

Algemene regels in het bestuursrecht

V A R V E R E N I G I N G V O O R B E S T U U R S R E C H T

Verslag van de algemene vergadering gehouden
op 19 mei 2017 ter behandeling van de preadviezen
van W.J.M. Voermans, R.J.B. Schutgens en
A.C.M. Meuwese

1 5 9

V A R 1 5 9

ISBN 978-94-6290-500-9



9 789462 905009 >

Boomjuridisch

Algemene regels in het bestuursrecht

Algemene regels in het bestuursrecht

Verslag van de algemene vergadering
gehouden op 19 mei 2017

ter behandeling van de preadviezen van

Prof. dr. W.J.M. Voermans

Prof. dr. R.J.B. Schutgens

Prof. dr. A.C.M. Meuwese

Boom juridisch

Den Haag

2018

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft
Opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag

© 2018 VAR Vereniging voor Bestuursrecht

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

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

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

ISBN 978-94-6290-500-9
ISBN 978-94-6274-881-1 (e-book)
NUR 823

www.boomjuridisch.nl

Inhoud

Rede van de voorzitter, prof. dr. W. den Ouden	7
Toelichting van de preadviseurs met reacties van de NTB-recensenten	11
Huldiging van de winnaars van de VAR-pleitwedstrijd	32
Uitreiking van de VAR-prijs 2017	35
Gedachtewisseling over de preadviezen	39
Dankwoorden voor de oud-voorzitter prof. dr. B.J. Schueler	57
Voortzetting van de gedachtewisseling over de preadviezen	60
Stemmingen over stellingen van de drie preadviseurs	79
Bestuur en ereleden	83

Rede van de voorzitter, prof. dr. W. den Ouden

Geachte leden van de Vereniging voor Bestuursrecht, beste VAR-vrienden. Toen ik mij de afgelopen tijd voorbereide op het voorzitterschap van de VAR en op deze jaarvergadering, drong het pas goed tot me door: deze vereniging bestaat al 77 jaar en heeft meer dan 1500 leden, die werkzaam zijn in werkelijk alle hoeken en gaten waarin met of aan het bestuursrecht wordt gewerkt. Van wetgevingsjuristen tot advocaten, van beleidsmedewerkers tot overheidsjuristen en van rechters tot wetenschappers. Een schat aan ervaring met kennis van en liefde voor het bestuursrecht is samengebracht in die honderden leden, en dus ook vandaag in deze zaal. Als wij de juiste verbanden kunnen leggen tussen de leden, als wij al hun ervaring en kennis kunnen bundelen en gericht kunnen inzetten, dan biedt deze vereniging een schat aan mogelijkheden voor innovaties in het bestuursrecht.

Om de juiste verbanden te kunnen leggen is het belangrijk dat je elkaar kent. Daarvoor biedt deze bijeenkomst een goede mogelijkheid. Ikzelf bezoek vanaf 1997 de jaarvergadering, aanvankelijk, zo geef ik toe, omdat mijn promotor, Thijs Drupsteen, mij daartoe verplichtte. Zelf noemde hij dat dringend adviseren, maar het voelde aan als een eenzijdige vaststelling van mijn rechtspositie als aio. Ik móést afreizen naar Utrecht om te vergaderen over zbo's, verzelfstandiging en privatisering, het onderwerp dat dat jaar op het programma stond en waarvan ik toen dacht dat ik er weinig mee had. Bovendien leek een hele dag vergaderen me nogal een opgave. Dat maakte op Thijs allemaal geen indruk. 'Bij de VAR', zo zei hij, 'ontdek je hoe breed en maatschappelijk relevant het bestuursrecht eigenlijk is, hoe het in het echt werkt, en leer je iedereen kennen.' In de loop van de jaren merkte ik dat hij gelijk had. Het is belangrijk om naar de VAR-vergadering te komen, niet alleen voor je eigen ontwikkeling als bestuursrechtjurist en de fijne reünie, het is minstens zo belangrijk om in verenigingsverband te spreken over en te werken aan dat recht van, voor en tegen de overheid. Dat recht is voor de samenleving namelijk van groot belang en het blijft niet als vanzelfsprekend goed functionerend en bij de tijd.

Die werkelijkheid werd aan het begin van deze maand nog eens dringend onder de aandacht gebracht in een onderzoeksrapport van het HiiL;¹ u hebt er vast iets over gelezen. Onder de titel *Menselijk en rechtvaardig* behandelt dit onderzoeksinstituut de vraag of onze rechtsstaat er wel voldoende is voor de burger. De antwoorden van de onderzoekers zijn niet erg bemoedigend. Voor veel burgers werkt de rechtsstaat niet goed, steeds minder goed zelfs, als we op hun conclusies mogen afgaan. Hoewel uit onderzoek blijkt dat burgers achter het idee van de rechtsstaat staan,

1 The Hague Institute for Innovation of Law.

blijkt daaruit ook dat onder mensen die daadwerkelijk een beroep op de rechtsstaat deden onvrede leeft. Ons rechtssysteem is kostbaar en levert niet wat mensen nodig hebben, namelijk een oplossing voor hun conflicten, zo stellen de onderzoekers. Zij noemen veel oorzaken van deze ellende, want zo mag ik de effecten van het huidige rechtssysteem zoals zij die schetsen, denk ik wel noemen.

Als belangrijkste probleempunt zien ze de basismethodiek van onze geschilbeslechting, van claim en tegenclaim, van eisen en verdedigen. Die aanpak is te veel gericht op tegenspraak en polarisatie, en te weinig op oplossingen voor aangedragen problemen. Er wordt wel wat geëxperimenteerd met alternatieve vormen van geschilbeslechting, maar te weinig, en veelbelovende innovaties dringen maar mondjesmaat door in de reguliere rechtspleging. Ook signaleren de onderzoekers dat er veel soorten rechtspraak en geschilbeslechting bestaan, ieder met eigen bevoegdheden. Dit leidt tot voorgevechten over de vraag of de rechter voor wie men staat wel het juiste adres is voor een oplossing. Bovendien wordt het toe te passen normenstelsel steeds complexer en internationaler. Vaak moet dus eerst worden uitgezocht welke regels eigenlijk op een geschil van toepassing zijn en wie daarover mag oordelen. Aan de vraag wat een voor eenieder aanvaardbare en rechtmatige oplossing is, wordt lang niet altijd toegekomen, en dat werkt voor de burger frustrerend. Advocaten en rechters zitten vast in hun wettelijk geregelde rollen en kunnen hieraan eigenhandig weinig veranderen. Wetgevingsjuristen en wetenschappelijke procesrechtsspecialisten werken volgens de onderzoekers meestal niet vanuit de behoeften van de burger aan het rechtssysteem, maar vanuit de bestaande wettelijke regels, die een min of meer heilig uitgangspunt vormen. Het systeem als geheel is qua organisatie en financiering op zichzelf – dus op de juristerij – gericht. De vraag naar de burger komt veel te weinig aan bod. Dit verouderde juridische systeem zou dringend op de schop moeten om rechtvaardigheid de ruimte te geven. Met die woorden van de onderzoekers sluit ik deze korte samenvatting maar even af.

Wie de vele berichten las die over dit rapport verschenen, kreeg wellicht de indruk dat het ons bestuursrecht niet raakt. In de media werd namelijk vooral aandacht besteed aan vechtscheidingen en ontslag, als voorbeelden van problemen van echte mensen waarop het rechtssysteem geen antwoord biedt. Maar wie het rapport zelf leest, ontkomt niet aan de conclusie dat de onderzoekers het ook over het bestuursrecht hebben. Onder de kop 'Een probleem met de overheid' komt uitgebreid aan bod dat het bestuur onvoldoende responsief reageert naar burgers die een probleem aandragen, waarbij wordt verwezen naar rapporten van de Nationale ombudsman. Er is weliswaar het bescheiden project 'Prettig contact met de overheid', dat aardige resultaten oplevert, maar als het erom gaat, moet men gewoon in bezwaar en beroep. De bezwaarfase is zwaar gejuridiseerd, en van de nieuwe zaaksbehandeling, waarbij overheid en burger echt met elkaar in gesprek gaan en proberen een oplossing te vinden, komt in de gemiddelde rechtszaak maar weinig terecht. De onderzoekers concluderen dat ook op het gebied van het bestuursrecht de burger per saldo van de beoogde vernieuwingen maar weinig merkt.

Nu valt er tegen dit rapport van alles in te brengen. Ten eerste is het vrij dramatisch van toon, zelfs wanneer we afzien van de krantenkoppen. Wanneer je als onderzoeksinstituut stelt dat de teleurstelling over wat burgers in de praktijk van de rechtsstaat ondervinden 'naar alle waarschijnlijkheid ook een rol speelt bij de maatschappelijke onvrede over de overheid, over de elite en over de politiek die er

nooit voor hen is', moet je dat steviger onderbouwen dan in dit rapport gebeurt. De neiging om de onderzoeksresultaten te relativieren wordt versterkt door enkele stevige opmerkingen over de burger in het bestuursprocesrecht. Het mag zo zijn dat de bezwaarfase is gejuridiseerd, maar kun je, zoals de onderzoekers doen, nu heel algemeen stellen dat de burger in een bezwaarschriftprocedure concreet moet aangeven dat het bestuur in strijd met beginselen van behoorlijk bestuur of onzorgvuldig heeft gehandeld en dat hij alle op het aangevochten besluit toepasselijke regels moet kennen?

De voor mij belangrijkste reden om je als bestuursrechtjuristen niet te veel door het rapport te laten demotiveren is dat veel belangrijke voorbeelden van met name jurisprudentiële innovatie niet worden genoemd, en dat terwijl er in de afgelopen tien jaar door bestuursrechters en wetgever, vaak daartoe aangejaagd door de wetenschap, toch echt hard aan vernieuwing is gewerkt, ook om de positie van de burger te verbeteren. Daarbij kunnen we bijvoorbeeld denken aan de jurisprudentie over de redelijke termijn en aan de jurisprudentie over de indringender toetsing van boetebesluiten, een tendens die ook bij andersoortige besluiten inmiddels heel goed zichtbaar wordt, en al eerder door het afscheid nemen van de allerformeelste 'fui-ken'. In het afgelopen jaar nog werd door de bestuursrechter afscheid genomen van oude doctrines op het terrein van de toetsing van besluiten op herhaalde aanvragen en de evenredigheid van beleidsregels. Om even bij dat laatste voorbeeld te blijven: deze jurisprudentie heeft als concreet gevolg dat bestuursorganen bij het nemen van beschikkingen steeds oog moeten houden voor alle omstandigheden van het individuele geval, met inbegrip van de materiële gevolgen van de toepassing van de beleidsregel. Dat zal voor veel burgers met echte problemen, zoals in die concrete uitspraak als gevolg van de sluiting van een woning, naar mijn mening een belangrijke verbetering zijn. Kortom, ik zie genoeg lichtpuntjes en niet direct reden om elkaar huilend in de armen te vallen.

Dit neemt niet weg dat wij ons moeten realiseren dat er werk aan de winkel is. Alle relativeringen ten spijt raken de HiiL-onderzoekers namelijk wel een gevoelige snaar. Ik noem drie constatering in de categorie 'naar, maar helaas wel waar':

1. Het punt dat ik maar even het 'gebruikersperspectief' zal noemen: het zicht op de gewone burgers als gebruikers van het bestuursrecht vind ik weinig scherp. Als hun positie al aan bod komt in onderzoek of debat, dan is het meestal in de vorm van indrukken van hen die leven bij hun procesvertegenwoordigers of bij de Nationale ombudsman. Aan henzelf wordt niet vaak iets gevraagd, zoals de HiiL-onderzoekers wel deden. Wij gebruiken voor ons zicht op de gewone burgers ook te weinig de inzichten van niet-juridische wetenschappers. Als er al aandacht voor de burger in het bestuursrecht is, dan is het vervolgens helemaal niet eenvoudig zijn individuele belangen, zijn behoefte aan oplossingen, ook echt te prioriteren zonder daarbij inbreuk te maken op andere belangrijke waarden. Eigen aan het bestuursrecht is nu eenmaal dat individuele belangen moeten worden afgewogen tegen het algemeen belang. Individuele besluiten worden vaak getoetst aan algemeen verbindende voorschriften, met een zekere democratische legitimatie. Het zoeken naar daadwerkelijke snelle en pasklare oplossingen voor individuele burgers die een geschil met de overheid hebben, of het tenminste definitief beslechten van dat geschil binnen de grenzen van de democratische rechtsstaat, vraagt veel discussie en denkwerk. Het lukt nog

onvoldoende, ook waar dat misschien wel zou kunnen. Het is dus goed dat wij in deze zaal vandaag al een bijdrage aan dat denkwerk gaan leveren door te discussiëren over bijvoorbeeld de voor- en nadelen van rechtstreeks bestuursrechtelijk beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels. Laten we daarbij vooral ook niet vergeten te bespreken wat dit concreet zou inhouden voor de gewone burger die een probleem met die algemene regels heeft.

2. Het punt van de voorgevechten, het procederen om het procederen, de gevechten over de vraag of de bestuursrechter wel bevoegd is in een geschil tussen overheid en burger te oordelen. Van zulke voorgevechten zijn er nog te veel. Dit is een dringend probleem, bijvoorbeeld in het sociaal domein. Daarin wordt het overheidsbeleid steeds meer ‘besluiten-loos’, omdat invulling en uitvoering ervan worden overgelaten aan private uitvoeringsorganisaties, en die nemen geen besluiten. Hier wordt pijnlijk duidelijk dat het besluitbegrip als toegangspoort tot de bestuursrechter niet altijd voldoet. Over dit probleem hebben wij in deze vereniging al vaker gediscussieerd, bijvoorbeeld in 2013, toen de preadviezen *Het besluit voorbij* werden besproken. Dit onderwerp blijft hoog op de VAR-agenda staan. Binnenkort gaat de VAR-commissie ‘Verruiming bevoegdheden bestuursrechter’ aan de slag. Deze werkgroep staat onder leiding van onze vorige voorzitter, Ben Schueler, en bevat onder anderen wetgevingsjuristen, wetenschappers, vertegenwoordigers van bestuursorganen en procesvertegenwoordigers. Naar een gewone burger wordt nog gezocht, maar de commissie is vast van plan spoedig te komen met concrete aanbevelingen voor vernieuwing op het gebied van toegang tot, procedures bij en bevoegdheden van de bestuursrechter.
3. De almaar toenemende complexiteit van normen. Daaraan is in een globaliserende en digitaliserende wereld misschien weinig te doen, maar we kunnen wel gezamenlijk werken aan overzichten en analyse. En dat doen we ook. Enige tijd geleden is de VAR-werkgroep ‘Europeanisering van bestuursrecht’ van start gegaan, onder de voortvarende leiding van Rob Widdershoven. Deze werkgroep zal niet alleen beschrijven hoe de europeanisering van het Nederlands bestuursrecht erbij staat, maar ook bezien waar mogelijkheden liggen voor het verbeteren daarvan. Laten we niet vergeten dat het zojuist genoemde loslaten van het *ne bis*-beoordelingskader op gang is gekomen als gevolg van Unierecht en jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Dat smaakt naar meer! Kan er bijvoorbeeld inspiratie worden geput uit de *ReNEUAL Model Rules* waar het gaat over het betrekken van burgers bij het vaststellen van algemene regels? De commissie gaat ook met dat soort vragen aan de slag.

U hoort het: er wordt binnen deze vereniging heel concreet gewerkt aan innovatie in het bestuursrecht. En daarvoor hebben wij u nodig, soms als preadviseur, soms als lid van een VAR-commissie, soms als gesprekspartner van preadviseurs en commissieleden. Nergens kunnen zij rekenen op zo veel gedegen input of sparringpartners met zo veel relevante kennis en ervaring als hier in de VAR. Vandaar dat het mij gelukkig stemt dat u vandaag met zovelen naar deze vergadering bent gekomen. Wees welkom, discussieer mee over algemene regels in het bestuursrecht en hun relatie met rechtsbescherming, en werk zo mee aan de verbetering van ons bestuursrecht.

Toelichting van de preadviseurs met reacties van de NTB-recensenten

Prof. dr. W.J.M. Voermans

Een jongensdroom is uitgekomen: ik heb een preadvies mogen schrijven voor de VAR. U mag dit echt als een jongensdroom zien, want de VAR heeft voor mij altijd veel betekend, ook in het begin van mijn carrière. Ik sta hier omwille van één man. Ik stond namelijk met mijn hand aan de klink om de juridische opleiding te verlaten, omdat ik er geen gewone mensen in aantrof. De man die ik bedoel, zit hier vooraan in de zaal: Willem Konijnenbelt, aan wie ik alles te danken heb. Hij heeft mij ook geleerd dat je kort van stof moet zijn, en dat heb ik dus niet overgenomen!

Ik spreek van een jongensdroom omdat mijn grote helden, en gelukkig in mijn huidige werksituatie ook in toenemende mate heldinnen, uit het bestuursrecht komen. Waarom wijs ik op het heldhaftige? Het is natuurlijk altijd slim je gehoor een beetje naar de mond te praten. Dit doe ik niet overal, en zo iets zeg je dan óók overal. Het heldhaftige heeft er in ieder geval mee te maken dat in het bestuursrecht wetenschap en praktijk elkaar raken en met elkaar botsen. In de VAR gebeurt dat op een alleraardigste manier; ik heb de hartslag van een preadvies mogen meemaken. Op 1 februari hebben wij onze tekst moeten inleveren, maar het preadvies van Ernst Hirsch Ballin uit 1988, dat ik mede heb mogen begeleiden, was er ongeveer de nacht van tevoren. Medepreadviseur was Jan van Kreveld. Zulke mensen waren het nieuwe bestuursrecht aan het uitdenken, de VAR stond ermiddenin, en het waren heel normale mensen. 'Gewone mensen' is misschien een soort *leitmotiv*, waarover we het moeten hebben. Gewone mensen krijgen preadviezen toegestuurd. Van Rob Widdershoven heb ik ooit begrepen dat een preadvies zo lang moet zijn, dat je het in de trein naar de VAR-vergadering kunt lezen. De omvang zou dan ongeveer 35 pagina's moeten zijn, maar veel mensen moeten ook weer terug naar huis. Dat verklaart de lengte van mijn preadvies, en ik heb aan het eind ervan bovendien plaatjes opgenomen.

Als beginpunt neem ik een nogal katholieke vraag: *waartoe is het bestuursprocesrecht op aarde?*² Ik verwijs hier ook naar een leuk boekje van Hans Nieuwenhuis. We raken aan grote vragen waarmee grote denkers in binnen- en buitenland zich hebben beziggehouden. Op het projectiescherm ziet u op een tegeltje staan: 'is de huidige inrichting van het Awb-bestuurs(proces)recht in de context van de administratieve, regelende staat, nog steeds een gedragen en evenwichtige uitdrukking van de kernwaarden en -beginselen van de democratische rechtsstaat?' Dit is waar het

2 Tekst op slide van de presentatie van spreker.

om gaat. De theorie van het bestuurs(proces)recht is onderdeel van de theorie van de democratische rechtsstaat. Met het woord ‘theorie’ duid ik aan dat het inrichten van de democratische rechtsstaat op een bepaalde manier ertoe leidt dat je bepaalde gevolgen kunt verwachten. Het inrichten van zo’n staat op een nette manier leidt tot rechtvaardige en gedragen oplossingen. Dat is het theoretische ‘als ... dan ...’ van de democratische rechtsstaat.

Omdat deze vraag veel te weids is om te onderzoeken, heb ik hem ingedikt tot: *wordt het doel (of werkhypothese) van artikel 8:3 van de Algemene wet bestuursrecht³ behaald?* Dit is een evaluatieve vraag, alsof je op pad wordt gestuurd door het ministerie van Veiligheid en Justitie om na te gaan wat van de theorie van artikel 8:3 – de afwezigheid van een rechtstreeks bestuursrechtelijk beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels – terecht is gekomen. Je moet dan eerst op zoek naar de hypothese: welk idee zit er achter deze wettelijke bepaling?

[slide:]

Theorie bestuursprocesrecht = onderdeel

theorie democratische rechtsstaat

(legitimitereactie)

Theorie bestuursprocesrecht Awb

- Effectueren van het recht (*recours objectief*)
- Rechtsbescherming (*recours subjectief*)
- **primaire doelstelling** – MvT Awb
- Rechtsstatelijke correctie op andere bestuurlijke realiteiten tweede helft 20ste eeuw

[einde slide]

In samenwerking met Boudewijn de Waard en Rob Widdershoven heb ik weleens getracht tot een evaluatie te komen. De toelichtende stukken op dit punt komen neer op een waterval van allerlei submotieven, maar in de kern is het eigenlijk wel goed gelukt in de toelichting bij hoofdstuk 8 Awb op te schrijven wat de theorie van het bestuursprocesrecht is en hoe artikel 8:3 daarbinnen past. Ik zou hier van een legitimitereactie of legitimitereactietheorie willen spreken. De primaire doelstelling valt te lezen in de toelichtende stukken van de wetgever uit 1992 die bij de in 1994 geëffectueerde wet horen: in het bestuursprocesrecht moet een soort ongelijkheidscompensatie tegenover een veel machtiger geworden overheid zijn plaats krijgen. We kenden in het bestuurs(proces)recht al eerder twee doelen, want we begonnen niet bij Stunde Null. Het eerste belangrijke doel was het effectueren van het recht en daarbij kwam altijd al de rechtsbeschermingsgedachte, maar in 1992 zijn die twee met nadruk van plaats verwisseld. De overheid was heel anders gaan opereren en het bestuur was veel machtiger in de sturing van levens van mensen geworden. Daarmee werd het *recours subjectief* primaire doelstelling. Ik haal het uit de toelichtende stukken zelf en ik wijs erop dat dit naar voren trekken ook nog in het laatste boek van Boudewijn de Waard tot uiting komt. Het *recours subjectief* moet vooropstaan: een soort rechtsstatelijke correctie – ongelijkheidscompensatie – op de bestuurlijke realiteiten van de tweede helft van de twintigste eeuw. Ik weet niet of het toeval is dat

3 In dit verslag hierna: Awb.

Boudewijn naast Leo [Damen; red.] is gaan zitten, maar in ieder geval wil ook Leo nog weleens op dat soort onderwerpen losgaan!

De theorie die in de toelichtende stukken is neergelegd, is dus een reactie op het soort bestuur dat we hebben. Ik heb mij daarom gericht op de vraag wat voor soort bestuur we op het ogenblik hebben. Wij juristen hebben het recht gedefinieerd als iets wat door het bestuursrecht wordt genormeerd. Ik hoop dat de aanwezigen proeven dat dit een nogal zelfreferentiële uitspraak is. De regels definiëren wat bestuur is; het object besturen wordt omschreven door het bestuursrecht. Dit is een nogal vreemd idee, maar je kunt ook nagaan wat bestuur 'in het echt' is. Juristen, en zeker juristen als ik, zijn daar niet zo goed in. Ik heb op een eenvoudige manier getracht 'uit te rekenen' hoe de overheid anders is geworden. Mij viel op dat we zo iets niet zo vaak doen. We vragen ons niet zo vaak af hoe groot de overheid is en wat het bestuur nu precies doet.

[slide:]

Ander bestuur 2017

Meer interventies?

- Instrumenten (zegt niet veel)
 - Zowat evenveel regels
 - Minder ambtenaren
 - Uitbesteding? – constante inkoop
 - ... **echter** een zowat verdubbeld budget sinds 1994 (ISG-cijfers) – 4,5 maal meer dan in 1966
- [einde slide]

Er worden méér instrumenten gebruikt, maar het aantal regels bleef in de afgelopen twintig jaar ongeveer gelijk. Bestuur is ook activiteit van ambtenaren, van wie er inmiddels minder zijn. Worden activiteiten dan misschien uitbesteed? De vermindering van ambtenaren blijkt ongeveer te corresponderen met de toename van uitbesteding. Op deze punten zien we dus weinig verandering, maar de cijfers doen je verbleken als je kijkt naar het publieke budget, als eindstation van de bestuurlijke activiteiten. In de afgelopen vijftig jaar is het budget van de overheid 4,5 keer zo groot geworden, en er wordt echt niks op de bank gezet: met dat budget wordt geïntervenieerd/bestuurd. Sinds we de Awb hebben, is de overheid in weggezet budget twee keer zo groot geworden. Dat zie je nergens terug in de instrumenten en vormen. Hoe is die onzichtbaarheid te verklaren? We zien een budget groeien: wáár gebeurt dat dan?

[slide:]

Mantel van onzichtbaarheid

- Afwegingen van bestuur verschuiven
- Algoritmisering
- Systematisering
- Professionalisering
- Maakindustrie
- (Barkhuysen 2015, Schuurmans 2015)
- Generieker wordende belangenafweging
- Ongrijpbaar? (ABRvS AB 2016/447 m.n. Bröring)

[einde slide]

Ik kom hier op een verschijnsel dat ook mijn medepreadviseur Meuwese in beschouwing heeft genomen. Ons bestuur algoritmiseert. De overheid wordt als uitvoeringsinstantie steeds meer een stempelmachine en er wordt professioneler gewerkt. Beslissingen worden niet meer genomen door iemand die aan het wikken en wegen is, een natuurlijke persoon op wie je kunt inpraten. De beslissingen komen steeds meer tot stand op een geaggregeerd niveau: in beleidsregels die tot algoritmes kunnen worden gemaakt, in werkinstructies, in circulaire. Op dergelijke – zuinige! – manieren is de overheid aan het professionaliseren, waarbij echter de afwegingen naar een niveau worden getild waar je bij de rechter of in de bezwaarschriftprocedure helemaal niet meer bij kunt. Op de vraag of dat goed of slecht is, ga ik nu niet in. De oratie van Ymre Schuurmans, hier aanwezig, was in dit verband voor mij een eyeopener. De overheid is van een soort atelier tot maakindustrie geworden, en de regels die we hebben, passen daar helemaal niet bij: ze gaan uit van het theoretische geval dat de overheid tot een individuele belangenafweging komt. Daardoor wordt de overheid steeds ongrijpbaarder.

U ziet nu een slide van literatuur die ik erbij heb genomen en waarmee ik het gehoor verder niet lastig zal vallen. Wij zijn in Nederland zeker niet de enigen die de nu geschetste ontwikkeling hebben doorgemaakt. Wereldwijd ontstaat de laatste twintig jaar steeds meer de *administrative state*, waarin het bestuur de regels maakt, ze uitvoert en het geld besteedt, terwijl het recht en de democratische controle op de achtergrond raken. Hierbij gaat het om grote verschuivingen. Ik heb er al op gewezen dat het volume aan beleidsregels groeit, waarbij ik niet alleen aan het aantal denk, maar vooral ook aan de afwegingsmomenten die erin worden verwerkt.

Wordt het doel van hoofdstuk 8 van de Awb nu behaald? Het antwoord is: *nee*.

Algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels worden in hoofdstuk 8 uitgesloten van bestuursrechtelijk beroep. Voor het behoud van die uitsluiting worden allerlei *gelegenheidsargumenten* aangevoerd, in de zin van ‘de brug stond open’, ‘het was te ver’, ‘het is moeilijk’ en ‘het komt allemaal bij de rechter aanspoelen’. Men beroept zich op praktische bezwaren. Ik heb nog nooit zulke theoretische bezwaren gezien als bezwaren in verband met ontwikkelingen waarvan je nog niet weet of ze zich zullen voordoen! Men zegt dat het bestuur geen voortgang meer zal kunnen maken en dat de rechtspraak zal vastlopen. Dat weten we toch niet voordat we het proberen? Ik doe dan ook aan het eind van deze inleiding een oproep: waarom zouden we niet eens gewoon ‘lerend’ gaan experimenteren met het weghalen van de uitsluiting van bestuursrechtelijk beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels?

Prof. dr. R.M. van Male⁴

Allereerst dank ik de preadviseurs voor hun fraaie en prikkelende beschouwingen. Mij heeft vooral getroffen dat er eenstemmigheid lijkt te gaan ontstaan over de vraag of beroep bij de bestuursrechter tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels mogelijk moet worden gemaakt. Dat is weleens anders geweest!

4 Heeft het preadvies van Voermans besproken: ‘Een queeste naar balans in de trias’, in *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2017/14; ook, naar de situatie van januari 2018, te raadplegen via verenigingbestuursrecht.nl/2017/05/ntb-recensies-var-preadviezen-2017.

Reageren op het preadvies van Wim Voermans is niet zo gemakkelijk. In het NTB heb ik een wellicht wat knorrig commentaar geschreven, hetgeen niet zozeer verband houdt met de conclusies en de juridische analyse die erin ten beste worden gegeven – daarmee kan ik ten volle instemmen –, als wel met de min of meer essayistische wijze waarop Voermans de materie heeft aangevlogen. Met het oog op de tijd die mij ter beschikking staat, beperk ik mij hier tot het volgende.

Voermans vertrekt bij de beginselen van de democratische rechtsstaat en bij de verstoring die in het evenwicht van de *trias* optreedt als er geen goede rechtsmiddelen tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels zijn. Er is dan geen beroep tegen bestuurswetgeving mogelijk. Brengen nu de beginselen van de democratische rechtsstaat werkelijk mee dat er beroep tegen bestuurswetgeving mogelijk moet zijn? Waarom zou rechtsbescherming tegen algemeen verbindende voorschriften geen gestalte mogen krijgen op de manier waarop dat tot dusverre is gegaan, waarbij de materie is verdeeld over de bevoegdheid van de burgerlijke rechter, de strafrechter en de bestuursrechter? Uit de preadviezen en uit andere literatuur blijkt dat daaraan nogal wat haken en ogen zitten, waarom zou je dan geen oplossing proberen te vinden voor die haken en ogen?

Wat betekent bestuursrechtelijk beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels voor de rol van de rechter? Zijn de verwachtingen van zo'n beroep niet te hooggespannen? In dit verband is van belang of exceptieve toetsing naast het beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels mogelijk zal blijven. Roel Schutgens pleit in zijn preadvies in ieder geval voor handhaving. Wat schieten we in dit verband op met het zojuist omschreven beroep? De winst zal zijn dat je in een aantal gevallen sneller een uitspraak over bepaalde rechtmatigheidsaspecten zult hebben, maar dit geldt lang niet voor alle rechtmatigheidsaspecten, want een en ander hangt sterk af van de gronden die worden aangevoerd.

Wat zullen de toetsingsmaatstaven moeten zijn? Er bestaat nu eenstemmigheid over dat de rechter bij de toetsing van algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels op rechtsstatelijke gronden terughoudendheid moet betrachten, maar zal dat ook zo moeten blijven bij een rechtstreeks beroep? Ik herinner aan een argument dat door Ymre Schuurmans en Wim Voermans is aangevoerd: heel veel belangenafwegingen zijn verschoven van de individuele beschikkingen naar algemene regels. Zouden die algemene regels niet net als beschikkingen moeten worden getoetst aan eisen van formele zorgvuldigheid, deugdelijk onderzoek en deugdelijke motivering? En wat kan dat betekenen voor de uitspraken die de rechter kan doen? Kan de rechter op grond van schending van formele beginselen algemene regels vernietigen?

Prof. dr. W.J.M. Voermans

Allereerst iets over het essayistische karakter. Ron van Male heeft er helemaal gelijk in dat mijn preadvies niet als juridisch betoog is geformuleerd. Ik volg niet de weg van subsumptie, met de volgorde feiten, regels en conclusie, wat overigens ook niet werd gevraagd. Wat ik doe, is rapporteren over een evaluatief onderzoek; in dit opzicht praten we langs elkaar heen. Ik heb geprobeerd de verwezenlijking van de doelen van de Awb te evalueren en wie dat doet, gaat 'buiten het recht winkelen'. Men moet zelf maar beoordelen of dit al dan niet is gelukt.

Ik kan mij voorstellen dat Ron met ‘essayistisch’ bedoeld heeft wat in Van Dale als omschrijving van ‘essay’ staat: ‘een niet te korte, voor een ruim publiek bestemde verhandeling over een wetenschappelijk, cultureel of filosofisch onderwerp, gekenmerkt door een goede persoonlijke stijl’. ‘Niet te kort’ lijkt me gelukt, ‘voor een ruim publiek bestemde verhandeling’ lijkt me redelijk gelukt, en met de Van Dale-kwalificatie ‘gekenmerkt door een goede persoonlijke stijl’ kan ik leven!

Dan nu de vragen. Moet de theorie van de democratische rechtsstaat heersen over iets wat eigenlijk via kleine ingrepen kan worden opgelost, zo vraagt Ron van Male zich af, waarbij hij op het punt van de rechtsmachtverdeling wijst; Roel Schutgens heeft daarover – evenals trouwens Ron zelf – heel verstandige dingen gezegd. De benadering via kleine ingrepen komt echter volgens mij neer op een vernauwing van het probleem. Ik leg hiermee meteen een verbinding met een ander vraagpunt van Ron: moet nu echt alles op de helling? In het algemeen lijkt het mij goed met een technisch oog na te gaan hoe het bestuursprocesrecht nu functioneert en knelpunten te inventariseren. Via bijstellingen kunnen we dan tot een goed resultaat komen. Op zich ben ik daar wel voor. Het is vaak het verstandigst niet met iets heel nieuws te beginnen, maar eerst eens te kijken wat er nu precies niet functioneert en wat er kan worden opgelost. De rechtsmachtverdeling biedt dan mogelijkheden tot verschuiving.

Dit brengt mij bij het punt van de afwegingen. Herman Bröring, die ook in de zaal zit, heeft pas geleden een prachtige noot geschreven bij wat ik ‘De Bredase pillenverstopster’ heb genoemd. Doorpakken door de rechter als het gaat om afwegingen in de beleidsregel doet zich al voor. Het is niet goed als een soort stempelmachine terug te vallen op de beleidsregel omdat zich – artikel 4:84 Awb – geen bijzondere omstandigheden voordoen. Dat doorpakken juich ik zeer toe.

Moet je, als je dit soort dingen kunt doen, dan wel institutioneel het hele gebouw openbreken? Mijn reactie heeft betrekking op de opmerkingen en vragen van Ron van Male als een geheel. Van belang is de inschatting van de mate waarin zich een probleem voordoet. Ik denk dat de problematiek veel groter is. Met verwijzing naar Ymre Schuurmans constateer ik dat we te maken hebben met een overheid die zodanig op je leven stuurt en zodanig intervenueert, dat je niet meer in de buurt van de belangenafweging komt. Je mag niet meer meedenken als het om het maken van de regels gaat en je kunt je niet meer weren. Ook in de rede van de voorzitter zojuist kwam dit tot uiting. De democratische rechtsstaat gaat wat mij betreft over een aandeel in de rechtsvorming en over de mogelijkheid dat je ontvangen en door rechtsstatelijke beginselen beschermd wordt als je bij de democratische rechtsvorming toevallig in het bakje van een minderheid valt. Op die punten begint de burger mank te gaan. Hij kan niet echt met de actoren in de democratische rechtsvorming praten en hij kan niet worden ontvangen als hij toevallig aan de verkeerde kant van de streep van de meerderheidsvorming valt. Al met al zijn we in een orde van grootte terechtgekomen waarbij we volgens mij wel degelijk *one level up* moeten. Het is heel verstandig niet alles overhoop te willen halen als je nog heel veel verder kunt komen, maar ik denk toch dat het overkookpunt bereikt is en dat we écht iets moeten gaan doen.

Voorzitter: Een volgende vraag zou kunnen zijn wat er moet gebeuren als we *one level up* gaan. Waaraan moet bijvoorbeeld worden getoetst? Zulke vragen kunnen we bewaren voor de volgende ronde; ik verwacht dat ook Roel Schutgens, die volgens plan nu aan het woord komt, er wel iets over zal zeggen. Anders zal zeker Ymre Schuurmans, de recensent van zijn preadvies, erop ingaan.

Prof. dr. R.J.B. Schutgens

Ik heb met veel plezier geschreven aan een proefschrift dat overbodig gaat worden als mijn preadvies zou worden overgenomen. Het proefschrift gaat over de rechtsbescherming van de burgerlijke rechter, maar ik vind dat de Awb moet worden voltooid door rechtstreeks beroep tegen algemene regels bij de bestuursrechter mogelijk te maken. Dat vond ik toen ook al, maar ik heb angstvallig vermeden het in mijn proefschrift neer te leggen.

Eigenlijk wil ik daarover niet spreken, want ik vermoed dat we het er allen over eens zijn. In de academische literatuur over dit thema ben ik nauwelijks tegenstanders van invoering van genoemd rechtstreeks beroep tegengekomen. Alle juristen lijken het erover eens; het is de wetgever die aan zet is en die wat bevreesd lijkt. Naar mijn mening valt het beroep tegen algemene regels heel soepel in de Awb in te passen.

[slide:]

Tijd om de Awb te voltooien!

I *Rechtstreeks beroep tegen algemene regels valt soepel in de Awb in te passen*

Belanghebbendebegrip

Handhaving bezwaarfase

Uitspraak bestuursrechter

Rechtsmiddeltermijnen

II *Het floodgate-argument: gaan alle sluizen open?*

[einde slide]

Na het schrappen van artikel 8:3 kan met kleine aanpassingen en een beetje rechterlijke creativiteit een goed werkend beroep tegen algemene regels binnen het bestaande Awb-kader een feit worden. In deze inleiding licht ik vier punten uit mijn preadvies waarop je misschien nog zou kunnen betwijfelen of een bestaand element van de Awb bij toepassing in een beroep tegen algemene regels goed zal gaan werken.

Belanghebbendebegrip

In de traditie van ons bestuursrecht zou het vreemd zijn tegen algemene regels een *actio popularis* mogelijk te maken. Ook een beroep tegen algemene regels moet slechts toekomen aan mensen die een reëel belang bij toetsing hebben. Tegelijkertijd denk ik dat zo'n beroep vanuit het oogpunt van de rechtsbescherming van de burger alleen goed zal functioneren als de bestuursrechter bij het aannemen van belanghebbendheid soepeler en welwillender is dan nu soms bij beroepen tegen beschikkingen het geval lijkt. Met name met het vereiste dat de belanghebbende

een persoonlijk belang moet hebben en met het vereiste dat de belanghebbende een actueel belang moet hebben, zal de bestuursrechter bij algemene regels soepeler moeten omgaan.

Ter illustratie: je bent een varkensboer en er komt een wat vreemde verordening, inhoudende dat je al je varkens moet inenten tegen een ziekte waarvan je denkt dat die helemaal niet voorkomt, zodat de verordening niet proportioneel is. Als je tegen die verordening in beroep zou gaan, ben je een van duizenden varkensboeren in Nederland en heb je nauwelijks een belang dat jou persoonlijk van die vele anderen onderscheidt. Toch meen ik dat de bestuursrechter dan wat soepeler moet zijn en deze varkensboer wel degelijk als belanghebbende moet aanmerken. Anders gezegd: als een regel zich tot een bepaalde categorie burgers met een specifieke kwaliteit richt, zijn alle burgers in die categorie te beschouwen als persoonlijk belanghebbend bij die regel.

Ook de eis van een actueel belang zou door de bestuursrechter enigszins soepel moeten worden toegepast. In mijn preadvies gebruik ik een misschien ietwat larmoyant, maar wel realistisch voorbeeld. Een blinde woont in Zuid-Limburg en overweegt te verhuizen naar Groningen, waar een vreemde bepaling in de APV staat waardoor haar blindengeleidehond moet worden gemuilkorfd en niet kan functioneren. Als zo iemand overweegt te verhuizen naar Groningen en dus al beroep tegen de algemene regel instelt, is er dan sprake van een actueel belang? Stel dat de bestuursrechter zegt: uw belang is niet actueel, maar is dat pas als u eenmaal in Groningen woont. Hij stuurt de betrokkene dan het bos in van de civiele rechter, bij wie zij waarschijnlijk zal moeten aankloppen. Je zult als bestuursrechter in een beroep tegen algemene regels, wil dat beroep de rechtsbescherming dienen, vrij soepel moeten omgaan met de actualiteit van het belang. Als iemand aannemelijk kan maken op korte termijn onder het bereik van een regeling te zullen vallen, moet een bestuursrechter die persoon naar mijn mening als belanghebbend bij de algemene regel aanmerken.

Bezwaarfase

Is de bezwaarfase bij algemene regels nuttig? Ja, een van de grote voordelen van het hebben van een bestuursrechtelijk beroep boven het huidige stelsel van rechtsbescherming door de burgerlijke rechter lijkt mij nu juist de aanwezigheid van de bezwaarfase. Wat ik zo mooi vind aan de bezwaarfase is niet alleen de juridische kant ervan, maar dat in die fase een besluit ook op beleidsmatige gronden kan worden heroverwogen. In de bezwaarfase zullen burgers en naar verwachting zeker ook belangenorganisaties de mogelijkheid hebben naast juridische argumenten ook meer beleidsmatig gekleurde argumenten aan te voeren, die een nieuwe, deels ook politieke en beleidsmatige overweging van de regel mogelijk maken. Zo'n overweging is nu uitgesloten, en in een stelsel geënt op de Awb zal zij, met in mijn ogen groot voordeel, wel degelijk mogelijk zijn.

Uitspraak bestuursrechter

Ook hier zijn veranderingen niet nodig, want de bestuursrechter kan in het huidige kader al heel veel, veel meer dan de burgerlijke rechter. Hij kan een besluit op bezwaar (hierna: bob) vernietigen, hij kan het vernietigde besluit gedekt verklaren

en hij kan zelfs zijn uitspraak in de plaats stellen van het vernietigde besluit. Met die uitspraakbevoegdheden zal een bestuursrechter naar mijn mening in een rechtstreeks beroep tegen algemene regels soms veel subtieler en een enkele keer veel effectiever dan de burgerlijke rechter kunnen optreden. Nu is de rechtsbescherming tegen algemene regels geregeld bij de burgerlijke rechter, die heel digitaal werkt. Hij kan maar twee dingen doen: een regel verbindend of een regel juist onverbindend verklaren. Een bestuursrechter zal in een beroep tegen een algemene regel het besluit op bezwaar, waarin de regel is heroverwogen, kunnen vernietigen, hetgeen in beginsel betekent dat het bestuur opnieuw zal moeten heroverwegen of de regel door de beugel kan. De rechter zal ook eventueel het besluit op bezwaar juist gedekt kunnen verklaren en hij kan zelfs zijn uitspraak in de plaats stellen van het vernietigde bob, en hij kan dus in theorie zelf bepalen dat een algemene regel had moeten worden geschrapt. Ik denk dat hij dat onder omstandigheden ook werkelijk zal kunnen en moeten doen. Dit betekent volgens mij dat de bestuursrechter een veel subtieler en rijker uitspraakinstrumentarium heeft dan de burgerlijke rechter.

Rechtsmiddeltermijnen

Op dit punt ben ik wat dubbelhartig. Als je alleen artikel 8:3 schrapt, gelden de beperkte rechtsmiddeltermijnen die nu voor appellabele besluiten gelden, ook voor algemene regels. Dat heeft een heel groot voordeel, want het betekent dat men slechts zes weken lang in bezwaar en beroep tegen een algemene regel kan gaan; dat geeft volgens mij een sterke prikkel om dat snel te doen. Ik vermoed dat maatschappelijke organisaties op die manier worden geprikkeld snel nieuwe regels op de agenda van de bestuursrechter te zetten en snel een uitspraak aan de bestuursrechter over de rechtmatigheid te ontlokken. Het kan er dus zeker mee door als je zo te werk gaat, maar ik zou er eigenlijk in een ideaal stelsel niet voor willen pleiten, want het grote nadeel is dat het bij algemene regels heel vaak voorkomt dat mensen pas na jaren na de uitvaardiging van een algemene regel onder de gelding van die regel komen, doordat ze verhuizen, een bepaalde kwaliteit verwerven, een onderneming starten enzovoort. Die mensen onthoud je het rechtstreeks beroep op de bestuursrechter als je zulke korte rechtsmiddeltermijnen hanteert. In een ideaal stelsel zou ik er dus voor pleiten in ieder geval voor individuen altijd de mogelijkheid open te houden om bezwaar tegen een algemene regel te maken. Omdat zo'n mogelijkheid nogal vreemd is aan het systeem van de Awb, denk ik dat we het in het belang van een soepele overgang om te beginnen zouden moeten proberen met de huidige beperkte rechtsmiddeltermijnen.

Het argument van een floodgate

Er zal op dit punt een stelling van mij aan de orde komen. Ik ben zeer benieuwd wat dit publiek bij wijze van *educated guess* hiervan denkt! Het gaat hier over de angst van de wetgever dat door het openstellen van rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter tegen algemene regels alle sluisdeuren open zullen gaan en er ongelooflijk veel extra werk voor de bestuursrechter zal komen. Hier lijkt het belangrijkste argument tegen invoering van dat beroep gelegen te zijn. Ik denk eerlijk gezegd dat het wel zal meevallen.

Voorzitter: Als ik het goed begrijp, is de stelling: maak je niet te veel zorgen, artikel 8:3 Awb, weg ermee! Ik denk dat Roel Schutgens Ymre Schuurmans op dit punt wel aan zijn zijde zal vinden, maar of zij dit alles qua uitvoering net zo eenvoudig ziet, zullen wij nu vernemen.

Prof. dr. Y.E. Schuurmans⁵

Allereerst wil ik graag het VAR-bestuur en de NTB-redactie bedanken voor de eervolle taak om het door mij besproken preadvies te mogen recenseren. Roel Schutgens feliciteer ik met een werkelijk schitterend, helder en systematisch betoog. Omdat het natuurlijk nóg beknopter kan, heb ik geprobeerd het preadvies in één zin samen te vatten: schrap artikel 8:3, dat is alles wat ik zie! Maar problematiseert de auteur dan eigenlijk wel voldoende? De medaille lijkt nu soms maar één kant te hebben, en die ziet er behoorlijk schitterend uit. We schrappen artikel 8:3 Awb, we hebben dan een direct beroep tegen regels en het resultaat is een heel heldere rechtsmachtverdeling. *That's pretty much it.*

Een direct beroep tegen algemene regels lijkt Schutgens als een rechtsbeschermingsneutrale wijziging te zien. Ik teken daarbij twee dingen aan:

- a. Ik ben het er niet mee eens, en ik denk eerlijk gezegd de wetgever ook niet.
- b. Eigenlijk kun je dit pas zeggen als je de verhouding tussen direct beroep en exceptieve toetsing meer uitdenkt en in dat opzicht positie inneemt.

Op beide punten zou ik graag met Schutgens van gedachten wisselen.

Ad a. In het proces komen belangenorganisaties er thans niet in, als hoofdregel noch bij de civiele rechter, noch bij de bestuursrechter. Zowel Schutgens als ik schat in dat bij een direct beroep vooral belangenorganisaties van die rechtsgang gebruik zullen maken, omdat het beroep in principe binnen zes weken na bekendmaking van de regel moet worden ingesteld. Die belangenorganisaties volgen wet- en regelgevingsdossiers vaak op de voet en hebben de nodige expertise om de regels effectief te kunnen bestrijden. Dat zij straks zelf binnen een termijn van zes weken kunnen procederen, geeft hun meer macht. We creëren daarmee een grotere tegenmacht voor het bestuur. Is dat goed? Ik denk van wel. Ook de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) en het Sociaal en Cultureel Planbureau (SCP) zien als toekomstscenario een netwerksamenleving waarin burgers zich organiseren en niet steeds individueel procederen. Ik denk dus dat we toegang geven aan een krachtiger tegenstander van het bestuur.

Maar ook de rol van de bestuursrechter verandert. De rechter die op dit moment zijn vingers niet wil branden aan de rechtmatigheidstoetsing van regels kan daar vrij gemakkelijk aan ontkomen. Hij stelt het individuele geschil voorop en laat zijn exceptieve toetsing uitmonden in de kernachtige overweging dat de rechter daarbij

⁵ Heeft het preadvies van Schutgens besproken: 'Rechtsbescherming tegen algemeen verbindende voorschriften: een voltooide discussie?', in *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2017/15; ook, naar de situatie van januari 2018, te raadplegen via verenigingbestuursrecht.nl/2017/05/ntb-recensies-var-preadviezen-2017.

een grote terughoudendheid heeft te betrachten. Bij directe beroepen is dat straks niet meer mogelijk. Alle beroepsgronden gaan over de rechtmatigheid van regelgeving en de rechter zal, zoals Ron van Male al aanstipte, worden uitgedaagd algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook op die regels toe te passen. Moet de preadviseur niet gewoon erkennen dat je met een direct beroep meer tegenmacht creëert, met name voor belangenorganisaties, en dat een direct beroep niet rechtsbeschermingsneutraal is?

Ad b, de wisselingwerking tussen direct beroep en exceptieve toetsing. Na zes weken is in beginsel de termijn voor het rechtstreeks beroep verlopen, en voor het geval dat die beroepstermijn ongebruikt is verlopen, bepleit Schutgens dat de bestaande mogelijkheid van exceptieve toetsing blijft bestaan. Maar wat is nu precies de situatie in het geval dat het rechtstreeks beroep ongegrond is verklaard? Zijn daaraan juridische gevolgen verbonden? Zal het feitelijke implicaties hebben voor de rechter die een paar weken later om exceptieve toetsing van precies dezelfde regel wordt gevraagd? En hoe voorkomen we dat een direct beroep tegen regels uiteindelijk de exceptieve toetsing uitholt?

Kortom, ik ben er niet van overtuigd dat schrapping van artikel 8:3 enkel de rechtsmachtverdeling tussen civiele rechter en bestuursrechter raakt en geen gevolgen heeft voor het niveau van rechtsbescherming.

Prof. dr. R.J.B. Schutgens

Dank voor deze scherpe vragen. De eerste vraag luidt of een direct beroep tegen algemene regels rechtsbeschermingsneutraal is. Ik blijf bij de opvatting dat die vraag bevestigend moet worden beantwoord. De bestuursrechter kan, zoals alle rechters, algemene regels aan alle normen van hoger recht, inclusief algemene rechtsbeginselen, toetsen en doet dat ook, zij het dat er voortdurend – vooral bij toetsing aan rechtsbeginselen – bij wordt gezegd dat de grootste terughoudendheid in acht moet worden genomen. Die toetsingsnormen lijken mij niet te veranderen als men de vraag naar verbindendheid van een algemene regel rechtstreeks aan de rechter voorlegt in plaats van, zoals nu, via een beroep tegen een uitvoeringsbesluit. Ik verwacht dat de bestuursrechter ook bij een rechtstreeks beroep zal blijven overwegen dat hij bij het overdoen van de belangenafwegingen van de politieke organen terughoudendheid moet betrachten. In mijn ogen is een direct beroep rechtsbeschermingsneutraal, althans wat de bevoegdheden van de bestuursrechter betreft.

Nu schrijft Schuurmans in haar recensie van mijn preadvies iets wat ik interessant vind en waarover ik niet had nagedacht: als de bestuursrechter excepties moet toetsen, lijkt hij, omdat hij toch niet alle beroepsgronden hoeft te bespreken, soms geneigd de beroepsgronden die zich tegen de algemene regel richten enigszins buiten beeld te houden. Hij praat – of misschien wel: kletst – daar nu soms een beetje omheen, en dat zal hij, zoals Schuurmans terecht schrijft, in het geval van een direct beroep niet meer kunnen doen. Hij zal door zo'n beroep worden gedwongen tot een beoordeling ten volle. Schuurmans heeft hier een punt: de bestuursrechter zal worden aangezet tot een kritischer beoordeling van de algemene regel, waarbij hij niet makkelijk weglkomt met het eromheen praten. Dat doet echter naar mijn mening niet af aan de bevoegdheidsgrondslag voor de toetsing.

In de tweede plaats vraagt Schuurmans zich af welke juridische gevolgen verbonden zullen zijn aan ongegrondverklaring van het rechtstreeks beroep. Wat gebeurt er als de bestuursrechter geadviseerd is voor een rechtstreeks beroep tegen een algemene regel en als hij vervolgens die regel verbindend en het beroep ongegrond verklaart? Wat moet bijvoorbeeld een strafrechter doen die drie maanden later diezelfde algemene regel moet toepassen? Naar mijn mening kun je hier onderscheid maken tussen de situatie waarin alleen de bestuursrechter in eerste aanleg aan het woord is geweest en de situatie waarin het geschil is uitgeprocedeerd tot bij de hoogste bestuursrechter. Aan de uitspraak van de bestuursrechter in eerste aanleg zal immers wat minder gezag toekomen. Maar zelfs als het beroep tegen de algemene regel is uitgeprocedeerd tot bij de hoogste bestuursrechter en als deze de regel verbindend heeft verklaard, zal naar mijn mening de strafrechter – en trouwens ook de bestuursrechter zelf – er verstandig aan doen geen oneigenlijke formele rechtskracht of iets dergelijks aan de regel toe te kennen, maar de uitspraak van de hoogste rechter gewoon materieel als een gezaghebbend oordeel te beschouwen. Wat moet dus een strafrechter doen die wordt geconfronteerd met een beroep op exceptieve toetsing tegen een regel die al door de hoogste bestuursrechter is beoordeeld? Ik zou hem aanraden de uitspraak van de hoogste bestuursrechter erbij te nemen, zeer goed nota te nemen van de motivering die daaraan ten grondslag ligt en zich daarbij in beginsel aan te sluiten, tenzij degene die zich op de onverbindendheid beroept met nieuwe argumenten komt, of tenzij hij (die strafrechter) zich echt niet met het oordeel van de hoogste bestuursrechter kan verenigen.

Prof. dr. Y.E. Schuurmans

Op dat laatste punt ben ik het helemaal met de preadviseur eens. Op het eerste punt tot op zekere hoogte ook. Natuurlijk gaan de toetsingsnormen niet in één keer veranderen. Ik vind het fascinerend dat ook in 1997 bij de Nederlandse Juristenvereniging al de discussie is gevoerd over de vraag of beroep tegen algemene regels open zou moeten staan, en dat bij een stemming de meerderheid hierop bevestigend antwoordde. In deze VAR-vergadering wordt geconstateerd dat iedereen het eigenlijk over de wenselijkheid van dat beroep eens is, maar dat er weerstand bij de wetgever is. Die weerstand heeft volgens mij niet te maken met een streven naar zorgvuldige inpassing in de Awb, maar met de vraag welk debat we bij welke rechter willen hebben. Dit komt later in deze vergadering ongetwijfeld nog nader aan de orde.

Voorzitter: Wat vindt Ron van Male van de stelling dat de invoering van bestuursrechtelijk beroep tegen algemene regels rechtsbeschermingsneutraal kan plaatsvinden? Ik meende in zijn betoog iets anders te horen.

Prof. dr. R.M. van Male

Ik denk dat er, indien beroep tegen bestuurswetgeving mogelijk wordt, een situatie gaat ontstaan waarin de rechter directer zal worden gedwongen zich te verdiepen in de deugdelijkheid van de wetgevingsvoorbereiding. Als voorbeeld noem ik het sociaal domein, dat de laatste jaren heel sterk in de belangstelling heeft gestaan.

We zien dat in dat domein wetten in formele zin rechten toekennen, en dat de uitvoering is gedelegeerd aan allerlei uitvoeringsorganen die in dat verband regels vaststellen. Het kan bijvoorbeeld zijn dat een recht alleen maar kan worden gerealiseerd tegen een bepaalde prijs die de lagere regelgever heeft bepaald. In zo'n geval zal het geschil betrekking hebben op de vraag of het recht voor het bedrag dat de lagere regelgever heeft vastgesteld wel kan worden gerealiseerd zoals het door de wetgever in formele zin is toegekend, alsmede op de vraag of de vaststelling van dat bedrag wel op deugdelijk onderzoek berust. Daarmee zitten we midden in de toetsing aan formele beginselen van behoorlijk bestuur, het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel. Passen we de oude doctrine toe, dan zou een beroep op de schending van formele beginselen van behoorlijk bestuur alleen maar succes kunnen hebben wanneer er sprake is van willekeur.

Voorzitter: Is er een reactie van de kant van de preadviseurs?

Prof. dr. W.J.M. Voermans

De Centrale Raad van Beroep heeft op 26 april 2017 een uitspraak gedaan waarin precies gebeurt wat Ron van Male nu schetst. De Raad constateerde bij de wijziging van het Dagloonbesluit uit 2015 een defect in de voorbereiding die een bepaalde groep onevenredig trof, iets wat alleen maar via toetsing aan rechtsbeginselen aan de orde valt te stellen. Vervolgens kwam iets in beeld dat in feite sinds het *Harmonisatiewet*-arrest een stil leven leidde: de verdiscontering zou reden kunnen zijn om toch te toetsen. De rechter pakt hier door, juist op het punt van de voorbereiding.

We zien dat andere stelsels opschuiven met juridische toetsing naar de voorbereiding van regelgeving om het tekort van democratische inbreng op te lossen. De Poorter en Çapkurt hebben daarover geschreven. Het is onvermijdelijk dat de rechter steeds correctiever gaat optreden om het complexe bestuur en de wetgever om allerlei goede redenen rechtsstatelijk bij de les te houden.

Van Male: Tezelfdertijd zien we in uitspraken van de hoogste bestuursrechtelijke rechters nog altijd de vaste formule, die we vroeger altijd met de term *willekeursluit* aanduidden, van het *Landbouwwliegers*-arrest.

Voermans: Toch is het heel interessant de uitspraak van 26 april te lezen. We zien daar een heel leuke invulling.

Prof. dr. R.J.B. Schutgens

Nog een opmerking over formele toetsing. Als de bezwaarfase aan het beroep tegen algemene regels vooraf zal gaan, zal de bestuursrechter het besluit op bezwaar gaan toetsen, wat al bijna onmogelijk is als hij niet nagaat of in bezwaar voldoende goed naar de argumenten en de belangen van de bezwaarden is gekeken. De rechter is dan al met een soort formele toetsing van de zorgvuldige heroverweging bezig. Misschien denk ik er wat licht over, maar ik heb de neiging de toetsing van de zorgvuldige voorbereiding niet als een grote inbreuk op de positie van de wetgevende

organen te zien. Hun materiële beslissing gaat er immers niet per se mee van tafel, maar zij worden gedwongen er nog eens beter en zorgvuldiger naar te kijken. Ik vind dat in het licht van de scheiding der machten veel minder problematisch voor de positie van de wetgever dan een echte materiële toetsing. In die zin vind ik de formele toetsing, die er inderdaad zal komen, tamelijk wetgevingsneutraal.

Prof. dr. A.C.M. Meuwese

Graag wil ik mijn preadvies ‘Grip op normstelling in het datatijdperk’ kort nader toelichten, wat ik zal doen door te proberen een antwoord te geven op drie vragen:

1. *Wat is het probleem?*
2. *Is het ons probleem?*
3. *Wat is de oplossing?*

Zeker op het laatste punt zal ik ongetwijfeld tekortschieten, maar we hebben nog enige uren vergadering voor de boeg. Bij mijn beschouwingen zal ik heel dankbaar gebruikmaken van de genereuze, nuttige en prettig leesbare opmerkingen van NTB-commentator Albertjan Tollenaar.

Wat is het probleem?

Het probleem is tweeledig. Ik noem in de eerste plaats de algemene vraag, die ook helemaal buiten de discussie over dataficatie aan de orde is: is het reguleringskader van algemene regels eigenlijk überhaupt niet te licht, in de zin van te weinig effectief? Ik betoog in mijn preadvies dat dit zo is, en dat het te maken heeft met het feit dat dit kader ‘besluit- en bevoegdheidcentrisch’ is. Tollenaar stelt dat disciplineren, toch de kern van regulering, van de praktijk rond het stellen van algemene regels niet bewust wordt omzeild. In dit verband wijs ik erop dat we er nog te vanzelfsprekend van uitgaan dat de normenhiërarchie nog wel werkt en mooi sluitend is. Het huidige lichte reguleringskader van algemene regels gaat nog steeds uit van *agency* (sturingskracht) van de jurist die in de gelegenheid is de reflex ‘mag dit eigenlijk wel?’ ook inderdaad invloed te laten hebben op hoe het bestuur handelt. Die *agency*, zo luidt mijn stelling, staat in sommige gevallen onder druk, ook buiten het datakader. Dit kan echter een probleem gaan worden als de dataficatie doorzet. Dát dat gebeurt, is een impliciete veronderstelling van mijn preadvies, waarover ik heel graag in discussie zal gaan met aanwezigen die hier misschien in de praktijk dichtbij zitten.

De NTB-commentator merkt terecht op dat het preadvies geen definitie van dataficatie bevat. Ik bedoel met deze term niets anders dan het vertalen van allerlei aspecten van de wereld om ons heen in data en het omzetten van deze informatie in iets dat betekenis of waarde heeft in de maatschappij. Dit gaat gepaard met het steeds meer verzamelen en aftappen van informatie en ook vooral met het koppelen van ogenschijnlijk ongerelateerde datasets. *Big Data* is hierbij een overtreffende trap. Ik noem een voorbeeld uit het strafrecht: de succesvolle infobox Crimineel en Onverklaarbaar Vermogen koppelt allerlei verschillende data en kan zo veel beter aanwijzen waar misschien een voor het strafrecht relevante situatie ontstaat. Het preadvies inventariseert enige risico’s rond dataficatie van normstelling en brengt die in verband met bredere ontwikkelingen; ik spreek daarbij van het afdrijven van

het traditionele bevoegdheidsdenken. De belangrijkste constatering daarbij is dat er een vervaging van categorieën handelingen optreedt. Iets concreter: als een computer ons weet te vertellen waar en in welke mate handhaving van bepaalde milieuvorschriften het meeste effect gaat hebben op het halen van een bepaalde norm die door de wetgever is vastgesteld, en als we ook steeds meer gebruik gaan maken van dat soort applicaties die ook steeds breder met beschikbare data gaan werken, hebben we dan niet te maken met een heel nieuwe categorie ‘tussendingen’?

Er ontsnappen al heel veel normen. Ik heb het nu over het bredere punt dat we ook los van data wel een érg licht reguleringskader voor algemene normen hebben. Hier is de Knooble-zaak van belang; ik heb trouwens nog nooit definitief gehoord of ik Knooble moet uitspreken als ‘knobel’ of als ‘noebel’! De stelling is dat er in de toekomst nog veel meer normen kunnen gaan ontsnappen, want de verantwoordelijke professionals, toch steeds vaker ICT’ers, hebben geen enkele juridische reflex en bovendien is er bij bestuurders sprake van een ‘omdat het kan’-mentaliteit: ik kan die data inzetten om iets te bereiken, waarom zou ik het dan niet doen? Ik identificeer dit als een ‘grijs gat’ in het stelsel van het algemeen bestuursrecht. Iets kan inhoudelijk een norm zijn waar burgers of bedrijven niet omheen kunnen, maar het bestuursrechtelijk kader heeft niet altijd meer een manier om deze norm binnen te halen als algemene regel in publiekrechtelijke zin.

Is dit nu óns probleem?

Met ‘ons’ bedoel ik de steeds diverser wordende VAR-gemeenschap. Ik van mijn kant denk dat dit inderdaad ons probleem is. Het preadvies stelt dat dit afhangt van wat je als de uiteindelijke rol en ambitie van het bestuursrecht ziet. Collega Voermans heeft in dit verband al een voorzet gedaan. In de woorden van NTB-commentator Tollenaar: codificeren of modifieren. Hij betoogt dat het doel van de Awb vooral codificatie van de bestuurspraktijk is geweest.

Hierbij kom ik ook graag nog even terug op zijn opmerking dat mijn preadvies ervan uitgaat dat publieke en semipublieke organisaties maar al te graag de kaders van de Awb in aanverwante metaregeling omzeilen, maar dat ik daarvoor geen empirisch bewijs lever. Hij heeft daarin helemaal gelijk. Toen ik voor mezelf de vraag probeerde te beantwoorden waarom ik hier van een soort vanzelfsprekendheid uitga, was mijn verklaring de volgende. Óf ik heb te veel rapporten van de Nationale ombudsman gelezen, waarmee immers de neiging van overheden om de grenzen van bevoegdheden op te zoeken uitgebreid is gedocumenteerd, óf er is een verband met de volgende observatie. Los van de empirische vaststelling van dit soort ontsnappingsgedrag in hedendaags Nederland is de neiging om overal waar zeggenschap wordt uitgevoerd deze eerder groter dan kleiner te maken nu eenmaal een *raison d’être* van het bestuursrecht. Mijn aanname is dus zeker niet dat bestuurders en ambtenaren zitten te broeden op ontsnappingsplannetjes – op dat punt valt trouwens een heel leuk empirisch onderzoek op touw te zetten! –, maar ik ga ervan uit dat een inherente institutionele neiging bestaat om, vaak vanuit de beste bedoelingen, te weinig rekening met de kaders te houden als die kaders niet heel goed zijn ingespeeld op hoe de praktijk nu eigenlijk functioneert.

Wat doet de huidige regulering van algemene regels en wat kunnen we daaraan verbeteren? Ik denk dat we een beetje te veel in onze *comfort zone* blijven zitten en ons te weinig afvragen welke nieuwe dimensies we in het bestuurshandelen zien. Naar

mijn mening is dataficatie een heel belangrijke *driver*. We moeten meer proactief gaan denken, en daarbij helpt het beeld van het ‘grijze gat’. Vermeule – een ondanks zijn naam ontzettend Amerikaanse bestuursrechtwetenschapper die ook figureert in het preadvies van collega Voermans – maakt het onderscheid tussen ‘zwarte gaten’ en ‘grijze gaten’ in het bestuursrecht. Bestuursrechtelijke ‘zwarte gaten’ ontstaan uit een consensus tussen bestuur, wetgever en rechter, inhoudende dat bepaalde onderwerpen en terreinen nu eenmaal niet te reguleren zijn, zodat ze bewust van algemene bestuursrechtelijke kaders worden uitgezonderd. ‘Grijze gaten’ daarentegen zijn een soort verkapte ‘zwarte gaten’. Er wordt makkelijk gedaan alsof we ons er nu eenmaal bij moeten neerleggen dat we er vanuit het bestuursrecht niets mee kunnen, er gelden misschien wel enige bestuursrechtelijke beperkingen, maar deze zijn van gering praktisch belang. Op deze manier bieden ‘grijze gaten’ een façade voor bestuursrechtelijke normering, zonder echter inhoudelijke bescherming aan rechtsgenoten te verschaffen. Nu vindt Vermeule het dichten van zowel ‘grijze gaten’ als ‘zwarte gaten’ een hopeloze fantasie; mijn stelling is: moeten we toch niet de ambities van de Awb afstoffen of upgraden, er nog steeds van uitgaand dat deze wet een kader moet vormen voor effectief bestuur op basis van de waarden van de rechtsstaat?

Wat is de oplossing?

Op veler verzoek laat ik de hervormingsscenario’s uit het preadvies even voor wat ze zijn en kom ik met meer concrete suggesties. Ik had eerst een voorbeeld willen geven op het gebied van het meer datagestuurd tot stand komen van stikstofnormen, maar toen ik zojuist het hypothetische voorbeeld van collega Roel Schutgens over de varkensboer hoorde, leek het mij een goed idee daarop voort te borduren. Die varkensboer wordt geconfronteerd met een verordening die hem voorschrijft zijn varkens tegen een ziekte in te enten die zo zeldzaam is, dat hij de inenting niet proportioneel vindt. Wie vanuit dataficatie denkt, kan zich in plaats van deze verordening een verordening voorstellen die bepaalt dat de inentingsplicht afhangt van vaststellingen die over het vóórkomen van bepaalde ziektes worden gedaan, welke vaststellingen gebaseerd zijn op het koppelen van een aantal datasets. Je zou een datagestuurde norm in een verordening kunnen opnemen.

Dit laat goed zien – een belangrijk punt uit mijn preadvies – dat er een andere verhouding tussen de regel en de uitvoering kan ontstaan, waarbij de regel in zekere zin een hoger abstractieniveau kan krijgen. Je hoeft de ziekte niet meer te benoemen, je kunt bepalen dat je het aan een bepaalde data-applicatie overlaat om vast te stellen of inenting nodig is. Dit komt in de regel neer op meer maatwerk. Ik geef meteen toe dat we zulk maatwerk nog niet zo vaak zien. Als dit soort situaties veel vaker gaan voorkomen dan nu het geval is, hoe zouden we daarop dan moeten reageren? Ik kan mij voorstellen dat we op dit vlak meer metanormen zouden moeten hebben. Als de betekenis van een algemene norm voor burgers en bedrijven afhankelijk wordt gemaakt van een data-applicatie, zou die applicatie aan bepaalde voorwaarden moeten voldoen. Bij een verdere doorvertaling zou dit kunnen inhouden dat bijvoorbeeld in aanbestedingsprocedures randvoorwaarden worden gesteld op het punt van de professionele *agency*, die volgens mijn stelling bij juristen wordt weggehaald en vaker bij IT-mensen terechtkomt. Vereist zou kunnen worden dat men in woorden moet kunnen uitleggen wat men precies gaat doen en welke norm in

de te ontwerpen interface zal worden ingebouwd. Dit zou dan weer, breder getrokken, gevolgen kunnen hebben voor de mate waarin het algemeen bestuursrecht de ambitie heeft iets over aanverwante rechtsgebieden zoals het aanbestedingsrecht te zeggen.

Een link met de andere preadviezen is dan, tot slot, dat er in mijn ogen consequenties moeten zijn voor de vrijheid die de rechter heeft om te bepalen of iets toetsbaar is. Hier kom ik weer bij de aloude kritiek op het ‘besluitcentrisme’. Zouden we niet een metanorm moeten inbouwen waarbij de bestuursrechter de vrijheid krijgt om iets te doen met wat hij kwalificeert als *de facto* een bindende normering van gedragingen, handelingen of bevoegdheden?

Voorzitter: Ik heb een waarschuwing gehoord: de bestuursrechtelijke praktijk drijft van de Awb af, we dreigen in een ‘grijs gat’ te verdwijnen. Wat vindt Albertjan Tollenaar daarvan?

Mr. dr. A. Tollenaar⁶

Allereerst wil ik de preadviseurs met hun mooie beschouwingen feliciteren, en dat geldt in het bijzonder voor Anne Meuwese. Ik heb haar preadvies met veel plezier gelezen, niet in de laatste plaats omdat ik mezelf ook als bestuurskundige beschouw en omdat zij een bestuurskundige benadering van het vandaag gesproken verschijnsel heeft gegeven. Bij lezing van het preadvies viel mij overigens op dat er onder bestuurskundigen misschien wel net zoveel verschil van mening en perceptie is als onder bestuursrechtjuristen. Ik ben meer van het type tellen en tabellen, en ik kwam hier in contact met het type beschouwingen en redeneren. Mijn vragen zijn daarop gericht.

Anne Meuwese vroeg zich zojuist zelf af welk bewijs zij eigenlijk heeft. Mijn eerste vraag sluit daarbij aan: wat is nu precies het bewijs voor het bestaan van het verschijnsel dat zij bespreekt? Haar behandeling is anekdotisch, aan de hand van onder meer AERIUS⁷ en SyRI.⁸ Ik ken die fenomenen, ik begrijp er ook weinig van: men werkt met een rekentabel en daar komt iets uit. Wat ik mij afvraag, is of zich een toename of een afname voordoet, en welk bewijs de preadviseur in dit opzicht heeft? Kan zij dit weghalen van het anekdotische?

Dan mijn tweede vraag. De preadviseur onderbouwt het verschijnsel aan de hand van een aantal bewegingen. Beweging nummer 1 is ‘informatiemaatschappij 2.0’. Ik dacht dat we al aan 3.0 toe waren, maar dat is natuurlijk allemaal *framing*. Herkenbaar in verband met de informatiemaatschappij 2.0 is het *naming and shaming*: de overheid verzamelt informatie, zet die op zijn website en wil daarmee gedragsaanpassing bewerken. Een tandarts van wie is gepubliceerd dat de mensen met heel veel slechte gevolgen bij hem uit de stoel komen, gaat zich aanpassen. Dat is

6 Heeft het preadvies van Meuwese besproken: ‘Bestuursrechtelijke normering en “big data”’, in *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2017/16; ook, naar de situatie van januari 2018, te raadplegen via verenigingbestuursrecht.nl/2017/05/ntb-recensies-var-preadviezen-2017/.

7 Zie p. 166 van het preadvies.

8 Systeem risico-indicatie.

‘informatiemaatschappij 2.0’. Zulke publicaties worden door de onderwijsinspectie en andere inspecties gedaan. Dit brengt mij op mijn tweede vraag. Ik geloof dat het bekendmaken van toezichtinformatie inderdaad normeert, maar hebben we hier ook te maken met een variant van algemeen verbindende voorschriften? Volgens mij heb je een algemeen verbindend voorschrift nodig om naar aanleiding van de gedeelde toezichtinformatie uiteindelijk ook iets te kunnen afdwingen. Misschien heeft Meuwese hierop gedoeld toen zij het zojuist over ‘grijze vlekken’ en ‘tussendingen’ had. Blijkbaar heb je nog steeds algemeen verbindende voorschriften nodig; of dat ‘zwarte dingen’ dan wel ‘witte dingen’ zijn, laat ik in het midden.

Mijn laatste vragen betreffen de oplossingsrichtingen die de preadviseur aan geeft. In haar inleiding heeft ze in dit verband over metaregulering gesproken. De metaregulering ken ik, vanuit een heel kritische beschouwing, als een alternatief voor publiek toezicht. Het komt erop neer dat de overheid de private partijen het zelf laat doen en controleert hoe die partijen zichzelf reguleren. Havinga en Verbruggen zijn over dit verschijnsel erg kritisch, omdat de publieke partijen hierdoor de kennis kwijtraken over wat er in de private wereld gebeurt. Die kritiek vind ik niet in het preadvies. Ik vraag me ook af wat we nu eigenlijk willen: willen we allemaal de Awb kussen? Mijn PAO-bureau vindt dat denk ik prima, want zo is er een goede markt, maar is dit niet een beetje overdreven? Schieten we zo niet door naar heiligverklaring van de Awb?

Als andere oplossingsrichting noemt Meuwese beginselenbestuursrecht. We hebben het daarover al enigszins gehad. Er rijzen hier allerlei vragen in de sfeer van ‘hoe dan?’, waarvan de beantwoording misschien meer op het terrein van preadviseur Schutgens ligt. Toch wil ik ook Meuwese op dit punt iets voorhouden. In de wereld van het Amerikaanse bestuursrecht, waarvoor zij veel belangstelling heeft, is op het ogenblik een intensieve discussie aan de gang. Het nieuwe lid van het Supreme Court Neil Gorsuch is tegenstander van de *Chevron deference*, oftewel het afstand houden tot de *regulatory* afwegingen. De preadviseur bevindt zich dus in conservatief gezelschap! Ik vraag mij af of zij zich daar blij bij voelt.

Voorzitter: Het woord is aan Anne Meuwese. Is er echt een probleem, en kan zij dat bewijzen?

Prof. dr. A.C.M. Meuwese

Veel dank voor deze zeer rijke vragen. Ik denk dat het bewijs er is als je naar de private sector kijkt. Ondernemingen zijn heel vaak succesvol geworden als gevolg van het door mij besproken verschijnsel; het bekendste voorbeeld is Netflix, dat data verzamelt over wat mensen nu echt willen zien en op basis daarvan investeert. Nu denk ik helemaal niet dat trends in de private sector altijd naar de publieke sector overwaaien, maar we moeten er volgens mij wél rekening mee houden dat dit tot op zekere hoogte gebeurt. Er gebeurt op dit moment al van alles. Ik geef toe dat de toepassingen in de Nederlandse context nog beperkt zijn, maar ik zie in ieder geval een heel reële mogelijkheid en ik denk dat we daarop niet goed genoeg zijn voorbereid.

Er komt nog iets anders bij. In het WRR-rapport over *Big Data* komt tot uiting dat het gezien de aard van de ontwikkeling heel lastig is er greep op te krijgen. Als een

goede promovendus er vier jaar naar gaat kijken, kan daar best iets uit komen, maar van veel al in gebruik genomen data-applicaties hebben we nu juist helemaal niet door wat er precies in gebeurt. Ik geloof overigens niet dat hier per se een *conspiracy theory* in beeld moet komen; het gaat mij veel meer om de stelling dat het vertrouwde schema niet meer goed werkt, of dat er tussenstappen in gaan optreden. Ik doel dan op het schema van de wetgever die de norm stelt, met inbegrip van enige delegatiebepalingen, van de bestuurswetgeving die een en ander concreter maakt, en van een duidelijk af te leiden ruimte voor het vaststellen van beleidsregels en het vorm geven aan uitvoering. De tussenstappen zie ik in een doorzettende dataficatie die zich vertaalt in abstracte normen. Ik geef meteen toe dat ik hier van een prognose uitga, maar ik acht de kans heel groot dat er, zoals ik in mijn inleiding al zei, normen ontstaan die bijvoorbeeld geen bepaalde ziekte noemen, maar uitgaan van een vastgesteld risico op besmettingsgevaar op basis van een heel ingewikkelde berekening. Alleen al daardoor zullen we niet meer zo makkelijk kunnen zeggen dat de ruimte voor het bestuur om tot uitvoering te komen, inclusief het vaststellen van beleidsregels, nog echt inhoudelijk door de algemene regel wordt afgebakend.

Iets soortgelijks geldt voor *naming and shaming*. Een simpele vorm daarvan is bijvoorbeeld dat je online zet hoe vaak een bedrijf beboet is, maar dit instrument kan er over vijf jaar heel anders uitzien. Stel dat er allerlei afspraken zijn gemaakt met bedrijven over het type data dat zij aanleveren en dat men iets publiceert over het risico dat een bepaalde sector in de richting van kartelvorming opschuift. Dat zijn dingen die tot de mogelijkheden behoren. Misschien willen we een dergelijke ontwikkeling niet en misschien gaat die zich ook wel niet precies in deze richting voordoen, maar we moeten ons bewust zijn van de mogelijkheden en we moeten beseffen dat juristen niet altijd de benodigde *agency* hebben, terwijl er allerlei drijfveren zijn om wel degelijk met dit soort instrumenten aan de slag te gaan. Als de publieke sector dat niet doet, doet de private sector het wel, en dan heeft de overheid straks helemaal niets meer te zeggen.

Dit brengt mij op de vraag of we nu wel met de Awb de hele wereld moeten willen beheersen. Dat is inderdaad niet wenselijk, maar ik vind dat we in ieder geval een bewuste keuze moeten maken en een duidelijk beeld moeten hebben van wat we wél en wat we niet willen beheersen. Er is dan soms geen andere optie dan op de metareguleringstoer te gaan. Uitgebreid ingaan op de kritiek op het concept van de metaregulering zou nu te ver voeren. Het concept kan op meerdere manieren worden geïnterpreteerd, en zo vlak voor het middaguur zouden beschouwingen op dit punt misschien té bestuursrechtelijk worden!

Met het verkeren in conservatief gezelschap heb ik *a priori* geen moeite. Vanmiddag gaan we ongetwijfeld nog dieper op de betekenis van het beginselenbestuursrecht in, ook in relatie tot de andere preadviezen. Mag ik dit onderwerp even parke- ren?

Tollenaar: Ik vind het prima; ik ben hier gast.

Voorzitter: Ik begrijp dat er bij goede beschouwing van de huidige ontwikkelingen serieuze problemen te voorzien zijn. Moeten we daar, met of zonder Awb in de hand, dan toch niet iets aan doen?

Mr. dr. A. Tollenaar

Je kunt als hypothese formuleren dat we de kant van dataficatie op gaan. Inderdaad zien we dat in de private sector gebeuren. Met *Big Data* kan worden voorspeld welke roman goed zal verkopen; uitgevers doen dat. In de publieke sector kan ik echter weinig voorbeelden bedenken, en ik ben toch best creatief! Het beste voorbeeld is dan nog SyRI, en dat is meteen een heel mooi voorbeeld. Je ziet dat er een juridisch kader komt, terwijl er in het verleden vaak ongeregeld iets werd ondernomen. Voor SyRI is een regelingskader gecreëerd, en het wordt niet meer gebruikt. Dat is fascinerend. Meuwese wees zojuist terecht op ontduikend gedrag. Ik denk niet dat men weloverwogen regels terzijde gaat schuiven. Vaak maken regels het werk wel ingewikkeld, zodat bestuursorganen andere wegen en andere rationaliteiten zoeken.

Prof. dr. A.C.M. Meuwese

Mijn prognose op dit vlak moet ook worden gezien in het licht van bredere ontwikkelingen rond alternatieve regels. Vaak kan de private sector in een gat springen doordat de publieke sector – er zijn nog wel degelijk ‘als het mag’-reflexen – ergens niet zo mee bezig is. Op een gegeven ogenblik kan normering heel invloedrijk worden. Ik denk daarbij aan allerlei private standaarden, zoals aan de orde in de Knooblezaak. De relevantie blijkt dan in een nogal laat stadium. In bepaalde sectoren zijn er wel voorbeelden van publieke acties, zeker in rechtssystemen waarin het publieke en het private meer door elkaar lopen, zoals het Amerikaanse. Ik noem het voorbeeld van de ontslagen docente. Tollenaar lijkt uit te gaan van een soort waterscheiding tussen de twee werelden, enerzijds de wereld die met de bestaande kaders nog mooi in bedwang te houden is en anderzijds de geheel andere wereld van normering in de private sector. Ik van mijn kant denk dat die werelden weleens nog veel meer door elkaar zouden kunnen gaan lopen. Mijn preadvies is bedoeld om op de mogelijkheid van de ‘en, en, en’-situatie te wijzen en om duidelijk te maken dat het belangrijk is die situatie vóór te zijn. Overigens is het goed af en toe op de rem te gaan staan en erop aan te dringen realistisch te blijven. Ik ben Tollenaar er dankbaar voor dat hij die wisselwerking voor het voetlicht brengt; laten we die vandaag nog wat meer opzoeken.

Tollenaar: We zijn dan een goed duo!

Prof. dr. W.J.M. Voermans

In het kader van de vraag naar bewijzen, die ik overigens niet echt heb, nog even het volgende. Op 1 februari 2017 is er een uitzending van *Zembla* geweest onder de rustige titel ‘Pruitsen en pielen zonder pottenkijkers’, over de Belastingdienst die met een organisatie werkt die eigenlijk een consultancybureau is en aan *data analytics* doet. Die organisatie bouwt een systeem dat erop gericht is dat men niet te veel toezicht hoeft te houden. Men verzamelt *Big Data*, opdat de belastinginspectie weet waar zij (her)controles moet uitvoeren, met als effect een goed toezicht tegen lagere kosten. Achter het systeem zitten allerlei algoritmes om data te koppelen.

Wat was nu het probleem? Niemand kon er uitleg over geven. Natuurlijk ligt het voor de hand als reden aan te wijzen dat de gecontroleerde met kennis van zaken de Belastingdienst beter vóór zal kunnen blijven, maar het viel ook los daarvan op dat niemand op het departement met een uitleg kon komen. Die arme staatssecretaris Wiebes hing aan een touwtje: hij kon niet zeggen wat ze aan het doen zijn; niemand kon verantwoording afleggen. En geloof nu maar niet dat er ooit iets in een norm of een beleidsregel terecht zal komen.

Naar aanleiding van dit voorbeeld zou ik willen zeggen: goed dat ze dat zo doen, maar het nemen van verantwoordelijkheid of een mogelijkheid om ergens tegen op te treden kunnen we vergeten. De overheid gebruikt hier een manier om belangen af te wegen en beslissingen voor te koken die is gebaseerd op algoritmes die echt niet zullen worden prijsgegeven, waarover je niet kunt meepraten, waarvoor geen verantwoording wordt afgelegd en waarmee je al zéker niet bij de rechter terecht kunt.

Tollenaar: Een mooi voorbeeld! Het allerergste was dat de consultants ook nog werden ingevlogen en niet tot het ministerie behoorden.

Huldiging van de winnaars van de VAR-pleitwedstrijd

De voorzitter spreekt als volgt

De jaarlijkse VAR-pleitwedstrijd voor bestuursrechtstudenten is dit jaar gehouden aan de Universiteit van Amsterdam, waar Adriënne de Moor-van Vugt en haar team met een geweldig programma zijn gekomen en een fantastisch evenement hebben neergezet. De deelnemende studenten hebben zich maandenlang over de hun aangeboden casus gebogen, een casus vol hunebedden en wegenbouw. Zij zijn, zo was mijn stellige indruk, af en toe behoorlijk in het Wabo-woud verstrikt geraakt en misschien zijn ze daarvan ook zo af en toe wanhopig geraakt, maar afgelopen woensdag was daarvan niets meer te merken, want in de ochtend stonden ze allemaal op scherp voor de strijd om de beker. Ik heb die ochtend zelf twee zittingen mogen bijwonen en ik kan dus uit eigen ervaring vertellen dat de studenten het heel erg goed deden. Dat geldt trouwens ook voor de rechters, onder wie veel VAR-leden, maar we focussen nu op de studenten, die van een ongelooflijk hoog niveau waren en enorm enthousiast hun cliënten hebben vertegenwoordigd.

Het was dus heel lastig om uit die deelnemende teams partijen te selecteren die uiteindelijk naar de finale mochten, waarin werd gepleit over een subsidiecasus; ik had daar overigens niets mee te maken, maar het was wél leuk. In de finale streden de teams van Leiden, Maastricht en Nijmegen. Dat konden dit jaar drie partijen zijn, want bij het geschil waren een eiser, een verweerder én een derde-belanghebbende betrokken. Het ging in de verte al weer over dat vreselijke hunebed, maar eigenlijk ging het op een wat verholde manier toch vooral over een uiterst actueel onderwerp: de verdeling van schaarse subsidiegelden. Aan het eind kon er natuurlijk maar weer één team winnen en opnieuw ging dit jaar het kleine maar fijne team van Maastricht er met de beker vandoor. Dit team bestond uit slechts drie deelnemers, maar die wisten wel degelijk een punt meer in de wacht te slepen dan de teams van Leiden en Nijmegen, die op een gezamenlijke tweede plaats eindigden. Daarom vraag ik nu een overdonderend applaus voor dit kleine maar fijne team, bestaande uit Esmée Driessen, Rik Kroese en Johanna Pex van Maastricht University, en hun begeleiders Sander Jansen en Louise Verboeket.

[Langdurig applaus] [Twee studenten komen naar voren, met de beker en hun begeleiders.]

Voorzitter: Rik Kroese is vandaag niet aanwezig omdat hij vandaag alweer staat te strijden in het studentenparlement. Het klopt dus wat jullie in het boekje over jullie eigen team hebben gezegd: geen *nine-to-five*-mentaliteit, de beste beslissingen

worden 's nachts genomen. Is dát het geheim van Maastricht, dat jullie nu al tweemaal winst bracht?

Johanna Pex: Wellicht. Ons motto was meer: minimale bezetting en maximale inzet, en daar horen ook de nachtelijke uren bij. We hebben letterlijk een keer tot kwart over drie 's nachts doorgewerkt. Het was snel eerste paasdag! In ieder geval hadden wij met ons drietjes op een gegeven moment echt een klik, een *drive*. We wisten dat we een goed team vormden, ook al waren we dan maar met ons drieën.

Voorzitter: En het is gelukt! Ik weet uit ervaring dat het niet heel eenvoudig is als derde-belanghebbende in een subsidiegeschil betrokken te zijn. Jullie hebben niet alleen meegedaan, maar uiteindelijk ook nog de meeste indruk gemaakt. Hoe is dat gelukt?

Esmée Driessen: Je krijgt maar 45 minuten de tijd om de nieuwe casus voor te bereiden. In die drie kwartier heb ik niet gedacht: goh, we staan in de finale!, maar alleen maar: wat is die casus lang en wat lees ik ontzettend langzaam! We waren alle drie niet bezig met de kans om te winnen, maar we probeerden in die korte tijd tot een enigszins redelijk verhaal te komen. Zodra we hoorden dat we als derde partij de finale in mochten, beseften we dat we de rol van derde-belanghebbende zouden hebben. We vroegen ons toen af hoe we in ieder geval 'binnen zouden kunnen komen'. Johanna heeft dat heel goed gedaan en vervolgens vroeg ze mij de inhoudelijke vragen te behandelen, omdat ze het zelf niet meer wist.

Voorzitter: En ook dát is gelukt.

Esmée Driessen: Ja, maar toen dacht ik wel: ik weet het eigenlijk ook niet meer.

Voorzitter: Nou, dat is dan helemaal niemand opgevallen, want iedereen was zwaar onder de indruk. Ik weet dat men jullie zeer overtuigend en geweldig vond. Natuurlijk moest de jury uiteindelijk de spanning opbouwen, zodat zij er lang over heeft gedaan voordat bekend werd gemaakt dat het team van Maastricht University had gewonnen. Een van de juryleden heeft mij toevertrouwd zich gedurende het betoog een beetje zorgen te hebben gemaakt om Johanna, die lijkleek was. Op een gegeven ogenblik heeft dit jurylid de voorzitter van de jury, Rens Koenraad, min of meer bevolen de uitslag onmiddellijk bekend te maken, uit bezorgdheid dat Johanna anders onderuit zou gaan.

Zou jij, Johanna, gezien al het werk dat jullie hebben verzet en het feit dat je bijna flauwvalt van de spanning, toch nog je medestudenten aanraden met een VAR-pleitwedstrijd mee te doen?

Johanna Pex: Ja, natuurlijk. Je bouwt naar zo'n finaledag toe en de dag van de pleitwedstrijd is, denk ik, voor alle teams fantastisch, ook al word je negende. Je mag daar staan om jouw faculteit te representeren. Het was echt geweldig. Vijf maanden bikkelen en dan zoiets neerzetten. Super!

Voorzitter: Ik denk dat we geen betere reden kunnen verzinnen om onze VAR-pleitwedstrijd voort te zetten dan dit verhaal. Ik bied jullie bij dezen de foto van jullie glorieuze moment aan. Ook de begeleiders zien er heel blij uit. Sander, wat is de belangrijkste reden om zo'n team te begeleiden?

Sander Jansen: Het scheelt dat we nu van tevoren weten dat we winnen! Een jaar of twee geleden hebben we in Maastricht de succesformule ontwikkeld en we hebben een draaiboek, dat – dit omdat ik teleurgestelde gezichten bij andere faculteiten zie – tegen passende vergoeding beschikbaar is.

Voorzitter: Ik denk dat daar best belangstelling voor is! Dames en heren, ik vraag om een heel hartelijk applaus voor dit team en de begeleiders.

[Applaus]

Uitreiking van de VAR-prijs 2017

De voorzitter van de jury, prof. dr. Y.E. Schuurmans, draagt het juryrapport voor

Aan mij valt de grote eer te beurt om namens de vereniging de VAR-prijs uit te reiken. Dat is een prijs die eenmaal in de vier jaar wordt uitgereikt ‘aan de auteur van een oorspronkelijk werk, gepubliceerd in de voorafgaande periode van vier jaar, dat naar het oordeel van de jury een bijzonder waardevolle bijdrage heeft geleverd aan de ontwikkeling van het algemeen deel van het Nederlandse administratieve recht’, zo staat nog in het reglement. De jury bestond dit jaar uit Jan Struiksma, Jessica Hoitink en mijzelf.

Uit eigen ervaring weet ik dat de VAR-prijs veel betekent. Juist omdat de prijs maar eens in de vier jaar wordt uitgereikt, betekent het veel als jouw werk onderscheiden wordt voor de innovatieve bijdrage die het aan het bestuursrecht heeft geleverd. Wetenschappers die anno 2017 carrière willen maken, kunnen haast niet zonder een duidelijke erkenning van hun persoonlijke bijdrage aan het wetenschapsgebied, zo weet iedereen die in NWO-commissies zit om excellente onderzoekers te financieren. De VAR-prijs biedt die erkenning. Al moeten we misschien nog eens nadenken of ‘VAR-prijs’ voor de buitenstaanders de meest prestigieuze naam is. Niet omdat de VAR niet prestigieus zou zijn, maar omdat de titel wat *incrowd* is. Wellicht dat meer appeal uitgaat van de naam van een erelid of een van de *founding fathers* of wellicht *mothers*.

De jury heeft begin maart een longlist opgesteld van werk dat de afgelopen vier jaar is verschenen en op de juryleden grote indruk heeft gemaakt. Onze longlist met genomineerden voor de VAR-prijs 2017 bestond uit de volgende negen werken; ik ga ze – in alfabetische volgorde – allemaal noemen en toelichten, zodat er negen mensen zijn die op hun *veni-* of *vidi-*aanvraag kunnen melden dat ze genomineerd zijn voor de VAR-prijs 2017, en dat is heel goed voor het bestuursrecht:

1. Lukas van den Berge, met zijn proefschrift *Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding*. Zijn dissertatie betreft een intrigerend onderzoek naar de diepere grondslagen van het bestuursrecht, waar heel veel discussiestof aan valt te ontlelen voor de verdere ontwikkeling van het bestuurs(proces)recht.
2. Jacobine van den Brink, met haar dissertatie *De uitvoering van Europese subsidie-regelingen in Nederland*. Haar studie besteedt veel aandacht aan de doorwerking van Europees recht, gecombineerd met een grondige kennis van het materiële bestuursrecht, in het bijzonder het subsidierecht. Dat leidt tot verfrissende inzichten en een eigen verteltrant bij onderwerpen die meer *mainstream* zijn.
3. Annemarie Drahmman, met haar dissertatie *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse rechten*. Haar werk is zonder meer als innovatief te kwalificeren, als de eerste grote studie naar dit aan het Europees recht ontleende rechtsbeginsel,

dat inmiddels, mede via de conclusie van A-G Widdershoven, het algemene bestuursrecht heeft gevormd.

4. Niels Jak, met zijn dissertatie *Semipublieke instellingen*. Daarin biedt hij een breed opgezette en doorwrochte studie naar het overheidsbegrip, dat van eminent belang is voor het leerstuk van het bestuursorgaan.
5. Marcelle Reneman, met haar dissertatie *EU asylum procedures and the right to an effective remedy*, wat uiteraard primair een asielrechtelijke studie is. Maar juist op dat rechtsgebied zien we, mede over de band van de Procedurerichtlijn en de inwerkingtreding van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, hoe het Europese recht het nationale algemene bestuursrecht vormt, óók dat in de Awb.
6. Dirk Sanderink, met zijn proefschrift *Het EVRM en het materiële omgevingsrecht*. Ook zijn dissertatie heeft het bijzondere bestuursrecht als specifieke invalshoek, maar zijn studie ontsluit op vernieuwende wijze kennis over algemene bestuursrechtelijke onderwerpen, met name de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.
7. Rogier Stijnen, met verschillende publicaties op het gebied van het punitieve bestuursrecht. Als er op mijn eigen terrein, dat van het bestuursprocesrecht, één auteur is geweest die met originele bijdragen en andere geluiden het procesrecht naar een hoger niveau heeft getild – wat niet hetzelfde is als altijd maar meer rechtsbescherming bieden –, dan is dat Stijnen.
8. Michel Vols, met zijn al eerder geprezen dissertatie *Woonoverlast en het recht op privéleven*. Het lekkerste leesboek van de longlist, dat innovatief is in het doen van bestuursrechtelijk wetenschappelijk onderzoek. In zijn studie staat een maatschappelijk fenomeen centraal, dat vanuit verschillende juridische perspectieven wordt belicht. Dat leidt tot een bevlogen betoog met visie, niet tot een technisch-juridisch veilig betoog dat het recht in hokjes ordent.
9. Johan Wolswinkel, met zijn dissertatie *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten*, die algemene regels van verdeling heeft ontwikkeld en deze getoetst heeft aan rechtsbeginselen als rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Zijn studie gaat veel verder dan het onderzoeken van een reeds bestaande rechtspraktijk. Bestaande verdelingssystemen komen aan bod, maar zijn studie laat op meer abstract-theoretisch vlak zien welke verdelingsvraagstukken en thema's achter bestaande concrete regelingen schuilgaan.

Was het lastig deze longlist terug te brengen naar een shortlist? Nee. Niet omdat er bijzonder grote verschillen zitten in de kwaliteit van de onderzoeken, maar omdat doel en criteria, gesteld aan de prijs, duidelijk selecteren. Helaas viel voor Rogier Stijnen direct het doek: de auteur mag niet ouder zijn dan 40 jaar. Ook Jacobine van den Brink viel al snel af, omdat haar dissertatie nog net in 2012 is verschenen en dat buiten de periode valt. Daarnaast is er natuurlijk concurrentie met de Lex Michiels-prijs, die een innovatief onderzoek op het gebied van het materiële bestuursrecht beloont. Sommige publicaties van de longlist vonden we toch primair daar thuis horen, omdat de bijdrage die zij leveren aan de ontwikkeling van het algemene bestuursrecht er duidelijk is, maar toch ook als beperkter in omvang moet worden gezien. Wel zouden we met de longlist graag de toekomstige jury van de Lex Michielsprijs willen inspireren.

Doorslaggevend was voor ons welke auteur een bestuursrechtelijk leerstuk op de kaart heeft gezet of werkelijk geheel nieuw elan heeft gegeven. Helemaal een faire competitie is dit niet. Werk dat in het begin van de periode in 2013 is verschenen, heeft langer de tijd gehad om zijn weg naar wetenschap en praktijk te vinden, te rijpen en te bewijzen hoe innovatief het was; voor werk uit 2016 is dat lastiger. Er is altijd een terechte winnaar, maar niet alle verliezers zijn terecht.

Alles doorsprekend bleven twee namen voor ons over: een man en een vrouw. Beiden schrijven niet over de hele breedte van het bestuursrecht, maar laten zich vooral door een of meer bepaalde materiële rechtsgebieden inspireren. Beiden volgen de ontwikkelingen in het Europese recht op de voet en laten zien hoe het Nederlandse bestuursrecht soms meebuigt en soms frictie oplevert. En beide auteurs kunnen de ontwikkelingen op hun rechtsgebied helder vertalen naar het algemene bestuursrecht en voeden de praktijk met indrukwekkende annotaties die voortbouwen op hun dissertaties. Dat werk bleek dus met recht innovatief te zijn. Nummer 2 – met eervolle vermelding – is Marcelle Reneman, die met het proefschrift en haar annotaties in de *Administratiefrechtelijke Beslissingen (AB)* de Europese invloed op het bestuurs(proces)recht indrukwekkend heeft gevoed.

De winnaar onderscheidt zich doordat deze twee wetenschappelijke disciplines beheerst, en daarmee een abstractievermogen en creativiteit bezit om grote rechtsvragen opnieuw te bezien en te duiden. En het is iemand die in staat is met een verrassende eenvoud complexe leerstukken uit te leggen. Het leerstuk van de schaarse rechten ligt op het grensvlak van recht en economische verdelingsvraagstukken en is daarom lastig. De onderzoeker slaagt erin die ingewikkelde problematiek goed uit de doeken te doen. Enerzijds is hij daarbij een hele slimme wetenschapper, die ook door zijn wetenschappelijke vakgenoten als een topper wordt beschouwd – zo blijkt ook uit de *cum laude* voor de dissertatie –, anderzijds heeft ook de praktijk veel aan zijn uiteenzettingen, zo blijkt onder meer uit de AB-annotatieprijs. De winnaar is in eigen woorden ‘eerder regelontwerper dan regeltoepasser’. Hij schrijft niet alleen voor de rechtspraak, maar houdt ook duidelijk de wetgever in zijn vizier. Tot nu toe had hij een zware dag, omdat hij vindt dat het bestuursprocesrecht veel te veel aandacht krijgt in het bestuursrechtelijk debat en hij niets heeft met de oproep dat er een nieuwe wettelijke regeling moet komen. Maar met de uitreiking van deze prijs wordt het toch nog leuk. De winnaar van de VAR-prijs 2017 is Johan Wolswinkel met zijn dissertatie *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten*.

[Langdurig applaus]

Mr. dr. C.J. Wolswinkel

Allereerst heel veel dank aan de commissie die tot dit oordeel is gekomen. Het is met schaarsheid altijd lastig: er kan er maar een de winnaar zijn, tenzij je de rechten deelt, zodat ze worden gespreid over meer mensen. Ik heb me weleens afgevraagd of ik niet bezig was met een enorme *niche*, door een beetje in een bepaalde hoek te prutsen. Deze prijs zie ik als erkenning van de relevantie van schaarse rechten voor het algemeen bestuursrecht. In dat verband ben ik ook alle rechters erkentelijk die de afgelopen jaren de nodige jurisprudentie hebben ontwikkeld die laat zien dat de schaarse rechten een algemeen leerstuk kunnen worden.

Uiteraard past op dit moment ook een dankwoord aan het adres van de reuzen op wier schouders ik sta. Degenen die hierover meer willen weten, moeten mijn annotatie in de AB over de *speelautomaten Vlaardingen* lezen, waarin mijn geslachtsregister te vinden is: ik sta op de schouders van Frank van Ommeren, mijn promotor, die zelf weer op de schouders van Hendrik Jan de Ru staat, en zo kunnen we als het ware terug in de tijd tot het begin van het bestuur. Het spreekt vanzelf dat ik ook mijn vrouw en kinderen dank, maar die zullen daar verder niet veel van meekrijgen.

Ik heb mijn onderzoek met veel plezier gedaan, en ik merk dat het onderwerp nog steeds de nodige dynamiek heeft. Het is leuk de wisselwerking te zien tussen het algemeen bestuursrecht en het verdelingsrecht, dat het algemeen bestuursrecht als het ware uitdaagt. Schaarse rechten hebben altijd met beperking te maken, zodat ik het, ook met het oog op andere programmaonderdelen, hierbij wil laten.

[Applaus]

Voorzitter: Namens het gehele VAR-bestuur feliciteer ik je, Johan, met deze tiende VAR-prijs. Tot degenen die de prijs wonnen, heb ik wel horen zeggen tijdens de uitreiking: kijk uit, want een significant deel van degenen die op de lijst staan, wordt uiteindelijk hoogleraar. Ik heb zelf kunnen vaststellen dat dat ook zo is, maar ik wil nog een andere waarschuwing meegeven: nogal veel van degenen die op de lijst van VAR-prijswinnaars staan, hebben deel uitgemaakt van het VAR-bestuur, of doen daarvoor nog steeds klusjes. Geheel vrijblijvend blijkt deze prijs niet te zijn! Desalniettemin: van harte gefeliciteerd en geniet er vandaag van!

Gedachtewisseling over de preadviezen

Prof. dr. R.J.N. Schlössels

Deze ochtend voelde ik mij eerlijk gezegd een volstrekt bestuursrechtelijk fossiel. Ik ben namelijk geloof ik de enige in de zaal die voor handhaving van artikel 8:3 van de Awb is. Inmiddels hoor ik dat ik vanuit de zaal bijval krijg, en dat is heel mooi. Ik ga er namelijk van uit dat de voorgestelde schrapping van dit artikel in stemming wordt gebracht.

De preadviseurs, die mooie en dit jaar ook compacte stukken hebben geschreven, verdienen complimenten. Een novum daarin wordt gevormd door de kleurenplaatjes, waaruit duidelijk blijkt dat de VAR heel erg met de tijd meegaat!

Achter de brede titel van de preadviezen gaat vooral een klassieker schuil, namelijk de vraag of er bij de bestuursrechter rechtstreeks beroep open moet staan tegen algemene regels en in het bijzonder tegen bestuurswetgeving. Dit is nu echt zo'n vraag die een bestuursrechtjurist jaar in, jaar uit kan bezighouden. We kunnen een vergelijking maken met de *evergreen* inzake de organisatie van de hoogste bestuursrechtspraak. Inhoudelijk gaat het daarbij om een andere thematiek, maar we weten allemaal dat het uiteindelijk op hetzelfde neerkomt. De kern van de zaak is dat met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid alles bij het oude zal blijven. We zijn hier dus hoofdzakelijk aan een dood paard aan het trekken, maar dat wil niet zeggen dat de preadviseurs ons vandaag niet uitstekend vermaken. Interessant is dat Voermans en Schutgens een soort Ardennenoffensief tegen artikel 8:3 Awb inzetten, maar ik heb zelf het idee dat de doorbraak eigenlijk ligt in het preadvies van Meuwese; ik kom daar nog op terug.

Vandaag moet het wat mij betreft vooral gaan om de argumenten vóór rechtstreeks beroep. De tegenargumenten zijn allemaal drogredeneringen, schijnbewegingen, uitingen van koudwatervrees et cetera; Schutgens heeft dat ook nog eens heel duidelijk aangetoond. Dus *to the point*: waarom willen we nu die wijziging? Volgens mij zijn er maar twee argumenten:

1. Rechtstreeks beroep leidt tot een overzichtelijkere, gespecialiseerdere en dus ook betere rechtsbescherming.
2. Rechtstreeks beroep versterkt de positie van algemeenbelangorganisaties in rechte.

Argument 2 is enigszins verstopt, maar voor velen toch blijkbaar erg belangrijk. Allerlei procedeerclubs moeten zich buiten de democratische arena bij de bestuursrechter kunnen opwerpen als hoeder van de rechtsstaat en van de machteloze burger. Met name Schutgens spreekt in dit verband geen enkel woord Chinees. De algemeenbelangactie tegen algemeen verbindende voorschriften lijkt wel een beetje de drijfveer van het hele preadvies te zijn. Toch laat ik deze problematiek verder rusten.

Ik richt mij op het eerste argument. Winnen we werkelijk iets op het terrein van de rechtsbescherming met het rechtstreeks beroep? Ik denk dat die winst zeer marginaal zal zijn. Voermans geeft aan dat ook in landen met een rechtstreekse beroepsmogelijkheid maar weinig over algemeen verbindende voorschriften wordt geprocedeerd. Eigenlijk is dat al een teken aan de wand. Schutgens maakt vervolgens inzichtelijk dat als er rechtstreeks beroep wordt opengesteld, dit toch moet samengaan met allerlei wijzigingen en verbouwingen aan het bestuursprocesrecht. Voor de pauze heeft hij dat vandaag sterk gerelativeerd, maar wie het preadvies leest, weet dat er op allerlei punten veel moet veranderen.

Dit doet dan direct de vraag rijzen of het model van de Awb eigenlijk geschikt is voor dat rechtstreeks beroep. Is dit wel zo'n kwestie van: we schuiven het er even in? Is de Awb wel helemaal op zo'n rechtstreeks beroep voorbereid? Willen we nu een serieus probleem oplossen, of willen we, om bij Voermans aan te sluiten, vooral iets uitproberen? Natuurlijk kunnen we van alles gaan uitproberen – ik kan nog tientallen voorbeelden geven –, maar mijn vraag is of we een probleem willen oplossen. Uit de rechtspraktijk blijkt mijns inziens niet echt dat er een gat in de rechtsbescherming bestaat, en ook het feit dat burgers tegenwoordig veel vaker met algemene regels worden geconfronteerd dan met individuele rechtsvaststellingen dwingt er niet toe radicale middelen in te zetten zoals het openstellen van het zware vernietigingsberoep tegen wetgeving. Via subtielere en veel meer doordachte maatregelen in het bestuursprocesrecht, zoals de introductie van de declaratoire uitspraak, de invoering van de verbodsactie en het erkennen van onrechtmatigheid buiten vernietiging, komen we volgens mij ook een heel eind, en misschien zelfs veel verder, zonder dat er grote ongelukken gebeuren.

Deze inleiding brengt mij op twee vragen:

1. Ik heb de indruk dat we met het debat over het rechtstreeks vernietigingsberoep tegen met name algemeen verbindende voorschriften en ook beleidsregels toch hoofdzakelijk een achterhoedegevecht aan het voeren zijn. Het zou veel meer moeten gaan over de modernisering van de individuele rechtsbescherming, waarbij we het systeem niet langer ophangen – dat is cruciaal – aan de vorm van een publiekrechtelijke rechtshandeling. Dat geldt eens te meer nu uit het preadvies van Meuwese volgt dat het algemeen verbindend voorschrift steeds meer vervlochten raakt met andere maatschappelijke regels en met Big Data-analyse. Zij voelt mijns inziens haarfijn aan dat het roer echt en fundamenteel om moet, dit mede gelet op de veranderende status en waarden van het algemeen verbindend voorschrift. Het zou tegen deze achtergrond moeten gaan om de vraag of we niet beter toegang kunnen verlenen tot de bestuursrechter zodra er een rechtssubject in zijn (rechts)positie wordt aangetast door handelen of nalaten van het bestuur, ongeacht de vorm. Het spreekt voor zich dat het grondrechtelijk perspectief en de fundamentele waarden van de rechtsstaat dan veel meer nadruk zouden moeten krijgen. Kortom, is het denken in kaders van het besluitmodel en in termen van wel of geen beroep tegen bepaalde vormen en typen besluit eigenlijk niet hopeloos ouderwets?
2. Aan alle drie de preadviseurs leg ik het volgende voor. Als we dan toch per se met het rechtstreeks beroep willen experimenteren – het blijft toch een soort verboden vrucht die we graag willen plukken –, waarom zouden we dan niet gewoon eens denken aan een heel voorzichtige maatregel zoals het toekennen

van een bijzondere bevoegdheid aan het Openbaar Ministerie of de advocaat-generaal bestuursrecht om rechtstreeks beroep tegen algemeen verbindende voorschriften in te stellen? Op die manier is het beroepsrecht naar mijn idee in volstrekt veilige handen en in ieder geval in betere handen dan bij willekeurige belangenorganisaties.

Prof. dr. W.J.M. Voermans

Schlössels vraagt: waarom? De vraag is misschien verkeerd gesteld. Beter is: waarom niet? Waarom hebben we in het bestuursrecht een uitzondering op ons algemene rechtssysteem dat je je kunt weren tegen handelingen van de overheid? Het gaat hier om een uitzondering, en die behoeft uitleg, zeker nu de overheid anders wordt. Het systeem van de Awb zet rechtsbescherming tegen bestuurshandelen voorop, en waarom geldt dat dan juist niet voor algemene regels?

Ik waardeer de vraagstelling van Schlössels zeer, hij heeft het leuk gedaan, maar ik wil nu toch met een voorbeeld komen. Lodewijk XVI kwam op 14 juli thuis en schreef in zijn dagboek: 'Rien.' De Bastille stond in brand, zijn systeem was gevallen: niks aan de hand! Bestuurskundigen hebben daar een term voor die aanduidt dat je naar jezelf toerekenend tot de conclusie komt dat er niks aan de hand is. Aan het eind van zijn inbreng maakt Schlössels duidelijk waar het om gaat. Hij oppert de gedachte een jurist de bevoegdheid te geven beroep tegen algemeen verbindende voorschriften in te stellen, een jurist die verstandig met die bevoegdheid zal omgaan. Op die manier hoeven we niet naar al die gevaarlijke mensen toe die in belangenorganisaties dingen gaan doen waar wij last van krijgen! De werkelijkheid wordt omgedraaid naar een dynamiek waarin rechters en bestuurders last van rechtstreeks beroep zouden kunnen krijgen. Het beroepsrecht zou in veilige handen moeten liggen.

Dit vind ik een vorm van blikvernaauwing. Je kunt je afvragen aan welke behoefte wordt voldaan, maar die behoefte is nooit gemeten. We hebben zo veel moeilijkheden gecreëerd, dat het zelfs moeilijk is om exceptief te toetsen. Zojuist is gezegd dat er misschien ook wel een beetje overheen wordt gelopen. Je komt bij de burgerlijke rechter nauwelijks binnen, want dat is prohibitief duur en moeilijk. Alle horden zijn opgeworpen, de gang naar de rechter wordt steeds moeilijker, en dan is de doodleuke conclusie: zie je wel, geen behoefte; dan moeten we het nóg moeilijker maken, en dan zul je zien dat de behoefte nóg meer afneemt!

Dit is de paradox waarmee ik tot mijn wedervraag aan Schlössels kom: waarom eigenlijk niet?

Prof. dr. R.J.N. Schlössels

Er moet absoluut adequate rechtsbescherming tegen algemeen verbindende voorschriften zijn, alleen niet in de vorm van een vernietigingsactie. Ik heb geen enkel bezwaar tegen declaratoir onrechtmatig verklaren of tegen een gebod, maar een vernietigingsactie is met een kanon op een mug schieten.

In de tweede plaats wil ik een illusie doorprikken. Hoofdstuk 8 Awb wemelt van de uitzonderingen. We kunnen ook discussies voeren over beroep tegen feitelijke handelingen, over beroep tegen besluiten ter voorbereiding van privaatrechtelijke

rechtshandelingen en over andere uitgezonderde besluiten. Er wordt nu een soort besluit uitgepikt. Ik zeg: gewoon brede rechtsbescherming, maar deze ijken op de individuele rechtspositie.

Voermans: Dan zijn we het dáárover eens.

Prof. dr. R.J.B. Schutgens

Schlössels heeft een mooie vraag gesteld, die eigenlijk over het loslaten van het besluitmodel gaat. Ik ben het helemaal met hem eens. In een ideale wereld – misschien wel onze academische wereld – kun je allerlei prachtige, nieuwe alternatieve modellen van rechtsbescherming verzinnen. Ik geef de voorkeur aan een model waarbij je op een of andere manier de bestuursrechter de bevoegdheid geeft te oordelen over de rechtsbetrekking, of over een bestuurlijk rechtsoordeel als opstapje voor een oordeel over de rechtsbetrekking. Zo'n model is veel beter omdat het alle omstandigheden van een geval kan omvatten, los van het type besluit dat die omstandigheden raakt.

Het schrappen van artikel 8:3 Awb is dan misschien een dood paard, maar dat dode paard is tenminste enigszins in zicht. Is het model waarbij je het hele besluitmodel loslaat niet een soort eenhoorn? Een prachtige fantasie, maar zo'n dier bestáát niet eens. Ik roep Schlössels op zich wél bij mij aan te sluiten en voor het schrappen van artikel 8:3 Awb te pleiten. Op die manier komt dat dode paard tot leven en kunnen we vervolgens van daaruit verder denken over een ideaalmodel zoals Schlössels voor zich ziet.

Prof. dr. R.J.N. Schlössels

Deze discussie zullen we in de Nijmeegse wandelgangen zeker voortzetten. Ik denk dat het model van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking helemaal niet zo idealistisch is. In essentie werken landen als Frankrijk en Duitsland er ook mee. In dat opzicht zitten we hier op een eilandje en niet in die grote rechtssystemen. Je kunt trouwens zo'n model ook omkeren: de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking is dan het uitgangspunt en als veiligheidsventiel nemen we een lijstje op van gedragingen waartegen in ieder geval geen rechtszaken kunnen worden aangespannen. Een en ander kan gecontroleerd verlopen. In de literatuur is er al vaak op gewezen dat de overgang geleidelijk zou kunnen plaatsvinden.

Voorzitter: Ik voel hier een soort compromis ontstaan. Schlössels heeft ook nog een opmerking over het preadvies van Anne Meuwese gemaakt: hij concludeert uit dat preadvies dat we de blik op fundamentele oplossingsrichtingen moeten richten. Aan Anne leg ik de vraag voor of de oplossingsrichting van het loslaten van het besluitmodel en het centraal stellen van de rechtsbetrekking aansluit bij de door haar gesignaleerde oplossingsrichtingen.

Prof. dr. A.C.M. Meuwese

Ja, zeker, maar ik sluit mij ook wel aan bij de opmerkingen van de medepreadviseurs, inhoudende dat afschaffing van artikel 8:3 in ieder geval een belangrijke eerste stap is. Die afschaffing is volgens mij ook niet in strijd met het model dat Raymond Schlössels bepleit, en dat – waarvoor dank! – neerkwam op een prachtige samenvatting van de punten van mijn preadvies.

Prof. dr. Y.E. Schuurmans

Ik vind dat er een element in de probleemschets ontbreekt. Er wordt een beeld geschetst van lastige belangenorganisaties die met zo'n proces aan de haal gaan. Uit onderzoek – van mijzelf – blijkt echter dat individuen vaak met een probleem zitten, niet weten hoe ze het moeten oppakken en dan een belangenorganisatie opzoeken om hun probleem mee uit te denken. Ook Wim Voermans heeft daarop gewezen. Er is een grote wisselwerking tussen individuen en zo'n belangenorganisatie om een punt te maken. Als we blijven vastzitten in het huidige systeem, komen individuen in moeilijkheden. Wie bijvoorbeeld bezwaar heeft tegen het afstaan van vingerafdrukken ten behoeve van een register waarvan we niet weten wie er onder welke voorwaarden toegang toe heeft, zit jaren zonder paspoort. Wie het tarief voor een tweede studie veel te hoog vindt, kan een paar jaar lang niet studeren doordat het heel lang duurt voordat er duidelijkheid is.

Het rechtstreeks beroep tegen algemene regels is niet iets waarmee belangenorganisaties aan de haal zullen gaan terwijl alles heel goed via het individuele geschil kan worden opgelost. We moeten beseffen dat individuen het nu vaak niet redden en een organisatie nodig hebben. Belangenorganisaties agenderen andere problemen dan bijvoorbeeld een advocaat-generaal of een grote kamer, samengesteld door de Raad van State. Zo komen er andere typen vragen aan de orde waarmee de samenleving zit en komt er misschien een sneller antwoord dan we nu kunnen bieden.

Prof. dr. R.J.N. Schlössels

Over algemeenbelangacties en collectieve acties zouden eigenlijk andere preadviezen moeten worden geschreven. Ik heb zelf vaak te kennen gegeven dat ik geen moeite met collectieve acties heb, maar wel met algemeenbelangacties. We moeten een differentiatie aanbrenge en speuren naar de pijnpunten vanuit het systeem van *checks and balances*. Ik maak er geen geheim van dat ik in dat opzicht puur op het Duitse gedachtegoed leun. Ook in Nederland hebben we voor de individuele rechtsbescherming gekozen, en de algemeenbelangactie is dan een vreemde eend in de bijt die je bijzonder moet rechtvaardigen. Die rechtvaardiging zie ik tegen de achtergrond van legitimatietheorieën op dit moment nog niet.

Voorzitter: Hier voel ik géén compromis aankomen!

Mij is gevraagd een reactie te geven op het preadvies van Wim Voermans. Ron van Male noemde zijn bespreking van dit preadvies in het NTB een beetje knorrig. Ik ben het daarmee niet helemaal eens, maar een punt waarop de bespreking geen recht doet aan het preadvies is in mijn ogen de stijl van schrijven. Het is een prachtig preadvies, in een heel mooie literaire stijl. Er staan dingen in die mij bij lezing al direct aantrokken en die allemaal te maken hebben met verzamelingen die ik heb. In hoofdstuk 1 zag ik al direct dat er beren op de weg waren, en ik ben een fervent berenverzamelaar. In hoofdstuk 2 wordt Van Wijk-Konijnenbelt aangehaald. Wim zei al dat hij aan Willem Konijnenbelt schatplichtig is in verband met het doorgaan in de juristerij; ik van mijn kant weet zeker dat Wim, als hij op het door hem geschetste moment zijn hand aan de deur had gehouden en de deur uit was gelopen, een dichter was geworden. Hij had het vlinderdasje al dat erbij hoorde, destijds. Van het boek van Van Wijk verzamel ik alle drukken, dus ook de nieuwste druk graag gratis toesturen! Verder staat er tot mijn grote plezier in hoofdstuk 3 van het preadvies iets over Harry Potter, en ik verzamel alle eerste delen in alle talen van de wereld. Dus, aanwezigen, als u op reis gaat: stuur mij een vertaling van het land waar u bent! Dit om even aan te geven dat aan de prachtige literaire woordspelingen en verwijzingen in het preadvies recht moet worden gedaan.

In het preadvies wordt geanalyseerd hoe het staat met het bestuur 2.0. Ik ben het eens met de signalering van autonoom optreden buiten reële invloed of controle van staatsmachten, en ik deel de conclusie dat daaraan iets moet worden gedaan. Ook ik heb het idee dat het bestuur bewust een keuze voor algemene regels doet om rechtsbescherming en geschillen met betrekking tot besluiten uit te sluiten. Dat artikel 8:3 Awb nu ter discussie wordt gesteld, juich ik toe. Het spelen op de mogelijkheid dat je de rechtsbescherming afsluit, moet niet meer mogelijk zijn.

Met de oplossing 'eens zien wat er gebeurt' ben ik het niet helemaal eens. Er zou dan een soort experimentenwet tot stand komen, waarbij het voor de hand ligt te kiezen voor een beleidsterrein waarop het aantal belanghebbenden te overzien dan wel beperkt is. Dat zal dan vaak weer de economische wetgeving zijn, maar op dat terrein is er vaak inspraak vooraf. Er wordt bij de totstandkoming van algemeen verbindende voorschriften een soort zienswijzeprocedure gevoerd. Ik ben mij ervan bewust dat in de ogen van Wim Voermans participatie niet de oplossing is, maar ik vrees op dit punt voor een verdubbeling van rechtsbeschermingsmomenten.

Is het algemeen openstellen van beroep tegen algemeen verbindende voorschriften dan een oplossing? Hier doen zich volgens mij twee problemen voor. Het ene probleem is dat het huidige bestuursprocesrecht voor dat type toetsing eigenlijk helemaal niet geschikt is. Je hebt echt de oude rechtmatigheidstoetsing uit deel 1 van Van Wijk-Konijnenbelt nodig en niet de meer op geschilbeslechting en nieuwe zaaksbehandeling gerichte aanpak. In feite is een geschil over een individueel besluit gewoon het uitknokken van een conflict met de overheid; de rechter probeert dan met een teddybeer vrede te stichten. Dat is wat nu, enigszins gechargeerd gezegd, het bestuursprocesrecht is. Dat past helemaal niet bij toetsing van algemeen verbindende voorschriften.

Het tweede probleem dat een rol speelt, is dat we, zoals Anne Meuwese al heel goed duidelijk heeft gemaakt, het onderscheid tussen soorten besluiten eigenlijk

wel het raam uit kunnen gooien. Het gaat immers niet alleen maar om soorten besluiten, maar om allerlei soorten handelingen van de overheid die rechtsposities van burgers beïnvloeden.

Dit leidt tot een vraag aan Wim Voermans, maar misschien ook aan de andere preadviseurs. Heb je, als je beroep tegen algemeen verbindende voorschriften wilt openstellen, niet een heel ander procesrecht nodig? Ron van Male heeft voor het invoeren van een verzoekschriftprocedure gepleit, omgeven met alle toetsingsmogelijkheden van de rechter. Heb je naast dat heel andere procesrecht niet tegelijk behoefte aan voorafgaande gedachtevorming over uitgangspunten van het bestuursrecht en van handelen van het bestuur? Anne Meuwese noemt in haar preadvies het beginselenbestuursrecht. In dat verband moeten we naar mijn mening onderscheiden tussen besluitvorming, met de beginselen die daarbij horen, enerzijds en rechtsbescherming met bijbehorende uitgangspunten anderzijds. Ik denk niet zozeer in systemen, als wel in beginselen. Vandaar mijn vraag.

Voorzitter: Hebben we niet een heel ander bestuursprocesrecht nodig? Dat lijkt me nu niet precies wat Roel Schutgens heeft geprobeerd te betogen.

Prof. dr. R.J.B. Schutgens

Nee, om eerlijk te zijn: het lijkt mij niet dat we een heel ander bestuursprocesrecht nodig hebben. Ik denk dat het Awb-kader zeer geschikt is voor een toetsing van algemeen verbindende voorschriften. Die toetsing zal er volgens mij vrij gemakkelijk kunnen worden ingepast. Je kunt allerlei alternatieve stelsels ontwerpen, waarin academici allerlei mooie, evenwichtige elementen zouden kunnen inbouwen die nóg beter toegespitst zijn op algemeen verbindende voorschriften, maar dat lijkt mij niet nodig.

Prof. dr. A.J.C. de Moor-van Vugt

Dan is dus het uitgangspunt het procesrecht zoals het in de Awb staat, maar niet het procesrecht zoals het in de praktijk wordt toegepast. We zijn nu juist helemaal bezig met geschilbeslechting en nieuwe zaaksbehandeling waarbij een heel andere aanpak van het geschil tot uiting komt. Er zou dan een soort tweedeling in uitleg en toepassing van de Awb in de praktijk ontstaan, voor algemeen verbindende voorschriften enerzijds en voor individuele besluiten anderzijds.

Prof. dr. R.J.B. Schutgens

Ik ben het ermee eens dat het type geschil tussen burger en overheid als het om een algemeen verbindend voorschrift gaat anders zal zijn. De oriëntatie op de individuele persoonlijke belangen van de bezwaarde of appellant zal vermoedelijk veel minder en misschien zelfs in veel gevallen afwezig zijn. Het zal veel meer gaan om abstracte juridische vragen en om abstracte toetsing van de algemene regel aan hoger recht. Er zal zich inderdaad een ander type proces voltrekken dan bij de toetsing van een beschikking, omdat er minder oriëntatie zal zijn op het individu dat beroep instelt en op zijn positie. Dit zie ik echter niet als een probleem. Inpassing

in het bestaande kader lijkt mij heel goed mogelijk. Met collega Schlössels ben ik het overigens eens dat je er vervolgens nog niet helemaal bent. Het kan immers zo zijn dat een individu door een algemene regel heel erg onevenredig of nadelig wordt geraakt, niet doordat die algemene regel in abstracto in strijd is met hoger recht, maar doordat het individu in heel bijzondere omstandigheden verkeert die in de regel niet zijn verdisconteerd. Dát probleem los je inderdaad niet op met een beroep tegen een algemene regel als zodanig; daarvoor heb je een variant nodig van wat collega Schlössels voorstelt: een soort beroep tegen een bestuurlijk rechtsoordeel of de mogelijkheid voor een bestuursrechter om zich uit te spreken over de concrete rechtsbetrekking.

De Moor-van Vugt: Ja, declaratoir dus. Op dit punt ben ik het met Raymond Schlössels eens dat je heel andere uitspraakbevoegdheden nodig hebt dan vernietiging en finale geschilbeslechting. Wat kan die finale geschilbeslechting inhouden? De rechter kan, als het om een algemeen verbindend voorschrift gaat, naar ik aanneem niet zelf in de zaak voorzien.

Prof. dr. W.J.M. Voermans

Op het punt van de uitspraakbevoegdheden zie ik iets in de eerder in deze vergadering door mij genoemde uitspraak van 27 april. Je kunt kiezen voor een buiten toepassing laten: voor dit ene geval geef je geen toepassing aan de beslissing die op een brakke basis leunt. Met buitentoepassinglating van die basis kom je dan tot een goede oplossing in het geval van een individuele beslissing. Anderen kennen de techniek overigens veel beter dan ik.

Adriënne de Moor-van Vugt heeft een treffende opmerking gemaakt over wat ik de 'mantel van onzichtbaarheid' heb genoemd. Het is niet wenselijk dat het bestuur zelf kan bepalen dat een afweging *judgeproof* wordt door het jasje dat ergens omheen doet. Je wilt dat er op enigerlei wijze in het voortraject verantwoording wordt afgelegd aan een politiek orgaan, in een zienswijzeprocedure of bij de rechter. De belangenafweging moet ter discussie worden gesteld en moet in ieder geval transparant zijn. Als we zien dat aan die voorwaarde niet wordt voldaan, is er iets verkeerd.

In artikel 8:3 Awb is bestuursrechtelijk beroep tegen algemeen verbindende voorschriften uitgesloten. Er zijn heel veel verschillende soorten van die voorschriften, zoals op economisch terrein en op het terrein van de sociale zekerheid. Belangrijker nog bij de uitsluiting van artikel 8:3 zijn de beleidsregels, die ik in de discussie weinig hoor noemen. We brengen steeds een vernauwing tot algemeen verbindende voorschriften aan en maken ons druk over de vraag hoe het moet als die onverbindend worden verklaard, maar de mantel van onzichtbaarheid doet zich het sterkst voor bij beleidsregels, die heel moeilijk ter discussie zijn te brengen. In de eerste plaats moet je maar weten dat die beleidsregels er in een bepaalde context zijn en in de tweede plaats is het vaak niet duidelijk tot wie je je moet richten. In de gemeenteraad weet men vaak niet eens dat er een beleidsregel is. Bij de rechter kun je om informatie over beleidsregels al helemaal niet terecht; in het beste geval moet je ernaar vragen of zo'n regel al dan niet op schrift staat. We hebben te maken met een bereik dat niet meer ter discussie valt te stellen. Er ontstaat een soort *black box*, afgedekt met een mantel van onzichtbaarheid.

Met Adriënne de Moor-van Vugt ben ik het volkomen eens dat een verdubbeling van rechtsmomenten ongewenst is. Als er een zienswijzeprocedure is geweest, als mensen c.q. minderheden zich los van de politieke organen hebben kunnen melden, als men zich in de juridische procedure heeft kunnen laten horen, dan heeft het niet zoveel zin tegen de uitkomst nog eens een *repeat player* in positie te brengen. Ik verwijs hier ook naar de Amerikaanse APA. In sommige Amerikaanse wetten zit de *notice and comment procedure*. Fatma Çapkurt en Jurgen de Poorter hebben erover geschreven. Als een wet aangeeft dat beslissingen onder die wet in de *notice and comment procedure* kunnen worden behandeld, hoeft tegen die beslissingen niet nog eens beroep te worden opengesteld. Mijn voorkeur gaat naar een gedifferentieerd stelsel uit, maar het gekke is dat zo'n stelsel pas kan leven als je artikel 8:3 Awb uit de weg ruimt. Daarna kun je via de betrokken materiële wetgeving gaan differentiëren. Bepaalde beslissingen kunnen aan een *notice and comment procedure* of aan een uitgebreide voorbereidingsprocedure worden onderworpen, en de rechter kan dan zeggen dat hij in zijn positie dus niet nog eens volledig gaat toetsen: u bent al gehoord en wat daaruit is gekomen, kunnen we vandaag langs laten varen. In gevallen dat men nog niet is gehoord, kan de rechter nog eens goed naar de voorbereidingen kijken en zich op eventuele consequenties daarvan voor de individuele beslissing richten.

Ik pleit dus voor een gedifferentieerd stelsel.

Mr. F. Mulder

Ik hoorde Wim Voermans zeggen dat er bij algemeen verbindende voorschriften op de een of andere manier transparantie moet zijn. Dat ben ik helemaal met hem eens, maar ik vraag mij af of die transparantie zou moeten worden bereikt via het intrekken van artikel 8:3 Awb. Er zijn naar mijn mening ook andere manieren, en voor algemeen verbindende voorschriften is de democratische controle het belangrijkste. Als we menen dat er met betrekking tot algemeen verbindende voorschriften niet genoeg transparantie is, moeten we dat via de democratie oplossen en moeten we het actie ondernemen niet aan de rechter overlaten.

Voermans heeft ook de beleidsregels in vergelijking met algemeen verbindende voorschriften als een vergeten terrein beschreven. Ik wijs erop dat beleidsregels nu juist per definitie niet algemeen verbindend zijn; in die zin vallen ze er sowieso buiten.

In het laatste preadvies komt *nudging* ter sprake. Op dit moment is tegen feitelijk handelen geen beroep bij de bestuursrechter mogelijk. Zodra *nudging* een grotere rol gaat spelen, vindt er allerlei beïnvloeding van gedrag van burgers plaats waar eigenlijk nauwelijks rechtsbescherming tegenover staat. Ik zou denken dat het veel belangrijker is dat in het bestuursrecht dáárvoor een mogelijkheid wordt gecreëerd dan dat we nu een discussie over het schrappen van artikel 8:3 Awb gaan voeren.

Mijn laatste opmerking is dat een beroep tegen een algemeen verbindend voorschrift in feite pas zin heeft als je met een concrete toepassing te maken hebt. Als je immers een uitspraak over een algemeen verbindend voorschrift doet zonder dat je de concrete toepassing voor ogen hebt, ben je in den blinde aan het schieten. Ik zie in zo'n beroep niet zoveel.

Prof. dr. A.J.C. de Moor-van Vugt

Nudging, oftewel de beïnvloeding van gedrag op allerlei andere manieren dan via besluiten, is in mijn ogen een heel belangrijk onderwerp, omdat deze gedragsbeïnvloeding heel erg de rechtspositie van burgers kan raken. Tegen die achtergrond moet men ook mijn pleidooi voor een nieuwe procedure zien, een procedure met een veel bredere toegang, waarbij alle handelingen van de overheid aan de orde zijn. Alle handelingen zouden beroepbaar, althans toetsbaar moeten worden. Het preadvies van Anne Meuwese vond ik in dit verband zeer informerend. Ik had er nog nooit zo over nagedacht dat we eigenlijk te maken hebben met een groot aantal kleine schakeltjes in een ketting die tot een algemeen verbindend voorschrift of een ander besluit leiden. Je moet al in de voorfase ingrijpen, omdat de ketting aan het eind te sterk is geworden.

Voorzitter: Ik hoor een pleidooi voor veel meer controle door de bestuursrechter, terwijl ik zojuist ook hoorde betogen ten gunste van het zoeken van oplossingen in de democratie in plaats van bij de rechter. Ik ben benieuwd naar het vervolg van de gedachtewisseling nu ik een rechter het woord ga geven.

Prof. dr. J.E.M. Polak

Nog steeds ben ik voorstander van beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels. Ymre Schuurmans sprak vanmorgen over een preadvies uit 1997, naar aanleiding waarvan men zich bij de NJV al vóór een dergelijk beroep heeft uitgesproken. Als je oud wordt, is het nóg erger: in 1987 schreven Peter van Buuren en ik al dat we er voorstanders van waren, enigszins op grond van dezelfde argumenten als Wim Voermans en Roel Schutgens hier aanvoeren.

Hoewel ik dus in beginsel voorstander van dit beroep ben, wil ik er nog een enkele vraag over stellen, vooral aan Roel Schutgens, maar als de andere preadviseurs zich aangesproken voelen, moeten ze ook vooral reageren. Schutgens gebruikte vanmorgen het woord 'rechtsbeschermingsneutraal'. Op dat punt ben ik het echt niet met hem eens, en ik vind zijn opstelling ook niet realistisch. Het maakt in kwantiteit al enorm veel uit of je beroep openstelt tegen algemeen verbindende voorschriften bij de bestuursrechter of dat je de beslissing over dergelijke geschillen bij de burgerlijke rechter laat. Ik zeg niet dat het storm zal lopen, maar er zullen wel veel meer burgers, verenigingen, stichtingen en belangengroepen tegen wijzigingen van gemeentelijke verordeningen opkomen, terwijl die verordeningen nu niet bij de burgerlijke rechter worden bestreden, alleen al vanwege het feit dat je een advocaat moet nemen et cetera. Schutgens weet wat ik in dit verband onder de 'cultuur van de toegang' versta. Er is zonder meer een evident verschil als je een dergelijk beroep bij de bestuursrechter openstelt. Reeds daarom is die openstelling niet rechtsbeschermingsneutraal.

Dit brengt mij op een punt dat vanmorgen in de gedachtewisseling tussen Schutgens en Van Male al aan de orde kwam. Als we beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels openstellen bij de bestuursrechter, zal die rechter naar mijn stellige overtuiging intensiever gaan toetsen dan nu exceptief gebeurt. Er vindt nu al exceptieve toetsing plaats, maar het maakt verschil als je binnen een

bepaalde termijn – of dat nu zes weken, twee maanden of drie maanden moet zijn – een rechtstreeks beroep tegen een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel te behandelen krijgt. Exceptieve toetsing houdt vaak in dat na jaren nog eens naar een voorschrift wordt gekeken. Daarbij is men natuurlijk veel terughoudender. Ron van Male sloeg de spijker op zijn kop, toen hij zei dat de rechter ook veel meer naar de voorbereiding zal gaan kijken, wat nu bij exceptieve toetsing in veel mindere mate gebeurt en wat de burgerlijke rechter in het rechtstreekse geding toch ook nauwelijks kan doen. Ook in dit opzicht zie ik de invoering van het rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter niet als rechtsbeschermingsneutraal. Misschien kan Schutgens mij nog overtuigen.

Tot slot nog meer in het bijzonder iets over de verhouding tot de exceptieve toetsing. Er zullen verschuivingen optreden. Wim Voermans heeft er terecht op gewezen dat er geen twee rechtsmomenten naast elkaar moeten komen. Ik kreeg van hem de indruk dat hij de exceptieve toetsing mogelijk wil laten blijven. Daarmee ben ik het eens, maar moet dan in de volle omvang een herhaling mogelijk worden? We hebben wat dat betreft al enige ervaring. Er is voor experimenteren gepleit, maar bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State hebben we al decennialang ervaring met bestemmingsplanvoorschriften. De preadviseurs hebben dat ook niet over het hoofd gezien. Beroep tegen een bestemmingsplan komt neer op een beroep tegen algemeen verbindende voorschriften. Je ziet dat de Afdeling in dat verband ‘vol’ toetst, met respectering van het feit dat een gemeenteraadsbesluit democratisch gelegitimeerd is. Inhoudelijk toets je terughoudend als het om de redelijkheid gaat, maar de voorbereiding van het besluit en wat dies meer zij, wordt vol getoetst. Exceptief daarentegen, bijvoorbeeld in een handhavingszaak, toetsen we veel terughoudender. Daar is ook jurisprudentie over, bijvoorbeeld de uitspraak *Nijkerk* van 17 augustus 2016. Het komt erop neer dat in het geval van exceptieve toetsing, als men de mogelijkheid heeft gehad om tegen het bestemmingsplan op te komen, alleen nog maar wordt beoordeeld of er evidente strijdigheid met een verordening is. Vereist is dus een zekere evidentie. Is zo iets dan ook niet redelijk in het systeem dat hier in algemenere zin wordt bepleit? Het lijkt mij evenals Wim Voermans niet wenselijk dat een dubbele toetsing mogelijk wordt gemaakt. Op dit punt vond ik zijn prachtige preadvies nog niet echt uitgewerkt genoeg. Onduidelijk blijft hoe deze verhouding is. Ik kan me voorstellen dat je bij exceptieve toetsing achteraf nog wél op grondrechten toetst en dat het zojuist genoemde vereiste van een zekere evidentie een rol kan spelen, maar toetsing op de voorbereiding zou naar mijn mening in het rechtstreeks beroep aan de orde moeten komen.

Wellicht kunnen de preadviseurs hun licht over dergelijke punten laten schijnen.

Voorzitter: Misschien moeten we beginnen met de vraag of de invoering van rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter tegen algemene regels nu echt wel rechtsbeschermingsneutraal is.

Prof. dr. R.J.B. Schutgens

Ik aarzel over de reactie die ik op dit punt moet geven. In mijn preadvies schrijf ik dat die invoering mij rechtsbeschermingsneutraal lijkt, in de eerste plaats omdat ik denk dat door het opstellen van een direct beroep de staatsrechtelijke

toetsingsbevoegdheid van de rechter niet wordt uitgebreid. Het blijven dezelfde regels van hoger recht waaraan de rechter toetst. Bovendien ga ik ervan uit dat regels die dubieus zijn omdat de strijdigheid met hoger recht redelijk valt te beargumenteren, uiteindelijk wel degelijk zullen worden getoetst. Worden ze niet rechtstreeks getoetst, dan zal worden opgemerkt dat ze juridisch op het randje zijn, en dan zullen ze ook wel in exceptieve toetsing bij de bestuursrechter of de strafrechter aan de orde komen. In deze zin – geen verandering van de staatsrechtelijke positie van de rechter en dubieuze regels komen toch wel in exceptieve toetsing aan de orde – lijkt mij de invoering van rechtstreeks beroep rechtsbeschermingsneutraal.

Toch vind ik, zoals ik ook vanochtend al zei, het argument van Ymre Schuurmans, inhoudende dat de rechter in rechtstreeks beroep minder makkelijk om argumenten heen kan, wel overtuigend. Het betoog van Polak gaat in dezelfde richting. De rechter komt in een positie waarin hij misschien toch wel degelijk intensiever gaat toetsen. Het lijkt mij dat ik een nuancering moet aanbrengen door te zeggen dat bij het schrappen van artikel 8:3 Awb de rechtsbescherming van de burger wellicht zelfs iets zou verbeteren.

Polak heeft ook aandacht gevraagd voor de verhouding tussen rechtstreeks beroep en exceptieve toetsing. Wat moet je doen als een regel al in direct beroep door de rechter is getoetst en als er later in een beroep tegen een uitvoeringsbeschikking om exceptieve toetsing wordt gevraagd? Treedt er dan geen verdubbeling van rechtsbeschermingsmomenten op? Ik denk dat er formeel van een dergelijke verdubbeling sprake is. De appellant kan om een tweede toetsing, maar dan exceptief, vragen, maar ik vermoed dat de rechter daarmee vrij praktisch zal kunnen omgaan door zich te oriënteren op wat in het rechtstreeks beroep is uitgesproken en zich daarbij in beginsel aan te sluiten. Als je exceptief toetst, kun je, denk ik, de overwegingen van de eerdere uitspraak in het directe beroep overnemen, of kun je zelfs naar die overwegingen verwijzen en je erbij aansluiten omdat er onvoldoende nieuws is aangevoerd. Op die manier neem je voldoende terughoudendheid in acht zonder de mogelijkheid van exceptieve toetsing helemaal te blokkeren.

Prof. dr. J.E.M. Polak

Maar nu vergeet je dat exceptieve toetsing ook aan de orde kan komen als er überhaupt geen beroep is ingesteld. De bestemmingsplanjurisprudentie zegt dat eventuele gebreken in de voorbereiding vooral in het beroep tegen het bestemmingsplan moeten worden aangevoerd, maar exceptief kun je er nog wel aandacht voor vragen als er evident strijd met hoger recht in het geding is. In dat geval is er helemaal geen eerdere uitspraak; daar ziet je reactie niet op.

Schutgens: Dat is waar. In het geval dat een regeling niet rechtstreeks is getoetst, maar via exceptieve toetsing wordt aangevallen, moet de rechter naar mijn mening gewoon intensief toetsen. Het lijkt me dan geen goede lijn om *evidente* onverbindendheid te eisen.

Polak: We zullen daar nog eens over nadenken, maar ik heb een tegenwerping. Ik blijf bij het voorbeeld van het bestemmingsplan. Er geldt een procedure die inhoudt dat je zes weken tegen het plan als zodanig in beroep kunt. In het systeem van

Schutgens zou je na drie jaar – als het om een omgevingsvergunning gaat – nog kunnen aanvoeren dat de voorbereiding van het bestemmingsplan niet deugde, zodat het onverbindend is. Is nu ook niet een beetje de lol van een systeem van rechtstreeks beroep tegen een bestemmingsplan en tegen voorschriften dat er over dat soort vragen binnen korte tijd duidelijkheid komt? In het systeem van Schutgens is er geen enkele prikkel om in beroep te gaan, want je kunt die vragen later als je met een beschikking wordt geconfronteerd alsnog aan de orde stellen. Moeten we niet naar een tussenweg zoeken? Ik stel mij een systeem voor waarin bij strijd met grondrechten en ander hoger recht een toetsing nog mogelijk is, maar waarin alleen in het rechtstreeks beroep nog aan beginselen kan worden getoetst en waarin alleen in het rechtstreeks beroep een appelland zijn individuele positie tegen de algemene regeling in stelling kan brengen.

Ik ben nog zoekende, maar naar mijn idee moeten we deze richting inslaan.

Prof. dr. R.J.B. Schutgens

Het zou inderdaad heel goed zijn als er vrij snel direct zou worden getoetst, zodat alle regels waarover later nog geklaagd kan worden, al eens direct getoetst zijn. Dat is efficiënt. De termijn voor beroep tegen een algemene regel zal uiteraard beperkt zijn, en ik zou hopen dat dit, vooral voor belangenorganisaties, een prikkel inhoudt om vrij snel in beroep te komen. Maar als dit is gebeurd, moet je volgens mij een exceptieve toetsing niet minder intensief gaan maken, zeker omdat het kan en zal voorkomen dat belanghebbenden helemaal geen belanghebbenden waren op het moment dat het directe beroep kon worden ingesteld. In zo'n situatie wordt het extra moeilijk om in exceptieve toetsing terughoudender te zijn.

Voorzitter: Ik denk dat we het er in dit stadium over eens zijn dat over de concretisering en de uitwerking nog heel goed moet worden nagedacht.

Prof. dr. E. Steyger

Uiteraard ga ik het niet hebben over bestemmingsplannen of rechtsbeschermingsneutraliteit, maar gewoon, zoals ik altijd doe, over Europa. Het openstellen van rechtstreeks beroep tegen algemeen verbindende voorschriften zou met het oog op het recht van de Europese Unie buitengewoon handig zijn, omdat dan via een inderdaad intensieve toetsing heel snel in het licht van het Unierecht duidelijkheid over de rechtmatigheid van de regel als zodanig kan worden verkregen. Daarnaast is het niet zo dat in dat geval een exceptieve toetsing een verdubbeling zou opleveren. Stel dat de hoogste rechter besluit dat een Nederlandse regel in het licht van het recht van de Europese Unie verbindend en dus een geldige rechtsregel is, dan kan daar in het Unierecht bij een exceptieve toetsing anders over worden gedacht, domweg omdat de situatie van het individu dat zich op niet-toepasbaarheid beroept anders is. De rechtsregel mag dan uiteindelijk niet worden toegepast omdat er sprake is van een feitelijke situatie die met Unierecht in strijd is.

Ik kan mij voorstellen dat men nu denkt dat ik heel theoretisch bezig ben, maar we hebben deze situatie gezien in het arrest *Van Munster*. In dat arrest ging het om een regel van socialezekerheidsrecht die op zichzelf in het licht van het Unierecht

niet problematisch was, maar doordat mevrouw en de heer Van Munster gebruik hadden gemaakt van hun recht op vrij verkeer en daardoor in een andere lidstaat woonden, kon die rechtsregel niet worden toegepast. Terwijl de regel op zich in stand kon blijven, moest hij bij exceptieve toetsing aan het Europese recht op een andere wijze worden toegepast. Hier was dus geen sprake van een verdubbeling van rechtsbescherming, maar van een veel effectievere rechtsbescherming.

Voorzitter: Als ik het goed begrijp, kunnen we dus aan het Europese recht inspiratie ontleen om tot een hanteerbare samenwerking tussen rechtstreeks beroep en exceptieve toetsing te komen.

Ik zal nu het woord geven aan Sofia Ranchordás, en ik hoop dat zij ons verder zal meenemen naar andere rechtssystemen, op zoek naar oplossingen die we nog niet hebben besproken.

Prof. dr. S.H. Ranchordás

Met veel plezier – als altijd – heb ik het preadvies van Wim Voermans gelezen. Het viel mij op dat hij het begrip *administrative state*, dat betrekking heeft op de bestuursstaat, als een van de pijlers van zijn beschouwingen neemt. Zijn preadvies vertolkt de belangrijke spanning tussen de aanwezigheid en de afwezigheid van de *administrative state*: een staat die alles reguleert, maar ook een staat die heel vaak afwezig is en die van alle wezenlijke publieke taken af wil. In beide gevallen komen democratische beginselen onder druk. De verwijzing naar de Amerikaanse literatuur over de *administrative state* laat zien dat deze spanning ook elders bestaat. In dit verband wil ik onze discussie in de richting van het vergelijkend bestuursrecht sturen, omdat wij heel veel kunnen leren van andere landen.

Het begrip *administrative state* werd bedacht door Dwight Waldo, een politicoloog, die in 1948 de Amerikanen waarschuwde voor de gevaren van een bedrijfsstaat. De behartiging van het algemeen belang zou eigenlijk de kernfunctie van de staat moeten blijven. Dat is helemaal logisch, maar 69 jaar later waren we toch nog bezig met deze spanning tussen aanwezigheid en afwezigheid van de staat! Wim Voermans betoogt dat het openstellen van bestuurlijk beroep tegen algemeen verbindende voorschriften deze spanning niet kan oplossen. Ik ben het met hem eens, maar het openstellen van beroep tegen regels zal wel een bijdrage kunnen leveren. Ik leg de preadviseur twee vragen voor:

1. Als we kijken naar de ervaring in de Verenigde Staten met deze toetsing en naar de kritische literatuur, rijst de vraag in hoeverre deze bijdrage zinvol zal zijn, met name in het kader van het debat over democratische legitimiteit van bestuurswetgeving.
2. Past deze potentiële bijdrage in onze Nederlandse *administrative state*? Ik heb twee jaar in de Verenigde Staten gewoond, en ik kwam snel tot de conclusie dat wat ik hier in Nederland aan mijn studenten als bestuursrecht doorgeef, in de Verenigde Staten helemaal geen bestuursrecht is. In de Verenigde Staten is *administrative law* alleen maar het recht van ngo's. Ik was dus eigenlijk geen *administrative law professor*. In de Verenigde Staten is het wel duidelijk dat het beroep tegen algemeen verbindende voorschriften – *regulations* – alleen maar een instrument is dat voornamelijk in het kader van ngo's wordt toegepast.

Tegen deze achtergrond vraag ik Wim Voermans wat we van onze burens kunnen meenemen en wat we kunnen weglaten. Volgens mij spreken we over twee verschillende vormen van bestuursrecht.

Prof. dr. W.J.M. Voermans

Moeilijke vragen! Ik vlieg ze even via een omweg aan, want mijn kennis van het Amerikaanse recht is veel geringer. In aansluiting op een discussie die zojuist is gevoerd, neem ik als uitgangspunt – daarin ben ik nog nooit teleurgesteld – dat rechters binnen hun systeem een opvatting hebben over hun rol en een zelfredzaam vermogen hebben. Het zijn verstandige mensen en ze weten meestal wel hoe ze zich uit een kluwen moeten bevrijden. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft nu in artikel 263 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie een onmogelijke opdracht gekregen, op grond waarvan het al dan niet op een rechtstreeks beroep regels kan gaan toetsen. Deze voorziening is niet zo goed doordacht, en je ziet dan gebeuren dat de rechter positie gaat kiezen. De rechter staat in de wereld, ziet hoe overheids machten zich organiseren en vult de ruimte die hij heeft gekregen in met onder meer zijn besef van wat zijn rol is. In dat verband toetst hij marginaal en houdt hij de producten van een democratisch gelegitimeerde parlementaire wetgever niet rechtstreeks voor beroep vatbaar. Zulke regels heeft de rechter zelf gemaakt. In aansluiting op opmerkingen van Jaap Polak denk ik dat een Nederlandse rechter op soortgelijke wijze te werk zou kunnen gaan. Het gebeurt dus al bij de bestemmingsplannen, die een mooi voorbeeld vormen.

Er is gesproken over *repeat players*. We kennen allemaal het begrip *una via*. We zouden kunnen kiezen voor een systeem van *unus conatus*, wat ‘één poging’ betekent. Als iemand zich tegen een orgaan wil weren en zich als belanghebbende in de voorbereidingsprocedure heeft gemeld, dan gaan we alleen naderhand nog even voor hem kijken of er werkelijk niet iets dramatisch mis is gegaan. Ik denk dan langs de lijnen die Jaap Polak heeft genoemd: grondrechten en wat dies meer zij. We gaan niet omwille van zo’n rechtzoekende de dingen overdoen. De rechter kan binnen het systeem, als artikel 8:3 Awb maar weg is, best op die manier te werk gaan.

Ik ben blij dat Sofia Ranchordás naar aanleiding van mijn preadvies aandacht voor het begrip *administrative state* heeft gevraagd. Er wordt over dat begrip veel geschreven en gedacht, onder anderen door de door Anne Meuwese al genoemde Vermeule en door Posner. In de Verenigde Staten staat de gedachtewisseling op scherp, vooral omdat door de manier waarop het bestuur zich daar organiseert, het recht marginaler wordt. De centrale, nogal alarmistische boodschap in *Law’s abnegation* van Vermeule laat duidelijk zien hoe het recht wordt gerelativeerd en hoe de rechters aan de kant worden geschoven. Wij gaan in een steeds kleiner onderdeelje van het gebouw nog zaakjes doen, terwijl het grote interveniëren en al die dingen die de democratische rechtsstaat in toom zou moeten houden, buiten schot beginnen te raken. Recht wordt weggemarginaliseerd. Tegen deze achtergrond ben ik er geen voorstander van dat ons recht de kant op gaat van dat in de Verenigde Staten, waar steeds harder tegen elkaar moet worden geklapt om er met heel veel geld nog doorheen te komen en de overheid tot fatsoenlijke dingen te dwingen. Ik zou niet weten hoe in de Verenigde Staten precies wordt getoetst. Ik neem voor waar aan wat Sofia Ranchordás zegt, want zij weet er heel veel van. We moeten waarschijnlijk maar niet

de Verenigde Staten proberen over te doen. Ik ben blij met Rutte in plaats van Trump en ik zou bijna tot Sofia willen zeggen: goed dat je hier woont. Het Amerikaanse recht is niet te kopiëren; inspirerend is het af en toe wél. Inderdaad is de toetsing van algemeen verbindende voorschriften een zaak van grote ngo's geworden: invloedrijke partijen die tegenover de grote macht van de overheid een andere, particuliere macht vormen, die lobbyt en van álles doet zonder dat ze de functie heeft de minderheden in de democratische rechtsstaat te helpen. Ik neem daar het ontstaan van een negatieve dynamiek waar, waarvoor ik in Nederland eigenlijk niet zo bang ben. Dat heeft ook met mijn vertrouwen in de verstandige Nederlandse rechters te maken.

Prof. dr. S.H. Ranchordás

Ik denk dat we eigenlijk heel veel van de Verenigde Staten zouden kunnen leren als het om de *notice and comment procedure* gaat. Over de toetsing van die procedure is heel veel jurisprudentie gevormd, waarbij men zich voornamelijk op het zorgvuldigheidsbeginsel richt. Daarin kunnen we heel veel inspiratie vinden. Twijfels heb ik op het punt van beroep tegen *regulations*: ik denk niet dat we in Nederland hetzelfde systeem kunnen toepassen.

Prof. dr. T. Barkhuysen

Wat er is gezegd over *una via* kan ik nog niet zo goed volgen. Als je iemand die in de voorbereiding al iets heeft kunnen zeggen, het recht ontzegt om daarop bij de rechter terug te komen, ga je terug naar het systeem waarin in zo'n geval bij de burgerlijke rechter wordt geprocedeerd. Je moet in Nederland altijd naar de rechter kunnen stappen. Bij beschikkingen volgen we die *una via*-lijn ook niet: je kunt in de voorbereiding iets aanvoeren en daarna naar de rechter gaan.

Mijn tweede opmerking betreft de inhoud van de toetsing. Een reden om artikel 8:3 Awb te schrappen is het minder goed functioneren van de democratische controle op regelgeving. Er is sprake van onzorgvuldige voorbereiding. Als ik dat doortrek naar de vraag hoe intensief moet worden getoetst, kan ik mij voorstellen dat er gevolgen voor de intensiteit van de toetsing moeten zijn. Wanneer de zorgvuldigheid minder is, kun je bij de huidige doctrine van de maatstaf 'ernstig feilen van de wetgever' – dat is kort en goed zowel bij directe beroepen als bij exceptieve toetsing de toets die de rechter aanlegt – een vraagteken zetten.

Meer in de nuance: zou je niet in ieder geval een onderscheid moeten gaan maken tussen bestuurswetgeving aan de ene kant – waarbij eigenlijk geen democratische legitimatie aan de orde is – en echt democratisch gelegitimeerde regelgeving aan de andere kant, zoals wetgeving in formele zin, APV's en provinciale verordeningen? Zou je de laatste categorie qua toetsingsintensiteit zowel op formeel als op materieel vlak niet als normale beschikkingen moeten behandelen?

Voorzitter: Als ik het goed begrijp een vraag naar de toetsingsintensiteit en een vraag inhoudende of het niet verstandig is daarbij onderscheid te maken tussen verschillende soorten algemeen verbindende voorschriften.

Prof. dr. R.J.B. Schutgens

Het heeft mij weleens verbaasd hoe de rechter te werk gaat in uitspraken waarin door de bestuursrechter exceptief of door de burgerlijke rechter direct wordt getoetst als het gaat om bestuurswetgeving, dus niet democratisch vastgestelde wetgeving die berust op delegatie aan een niet-volksvertegenwoordigend bestuursorgaan. Als zulke wetgeving aan rechtsbeginselen wordt getoetst, lijkt de rechter als het ware heel veel eerbied voor de regelgever te hebben. Het zou in strijd zijn met de trias als de rechter heel intensief zou toetsen en er zou de grootst mogelijke terughoudendheid in acht moeten worden genomen, zeker als het gaat om ongeschreven rechtsbeginselen. Naar mijn mening is daartoe in ieder geval bij bestuurswetgeving niet zoveel reden. Een algemene regel van een minister of een ander tot de besturende macht behorend orgaan zou je kunnen beschouwen als een bundel beschikkingen, en als er een bundel beschikkingen ter tafel lag, zou je veel intensiever toetsen. Ik ben het ermee eens dat bestuurswetgeving even intensief dient te worden getoetst als beschikkingen of andere, nu al appellabele besluiten.

Wél meen ik dat dit losstaat van de invoering van rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter. Ook als we artikel 8:3 niet schrappen – en dat gaan we natuurlijk toch niet doen –, zouden we het voorstel van Barkhuysen wel degelijk in de praktijk moeten brengen, en daar hebben we de wetgever niet voor nodig. Dit is misschien wel het meest realistische dat vandaag wordt gezegd. Dank daarvoor.

Prof. dr. W.J.M. Voermans

Er is zojuist een opmerking met een hoog ‘huh, huh’-gehalte gemaakt: we gaan artikel 8:3 Awb tóch niet schrappen! In de jaren zestig en zeventig zou je dit een machtsargument hebben genoemd. Ik van mijn kant doe het er ook voor dat we de wet gewoon veranderen, zodat rechtstreeks beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels wél mogelijk wordt.

Mijn ‘één poging’-gedachte houdt overigens niet in dat alleen de rechter daarover zou hoeven te regeren. Soms hebben we te maken met wetgeving die tot stand komt omdat het bestuur nadere regels moet maken. Die regels kunnen van een soort zijn waarbij een voorbereidingsprocedure à la de *notice and comment procedure* op het programma staat, wat dan in mijn gedachtegang consequenties heeft voor exceptieve toetsing naderhand. Als zo’n voorbereidingsprocedure er niet is, kan dat ook weer gevolgen voor het soort toetsing hebben. In deze zin heeft Jaap Polak zich uitgelaten, en ik heb daarna enigszins gekscherend de term *unus conatus*, oftewel één poging, laten vallen. De gedachte is dat men zich slechts één keer als belanghebbende kan melden. Terecht is er overigens op gewezen dat de belanghebbenden tijdens de voorbereiding anderen kunnen zijn dan de belanghebbenden wanneer het besluit er eenmaal is.

Met het pleidooi van Tom Barkhuysen voor differentiatie ben ik het geheel eens. Toch wil ik er nog eens op wijzen dat onze discussie steeds exclusief over algemeen verbindende voorschriften gaat. Als het daarbij de bestuurswetgeving betreft, is de situatie ook inderdaad best erg, maar veel te weinig aandacht krijgen de

beleidsregels. We kijken ernaast, en ze varen rustig mee op het vlotje van de principeargumenten bij de algemeen verbindende voorschriften. De beleidsregels laten we ten onrechte ongemoeid.

Voorzitter: Bij de voortzetting van de gedachtwisseling over de preadviezen kunnen de beleidsregels nog nader aan de orde komen. Er komt nu eerst een ander programmaonderdeel.

Dankwoorden voor de oud-voorzitter prof. dr. B.J. Schueler

Voorzitter: In de afgelopen dagen heb ik veel aan een man moeten denken in wiens schoenen ik nu sta. In de nog betrekkelijk korte tijd dat ik in die schoenen sta, heb ik al heel goed beseft hoe ontzettend veel VAR-meters die schoenen van hem hebben afgelegd. Het is tijd dat we hem daarvoor uitdrukkelijk bedanken. Ik geef daarvoor het woord aan onze penningmeester, Robert Jan Koopman, die met Ben Schueler als voorzitter van de VAR veel meer heeft meegemaakt dan ik.

Mr. dr. R.J. Koopman: We zijn in deze jaarvergadering van de VAR nu een aardig eind op weg, onder het voortreffelijk voorzitterschap van Willemien den Ouden. Als je haar zo ziet, zou je bijna denken dat het allemaal moeiteloos gaat. Maar toch kan ik uit eigen waarneming vertellen dat het niet meevalt om voorzitter van de VAR te zijn. Dat komt niet doordat de leden zulke nare mensen zijn en ook niet doordat het bestuur uit zulke nare mensen bestaat, maar doordat dit de Vereniging voor Bestuursrecht is en niet een vereniging van bestuurders. Er zijn wel enkele leden die een bestuursfunctie hebben, maar ik heb sterk de indruk dat zij als ze hiernaartoe gaan hun bestuurlijke pet diep wegbergen en hier eigenlijk komen om fijn allerlei interessante kwesties te bespreken zonder daarbij de bestuurlijke consequenties al te zeer te doordenken. Dit laat zich illustreren door de ontregelende interventies die tijdens de jaarvergadering zo populair zijn. Als er hier een stelling wordt geprojecteerd waarover we mogen stemmen, staat er iemand op die zegt: de vraag is verkeerd! Die stelling vindt dan altijd veel bijval. Als er op preadviezen moet worden gereageerd, zegt zo iemand: eigenlijk had iets anders moeten worden onderzocht! Ook dat vindt dan veel bijval.

Ik herinner mij nog goed dat een van de voorgangers van Willemien – ik geloof dat het Bart Jan van Ettekoven was – voor het probleem stond waarmee zij vandaag te maken heeft, namelijk dat de interventies weleens veel te lang zouden kunnen duren en zouden kunnen ontaarden in lange monologen zonder dat een concrete vraag wordt gesteld. Die voorganger zei toen: ‘Wat we gaan doen, is dat u eerst kort uw vraag formuleert en daarna de toelichting geeft.’ Hij dacht: als ik dat op die manier doe, kan ik de toelichting op elk gewenst moment afkappen. De eerste spreker kwam met een grote grijs melden dat hij zich graag in deze nieuwe orde wilde voegen en dat zijn vraag was: ‘Vindt u dit ook, en zo nee, waarom niet?’

Dames en heren, écht, u bent een stelletje puberale anarchisten! In het VAR-bestuur is het eigenlijk bijna net zo erg. Als we in het bestuur vergaderen, willen we allemaal dolgraag meepraten over de nieuwe onderwerpen voor preadviezen, studiemiddagen en de Jonge VAR. Eigenlijk wil elk bestuurslid dan het liefst ter plekke onvoorbereid een advies dicteren, en de andere bestuursleden willen het liefst

ter plekke onvoorbereid op die preadviezen reageren. We zijn in feite met ons allen niet erg bezig met het nemen van het besluit over welk onderwerp dan moet worden gekozen, wie er moet preadviseren en wanneer dat allemaal afgelopen moet zijn. Dát rust allemaal op de schouders van de voorzitter.

Ben Schueler deed dit in de jaren dat ik het heb mogen meemaken steeds met een groot gemak en met groot plezier. Je zag niet aan hem hoe loodzwaar die last was om de kar te trekken en ervoor te zorgen dat er uiteindelijk toch nog preadviezen kwamen, op tijd en van een geweldige kwaliteit. We zijn jou daarvoor, Ben, heel veel dank verschuldigd. Het moet je heel veel tijd hebben gekost. Willemien heeft het nu uit eigen ervaring ook kunnen vertellen. Zonder al die monnikenarbeid, zonder al dat intensieve werk, was het nooit gelukt. Ik wil je daarvoor graag heel hartelijk bedanken, en ik vraag de vergadering dat met applaus te ondersteunen.

[Langdurig applaus]

Prof. dr. B.J. Schueler: Dank jullie wel, Robert Jan, Willemien en vooral ook alle leden in de zaal. Wat ik de afgelopen jaren met u samen voor de VAR heb mogen doen, heb ik met heel veel plezier gedaan. Dit is een geweldig leuke vereniging, die een enorme variëteit aan onderwerpen aan de orde stelt, elk jaar weer met een andere invalshoek.

Het enige thema dat altijd terugkwam, was inderdaad na de jaarvergadering de vraag: hebben de mensen niet te lang gesproken? Er waren altijd wel een of meerdere leden die zeiden: Ben, het was een leuke vergadering, maar je had Pietje of Marietje eerder moeten afkappen; die was veel te lang aan het woord. Als ik dat allemaal bij elkaar optelde, had ik eigenlijk alle sprekers de mond moeten snoeren voordat ze hun vraag hadden kunnen stellen, wat heel vervelende vergaderingen zou hebben opgeleverd. Ik moet eerlijk bekennen dat ik zelf een liefhebber ben van langdurige betogen waarin de finesses van het bestuursrecht van allerlei nieuwe details worden voorzien. Maar ja, dat past niet in de tijdgeest, we leven in een tijd van tweets en pitches. Ik heb me daarbij neergelegd, waarvoor ik de voor mij tegennatuurlijke neiging heb moeten aanleren om mensen in het vuur van hun betoog het zwijgen op te leggen. Van deze gelegenheid maak ik graag gebruik om daarvoor mijn oprechte excuses te maken.

Ik zie met hoeveel gemak Willemien iedereen gewoon keurig in het gareel houdt. Met een eerste oogopslag van Willemien lijkt de tijd even stil te staan totdat de mensen uitgepraat zijn, zodat ze binnen de vijf minuten blijven. Hartstikke goed! Los daarvan: de opgewektheid, de deskundigheid en de daadkracht van Willemien beloven ons een aantal prachtige VAR-jaren. Ik verheug me daar mét u enorm op. Ik dank u.

[Applaus]

Voorzitter: Zoals gezegd Ben: de oprechte dank van het gehele VAR-bestuur. Gelukkig is dit niet echt een afscheid, want je gaat vrolijk door als voorzitter van de VAR-commissie die ik maar even de aanduiding ‘Het besluit voorbij’ geef,⁹ en die studies verricht die gezien de discussie van vandaag heel nodig zijn! Dit is dus geen afscheid, maar een tot ziens.

⁹ Zie de rede van de voorzitter, constatering 2 [red.].

Voortzetting van de gedachtewisseling over de preadviezen

Prof. dr. J.E. van den Brink

Mijn vraag gaat over het interessante, goed leesbare preadvies van Wim Voermans. Mijn complimenten daarvoor! Toen ik op een zonnige zondagmiddag mij in hoofdstuk 3 van het preadvies verdiepte, dacht ik: dit preadvies gaat eigenlijk helemaal niet over beroep tegen algemeen verbindende voorschriften, het gaat over een veel breder thema, namelijk dat de overheid steeds minder overeenkomstig het klassieke Awb-model algemene regels vaststelt en beschikkingen neemt, maar haar toevlucht zoekt tot andere instrumenten. Voor deze instrumenten bestaat lang niet altijd goede rechtsbescherming, wat wel een belangrijke doelstelling is van de Awb-wetgever.

Voermans signaleert terecht dat de overheid niet alleen stuurt met algemene regels, maar ook met geld, steeds meer geld zelfs, zo blijkt uit zijn berekeningen. In het land van de publieke financiering is een stille revolutie gaande. Allerlei innovaties vinden plaats en grote sommen geld worden weggezet via nieuwe instrumenten, zoals *social impact bonds*, revolverende fondsen en prijsvragen, weliswaar gefinancierd met publiek geld, maar er wordt driftig aan gewerkt een en ander vorm te geven zonder de ballast van de Awb en bijbehorende rechtsbescherming, net als in het sociaal domein, dat al eerder vandaag aan de orde kwam. Een paar weken geleden is daarover een interessant artikel verschenen in *De Groene Amsterdammer*, 'De overheid als durfkapitalist'. Deze inventarisatie leert dat in Nederland ruim € 20 miljard aan publiek geld is ondergebracht in zo'n 150 verschillende revolverende fondsen. Dat publieke geld wordt weggezet via voor de burger en, zo vrees ik, ook voor volksvertegenwoordigers onbegrijpelijke constructies. In deze situatie kunnen we inderdaad zeggen dat het machtsevenwicht is verstoord. Van democratische legitimatie en publieke controlemechanismen is nauwelijks nog sprake.

Maar dit los je niet op met rechtstreeks beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels. Die worden namelijk helemaal niet gebruikt. Ik vraag mij dan ook af of het openstellen van dat beroep nu wel zo'n goede prioriteit is. Biedt dat nu echt tegenwicht aan een bestuur dat publiek geld wegzet zonder dat publieke waarborgen zijn verzekerd? De vraag stellen is haar beantwoorden. Om echt tegenwicht te kunnen bieden zijn verdergaande oplossingen nodig. Ik denk daarbij aan een verruiming van de bevoegdheid van de bestuursrechter, in die zin dat deze zich niet langer hoeft te beperken tot besluiten, maar ook bevoegd is om zich uit te spreken over de uitoefening van andere vormen van openbaar gezag, iets waar het bij het wegzetten van € 20 miljard aan publiek geld toch echt om gaat. Iets soortgelijks bepleit Anne Meuwese in haar preadvies, al is dat dan in de context van

de dataficatie; sinds vanochtend weet ik ook precies wat dat betekent! Ik sluit mij in dit verband ook aan bij Raymond Schlössels en Adriëne de Moor-van Vugt.

Over mogelijk meer dringende oplossingen dan beroep openstellen tegen algemeen verbindende voorschriften heeft Voermans helaas niets gezegd. Dit is geen verwijt, want daar had het VAR-bestuur ook helemaal niet om gevraagd, en het is ook weleens verfrissend als een preadviseur zich netjes aan de opdracht houdt! Maar nu hij zoveel werk heeft gemaakt van bestuur in het echt, heeft hij daar vast wel een visie op.

Prof. dr. W.J.M. Voermans

Dank voor het precieze lezen. Jacobine van den Brink zit als geen ander in de manieren waarop de overheid met geld stuurt zonder dat daarbij van bekende vormen gebruik wordt gemaakt. Mijn hoofdanalyse is inderdaad dat de overheid begint te sturen zonder controle vooraf, tijdens of achteraf. Daar moet iets aan gebeuren. Naar mijn mening schetst men een beetje een karikatuur als men zegt dat volgens mij alles wat er mis is goed zal komen als we artikel 8:3 Awb schrappen. Dat is niet wat ik heb beweerd. Het schrappen van dat artikel zou een onderdeel kunnen zijn van een groter geheel van een oplossing. Die oplossing heb ik niet gegeven, ook aan de hand van de goede afspraken die ik met Roel Schutgens had: ik zou ze de bel aanbinden en Roel zou vervolgens zeggen hoe het moet. Wij hebben samengezworen; dat mag óók weleens!

Dit zijn veel woorden om in feite te zeggen dat ik het niet precies weet. Ik geloof in verruiming van de bevoegdheden van de bestuursrechter en in het meer loskomen van het besluitbegrip. Daar zijn vermoedelijk de hoofdoplossingen te vinden, maar hoe komen we daar nu naartoe? Zullen we daarover samen eens een artikel schrijven, Jacobine?

Van den Brink: Lijkt me superleuk, maar ik ga eerst bevallen. Goed?

Voorzitter: Ik word steeds enthousiaster over de VAR-commissie ‘Het besluit voorbij’.¹⁰ Ik merk dat daar enorm veel concretisering vandaan zal moeten komen.

Mr. dr. C.N.J. Kortmann

Ik richt mijn vraag tot preadviseur Roel Schutgens. Ik begin met een citaat: ‘Het betoog van Schutgens is zo helder en gestructureerd dat het moeite kost de inhoud daarvan ter discussie te stellen.’ De schrijfster verwijst daarbij naar ‘How to write a persuasive message?’ in Kahnemans bestseller *Thinking, fast and slow*. Hoe eenvoudiger de boodschap is opgeschreven, hoe overtuigender zij wordt ervaren, en volgens Ymre Schuurmans beheerst Schutgens die kunst ultiem, wat ik slechts kan beamen. Het is duidelijk dat ook Ymre veel van ‘How to write a persuasive message?’ heeft opgestoken, want haar kritiek op het preadvies was ook eenvoudig en overtuigend

¹⁰ Zie noot 9.

mij ook onmiddellijk. Daar zat ik dan, met twee tegenstrijdige opvattingen die mij allebei overtuigden! Ik heb het boek van Kahneman er maar eens bij genomen en ik begreep dat ik slachtoffer was van mijn *system 1* ‘that likes jumping to conclusions’, en daarop volgt de bezinning, lezing van het preadvies en *slow thinking*.

Iedereen lijkt het er wel over eens te zijn dat rechtstreeks beroep tegen algemeen verbindende voorschriften een verbetering voor de rechtsbescherming is, of op z’n minst neutraal. Kahneman leert mij contra-intuïtief te denken, dus vraag ik mij af: is dat nu eigenlijk wel zo? Ik heb het dan niet over de boer in Appelscha die van Roel Schutgens naar Den Haag moet om de Smitverordening Ooststellingwerf aan te vechten. Ik zou hem graag twee vragen stellen over de fictieve situatie waarin de Stichting Rijden zonder Blazen bij de Afdeling tevergeefs rechtstreeks beroep heeft ingesteld tegen de Regeling alcoholslotprogramma (ASP), en – om Wim Voermans plezier te doen – ook tegen de bijbehorende beleidsregel. Ik wil die situatie eens vergelijken met de huidige situatie, waarin die stichting bij de burgerlijke rechter niet-ontvankelijk zou worden verklaard. Als hoogleraar zal Schutgens het hopelijk waarderen dat mijn vragen net tentamenvragen lijken. Ik geef hem maar even mee dat er bij de Regeling ASP – vele aanwezigen zullen die zaak wel kennen – iets gebeurde wat bij veel regelingen gebeurt, namelijk dat de effecten van de regeling pas later duidelijk werden, en niet al in de eerste zes weken na de vaststelling ervan. Nu komen mijn vragen:

1. Kan de Regeling ASP na het vergeefse beroep van Rijden zonder Blazen nog exceptief worden getoetst, en zo ja, kan dat alleen op verzoek van late belanghebbenden of ook op verzoek van oorspronkelijke belanghebbenden?
2. Zuster Bruinstroop stelt beroep in tegen de beschikking waarbij haar een ASP is opgelegd. Zij beroept zich op de onverbindendheid van de regeling. Is haar kans op succes groter, gelijk of kleiner dan in de huidige situatie zonder rechtstreeks beroep? Wordt zij gehinderd door het feit dat de belangenorganisatie bij het rechtstreeks beroep de zaak heeft verloren?

Jaap Polak heeft al iets over deze vragen gezegd in het kader van de bestemmingsplanpraktijk, en Tom Barkhuysen heeft het al gehad over de toetsingsintensiteit. Wat verwacht Roel Schutgens? Ik zie uit naar een nieuwe *persuasive message*.

Prof. dr. R.J.B. Schutgens

Op de eerste vraag antwoord ik bevestigend. De regeling kan later nog exceptief worden getoetst. Dat een belangenorganisatie de regeling heeft kunnen laten toetsen, kan naar mijn mening geen afdoende reden zijn om later in een individueel beroep tegen de oplegging van het ASP de regeling niet alsnog exceptief te toetsen. Ik ga er overigens van uit dat de rechter, als hij exceptief toetst, zich oriënteert op het eerdere oordeel, waarin rechtstreeks is getoetst. Het lijkt mij verstandig alleen bij echt nieuwe argumenten van het eerdere oordeel af te wijken. Ik heb mij in deze vergadering al eerder in deze zin uitgesproken.

De tweede vraag is mij door de opwinding over de bijzondere achternaam even ontgaan.

Kortmann: De eerste vraag was de inleidende vraag; die heb je goed beantwoord.

Voorzitter: Ik stel voor dat je bij de tweede vraag gewoon gokt, net als de studenten heel vaak bij *multiple choice*-vragen doen!

[Kortmann herhaalt zijn vraag 2.]

Schutgens: Ik denk dat het voor de zuster niet zo heel veel uitmaakt. Volgens mij zal de belangenorganisatie de sterke argumenten die er zijn wel naar voren hebben gebracht. Daardoor zijn die argumenten al door de rechter gewogen.

Kortmann: Zoals dat bij het alcoholslot het geval was.

Schutgens: Ja.

Kortmann: Maar daar was het niet zo!

Schutgens: Ja, u gaat nu zeggen dat er bij het alcoholslotprogramma sprake was van voortschrijdend inzicht. Ik had trouwens al het gevoel dat ik op de een of andere manier getruukt zou worden! Ik klets me eruit, en ik zal dat heel snel doen.

Ik heb al gezegd dat het mij verstandig lijkt dat de rechter, als hij exceptief toetst, zich oriënteert op het eerdere oordeel in de meteen uitgevoerde rechtstreekse toetsing, en dat hij zich daarbij in beginsel aansluit, tenzij er sprake is van juridische *nova*: echt nieuwe argumenten. Later opkomende inzichten over de proportionaliteit van zo'n regeling in concrete gevallen zou ik beschouwen als een juridisch *novum*. Daardoor acht ik het helemaal niet uitgesloten dat na een jaar of twee nieuwe argumenten wel degelijk alsnog tot onverbindendverklaring leiden.

Voorzitter: We zijn weer verder ingegaan op de intensiteit van de toetsing. Ik weet dat Fatma Çapkurt daarover een vraag heeft voorbereid. Zij schreef er eerder een stuk over met Jurgen de Poorter, die er vandaag helaas niet kan zijn.

Mr. F. Çapkurt

Ik ben student research master aan de Tilburg University. Degenen die in Tilburg weleens bij de Law School zijn geweest, weten dat die in het Montesquieugebouw gevestigd is. Iedere dag lopen we langs de buste van Montesquieu. Hij staat bekend om zijn leerstuk over de machtscheiding, de *trias politica*. Ik spreek liever in termen van machtenevenwicht. Tegen deze achtergrond wil ik kort stilstaan bij de preadviezen van Voermans en Schutgens. Daarbij wil ik ingaan op de exceptieve toetsing.

De *trias politica* gaat uit van scheiding tussen de drie staatsmachten: rechter, bestuur en wetgever. Eigenlijk is de exceptieve toetsing te rechtvaardigen door het traditionele concept van de positionering van de rechter binnen het staatsbestel. De wetgever is democratisch gelegitimeerd en maakt wetten, het bestuur voert die uit en de rechter heeft terughoudendheid te betrachten omdat het primaat nu eenmaal bij de wetgever ligt. Voermans zegt echter dat dit klassieke uitgangspunt aan het

veranderen is, waarbij het bestuur steeds dominanter wordt. Het bestuur intervenueert steeds meer via algemene regels in de samenleving, waarbij de democratische controle die in het traditionele concept van de *trias politica* wordt verondersteld, afwezig is. Bestuurshandelen is heel complex.

Als je de vraag opwerpt wie dan het bestuur controleert, kom je automatisch terecht bij de rechter. Juist door zijn positie in de samenleving moet de rechter exceptief toetsen. Ik had het idee dat doordat de constitutionele verhoudingen, zoals Voermans in zijn preadvies heeft geschetst, aan het veranderen zijn, de positie van de rechter met die dynamiek mee zou veranderen. Toen ik heel hoopvol het prachtige preadvies van Schutgens las, was ik een beetje teleurgesteld door zijn verwachting dat de toetsingsintensiteit in een direct beroep tegen algemeen verbindende voorschriften gelijk zal blijven. Je zou juist denken dat op het moment dat het bestuur machtiger wordt en meer intervenueert, de *checks and balances* daarop moeten worden aangepast. Dat betekent volgens mij dat we de exceptieve toetsing – de rechter die steeds maar weer terughoudendheid betracht, zichzelf met handen en voeten bindt en niet de effectieve rechtsbescherming biedt die hij eigenlijk zou moeten bieden – moeten laten veranderen. Mijn eerste vraag, een vraag aan professor Schutgens, is dan ook: heeft het bestuur in de huidige dynamiek niet een soort *carte blanche*?

In de tweede plaats: zouden we niet meer moeten durven te dromen, door over de landsgrenzen te kijken naar wat er in het buitenland gebeurt? Met name de Verenigde Staten zijn in dit verband heel interessant. Daar wordt tijdens de *ex antetotstandkoming* van regelgeving via de *notice and comment procedure* een prachtig systeem gecreëerd waarbij een soort informatiedialoog ontstaat tussen *stakeholders* die door regelgeving worden geraakt en *agencies* die regels maken die de eerstgenoemden raken. De *agency* wordt verplicht grondig en structureel te motiveren wat het doel van de regels is, welke middelen worden gebruikt en of doel en middelen wel in een proportionele en redelijke verhouding tot elkaar staan en als *evidence based* kunnen worden beschouwd. Op die discussie wil ik overigens niet nader ingaan. Wat ik dan vervolgens aan de *ex post*-zijde van de rechterlijke toetsing zo mooi vind, is dat de rechter een prachtig instrumentarium heeft, juist omdat de *ex antetotstandkoming* van regelgeving sterk gereguleerd is. De rechter beschikt over zeer geschikte elementen om de toetsing mee vorm te geven. Hij gaat na wat de *agency* van tevoren heeft gedaan, of er evenredigheid is tussen doel en middel waarmee de regel wordt bewerkstelligd, en of de regel het doel dat wordt bereikt rechtvaardigt. Wij in Nederland zetten nu een stop op de ontwikkeling van regelgeving door vast te houden aan exceptieve toetsing en aan terughoudendheid. Zouden we die houding niet moeten loslaten en meer eisen moeten stellen aan de kwaliteit van regelgeving?

Prof. dr. R.J.B. Schutgens

Dank voor deze mooie vraag. Anders dan de interveniënte heb ik sterk de neiging om exceptieve toetsing en al dan niet intensieve toetsing te beschouwen als twee dingen die logisch los van elkaar staan. Het onderscheid tussen exceptieve en onmiddellijke toetsing lijkt mij vooral te maken te hebben met het moment waarop wordt getoetst. Is dat meteen na uitvaardiging van de regeling zelf, of is het na een tijdje, naar aanleiding van een uitvoeringsbesluit? De intensiteit van toetsing daartegenover heeft volgens mij betrekking op de mate waarin de rechter kritisch is ten opzichte van de

algemene regel. Ik denk dat je de intensiteit van de toetsing kunt versterken of verdiepen – ik weet niet hoe je dat moet zeggen – los van het moment waarop je toetst. Misschien ben ik in mijn preadvies enigszins strategisch geweest, want ik heb de intensiteit bewust geprobeerd los te laten omdat ik voorstander ben van het verbeteren van het moment van toetsing, omdat die verbetering de rechtsbescherming ten goede zal komen. In ieder geval bij bestuurswetgeving kan de toetsing aan algemene beginselen misschien wel wat intensiever, maar dat kan nu ook al, los van de invoering van een algemeen beroep, en je kunt er ook van afzien als je direct beroep invoert. Deze twee elementen staan volgens mij logisch los van elkaar. Overigens ben ik het ermee eens dat er goede redenen zijn om de intensiteit te verdiepen.

Mr. F. Çapkurt

Juist doordat artikel 8:3 Awb bestaat, betrachten bestuursrechters des te meer terughoudendheid. In de standaardoverwegingen van de Afdeling wordt telkens het klassieke argument van de positie van de rechter binnen het staatsbestel gebruikt. Nu we een dynamische verandering zien waarvoor we ook veel meer empirisch bewijs hebben, namelijk dat het bestuur veel meer doet zonder democratische controle, zouden we misschien fundamenteeler over de positie van de rechter binnen het staatsbestel moeten nadenken. Zou de rechter niet meer moeten willen doen?

Prof. dr. W.J.M. Voermans

Dit slaat de spijker op zijn kop. De wereld staat niet stil. Inderdaad moeten we het machtsevenwicht steeds blijven doordenken. We komen bijna in een situatie van *duas politica*: bestuur en wetgever zitten bijna op een en dezelfde stoel en het lukt de wetgever of het parlement nauwelijks nog echt controle op regelstelling door het bestuur te blijven uitoefenen. Vanuit de grotere gedachte moet je dan andere controles invoeren. We kunnen het daar nog eens over hebben, en ik heb er iets over gezegd. Er is een prachtig boek over van Kate Malleson, *The new judiciary*. Zij bekijkt wereldwijd hoe rechters een nieuwe rol beginnen te zoeken, op zich moeten nemen en ook werkelijk op zich nemen ten opzichte van een machtig complex bestuur/wetgever. Zij verklaart de ontwikkelingen, maar doet ook een oproep: dit is wat het concept van de democratische rechtsstaat van je vraagt en je moet ook je rol nemen. Een rechter kan zijn rol niet goed nemen als er een beletsel als artikel 8:3 Awb in de wet zit. Van de rechter wordt veel meer verlangd en hij doet niet meer in isolement zijn werk in opdracht van een klassieke wetgever en klassiek bestuur. De verhoudingen zijn veranderd en de democratische rechtsstaat heeft de rechter nodig voor correcties.

Mr. F. Çapkurt

Ik denk dat het ook erg belangrijk is om te kijken naar de *ex ante*-totstandkoming van regelgeving. Het is wellicht beter van tevoren veel structureler te consulteren en *stakeholders* in de totstandkoming van regelgeving te laten participeren, want rechtsbescherming is niet alleen maar iets wat je *ex post* bij de bestuursrechter krijgt, het is ook van belang dat burgers kunnen meepraten over regels die hen direct raken.

Voorzitter: De wereld staat niet stil; dat is wat ik heel goed heb onthouden. Anne Meuwese heeft in haar preadvies laten zien wat zich allemaal voor ontwikkelingen voordoen waarop wij zouden moeten reageren, en welke oplossingsrichtingen daarvoor zouden kunnen bestaan. Ik weet dat Sandra van Heukelom-Verhage daarop wil ingaan.

Mr. S. van Heukelom-Verhage

Anne. Nu even tijd en aandacht voor jouw preadvies. We hebben de mannen genoeg aan het woord gehad! Laten wij als vergadering eens gaan nadenken over de inspirende woorden die je in jouw uitstekende preadvies tot ons hebt gericht. Iedere zin *an sich* zet tot denken aan. Je kunt er een wereldbeeld uit afleiden, waar ik graag mijn beeld tegenaan zet. Ik doe dat vanuit mijn rol als leider van het team Digitale Transformatie bij ons op kantoor.¹¹ Wij houden ons intensief bezig met digitalisering en met juridische kaders voor ontwikkelingen als *Big Data* en *Blockchain*. *Blockchain* en vooral *Smart Contracts* moeten we ook nog eens bespreken, want als we nu érgens een situatie hebben waarin codes ons werk gaan overnemen, dan is het wel daar. We zien over een jaar of tien wel hoe dat verder is gegaan.

Maar eerst nu de *Big Data*. Vroeger was de wereld heel overzichtelijk: je had als bestuursorgaan een bevoegdheid, neergelegd in een wet, je mandateerde die bevoegdheid aan ambtenaren en zij gingen dan controleren en zo nodig handhaven of beschikken. De beschikbare bronnen om die bevoegdheid aan te wenden waren toen vele malen beperkter dan nu. Neem de situatie van hondenbelasting. De gemeente had – en heeft – de bevoegdheid om hondenbelasting te heffen. Wat dan nodig was, waren honden. Om die reden gingen ambtenaren ter invulling van die bevoegdheid wroeten in perkjes, aan de voordeur luisteren en de burens bevragen, en dan was duidelijk of er ergens een hond was en of er een aanslag zou worden opgelegd. Daarmee was de zaak rond: de ambtenaren hadden hun onderzoek in het kader van de bevoegdheid gedaan.

Dat is nu wel anders. Ik heb de afgelopen maanden met grote bestuursorganen om de tafel gezeten om over dilemma's te praten, niet omwille van de omzeiling, maar vanwege de oprechte bezorgdheid over de vraag: wat mag ik in het kader van de digitalisering nog wél en wat niet meer? Bestuursorganen beschikken vaak over enorme sets dikwijls geanonimiseerde data, soms door hen zelf opgebouwd ter uitoefening van een bevoegdheid, maar vaker verkregen uit allerlei bronnen die slimme ICT'ers hebben opengesteld en waaraan zij met allerlei algoritmes informatie ontlenden. Die bestuursorganen worstelen oprecht iedere dag met de vraag of ze dergelijke data mogen gebruiken, ook al zijn ze anoniem. Die worsteling wordt niet zozeer ingegeven door de scherpe analyse die Anne Meuwese op dit punt heeft gemaakt, als wel door het *unheimliche* gevoel dat die data niet zijn vergaard met het oog op uitoefening van een specifieke bevoegdheid, maar *random* in de vorm van een grote set.

Stel, je koppelt je eigen data aan zo'n grote set en je gaat ervan uit dat die gegevens niet tot personen herleidbaar zijn, dan onderschat je het doenvermogen van

11 Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn.

de ICT'ers. Terwijl wij juristen dachten dat het niet mogelijk was, koppelt de ICT'er zo'n honderd bestanden aan elkaar en ziet dat op huisnummer 88 mogelijk toch iemand woont met een hond. Of het bestuursorgaan dan mag handelen, vloeit voort uit de bevoegdheid tot belastingheffing. Niet beantwoord wordt echter de vraag of data die niet zijn vergaard in het kader van die bevoegdheid gewoon mogen worden gebruikt. Dat is de worsteling waarvoor bestuursorganen op het ogenblik staan. Met andere woorden: mag je van bestuursorganen verwachten dat zij, terwijl de toegang tot data openligt, steeds de vraag stellen of ze überhaupt die data op grond van een bepaalde bevoegdheid mogen hebben?

Dit brengt mij op mijn vraag. Als we het legaliteitsbeginsel, het specialiteitsbeginsel, de hoofdstuk 5-bevoegdheden van de Awb en het bewijsrecht aan elkaar koppelen, kan de vraag rijzen of er niet een causaliteit-noodzaakrelatie moet zijn tussen de bevoegdheid die je hebt en de bronnen die je inzet. Kortom, moet je voor de wijze van vergaren en analyseren van data door bestuursorganen niet een soort wettelijke grondslag hebben?

Vast staat dat bestuursorganen houvast zoeken. De omzeilingsgedachte kom ik niet zoveel tegen; ik zie, zoals gezegd, meer een worsteling. Bestuursorganen zoeken de grip op de toelaatbaarheid van de inzet van data, die ook Anne Meuwese zoekt. Ik roep er in dit verband niet toe op de Awb dan maar weer aan te passen; ik pleit ervoor uit te gaan van een dynamische interpretatie van de bestaande Awb. Zouden we als het om Big Data gaat niet wat meer rechtspraak moeten ontwikkelen op het gebied van bijvoorbeeld de invulling van artikel 3:2, het vergaren van kennis? En zouden bestuursorganen geen verantwoording moeten afleggen voor de wijze waarop ze kennis hebben vergaard en voor de bronnen waaraan ze deze hebben ontleend? Kortom, zouden bestuursorganen niet wat meer bewijs moeten bieden ter onderbouwing van wat ze ter invulling van hun bevoegdheid hebben gedaan?

Hoe ziet Anne dit?

Prof. dr. A.C.M. Meuwese

Het is goed te horen dat in de ervaring van Sandra van Heukelom-Verhage omzeiling niet de reden is om naar haar als advocaat toe te komen. De situatie waarover zij spreekt, is denk ik een andere dan de situatie waarover mijn preadvies gaat. Er zijn rond Big Data en privacyaspecten heel veel juridische problemen; ik ben daarop niet ingegaan. Het probleem dat Sandra schetst, staat veel dichterbij de huidige praktijk, terwijl ik van mijn kant heb geprobeerd de materie nog een stapje verder te doordelen en – misschien wel voor het eerst – de vraag te stellen: hebben de ontwikkelingen niet ook gevolgen voor de rol die algemene regels spelen? Ik engageer me echter ook graag met het zojuist door Sandra geschetste probleem.

Haar vraagstelling beantwoord ik bevestigend. Er zou inderdaad veel meer helderheid moeten zijn, juist om de door haar geschetste reden. Afgezien van omzeiling is ook de bereidheid tot mogelijk maken van belang. Het kan veel voordelen hebben als men in staat is toezicht veel meer datagedreven uit te voeren, zoals het hondenvoorbeeld goed laat zien. Misschien gaat het niet zozeer om meer bewijs en strakkere regels, als wel vooral om duidelijkere regels. Wat doe je als iets wat nooit individueel herleidbaar was dat wél wordt? Hier hebben we te maken met meta-voorwaarden waarover naar mijn mening de wetgever eens zou moeten nadenken.

Je kunt op grond van tekenen die zich voordoen, zien aankomen dat je voor bepaalde keuzen kunt komen te staan, en daarover kunnen dingen worden vastgelegd. Bij een onderwerp als hondenbelasting is een werkwijze als door Sandra geschetst wel acceptabel, maar liefst dan wél vastgelegd in wetgeving in formele zin.

Voorzitter: Als ik Sandra van Heukelom-Verhage goed heb begrepen, heeft zij gepleit voor oplossingen binnen het kader van de Awb?

Mr. S. van Heukelom-Verhage

In de komende jaren gaan we nog heel veel technologische ontwikkelingen zien, en we kunnen telkens het antwoord geven door op zoek te gaan naar nieuwe specifieke wetgeving. Mijn oproep is veeleer: laten we zoeken naar een dynamische invulling van de Awb en laten we waar mogelijk de invulling kiezen die recht doet aan de gedachte dat je als bestuursorgaan dingen moet kunnen uitleggen en motiveren. Dat lijkt me beter dan het bieden van een nieuwe set wet- en regelgeving voor situaties in de toekomst die we toch niet allemaal kunnen voorzien. In dit verband is de term *finetuning* gebruikt.

Voorzitter: Anne, wat is jouw mening over die *finetuning*-gedachte?

Prof. dr. A.C.M. Meuwese

Ik heb voor specifieke wetgeving gepleit omdat ik denk dat het door Sandra van Heukelom-Verhage geschetste probleem voor de burger heel verschillend uitpakt van de ene sector tot de andere. Het gaan werken met *Big Data* als voorbereiding op het vaststellen van een toezichtstrategie kan qua ingrijpendheid verschillen. Ik zie onderscheid tussen de hondenbelasting en bijvoorbeeld het mededingingsrecht. Een dynamische interpretatie van de Awb lijkt mij tot op zekere hoogte mogelijk, maar je wilt hierover misschien toch ook juist een uitspraak van de wetgever. Ik zeg niet dat zo'n uitspraak altijd mogelijk is, maar bij het nadenken over toezichtarrangementen, iets waarvan we verwachten dat het op het niveau van de wetgever in formele zin gebeurt, moet dit aspect naar mijn mening meer worden betrokken. Die aanpak sluit een dynamische interpretatie van de Awb niet uit.

Mr. S. van Heukelom-Verhage

Op die manier is de wetgever aan het woord in plaats van de rechter. Het is de vraag of we niet al genoeg hebben aan de open normen die er nu zijn, en of niet per geval door de rechter kan worden bekeken hoe diepgaand de motivering van een bestuursorgaan moet zijn, gegeven ook de mate waarin in het leven van de burger wordt ingegrepen.

Voorzitter: Soms moet je de dingen overlaten aan de wetgever. Het ligt nu dan ook in de lijn het woord te geven aan Rianne Jacobs.

Graag zal ik een vraag aan Anne Meuwese stellen. Zij heeft heel terecht een mooi thema aangekaart. Het is belangrijk dat wij ons als juristen van dit thema bewust worden. Ik heb het preadvies gelezen met de bril van de wetgevingsjurist. Eerst werd ik in hoofdstuk 1 gerustgesteld. De preadviseur betoogt daar dat creatieve en sociale intelligentie voorlopig nog heel belangrijk zijn en dat op middellange termijn computers vooral een complementaire functie ten opzichte van het juridische handwerk zullen vervullen. Ik denk dan: ik heb niets te vrezen! Al vrij snel, namelijk in hoofdstuk 2, leerde ik dat de wetgever serieuze concurrentie van de computer heeft gekregen. De dataficatie van bestuurshandelen leidt ertoe dat nieuwe bestuurs-handelingen zelf allerlei normen kunnen bevatten. Wat moet ik hiervan nu denken? In het preadvies worden allerlei voorbeelden gegeven, die ik heb gelezen en waarover ik heb nagedacht.

Moeten we niet iets méér dan Anne Meuwese in haar preadvies heeft gedaan, onderscheiden tussen de klassieke informatietechnologie (IT) en voorbeelden als *deep learning* en *Big Data*? Ik begeef mij met deze vraag op glad ijs, want ik ben maar een jurist! Terwijl ik de reactie van Anne met nieuwsgierigheid afwacht, zal ik nog een kleine toelichting geven. Bij klassieke IT denk ik aan computersystemen zoals die van de Belastingdienst, waarover vanochtend is gesproken, of aan een *app* die het mogelijk maakt heel snel de beslagvrije voet van iemand uit te rekenen. Zulke programmaatjes doen steeds hetzelfde, en als ik een beetje doorvraag, met uitleg van wat de bedoeling is en wat in de wet staat, kan de specialist mij uitleggen of dat ook gebeurt. Als het niet gebeurt, kan een correctie worden aangebracht. In ieder geval kun je uiteindelijk terugredeneren om uit te maken of wat er gebeurt, klopt. Als wetgevingsjurist heb je de neiging te denken dat iets klaar is als een wet in het Staatsblad staat, maar zo nu en dan zit ik er ook bij als er wordt nagedacht over de manier waarop zo'n computersysteem wordt ontworpen. Ik zie dan hoe mensen de wet analyseren en nog een paar vertaalslagen moeten maken voordat ze de benodigde tool hebben gemaakt. Dat is in ieder geval allemaal nog mensenwerk; ik kan me laten uitleggen wat de bedoeling was en wat het resultaat is geworden.

Anne Meuwese geeft voorbeelden van een heel andere aard, die meer met *Big Data* te maken hebben, of met systemen waarin je steeds meer data stopt terwijl het systeem daaruit zelf nieuwe regels gaat destilleren. Ik denk dat haar zorg vooral bij die voorbeelden ligt. Is dat zo? Naar mijn mening is zorg hier op haar plaats. Als geen mens meer kan snappen hoe tot een besluit wordt gekomen, is dat besluit in wezen niet gemotiveerd, en daar zou ik niet vóór zijn.

Op pagina 152 van het preadvies lees ik: 'Een belangrijk onderscheidend kenmerk van *Big Data* is dat "het systeem" zélf stuurt.' Er staat vervolgens iets wat ik niet begrijp: de 'Generieke Digitale Infrastructuur' (GDI) die nu wordt ontwikkeld, komt daarmee in een bijzonder daglicht te staan. Kan de preadviseur nader toelichten wat zij hiermee bedoelt?

De eerste vraag heeft betrekking op het onderscheid tussen reguliere digitalisering en Big Data-achtige ontwikkelingen. Dit onderscheid is zeker relevant. Niet voor niets voeg ik aan iedere ontwikkeling die ik beschrijf een soort Big Data-variant toe. We hebben allerlei *interfaces*, maar hoe ziet het eruit als daaraan ineens een Big Data-toepassing wordt gekoppeld? Hieraan moet overigens worden toegevoegd dat we de ontwikkelingen niet altijd van tevoren kennen. Sandra van Heukelom-Verhage heeft het mooie voorbeeld van de hondenbelasting gegeven: de data die daarbij worden gebruikt, zijn niet per se ooit verzameld met het idee dat er Big Data-achtige toepassingen aan zouden kunnen worden gegeven. Ik gebruik bewust het woord 'Big Data-achtig', want Big Data op zich is een nogal fluïde term. De datatoepassing hoeft nog niet eens zo heel erg big te zijn, het hoeft niet om data te gaan die in gigantische computers zijn opgeslagen, en het gaat inderdaad soms ook om het feit dat het systeem zichzelf aanpast. Zo zijn er allerlei elkaar overlappende kenmerken, waardoor Big Data een nogal tricky term is.

Omdat je de ontwikkelingen van tevoren niet altijd kent, zou het in mijn ogen fout zijn speciale regels voor Big Data te gaan maken. Je weet niet van tevoren waarop iets gaat uitdraaien en of misschien op een gegeven ogenblik blijkt dat men iets kan doen waarvan men dat helemaal niet wist. Dan rijst inderdaad de heel relevante vraag 'mag dat?' Ik ben in zo'n situatie specifiek geïnteresseerd in de vraag of er normstelling plaatsvindt. In het voorbeeld van de honden zie ik dat niet meteen, in sommige hier genoemde voorbeelden soms wél.

De tweede vraag is gericht op zelflerende systemen in relatie tot systemen die al ontwikkeld worden. Bij laatstgenoemde vindt, voor zover ik kan overzien, nu geen *machine learning* plaats.

Jacobs: Dat dacht ik ook, en daarom begreep ik het niet!

Meuwese: Er worden nu, terwijl daar goed over is nagedacht en een en ander wetenschappelijk goed is geregeld, data in reguliere IT-systemen verzameld. Als die systemen geavanceerder worden en gaan samenwerken met andere systemen, kunnen zich bepaalde ontwikkelingen voordoen. Een van de bekende kenmerken van Big Data is dat slechte, eenvoudige algoritmes het met grote hoeveelheden data ineens heel goed kunnen gaan doen. Vrij grove regels, gevoerd met heel veel data, worden ineens veel beter. Wanneer je daaraan dan nog eens de mogelijkheid van *machine learning* toevoegt, zou het systeem weleens te kennen kunnen geven dat er, bijvoorbeeld bij het beoordelen wie er recht heeft op een uitkering, weliswaar met name naar bepaalde kenmerken wordt gekeken, maar dat er eigenlijk beter op andere kenmerken kan worden gelet, omdat dan tot een resultaat wordt gekomen dat veel dichterbij 'uitkomst X'. Datagestuurde normstelling biedt mogelijkheden voor een erg instrumentele aanpak van besturen, omdat je aan het systeem kunt vragen: als ik dáárop wil uitkomen, wat is dan de beste standaard? Je kunt dat allemaal heel transparant organiseren, maar mijn stelling is dat het wel wat moeilijk wordt als die Big Data zo complex zijn.

Dit brengt mij op het eerste gedeelte van de bijdrage van Rianne Jacobs. Zij heeft gevraagd of het onderscheid tussen de klassieke informatietechnologie enerzijds en voorbeelden als *deep learning* en *Big Data* anderzijds relevant is. Mijn antwoord is: ja.

Jacobs: Misschien mag ik dan een suggestie doen. Bij de behandeling van de oplossingsrichtingen heb je gesignaleerd dat de programmeurs niet genoeg rechtsstatelijk gevoel hebben. Ik denk dat juristen op hun beurt onvoldoende gevoel voor de IT hebben. Misschien moeten we allemaal op cursus!

Voorzitter: Wie gaat het ons uitleggen? Dat is een heel goede vraag.

Prof. dr. T. Barkhuysen

Ik ga het zeker niet uitleggen, maar ik denk dat je soms met klassieke concepten best een eind kunt komen. Naar aanleiding van het voorbeeld van Sandra van Heukelom-Verhage kom ik dan tot het volgende. Zij beschrijft een toezichtmethode: zoals je nu een peilbaken onder een auto kunt plakken, kun je dan via *Big Data* onderzoeken waar honden zitten. Als we daarop de klassieke concepten toepassen, moeten we constateren dat er een wettelijke basis moet zijn. De wetgever moet beslissen in het kader van de hondenbelasting toe te staan dat een koppeling wordt gemaakt met Facebookaccounts en allerlei andere databestanden waarop mensen hun puppy's zetten. Zo'n wettelijke beslissing kan niet via creatieve interpretatie van artikel 3:2 Awb tot stand komen.

Voorzitter: Dus toch een specifieke wettelijke grondslag en geen geknutsel met bestaande brede bepalingen.

Mr. S. van Heukelom-Verhage

Het lijkt wel alsof we de rest van de middag over honden gaan praten!

Als we een wettelijke basis voor dit soort situaties gaan creëren, zullen we de technologie nooit vóór zijn. Nu hebben we een *Facebook*-puppybron, over een week hebben we misschien een *Blockchain* waarin iets bijzonders staat, en over twee weken hebben we wéér wat anders. Je kunt nooit uitputtend zijn op het punt van de bronnen en je zult dus telkens moeten nagaan hoe je de onderliggende beginselen, recht doend aan de rechtsstatelijke gedachte, op nieuwe ontwikkelingen kunt toepassen. Daarin zit misschien een behoefte aan meer dynamische wetgeving. Volgens mij moeten we wat minder de noodzaak voelen om alles dicht te regelen en moeten we meer terugvallen op het geven van dynamische invulling aan beginselen als de zorgvuldigheid.

Mr. dr. C.J. Wolswinkel

We kunnen het thema van vandaag, algemene regels in het bestuursrecht, breder trekken. In de preadviezen heb ik gezocht naar de termen *veiling* en *verdeling*, min of meer 'mijn termen'. Wat die laatste term betreft: Roel Schutgens scoort best goed op het begrip 'rechtsmachtverdeling', enigszins buiten de thematiek van de verdeling van schaarse rechten. Wim Voermans kwam er ook goed uit, opnieuw op

‘rechtsmachtverdeling’, maar hij gebruikt ook op een gegeven ogenblik de term *veiling*, met name in relatie tot *algoritme*, een term die ook terugkomt in het preadvies van Anne Meuwese. Op dat laatste punt wil ik nader ingaan.

Er lijkt bij juristen nogal koudwatervrees voor algoritmes te zijn. Ik denk dat hier geldt: onbekend maakt onbemind. Algoritmes hebben ook een heel waardevolle functie, namelijk om alle willekeur uit te sluiten en redelijk rechttoe rechtaan te kunnen redeneren. Als we nu eens even bij de thematiek ‘algemene regels in het bestuursrecht’ onze klassieke reflex ‘beleidsregels, algemeen verbindende voorschriften’ loslaten en meer denken in termen van algoritmes aan de ene kant en niet-algoritmes aan de andere kant, hebben we dan te maken met twee categorieën die een verschillende benadering vragen, los van alle categorisering die we op het ogenblik hanteren?

Prof. dr. A.C.M. Meuwese

Met Johan Wolswinkel ben ik het eens.

Naar aanleiding van de opmerking van Sandra van Heukelom-Verhage nog het volgende. Ik zie met welk punt zij komt, en ik denk dat dit goed aansluit bij de essentie van mijn preadvies: we moeten dingen loslaten om nu juist met het bestuursrecht in staat te zijn *de facto*-normstelling – mijn preadvies – en vormen van toezicht – het voorbeeld van Sandra – nog enigszins te kunnen beheersen. Ik heb niet zozeer bedoeld te betogen dat de wetgever in specifieke regels systemen moet gaan goedkeuren. Volgens mij zijn op een gegeven ogenblik de dilemma’s rond een methode om je toezicht in te richten wel duidelijk. Mij gaat het vooral om de vraag of iets acceptabel is voor de burger. Op dat punt moet een politieke keuze worden gedaan. Hoe je een en ander dan in wetgevingsjuridische termen dusdanig vorm kunt geven dat het niet te dichtgetimmerd is, moet nog voorwerp van gedachtevorming zijn. Ik denk zelf aan een soort combinatie van terugvallen op beginselen en daarnaast onderkennen dat er soms een knoop moet worden doorgehakt. Dat laatste zou ik dan weer niet aan de rechter willen overlaten.

Prof. dr. W.J.M. Voermans

Ik ben helemaal niet tegen algoritmes. Ze hebben veel goede dingen gebracht en ons overheidsbestuur wordt er ongemerkt veel efficiënter, professioneler en uniformer door. Mijn vraag is steeds: mag ik het algoritme even zien? Als keurig vanuit een regel via een algoritme naar de beste oplossing wordt gezocht, wie kan daar dan tegen zijn? De algoritmes hebben echter de neiging aan elkaar te worden geknoopt en veel verder in de persoonlijke levenssfeer binnen te dringen dan je zou verwachten. Je ziet dan ineens je verzekering omhoogschieten en je denkt: waar gaat dit over! Er komen dan ineens honderd dingen bij elkaar. Verleden week was er nieuws over plekken van 125 bij 125 meter waarover we gewoon alles weten. De agent in kwestie gaat elke dag om halfelf patrouilleren omdat er in een bepaalde wijk iets mis zou zijn, zonder dat hij kan uitleggen waarom dat gebeurt. Mogen we het zien? Dat is steeds mijn punt.

Voorzitter: Dat keert steeds terug: kunnen we het uitleggen en wie legt het uit aan ons juristen?

Prof. dr. B.M.J. van der Meulen

Anne Meuwese heeft een visionair, maar ook verontrustend preadvies geschreven. Zij schetst een beeld van *de facto* algemene normstelling die autonoom plaatsvindt door techniekgestuurde systemen, en stelt daar rechtsstatelijke vragen bij. Als symptoom ziet ze op z'n minst een beweging wég bij het bevoegdheidsdenken. Bij het lezen van het preadvies heb ik sterk geprobeerd het betoog voor mezelf telkens terug te vertalen naar jip-en-janneketaal. Ken ik nu voorbeelden, vroeg ik mij telkens af, waarin ik iets dergelijks zie gebeuren? Deze benadering vertoont overeenkomst met de vraag naar empirisch bewijs die hier vanmorgen is gesteld, maar zij was meer op mijzelf gericht, in de zin van: herken ik dit? Ik voel mij sterk aangesproken door de puppy's op Facebook. Zulke dingen kan ik beetpakken, die begrijp ik.

Aan het begin van de ochtend heeft Anne geprobeerd zo concreet mogelijk aan te geven wat er in een toekomstscenario moet gebeuren. Zij zei toen: je moet het kunnen uitleggen. Mijn vraag is nu: wie moet dat uitleggen dan doen en in wat voor forum? Het inhoudelijke van het uitleggen zal op een gegeven ogenblik wel lukken. De taal van *Big Data* is in ieder geval mij nu nog volledig onbekend, maar die leren we wel.

In mijn eigen belevingswereld, die nog heel erg die van de informatiemaatschappij 1.0 is – dus van vóór de autonome normstelling en nog meer in de sfeer van de digitale beschikkingen –, zie ik dat als wetgeving en technische systemen in elkaar worden geschoven, een beweging wég van het bevoegdheidsdenken te bespeuren valt. Van de kant van de preadviseurs is het voorbeeld van de Belastingdienst genoemd. Zelf heb ik het voorbeeld van de Wet Mulder in mijn hoofd, de Wet administratieve handhaving verkeersvoorschriften. Het systeem is van de zijde van de wetgever heel erg opgebouwd vanuit het bevoegdheidsdenken: het bevoegde bestuursorgaan is de Mulder-ambtenaar. Technisch is een en ander echter heel anders ingekleurd, want er komen producten uit een systeem. Juristen willen daar dan een juridische discussie bij de rechter over gaan voeren en stellen bijvoorbeeld de vraag waar nu eigenlijk de bewijsvoering te vinden is, waarop door de rechter wordt geantwoord dat het invoeren van de data het bewijs is. Als dan wordt gevraagd waar het besluit, de wilsverklaring, is, luidt het antwoord dat het invoeren van de data de wilsverklaring is, inhoudende dat er helemaal aan het eind van het systeem een sanctie uit moet komen. Zo ontstaat een plaatje dat voor mij een hoog fictiegehalte heeft. Anne Meuwese sprak van 'grijze gaten', waarbij de drie machten in een soort consensus tot 'we moeten het maar op deze manier doen' komen, en dan ook nog doen alsof het klopt.

Toch geeft deze casus misschien een aanknopingspunt voor een instrument waarmee we een en ander een stap verder kunnen brengen. In de rechtsbeschermingsfase kan de wetgever zijn fictie loslaten en de behandeling neerleggen bij iemand die het echt snapt en die in staat is een uitleg te geven. Ik doel dan op het administratieve beroep bij de officier van justitie. Hier loopt het voorbeeld vast, want de officier pakt in deze concrete context die rol niet. Bij mij komt in dit verband de volgende

gedachte op: als systemen autonoom gaan worden en normen gaan stellen, moeten we dan niet op z'n minst daaraan een systeemverantwoordelijke verbinden? Ik doel dan op iemand met gezag die zowel inhoudelijk als juridisch boven de materie staat en die kan uitleggen, corrigeren enzovoort.

Prof. dr. A.C.M. Meuwese

Bij welk forum moet uitleg worden gegeven en kan het systeem zo worden ingericht dat dit ook gaat lukken? Deze vraag dwingt mij concreet te worden. Wat doen alle voorstellen die hier vandaag zijn gedaan, inclusief het voorstel rond artikel 8:3 Awb, met de dynamiek? Om hierop te reageren wil ik de honden even laten voor wat ze zijn en terugkomen op de varkens van vanochtend. Roel Schutgens heeft het voorbeeld gegeven van de varkenshouder die wordt geconfronteerd met een disproportionele regeling. Daarop ben ik met de aanpassing gekomen dat in de regeling geen bepaalde ziekte wordt genoemd, maar wordt bepaald dat je tegen ziektes moet inenten waarvan via een data-applicatie bepaalde vaststellingen omtrent hun vóórkomen zijn gedaan. Dit hypothetische voorbeeld geeft volgens mij het meest realistisch weer welke situatie we binnen nu en vijf jaar zouden kunnen verwachten.

Ik besef dat ik nu speculatief bezig ben, maar we zijn vandaag bij elkaar om de stand van het bestuursrecht te doordenken en aan onderhoud te doen, waarbij vooral de creativiteit moet worden hooggehouden. Een dergelijke situatie zou volgens mij een goede balans zijn. We moeten niet ál te kafkaëske scenario's schetsen, maar proberen besef te krijgen van de richting waarin de ontwikkelingen toch echt wel zullen gaan. Mijn beeld baseer ik ook op het ene praktijkvoorbeeld dat er is: het stikstofgehalte wordt eigenlijk gewoon bepaald door de AERIUS-calculator. Dat lijkt wel op het varkensvoorbeeld waarin de inentingsplicht voor een boer zou afhangen niet van een voorafgaande keuze van de wetgever voor een bepaalde ziekte, maar van de keuze voor een methode om te bepalen welke ziektes voor de Nederlandse situatie grote risico's meebrengen. Als het alarmbelletje in de data-applicatie afgaat, moet de boer gaan inenten. De data-applicatie staat daarbij erg voorop.

Een belangrijk punt is dan inderdaad wat er aan uitleg moet worden gedaan. Zoiets is daarover ook door Wim Voermans iets gezegd en Johan Wolswinkel heeft erop gewezen dat algoritmes een heel andere vorm van denken vergen. Ik wijs er in dat verband op dat het ene algoritme het andere niet is. Het ene kan zichzelf gaan verbeteren en het andere is gewoon een vrij simpele vertaling van een regel. Staat er nu in een algemene maatregel van bestuur dat men de na te leven regel in een soort calculator gaat stoppen, dan weten wij niet zonder meer wat er gebeurt. Bij het maken van dat soort regelgeving moeten randvoorwaarden gelden. In de fase van de voorbereiding zou een forum moeten worden gecreëerd, en dat dit goed gebeurt, moet misschien ook wel toetsbaar worden gemaakt. Daar komt de uitleg in beeld. Je kunt gaan werken met een hoger abstractieniveau in de regelgeving, waarbij je de werkelijke normstelling overlaat aan data-applicaties, maar je moet dan uitleggen, bijvoorbeeld op een website, welke eisen je aan de programmatuur van data-applicaties stelt en hoe je ervoor zorgt dat je geregeld checkt dat de algoritmes nog door de verantwoordelijke bestuurders worden begrepen.

Voorzitter: En als je het niet wilt uitleggen, moet je het desgevraagd uiteindelijk uitleggen bij een rechter.

Meuwese: Zonder enige vorm van toetsing zijn voorwaarden, gesteld aan de voorbereiding van bestuurswetgeving, heel moeilijk te handhaven. Dat gaat dan overigens niet per se over de toetsing waarover we het vandaag hebben, op basis van het uitgangspunt dat toetsing van algemeen verbindende voorschriften toch wel heel erg lijkt op toetsing van beschikkingen. De nu geschetste benadering zou wel eens kunnen betekenen dat er meer procedureel wordt getoetst. Dat is weer een heel ander punt, waarover mijn preadvies zeker niet gaat.

Voorzitter: Zo zijn we dan uiteindelijk toch weer bij de rol van de rechter.

Prof. dr. B.J. van Etekoven

Ik vind het erg leuk deze discussie te horen. Afgelopen woensdag hebben we bij de Afdeling rechtspraak twee uitspraken over het PAS de deur uit gedaan. Daaronder hangt het AERIUS-systeem. Ik heb laatst van het hoofd van de afdeling Data-analyse van het NFI geleerd dat je als het om dit soort systemen gaat twee dingen heel goed uit elkaar moet houden:

- Wat zijn de datasets, de harde cijfers? Die kun je vol toetsen en laten controleren.
- Wat zijn de algoritmes waarmee het systeem rekent? Algoritmes zijn keuzen, soms keuzen van IT'ers, maar vaak keuzen van IT'ers en juristen, en soms keuzen van juristen die door IT'ers zijn vertaald.

Daar zit een werkelijkheid achter waar de rechter en het bestuur wel iets mee kunnen.

Het PAS is een systeem dat wordt gebruikt om automatische beschikkingen te verlenen. Daar zijn er wel duizenden van verleend, en toen men bij de rechter kwam, was onze grootste vraag: kunt u de motorkap opendoen en mogen wij eens kijken wat daaronder zit? Dat was niet eenvoudig. We hebben acht mensen moeten inschakelen om te kijken hoe dit systeem in elkaar zit, wat ook voor hen een hele puzzel was. Centraal stond, in de sleutel van artikel 3:2 Awb, de vraag: kunt u uitleggen hoe dit systeem werkt, wat erin zit, hoe er wordt gerekend en waarom er de ene keer wél een beschikking uit komt en de andere keer niet? De rechtzoekende had het gevoel tegen een technische muur te vechten, zonder enig idee van wat er gebeurt, en schakelde de bestuursrechter in om opgehelderd te krijgen hoe het systeem nu eigenlijk werkt. Een van de vragen die we voor de toekomst moeten beantwoorden, is aan welke eisen dient te worden voldaan. Zou het bestuursorgaan zelf eisen moeten stellen, of moet de wetgever dat doen, en als het niet gebeurt, wat is dan de taak van de rechter in het kader van een aanvullende controletaak? Ik zou zeggen: lees een stukje van de uitspraak van 17 mei, en we zijn weer wat verder.

Mr. dr. J. Uzman

De huidige voorzitter kent mijn onderwijsvaluaties in Leiden, en dat zal er ongetwijfeld toe hebben bijgedragen dat ze me al een paar keer op het hart heeft gedrukt dat anderhalve minuut spreektijd ook heel veel is! Ik kan me dus levendig voorstellen dat ze nú alvast begint te lopen om het einde van mijn bijdrage te bespoedigen. Met dit in het achterhoofd heb ik slechts twee korte vragen, en omwille van de tijd laat ik het even bij het prachtige preadvies van Roel Schutgens, met alle respect en waardering voor de beide andere preadviezen.

Anders dan Raymond Schlössels hobbel ik vrolijk mee in de polonaise van degenen die afschaffing van artikel 8:3 toejuichen. Wel wil ik nog even terugkomen op de politieke betekenis van die afschaffing. Er is gesproken over de vraag of het schrappen van het artikel wel rechtsbeschermingsneutraal is en hoe het in dat verband met de toetsingsintensiteit zit. Uit studies – het gaat soms om empirische studies – in landen die als juridische grootmachten kunnen gelden, zoals Canada, het Verenigd Koninkrijk en België, blijkt soms dat het toekennen van een toetsingsbevoegdheid door de (grond)wetgever tot wat minder marginale toetsing leidt. De rechter grijpt de wettelijke toekenning en het parlementaire debat daarover aan als een argument om steviger te toetsen. Nu ben ik daar op zichzelf helemaal niet tegen, maar ik vraag mij, schutgensiaans, wél af: wat daarvan te denken?

Mijn tweede punt betreft de uitspraakbevoegdheden. Roel Schutgens vraagt in zijn preadvies aandacht voor de mogelijkheid dat de uitspraak over verbindendheid allerlei nadelige gevolgen met zich kan meebrengen. De rechtszekerheid kan in het geding komen, en sommige regels zijn er natuurlijk niet voor niets. Roel draagt een tweeledige oplossing aan. In de eerste plaats betoogt hij dat het probleem niet zo groot is, een optimisme dat ik eerlijk gezegd niet deel. In de tweede plaats acht hij het mogelijk dat aan de temporele werking van de uitspraak wordt gesleuteld. Daarbij neigt hij wat meer naar het idee dat er een soort constitutieve theorie van rechtsvinding is. Ik vraag mij af of deze beweging nodig is. Terecht benadrukt de preadviseur immers dat juist de bestuursrechter via de beslissing op bezwaar de bal weer bij de regelsteller kan leggen. Juist in dit soort problematische zaken zit er heel veel toegevoegde waarde in de gedachte dat het niet zozeer het besluit in *primo* is dat wordt vernietigd, maar dat eerst de beslissing op bezwaar ter tafel ligt en dat vervolgens de rechter niet alleen het bestuur de opdracht kan geven een nieuwe regeling te ontwerpen, maar ook zogenoemde *constitutional hints* kan geven. Langs die weg kan hij uitdrukkelijk ingaan op de belangen van de klagers. In Canada, waaruit de term *constitutional hints* afkomstig is, heeft men ervaring hiermee. Wat vindt Roel Schutgens van deze gedachte?

Prof. dr. R.J.B. Schutgens

Dank voor deze leuke vragen. In de eerste vraag word ik uitgedaagd te speculeren over iets waarin ik weinig inzicht heb: zal er van de toetsingsbevoegdheid een soort psychologisch effect uitgaan? Misschien heeft Uzman wel een beetje gelijk. Ik meen namelijk het omgekeerde effect wel eens tegen te komen: het feit dat artikel 120 in de Grondwet staat, wordt door de rechter nogal eens gebruikt als een onderbouwing

van zijn constitutionele positie en als onderbouwing van terughoudendheid, ook in zaken waarin het eigenlijk helemaal niet over toetsing van de wet in formele zin aan de Grondwet gaat. Artikel 120 Grondwet lijkt soms een psychologisch effect op de rechter te hebben. Zou het schrappen van artikel 8:3 Awb, zo vraagt Uzman, nu ook niet een psychologisch effect op de rechter hebben? Ik denk dat de rechter er inderdaad wel een steuntje in de rug in kan zien en daardoor meer zou kunnen durven te gaan toetsen. Als jurist vind ik het overigens een beetje moeilijk om tot dergelijke nogal speculatieve uitspraken te komen. In ieder geval verandert het normkader niet.

De tweede vraag luidt of het wel nodig is dat de rechter kan schuiven met het moment waarop de onverbindendheid ontstaat. Als de rechter een beslissing op bezwaar vernietigt waarin een algemene regel is heroverwogen, kan de zaak worden teruggelegd naar het bestuursorgaan, en dat kan dan toch gaan schuiven met het moment waarop de regel wordt aangepast of ingetrokken. Dat is waar, maar ik denk om te beginnen dat ook het bestuursorgaan gebruik zou kunnen maken van mogelijkheden om wat te schuiven met het moment waarop de onverbindendheid ontstaat. Bovendien hoop ik dat de bestuursrechter in gevallen waarin een regel evident onverbindend is terwijl er geen opties meer zijn om die regel te redden, wel degelijk zelf de moed zal hebben om – misschien gesteund door het psychologische effect van de schrapping van artikel 8:3 Awb – de regel zelf uit de rechtsorde te schrappen. Dat lijkt mij een goede gang van zaken, maar dan kan die rechter hulp hebben aan een bevoegdheid om de onverbindendheid later te laten ingaan dan bij het moment van uitvaardiging van de regel.

Mr. T. Topp

Ik ben werkzaam bij de Autoriteit Consument en Markt (ACM). De ACM heeft een type regelgeving op energiegebied, de zogeheten codes. Daar geldt nu juist een uitzondering op de regel inzake bezwaar en beroep, die er wél tegen openstaan, en ik wil graag wat ervaringen op dit punt delen.

Met hetgeen Ymre Schuurmans in haar recensie van het preadvies van Schutgens schrijft, kan ik in hoge mate instemmen. In de tien jaar dat ik procedures meemaak, komen individuele bedrijven of afnemers nooit verder dan op te merken ‘het is te duur’, of in hun commentaar helemaal aan te sluiten bij wat belangenorganisaties bij ons aanvoeren. De belangenorganisaties komen bij ons, conform de bedoeling van de wetgever, heel makkelijk binnen. De rechter past de strenge toets toe, die we allemaal kennen, waarbij veel partijen die geen persoonlijk belang hebben, worden uitgesloten. Mijn praktijkervaring zegt echter dat het ook helemaal niet nodig is dat 8 miljoen huishoudens en 300.000 bedrijven participeren, omdat juist de belangenbehartigers prima gesprekspartners zijn. Ik hoor hier vaak spreken over ‘tegenwicht van het bestuur’, maar wij van het bestuur zijn gewoon heel erg blij met informatie. Hoofdzaak is de kwaliteit van de informatie, en juist de belangenbehartigers komen met heel nieuwe invalshoeken. Bij de laatste grote stelselherziening waarbij ik betrokken was, hadden we elf regelingen gewijzigd, waarna een belangenbehartiger meldde dat we de twaalfde vergeten waren. Dat was een goed punt, iedereen was het erover eens en niemand is in beroep gegaan.

Voorzitter: Mag ik dit samenvatten als: wees niet te bang voor het beroep tegen algemeen verbindende voorschriften, want dat heeft in mijn praktijk veel voordelen?

Topp: Dat is punt 1, en punt 2 is dat het helemaal niet nodig is het belanghebbende-begrip uit te breiden.

Prof. dr. W.J.M. Voermans

Het is fijn te horen dat allerlei koudwatervrees niet nodig is. Er is gesproken over experimenten met het bestemmingsplan en nu blijkt de ACM ervaring met een beroep tegen algemene regels te hebben. Topp maakt zonneklaar dat we bij voorbereiding en beroep met communicerende vaten te maken hebben. Vanochtend is in deze zelfde geest gesproken naar aanleiding van de vraag hoe met bestemmingsplannen als algemeen verbindende voorschriften moet worden omgegaan. Er kunnen rechtsstatelijke correcties worden aangebracht op iets dat is beslist, want waar gehakt wordt, vallen spaanders. Je kunt je dan, als iemand die er niet via de politieke organen doorheen komt, ofwel tijdens een voorbereidingsprocedure, ofwel in een beroepsprocedure laten horen. Op z'n minst moet je ergens een kans hebben je te laten horen.

Stemmingen over stellingen van de drie preadviseurs

Voorzitter: De preadviseurs hebben gezamenlijk stellingen opgesteld, wat een innovatie mag heten. De stellingen zijn niet in de gedrukte preadviezen opgenomen, maar zijn later zo veel mogelijk gezamenlijk door de preadviseurs geformuleerd. Een en ander heeft geleid tot zes stellingen, die wij nu volgens een al eerder beproefde methode¹² gaan doornemen.

Stelling I van Voermans

Het Nederlandse bestuur is de afgelopen 25 jaar sterk veranderd: de rechtsbeschermingsregels van de Awb passen daarom niet altijd meer.

Oordeel

Bij de digitale stemming heeft 72% zich vóór de stelling uitgesproken en 23% daartegen, terwijl 5% zich van een oordeel heeft onthouden. Er zijn 105 stemmen uitgebracht.

Voorzitter: Graag een toelichting van iemand die het met deze stelling oneens was.

Mr. C.A.M. van Reeken: Ik ben wetgevingsjurist bij Justitie. Vandaag heb ik eigenlijk nog geen goed antwoord gehoord op de vraag van Ron van Male wat we nu van de bestuursrechter aan rechtsbescherming moeten verwachten op dat abstracte regelniveau. Ik hoopte vandaag praktijkvoorbeelden te horen die een meerwaarde laten zien zonder dat de burger nadeel gaat ondervinden. Het betoog van Jaap Polak kwam erop neer dat als al rechtsbescherming tegen de regels heeft opengestaan ten aanzien van de toepassing, enige beperking geboden is. Je komt dan al snel tot verwijtbaarheid van het eerder niet instellen van beroep. Misschien ben je als burger op die manier nog verder van huis.

Voorzitter: Dit komt neer op de vraag of we wel genoeg naar de andere kant van de zo glimmende medaille kijken.

Mr. W.H.J. Passtoors: Ik ben oud-politicus en bestuursjurist, en tevens een van de mensen die echt op het uitwijkwetje hebben aangedrongen. Daar was ik bij, en ik was er stimulator van.

¹² Projectie van de stellingen op een scherm voor in de zaal en stemming door middel van een netwerk waarop met smartphones kan worden ingelogd.

Mijn antwoord heb ik vooral gegeven in het kader van de vraag die vandaag aan de orde was, namelijk of toetsing van algemene regels er moet komen. Naar mijn mening moet het primaat bij de politiek blijven, zoals Van Male feitelijk ook al aangaf, en ik vind dat we de rechter niet op die politieke stoel moeten zetten.

Voorzitter: Met de uitslag van de stemming is Wim Voermans vast blij.

Prof. dr. W.J.M. Voermans: We hebben de stelling heel veilig opgesteld; je kunt het er bijna niet mee oneens zijn. Toch ben ik wel blij met deze uitslag. We delen hier in ieder geval in de analyse – bij 72% mag je wel ‘we’ zeggen – dat er wel degelijk iets aan de hand is, dat de wereld niet heeft stilgestaan en dat we een ander soort bestuur hebben. Hoe we de oplossing ook gaan definiëren, deze analyse daagt in ieder geval uit tot het opnieuw doordenken van allerlei concepten die we al hebben.

Stelling 2 van Voermans

Welke stelling heeft uw voorkeur?

Er zijn 101 stemmen uitgebracht.

a. Artikel 8:3 Awb moet gehandhaafd blijven.

Oordeel

Bij de digitale stemming heeft 18% zich voor deze stelling uitgesproken.

b. Er moet op meer terreinen geëxperimenteerd worden met rechtstreeks beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels.

Oordeel

Bij de digitale stemming heeft 50% zich voor deze stelling uitgesproken.

c. Het is tijd om rechtstreeks beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels open te stellen.

Oordeel

Bij de digitale stemming heeft 32% zich voor deze stelling uitgesproken.

Prof. dr. H.E. Bröring: Zojuist heb ik mét de meerderheid de stelling dat er wel wat moet veranderen onderschreven, maar om nu over de hele linie beroep tegen algemene regels open te stellen heeft niet mijn voorkeur. Ik denk dat je moet onderscheiden. Wat ik mij kan voorstellen, is dat de experimentele beroepsmogelijkheid niet voor beleidsregels gaat gelden, gezien de jurisprudentielijn waarbij afstand van beleidsregels wordt genomen en meer naar de beschikking zelf wordt gekeken. Daardoor zouden beleidsregels meer *judgeproof* kunnen zijn. Ook bij algemeen verbindende voorschriften zou ik een onderscheid willen aanbrengen. De tijd is veranderd: we werken meer met algemeen verbindende voorschriften in plaats van met vergunningen. Waar na een algemeen verbindend voorschrift geen beschikking meer volgt, zou een rechtstreeks vernietigingsberoep open kunnen staan.

Stelling 1 van Schutgens

Het rechtstreeks beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels is soepel en eenvoudig in het bestaande Awb-kader in te passen.

Oordeel

Bij de digitale stemming heeft 41% zich vóór de stelling uitgesproken en 46% daartegen, terwijl 13% zich van een oordeel heeft onthouden. Er zijn 103 stemmen uitgebracht.

Stelling 2 van Schutgens

Educated guess: openstellen van rechtstreeks beroep zal niet de gevreesde stortvloed aan extra beroepen op de bestuursrechter uitlokken.

Oordeel

Bij de digitale stemming heeft 56% zich vóór de stelling uitgesproken en 31% daartegen, terwijl 13% zich van een oordeel heeft onthouden. Er zijn 102 stemmen uitgebracht.

Stelling 1 van Meuwese

Te veel de facto-normen ontsnappen momenteel aan de bestuursrechtelijke kaders voor algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels.

Oordeel

Bij de digitale stemming heeft 63% zich vóór de stelling uitgesproken en 23% daartegen, terwijl 14% zich van een oordeel heeft onthouden. Er zijn 100 stemmen uitgebracht.

Stelling 2 van Meuwese

Normering van algemene regels levert in het datatijdperk een 'grijs gat' op in die zin dat de inhoudelijke bescherming aan rechtsgenoten tekortschiet.

Oordeel

Bij de digitale stemming heeft 37% zich vóór de stelling uitgesproken en 7% daartegen, terwijl 56% zich van een oordeel heeft onthouden door te kiezen voor de in beeld gebrachte stemonthoudingsoptie 'Mijn grijze massa schiet tekort voor deze stelling'. Er zijn 105 stemmen uitgebracht.

Prof. dr. A.C.M. Meuwese: Ik kom over vijf jaar graag terug als we dan hopelijk het preadvies van Sandra van Heukelom-Verhage over Blockchain en Smart Contracts gaan bespreken. Dan brengen we deze stelling nog wel eens in stemming!

Prof. dr. R.J.B. Schutgens: Het feit dat meer dan de helft de stelling niet begrijpt, bewijst dat de stelling correct is. Dus is 90% het ermee eens.

Bestuur en ereleden

Bestuur

Mw. prof. mr. drs. W. den Ouden (voorzitter)
Mr. L.H. von Meijenfeldt (secretaris)
Mw. mr. A.A.M. Elzackers (adjunct-secretaris)
Mr. dr. R.J. Koopman (penningmeester)
Prof. mr. dr. Ch.W. Backes
Prof. mr. T. Barkhuysen
Mw. mr. N.H. van den Biggelaar
Mw. mr. S.A. van der Does
Prof. mr. K.J. de Graaf
Mw. mr. dr. J.E. Hoitink
Mw. prof. mr. dr. M.J. Jacobs
Mw. mr. ir. M.J. Kraak
Mr. dr. H.G. Lubberdink
Mr. dr. R.M. van Male
Mr. R.C. Stam

Ereleden

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

