequentie met zich brengt dat, nog voordat iemand daadwerkelijk door de sanctie wordt geraakt het punitieve karakter daarvan vaststaat. Ik vraag me af waarom die consequentie merkwaardig of zelfs absurd is. Voor een voorwaardelijke boete of voorwaardelijke gevangenisstraf geldt het voorgaande toch ook? Blomberg signaleert dit overigens zelf (in een

---

34. Zie par. 7 e.v. van genoemd arrest.

35. Zie Albers (2002), hfdst. 3 i.h.b. p. 108-109.

36. Zie Albers (2002), p. 98-100.

37. Albers (2002), p. 43 e.v.

38. Zie Albers (2002), p. 43 e.v.; zie voorts de door Blomberg in haar preadvies genoemde auteurs (A.B. Blomberg, Handhaven binnen EVRM-grenzen, in: De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht, preadviezen VAR 2004, VAR-Reeks nr. 132, Den Haag 2004, p. 115 e.v., i.h.b. p. 160).

nootje).<sup>39</sup> Zij stelt vervolgens dat de voorwaardelijke boete en de voorwaardelijke gevangenisstraf hun karakter ontleen aan de oorspronkelijke straf. Daarom zijn zij punitief. Als ik het goed zie past Blomberg dezelfde redenering toe wat betreft de kwalificatie van de last onder dwangsom. Zij houdt daarmee vast aan haar opvatting die er op neerkomt dat de invordering reparatoir is omdat de last reparatoir is.<sup>40</sup> Ik kan deze formele benadering nog steeds niet onderschrijven. Mijn grootste bezwaar is dat de benadering van de preadviseur niet materieel (inhoudelijk) van aard is. Het blijft bij het plakken van etiketten (gekoppeld aan het 'formele' doel van de sanctie). Zij geeft bijvoorbeeld niet aan *wáárom* de last onder dwangsom reparatoir van aard is. Bijgevolg geeft zij ook niet aan wat *volgens háár* moet worden verstaan onder bestraffing of leedtoevoeging. Ook gaat zij niet in op de vraag wat (materieel gezien) het verschil is tussen een voorwaardelijke boete en een last onder dwangsom. Toch belangrijke (maar niet eenvoudig te beantwoorden) vragen.

Sterker nog. Wat moet worden verstaan onder leedtoevoeging is de 'hamvraag'. Blomberg gaat daaraan voorbij en 'toetst' de last onder dwangsom niet op leedtoevoegende aspecten. Voor de volledigheid merk ik op dat met leedtoevoeging, als typisch strafrechtelijk sanctiedoel, onder meer speciale en generale preventie wordt beoogd. Daarnaast speelt vergelding een rol.<sup>41</sup>

Bij een meer materiële benadering zie ik weinig verschil tussen een voorwaardelijke boete en een last onder dwangsom. In beide gevallen wil men de overtreder immers inpeperen<sup>42</sup> dat hij niet langer of niet nogmaals een bepaalde onrechtmatige handeling moet verrichten (de zgn. preventieve werking die óók aan leedtoevoeging ten grondslag ligt!). Doet hij dat wel dan zal hij moeten boeten. In beide gevallen door middel van het betalen van een bedrag dat (in de regel) hoger is dan het bedrag dat nodig is voor herstel van de rechtmatige toestand of voor compensatie van de door de onrechtmatige handeling ontstane schade, dan wel door het betalen van een bedrag dat in het geheel geen verband houdt met de overtredding (vgl. de door Blomberg beschreven situatie waarin het gaat om overtredding van de geluidsvoorschriften<sup>43</sup>). Houdt het geldbedrag in het geheel geen verband met de overtredding, dan kan dit bedrag mijns inziens alleen al om die reden slechts leedtoevoeging beogen. Ik voeg daar nog aan toe dat het punitieve karakter van de last onder dwangsom bovendien kan worden afgeleid uit het feit dat reeds verbeurde dwangsommen ingevorderd kunnen (en in feite moeten) worden, ook al is (bijvoorbeeld na afloop van de begunstigingstermijn) alsnog voldaan aan de last onder dwangsom. Het met de last beoogde doel is dan alsnog bereikt. Bij een 'zuiver' reparatoire sanctie, waarbij herstel van een onrechtmatige in een rechtmatige toestand centraal staat en het niet

---

39. Zie voetnoot 135.

40. Zie voor verwijzingen Albers (2002) p. 43 e.v.

41. Zie Albers (2002), p. 27.

42. Vgl. Blomberg die aangeeft dat de last onder dwangsom dermate hoog zal moeten zijn dat hij de overtreder 'prikkelst tot' naleving (2004), p. 160.

43. Blomberg (2004), p. 161. Zij spreekt in dat kader nota bene over 'natte-vingerwerk' wat betreft het vaststellen van de hoogte van de dwangsom.



gaat om (speciale en generale)<sup>44</sup> preventie door middel van leedtoevoeging,<sup>45</sup> zou invordering dan immers niet meer nodig zijn. Ten slotte is, met betrekking tot het onderscheid tussen de last onder dwangsom en een voorwaardelijke boete, vermeldenswaardig dat de commissie-Scheltema in het voorontwerp van de vierde tranche over de bestuurlijke boete stelt: *'Aan een boete onder opschortende voorwaarde dat de overtreder binnen een bepaalde periode niet opnieuw een overtreding pleegt, bestaat geen behoefte, nu zij op hetzelfde neerkomt als een last onder dwangsom.'*<sup>46</sup>

Dit brengt mij tot de volgende conclusie. Kan herstel van een rechtmatige toestand slechts bereikt worden door te dreigen met een last onder dwangsom die leedtoevoegend werkt als verbeurte plaatsvindt (hetgeen inderdaad bijna altijd het geval zal zijn) dan is de last mijns inziens punitief. Door het doel (herstel) van de sanctie op de door de preadviseur voorgestelde formele wijze voorop te stellen wordt 'Etikettenschwindel' erg eenvoudig. Een dergelijke instrumentele benadering<sup>47</sup> gaat ten koste van de rechtsbescherming van de burger. Bovendien wordt daarbij uit het oog verloren dat herstel bij de last onder dwangsom wordt 'afgedwongen' door te dreigen met leedtoevoeging.

Dit brengt mij op een tweede punt dat ik ten slotte kort wil aanstippen. Kwalificatie van de last onder dwangsom als punitieve sanctie brengt volgens Blomberg een nadelige consequentie met zich voor de handhavende overheid. Volgens haar (p. 161) zou het *ne-bis-in-idem*-beginsel zich verzetten tegen herhaalde oplegging van een last onder dwangsom bij een voortdurend delict. Dit is echter mijns inziens onjuist. De Nederlandse strafrechter neemt immers het standpunt in dat bij een voortdurend delict het *ne-bis-in-idem*-beginsel zich niet verzet tegen de herhaalde oplegging van punitieve strafrechtelijke sancties.<sup>48</sup> De preadviseur houdt met deze rechtspraak (die mijns inziens ook in het bestuursstrafrecht onverkort kan worden toegepast) blijkbaar geen rekening.

Graag ontvang ik een reactie van de preadviseur. Ik hoop hierbij niet alleen een 'instrumenteel' antwoord te ontvangen maar een antwoord dat aandacht besteedt aan – mijns inziens – wezenlijke vragen van rechtsstatelijke en strafrechtelijke aard.

---

44. Dat generale preventie met name een strafrechtelijk doel is dat hoort bij een punitieve sanctie ziet Blomberg blijkbaar over het hoofd (Blomberg (2004), p. 162).

45. Leedtoevoeging (als typisch strafrechtelijk sanctiedoel) heeft immers onder meer speciale en generale preventie ten doel. Daarnaast wordt vergelding gezien als doel van leedtoevoeging (zie Albers (2002), p. 27).

46. Voorontwerp 4e tranche, p. 120.

47. Zie in dit kader ook Blomberg (2004), p. 187-188.

48. Vgl. HR 7 mei 1923, NJ 1923, 932, W 11082; HR 1 december 1975, NJ 1976, 254 en Albers (2002), p. 171.

# Reactie van mevrouw mr. A.B. Blomberg op de schriftelijke interventie van mevrouw mr. C.L.G.F.H. Albers

Ik waardeer het bijzonder dat mevrouw Albers in een periode waarin haar hoofd vermoedelijk wel naar iets anders stond, de moeite heeft genomen mijn preadvies te lezen en ook nog een schriftelijke interventie in te sturen. Wij voeren al langer een wetenschappelijke discussie met elkaar (en anderen)<sup>49</sup> over het karakter van de last onder dwangsom en die verveelt – mij althans – nog niet. Nieuwe argumenten leiden immers tot nieuwe inzichten en vice versa. Inzichten die overigens niet alleen voor de karakterisering van de last onder dwangsom van belang zijn, maar ook meer in het algemeen voor de begripsbepaling in het (bestuursrechtelijke en strafrechtelijke) handhavingsrecht. Albers' signalering dat in die discussie een aantal belangrijke doch niet eenvoudig te beantwoorden vragen speelt, deel ik. Ik ben het alleen niet eens met haar constatering dat ik een aantal van die vragen laat liggen dan wel mij schuldig maak aan etiketten-plakkerij. Ik kom daar straks op terug. Uit haar interventie blijkt wel dat sommige (vragen en) antwoorden weer nieuwe vragen oproepen en ik maak dan ook dankbaar van de gelegenheid gebruik om op die vragen in te gaan.

Vooropgesteld moet worden dat de discussie over het karakter van de last onder dwangsom momenteel in hoge mate een academische is. Zowel de wetgever als de Nederlandse rechter gaan ervan uit dat de last onder dwangsom een herstelsanctie is; evenmin worden de verbeurte en/of invordering van dwangsommen door deze organen als bestraffend aangemerkt.<sup>50</sup> We weten echter niet zeker hoe het EHRM over deze volgens mij typisch Nederlandse sanctie zal oordelen (in zoverre kan ik instemmen met het eerste deel van Albers' interventie; zie ook p. 161-162 van mijn preadvies), al acht ik de kans klein dat de last onder dwangsom door het EHRM als een *criminal charge* zal worden aangemerkt.

---

49. Al meen ik dat zij Van Ommeren ten onrechte indeelt bij degenen die de last onder dwangsom dan wel de verbeurte kwalificeren als een punitieve sanctie. In zijn dissertatie stelt Van Ommeren alleen dat de dwangsom punitief zou worden als de evenredigheidseis van art. 5:32 lid 4 Awb niet in acht wordt genomen (F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd*, Zwolle 1996, p. 128). Zie daarover ook het slot van deze reactie.

50. Ik zal in het vervolg, in navolging van het wetsvoorstel Vierde tranche Awb, de begrippen 'herstel' en 'bestraffend' gebruiken in plaats van de termen 'reparatoir' en 'punitief'.

Albers' grootste bezwaar tegen mijn benadering is dat deze formeel en niet inhoudelijk van aard zou zijn, omdat ik aanknoop bij het 'formele' doel van de sanctie, wat zij bestempelt als 'het plakken van etiketten'. Als er echter iets inhoudelijks van invloed is op het karakter van een sanctie, dan is dat wel het doel waarvoor die sanctie wordt opgelegd, met andere woorden het 'oogmerk'<sup>51</sup> van de sanctie-oplegger. Dat is ook in het strafrecht zo, waar het handhavingsdoel 'leedtoevoeging' als primair bepalend wordt gezien voor de vraag of een sanctie als bestraffend moet worden gekwalificeerd.<sup>52</sup> Zie voorts de definitiebepaling artikel 5.0.2 in het wetsvoorstel Vierde tranche Awb (een herstelsanctie is een bestuurlijke sanctie 'die strekt tot...'; een bestraffende sanctie is een bestuurlijke sanctie 'voorzover deze beoogt...'). Dat daarbij verder moet worden gekeken dan de bedoeling van de wetgever alleen, staat wat mij betreft buiten kijf (vgl. ook mijn opmerkingen met betrekking tot de Wet boeten en maatregelen op p. 166-167 van het preadvies), maar maakt het criterium 'doel' of 'oogmerk' nog niet formeel van aard. Integendeel, juist door het 'losweken' van de 'etiketten' van sancties – waaronder ik uitdrukkelijk níet zonder meer versta het etiket dat de wetgever op die sanctie heeft geplakt, maar het werkelijke doel van de sanctie (zoals hiervoor uitgelegd) B, ontstaat het begripsmatige gevaar van één grote sanctiesoep waarin de verschillende smaken nog maar moeilijk te onderscheiden zijn. Zo vind ik het buitengewoon ongelukkig dat Albers het begrip leedtoevoeging dermate ruim uitlegt (ik kom hier nog op terug), dat sancties te pas en te onpas het etiket 'bestraffend' krijgen opgeplakt. In haar dissertatie wijst Albers zelf al op een belangrijk nadeel daarvan, namelijk dat dan niet goed duidelijk is welke (strafrechtelijke) waarborgen in welke mate hebben te gelden.<sup>53</sup>

Terug naar de last onder dwangsom: deze is aan te merken als een herstelsanctie omdat deze strekt tot beëindiging van de overtreding, ongedaanmaking of beperking van de gevolgen van de overtreding dan wel voorkoming van herhaling van de overtreding. Ik achtte dit zo vanzelfsprekend dat ik dat niet meer in het preadvies heb vermeld (zie echter p. 157-158). Wel degelijk is er, ook bij een wat Albers noemt 'meer materiële benadering', sprake van een principieel – zo men wil fundamenteel – verschil tussen de last onder dwangsom en de voorwaardelijke boete. Om te beginnen is een boete, óók een voorwaardelijke, een straf, opgelegd wegens een begaan strafbaar feit.<sup>54</sup> Een dwangsombeschikking behelst in eerste instantie slechts een last aan de overtreder om iets te doen of na te laten wat hij op grond van de voor hem geldende wettelijke voorschriften toch al moest doen of nalaten. Haar sanctiekarakter ontleent de dwangsombeschikking aan de koppeling tussen het niet uitvoeren van de last en het verbeuren van dwangsommen. Voert de overtreder de last gewoon uit, dan is de kous daarmee af; de primaire overtreding blijft voor de overtreder uiteindelijk zonder nadelige gevolgen. De veroordeelde tot een voorwaardelijke geldboete blijft evenwel veroordeeld, ook al hoeft hij de opgelegde boete niet te betalen. Een tweede verschil hangt sterk met het voorgaande samen: de voorwaardelijke boete ziet op gedrag in het verle-

---

51. Term ontleend aan B.J. van de Griend, *Het oogmerk als ijkpunt*, Den Haag 2003.

52. Aldus ook Albers in haar dissertatie, p. 27-28.

53. Albers, a.w., p. 36-37.

54. Vgl. art. 14a lid 1 Sr, waaruit blijkt dat het er bij een voorwaardelijke straf om gaat dat (een deel van) de straf niet ten uitvoer zal worden gelegd. De straf wordt wél opgelegd.

den, terwijl de last onder dwangsom met het oog op de toekomst wordt opgelegd. Weliswaar moet betrokkene in beide gevallen bij voortzetting of herhaling van de overtreding een geldsom betalen, bij de voorwaardelijke boete levert de nieuwe norm-schending tevens een nieuw strafbaar feit op, waarvoor opnieuw vervolging kan – en vaak ook zal – worden ingesteld. Het te betalen bedrag heeft bij de voorwaardelijke boete dus nog betrekking op de primaire overtreding (de daarvoor opgelegde straf wordt alsnog tenuitvoergelegd, vgl. art. 14g Sr), terwijl een verbeurde dwangsom moet worden betaald vanwege de 'nieuwe' overtreding.

In effect lijken een voorwaardelijke boete en een last onder dwangsom uiteraard wel degelijk op elkaar; betrokkene moet een geldbedrag betalen als hij de overtreding ter zake waarvan de boete respectievelijk last is opgelegd, voortzet of herhaalt. Ook een voorwaardelijke boete heeft onmiskenbaar een op de toekomst gericht (preventief) effect, in het bijzonder ten aanzien van (herhaling van) het reeds gepleegde strafbare feit; eerder dan een onvoorwaardelijke boete zal een voorwaardelijke boete betrokkene weerhouden van het plegen van nieuwe strafbare feiten. Dit – en mijns inziens niets anders – verklaart waarom geen behoefte bestaat aan een voorwaardelijke variant van de bestuurlijke boete (vgl. de door Albers aangehaalde passage uit het Voorontwerp Vierde tranche Awb), althans in die (vele) gevallen waarin de dwangsombevoegdheid bestaat. Het motief voor oplegging blijft echter verschillend (zie boven).<sup>55</sup> Gebruik van termen als 'inpeperen' en 'boeten' (als de overtreder geen gevolg geeft aan de last) acht ik in relatie tot de last onder dwangsom dan ook misleidend (wie maakt zich nu eigenlijk schuldig aan 'Etikettenschwindel'? ). Bedenk in dat verband dat als een overtreding intussen is beëindigd – bijvoorbeeld in het kader van het voortraject – en er geen klaarblijkelijk gevaar van herhaling bestaat, er met het opleggen van een last onder dwangsom geen redelijk belang is gediend en oplegging dus ook niet is toegestaan!

Maar hoe zit het nu met het aspect 'leedtoevoeging'? Algemeen aanvaard is dat leedtoevoeging als doorslaggevend criterium moet worden gehanteerd bij beantwoording van de vraag of een sanctie moet worden aangemerkt als bestraffend of niet. Terecht merkt Albers dan ook als 'hamvraag' aan wat onder leedtoevoeging moet worden verstaan. In haar proefschrift heeft zij hieraan een uitvoerige beschouwing gewijd,<sup>56</sup> waarop ik in mijn preadvies reeds heb gewezen. Ik denk dat ons verschil van mening zich vooral toespitst op de precieze invulling van dit begrip in relatie tot bestuurlijke sancties als de last onder dwangsom. Leedtoevoeging wordt vooral omschreven in termen van doelen die daarmee worden beoogd; in het strafrecht zijn dat generale en speciale preventie, alsmede vergelding. De 'subjectieve leedervaring' van betrokkene mag niet doorslaggevend zijn,<sup>57</sup> tenzij deze dermate zeker of hoogstwaarschijnlijk is dat de sanctie in kwestie toch als bestraffend moet worden aangemerkt.<sup>58</sup> In het licht van deze handhavingsdoelen ziet Albers materieel

---

55. Zie ook ABRvS 11 februari 2000, AB 2000, 185 m.nt. A.B. Blomberg, waarin cumulatie van een last onder dwangsom en een voorwaardelijke boete aan de orde was.

56. Albers, a.w., p. 27-37, in het bijzonder p. 27-28.

57. Aldus ook Albers, a.w., p. 28.

58. Vgl. C. Kelk, Verbreding van het punitieve spectrum, in: M. Moerings (eindred.), Hoe punitief is Nederland?, Arnhem: Gouda Quint bv 1994, p. 15. De subjectieve leedervaring wordt daarmee als het ware geobjectiveerd.

gezien weinig verschil tussen een voorwaardelijke boete en een last onder dwangsom en zij wijst daartoe op de preventieve werking die óók aan leedtoevoeging ten grondslag ligt. We moeten het echter niet omdraaien en uit het feit dat met een sanctie speciale en generale preventie is beoogd, afleiden dat sprake is van leedtoevoeging. Preventie, het voorkomen van overtredingen zowel door de overtreder in kwestie als door anderen, is (mede) een doel van *alle* vormen van handhaving (bestuursrechtelijk, tuchtrechtelijk, strafrechtelijk), óók als het gaat om het toepassen van zuivere herstelsancties als bestuursdwang.<sup>59</sup> Ik ben het dan ook niet eens met Albers' stelling dat generale preventie met name een strafrechtelijk doel is dat hoort bij een punitieve sanctie (zie haar interventie, noot 15). Ook in de bestuursrechtelijke praktijk wordt inzake handhaving veelvuldig gewezen op wat dan heet 'het belang van het voorkomen van precedentwerking' en dat is een zeer legitiem handhavingsdoel. Daarentegen is *vergelding* – door Albers in deze context met 'inpeperen' aangeduid – als handhavingsdoel bij herstelsancties, mijns inziens óók bij de last onder dwangsom, afwezig. Zo mag in het verleden met de overtreding behaald economisch voordeel niet worden meegenomen bij het bepalen van de hoogte van de dwangsom.<sup>60</sup> De stelling dat het herstel wordt 'afgedwongen' door te dreigen met leedtoevoeging (verbeurte van dwangsommen) kan ik evenmin onderschrijven, omdat het bedrag van de dwangsom moet zijn afgestemd op het (financiële) voordeel dat de overtreder heeft bij het voortzetten of herhalen van de overtreding; dááaraan ontleent het instrument zijn werking. Dat overtredders dit wel eens anders ervaren (de subjectieve leedervaring), doet daarbij als gezegd niet terzake. Kortom, het feit dat de preventieve werking van een herstelsanctie ruimer is dan de overtreding in kwestie, maakt zo'n sanctie nog niet 'leedtoevoegend'. In zoverre maakt ook het na beëindiging van de overtreding invorderen van verbeurde dwangsommen, de eerder opgelegde dwangsombeschikking níet punitief.<sup>61</sup>

Wat rest, is de vraag hoe een dwangsombeschikking moet worden gekwalificeerd waarin het bedrag van de te verbeuren dwangsom hoger is dan noodzakelijk voor een goede werking van de dwangsom.<sup>62</sup> In zo'n geval is verdedigbaar dat de dwangsombeschikking als leedtoevoegend, dus bestraffend van aard wordt aangemerkt. Maar is die kwalificatie van belang? Ongeacht of het de bedoeling van het bestuur is geweest om de overtreder leed toe te voegen – denkbaar is ook dat op basis van onjuiste veronderstellingen een te hoog bedrag is vastgesteld – is een dergelijke dwangsombeschikking onrechtmatig, want in strijd met artikel 5:32 lid 4 Awb. De dwangsom kan de facto dus wel, maar *mág* de iure niet bestraffend zijn. De in artikel 5:32 lid 4 Awb neergelegde eis van evenredigheid beoogt te waarborgen dat dwang-

---

59. Voorkomen van overtreding staat bovenaan in de voorkeursvolgorde voor handhaving, zie A.B. Blomberg en F.C.M.A. Michiels, *Handhaven met effect*, Den Haag: VUGA 1997, p. 34 en A.B. Blomberg, *Integrale handhaving van milieurecht* (diss. VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 25-26.

60. Vz. ABRvS 13 maart 1996, AB 1996, 458 m.nt. GJ.

61. Zie eerder en uitvoeriger mijn preadvies (p. 160) en de daar genoemde publicaties.

62. In haar interventie lijkt Albers ervan uit te gaan dat bijna iedere verbeurte tot leedtoevoeging leidt (zie haar conclusie), maar in haar proefschrift beperkt zij zich tot het geval waarin de sanctie verder gaat dan herstel van de (on)rechtmatige toestand vergt (p. 28). Dat lijkt mij een realistischer benadering, reden waarom ik daarbij aanknoop.

sommen niet te hoog zijn, maar worden afgestemd op de ernst van de overtreding – uitgesloten is dan ook de situatie waarin de dwangsom een bedrag behelst dat in het geheel geen verband houdt met de overtreding<sup>63</sup> – en de bestuursrechter toetst de hoogte van de dwangsom in voorkomende gevallen ook daaraan. Overtreders genieten ook in het bestuursrecht dus bescherming tegen dit soort uitwassen. Ten koste van de rechtsbescherming van de burger gaat mijn benadering dan ook niet, tenzij men van mening zou zijn dat de bestuursrechtelijke rechtsbescherming an sich van mindere kwaliteit is dan de bescherming die de strafrechter biedt.

Iets heel anders, terecht wijst Albers mij (in haar tweede punt) op een omissie in mijn preadvies: ook in het strafrecht kan bij een voortdurend delict tot herhaaldelijke oplegging van sancties worden overgegaan. In het vuur van het betoog heb ik dit punt, dat in mijn dissertatie nota bene wel aan de orde is gekomen (zie p. 157), bij het schrijven van het preadvies over het hoofd gezien. De betreffende arresten van de Hoge Raad kende ik nog niet, dus bij dezen dank aan mevrouw Albers voor het ontsluiten van deze bronnen.<sup>64</sup>

---

63. Albers' veronderstelling in dezen berust op onjuiste lezing van p. 161 van het preadvies.

64. Overigens geeft de Kluwer-databank als datum HR 16 december 1975 (in plaats van 1 december).

# Verslag van de secretaris over 2003

## *De algemene ledenvergadering*

Op 16 mei 2003 vond de algemene ledenvergadering plaats in Utrecht. Het thema van de vergadering was 'Toezicht op markten'. Gedebatteerd werd aan de hand van preadviezen van prof. mr. B.M.J. van der Meulen, hoogleraar recht en bestuur aan de Wageningen Universiteit en mevrouw mr. A.T. Ottow, onderzoeker aan het Instituut voor Informatierecht (IViR) van de Universiteit van Amsterdam en advocaat te Den Haag. Het preadvies van Van der Meulen ging in algemene zin in op het fenomeen marktautoriteiten (met een aanzet tot een interne rechtsvergelijking); het preadvies van Ottow behandelde de bestuurs- en bestuursprocesrechtelijke obstakels bij het toezicht op de telecommunicatiemarkt. De preadviezen zijn verschenen in de VAR-reeks (nr. 130). Aan het slot van de vergadering, die door ongeveer 130 leden werd bijgewoond, is gestemd over een aantal stellingen van de preadviseurs. Het verslag van de discussie en de stemmingen is opgenomen in de VAR-reeks (nr. 131).

## *De Jonge VAR*

Op 21 november 2003 vond in Leiden de tweede 'Jonge VAR' plaats, een jaarlijks gehouden bijeenkomst die in het bijzonder is gericht op jonge VAR-leden en aspirant-leden, waarvan er dit keer zo'n 100 aanwezig waren. Voor deze tweede Jonge VAR waren als preadviseurs aangetrokken: Elisabeth Pietermaat, advocaat te Den Haag en Jurgen de Poorter, werkzaam aan de Universiteit van Tilburg. De preadviezen gingen in op het thema 'Toegang tot de rechter: openbaarheid en beroepsrecht'. Jurgen de Poorter besteedde in zijn preadvies aandacht aan de vraag of de kring van personen die in beroep kunnen opkomen tegen een overheidsbesluit, niet te ruim is. Elisabeth Pietermaat behandelde in haar preadvies de zogenaamde processuele openbaarheid. In dat kader ging zij in op de openbaarheid van stukken tijdens de besluitvormingsprocedure, de bekendmaking van besluiten en artikel 8:29 Awb in relatie tot meerpartijengeschillen. De preadviezen van De Poorter en Pietermaat zijn inmiddels gepubliceerd in de Jonge VAR-reeks (nr. 2).

## *Studiemiddagen*

Op 28 maart 2003 is in Utrecht een studiemiddag gehouden over het concept-rapport van de VAR-Commissie rechtsbescherming. Het concept-rapport was daartoe algemeen verkrijgbaar gesteld via de website van de VAR. Tijdens de studiemiddag werden inleidingen gehouden door prof. mr. J.E.M. Polak, voorzitter van de commissie, en door mevrouw mr. S. Pront-van Bommel. Er waren circa 150 deelnemers. Over enkele aanbevelingen uit het concept-rapport werd tijdens de bijeenkomst gestemd. Een bespreking van het concept-rapport, tevens verslag van de

bijeenkomst van 28 maart, van de hand van prof. mr. S.E. Zijlstra is gepubliceerd in het Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht (NTB 2003, p. 158 e.v.).

Op 10 oktober 2003 vond, eveneens in Utrecht, een studiemiddag plaats over het Extern klachtrecht. Als inleiders traden op: mr. R. Fernhout, Nationale ombudsman, mr. M.H.J.M. van Kinderen, ombudsman van (onder meer) de gemeente Rotterdam en mr. dr. A.J.G.M. van Montfort, UHD bestuurskunde aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Aanleiding voor de studiemiddag was het feit dat de Tweede Kamer op het punt stond het wetsvoorstel 'Extern klachtrecht' te behandelen. Met dat wetsvoorstel wordt beoogd een landelijk dekkend stelsel van onafhankelijke externe klachtvoorzieningen te scheppen. Er namen ongeveer 50 mensen deel aan de studiemiddag. Van deze studiemiddag is in het Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht een verslag gepubliceerd van de hand van mevrouw mr. M. Vos (NTB 2004, p. 16 e.v.).

#### *Pleitwedstrijd*

Op 14 mei 2003 werd de jaarlijkse VAR-pleitwedstrijd voor studenten gehouden in Utrecht. De Vakgroep Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Utrecht organiseerde de wedstrijd, waaraan acht faculteiten deelnamen (Nijmegen, Groningen, Leiden, Utrecht, Rotterdam, Brabant en beide Amsterdamse Universiteiten). Voorzitter van de rechtbank (jury) was mr. B.J. van Ettehoven, staatsraad i.b.d. Na een zeer spannende strijd en langdurig juryberaad won uiteindelijk het team van de Katholieke Universiteit Nijmegen – op punten – van het Groningse team. Voor het eerst vond er ook een 'kleine finale' plaats om de derde plaats, die gewonnen werd door het Leidse team. Het winnende Nijmeegse team is twee dagen later gehuldigd tijdens de jaarvergadering. Alle deelnemers aan de pleitwedstrijd zijn inmiddels lid van de VAR, voor het eerste jaar op kosten van de vereniging. Namens het Nijmeegse team heeft E.E. Zeelenberg later nog een noot geschreven onder de uitspraak in de zaak waarop een van de casus van de pleitwedstrijd was gebaseerd (ABRVs 12 maart 2003, AB 2003/313).

#### *Commissie rechtsbescherming*

De Commissie, die tot taak heeft om met voorstellen te komen voor een nieuwe inrichting van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming, is in 2000 van start gegaan en bestaat uit: prof. mr. J.E.M. Polak (voorzitter), mr. D. Allewijn, mr. E.J. Daalder, mr. Th.G. Drupsteen, mr. J.W. IJssink, prof. mr. R.M. van Male, prof. mr. A.J.C. de Moor-van Vugt, mr. R.P.G.M. Niessen-Cobben, prof. mr. F.J. van Ommeren, prof. mr. R.J.N. Schlössels, prof. mr. N. Verheij, prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven en mr. A.G.A. Nijmeijer (secretaris). In 2003 verscheen het concept-rapport van de Commissie, waaraan een druk bezochte studiemiddag is gewijd (zie hiervoor).

#### *Het bestuur*

In het bestuur zijn door de algemene ledenvergadering benoemd: prof. mr. J.E.M. Polak in de vacature van mr. Loeb en mw. mr. S. Verhage in de vacature van mr. Oppenhuis de Jong. Prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels en mr. B. Verwayen werden



herbenoemd, respectievelijk in de functie van voorzitter van het bestuur en in de functie van penningmeester.

*Samenstelling bestuur per 1 januari 2004*

Prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels (voorzitter), mevrouw mr. E.C. Drexhage (secretaris), mr. B. Verwayen (penningmeester), mevrouw mr. S. Verhage (adjunct-secretaris), mevrouw mr. D. de Bruin, mr. H.J.M. Havekes, prof. dr. M. Herweijer, mr. J.W. IJssink, mr. B. Knieriem, mr. E. Lisser, mr. A.W.H. Meij, mevrouw mr. W. den Ouden, prof. mr. J.E.M. Polak, prof. mr. N. Verheij, mr. F.P. Zwart.

*Financiën en ledental*

Het ledental is flink gestegen. Eind maart 2004 werden 1416 leden geteld en 100 donateurs. De financiële situatie is goed.

De secretaris,  
E.C. Drexhage

# Bestuur en ereleden

## Bestuur

Prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels (voorzitter)  
Mevrouw mr. E.C. Drexhage (secretaris)  
Mevrouw mr. S. Verhage (adjunct-secretaris)  
Mr. B. Verwayen (penningmeester)  
Mr. H.J.M. Havekes  
Prof. dr. M. Herweijer  
Mr. B.C. Knieriem  
Mr. E.C. Lisser  
Mr. A.W.H. Meij  
Mevrouw mr. W. den Ouden  
Prof. mr. J.E.M. Polak  
Mr. drs. Th.G.M. Simons  
Mevrouw mr. W.G.B. van de Ven  
Prof. mr. N. Verheij  
Prof. mr. P.J. Wattel

## Ereleden

Mr. J.M. Polak  
Mevrouw mr. A. Rothuizen-Geerts  
Prof. mr. M. Scheltema